



*Justicia*  
**Justicia**

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

*Administrativa*  
**Administrativa**

DIRECTOR

**Miguel Sánchez Morón**

editorial

**LEX NOVA**

# REVISTA

## Justicia Administrativa

### CONSEJO ASESOR

**Iñaki Agirrezkuenaga 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] **La entrada en vigor del nuevo régimen del silencio administrativo**  
MARCOS GÓMEZ PUENTE

[25] **Los órganos de selección en el empleo público: el principio de especialidad y la discrecionalidad técnica**  
ROSA MARÍA ILDEFONSO HUERTAS

### CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

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

[71] **II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL**  
J. GARCÍA ROCA

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

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

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

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

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

[159] **VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA**  
E. LÓPEZ MENUDO

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

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

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

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

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

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

[253] **XV. EDUCACIÓN, SANIDAD Y BIENESTAR SOCIAL**  
I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA

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

### DOCUMENTACIÓN:

[279] **La Cumbre de La Haya sobre el cambio climático**  
BELÉN MARINA JALVO

[285] **NOTAS BIBLIOGRÁFICAS**



# La entrada en vigor del nuevo régimen del silencio administrativo

**MARCOS GÓMEZ PUENTE**

Profesor Titular  
de Derecho Administrativo  
Universidad de La Rioja

## Sumario:

**I. Introducción. II. La entrada en vigor de la Ley 4/1999: la legislación aplicable al silencio administrativo en procedimientos de competencia estatal. III. La entrada en vigor de la Ley 4/1999: aplicabilidad de la legislación autonómica preexistente sobre el silencio administrativo. IV. La legislación aplicable al silencio en procedimientos de competencia autonómica. 1. Adaptación “retrospectiva” de la legislación autonómica. 2. Adaptación sectorial o singular de la legislación autonómica. 3. Adaptación plena de la legislación autonómica. A) Madrid. B) Andalucía. C) Islas Baleares.**

## I. INTRODUCCIÓN

No fueron pocas las críticas de que fue objeto la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC de 1992), que vino a sustituir a la veterana Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (LPA). Si esta última había acometido la simplificación y unificación de los procedimientos administrativos hasta entonces regulados de forma muy fragmentaria y diversa, la LRJ-PAC de 1992 vino a reducir la seguridad jurídica que aquella proporcionaba al tener carácter dispositivo o supletorio de la normativa autonómica (y aun de la local) muchas de sus normas. Y la regulación del silencio administrativo era un buen ejemplo de ello.

En efecto, aun siendo de carácter básico y común, la LRJ-PAC entregó a la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas (y aun a la potestad reglamentaria de éstas y de los entes locales) la regulación de aspectos esenciales del silencio administrativo (como el momento en que podía hacerse valer –léase, la duración del plazo para resolver– o el sentido estimatorio o desestimatorio del silencio), lo que constituía una muestra de la limitada extensión objetiva o alcance que el legislador estatal daba a la expresión “procedimiento administrativo común” que delimitaba su propia competencia normativa (art. 149.1.18ª CE).

Tan restrictiva interpretación de su propia competencia propiciaba el particularismo local en la regulación de esa y de otras instituciones procedimentales y con ello la inseguridad jurídica por la incertidumbre de los interesados sobre la norma aplicable a cada concreto procedimiento. Tan era así que se llegó incluso a hablar de que la LRJ-PAC suponía la “balcanización del Derecho Administrativo” de nuestro país<sup>1</sup>.

La cuestión se agudizaba más aun por las remisiones normativas que la LRJ-PAC hacía en favor de la potestad reglamentaria estatal, autonómica y local, lo que además de complicar el cuadro normativo del silencio, podía ser inconstitucional, pues ello podía suponer una vulneración del principio de reserva de ley que parece posible deducir de los arts. 53.1 y 105.a) de la CE (téngase en cuenta que el silencio administrativo puede tener los mismos efectos que un acto administrativo y, por tanto, constituir o modificar la situación jurídica de los interesados y es para evitar que este resultado pueda depender de la sola voluntad de la Administración para lo que, precisamente, la Constitución contempla la reserva de ley).

Pero además, para oscurecer más el panorama, muchas de las reglas sobre el silencio administrativo de la LRJ-PAC de 1992 eran ambiguas, oscuras, técnicamente defectuosas, resultando fuente permanente de conflicto la interpretación de su voluntad o sentido. De otro lado, la LRJ-PAC regulaba únicamente el *silencio administrativo ejecutivo* (el que trata de suplir la falta de resolución de un procedimiento administrativo deduciendo de ella *ex lege* todos o algunos de los efectos jurídicos propios del acto administrativo omitido), ignorando la existencia del *silencio administrativo sustitutivo* (el que trata de suplir la falta de resolución de un procedimiento atribuyendo a otro órgano administrativo la competencia para hacerlo) previsto en la legislación especial o sectorial sobre cuya vigencia arrojó dudas<sup>2</sup>. Y también eran complejas las reglas sobre la entrada en vigor de la Ley y las adaptaciones normativas necesarias para hacer efectivas sus previsiones (recuérdese lo dispuesto en su DA Tercera, luego modificada por RD-Ley 14/1993, de 4 de agosto)<sup>3</sup>.

(1) Véase GONZÁLEZ PÉREZ, J., y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 581 a 590.

(2) Me refiero a la discusión sobre la vigencia del art. 9.1.7 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales que tuvo anclaje legal en el art. 5.4 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 y luego en la Ley del Suelo de 1992 (arts. 121, 252, 275.2 y 300). Como es sabido, buena parte de los preceptos de esta última Ley fueron anulados por la STC 61/1997, de 20 de marzo, razón por la que el Texto de 1976 puede ser de aplicación supletoria respecto de la legislación urbanística de algunas Comunidades Autónomas.

(3) En su redacción originaria, la DA Tercera decía: “Reglamentariamente en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se llevará a efecto la adecuación a la misma de las normas reguladoras de los distintos procedimientos administrativos, cualquiera que sea su rango, con específica mención de los efectos estimatorios o desestimatorios que la falta de resolución expresa produzca”. La previsión contenía, pues, una remisión normativa (habilitación para el ejercicio de la potestad reglamentaria) pero también una deslegalización (devaluación del rango de algunas normas legales para que pudieran ser modificadas reglamentariamente) con eficacia temporal limitada. Fue para prorrogar esta eficacia, ante la imposibilidad de realizar temporáneamente las adaptaciones necesarias, que se dictó el citado RD-Ley 14/1993, de 4 de agosto.

## El nuevo régimen del silencio administrativo

Así, pues, pronto se hizo evidente la necesidad de modificar la LRJ-PAC de 1992 para corregir alguno de los extremos apuntados (y otros que no vienen ahora al caso) y con tal objeto se dictó la Ley 4/1999, de 13 de enero (en adelante se utilizará la sigla LRJ-PAC para hacer referencia al texto resultante de esta reforma).

Con la reforma no se han salvado, sin embargo, todos los problemas enunciados.

La Ley 4/1999 ha modificado profundamente el régimen del silencio administrativo previsto en la LRJ-PAC de 1992, aproximándolo al que regulaba la LPA (que atribuía diverso alcance y eficacia jurídica al silencio positivo y al negativo), pero no ha hecho cambio alguno en la naturaleza jurídica de este instituto procedimental cuya causa legal (la existencia de un deber legal de dictar resolución), ejecutividad (eficacia *ex lege*) y finalidad (protección de los derechos e intereses del particular eventualmente afectados por la falta de resolución administrativa) siguen siendo las mismas. La novedad, como digo, reside sólo en el régimen o condiciones de producción de sus efectos (supresión de la certificación de actos presuntos, por ejemplo) y en el alcance objetivo de éstos (el silencio positivo produce *todos* los efectos propios de un acto administrativo, mientras que el negativo tiene como único efecto el dejar expedita la vía de recurso; art. 43.3 LRJ-PAC).

Ciertamente, algunos de los problemas interpretativos que suscitaba la LRJ-PAC de 1992 se han resuelto gracias a las correcciones realizadas por la Ley 4/1999, aunque ésta ha introducido algunos interrogantes nuevos (por ejemplo, la determinación del *dies ad quem* del plazo para resolver cuando ha mediado una suspensión del mismo<sup>4</sup>; la aplicabilidad del silencio administrativo en procedimientos en que la falta de resolución viene motivada por la falta de pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de las Comunidades

(4) Me refiero al descuento de los tiempos de suspensión o paralización del plazo. Así, por ejemplo, si el plazo para resolver viene fijado en meses y su cuenta se suspende por un periodo de tiempo fijado en días o por tiempo indeterminado no está claro cómo ha de seguir la cuenta tras la reanudación del cómputo: tanto puede defenderse que siga por los días hábiles restantes, como que se haga por los restantes días naturales, puesto que por términos naturales debía contarse el plazo original fijado por meses.

(5) De acuerdo con el art. 42.5.b) LRJ-PAC el transcurso del plazo máximo para resolver un procedimiento, del que depende la producción del silencio administrativo, se podrá suspender "Cuando deba obtenerse un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de las Comunidades Europeas, por el tiempo que medie entre la petición, que habrá de comunicarse a los interesados, y la notificación del procedimiento a la Administración instructora, que también deberá serle comunicada". Ahora bien, ¿y si dicho pronunciamiento no se emite? ¿Queda indefinidamente suspendido el procedimiento que se sigue ante la Administración nacional hasta que dicho pronunciamiento se reciba? Si es así, la suspensión

**LA PRINCIPAL NOVEDAD INTRODUCIDA POR LA LEY 4/1999 RESIDE EN EL RÉGIMEN DE PRODUCCIÓN DE LOS EFECTOS DEL SILENCIO Y EN EL ALCANCE OBJETIVO DE ÉSTOS: EL SILENCIO POSITIVO PRODUCE TODOS LOS EFECTOS PROPIOS DE UN ACTO ADMINISTRATIVO Y EL NEGATIVO TIENE EL ÚNICO EFECTO DE DEJAR EXPEDITA LA VÍA DE RECURSO**

Europeas<sup>5</sup>; o la determinación del momento en que deviene eficaz el silencio negativo y comienza a correr el plazo para interponer el recurso que proceda<sup>6</sup>).

También merece una valoración positiva que se haya reservado a la ley la fijación del plazo para dictar resolución y del sentido positivo o negativo del silencio administrativo, aunque la remisión a la legislación autonómica y comunitaria también lleva implícito un grado de dispersión normativa (inevitable en lo que respecta al ordenamiento europeo) que no favorece la seguridad jurídica (sobre todo si el legislador regional se limita a dar cobertura legal a los reglamentos autonómicos sin proceder a simplificar o unificar los procedimientos administrativos, como propone la propia LRJ-PAC).

Además sigue echándose en falta alguna alusión al silencio sustitutivo, técnica prevista en la legislación especial o sectorial (por ejemplo, art. 9.1.7 Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, en relación con el art. 5.4 de la Ley del Suelo de 1976) que cabe considerar aún en vigor y que, de hecho, sigue aplicándose, aunque se cuestiona su subsistencia<sup>7</sup>.

Y también parece que padecerá la seguridad jurídica al entrar en vigor esta reforma. Si la entrada en vigor de la LRJ-PAC de 1992 fue complicada, puede no serlo menos la de la Ley 4/1999: se declaran subsistentes las normas preexistentes pero sólo en cuanto no se opongan a ella (DT Primera.1) y, en todo caso, con sujeción a los previsto en el art. 42.2 LRJ-PAC (DT Primera.2), al tiempo que se encomienda al Gobierno la adaptación de las normas reguladoras de los procedimientos administrativos (DA Primera), aunque “conservará validez el sentido del silencio administrativo establecido en las citadas normas, si bien que su forma de producción y efectos serán los previstos” en la Ley 4/1999 (DT Primera.3), a la que también tiene que adecuarse la legislación autonómica (DA Primera.4).

del cómputo del plazo para resolver impedirá que éste llegue a su término y que puedan invocarse los efectos del silencio administrativo, lo que pone al interesado en situación de indefensión (pues tampoco parece que pueda dirigirse contra el órgano comunitario inactivo ex art. 232 del Tratado de la Comunidad Europea). No sucede lo mismo, en cambio, cuando la emisión del informe depende de un órgano nacional, pues entonces la suspensión acordada tiene un límite temporal (tres meses) a partir del cual se reanuda el cómputo del plazo para resolver [art. 42.5.c) LRJ-PAC].

(6) Aunque el art. 43.5 LRJ-PAC señala que los actos administrativos surgidos del silencio administrativo “producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido”, cabe razonablemente dudar de su aplicabilidad a los supuestos de silencio negativo. Por un lado, porque el silencio negativo no surgen actos administrativos (a diferencia del positivo, el silencio negativo no tiene todos los efectos propios de un acto sino “los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso ... que resulte procedente”; art. 43.3 LRJ-PAC). Y por otro, porque su eficacia parece depender, ya que únicamente proporciona un beneficio o ventaja reaccional, de la voluntad del interesado en hacerlo valer y no sólo del transcurso del término para resolver; si no fuera así podría verse indefenso, por caducidad de los plazos de recurso, quien en lugar de invocar el silencio y recurrir por presunta desestimación decide esperar a que se dicte extemporáneamente la resolución expresa. Sobre el particular, con mayor detalle, véase mi libro *La inactividad de la Administración*, 2ª ed., Aranzadi, Madrid, págs. 704 y ss.; y también GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La inexistencia de plazo para recurrir el silencio administrativo en vía contencioso-administrativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 105, enero-marzo 2000, comentando un ATJSJ de Madrid de 25 de noviembre de 1999.

(7) Véase la nota núm. 2.

## El nuevo régimen del silencio administrativo

Precisamente, de los problemas que puede dar esta complicada fórmula en el proceso de determinación de la norma aplicable sobre el silencio administrativo en un procedimiento dado vienen a dar cuenta estas páginas.

### II. LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 4/1999: LA LEGISLACIÓN APLICABLE AL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN PROCEDIMIENTOS DE COMPETENCIA ESTATAL

Como se ha dicho antes, la LRJ-PAC de 1992 renunció a regular el silencio administrativo de manera integral y uniforme y dio amplia participación a la potestad reglamentaria, haciendo depender de ésta aspectos claves de su regulación.

El plazo máximo de resolución, por ejemplo, de cuyo transcurso requiere la aplicación del silencio administrativo, era el que resultara “de la tramitación del procedimiento aplicable en cada caso” (art. 42.2 LRJ-PAC de 1992), limitándose la Ley a señalar un plazo supletorio de tres meses. Y el sentido estimatorio o desestimatorio del silencio, salvo en los supuestos que mencionaban los arts. 43.2.a) y b) y 3.a) y b) LRJ-PAC de 1992, quedaba entregado también al poder reglamentario de la Administración, pues aunque la LRJ-PAC de 1992 optó por dar carácter supletorio al silencio positivo, parece que nada impedía atribuir al silencio un sentido negativo al regular reglamentariamente un procedimiento específico.

Tan generosa remisión, como dije antes, suscitó fundadas críticas por considerarse vulnerada la reserva material de ley que cabe deducir de los arts. 53.1 y 105.a) de la CE para regular dicha institución. No es que este principio impida al legislador reclamar la colaboración reglamentaria de la Administración, pero cuando dependen de ésta aspectos esenciales o nucleares de la materia reservada (y parece que lo son el sentido del silencio y la duración del plazo para resolver) puede considerarse vulnerado el principio mismo de reserva de ley por la amplitud de esa remisión.

De ahí que la Ley 4/1999, acogiendo dichas críticas, haya limitado el alcance de esa remisión normativa en lo que a la duración del plazo respecta (de manera que sólo por ley, o norma de Derecho Comunitario, pueda señalarse plazo superior a seis meses: art. 42 LRJ-PAC) y que haya previsto que sólo mediante ley, o norma de Derecho Comunitario, pueda sustraerse algún procedimiento de la aplicación del silencio positivo al que reconoce carácter general (y no meramente supletorio, como antes: art. 43.2 LRJ-PAC).

La entrada en vigor de esta modificación legal habría supuesto, por consiguiente, la derogación de todos los reglamentos estatales de procedimiento (o su desplazamiento, en el caso de los autonómicos) que contemplaran plazos de resolución superiores a seis meses, sin estar previstos tales plazos en normas comunitarias o de rango legal. Y también la derogación (o desplazamiento) de cuantos reglamentos atribuyeran al silencio carácter negativo fuera de los supuestos mencionados en el art. 43.2 o en normas comunitarias o de rango legal. Mas para evitar que esta derogación cogiera de improviso a las Administraciones públicas, la Ley 4/1999 ha suspendido o pospuesto su efecto derogador

declarando transitoriamente vigentes, con su propio rango, los referidos reglamentos mientras se dictan las oportunas disposiciones de adecuación que ella misma encarga.

Sin embargo, esa suspensión del efecto derogatorio de la Ley 4/1999 o de transitoria prolongación de la vigencia de los reglamentos preexistentes tiene un alcance temporal variable pues su duración se hace depender, de un lado, del objeto de la regulación reglamentaria y, de otro, de la modificación o derogación por el Gobierno de los referidos reglamentos. Y además puede no afectar por igual a los reglamentos estatales que a los autonómicos, como se verá luego.

Así, pues, al tiempo que la DA Primera.1 de la Ley 4/1999 encomendaba al Gobierno la modificación, en el plazo de un año, de los reglamentos dictados en desarrollo de la LRJ-PAC de 1992 para su adecuación a los cambios introducidos en ella y para la simplificación de los procedimientos de la Administración General del Estado y demás entes estatales, su DT Primera.1 declaró en vigor, con su propio rango, las normas reglamentarias existentes hasta tanto se lleven a efecto las previsiones de la citada DA Primera y en cuanto no se opongan a la citada Ley. Ello no obstante, cuando estas normas contemplaran plazos de resolución superiores a seis meses se reducirá a este término la duración de aquéllos, debiendo computarse su transcurso de acuerdo con las nuevas previsiones del nuevo art. 42.2 LRJ-PAC (DT Primera.2).

Ahora bien, en lo que se refiere al sentido (positivo o negativo) del silencio se otorga al Gobierno un plazo más largo, de dos años, para realizar dicha adaptación (DA Segunda.2), manteniéndose en vigor (conservando su validez, dice la DT Primera.3) hasta que se lleven a efecto las previsiones contenidas en las citadas normas reglamentarias sobre el sentido del silencio.

Cuesta comprender las razones por las que el legislador ha optado por disociar de tal modo el régimen transitorio del silencio administrativo<sup>8</sup> y no parece que sea una solución adecuada desde el punto de vista de la técnica normativa y de la seguridad y certeza jurídicas, pues resulta contraproducente la adecuación de los reglamentos de procedimiento en dos tiempos, como estas Disposiciones parecen permitir. Si tenemos en cuenta, además, la diversidad o especialidad, material y territorial, a que la regulación del silencio administrativo se somete (por más que ahora exista una reserva legal no faltarán

(8) Nada es posible concluir de los trabajos y debates parlamentarios que condujeron a la aprobación de la Ley 4/1999, cuyas DA Primera y DT Primera apenas sufrieron modificaciones respecto del proyecto de ley originario. Tan sólo el apartado. 2º de la DA Primera fue modificado: en su redacción inicial no se señalaba plazo alguno para la progresiva adaptación por el Gobierno de las normas reguladoras de los procedimientos al sentido del silencio administrativo establecido en la nueva ley, lo que *de facto* suponía dejar al criterio del Gobierno el sentido del silencio. Por este motivo el Grupo Parlamentario Socialista y el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria propusieron someter dicho encargo al plazo de un año (Enmiendas núms. 122 y 154, BOCG, Congreso, Serie A núm. 109-11, de 5 de junio de 1998), propuesta que, ampliando a dos años el plazo, fue recogida en el Informe de la Ponencia designada en la Comisión de Régimen de las Administraciones públicas (BOCG, Congreso, Serie A núm. 109-13, de 30 de septiembre de 1998).

## El nuevo régimen del silencio administrativo

leyes *omnibus* que permitan satisfacerla<sup>9)</sup>) puede no ser fácil conocer la norma aplicable a cada procedimiento.

De otro lado, esta transitoria y parcial<sup>10)</sup> aplicación de los reglamentos preexistentes puede prolongarse en el tiempo indefinidamente. La experiencia demuestra que el Gobierno no suele cumplir temporáneamente los plazos que el legislador impone cuando le encomienda el ejercicio de la potestad reglamentaria. Para hacer frente a esta inactividad reglamentaria, precisamente, algunas leyes prevén la aplicación directa de sus determinaciones en ausencia del desarrollo reglamentario correspondiente (como lo hizo la DT Segunda.3 LRJ-PAC de 1992), intentando así compeler la actuación del Gobierno y paliar los efectos de su inactividad. Pero otras se conforman simplemente con salvar posibles vacíos normativos declarando aplicable la normativa preexistente íntegra o parcialmente (como lo hace la DT Primera Ley 4/1999) o “en cuanto no se oponga” a ellas. Esta solución legal, por su propia naturaleza transitoria, no autoriza al Gobierno a retrasar indefinidamente las modificaciones reglamentarias exigidas, ni resta eficacia jurídica al deber legal de ejercitar la potestad reglamentaria, ni permite considerar como meramente dispositivo (no imperativo) el término legal para su cumplimiento. Ahora bien, ¿qué consecuencias podrían seguirse del incumplimiento de este deber?

De un lado, en la medida en que el incumplimiento constituye un supuesto de inactividad administrativa, nada parece oponerse, en el plano teórico (art. 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998; en adelante, LJ), al control jurisdiccional de esta ilegalidad, aunque para el control de esta inactividad reglamentaria aún carecemos de cauces procesales específicos e idóneos (no parece que el recurso por inactividad del art. 29 LJ lo sea, pero sí podría formalizarse el control solicitando el ejercicio de la potestad reglamentaria y recurriendo contra la denegación o desestimación de aquella por silencio administrativo: art. 25.1 LJ). Y además pueden surgir dificultades por la legitimación exigida para actuar o por la insuficiencia de facultades jurisdiccionales para garantizar la ejecución de la sentencia condenatoria que pudiera eventualmente dictarse.

(9) Véase la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, cuya DA Vigésima Novena “reimplanta” los plazos de resolución superiores a seis meses previstos en diversos reglamentos, plazos que por efecto de la DT Primera.2 habían quedado reducidos a dicho término desde la entrada en vigor de la propia Ley 4/1999.

(10) Digo parcial porque la forma de producción y efectos del silencio serán los previstos en la reformada LRJ-PAC, aunque el sentido del silencio sea el previsto en la normativa preexistente (DT Primera.3).

**LA VIGENCIA DE LOS  
REGLAMENTOS REGULADORES  
DEL SILENCIO ANTERIORES  
A LA LEY TIENE UN ALCANCE  
TEMPORAL VARIABLE,  
PUES SE HACE DEPENDER  
DEL OBJETO DE  
SU REGULACIÓN Y DE SU  
MODIFICACIÓN O  
DEROGACIÓN POR EL  
GOBIERNO, SIN PERJUICIO  
DE QUE PUEDE  
NO AFECTAR POR IGUAL A  
LOS REGLAMENTOS  
ESTATALES QUE A LOS  
AUTONÓMICOS**

De otro lado, cabe preguntarse si, a falta del debido desarrollo reglamentario y en lo que se refiere al sentido del silencio, podría invocarse la directa eficacia o aplicabilidad de la LRJ-PAC para considerar estimada por silencio positivo (regla general) una solicitud que debería entenderse desestimada por silencio negativo conforme a los reglamentos preexistentes (no adaptados, por hipótesis). O lo que es igual, preguntarse por los límites temporales de la transitoria subsistencia de los reglamentos preexistentes.

No parece que la vigencia excepcional de éstos pueda prolongarse indefinidamente por causa de la inactividad reglamentaria del Gobierno y que, por tanto, pueda depender de la voluntad de éste la efectiva aplicación de la LRJ-PAC en lo que al sentido del silencio respecta. Obviamente, hasta el vencimiento del plazo legal de dos años (previsto para la adaptación del sentido del silencio: DA Primera.2) no puede tenerse por inactividad reglamentaria la pasividad gubernamental y el efecto suspensivo de la DT Primera.3 es plenamente eficaz. Ahora bien, ese mismo término legal, imperativo, entraña una presunción legal de razonabilidad: es el tiempo que el legislador considera suficiente o razonable para adaptar los reglamentos, de manera que vencido ese término el Gobierno incurrirá en inactividad reglamentaria a menos que justifique la imposibilidad material de hacerlo antes; a menos que justifique o motive su tardanza –la razonabilidad de la demora–. Mas si la demora resulta irrazonable y, por tanto, ilegal, ¿está justificado el mantenimiento, *contra legem*, de la vigencia de los reglamentos preexistentes? ¿Puede la DT Primera.3 de la Ley 4/1999 amparar la indefinida inaplicación de la nueva LRJ-PAC?

Una interpretación finalista de la misma conduce a una respuesta negativa. La eficacia o alcance temporal de la DT Primera.3 se extiende sobre los dos años siguientes a la entrada en vigor de la Ley 4/1999 y sólo excepcionalmente puede prolongarse, justificando la razonabilidad del retraso en la adaptación de los reglamentos. En otro caso, las previsiones sobre el sentido del silencio de la nueva LRJ-PAC deben prevalecer sobre las de los reglamentos preexistentes.

Una conclusión que tiene alguna relevancia práctica. En efecto, el 14 de abril de 2001 terminó el plazo de dos años que la Ley 4/1999 otorgó al Gobierno para adaptar a la misma las normas de procedimiento reguladoras del sentido del silencio administrativo (DA Primera.2).

Pues bien, en este plazo el Gobierno ha promovido la “legalización” de diversos preceptos reglamentarios que atribuían sentido negativo al silencio administrativo en supuestos distintos a los previstos en el art. 43.2 LRJ-PAC (derechos de petición, facultades sobre el dominio o servicios públicos y procedimientos de impugnación). Por medio de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (DA Vigésima Novena, Anexo 2), tales preceptos reglamentarios (referidos a casi 300 de los más de 2.000 procedimientos administrativos de competencia de la Administración General del Estado) han quedado amparados por una norma de rango legal, cumpliéndose así la exigencia de ley para la previsión de supuestos de silencio administrativo negativo que se deduce de ese mismo art. 43.2 LRJ-PAC.

## El nuevo régimen del silencio administrativo

Esa misma Ley 14/2000 (DA Vigésima Novena.3) aclara que se considerarán iniciados de oficio los procedimientos para la concesión concursal de ayudas o subvenciones, esto es, en régimen de concurrencia competitiva, asunto sobre el que arrojaba dudas el Reglamento para la concesión de subvenciones públicas (RD 2225/1993, de 17 de diciembre)<sup>11</sup>. Al considerarse iniciados de oficio estos procedimientos, la aplicación del silencio administrativo negativo, prevista en el art. 6.4 del citado Reglamento, no ofrece ninguna dificultad al coincidir plenamente con el supuesto de silencio negativo previsto en el art. 44.1 LRJ-PAC.

Pero éstas son las únicas medidas normativas promovidas por el Gobierno y no se han modificado otros reglamentos, lo que, conforme a lo expuesto sobre el alcance temporal de la DT Primera.2 Ley 4/1999, arroja una sombra de duda sobre la vigencia de cualquier otro precepto reglamentario que prevea el juego del silencio administrativo negativo en supuestos distintos a los mencionados del art. 43.2 LRJ-PAC.

Y a título de ejemplo cabe citar de nuevo el Reglamento del procedimiento subvencional. Porque mientras que en los procedimientos iniciados de oficio (sean concursales o no) la aplicación del silencio negativo previsto en su art. 6.4 no ofrece ahora dificultad alguna (pues es compatible con el art. 44.1 LRJ-PAC, como se ha dicho), resultaría contraria al art. 43.2 LRJ-PAC en los procedimientos iniciados a instancia de parte, toda vez que ninguna norma legal (tampoco la citada DA Vigésima Novena Ley 14/2000) ampara la aplicación del silencio negativo en este caso (que es lo que todavía prevé el art. 6.4 del citado Reglamento para estos procedimientos iniciados de parte, salvo que tengan por objeto la concesión de ayudas de carácter social o asistencial).

Aunque no sea fácil calcular el número de procedimientos cuyas normas reglamentarias siguen igualmente sin haber sido adaptadas, parece factible que con más de 2.000 procedimientos identificados en la Administración del Estado<sup>12</sup> el apuntado no sea el único supuesto existente.

(11) El citado Reglamento del Procedimiento para la Concesión de Subvenciones Públicas disponía (art. 6.4) que por el transcurso del plazo máximo para resolver sin que hubiera recaído resolución expresa podía entenderse resuelto desfavorablemente por silencio administrativo el procedimiento (salvo que tuviera por objeto la concesión de ayudas de carácter social o asistencial: apartado. 51). Esta regla no ofrecía ningún problema ante procedimientos iniciados por solicitud o instancia de parte, ámbito tradicional del silencio administrativo. Pero sí ante procedimientos iniciados de oficio, puesto que la LRJ-PAC de 1992 no contemplaba la aplicación del silencio en estos casos (circunscribiéndolo, pues, a los procedimientos –de instancia o de impugnación– iniciados a instancia de parte), razón por la que resulta dudosa la legalidad del referido precepto reglamentario y, por tanto, su validez. De otro lado, la pretensión reglamentaria de aplicar el silencio administrativo en estos casos arrojaba dudas sobre el propio carácter de algunos de estos procedimientos, pues asumido que siempre había de mediar una convocatoria pública, no quedaba claro si era ésta o las solicitudes subsiguientes a la misma las que daban comienzo al procedimiento (art. 4).

(12) Téngase en cuenta la Resolución de 1 de diciembre de 1998 de la Secretaría de Estado para la Administración Pública por la que se publica la relación de procedimientos de la Administración General del Estado, en la que aparecen identificados más de 2.000 procedimientos. Por imperativo legal (art. 42.4 LRJ-PAC), relaciones como ésta deben publicar y actualizar permanentemente todas las Administraciones públicas a efectos informativos, con indicación de los plazos máximos para la resolución y de los efectos que produzca el silencio administrativo. Mas, al dar por terminado este artículo, sólo ha podido constatarse la publicación de la relación correspondiente a la Administración del Estado cuyo estado actual puede cotejarse en la Inspección General de Servicios de la Administración Pública (c/ M<sup>a</sup> de Molina, 50 - 28006 Madrid, Teléfono: 91/586 10 10) y en Internet (<http://www.igsap.map.es>).

Téngase en cuenta, por otro lado, que también las Comunidades Autónomas deberían haber adoptado sus normas de procedimiento relativas al silencio. Ahora bien, parece que en este caso la adecuación de las normas autónomas ha de seguir otras reglas.

### **III. LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 4/1999: APLICABILIDAD DE LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA PREEXISTENTE SOBRE SILENCIO ADMINISTRATIVO**

Como es sabido, las relaciones entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos no son de jerarquía (formales) sino de competencia (materiales), circunstancia que priva a las normas estatales de fuerza abrogativa de las autonómicas. La modificación de la legislación estatal básica, por consiguiente, puede alterar el presupuesto o marco competencial que delimita la potestad legislativa autonómica haciendo que las leyes autonómicas devengan inaplicables, por sobrevenida incompetencia material del legislador regional, pero sin derogarlas. El único efecto de la ley estatal sobre el ordenamiento autonómico es, pues, el desplazamiento o inaplicabilidad de la ley autonómica que resulte incompatible con aquélla, no su modificación ni su derogación, lo mismo que sucede en el plano de las relaciones entre la legislación comunitaria y la nacional articuladas también por el principio de competencia.

Por consiguiente, por la sola entrada en vigor de la Ley 4/1999 quedan inmediatamente desplazadas y sin efecto las leyes de procedimiento autonómico que se opongan a las nuevas previsiones de la LRJ-PAC por el carácter básico de ésta. Quiere esto decir, en lo que nos interesa ahora, que la duración del plazo para dictar resolución sólo podrá ser superior a seis meses cuando expresamente lo prevea una ley autonómica o el Derecho Comunitario y que tan sólo con esta misma condición podrá aplicarse el silencio negativo fuera de los supuestos previstos en el art. 43.2 LRJ-PAC.

Cuando cuenten con el respaldo de una ley autonómica o comunitaria, pues, seguirán siendo aplicables los reglamentos autonómicos de procedimiento que contengan normas diferentes a las comunes (a las de la LRJ-PAC) sobre el plazo para resolver o el sentido del silencio administrativo. Pero ¿y si carecen de dicho respaldo? ¿Y si tales reglamentos se dictaron haciendo uso de la libertad de disposición que confería la LRJ-PAC de 1992 cuyas normas, hasta su reforma, eran meramente subsidiarias en lo que al plazo y el sentido del silencio respecta? ¿Han quedado estos reglamentos desplazados por la entrada en vigor de Ley 4/1999 o pueden ser aplicados después de ésta? Y en este último caso, ¿hasta cuándo?

Estos interrogantes parece que han de resolverse a la luz de las reglas ordinarias de distribución competencial y de interrelación normativa y de lo dispuesto en las disposiciones adicionales, transitorias y finales de la Ley 4/1999.

## El nuevo régimen del silencio administrativo

Las primeras nos permiten afirmar que tales reglamentos no han quedado derogados, sino desplazados por la nueva legislación básica, de manera que su aplicación o eficacia depende de su compatibilidad con ésta, esto es, con la Ley 4/1999. Y como esta Ley contiene previsiones que matizan el efecto de su entrada en vigor hay que tenerlas en cuenta para establecer dicha compatibilidad.

En primer lugar, tales previsiones obligan a las Comunidades Autónomas a dictar las disposiciones de desarrollo y aplicación que resulten necesarias por la entrada en vigor de la Ley (DF Única.1). Y más concretamente, a adaptar los procedimientos en los que proceda modificar el sentido del silencio administrativo (DT Primera. 4), sin señalar plazo para hacerlo en ninguno de los dos casos.

Ahora bien, los preceptos citados nada aclaran sobre la eficacia de los reglamentos preexistentes incompatibles con la nueva legislación común en tanto se realiza dicha adaptación. De manera que hemos de preguntarnos si es también aplicable, como lo era para los reglamentos estatales, la DT Primera.

Se refiere ésta a la subsistencia de las normas preexistentes que continuarán *en vigor*, dice (apartado 1º), hasta que se realicen las modificaciones normativas precisas para su adaptación o adecuación a la reformada LRJ-PAC en cuanto no se opongan a ésta.

Pues bien, aunque no esté al alcance del legislador estatal alterar la vigencia de los reglamentos autonómicos (porque se trata de planos normativos diversos, competencialmente separados y sin el vínculo formal de la jerarquía normativa), sí puede alterar, limitar o diferir en el tiempo los efectos de sus propias leyes básicas, entre los que está el desplazamiento de la legislación autonómica incompatible con ellas.

La DT Primera.1, por consiguiente, no podría declarar *en vigor* (lo mismo que no podría derogar) los reglamentos autonómicos existentes, pero sí evitar o retrasar su desplazamiento por la nueva legislación estatal. Y es en este sentido, diferente al de su vigencia, que podría declararlos subsistentes y aplicables. Sin embargo, toda vez que la DT Primera.1 declara subsistentes los reglamentos existentes “en cuanto no se opongan” a la nueva LRJ-PAC, la previsión resulta superflua en lo que a los reglamentos autonómicos toca, pues es sabido que la vigencia y eficacia de la legislación autonómica no se ve afec-

**CON LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 4/1999 DEJARON DE SER APLICABLES LOS REGLAMENTOS AUTONÓMICOS DE PROCEDIMIENTO QUE CONTENÍAN NORMAS CONTRARIAS A LAS COMUNES SOBRE EL PLAZO PARA RESOLVER O EL SENTIDO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO, A MENOS QUE UNA NORMA COMUNITARIA O UNA LEY AUTONÓMICA AMPARE SU ESPECIALIDAD**

tada por la legislación estatal en cuanto sea compatible con ella. Y aun podemos preguntarnos si esta inanidad no constituye un indicio, en realidad, de que la DT Primera.1 no se refiere a los reglamentos autonómicos.

Algo de esto puede desprenderse también del apartado. 2º de la DT Primera. Si los reglamentos autonómicos existentes dispusieran plazos de resolución superiores a seis meses, éstos habrían de quedar, sin más, desplazados por la legislación estatal básica resultando ésta de directa aplicación, lo que exigiría aplicar el plazo general de tres meses de la LRJ-PAC. Pero al aplicar el apartado. 2º resulta un plazo distinto de seis meses, lo que podría entenderse como una intromisión del legislador estatal en la competencia autonómica, pues de acuerdo con la propia LRJ-PAC sólo al legislador autonómico (o al comunitario) corresponde señalar uno distinto al general de tres meses en los procedimientos de su competencia. Una contradicción que induce a pensar también que la DT Primera.2 no se refiere a los reglamentos autonómicos (aunque algunos legisladores autonómicos, como se verá luego, han dado por hecho que sí se refería a ellos, idea que no comparto).

En fin, que el apartado. 3º de la DT Primera.1 no se refiere a los reglamentos autonómicos resulta de su propia literalidad, pues remite al apartado. 2º de la DA Primera que versa sobre la adaptación por el Gobierno, obviamente, de los reglamentos estatales (conclusión compartida por algunos legisladores autonómicos que se han apresurado, por ello, a establecer plazos similares para que los gobiernos regionales lleven a cabo esa adaptación).

De lo expuesto parece posible concluir que la DT Primera no es aplicable a los reglamentos autonómicos existentes a la entrada en vigor de la Ley 4/1999 y que, por tanto, la eficacia o aplicabilidad de aquéllos depende únicamente de su compatibilidad con la nueva LRJ-PAC.

En consecuencia, con la entrada en vigor de la Ley 4/1999 dejaron de ser aplicables los reglamentos autonómicos de procedimiento que contenían normas contrarias a las comunes sobre el plazo para resolver o el sentido del silencio administrativo, a menos que una norma comunitaria o una ley autonómica ampare su especialidad. No siendo aplicables esos reglamentos y mientras las Comunidades Autónomas no realicen las modificaciones legales o reglamentarias oportunas, la LRJ-PAC será de directa aplicación en los procedimientos regulados en ellos y en los extremos o aspectos citados (plazo para resolver, sentido del silencio o cualquier otro aspecto regulado de manera incompatible por la LRJ-PAC).

Tan importante consecuencia, sin embargo, no ha debido ser percibida por todas las Comunidades Autónomas porque hasta la fecha son pocas las que han dictado normas de adaptación para evitar la directa aplicación de la LRJ-PAC que puede traer consigo efectos indeseados (la anticipada producción de un silencio positivo) en algunos procedimientos.

Una ausencia o tardanza de la normativa autonómica de adaptación que quizás tenga que ver con la idea de que la “moratoria” de dos años que la DT Primera.3 en relación con la

DA Primera.2 de la Ley 4/1999 otorga al Gobierno para adecuar las normas sobre el sentido del silencio administrativo les era también aplicable y que, por ello, no se verían afectadas por ella y seguirían siendo plenamente aplicables las propias normas autonómicas hasta el 14 de abril de 2001. Como se verá luego, ésta es la fecha a que algunas leyes autonómicas se refieren para poner término temporal al proceso de adaptación normativa que la modificación de la LRJ-PAC requiere. Pero según lo explicado, no siendo aplicable la DT Primera a las Comunidades Autónomas, es desde la entrada en vigor de la Ley 4/1999, esto es, desde el 14 de abril de 1999, cuando queda desplazada y deviene inaplicable la legislación autonómica incompatible con las nuevas previsiones de la LRJ-PAC.

### IV. LA LEGISLACIÓN APLICABLE AL SILENCIO EN PROCEDIMIENTOS DE COMPETENCIA AUTONÓMICA

De acuerdo con lo expuesto, a falta de una ley autonómica (o norma de Derecho Comunitario) que les dé la cobertura legal que hoy exige la LRJ-PAC, tras la entrada en vigor de la Ley 4/1999 han devenido inaplicables los reglamentos autonómicos de procedimiento que contengan normas contrarias a las comunes sobre el plazo para resolver o el sentido del silencio administrativo, de manera que en los procedimientos objeto de aquéllos son de directa aplicación, en los citados aspectos, las normas de la LRJ-PAC.

Al entregar estas páginas a la imprenta, sólo las Comunidades aragonesa, balear, cántabra, andaluza y madrileña habían dictado normas específicas para evitar esa consecuencia. Pero en todas las demás, como digo, desde el 14 de abril de 1999, debe ser de aplicación directa la LRJ-PAC en los términos explicados en el epígrafe anterior (esto es, en todos los procedimientos en que, sin cobertura legal o comunitaria, el plazo de resolución o el sentido del silencio se oponga a lo previsto en la legislación común).

Entre las Comunidades Autónomas que sí han dado respuesta normativa a la Ley 4/1999 parece posible distinguir tres diferentes opciones o modelos con distinto alcance o contenido normativo. Veámoslos.

#### 1. Adaptación “retrospectiva” de la legislación autonómica

Una de las técnicas empleadas para adecuar el ordenamiento autonómico al nuevo marco estatal básico ha sido la aprobación de una norma provisional o transitoria que, como lo hizo la DT Primera. 3 de la Ley 4/1999 respecto de los reglamentos estatales, declara subsistentes los reglamentos autonómicos hasta que se produzca su adaptación, encomendando al Gobierno autonómico que la lleve a efecto antes del 14 de abril de 2001.

Es lo que dispuso Aragón mediante la Ley 11/2000, de 27 de diciembre, de medidas en materia de Gobierno y Administración, que modificó la DA Décima de la Ley 11/1996, de 30 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, dándole el siguiente tenor:

“Disposición adicional décima. Adaptación de procedimientos administrativos en relación al silencio administrativo.

1. Antes del 14 de abril del año 2001, el Gobierno de Aragón adaptará las normas reguladoras de los procedimientos de la Administración aragonesa y de sus organismos públicos al sentido del silencio administrativo establecido en la Ley 4/1999, de 13 de enero.

2. Hasta que se lleve a cabo esta adaptación, conservará validez el sentido del silencio administrativo establecido en las normas legales o reglamentarias ahora vigentes, si bien su forma de producción y sus efectos serán los previstos en la Ley 4/1999, de 13 de enero.”

En realidad, el segundo párrafo de este precepto es algo superfluo, pues el sentido del silencio establecido en normas legales no hace falta refrendarlo ya que o no se ven afectadas por la nueva LRJ-PAC (caso de que las leyes autonómicas contemplen supuestos de silencio negativo distintos a las tres excepciones del art. 43.2) o quedan desplazadas sin remedio por la entrada en vigor de la LRJ-PAC (caso de que las leyes autonómicas entren en contradicción con las normas comunes no dispositivas), diga lo que diga esta norma transitoria.

Lo que no dice la Ley aragonesa es lo que sucede si vencido el plazo (14 de abril) esa adaptación no se ha producido. Al respecto puede aquí reproducirse lo dicho más atrás en relación con la falta de adaptación en plazo de la legislación estatal y los límites temporales del apoderamiento que el Gobierno recibe; o, más concretamente y en este caso, sobre la posibilidad de que, llegado ese término y a falta del debido desarrollo reglamentario, pueda invocarse la directa eficacia o aplicabilidad de la LRJ-PAC para considerar estimada por silencio positivo (regla general) una solicitud que debería entenderse desestimada por silencio negativo conforme a los reglamentos autonómicos preexistentes.

## 2. Adaptación sectorial o singular de la legislación autonómica

Una segunda solución normativa, de grado medio, es la adaptación también provisional o urgente, pero no definitiva ni general, de las normas referidas a algunos procedimientos en los que son más evidentes o conocidos los riesgos del silencio positivo.

Es el caso de la Comunidad Autónoma de Cantabria, que primero incluyó entre los supuestos de silencio administrativo negativo los procedimientos para el otorgamiento de subvenciones (art. 57.5 Ley 10/1999, de 27 de diciembre, de Presupuestos para el año 2000)<sup>13</sup> y luego algunos otros (art. 6 Ley 7/2000, de 22 de diciembre, de Medidas

(13) El apartado. 51 del citado art 57 dice:

“Una vez transcurrido el plazo fijado para la Resolución en la Orden de convocatoria o en la normativa que regule la subvención, sin haber recaído acuerdo expreso, se entenderán denegadas, por silencio administrativo, todas las solicitudes de subvención que se gestionen por la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria y sus entidades públicas.”

## El nuevo régimen del silencio administrativo

Fiscales y Administrativas)<sup>14</sup>, a la espera de que “se promulgue una ley que, de forma unitaria y conjunta, regule el silencio administrativo en todos los procedimientos tramitados por la Comunidad Autónoma de Cantabria” (según advierte la Exposición de Motivos de la última ley citada).

(14) El art. 6 de la cita ley dice así (la cursiva es mía):

“Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado.

En la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en materia de silencio administrativo, se aplicarán, además de las normas legales y reglamentarias vigentes en la fecha de la entrada en vigor de la presente Ley, las siguientes:

*I. Expedientes tramitados ante la Consejería de Ganadería, Agricultura y Pesca.*

1. Transcurrido el plazo máximo para resolver los procedimientos, iniciados a solicitud del interesado, en los que se pretenda el otorgamiento, modificación o renovación de autorizaciones en materia de sanidad veterinaria y salud pública cuya resolución sea competencia de la Comunidad Autónoma de Cantabria, sin que se haya notificado resolución expresa al interesado o interesados, se podrán entender desestimadas las siguientes solicitudes:

a) Autorizaciones exigidas por la normativa vigente para la elaboración, formulación, distribución, dispensación, comercialización, mezcla o almacenamiento de medicamentos veterinarios, medicamentos homeopáticos veterinarios, piensos medicamentosos, plaguicidas, fungicidas, herbicidas y demás productos fitosanitarios, y fertilizantes y abonos.

b) Autorizaciones para la realización de ensayos clínicos con animales productores de alimentos de consumo humano.

c) Autorizaciones y documentos exigidos por la normativa vigente para el movimiento comercial pecuario y la calificación sanitaria de explotaciones de ganado.

2. Igualmente, transcurrido el plazo máximo para resolver los procedimientos, iniciados a solicitud del interesado, sin que se haya notificado resolución expresa al interesado o interesados, se podrán entender desestimadas las siguientes solicitudes cuya resolución sea competencia de la Comunidad Autónoma de Cantabria:

a) Tarjetas de identidad profesional náutico-pesquera de patrón de pesca y patrón costero equivalente.

b) Concesiones de autorizaciones para cultivos marinos.

c) Reconocimiento o constitución de Denominaciones de Origen o Indicaciones geográficas protegidas, y sus Consejos Reguladores.

d) Inscripción de productores en los Consejos Reguladores de Denominaciones de Origen, Indicaciones geográficas protegidas, y de Agricultura y ganadería ecológica o biológica.

e) Autorizaciones y documentos exigidos por la normativa vigente para el movimiento comercial de vegetales y sus productos y su calificación fitosanitaria.

f) Inscripción de Sociedades Agrarias de Transformación.

g) Inscripción en el Registro de Variedades Comerciales, en el Registro de Comerciantes de Semillas y Plantas de Vivero, o en el Registro Provisional de Productos de Viveros.

h) Modificación de los consorcios para repoblación forestal en montes catalogados de utilidad pública.

i) Aprovechamientos en montes propiedad de Entidades públicas.

j) Permisos para la correcta utilización de acotados pesqueros para la práctica de la modalidad llamada “Captura y suelta”.

### 3. Adaptación plena de la legislación autonómica

Y en tercer lugar están las Comunidades Autónomas que han adaptado plenamente (aunque no necesariamente de forma integral ni, por supuesto, definitiva) su legislación de procedimiento a la nueva LRJ-PAC. Se trata de las Comunidades de Madrid, Andalucía e Illes Balears.

#### A) Madrid

Muy poco tiempo después de aprobarse la Ley 4/1999, antes incluso de su entrada en vigor, se aprobó la Ley 8/1999, de 9 de abril, de adecuación de la normativa de la Comunidad de Madrid a la reformada LRJ-PAC, que contiene reglas relativas a la duración del plazo para resolver y al sentido o eficacia del silencio administrativo.

En cuanto al plazo máximo de resolución, la Ley madrileña incluye en un Anexo todos aquellos procedimientos en que se considera necesario mantener o establecer plazos superiores a seis meses, forma de dar cobertura legal a los reglamentos preexistentes que contemplaban tales plazos. Idéntica cobertura otorga, además, a los plazos de resolución previstos en los reglamentos reguladores de los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas, siempre que no superen los nueve meses, término que será de aplicación también en defecto de norma específica. Y fija el plazo máximo para resol-

- k) Indemnizaciones por daños causados por la fauna silvestre.
- l) Repoblaciones forestales.

*II. Expedientes tramitados por la Consejería de Sanidad, Consumo y Servicios Sociales.* Sin perjuicio de la obligación de dictar resolución expresa, transcurrido el plazo máximo para resolver los procedimientos, iniciados a solicitud del interesado, en los que se pretenda el otorgamiento, modificación o renovación de autorizaciones en materia de sanidad y salud pública cuya resolución sea competencia de la Comunidad Autónoma de Cantabria, sin que se haya notificado resolución expresa al interesado o interesados, se podrán entender desestimadas las solicitudes relativas a autorizaciones de productos, actividades y servicios que, por afectar al ser humano, puedan suponer un riesgo para la salud de las personas.

*III. Expedientes tramitados por la Consejería de Educación y Juventud.* Transcurrido el plazo máximo para resolver los procedimientos, iniciados a solicitud del interesado cuya resolución sea competencia de la Comunidad Autónoma de Cantabria, sin que se haya notificado resolución expresa al interesado o interesados, se podrán entender desestimadas las siguientes solicitudes:

1. Procedimiento de admisión de alumnos en Centros sostenidos con fondos públicos de educación infantil, de educación primaria, de educación secundaria, de Bachillerato LOGSE y FP.
2. Autorización de apertura y funcionamiento de centros docentes privados así como de modificaciones de la autorización de apertura y funcionamiento de los centros docentes privados, incluido el cambio de denominación, titular, ampliación, reducción de unidades y cambio de enseñanza.
3. Autorización para impartir docencia en Centros Privados de enseñanza en los niveles educativos de Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato y FP.
4. Solicitudes del personal docente cuando de ellas pudieran derivarse efectos económicos o puedan producirlos, o cuando los efectos puedan incidir en la potestad autoorganizativa de la Administración.”

ver los procedimientos en los que deba efectuarse Evaluación del Impacto Ambiental o Calificación Ambiental, que será, respectivamente, de dieciocho meses o un año, salvo que en el Anexo de esta misma Ley o en distinta ley se contemple otro específico).

Evitó así la Comunidad el automático acortamiento (presumiblemente indeseado) de los plazos superiores a seis meses carentes de cobertura legal que habría tenido lugar como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 4/1999. En la Exposición de Motivos de la Ley madrileña se explica, por cierto, que dichos plazos hubieran quedado reducidos a seis meses, de lo que se deduce que el legislador madrileño reputaba aplicable a la legislación autonómica la DT Primera.<sup>2</sup> de la Ley 4/1999. Como he explicado antes, es una conclusión que no comparto, puesto que la relación entre el Derecho estatal y el autonómico es de competencia y, en consecuencia, la legislación estatal básica sólo puede desplazar la normativa autonómica, no conformar o adecuar su contenido (esto es, devendrían inaplicables los reglamentos autonómicos, debiendo aplicarse entonces directamente el plazo general de tres meses del art. 42.2 LRJ-PAC).

En cuanto a los efectos del silencio administrativo, la Ley madrileña incluye en el Anexo los procedimientos en que opera el silencio negativo. En muchos casos se trata de supuestos ya previstos en la propia LRJ-PAC (arts. 43.2 y 44.1), pero en otros se trata de dar cobertura legal a supuestos de silencio negativo previstos en normas reglamentarias ya existentes.

Ahora bien, dicho Anexo no se refiere a todos los procedimientos en los que estaba reglamentariamente prevista, sin cobertura legal, la eficacia negativa del silencio administrativo antes de la Ley 4/1999. La entrada en vigor de ésta, toda vez que nada dice –ni podría decir– sobre la subsistencia de las normas autonómicas preexistentes, hubiera supuesto el sometimiento a la regla del silencio positivo de todos estos procedimientos, por quedar desplazados sus reglamentos reguladores y ser de aplicación directa la LRJ-PAC (art. 43.2). Pero lo que no podía decir la legislación estatal sí podía decirlo la autonómica y la Ley madrileña contiene, así, una norma provisional o transitoria que, lo mismo que la DT Primera.<sup>3</sup> Ley 4/1999, respecto de los reglamentos estatales, declara subsistentes los reglamentos autonómicos hasta que se produzca su adaptación, encomendando al Gobierno autonómico que la lleve a efecto antes del 14 de abril de 2001.

**ENTRE LAS COMUNIDADES  
AUTÓNOMAS QUE SÍ HAN  
DADO RESPUESTA NORMA-  
TIVA A LA LEY 4/1999  
PARECE POSIBLE DISTIN-  
GUIR TRES  
DIFERENTES OPCIONES:  
APROBACIÓN DE UNA  
NORMA PROVISIONAL,  
ADAPTACIÓN SECTORIAL Y,  
POR ÚLTIMO, ADAPTACIÓN  
PLENA DE LA LEGISLACIÓN  
AUTONÓMICA A LA NUEVA  
LRJ-PAC**

Cabe también aquí apuntar, en fin, la problemática posibilidad de que, vencido ese término sin haberse dictado el debido desarrollo reglamentario, pueda invocarse la directa eficacia o aplicabilidad de la LRJ-PAC. Me remito a lo dicho más atrás.

## B) Andalucía

Parecido esquema normativo ha seguido la Comunidad de Andalucía. Declarando también su intención de proceder, en un momento posterior, al estudio, revisión y simplificación de todos los procedimientos administrativos según el objetivo de la reformada LRJ-PAC, la Ley andaluza 17/1999, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas abordó también la regulación de los efectos del silencio y del plazo máximo de resolución, con el objeto de dar cobertura legal y garantizar, siquiera fuera provisionalmente, la aplicación de las normas contenidas en los reglamentos autonómicos preexistentes.

Para establecer la duración máxima de los procedimientos recurre a la técnica del Anexo (art. 40) y, como la Ley madrileña, el legislador andaluz parece asumir que es aplicable a la legislación autonómica la DT Primera.<sup>2</sup> de la Ley 4/1999 (de manera que habrían quedado acortados a seis meses —y no a tres meses, según mi criterio— los plazos previstos reglamentariamente que, sin cobertura legal, fueran superiores a seis meses).

Y por lo que respecta al sentido del silencio administrativo contiene dos previsiones: de un lado (art. 42)<sup>15</sup>, añade dos supuestos de silencio negativo (procedimientos subvencionales y de exención de los límites de renta para la adjudicación de viviendas de promoción oficial); de otro (art. 41)<sup>16</sup>, una norma transitoria que, lo mismo que la Ley

(15) El art. 42 dice así:

“Procedimientos con silencio desestimatorio.

1. Sin perjuicio de la obligación de dictar resolución expresa, y de lo dispuesto en el artículo 41 de la presente Ley, las solicitudes de cualquier subvención o ayuda podrán entenderse desestimadas por silencio administrativo si, transcurrido el plazo máximo establecido, no se hubiera dictado y notificado resolución expresa.

2. Igualmente, los intereses podrán entender desestimadas las solicitudes en el procedimiento de exención a los límites en los ingresos anuales ponderados de las unidades familiares de los adjudicatarios de las viviendas resultantes de la promoción directa o de las actuaciones singulares, previstas en el artículo 37 del Decreto 166/1999, de 27 de julio, si, transcurrido el plazo establecido, no se hubiera dictado y notificado resolución expresa.”

(16) El art. 41 dice así:

“Adaptación de procedimiento al sentido del silencio.

1. Antes del 14 de abril del año 2001, el Consejo de Gobierno adaptará a lo establecido por la Ley 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el sentido del silencio administrativo previsto en las normas reglamentarias reguladoras de los procedimientos de la competencia de la Comunidad Autónoma, y, en especial, las aprobadas en el proceso de adecuación y desarrollo de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

madrileña, declara provisionalmente en vigor el sentido del silencio previsto en los reglamentos de procedimiento existentes hasta que el Gobierno regional lleve a efecto su adecuación, que debe tener lugar antes del 14 de abril de 2001.

A las discutibles consecuencias del incumplimiento de este término ya me he referido con anterioridad.

### C) Islas Baleares

Algunas diferencias presenta, finalmente, la legislación aprobada por la Comunidad Autónoma balear. En un primer momento esta Comunidad reguló únicamente la duración máxima de los procedimientos mediante la Ley 12/1999, de 23 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y de función pública y económicas (o sea, ley de acompañamiento a la de presupuestos para el año 2000).

El art. 15 de la citada ley “legalizó” los reglamentos existentes que contemplaban plazos superiores a seis meses, amplió hasta ese mismo término los plazos de resolución previstos en la normativa (legal o reglamentaria) reguladora de cada procedimiento, y atribuyó a dicho plazo carácter general o supletorio (de aplicación pues, en defecto de previsión expresa). La Ley fija, además, plazos específicos para los procedimientos sancionadores y disciplinarios: de un año, en el caso de procedimientos ordinarios; de seis meses, tratándose de procedimientos abreviados o simplificados, siempre que la normativa reguladora de aquéllos (cualquiera que sea su rango, pues) no hubiera establecido otro superior.

Dos aspectos hay que destacar de este precepto. De un lado, el hecho de que no sólo da cobertura legal al plazo de resolución previsto en normas reglamentarias, sino que “legaliza”, eleva el rango, de las disposiciones reglamentarias preexistentes que contemplaran plazos superiores a seis meses (de manera que su modificación ulterior exigiría una norma con rango de ley). Y de otro lado, el establecimiento de un plazo de resolución supletorio (seis meses), aplicable en defecto de previsión específica, que difiere del previsto en la legislación común (tres meses) y cuya constitucionalidad puede suscitar dudas razonables. Digo esto porque la LRJ-PAC permite a las Comunidades Autónomas disponer los plazos de resolución que consideren oportunos para cada procedimiento (mediante ley, si es superior a seis meses), pero no está ya tan claro que les permita también fijar un plazo genérico de aplicación supletoria en defecto de previsión autonómica específica sobre el procedimiento de que se trate, pues en defecto de norma de procedimiento específica ya fija uno la propia LRJ-PAC (art. 42: tres meses).

Mas las previsiones contenidas en el citado art. 15 fueron posteriormente sustituidas, aunque reproducidas en su fondo o contenido (salvo en lo referente a la “legalización”) por la Ley 16/2000, de 27 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y de

2. Hasta que se lleve a efecto la adaptación prevista en el apartado anterior de este artículo, conservará validez el sentido del silencio administrativo establecido en las normas citadas en el referido apartado, si bien su forma de producción y sus efectos serán los previstos en la Ley 4/1999, de 13 de enero.”

función pública, que incluyó además un Anexo con la duración de los procedimientos administrativos, y encargó al Gobierno regional la determinación reglamentaria de la duración de los procedimientos, de acuerdo con esas mismas reglas, para antes del 14 de abril de 2001.

En esta última Ley se abordó ya la cuestión de los efectos o sentido del silencio administrativo. Así, la Ley incluye en su Anexo la relación de procedimientos en que tendrá carácter negativo o desestimatorio el silencio administrativo (art. 19), régimen aplicable también a los procedimientos para la concesión de ayudas y subvenciones públicas (art. 18). Los demás procedimientos se someten, pues, a las reglas comunes de la LRJ-PAC para cuya aplicación efectiva se encomienda al Gobierno regional que antes del 14 de abril de 2001 adopte las necesarias disposiciones reglamentarias (DA Primera). Aquí debo dejar anotado, una vez más, los problemas del incumplimiento de este término.

En cuenta debe tenerse, en fin, la Disposición Derogatoria Única de esta Ley, que modifica su eficacia o alcance para resolver las situaciones creadas por la sucesión temporal de normas aplicables a cada procedimiento según su fecha de iniciación<sup>17</sup>.

Tales son las fórmulas empleadas por las Comunidades Autónomas mencionadas para adecuar sus ordenamientos a la nueva legislación básica del Estado. Pero en el resto de Comunidades, como he explicado, es de directa y exclusiva aplicación la LRJ-PAC, desde que entró en vigor la Ley 4/1999 (14 de abril de 1999), en todos aquellos procedimientos en que, sin cobertura legal o comunitaria, el plazo de resolución o el sentido del silencio se oponga a lo previsto en ella.

(17) La DD Única dice así:

“1. Queda derogado el artículo 15 de la Ley 12/1999, de 23 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y de función pública y económicas. No obstante, se aplicarán las reglas siguientes:

a) Conservan su vigencia, con rango legal, las disposiciones relativas a la duración de los procedimientos afectados por lo establecido en los apartados 1.a) y 5 del artículo 15 de la Ley 12/1999, en los que se hubiera fijado un plazo superior a seis meses para dictar y notificar la resolución.

b) En los procedimientos regulados en las disposiciones afectadas por lo dispuesto en el apartado 1.b) del artículo 15 de la Ley 12/1999, mientras el Gobierno de las Illes Balears no establezca otro plazo para dictar y notificar la resolución, de acuerdo con la Disposición Adicional Segunda de la presente Ley, serán de aplicación los plazos que originariamente figuraban en las citadas disposiciones.

(...)

4. Asimismo, quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.”

# Los órganos de selección en el empleo público: el principio de especialidad y la discrecionalidad técnica

**ROSA MARÍA ILDEFONSO HUERTAS**

Departamento de Derecho  
Administrativo  
Universidad de Granada

## Sumario:

**Introducción. 1. Aproximación al marco jurídico de los procesos selectivos en la Administración Pública. 2. El *ius singulare* del procedimiento selectivo: la convocatoria como criterio limitador de la labor de los órganos selectivos. 3. Características esenciales de los órganos de selección. 4. El principio de especialidad. 5. El anticorporativismo. Un apunte sobre los cuerpos docentes universitarios ¿habilitación nacional versus endogamia? 6. Previsiones que coadyuvan a la correcta actuación de los órganos de selección. 7. Problemática específica de los órganos de selección locales. A) Funcionarios de carrera “propios” de la Entidad Local. B) Personal interino. C) Personal laboral. D) Personal eventual. 8. La discrecionalidad técnica de los órganos selectivos de las Administraciones Públicas. 9. Recapitulación conclusiva.**

## INTRODUCCIÓN

En el marco del actual debate, de profundo e intenso calado político-jurídico, acerca del papel que cabe atribuir a la Administración Pública dentro de la estructura del Estado social y democrático de Derecho hay ciertas cuestiones omnipresentes y que, no por reiteradamente analizadas, dejan de suscitar los recelos y simpatías más acérrimas en el acervo administrativista; una de ellas, relacionada de modo directo con el tema de este traba-

jo, es el de la discrecionalidad administrativa<sup>1</sup>. Esta técnica o instrumento en manos del poder ejecutivo, ha sido siempre objeto de estudio y ha despertado la curiosidad de la comunidad científica. La discrecionalidad administrativa es una de las piezas claves para entender el juego de equilibrio que ha de predicarse de un Estado en el que conviven varios centros de poder, legislativo, ejecutivo y judicial, todos ellos con tendencia centrípeta a acumular respectivamente las más altas cotas de soberanía y de libre actuación pero que, asimismo, no son en absoluto compartimentos estancos exentos de interrelaciones e influencias recíprocas.

Nos interesa en particular la relación justicia-administración, en el subsistema selectivo integrado en el sistema de empleo público español, puesto que una manifestación específica de la discrecionalidad administrativa la observamos en las actuaciones emanadas de unos órganos administrativos denominados Tribunales o Comisiones de Selección. Hablamos de la discrecionalidad técnica, es decir, la capacidad que en el ámbito de un procedimiento selectivo, se reservan los miembros de los órganos seleccionadores a fin de valorar el mérito y capacidad de los aspirantes.

La sensibilidad que este tema, al afectar de modo directo a un derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución<sup>2</sup>, determina que sean muy controvertidas las opiniones acerca de la oportunidad de fiscalizar por los tribunales de justicia las decisiones de los órganos de selección legitimadas en la discrecionalidad técnica. Se puede defender la completa fiscalización judicial por cuanto el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y la plena sumisión a la ley y al derecho de la Administración Pública (art. 9.1 CE), obligan a ejercer ese tipo de control (art. 106.1 CE); o por el contrario, se puede argumentar a favor de reservar un ámbito de gestión autónomo, imprescindible para la consecución de los objetivos de la Administración, que no ha de ser controlado por otro poder, el judicial, que no goza de una mejor capacidad técnica ni de suficiente legitimación para tachar los juicios de valor fundamentados en el conocimiento experto de los miembros de una comisión calificadora.

Entre estos dos polos de opinión pueden efectuarse multitud de matizaciones, aunque nosotros consideramos que las variopintas respuestas que *a posteriori* se pueden ofrecer (anulación de actuaciones de los tribunales calificadores; sustitución del criterio de la administración por el del juez; declaración de la soberanía de estos tribunales calificadores sin entrar a conocer del fondo de los litigios entablados, etc.), no siempre logran restablecer el orden jurídico infringido y mucho menos restituir a las personas perjudicadas en sus derechos.

(1) Autorizadas y grandes voces de la doctrina administrativa han profundizado en el examen de las funciones que hoy día competen a la Administración y han ofrecido opiniones sobre su correcta imbricación en el conjunto de fuerzas que conforman el Estado. La polémica sigue viva y es una fuente de continua reflexión para el estudio de las instituciones de derecho público. Vid. PAREJO ALFONSO, L., *Administrar y juzgar: Dos funciones constitucionales distintas y complementarias: un estudio del alcance y la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Tecnos, Madrid, 1993 y GARCIA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración* 5ª edición. Civitas, Madrid, 2000.

(2) PULIDO QUECEDO, M., *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del art. 23.2 de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1992 (1ª Edición).

## Los órganos de selección en el empleo público

Por tanto, es preciso volver la vista atrás y analizar los distintos factores que desembocan en actuaciones desviadas o patológicas de los tribunales calificadoros. El que, a nuestro juicio, resulta piedra angular de este problema jurídico, no es otro que el principio de especialidad en la composición de los tribunales y comisiones de selección. De su adecuada plasmación en los textos legales y reglamentarios, así como de su efectiva aplicación en las convocatorias singulares de acceso o provisión de puestos de trabajo en el empleo público, dependerá el grado mayor o menor de eficacia en el procedimiento selectivo y su consiguiente conflictividad jurisdiccional.

Adelantamos ya que, independientemente del sistema de selección elegido, la oportunidad de mejorar los procesos selectivos pasa inevitablemente por dotar de fiabilidad técnica y solvencia profesional a aquellas personas que forman parte de los órganos de selección. Si deseamos alcanzar un modelo de Administración profesionalizada que obedezca a los principios constitucionales del art. 103 CE y haga frente a las expectativas abiertas en este nuevo siglo, hemos de dotarla de las herramientas adecuadas para su reclutamiento y selección.

Recientemente, el denominado Libro Blanco para la mejora de los Servicios Públicos, a modo de diagnóstico de los problemas que acucian a la Administración española, incluye una serie de reflexiones acerca de la selección de los empleados públicos en los siguientes términos: "(...) a la hora de definir el modelo de empleo público se trataría de garantizar que en cualquiera de sus manifestaciones, la selección se lleve a cabo con arreglo a los principios constitucionales de mérito y capacidad, de establecer un código ético genérico vinculado a la finalidad común de satisfacer el interés general o de arbitrar mecanismos de salida objetivos, de manera que, en cada uno de los ámbitos que se definan, la Administración competente arbitre el concreto régimen que se estime más oportuno para la naturaleza de la función a desarrollar"<sup>3</sup>.

Como eje estratégico de mejora de los procesos selectivos de los empleados públicos, el Libro Blanco enfatiza en la necesidad de vincular la selección a las necesidades actuales y a su posible evolución, en la de agilizar los procesos selectivos, así como en la de actualizar los mismos considerando la obsolescencia del modelo vigente que no permite valorar adecuada-

**EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD DEBIERA PASAR A ENGROSAR EL GRUPO DE AQUELLOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE RIGEN LOS PROCESOS SELECTIVOS Y QUE GOZAN DE LAS MAYORES GARANTÍAS PROCESALES Y MATERIALES**

(3) Disponible su texto íntegro en la dirección web: <http://www.map.es/libro.htm>. Un resumen de las previsiones de este documento en la materia que nos ocupa en MARIJUAN ARCOCHA, B., "Los empleados públicos en el libro blanco para la mejora de los servicios públicos", *Auditoría Pública*, núm. 21, septiembre 2000, págs. 25 y ss.

mente las actitudes personales y cualidades del candidato, repercutiendo negativamente en la misión encomendada a la Administración de arbitrar los mecanismos y resortes precisos para contar con las personas más idóneas en su haber.

Sin embargo, queda pendiente aún la necesaria reforma del marco jurídico de la función pública que logre acabar con la eterna “provisionalidad” y “urgencia” de la legalidad vigente, constituida básicamente por la Ley de Medidas Urgentes para la Reforma de la Función Pública 30/1984, de 30 de agosto (en adelante, LMRFP). Tarea esencial que no se ha retomado después de tantos como infructuosos borradores y propuestas de Estatuto Básico de la Función Pública<sup>4</sup>.

Por otra parte, la asunción de competencias por parte de las Comunidades Autónomas en la materia que estamos abordando<sup>5</sup> y el ejercicio de las potestades de autoorganización y normación derivadas del principio constitucional de autonomía local propias de las Entidades municipales y provinciales<sup>6</sup>, ha generado la multiplicación de regulaciones jurídicas y procedimientos disponibles para designar a la persona idónea que ocupe un puesto de trabajo en el sector público. Creemos conveniente unificar criterios en torno a qué debe entenderse por principio de especialidad, ya que su configuración en cada legislación autonómica es muy dispar y su plasmación en la legislación local roza la inconstitucionalidad.

El principio de especialidad debiera pasar a engrosar el grupo de aquellos principios constitucionales que rigen los procesos selectivos y que gozan de las mayores garantías procesales y materiales, es decir, su equiparación al nivel de los principios de publicidad<sup>7</sup>, igualdad, mérito y capacidad<sup>8</sup> y de los que, sin duda, es presupuesto ineludible.

(4) El último Proyecto de Ley del Estatuto Básico de la Función Pública, se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 177-1, de 5 de julio de 1999. La disolución de las Cortes para celebrar elecciones, frustró la discusión de este documento.

(5) La competencia exclusiva del Estado para establecer las bases del régimen estatutario de sus funcionarios (art. 149.1.18 CE), ha sido asumida como competencia de desarrollo en lo que atañe al régimen jurídico de los empleados autonómicos por todas las Comunidades Autónomas. También la totalidad de Comunidades Autónomas tienen atribuida, ya sea explícita o implícitamente, la facultad de legislar sobre el régimen del personal de naturaleza local (por supuesto, en aquellas cuestiones no básicas que quedan fuera de la competencia exclusiva del Estado). Así lo expone FERREIRA FERNÁNDEZ, A.J., en su exhaustivo estudio “Composición de los órganos de selección de los funcionarios locales: principios generales y normativa aplicable”, *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 19, mayo-agosto 1998, pág. 105.

(6) Vid. artículo 4.1. a) de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local.

(7) Tampoco es explícito en la regulación constitucional, pero es pacífica su consideración como principio básico para la salvaguarda del derecho fundamental de acceso a la función pública.

(8) Íntimamente conectadas con el sentido último del art. 23.2 CE, hallamos las previsiones del art. 103 CE que hablan del acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional estableciendo una conexión inmediata entre el mérito, la capacidad y la igualdad en el acceso a cargos y funciones públicas (STC 193/1987, de 9 de diciembre). Vid. CASTILLO BLANCO, F.A., *Acceso a la función pública local (Política selectiva y control jurisdiccional)*, Edit. Comares, Granada, 1993.

### 1. APROXIMACIÓN AL MARCO JURÍDICO DE LOS PROCESOS SELECTIVOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El desarrollo de las previsiones constitucionales (arts. 23.2 y 103 CE), se efectuó por Ley 30/1984, de 30 de agosto, de Medidas Urgentes para la Reforma de la Función Pública. Esta ley ordinaria dedica su capítulo IV a establecer “normas para objetivar la selección de personal, la provisión de puestos de trabajo y la promoción profesional de los funcionarios”. Concretamente, su artículo 19.2 señala que: “El gobierno regulará la composición y funcionamiento de los órganos de selección, garantizando la especialización de los integrantes de los órganos selectivos y la agilidad del proceso selectivo sin perjuicio de su objetividad. En ningún caso, y salvo las peculiaridades del personal docente e investigador, los órganos de selección podrán estar formados mayoritariamente por funcionarios pertenecientes al mismo Cuerpo que se ha de seleccionar”. Curiosamente, éste es el único párrafo de los que componen el artículo 19 que no goza de la cualidad de básico, por lo que nada obsta a que en razón a las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas se regule la composición y funcionamiento de los órganos selectivos de modo distinto a como se especifique en la normativa de ámbito estatal.

Fruto de la habilitación legal al Gobierno del art. 19.2 LMRFP, el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado (en adelante, RGIPP)<sup>9</sup>. Su ámbito de aplicación se circunscribe a la Administración General del Estado y sus organismos autónomos, si bien el art. 1.3 RGIPP expresamente señala su carácter supletorio para las restantes Administraciones Públicas.

El régimen del personal al servicio de las administraciones autonómicas se regulará en las respectivas leyes y reglamentos que cada Comunidad Autónoma estime oportuno aprobar.

En el ámbito propio de las Entidades Locales se añadirán las previsiones de la Ley de Bases de Régimen Local 7/1985, de 2 de agosto (Título VII), y del Texto Refundido 781/1986, de 18 de abril (Título VII)<sup>10</sup>. A nivel reglamentario, se ha dictado, respecto de los funcionarios de habilitación nacional el RD 1174/1987, de 18 de septiembre, y para el personal propio el RD 896/1991, de 7 de junio, que aprueba las reglas básicas y programas

(9) Este Reglamento, deroga al RD 223/1984, de 19 de diciembre, Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración del Estado y al RD 28/1990, de 15 de enero, sobre Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional. Asimismo, se ha reafirmado su legalidad al desestimar el Tribunal Supremo un recurso directo contra el RGIPP (STS de 30 de junio de 1999, Ar. 5432).

(10) Algunas Comunidades Autónomas han aprobado leyes de régimen local o de función pública local, pero la única ocasión en que se ha desarrollado su potestad reglamentaria respecto del régimen jurídico de los funcionarios locales es anecdótica (Decreto 214/1990, de 30 de julio, de la Generalitat de Cataluña, modificado por el Decreto de 7 de enero de 1991, que aprueba el Reglamento de personal al servicio de las entidades locales catalanas). En el caso de Comunidades como Navarra, se elabora un texto omnicomprendivo de todas las administraciones públicas navarras (Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto), es decir, aplicable a la comunidad foral, entidades locales y organismos autónomos, por lo que las reglamentaciones subsiguientes siguen gozando de ese amplio ámbito de aplicación.

mínimos a que se ajustarán los procesos de selección, sin perjuicio de los Reglamentos u Ordenanzas que generen las Corporaciones locales<sup>11</sup>.

Por último, cabe hacer mención a la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, sobre acceso a determinados sectores de la Función Pública de los nacionales de los demás Estados Miembros de la Comunidad Europea y su reglamento de desarrollo, el RD 800/1995, de 19 de mayo<sup>12</sup>.

## **2. EL IUS SINGULARE DEL PROCEDIMIENTO SELECTIVO: LA CONVOCATORIA COMO CRITERIO LIMITADOR DE LA LABOR DE LOS ÓRGANOS SELECTIVOS**

Según el art. 15.4 RGIPP: “Las bases de la convocatoria vinculan a la Administración y a los Tribunales o Comisiones permanentes de selección que han de juzgar las pruebas selectivas y a quienes participen en las mismas”.

Una vez publicadas, solamente pueden ser modificadas unilateralmente por la Administración mediante el procedimiento de revisión de oficio y con sujeción estricta a las normas de la Ley 30/1992. Ahora bien, es interesante la interpretación que la jurisprudencia efectúa acerca de la difusa frontera entre lo que es una verdadera modificación de las bases o por el contrario, una interpretación flexible de las mismas. Como modificación se entiende la adición de un nuevo ejercicio o prueba por el Tribunal calificador (STS de 29 de enero de 1991, Ar. 476) y la negativa a valorar cursos de formación o perfeccionamiento incluidos como méritos en las bases (SAN de 19 de enero de 1998, Ar. 1080); en cambio, entra dentro de la libre discrecionalidad del Tribunal calificador el añadir nuevos criterios

(11) Es oportuno precisar que el RD 896/1991, de 7 de junio, será de aplicación obligada por los entes locales sólo cuando sus preceptos expresamente se califiquen de básicos. En lo no básico y comprobada la ausencia de ordenanzas o reglamentos locales sobre selección de personal, el RD 896/1991 se considera preferente al RGIPP, reglamento estatal meramente supletorio en el ámbito local. Así lo aseguran, DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., “Las calificaciones de los órganos de selección del personal de acuerdo con las Bases de las correspondientes convocatorias y su control jurisdiccional por los Tribunales de Justicia (I)”, *El Consultor* núm. 18, 1999, pág. 2.852 y VARONA ARCINIEGA, J.A., “El procedimiento selectivo en la Administración local (I)” del libro colectivo *Situación actual y tendencias de la función pública española*, Comares, Granada, 1998, pág. 220.

(12) Resulta complicado delimitar y afinar un concepto unitario y válido de “Administración Pública” para todos los Estados miembros de la Unión Europea. Sobre ese concepto comunitario de Administración Pública y de empleo público versan los trabajos de GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., “El derecho a acceder a la función pública de otro Estado miembro de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58, 2000, págs. 139 a 154 y *El derecho administrativo europeo*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2000; MASSO GARROTE, M.F. “Excursus conceptual de función pública en el derecho comunitario: sobre la necesidad de manejar un concepto material y funcional de función pública”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 173, 1999, págs. 33 y ss., GUILLÉN CARAMES, J., y FUENTETAJA PASTOR, J.A., “El acceso de los ciudadanos comunitarios a los puestos de trabajo en las Administraciones Públicas de los Estados Miembros”, *Revista de Administración Pública*, núm. 146, 1998, págs. 467 y ss.; BENGOTEXEA, J., “Problemas jurídicos y prácticos de la inserción de ciudadanos comunitarios en la función pública de otros Estados miembros”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 50, 1998; MARÍN LÓPEZ, A., “El acceso a la función pública por parte de extranjeros comunitarios”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, num. 29, 1997, págs. 11 y ss.

de valoración no previstos en el baremo de la convocatoria (STS de 1 de julio de 1999, Ar. 5344) o establecer criterios complementarios de valoración con la misión de autolimitar su discrecionalidad técnica de un modo más intenso que el legalmente previsto (SAN de 13 de diciembre de 1999, Ar. 4654).

Ahora bien, los ciudadanos pueden impugnar la convocatoria en los plazos correspondientes, por ser acto administrativo y no disposición de carácter general; la acción de nulidad no cabe en todo caso (STS de 16 de junio de 1997, Ar. 5262) y si se participa en la convocatoria, en virtud de la doctrina de los actos propios, no se podrá impugnar la misma (SSTS de 5 de noviembre de 1990, Ar. 8740; 20 de octubre de 1988, Ar. 7731 y 13 de junio de 1988, Ar. 5327), aunque, sin duda este aparente dogma, también pienso que debería ser objeto de revisión en concretos supuestos. Se ha utilizado frecuentemente el símil de que las bases de la convocatoria se convierten en la ley del procedimiento.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha entendido que a pesar de que el art. 23.2 CE se conecta ineludiblemente con la vinculación de la Administración a lo dispuesto en las bases, no toda infracción de las bases genera per se una vulneración del citado derecho fundamental (SSTC 115/1996, de 25 de junio, 10/1998, de 13 de enero, y 178/1998, de 14 de septiembre). La inaplicación por la Administración de una de las bases a todos los aspirantes por igual comportará indudablemente una infracción de la legalidad susceptible de impugnación ante los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, pero no integra necesariamente una quiebra de la igualdad en el acceso que garantiza el art. 23.2 CE<sup>13</sup>. Por el contrario, a nuestro parecer el derecho consagrado en el art. 23.2 no puede limitarse únicamente a informar el momento inicial del establecimiento de las condiciones de acceso, es decir, a la confección de la convocatoria, sino que ha de extenderse también al desarrollo del procedimiento selectivo, de forma que las “condiciones de igualdad a las que se refiere el citado precepto constitucional, se proyectan no sólo sobre las propias normas, sino también sobre su aplicación e interpretación”<sup>14</sup>. Precisamente, puede tomarse como guía de aplicación de las

**LAS ÚNICAS CORTAPISAS  
EN LA CONFORMACIÓN DE  
LOS ÓRGANOS SELECTIVOS,  
NO OBSTANTE CON  
CARÁCTER SUPLETORIO,  
SON LAS DEL RESPETO DEL  
PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD  
Y LA INTERDICCIÓN DEL  
CORPORATIVISMO**

(13) Pero es que el TC llega a interpretar el art. 23.2 de una forma que entendemos bastante sospechosa o, cuanto menos, poco respetuosa con el espíritu de la Carta Magna. Así pues, afirma que no es suficiente para alcanzar la conclusión de que el derecho fundamental se ha vulnerado, el que se haya interpretado una determinada regla de acceso en un sentido que, ciertamente ha resultado favorable a un determinado opositor. Para que la desigualdad sea apreciada es necesario que esa interpretación no hubiera sido extendida a los demás opositores (STC 73/1998, de 31 de marzo).

(14) Postura del voto particular que dos magistrados formulan a la STC 73/1998, arriba referida y que compartimos.

bases lo establecido en el art. 3 del Código Civil, interpretarlas según el sentido propio de sus palabras, pero atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad<sup>15</sup>. Con todo, en ocasiones resulta verdaderamente complicado tratar de descifrar el sentido último de ciertas limitaciones; la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de febrero de 2000 (Ar. 953), estima legal la exigencia de que los miembros del Tribunal calificador hayan de residir necesariamente en la localidad donde tenga su sede el Tribunal, justificando la restricción de un derecho fundamental a la libertad de residencia (art. 19 CE) y de participación de todos los ciudadanos en la Administración (art. 23.1 CE), por motivos de mera “organización” —cuando, gracias al desarrollo de las infraestructuras y medios de transporte, es jurisprudencialmente aceptada la obsolescencia de preceptos como el art. 77.1 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, sobre el deber del funcionario de residir en el municipio donde presta sus servicios—.

Por lo que se refiere a las reglas que presiden el funcionamiento de las comisiones seleccionadoras, hemos de acudir a los preceptos que en la Ley 30/1992 (artículos 22 a 27)<sup>16</sup> regulan el régimen jurídico de los órganos colegiados administrativos. Su naturaleza jurídica parece pacífica en la doctrina, aunque pronunciamientos como los de la STSJ de Extremadura de 9 de marzo de 1998 (Ar. 982), que determinó la validez del sistema de corrección de pruebas individual, no parece acorde con la colegialidad que ha de inspirar la actuación de los miembros del Tribunal, pudiendo dar lugar a actuaciones no deseadas, si es que no se aplican los imprescindibles criterios de armonización y homogeneización en la tarea de valoración técnica.

### 3. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN

Los órganos de selección sólo tienen dos posibles configuraciones o tipologías en la normativa vigente: Tribunales y Comisiones Permanentes de Selección (arts. 11 y 12 RGIPP).

La principal diferencia entre ambas formas de constituirse la marcará un simple dato de temporalidad. Los Tribunales son creados *ad hoc* para un único y específico proceso selectivo y son nombrados en la propia convocatoria de éste. Los Tribunales, no obstante su fungibilidad en una sola misión calificadora, puede que sean más de uno, es decir, que por razones del número de plazas, candidatos, geográficas,...etc., se nombren varios tribunales<sup>17</sup>.

(15) La STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de enero de 2000, Ar. 392, utiliza este criterio interpretativo para denegar el derecho de ascenso de un policía local al puesto de cabo puesto que, aunque poseía el permiso de conducir requerido (B2), sufría de enfermedad diabética, hoy día motivo de exclusión para las pruebas de obtención del permiso. Es decir, aunque legalmente no existía obstáculo para superar el concurso —el permiso no fue revocado—, el espíritu y finalidad de la normativa de circulación y seguridad vial, desaconsejaba otorgarle la plaza.

(16) Afectados en su condición de básicos por el pronunciamiento de la STC 50/1999, de 6 de abril.

(17) No cabe que cada tribunal rebase el cupo de plazas asignadas al mismo, ni cabe intercomunicabilidad entre tribunales, salvo precepto especial en las bases. Así lo apunta la STS de 26 de enero de 1989, Ar. 358, sobre acceso al cuerpo de Catedráticos de Escuela Universitaria, de la cual nos da noticia CASTILLO BLANCO, F.A., *Acceso a la función pública local*, op.cit., pág. 109.

## Los órganos de selección en el empleo público

Por el contrario, las Comisiones Permanentes de Selección<sup>18</sup> tienen la finalidad de economizar esfuerzos interviniendo en un indeterminado conjunto de procesos selectivos, en atención a que el número de candidatos y el nivel de titulación o especialización así lo aconsejen. La creación de la Comisión Permanente no va a tener lugar en convocatoria alguna, será la norma de creación, Orden Ministerial o Resolución, la que fije la vigencia de la Comisión y los procesos selectivos en los que habrá de intervenir<sup>19</sup>.

La composición de los órganos de selección seguirá las reglas establecidas en la LMRFP y el RGIPP, teniendo en cuenta que otros ordenamientos territoriales podrían variar sustancialmente las mismas por no gozar el art. 19.2 de la Ley 30/1992 de naturaleza básica. Las únicas cortapisas en la conformación de los órganos selectivos, no obstante con carácter supletorio, son las del respeto del principio de especialidad y la interdicción del corporativismo, salvo peculiaridades de personal docente e investigador (art. 19.2 LMRFP).

### 4. EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Si la actuación de la Administración Pública, conforme a los principios de objetividad, eficacia e imparcialidad (art. 103 CE)<sup>20</sup>, necesita de unos servidores públicos bien preparados y cualificados para procurar en su tarea diaria el interés general, es de recibo que los órganos encargados de seleccionar a estas personas sean a su vez profesionales y creíbles. Nadie puede imaginar una Administración pública sometida al imperio de la ley y al servicio del ciudadano bajo los designios de prácticas tan comunes antaño como el *spoils system*<sup>21</sup>, sistema de botín o el clientelismo político. Los artículos 14 y 23 CE exigen, de modo añadido, la igualdad en un sentido formal para aquellos que deseen optar a un puesto de trabajo en la Administración pública; los únicos criterios que han de servir a la Administración para “fichar” su capital humano son los de mérito y capacidad (art. 103.3 CE)<sup>22</sup>. Esto obliga a que existan órganos capacitados para valorar precisa y únicamente usando esos parámetros de constitucionalidad, lo cual, sólo resulta factible si su

(18) Vid. Orden Ministerial de 13 de noviembre de 1997 (Comisión Permanente para determinados cuerpos de la Administración del Estado) y Resolución de 5 de febrero de 1999 (Comisión Permanente de Selección de Personal al servicio de la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos).

(19) PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos.*, Dykinson, Madrid, 5ª Edición, 2000, págs. 300 y 301.

(20) Especial relevancia cobra el principio de imparcialidad para algunos autores; ALEGRE ÁVILA, J., “Objetividad e imparcialidad en la Administración. El principio de especialidad en la composición de los órganos de selección”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 34, 1992 págs. 18-20 y FERREIRA FERNÁNDEZ, “Composición de los órganos de selección...” *op.cit.*..., pág. 100.

(21) Expresión que designa el fenómeno de la libre designación de los servidores públicos en base a criterios de mero favoritismo electoral, en el mundo anglosajón.

(22) La consideración de la situación de desempleado del aspirante como mérito vulnera los artículos 23 y 103 CE. (STS de 8 de julio de 1988, Ar. 5615), así como la de valorar el hecho de estar empadronado en el municipio que convoca la plaza (STS de 8 de julio de 1988, Ar. 5567).

composición es especializada, o lo que es lo mismo, idónea para emitir un juicio de valor sobre el mérito y capacidad de los candidatos.

Pues bien, el vigente RGIPP, ha dado un paso atrás, y es preciso ponerlo de manifiesto, en la misión de progresar hacia la especialización de los órganos selectivos. El anterior Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado RD 2223/1984, de 19 de diciembre<sup>23</sup>, sentaba una exigencia que a la luz de los principios constitucionales es imprescindible: que la mayoría de los miembros del órgano de selección tuviesen igual o superior nivel académico que los candidatos en el área de conocimiento sobre la que verse ese proceso selectivo. El RGIPP vigente ha suprimido toda referencia al “mismo área de conocimiento”. No es admisible esta minoración, aun cuando la especialización “generalista” en la actual regulación, se predica de la totalidad de los miembros del Tribunal y se les exija la condición de ser funcionarios (art.11 RGIPP).

En el ejercicio de sus competencias de desarrollo las Comunidades Autónomas han procedido a dotar de diversas soluciones a la plasmación del principio de especialidad, resultando de su actividad legislatora un panorama extremadamente peculiar para cada territorio autonómico; En la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de la Función Pública andaluza (art. 40), se eleva la exigencia de idoneidad en la composición de los órganos de selección, puesto que no sólo todos los miembros han de tener igual o superior titulación académica sino que ha de ser del mismo área de conocimiento (va más allá incluso que el antiguo RD 2223/1984). Además, se advierte en el tenor literal del precepto una consecuencia del fuerte proceso de laborización protagonizado por el empleo público en Andalucía, ya que expresamente se señala que esos miembros de la comisión podrán ser o no funcionarios. La misma solución aportan las leyes de la Función Pública de Canarias y de Castilla y León.

En otro sentido, la Comunidad de Cantabria no establece consideración alguna al respecto ni a nivel legal ni reglamentario, dejando el asunto de la composición de los órganos de selección a las correspondientes bases y convocatorias. Algunas de ellas han sido analizadas por el profesor ALEGRE ÁVILA, que advierte que siguen sin definir la composición antes aludida, designando simplemente a la autoridad que habrá de nombrar en su día a los miembros. Esta indefinición plantea un problema jurídico, ya que si la convocatoria de pruebas selectivas es supuesto paradigmático de acto administrativo general (la convocatoria no se incorpora al ordenamiento jurídico pese a la pluralidad de destinatarios), ¿es posible que incorpore un *novum* respecto de la normativa que ha de aplicar? En palabras de MEILAN GIL, ¿cuándo se está en presencia de una concreción que todavía es desarrollo de la norma o cuando se está en presencia de una concreción que es ya aplicación de la misma a un caso, es decir, un acto administrativo?; ¿podríamos hablar de una especie de *tertium genus* entre acto administrativo y norma?<sup>24</sup>.

(23) Art. 11.2: “En la composición de los Tribunales se velará por el cumplimiento del principio de especialidad, en base al cual, al menos la mitad más uno de sus miembros deberá poseer una titulación correspondiente al mismo área de conocimientos que la exigida para el ingreso y la totalidad de los mismos de igual o superior nivel académico.”

(24) ALEGRE ÁVILA, J.M., “Objetividad e imparcialidad...”, *op. cit.* págs. 29 y 30.

Otras Comunidades configuran el principio de especialidad con mayor o menor grado de rigurosidad (Galicia sólo exige igual o superior titulación tal y como establece el actual RGIPP de 1995, Madrid y País Vasco siguen con la dicción más garantista del antiguo Reglamento de Ingreso de 1984,...), e incluso hay casos en los que se rebajan las exigencias de especialización al punto de exigir titulación igual o superior a la requerida por los puestos de trabajo ofertados únicamente a dos tercios de los miembros del órgano seleccionador (Comunidad Valenciana), o de exceptuar de ese mínimo requisito de idoneidad al Presidente del órgano (Navarra).

A la luz de las diferentes regulaciones autonómicas y el escaso esfuerzo realizado por el legislador del Estado por desarrollar y reforzar el principio de especialidad, nos hacemos eco de la reivindicación formulada por el profesor FERREZ FERNÁNDEZ que propone el “fin del amateurismo”. Según opinión que compartimos, no es suficiente con la titulación correspondiente al área de conocimiento de la convocatoria, sino que debe complementarse con el profesionalismo del seleccionador. Los conocimientos propios de área no bastan cuando hay que decidir entre varios candidatos y es necesario el dominio de técnicas de selección en las que hay que estar formado y entrenado<sup>25</sup>.

Otras puntualizaciones se han realizado al principio de especialización por la doctrina administrativista. No se aclaró en la dicción del RGIPP si el requisito de que los miembros tuviesen igual o superior titulación, se refería a una cualidad subjetiva del seleccionador o debía predicarse de la categoría de su puesto de trabajo. Es cada vez más usual en nuestras Administraciones que puestos de trabajo correspondientes a Grupos inferiores se ocupen por personas con un nivel de estudios bastante elevado. ¿Podría una persona perteneciente al Grupo D pero con titulación de diplomado universitario o Bachiller participar en la selección de otra persona para el Grupo B o C? El Dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 29 de mayo de 1989, entiende permisible esta solución<sup>26</sup>, respondiendo a una consulta de la

**LA ENTIDAD LOCAL  
SELECCIONA A LOS  
FUNCIONARIOS DE CARRERA  
“PROPIOS”, EN  
CONCORDANCIA CON  
SU POTESTAD  
DE AUTOORGANIZACIÓN,  
SIN PERJUICIO DE QUE EL  
ESTADO ESTABLEZCA LAS  
REGLAS BÁSICAS Y  
PROGRAMAS MÍNIMOS A  
QUE DEBE AJUSTARSE EL  
PROCEDIMIENTO DE  
SELECCIÓN Y FORMACIÓN**

(25) FERREZ FERNÁNDEZ, M. “El procedimiento selectivo: Reflexiones sobre la renovación del actual modelo de selección en las Administraciones Públicas”, págs. 61, del libro colectivo *Jornadas sobre selección de personal en las Administraciones Públicas*,. IVAP, Oñati, 1997.

(26) En contra, MARTÍN REBOLLO, L., citado por ALEGRE ÁVILA en “Objetividad e imparcialidad en...”, *op.cit.*, pág. 23, expone varios argumentos para rechazar la postura del Dictamen. Igualmente, FERREIRA FERNÁNDEZ, en “Composición de los órganos de selección,...” *op.cit.*, pág. 130.

Universidad de Zaragoza como consecuencia de la convocatoria de unas pruebas para el acceso a determinadas Escalas de la Universidad.

Si estas cuestiones ponen en entredicho la especialización de los órganos de selección de funcionarios, mayor perplejidad produce el analizar la regulación vigente y comprobar que los órganos de selección del personal laboral no han de ser necesariamente especializados, o al menos, el art. 30 RGIPP omite toda referencia al respecto<sup>27</sup>. El art. 30 RGIPP, sobre personal laboral señala que “los órganos de selección se constituirán en cada convocatoria y deberán estar formados por un número impar de miembros, uno de los cuales, al menos, será designado a propuesta de la representación de los trabajadores”.

### 5. EL ANTICORPORATIVISMO. UN APUNTE SOBRE LOS CUERPOS DOCENTES UNIVERSITARIOS ¿HABILITACIÓN NACIONAL *VERSUS* ENDOGAMIA?

En cuanto a la prohibición de que los componentes del órgano seleccionador sean en su mayoría funcionarios pertenecientes al mismo Cuerpo donde se ubique la plaza que se ha de seleccionar (art. 19.2 LMRFP), opinamos que obedece a una desconfianza hacia el fenómeno corporativista que se fraguó durante el siglo XIX en la función pública española. Los Cuerpos denominados “especiales” frente a los “generales” gozaron durante un largo período histórico de ciertos privilegios o ventajas; la garantía de estabilidad en el trabajo (los empleados generales no la obtuvieron formalmente hasta el Estatuto de Maura en 1918, comenzado ya el siglo XX); el ingreso mediante una oposición muy elitista e inaccesible para el grueso de la población; la patrimonialización de sectores de la administración en beneficio de un determinado Cuerpo, etc. Las singularidades de estos colectivos los dotaron de grandes dosis de poder burocrático (autorregulación, autoreclutamiento, mejoras retributivas,...) que inevitablemente se transforma, llegado el momento, en un arma de carácter político. Esa fuerza de los Cuerpos fue provocada por la propia conformación cerrada del sistema funcionarial, que hasta la tenue apertura de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, luego plenamente desarrollada por la LMRFP, no dio paso al actual sistema mixto (puestos de trabajo y grupos profesionales).

Sin embargo, esta prohibición se exceptúa para el sector de la Universidad, personal docente e investigador, sin que se manifieste una razón convincente para ello<sup>28</sup>, sobre

(27) Esta injustificada rebaja del nivel de garantías aplicable a un colectivo tan numeroso en las filas de servidores públicos ha sido criticada duramente. CASTILLO BLANCO, F.A., *Acceso a la función pública local...*, op. cit., págs. 114 y 115 y FEREZ FERNÁNDEZ, M., “El procedimiento selectivo: Reflexiones...” op. cit., pág. 62.

(28) JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Cuerpos generales versus cuerpos especiales: la fragmentación de la función pública española en el Siglo XIX”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 23, 1989, pág. 105, nos da noticia de los cuerpos docentes universitarios, que al igual que otros colectivos especiales, disfrutó de garantías inusuales para el común de los empleados públicos. El Reglamento General de Instrucción Pública de 29 de junio de 1821, establecía que los Catedráticos obtendrían sus cátedras por oposición sin poder ser removidos de las mismas. Igual previsión se trasladará a la Ley Moyano de 1857. Por tanto, no existen históricamente diferencias sustanciales con otros cuerpos para justificar el diferente tratamiento jurídico que se le concede en la actualidad.

## Los órganos de selección en el empleo público

todo, si nos acercamos a la realidad de este colectivo que desgraciadamente sufre una patología corrosiva de endogamia en la selección de su personal<sup>29</sup>.

El reciente Anteproyecto de Ley Orgánica de Universidades, entre otras novedades, idea un nuevo sistema de acceso al cuerpo de funcionarios docentes universitarios en sus artículos 92 y siguientes; será obligatorio superar un examen de habilitación nacional ante un tribunal compuesto por siete miembros, elegidos mediante sorteo público, que permitirá presentarse a los concursos de acceso que convoque cada Universidad en el plazo de 2 años, ya que esa habilitación nacional es temporal. El mecanismo puede ser positivo en cuanto erradique la endogamia docente e investigadora, pero también se apunta que puede constituir un modo de cercenar la autonomía de las Universidades. Realmente considero que esa autonomía queda salvaguardada por el posterior concurso que ha de superarse para acceder a la plaza singular de cada Universidad. Sin embargo, estas previsiones han suscitado la oposición de varios sectores ligados al ámbito universitario que consideran que más que fomentar la competitividad y calidad de la enseñanza superior, lo que propone el Ministerio<sup>30</sup>, avoca a una excesiva concentración de poder en unos tribunales nacionales que pueden fácilmente resucitar la dominación de grandes escuelas doctrinales. Habrá que tener especial cuidado en garantizar la competencia científica de estos tribunales habilitadores si es que, este Anteproyecto generado sin consenso previo que lo legitime, salva las críticas que, no sólo desde el punto de vista de la carrera docente, sino desde el modelo mismo de Universidad que propone, se están formulando.

### 6. PREVISIONES QUE COADYUVAN A LA CORRECTA ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN

Entre las previsiones contenidas en la normativa vigente que, efectivamente, coadyuvan al fortalecimiento e imparcialidad de los órganos seleccionadores, se pueden señalar las siguientes:

Se establece que el número de miembros siempre ha de ser impar y no inferior a cinco (art. 11 RGIPP)<sup>31</sup>, debiendo de ostentar todos ellos la cualidad de funcionarios (art. 11

(29) SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, 2ª Ed., Madrid, 1997, pág. 131, pone de manifiesto precisamente aquellos datos que favorecen la endogamia en las Universidades; "cada Universidad puede nombrar directa y libremente (entre profesores de la especialidad) dos de los cinco miembros de los concursos de acceso a los cuerpos docentes y que, tratándose de concursos de mérito para acceder a otras plazas dentro del mismo cuerpo, puede nombrar a los cinco miembros de la comisión (art. 35 a 39 de la Ley de Reforma Universitaria). Solución esta, por cierto, incomprensiblemente avalada por la STC 26/1987, de 27 de febrero, que pretende amparar la solución en el principio de autonomía universitaria, cuando lo cierto es que el enorme poder que se otorga a las Universidades para decidir la composición (o parte) de las comisiones, nada tiene que ver con la garantía de la libertad de la ciencia y de la enseñanza a cuyo servicio se halla dicha autonomía".

(30) Vid. Intervención de la Ministra de Educación, Cultura y Deporte ante el Pleno del Consejo de Universidades. Presentación de las líneas generales del anteproyecto de Ley de Universidades (Madrid, 19 de abril de 2001). Disponible junto con las principales posturas críticas en <http://www.ugr.es/proyecto.htm>.

(31) La STSJ de Baleares de 2 de noviembre de 1998, Ar. 4247, declara la ilegalidad de la composición del Tribunal por el número de miembros designados y actuantes (cuatro) y en consecuencia, la nulidad de las actuaciones.

RGIPP)<sup>32</sup>. Una importante excepción a esta regla la encontramos en el ámbito local, en el que expresamente se considera como miembro nato del órgano de selección del personal propio de la Entidad Local al Presidente de la misma, es decir, a un cargo electo (art. 4 RD 896/1991, de 7 de junio). En el supuesto de selección de personal laboral, siempre ha de incluirse a un representante de los trabajadores en el órgano seleccionador (art. 30 RGIPP)<sup>33</sup>.

Sin embargo, no podrán formar parte de los órganos de selección aquellos funcionarios que hubiesen realizado tareas de preparación de aspirantes a pruebas selectivas en los cinco años anteriores a la publicación de la correspondiente convocatoria (art. 13.2 RGIPP). La interpretación de este precepto debiera limitarse a proscribir únicamente a aquellos preparadores de pruebas relacionadas con la convocatoria. Una estricta aplicación literal del artículo mermaría bastante el número de posibles componentes de tribunales y comisiones sin justificación razonable, puesto que en nada quebranta el principio de imparcialidad el que participen preparadores de otras materias excluidas del objeto del proceso selectivo.

Asimismo, los altos cargos tampoco pueden ser miembros de órganos selectivos de personal funcionario o laboral de la Administración General del Estado desde que el RD 995/1990, de 27 de julio, introdujo esa expresa determinación en la Oferta de Empleo Público para 1990. La última OEP aprobada por Real Decreto 119/2001, de 9 de febrero, sigue perpetuando, con mala técnica jurídica, una limitación que debiera, si la voluntad real es la de separación entre los ámbitos político y administrativo, trasladarse al articulado de una norma con rango de ley<sup>34</sup>.

En todo caso, ninguno de los miembros deberá estar incurso en las causas de abstención establecidas en el art. 28 de la LRJPAC ya que, si no se cumple con el deber de abstención, queda expedita la vía de la recusación (art. 13.4 RGIPP). Para que los participantes puedan efectivamente ejercitar el derecho que les confiere la ley de recusar a los miembros del órgano que va a juzgar su mérito y capacidad, se ha de presuponer un principio informador de todo el proceso de selección que no se contempla en el art. 19

(32) Es exigible esta cualidad para los concursos de provisión de puestos de trabajo de funcionarios y no sólo en los procesos de acceso. No obstante su vulneración, incluyendo en la comisión de valoración a personal laboral, no conlleva necesariamente la nulidad de los acuerdos adoptados. Vid. STSJ de Valencia de 26 de junio de 1998, Ar. 2058.

(33) Con la lucidez que le caracteriza, el profesor FEREZ nos ofrece una explicación para esta singularidad del personal laboral que no se contempla para el personal funcionario, a pesar de que también éste goza de representación sindical en el seno de las Administraciones Públicas; "(...) aquí es posible que nos hallemos ante una reminiscencia del Reglamento General de Ingreso de 1984, en el que el personal laboral normalmente se seleccionaba por concurso y el personal funcionario por oposición, y para contrarrestar las suspicacias de parcialidad que siempre han levantado los concursos en la Administración se decidió ofrecer una imagen de transparencia admitiendo que los representantes sindicales estuvieran en los órganos de selección". En "El procedimiento selectivo: Reflexiones ...", *op. cit.*, pág. 62.

(34) PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Función Pública...*, *op. cit.*, pág. 301, expone las dudas acerca de la vigencia temporal e idoneidad técnica de esos Reales Decretos por los que se aprueban las Ofertas de Empleo Público para erigirse en válidos instrumentos limitadores del RGIPP, que ninguna consideración contiene sobre los altos cargos.

LMRFP; el principio de publicidad. De él sí ha dado buena cuenta el RGIPP, incluyendo como contenido mínimo preceptivo de las convocatorias de pruebas selectivas la designación del Tribunal calificador o indicación de la Comisión Permanente de selección que haya de actuar, salvo excepción justificada (art. 16 RGIPP). Sólo con la publicación de los nombres completos e individualizados de los miembros del Tribunal se posibilitará el conocimiento necesario para evitar una situación de indefensión de los candidatos<sup>35</sup>. Se entiende que el derecho de recusar se mantiene durante todo el procedimiento, tal y como establece el primer párrafo del art. 29 LRJ-PAC, aunque esto no es óbice para que la obligación de hacer pública la composición del órgano surja antes de la celebración de cualquier prueba, puesto que el desconocimiento de estos términos podría enervar la fiscalización de aquellos actos producidos por el Tribunal o Comisión antes de la publicación de los datos de sus integrantes.

La doctrina del Tribunal Supremo ha entendido respecto de los actos emanados de un órgano objeto de recusación, que esa actuación no ha de ser preceptivamente anulada sino que en virtud del principio general del derecho administrativo de la conservación de los actos administrativos, únicamente procederá la anulación cuando la voluntad del miembro recusado hubiese tenido influencia decisiva en el proceso; en este sentido y recogiendo ese parecer jurisprudencial (STS de 19 de febrero de 1992, Ar. 1132) lo refleja el art. 28.3 LRJ-PAC<sup>36</sup>.

### 7. PROBLEMÁTICA ESPECÍFICA DE LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN LOCALES

Si lo poco que hasta aquí se ha expuesto del régimen jurídico de los órganos selectivos puede parecer desarticulado y merecedor de una revisión por parte del legislador a fin de adecuar su configuración a los principios constitucionales y suprimir incoherencias del sistema actual de ingreso en las Administraciones Públicas, la esfera local reclama una intervención urgente y de fondo para paliar sus graves deficiencias.

(35) CASTILLO BLANCO, F.A., "Acceso a la función pública local...", *op. cit.*, pág. 112, expresa la necesidad de que la designación de los miembros del órgano seleccionador no se realice mediante referencias al cargo, puesto que de este modo se mermarían las oportunidades de los interesados para recusar, ya que, tal y como afirma la STS de 17 de septiembre de 1991, Ar. 6744, los titulares de los cargos son por su propia naturaleza cambiantes y sólo es correcta la designación *nominatum*, es decir, individualizada.

(36) CALVO SAINZ, J.I., "El procedimiento selectivo en la Administración Local (II)" del libro colectivo *Situación actual y tendencias de la función pública española.*, Comares, Granada, 1998, pág. 240.

**LA DISCRECIONALIDAD  
TÉCNICA DE LOS ÓRGANOS  
SELECTIVOS DE  
LA ADMINISTRACIÓN,  
A LA HORA DE VALORAR A  
LOS CANDIDATOS, PODRÍA  
SUSTANCIARSE EN DOS  
PIEZAS: UNA ACTIVIDAD  
VALORATIVA FUNDAMENTADA  
EN REGLAS DE UNA  
CIENCIA, DISCIPLINA O  
ARTE, Y UNA ACTIVIDAD  
QUE SE EXPRESA EN  
JUICIOS QUE CONSIENTEN  
UN CIERTO MARGEN DE  
OPINABILIDAD**

La Ley de Bases de Régimen Local de 1985, divide el personal de las Entidades Locales en dos grandes apartados: los funcionarios con habilitación nacional que se encargan de las funciones de mayor relevancia para la Corporación (artículos 98 y 99) y el resto de personal “propio” de la Entidad (artículos 100 a 104). En el primer caso, se “estataliza” el régimen jurídico, dejando de lado la participación local en la selección de habilitados nacionales, por lo que nos parece oportuno hacer un breve análisis del procedimiento de ingreso del otro grupo de empleados locales que, según la LBRL, pueden clasificarse en funcionarios de la entidad local, personal eventual y personal laboral (art. 89 LBRL).

### A) Funcionarios de carrera “propios” de la Entidad Local

La selección corresponde a la Entidad Local que aprueba las bases de la convocatoria<sup>37</sup>, en concordancia con su potestad de autoorganización, que debe permitirle la efectiva adopción de las políticas de recursos humanos que crea más beneficiosas para sus circunstancias específicas. No obstante esta competencia local, el Estado también tiene algo que decir al respecto, ya que le corresponde por Ley (art. 100.2 LBRL) el establecimiento de las reglas básicas y de los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección y formación de tales funcionarios. Fruto de esta habilitación reglamentaria, fue aprobado el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio.

Lejos de procurar la aplicación de los principios de imparcialidad, especialidad y racionalidad a los procesos selectivos locales, esta regulación del Estado ha dulcificado en extremo las garantías que debieran formar parte del régimen jurídico de los órganos selectivos locales. El artículo 4 nos relata la composición que ha de respetarse en todo caso, introduciendo graves factores de distorsión: “Las bases deberán contener al menos: [...] e) Los Tribunales, que contarán con un Presidente, un Secretario y los Vocales que determine la convocatoria. Su composición será predominantemente técnica y los Vocales deberán poseer titulación o especialización iguales o superiores a las exigidas para el acceso a las plazas convocadas. f) El número de miembros de dichos Tribunales, que en ningún caso será inferior a cinco. Actuará como Presidente el de la Corporación o miembro de la misma en quien delegue. Entre los Vocales figurará un representante de la Comunidad Autónoma”.

Si comenzamos nuestra crítica al precepto por su apartado f), podremos advertir que se nombra *ope legis* (*salvatia distantia*), al Presidente de la Corporación como Presidente del Tribunal de selección. De modo absolutamente injustificado, es consagrada la participación de un cargo electo en la formación de voluntad de un órgano colegiado, cuyo objetivo constitucionalmente exigible no es otro que el de realizar un juicio de valor en atención a los parámetros del mérito y capacidad de los aspirantes.

(37) El órgano local que tiene atribuida la función de aprobar las bases de las pruebas para la selección de personal y para la provisión de puestos de trabajo es el Pleno [art.22.2.i) LBRL].

## Los órganos de selección en el empleo público

Es preciso apuntar que las entidades locales o en su caso las Comunidades Autónomas no se vinculan necesariamente a esta previsión que es de naturaleza supletoria. Algunos autores entienden, en todo caso, que la regulación que emane de las Entidades Locales goza de preferencia en la jerarquía de fuentes, tanto respecto de la normativa estatal no básica, como respecto de la que dicten las Comunidades Autónomas. Sin duda, esta interpretación refuerza un principio a menudo soslayado por los poderes públicos y al cual estimos ha de dotarse de mayor relevancia y significación, estamos refiriéndonos a la autonomía local<sup>38</sup>.

Continuando con el análisis del precepto, la garantía que para el principio de imparcialidad y de objetividad supone la diferenciación entre el órgano que selecciona y el órgano que efectúa el nombramiento es eludida en el ámbito local. El Presidente de la Corporación asume ambas competencias, forma parte del Tribunal y procede al nombramiento de los aspirantes propuestos por éste<sup>39</sup>.

Sin embargo, lo más grave a nuestro entender es que el principio de especialidad queda defectuosamente plasmado en el artículo 4.e) (básico), porque no sólo desaparece toda mención a aquel concepto jurídico indeterminado “del mismo área de conocimiento”, sino que requiere de los Vocales una ininteligible disyuntiva: “poseer titulación o especialización iguales o superiores a las exigidas para el acceso a las plazas convocadas”<sup>40</sup>. La dificultad de redacción que ofrece este párrafo debiera salvarse entendiéndose que titulación académica y especialización en la materia objeto del proceso selectivo son requisitos cumulativos y no alternativos, en aras a la observancia del principio de idoneidad de los miembros del Tribunal.

La inclusión en el órgano de selección local de un representante de la Comunidad Autónoma, sin aludir a su deseable, pero ignorada exigencia de cualificación técnica, provoca una sospecha acerca de las intenciones del legislador; ¿mirará a las entidades locales desde el prisma de la minoría de edad política?

Por último, los vocales que integran el Tribunal no han de ser necesariamente funcionarios, ya que esa condición no se enumera como requisito por el RD 896/1991. Este detalle no parece negativo *ab initio*, supuesto que la idoneidad técnica de una persona no la confiere un especial status de relación con la Administración Pública, en este caso el ocupar una plaza de funcionario en la plantilla de la Entidad local, sino que su capacitación

(38) FERREIRA FERNÁNDEZ, en “Composición de los órganos de selección...” *op. cit.*, pág. 126, opina que la regulación de los órganos encargados de la selección de los funcionarios propios de las corporaciones locales va a corresponder en primera instancia al Estado a través del dictado de normas básicas, siendo las propias Corporaciones locales quienes deben dar desarrollo, en el respeto a estos límites así como a los límites de la legislación sectorial autonómica pueda haber establecido, a estas previsiones básicas [...] De este modo, las Corporaciones locales tendrán que acudir para regular los procesos de selección de su personal a la normativa de aplicación supletoria que, excepto algunas excepciones, como la Catalana, será la establecida por el Estado en el RD 896/1991, de 7 de junio, en sus aspectos no básicos.

(39) La denuncia de esa “politización” y ruptura del principio de separación de órganos en FERREIRA FERNÁNDEZ, M., “El procedimiento selectivo: Reflexiones...” *op. cit.*, pág. 60.

(40) ALEGRE ÁVILA, J.M., “Objetividad e imparcialidad en...” *op. cit.*, pág. 35.

como seleccionador la van a determinar otra serie de elementos de índole técnica (titulación, experiencia, formación en técnicas y métodos de selección, etc.) Aquello que a mi juicio mina la confianza de los ciudadanos y de la opinión pública en el sistema de acceso a la función pública, no es la condición de cargos electos, funcionarios o no funcionarios de los miembros de Tribunales, sino la escasez de profesionalidad de todos ellos para realizar las funciones propias de un órgano seleccionador, puesto que esa profesionalidad determina un plus que no lo avala la naturaleza política del cargo ni tampoco la cualidad de funcionario de aquel que examina.

## B) Personal interino

Muy escasas son las referencias legales y reglamentarias al procedimiento a seguir para seleccionar este tipo de personal (art. 27 RGIPP)<sup>41</sup>. Su existencia es debida a la necesidad y urgencia de cubrir plazas de plantilla que están vacantes. Esa perentoria necesidad que justifica a la figura del interino no debe hacer perder de vista los condicionamientos que siempre han de respetarse: principios de mérito, capacidad e igualdad (arts. 103 y 23.2 CE).

Aun cuando la Disposición Adicional Primera del RD 896/1991 se refiere al personal interino, observamos que la agilidad que se demanda en esta clase de selección ha provocado la inexistencia de un procedimiento a seguir, lo que ha determinado que la jurisprudencia se haya encargado de matizar su parca regulación<sup>42</sup>. Así pues, el TS interpreta que no basta con exponer la convocatoria en el tablón de anuncios de la Entidad Local para que se respete el principio de publicidad, sino que habrá que insertar un anuncio en un Diario Oficial como garantía de igualdad entre los derechos de todos los potenciales interesados en participar en el proceso selectivo<sup>43</sup>. De cualquier modo y a pesar de la loable labor de doctrina y jurisprudencia por colmar las numerosas lagunas del régimen jurídico del

(41) En el ámbito local tuvo especial relevancia la Resolución de 11 de septiembre de 1984, de la Dirección General de Administración Local, que se encargó de recordar la prohibición de realizar contratos de colaboración temporal en régimen de derecho administrativo y la legalidad de efectuar nombramientos interinos por las entidades locales a partir de la LMRFP, ya que desde 1977 se eliminó esa posibilidad (por este motivo se conoce a la Resolución como la de la “resurrección del interino”). Sobre la misma ver STS de 6 de junio de 1989, Ar. 4539.

(42) Asimismo, las Comunidades Autónomas pueden tratar de paliar estas deficiencias, tal y como ha ocurrido para el personal al servicio de la Junta de Andalucía. El Decreto 147/1993, de 21 de septiembre, enumera tres fases para la selección del personal interino; una primera etapa de oferta restringida para los que superaron alguna prueba de la Oferta de Empleo Público anterior, valorando también la experiencia previa en la Administración y la formación del candidato, si no se obtiene resultado la segunda fase consistirá en una oferta genérica en el INEM, que en caso de acabar desierta, se pasa al tercer paso que es de selección directa por la Administración (se entenderá que con la oferta del INEM se cumple la exigencia de publicidad).

(43) Una enumeración de las principales sentencias sobre este asunto en el artículo de PÉREZ LUQUE, A. “Especialidades de los procedimientos selectivos en el personal interino y eventual”, del libro colectivo *Situación actual y tendencias de la función pública española*, Comares, Granada, 1998, págs. 259 y 260.

personal interino, su grave estado de inseguridad jurídica y consiguiente facilidad de manipulación, hace pertinente y necesaria la pormenorizada regulación de estos procesos<sup>44</sup>.

### C) Personal laboral

La legislación estatal intentó unificar los criterios de selección para el personal funcionario y laboral (art.19.1 LMRFP), aunque, sin embargo, el reglamento que reguló el ingreso en la Administración del Estado de 1984, rompió, sin justificación alguna, esa línea de asimilación de procesos, imponiendo al personal laboral el concurso, mientras que el funcionario se seleccionaba por oposición<sup>45</sup>. Esta discriminación arbitraria se palió en parte con el RGIPP de 1995, porque el personal laboral podía acceder mediante oposición, concurso-oposición o concurso al igual que los funcionarios. Sin embargo, el art. 30 RGIPP deja a los órganos de selección de personal laboral huérfanos de unas mínimas garantías (no se exige especialización ninguna, número mínimo de componentes y se obliga la integración de un representante de los trabajadores).

La LBRL sólo dedica un precepto a la selección del personal laboral, el artículo 103, que nada aporta a lo arriba apuntado. El RD 896/1991 se encarga de este asunto con carácter supletorio en la Disposición Adicional Segunda<sup>46</sup>, la cual asevera

(44) De obligada referencia resulta el estudio jurisprudencial del profesor ARROYO YANES, *El funcionario interino*, Tecnos, Madrid, 1995. En el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía, es muy esclarecedor de la concreta situación del personal interino al servicio de la Junta, el comentario de GALÁN VIOQUE, R., "Un nuevo episodio en la estabilización del personal interino al servicio de las Administraciones Públicas: la suspensión judicial de los procesos selectivos de la Junta de Andalucía para consolidar su empleo temporal (Comentario en torno al Auto de 13 de diciembre de 1999 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo, con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía)", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 36, 1999.

(45) De la situación anterior a la aprobación del actual RGIPP se criticó que "este hecho ha generado una situación rocambolesca: para acceder a la realización de las mismas funciones se utilizan simultáneamente dos sistemas de acceso diferentes, y con el paso del tiempo se descubre que desde el principio se tenía que haber utilizado el mismo, para lo que se articula un complejo sistema de funcionalización del personal laboral..." FEREZ FERNÁNDEZ, M., "La igualdad, el mérito y la capacidad en el acceso al empleo público profesional (Los casos de Estados Unidos, Francia y España)", Tesis Doctoral, Barcelona, 1993, pág. 332.

(46) Disposición Adicional Segunda: "1. El Presidente de la Corporación convocará los procesos selectivos para el acceso a las plazas vacantes que deban cubrirse con personal laboral fijo de nuevo ingreso. 2. La selección de este personal se hará por concurso, concurso-oposición u oposición libre, teniendo en cuenta las condiciones que requiera la naturaleza de los puestos de trabajo a desempeñar de conformidad con las bases aprobadas por el Pleno de la Corporación y respetando siempre los sistemas de promoción profesional, rigiéndose todo ello por sus reglamentaciones específicas o convenios colectivos en vigor. 3. En los supuestos de concurso o concurso-oposición se especificarán los méritos, su correspondiente valoración, así como los medios de acreditación de los mismos." No obstante la mayor discrecionalidad otorgada en esta norma para escoger el sistema de selección, la STSJ de Santa Cruz de Tenerife de 17 de octubre de 1998, Ar.3783, considera que la utilización de una simple entrevista para realizar un contrato laboral temporal no se ajusta a derecho.

**EL TC HA EVOLUCIONADO EN SUS CONCEPCIONES SOBRE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN PASANDO DE CONSIDERARLA COMO UN ÁMBITO EXENTO DE CONTROL A ADMITIR UNA ESPECIALIDAD DE CONTROL, DADO EL CARÁCTER ESPECIALIZADO DE LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS QUE REALIZAN LA VALORACIÓN**

que para seleccionar a este tipo de personal habrá que estar a lo dispuesto en el Convenio Colectivo en vigor, en el supuesto de que exista (la composición del tribunal de personal laboral fijada por Convenio colectivo prevalece sobre la que establezca la convocatoria en sus bases, STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de abril de 1999, Ar. 1526). La interpretación de los Convenios puede suscitar algún problema en cuanto a la designación de quiénes son los llamados a participar en el órgano de selección, puesto que cabe tanto referir esa participación a la representación sindical en la comisión paritaria del Convenio Colectivo, como a la existente en la empresa en su conjunto (STS, Sala de lo Social, de 20 de marzo de 1997, Ar. 2583 y STSJ de Madrid de 27 de febrero de 1996, Ar. 1013).

Comprobamos que la evolución del sistema selectivo tiene una constante reprochable: no se interesa por una clase de personal, el laboral, que constituye en algunas Corporaciones locales la mayoría de sus empleados.

#### **d) Personal eventual**

La naturaleza de esta figura nos evade de tener que analizar proceso selectivo alguno. El único y legítimo órgano seleccionador de este personal será el Alcalde o Presidente de Diputación Provincial, que actuará en base a criterios de confianza política hacia la persona llamada a ocupar el puesto de funcionario eventual. Una vez que el Pleno de la Corporación determina el número de plazas reservadas a este tipo de personal, sus características y retribuciones, el nombramiento (sin selección alguna) lo realiza el Alcalde o Presidente. Esa libre disposición para determinar la figura de sus más íntimos colaboradores tiene el lógico contrapeso de que la expiración o cese del mandato del político lleva anejo de modo automático el de aquellas personas designadas funcionarios eventuales (art. 104 LBRL).

## **8. LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE LOS ÓRGANOS SELECTIVOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

Mucha ha sido la tinta utilizada para describir la teoría de la “discrecionalidad administrativa”, un concepto jurídico que se predica en múltiples supuestos de actuación administrativa ya que resulta difícil pensar en actividades completamente regladas en las que el margen de apreciación de la Administración no deba intervenir para la correcta aplicación del derecho. MARTÍN BULLINGER mantiene una consideración unitaria de la discrecionalidad administrativa como “habilitación para completar en sede aplicativa supuestos de hecho normativos o imperfectos o inacabados”<sup>47</sup>.

(47) Prólogo a la monografía de BACIGALUPO, M., *La discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 11.

## Los órganos de selección en el empleo público

Como subcategoría dentro de la genérica discrecionalidad administrativa, a nosotros nos interesa la discrecionalidad técnica de los órganos selectivos de la Administración en el momento en que valoran a los candidatos para el ingreso a la función pública<sup>48</sup>. La noción de discrecionalidad técnica podría sustanciarse en dos piezas, una actividad valorativa fundamentada en reglas de una ciencia, disciplina o arte y una actividad que se expresa en juicios que consienten un margen, aunque sea mínimo, de opinabilidad<sup>49</sup>.

La labor realizada tanto por los Tribunales como por las Comisiones Permanentes de selección ha quedado clásicamente relegada de la esfera de control por parte de los Tribunales de Justicia. Todavía hoy persisten posturas encontradas, defendiendo unas la soberanía de los órganos de selección y la imposibilidad de fiscalizar el fondo de sus decisiones y otras que apoyan la revisión judicial de la actuación de los órganos selectivos, cuestionando incluso que se pueda denominar discrecionalidad técnica<sup>50</sup>. La jurisprudencia ha bandeado en ambos sentidos, aunque no admite de modo expreso la justicia-bilidad de las calificaciones técnicas<sup>51</sup>.

La primera de las sentencias que admitió la posibilidad de control judicial fue la de 2 de abril de 1985 del Tribunal Supremo, Ar. 2854. Durante ese año y parte de 1986, la Audiencia Territorial de Valencia llegó aun más allá, afirmando no sólo la posibilidad de anular las decisiones de los órganos de selección de la Administración, sino incluso la facultad judicial de sustituir esas decisiones administrativas por la de los jueces.

La doctrina tampoco es unánime y mientras para unos (PIÑAR MAÑAS) “considerar que la actividad que desarrollan las Comisiones de concursos y oposiciones deba calificarse como discrecionalidad técnica es un error. Ni es posible estimar que en sus valoraciones pueden no tener en cuenta el interés público, ni sus decisiones están exentas, como ya nos consta, del control jurisdiccional. Dar como buena la discrecionalidad técnica es tanto como permitir que en las bases de las convocatorias se disponga que las plazas sean cubiertas no de acuerdo necesariamente a los principios de mérito y capacidad, sino de acuerdo a lo que la Comisión decida libremente, lo cual, evidentemente sería absurdo.

(48) Diferentes planteamientos y consecuencias se derivan de otras manifestaciones de la discrecionalidad técnica en órganos seleccionadores de concursos de méritos (con el propósito de proveer puestos de trabajo, no de adjudicarlos por primera vez) y órganos actuantes en el ámbito académico. Así lo pone de relieve TARDÍO PATO, J.A., *Control jurisdiccional de concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos*, Civitas, Madrid, 1986, pág. 203.

(49) IGARTUA SALAVERRÍA, J., “Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional” Edit. Civitas- IVAP Madrid, 1998, pág. 28.

(50) PIÑAR MAÑAS, J.L., “El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones”, *Documentación Administrativa*, núm. 220, 1989, pág. 149. En otra línea vid. SÁNCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 129.

(51) En contra de la revisión en sede administrativa o judicial de las decisiones técnicas de los Tribunales examinadores, entre otras, SSTS de 27 de octubre de 1998, Ar. 7663 y 11 de diciembre de 1998, Ar. 608. La STS de 1 de julio de 1999, Ar. 5344, indica que “(...) las bases no exigían que dejara constancia de los criterios de valoración aplicados, y ello sin duda, en razón a su inutilidad, pues su utilización no podía ser posteriormente controlada ni por la Administración, en fase de recurso administrativo, ni por los Tribunales judiciales, al pertenecer la valoración intrínseca de los méritos a la soberanía del órgano calificador”.

Máxime si esta libre decisión se configurase como irrecurrible”....para otros (SÁNCHEZ MORÓN) “(...), salvo crasos errores de apreciación, no sería conforme a derecho sustituir la opinión de los técnicos de la Administración por la que el juez pueda formarse en el proceso oyendo a otros técnicos distintos. De lo contrario, se estaría trasladando la discrecionalidad técnica de la Administración a los jueces”.

Alguna legislación sectorial ha habilitado mecanismos *ad hoc* de revisión de los actos emanados de tribunales calificadoros. Nos referimos a la denominada “Comisión de Reclamaciones” del art. 43 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria<sup>52</sup>. Su misión consiste en resolver recursos que los candidatos presenten contra la decisión de otra Comisión que, en una primera instancia administrativa, los ha evaluado en un proceso de carácter concursal. ¿No estamos aquí sino ante una vía, en sede administrativa, de fiscalización de la discrecionalidad técnica? Al respecto se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en STC 215/1991, de 14 de noviembre, considerando oportuno que la Comisión de Reclamaciones controle la efectiva aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad, función que sin embargo y sorpresivamente no entiende como de control de la discrecionalidad técnica. Esta disfrazada opinión del TC sirve a un sector doctrinal para desmontar la pretendida soberanía de las comisiones calificadoras y abrir resquicios por los que hacer valer el control judicial sobre las decisiones administrativas. La inmediata consecuencia que se deriva de la admisión del papel revisor juzgado por la Comisión de Reclamaciones, en virtud del art. 43 LRU en la función pública docente, es que idéntica función ha de ser reconocida a los tribunales de naturaleza jurisdiccional.

No obstante, existen pronunciamientos en sentido opuesto; la Sentencia 174/1996, de 11 de noviembre, sobre las pruebas de acceso a la carrera judicial de juristas de reconocido prestigio, niega la competencia del Consejo General del Poder Judicial para juzgar sobre la idoneidad de un sujeto que, incluido en la lista propuesta por el tribunal calificador, se descubre que cometió un delito de estafa en el ejercicio de su profesión como Abogado, aunque ya se le habían cancelado en el Ministerio de Justicia sus antecedentes penales. El Tribunal Constitucional, aparte de recordar que si se ha obtenido la rehabilitación los efectos de la pena han de extinguirse totalmente, advierte que el CGPJ no es el órgano llamado a valorar los méritos o deméritos del aspirante, sino que el discernimiento de esa idoneidad corresponde exclusivamente a los órganos calificadoros. Constatamos aquí, a diferencia del caso anterior, el TC no admite la revisión del criterio del órgano seleccionador por otro “administrativo” y jerárquicamente superior.

Además, la jurisprudencia ordinaria sigue negando su competencia para conocer de los juicios de valor efectuados por los órganos de selección a no ser que éstos incurran en

(52) Ha analizado pormenorizadamente este precepto, DIEZ SÁNCHEZ, J.J., en sendos trabajos, “Un órgano atípico y conflictivo: La Comisión de Reclamaciones del artículo 43 de la LRU”, REDA, núm. 68, 1990 y “La discrecionalidad técnica y la Comisión de Reclamaciones de las Universidades (A propósito de la STC 215/1991, de 14 de noviembre)”, REDA, núm. 79, 1993. Asimismo, se encarga de la cuestión ALEGRE ÁVILA, J.M., “Discrecionalidad técnica y control judicial: La revisión jurisdiccional de los juicios técnicos de los tribunales y comisiones de selección para el acceso a la función pública”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 42, 1995, págs. 277 y 281.

desviación de poder o arbitrariedad. Así la STS de 8 de junio de 1999 (Ar. 6822), recogiendo la doctrina del Alto Tribunal (SSTC 53/1993, 34/1995,...) afirma que “los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo enjuician la legalidad de la actuación de los órganos juzgadores de las oposiciones y concursos, pero en modo alguno pueden sustituir a éstos en lo que sus valoraciones tienen de apreciación técnica, puesto que no se pueden erigir en Comisión calificadoras con unos parámetros no jurídicos, sin que en este caso, la parte actora haya desvirtuado la presunción de legalidad e imparcialidad con que las Comisiones calificadoras actúan en los procesos selectivos, al amparo de las previsiones contenidas en los artículos 23.2, 103.3 y 106.1 de la CE”. En otras ocasiones el Tribunal Supremo por el contrario, parece más flexible en la interpretación de la discrecionalidad técnica de los actos de la administración que “no excluyen el necesario sometimiento al juzgador de las apreciaciones de tal órgano administrativo, puesto que de lo contrario, como indica la parte recurrente, se quebrantaría el derecho a la tutela judicial efectiva al quedar inimpugnables las estimaciones técnicas de dichos Tribunales calificadores, tanto en el orden cualitativo como en el orden de puntuación, con referencia a las circunstancias concurrentes”, sin embargo de forma incongruente a mi parecer, más abajo expresa que “aunque los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa son ciertamente competentes para enjuiciar la legalidad de la actuación de los órganos juzgadores de las oposiciones y concursos, en modo alguno pueden sustituir a éstos en lo que sus valoraciones tienen de apreciación técnica” (STS de 10 de marzo de 1999, Ar. 2891).

Ante unos pronunciamientos tan heterogéneos y contruidos sobre la famosa teoría de separación de los “aledaños” y “el núcleo material de la decisión técnica”, básicamente resumible en la susceptibilidad de control judicial de los primeros y la imposibilidad de fiscalizar el segundo, cabe preguntarse el porqué de la pervivencia de la discrecionalidad técnica<sup>53</sup>. Uno de los posibles argumentos que podríamos argüir es que la discrecionalidad técnica se utiliza como un método para cer-

**LA MISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE GESTIONAR LOS ASUNTOS PÚBLICOS, EN EL CONTEXTO DE UN RÉGIMEN JURÍDICO QUE NUNCA PUEDE PREVER TODOS LOS SUPUESTOS DE LA RICA REALIDAD LLEVA INMANENTE UN PODER MÍNIMO DISCRECIONAL DE DECISIÓN Y ELECCIÓN**

(53) Esa teoría del “núcleo y los aledaños” fue establecida por la STC 215/1991, de 14 de noviembre, y ha sido utilizada después en numerosas decisiones judiciales (p.e. STS de 15 de julio de 1996, Ar. 5704), provocando en el Tribunal Supremo la opinión de que cualquiera que sea la materia sobre la que versen las pruebas, solamente en los supuestos en los que sea evidente el error padecido por el tribunal calificador al considerar como correcta o incorrecta una respuesta, de modo que sea realmente inaceptable, con arreglo a los criterios de la sana crítica, los Tribunales de Justicia pueden llegar a la conclusión de que no se han tenido en cuenta contestaciones manifiestamente equivocadas, siendo el caso más claro en este sentido el que se daría en el supuesto de operaciones matemáticas o de habilidades comprobables numéricamente. Reseña jurisprudencial en Concejo, *Revista para el Autogobierno Local*, Navarra, núm. 141, 1996, pág. 10.

cenar la obligatoriedad de la motivación, legitimando un peligroso y puro decisionismo<sup>54</sup>. Recordemos no obstante, que la falta de motivación es una de las causas para impugnar los actos de naturaleza discrecional por mor del artículo 54.1.f) de la LRJ-PAC y, aun es más, se estaría infringiendo el derecho constitucional y fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), al disminuir los medios de defensa de aquel que entienda vulnerado su derecho a acceder en condiciones de igualdad según su mérito y capacidad al empleo público (arts. 23.2 y 103.3 CE).

La alternativa a la discrecionalidad tampoco se nos revela de fácil aprehensión. No es lógico, ni sería deseable, privar a la Administración Pública de ese instrumento imprescindible. Su misión de gestionar los asuntos públicos, en el contexto de un régimen jurídico que nunca puede prever todos los supuestos de la rica realidad, lleva inmanente un poder, siquiera mínimo de decisión y elección. ¿Cómo conjugar la necesidad de discrecionalidad y su control? Los caminos para lograr ese control aparecen diversificados; para los que no consideran real la existencia de discrecionalidad técnica, el control se efectuaría de igual modo que cuando se fiscaliza cualquier discrecionalidad administrativa (elementos reglados del acto, interés público perseguido,...), en este caso a través de los conceptos jurídicos indeterminados del mérito y la capacidad, ya que “discrecionalidad” supone poder optar indistintamente entre varias opciones todas ellas igualmente justas. Esto no es lo que sucede en los concursos y oposiciones, donde la Comisión está obligada a seleccionar, no a cualquiera de los candidatos, sino al “mejor”, entendido éste como el que mejor mérito y capacidad acredite<sup>55</sup>; para otros, la forma de justificar la discrecionalidad técnica es mediante la motivación de los actos porque la “razonabilidad es el criterio demarcatorio de la discrecionalidad frente a la arbitrariedad”<sup>56</sup>. Sin embargo, la interpretación que sobre “suficiente motivación” ofrece la jurisprudencia, tanto ordinaria como constitucional, no va en el sentido que deseáramos; el Tribunal Supremo estima que constituye suficiente motivación en un proceso selectivo la simple nota con la que se califica un ejercicio (STS de 5 julio de 1996). El Tribunal Constitucional por su parte, en la STC 40/1999, de 22 de marzo, analiza el supuesto de un concurso-oposición impugnado por la omisión de motivación de las puntuaciones otorgadas por los miembros del Tribunal. El Tribunal Supremo en su día entendió que “tal omisión no tiene la suficiente entidad para conducir a la nulidad de las actuaciones, pues la falta de motivación no es determinante de arbitrariedad o discriminación, sino el ejercicio de una de las facultades discrecionales que le corresponden al Tribunal”. Ante este razonamiento, el TC literalmente afirma que “aun admitiendo que la puntuación otorgada debía haberse justificado por los miembros del Tribunal mediante la formulación por escrito de un juicio razonado sobre cada uno de los méritos alegados, escritos que se unirían al Acta correspondiente, no es menos cierto que dichos escritos fueron formulados y adjunta-

(54) IGARTUA SALAVERRÍA, J., *Discrecionalidad técnica, motivación,...* op. cit., pág. 125.

(55) PIÑAR MAÑAS, J.L., “El pleno control jurisdiccional...” op. cit., pág. 146 y ss.

(56) IGARTUA SALAVERRÍA, J., *Discrecionalidad técnica, motivación,...* op. cit., pág. 41. También nos ofrece una clasificación de las posibles faltas de motivación; omisión total, incongruencia o insuficiencia de la misma, así como un ejemplo de la interpretación al respecto por la jurisprudencia. *Ibidem* pág. 156.

dos al Acta de la prueba, constando en ellos la puntuación, de uno y otro candidato, que se otorgaba ‘como resultado de la valoración de los méritos citados en los epígrafes a) a h) del anexo 1 de la Resolución’ convocando las pruebas”.

Tampoco entendemos desdeñable la solución que se apunta desde el derecho comparado. El Tribunal Constitucional Federal Alemán, en dos Resoluciones de 17 de abril de 1991, sobre el margen de apreciación o valoración que han de poseer los órganos de pruebas de aptitud o idoneidad profesional, comienza admitiendo la necesidad de su existencia, pero a renglón seguido reduce la amplitud de ese margen refiriéndolo solamente a los “aspectos específicamente valorativos” de toda evaluación, pero no así a la resolución de eventuales controversias o discrepancias científico-técnicas entre examinandos y los examinadores. La consecuencia de este planteamiento es que si se impugna una calificación, el Tribunal judicial habrá de conocer del fondo del asunto, acudiendo si fuese aconsejable al criterio pericial de otros expertos<sup>57</sup>. Como vemos, la jurisprudencia germana da un paso hacia delante legitimando incluso el poder sustitutorio de los tribunales sobre la decisión tomada en su día por los órganos administrativos. Como crítica al modelo, se considera disfuncional que los tribunales contencioso-administrativos puedan revisar con plenitud la posición que un órgano evaluador haya mantenido con ocasión de la resolución de una controversia o discrepancia científico-técnica, simplemente acogiendo el punto de vista discrepante de un tercer experto que apoye pericialmente la posición que mantuviera el examinado recurrente. Por esta vía, se arguye, los peritos judiciales pueden suplantar indebidamente a los órganos evaluadores previstos por la ley.

En España, la tendencia a la “autorrestricción jurisprudencial”, según expresión acuñada por PINAR MAÑAS<sup>58</sup>, hace que los casos de sustitución de criterios de los órganos selectivos por parte de los órganos judiciales sea anecdótica y no siempre arribada a buen puerto, a pesar de que cada vez es mayor el apoyo a esta tesis por parte de los estudiosos de la disciplina<sup>59</sup>.

Hemos de preguntarnos por las posibles razones procesales del estado de la jurisprudencia sobre control de concursos y oposiciones<sup>60</sup>. En primer lugar, el denominado principio de unidad del acto administrativo, convierte en cuestionable que se puedan modifi-

(57) Ideas recogidas del extenso estudio de BACIGALUPO, M., *La discrecionalidad administrativa (Estructura normativa..., op. cit., págs. 156 y 157, donde se hace además mención de las críticas suscitadas a raíz de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional Federal Alemán.*

(58) PIÑAR MAÑAS, J.L., “El pleno control jurisdiccional...”, *op. cit.*, pág. 144. La doctrina general del Tribunal Supremo sobre el tema se puede resumir en tres puntos básicos; El control judicial de la discrecionalidad técnica se limita a los supuestos extremos de desviación de poder y notoria arbitrariedad; Ese control se circunscribe a los aspectos reglados contenidos en las bases de las convocatorias y a los aspectos formales del procedimiento; En caso de apreciación de un vicio invalidante, el juez no sustituye la resolución de la Comisión calificadora, sino que ordena la retroacción de las actuaciones.

(59) DESDENTADO DAROCA, E., *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Madrid, 1997, págs. 140 y 141.

(60) Seguimos en este punto las reflexiones de GARCÍA ÁLVAREZ, G., “La discrecionalidad técnica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: ¿Los hechos como ámbito exento de control judicial?” *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 8, 1996, págs. 433-467, a propósito de su comentario a la STC 34/1995, de 6 de febrero.

car los criterios de corrección o de valoración de los méritos de un candidato sin realizar también la operación con todos los candidatos concurrentes y que fueron calificados mediante la misma resolución. La nueva valoración de todos los candidatos presenta dificultades técnicas, pero sobre todo plantearía el gravísimo problema que supondría extender los efectos de una sentencia a quien no ha sido parte en el proceso, lo que podría dar lugar a situaciones de indefensión. No se trata de una dificultad insalvable si se tiene en cuenta que se debería de citar como codemandados a los candidatos aprobados.

Otro obstáculo puede ser la prohibición de los “aprobados sin plaza”. Este mecanismo implica que en ningún caso los Tribunales pueden nombrar como aprobados a un mayor número de candidatos que el de plazas convocadas. Por tanto, si el cupo total fue cubierto y una sentencia judicial declara aprobado a un nuevo aspirante que en su día quedó excluido, ¿se podría modificar la lista sin menoscabo de los derechos ya adquiridos? Desde luego la Administración tiene obligación de ejecutar las sentencias firmes de los Tribunales de Justicia, por lo que puede darse la paradoja de que pase a ocupar un empleo público aquel candidato que puntuó con más baja nota, respecto al último de la lista que pudo haber obtenido mejores calificaciones.

Ahora bien, los inconvenientes derivados del principio de unidad de acto y de la prohibición de los aprobados sin plaza, se eluden de modo fácil si el órgano jurisdiccional se limita a ordenar la retroacción de las actuaciones y no ejerce su potestad de sustitución. Lo que hará será encarar al órgano administrativo que proceda a valorar *ex novo* a todos los aspirantes<sup>61</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha evolucionado en sus concepciones sobre la discrecionalidad técnica de los órganos de selección pasando de considerarla como un ámbito exento de control a estimar que no existe exención, sino una especialidad de control. Principalmente justifica esa especialidad o modulación en el carácter especializado de los órganos administrativos que realizan la valoración; la salvaguarda por parte de la Constitución de un ámbito competencial propio de la Administración precisamente mediante el respeto a la existencia de potestades discrecionales no sometidas a controles extrajurídicos por parte de los órganos judiciales; el único control que éstos pueden operar sobre la Administración de modo legítimo es el de carácter jurídico. El *quid* de la cuestión será determinar cuándo se están fiscalizando aspectos estrictamente legales o de derecho y cuando los temas controvertidos atañen solo a cuestiones de hecho. Entendemos que en principio no cabe dudar de la imparcialidad del órgano selectivo y existe una presunción *iuris tantum* a favor de la certeza y acierto de sus decisiones, por lo que la carga de la prueba recae de la parte que ponga en duda su buen hacer, ahora bien, esto no debe obstar a que se afirme en todo caso o casi con toda seguridad la exención de control, sino que por el contrario, ha de ofrecerse a la persona disconforme con la

(61) Según apunta GARCÍA ÁLVAREZ, G., “La discrecionalidad técnica en...”, *op. cit.*, pág. 442, de esta retroacción de las actuaciones se derivan dos ventajas importantes; las discrepancias que surjan con motivo de la nueva valoración son solventables mediante un incidente de ejecución de sentencia sin que sea preciso un nuevo proceso contencioso-administrativo y la Comisión que efectuará la nueva valoración no tendrá por qué ser la misma que la realizó en su día.

decisión administrativa la posibilidad de revisión judicial, so pena de inculcar derechos fundamentales como los incluidos en los artículos 24 y 23.2 de la Constitución.

### 9. RECAPITULACIÓN CONCLUSIVA

La función pública española, en lo que respecta al régimen jurídico de los órganos de selección, sufre serias deficiencias que en absoluto nos parecen imposibles de atajar. La mejora del sistema selectivo depende de una voluntad política de colocar el asunto en un lugar destacado dentro del ranking de prioridades de la agenda política de la reforma administrativa.

El principio de especialidad, esencial garantía *ex ante* del adecuado desarrollo del proceso de ingreso en el empleo público, no aparece bien configurado a nivel estatal, local, ni en la mayoría de las legislaciones autonómicas. El ínfimo rango que se otorga a este principio de especialidad (ignorado a nivel constitucional y preterido por el legislador estatal a la categoría de no básico) dificulta en exceso su deseable homogeneidad y por ende, su correcta articulación en las convocatorias para cubrir los puestos de trabajo en la Administración.

El respeto al orden constitucional y a la legalidad vigente, la obligada calidad en la prestación de los servicios públicos, el necesario prestigio de las organizaciones públicas, la motivación de los recursos humanos al servicio de la Administración, la credibilidad del sistema de ingreso para la ciudadanía, el erradicar al clientelismo político, etc; constituyen retos a los que debemos dar respuesta.

En nuestra opinión, debiera abordarse una reforma y perfeccionamiento del principio de especialidad en la composición de los órganos de selección. Desde luego, la línea de cambio pasa por no incluir en órganos de selección a personas legas en materias como el derecho, la gestión de recursos humanos y la utilización de técnicas selectivas, ya que ni los representantes de los trabajadores ni los cargos electos han de tener necesariamente esos conocimientos por ser otra, y no menos importante, su función a desarrollar en el seno de la Administración Pública. De modo añadido, habría que elevar la exigencia de especialización. No basta igual o superior titulación; todos los miembros han de ser expertos en la misma materia para la cual se ha convocado el proceso selectivo. La Administración realizaría una inversión muy rentable si procurara el fin del “amateurismo” de los seleccionadores, procurando conseguir, tal y como se prevé para las Comisiones Permanentes de Selección, un grupo estable de personas dedicadas profesionalmente a la complicada tarea de elegir a los candidatos idóneos para el desempeño de la función pública<sup>62</sup>.

Por supuesto, estas consideraciones deben referirse tanto a los procesos de selección de personal funcionario como de personal laboral hasta tanto esa “injustificada” dicotomía siga vigente. Es más, no aparecen motivos razonables para que la selección de unos y otros tenga un régimen jurídico diferenciado, como es ahora el caso<sup>63</sup>.

La profesionalidad y especialización son la mejor garantía para la salvaguarda de los principios de objetividad, imparcialidad y transparencia que han de presidir los procesos de selección. Una inmediata consecuencia positiva; afianzando el principio de especialidad se evitaría en gran medida el difícil y controvertido proceso de fiscalización de las decisiones de los órganos selectivos. La discrecionalidad técnica tendría un verdadero sustrato en base al cual poder repeler los controles judiciales “extrajurídicos” o de “oportunidad” que violentan el legítimo ámbito de gestión pública que corresponde a la organización administrativa.

Consecuentemente, las líneas que pueden ayudar a mejorar el sistema selectivo son la profesionalidad, permanencia y especialización de los miembros de los órganos selectivos que, a buen seguro, propiciarán un descenso en la conflictividad judicial de los candidatos al empleo público con la Administración.

(62) FERREZ FERNÁNDEZ, M., “El procedimiento selectivo: Reflexiones...” *op. cit.*, pág. 61, apunta que “la despolitización de los órganos de selección no implica que la única vía sea la funcionarización de sus componentes, sino la de fomentar la especialización, sean o no funcionarios”. No compartimos esta opinión si lo que se pretende es la externalización de la función selectiva, acudiendo al sector privado mediante la contratación de estos servicios con empresas o consultorías especializadas en captación de recursos humanos. La Administración Pública cuenta con buenos expertos en todas las ramas del conocimiento que podrían desempeñar ese papel sin problema alguno, evitando sacar al mercado una función que es pública y de interés general. El *handicap* más importante es la ausencia de impulso y apoyo desde las esferas políticas a la puesta en marcha de medidas de este tipo, posiblemente por una malsana querencia a la utilización del empleo público como arma electoral y política.

(63) CASTILLO BLANCO, F.A., *Acceso a la función pública local...*, *op. cit.*, pág. 115.

**I. DERECHO COMUNITARIO****Sumario:**

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

**1. INTRODUCCIÓN**

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

En relación con mercado interior, se incluye, como ya habíamos anunciado en números anteriores de esta Revista, la crónica de la jurisprudencia relativa a la libre circulación de capitales, que, por otro lado, no es tan abundante como la referente a las libertades comunitarias.

**2. PRINCIPIOS GENERALES**

Los principios generales del derecho reconocidos por el Tribunal de Justicia tienen una inmediata relevancia para el derecho administrativo comunitario, de forma que en la actualidad son uno –si no el principal– de sus puntos de referencia: baste pensar en los principios de legalidad de la acción administrativa, de motivación obligatoria, de transparencia y acceso, de confianza legítima, de imparcialidad y de buena administración, sobre los que existe una importante doctrina del TJCE que hemos tenido ocasión de analizar en crónicas anteriores.

La **Sentencia del TPI de 20 de marzo de 2001, en el asunto T-52/99**, desestima el recurso planteado por una empresa alemana que alegaba haber sufrido perjuicios como consecuencia de la adopción por parte de la Comisión de disposiciones supuestamente contrarias a las normas de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y a determinados

principios generales del Derecho comunitario, en concreto, la desviación de poder, el principio de igualdad de trato, de confianza legítima y el principio de proporcionalidad.

Pues bien, en primer lugar, para el Tribunal europeo un acto de una institución comunitaria sólo incurre en desviación de poder si se adoptó con el fin exclusivo, o al menos determinante, de alcanzar fines distintos de los alegados, lo que no se acreditó en el asunto citado. Sólo se puede tener constancia de una desviación de poder sobre la base de indicios objetivos, oportunos y concordantes (véase la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de abril de 1996, *Industrias Pesqueras Campos y otros/Comisión*, asuntos acumulados T-551/93 y T-231/94 a T-234/94, Rec. p. II-247, apartado 168). En cuanto al principio de igualdad, el Tribunal recordó en su Sentencia de 20 de marzo de 2001 que sólo puede considerarse que una diferencia de trato constituye una discriminación prohibida por el artículo 40, apartado 3, del Tratado si resulta ser arbitraria, es decir, si no tiene justificación suficiente y no está fundada en criterios de carácter objetivo (véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de septiembre de 1982, *Kind/CEE*, 106/81, Rec. p. 2885, apartado 22). A la luz de esta jurisprudencia, entendió la Corte que la empresa demandante no podía alegar que la Comisión había violado el principio de no discriminación o de igualdad de trato al tratar de manera diferente a los operadores establecidos en Finlandia, Austria y Suecia y a los importadores tradicionales en relación con las actividades en estos países durante el año 1994. En efecto, “procede señalar, a este respecto, que en 1994 estos Estados aún no estaban sujetos a la organización común de mercados en el sector del plátano, de modo que era necesario un sistema especial para que las importaciones realizadas en 1994 por los operadores establecidos en ellos pudiesen tomarse en consideración a efectos de determinar sus respectivas cantidades de referencia”. En cuanto a la posible violación del principio de confianza legítima, el Tribunal la descartó ya que dado que las instituciones comunitarias disponen de un margen de apreciación al elegir los medios necesarios para la realización de su política, los operadores económicos no pueden confiar legítimamente en el mantenimiento de una situación existente, que puede resultar modificada por las decisiones adoptadas por dichas instituciones en el marco de su facultad de apreciación. Esto ocurre especialmente en un ámbito como el de las organizaciones comunes de mercados, cuyo objeto lleva consigo una adaptación constante en función de las variaciones de la situación económica. Por último, por lo que se refiere a la supuesta violación del principio de proporcionalidad, el Tribunal señaló que la afirmación de la Comisión en el decimotercero considerando del Reglamento 2362/1998, según la cual las cantidades de referencia y las asignaciones anuales no pueden constituir derechos adquiridos o ser invocadas por los operadores como expectativas legítimas, está destinada a informar a los operadores de que estas cantidades o asignaciones pueden ser modificadas tras las comprobaciones y controles de las autoridades nacionales. Esta afirmación, que se encuentra únicamente en la exposición de motivos del Reglamento impugnado, y no entre sus disposiciones normativas, “no puede considerarse contraria al principio de proporcionalidad”.

Acerca de la aplicabilidad del principio de proporcionalidad se pronuncia también el TPI en su **Sentencia de 4 de abril de 2001, asunto T-299/97**. Según el Tribunal, en la medida en que la supresión de una ayuda ilegal por vía de recuperación del importe de la

## I. Derecho Comunitario

ayuda concedida, más los intereses correspondientes, es la consecuencia lógica de la declaración de incompatibilidad de esta ayuda con el mercado común y persigue únicamente restablecer la situación de la competencia anterior, esta obligación no podía presentar un carácter desproporcionado en relación con los objetivos contemplados en los artículos 92, 93 y 94 del Tratado.

En la citada sentencia, el TPI desestimó por otra parte la alegación de la *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia* basada en la violación del principio de protección de la confianza legítima, ya que únicamente circunstancias excepcionales pueden justificar la confianza de los beneficiarios en la legalidad de una ayuda. Además, el reconocimiento de esta confianza legítima presupone, en principio, que esta ayuda se ha concedido observando el procedimiento previsto en el artículo 93 del Tratado. En el presente caso, “la parte demandante no invoca ninguna circunstancia excepcional que pueda justificar una confianza legítima en la legalidad de las ayudas concedidas a las empresas que se dedican al transporte internacional”.

### 3. FUENTES

Por lo que a fuentes se refiere, y dentro del intervalo al que debemos reconducir nuestro análisis, pocas son las ideas que se pueden destacar.

Por un lado, la primera y nada novedosa manifestación de cierto interés aparece en el fundamento 37 de la **STJCE de 3 de mayo de 2001, As. C-28/99, Verdonck, Everaert y Baedts**, según el cual cuando las disposiciones de un Estado miembro más restrictivas de las previstas en una Directiva sean, además, incompatibles con ésta, se entenderá que infringen el Derecho comunitario y se inaplicarán. Concretamente, el TJCE se pronuncia en los siguientes términos:

“(…) si las disposiciones legales de un Estado miembro más restrictivas que las previstas en la Directiva 89/592 son incompatibles con el artículo 6 de dicha Directiva, tales disposiciones infringen el Derecho comunitario y no pueden por tanto aplicarse a ninguno de los sujetos que actúan en los mercados financieros”.

De otro lado, la **STJCE de 10 de mayo de 2001, As. C-203/99, Veedfald**, señala dos puntos que reafirman la jurisprudencia seguida hasta la fecha. Por una parte, resalta que la aplicación de las normas nacionales no puede menoscabar la eficacia de una Directiva y, por otra, señala la tarea del órgano jurisdiccional nacional de interpretar el Derecho nacional siempre a la luz del tenor y de la finalidad de cualquier Directiva comunitaria.

### 4. RECURSOS

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

Durante el tiempo al cual se cierne la presente crónica continúa el número creciente de sentencias recaídas en recursos de anulación y en menor medida de omisión. Aunque no

obstante no han aparecido sustanciales novedades dignas de reseñar. Partiendo de la doctrina reiterada es el asunto T-59/00 Compagnia Portuale Pietro Chiesa Soc. coop. rl contra Comisión (Auto del Tribunal de Primera Instancia, Sala Quinta, de 20 de marzo de 2001), donde el Tribunal declaró en su fundamento jurídico cuadragésimo segundo que una institución que está dotada de la facultad de comprobar una infracción y sancionarla y ante la que los particulares pueden presentar denuncias, como es la Comisión en materia de Derecho de la competencia, adopta necesariamente un acto que produce efectos jurídicos cuando pone fin a la investigación que ha iniciado a consecuencia de esta denuncia. A este respecto, el acto de archivo de una denuncia constituye la última fase del procedimiento: no va seguido de ningún otro acto que pueda dar lugar a un recurso de anulación. Así pues, hay que tener presente que si un acto impugnado no fija de forma definitiva la postura de la Comisión acerca de la posible iniciación de un procedimiento no constituye un acto que pueda ser impugnado mediante un recurso de anulación. Es importante la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta ampliada) de 21 de marzo de 2001, asunto T-69/96, en la cual el Tribunal determinó en su fundamento jurídico quincuagésimo primero que “en lo que se refiere a la afirmación de las demandantes de que el presente recurso de anulación es el único cauce jurídico de que disponen para impugnar las ayudas controvertidas, también carece de pertinencia. En efecto, baste señalar al respecto que la falta de un cauce jurídico eficaz ante el juez nacional no puede llevar al Tribunal de Primera Instancia a sobrepasar los límites de su competencia establecidos por el artículo 173, párrafo cuarto, del Tratado”. Aun no siendo sin un auto ni una sentencia, por una vez y como excepción, bien está recordar las conclusiones de un abogado general tal y como sucede con las conclusiones presentadas el 3 de mayo de 2001 por el abogado general Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer en el asunto C-315/99 P Iseri Europa Srl contra Tribunal de Cuentas Europeo en cuyo apartado cuadragésimo cuarto de sus conclusiones defiende que “el constituyente comunitario ha querido que la actividad de todas las Instituciones quede sometida al control jurisdiccional del Tribunal de Justicia en la medida en que pueda producir efectos jurídicos frente a terceros. Al ser el Tribunal de Cuentas una Institución comunitaria, no existe obstáculo para admitir recursos de anulación contra sus actos”, pero tal y como puntualiza con posterioridad en el apartado quincuagésimo segundo “un informe del Tribunal de Cuentas no es, en mi opinión, un acto susceptible de producir efectos jurídicos frente a terceros y, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia, no puede ser objeto de un recurso de anulación”.

En los tiempos actuales bien está recordar igualmente los Autos del Presidente del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 2001, en el asunto C-459/00 P(R) considerando 111, Comisión/Trenker; en el asunto C-471/00 P(R) considerando 121, Comisión/Cambridge Healthcare Supplies; en el asunto C-474/00 P(R) considerando 112, Comisión/Bruno Farmaceutici et alii; en el asunto C-475/00 P(R) considerando 104, Comisión/Hänseler; en el asunto C-476/00 P(R) considerando 110, Comisión/Schuck; en el asunto C-477/00 P(R) considerando 110, Comisión/Roussel y Roussel Diamant; en el asunto C-478/00 P(R) considerando 110, Comisión/Roussel y Roussel Ibérica; y, finalmente, en el asunto C-479/00 P(R) considerando 100, Comisión/Gerot Pharmazeutika que “en principio,

## I. Derecho Comunitario

debe atribuirse incontestablemente un carácter preponderante a las exigencias ligadas a la protección de la salud pública frente a las consideraciones económicas” (pues los daños ocasionados a la salud pública por la suspensión de la ejecución de la decisión que prohíbe la comercialización de determinados medicamentos no pueden repararse a posteriori).

### **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**

Como en anteriores ocasiones, el carácter poco formalista del procedimiento prejudicial, los motivos de inadmisibilidad, o la determinación de cuál es el cometido específico del TJCE en el marco de este tipo de procedimiento, son algunas de las materias que han merecido la atención del Tribunal comunitario.

Es de todos conocido, que tanto TJCE y como el propio Derecho comunitario, conciben la vía prejudicial, como un procedimiento que huye de formalismos innecesarios, caracterizado por su flexibilidad y asentado sobre el principio de cooperación entre el Juez nacional y TJCE. Pues bien, numerosas han sido en este período las sentencias en las que el TJCE ha tenido ocasión de pronunciarse a este respecto, entre otras las SSTJCE, de 15 de marzo de 2001, *Offermans*, As. C- 85/99 y de *Laat*, As. C-444/98; así como la STJCE de 3 de mayo de 2001, *Monsanto*, As. C-306/98. Sin embargo, dos de ellas han llamado especialmente nuestra atención: la STJCE de 10 de mayo de 2001, *Agorà*, As. ac. C-260/99 y C-223/98 y la STJCE de 5 de abril de 2001, *Bellamy*, As. C-123/00.

En efecto, en la STJCE de 10 de mayo de 2001, *Agorà*, As. ac. C-260/99 y C-223/98 –sobre la que volveremos más adelante–, el TJCE hace uso de una de sus competencias más características en este tipo de procedimientos: la reformulación. Así es, corresponde al TJCE “reformular” los términos de las cuestiones prejudiciales, de manera tal, que su pronunciamiento resulte eficaz para la resolución del litigio principal, modificando con ello, el planteamiento inicial del órgano jurisdiccional remitente. Así se recoge en los apartados 23 a 32 de la sentencia:

“Ahora bien, hay que recordar que corresponde al órgano jurisdiccional nacional, según el reparto de tareas establecido por el artículo 234 CE, aplicar las normas del Derecho comunitario, tal y como han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia, a un caso concreto (...)

En cambio, corresponde al Tribunal de Justicia la facultad de deducir de todos los elementos proporcionados por el órgano jurisdiccional nacional y, en particular, de la motivación

del acto de remisión los elementos de Derecho comunitario que precisan una interpretación habida cuenta del objeto del litigio (...)

Por consiguiente, procede declarar, por una parte, que la cuestión versa sobre la interpretación del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva, según el cual un organismo de Derecho público es un organismo creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general, que no tenga carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica y que dependa estrechamente del Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público. [...]

Para responder a la cuestión reformulada de esta forma, procede recordar (...)"

En cuanto a la **STJCE de 5 de abril de 2001, Bellamy, As. C-123/00**, el TJCE da respuesta a una de las cuestiones prejudiciales planteadas por remisión, esto es, sobre la base de lo contenido en una anterior sentencia prejudicial, veámoslo en los apartados 11 y 12 de la misma:

"Debe señalarse que, en el marco de un litigio relativo a la aplicación de la misma normativa nacional al pan legalmente fabricado en otro Estado miembro, el Rechtbank van eerste aanleg te Gent (Bélgica) ya planteó al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 30 y 36 del Tratado CE (actualmente artículos 28 CE y 30 CE, tras su modificación). Por consiguiente, el Tribunal de Justicia ya examinó, en su Sentencia de 14 de julio de 1994, Van der Veldt (C-17/93, Rec. p. I-3537), si los citados artículos se oponen a una normativa nacional como la controvertida en el asunto principal.

Puesto que no se ha formulado en el presente asunto alegación alguna que pueda cuestionar la respuesta que dio el Tribunal de Justicia en la sentencia Van der Veldt, antes citada, conviene pronunciarse en los mismos términos (...)"

En esta sentencia además, el TJCE examina su propia competencia a la luz de la falta de los datos mínimos y necesarios en el escrito de remisión, como para permitir al Tribunal de Justicia ofrecer una respuesta útil al órgano jurisdiccional interno. Recordemos ahora, que es éste precisamente, uno de los motivos en los que se puede fundar la incompetencia del TJCE (apartados 24 a 27):

"A este respecto, debe recordarse que, para que el Tribunal de Justicia, cuando se le ha planteado una petición de decisión prejudicial, pueda llegar a una interpretación del Derecho comunitario que sea eficaz para el Juez nacional, es preciso que la resolución de remisión contenga información acerca de las circunstancias fácticas en las que la norma nacional controvertida ha sido o debe ser aplicada (...)

En el presente caso, la resolución de remisión se limita a indicar que la normativa nacional controvertida en el asunto principal se aplica en un proceso penal en el que se acusa a

## I. Derecho Comunitario

la Sra. Bellamy de ‘no haber utilizado de forma visible, en el mensaje publicitario del producto, una denominación de éste que induce a error al consumidor en cuanto a la índole del género, en el presente caso haber utilizado la denominación del producto leche fresca entera pasteurizada’.

Pues bien, esta descripción de la infracción imputada a la Sra. Bellamy está lejos de ilustrar suficientemente al Tribunal de Justicia para que éste pueda dar una respuesta adecuada al órgano jurisdiccional remitente. (...)

En estas circunstancias, este Tribunal de Justicia no se considera en condiciones de dar una respuesta adecuada a la segunda parte de la tercera cuestión.”

Visto lo anterior, pasemos ahora al análisis de un segundo grupo de sentencias, en las que se abordan cuestiones relativas a los elementos materiales y típicos del procedimiento prejudicial. Así, en la **STJCE de 15 de marzo de 2001, Guillaume y otros, As. C-165/98**, los gobiernos alemán, francés y neerlandés, tratan de utilizar el argumento de la falta de conexión del Derecho comunitario con el litigio principal, para negar la competencia del TJCE en el asunto controvertido. Como sabemos, se trata de uno de los motivos de incompetencia del Tribunal de Justicia, reconocidos por la propia jurisprudencia comunitaria (apartados 16 a 18):

“Los Gobiernos alemán, francés y neerlandés manifiestan dudas sobre la admisibilidad de esta cuestión. Consideran que el plazo para adaptar el Derecho interno a la Directiva no finalizó hasta el 16 de diciembre de 1999 y que los hechos del litigio principal ocurrieron antes de dicha fecha. Según ellos, un particular no puede invocar derecho alguno basado en la Directiva antes de que haya finalizado el plazo para adaptar el Derecho interno a la misma. En consecuencia, estiman que, habida cuenta de que en el marco de una remisión prejudicial el Tribunal de Justicia sólo es competente para responder a las cuestiones que revistan interés para la solución del litigio principal, debe declararse la inadmisibilidad de la primera cuestión.

Teniendo en cuenta, en efecto, que en el momento de los hechos del litigio principal no había finalizado el plazo para adaptar el Derecho nacional a la Directiva y que todavía no se había producido tal adaptación, no procede realizar una interpretación de los términos de la Directiva a efectos del procedimiento principal.

No obstante, los supuestos de hecho que figuran en la primera cuestión prejudicial deben tenerse en cuenta a efectos de examinar la segunda cuestión prejudicial.”

Por su parte, en las **SSTJCE, de 20 de marzo de 2001, Fahmi y Esmoris Cerdeiro-Pinedo Amado, As. C- 33/99; de 3 de mayo de 2001, Verdonck y otros, As. C-28/99, y de 10 de mayo de 2001, Veedfald, As. C-203/99**, el TJCE nos recuerda que su función en el procedimiento prejudicial, se limita a formular una declaración acerca de la interpretación o la validez de una norma comunitaria, y nunca, a determinar si la norma es aplicable al caso concreto o si ésta vulnera una norma de derecho interno.

Hemos dejado para el final las que, a nuestro juicio, son las dos SSTJCE más importantes de este período: la STJCE de 10 de mayo de 2001, Agorà, As. ac. C-260/99 y C-223/99, y la STJCE de 10 de mayo de 2001, Cabletron, As. C-463/98, esta última, dictada en respuesta a una cuestión prejudicial de validez.

En cuanto a la primera de ellas, STJCE de 10 de mayo de 2001, Agorà, As. ac. C-260/99 y C-223/99, el Tribunal comunitario enfrenta tres diferentes argumentos que guardan relación con el procedimiento prejudicial: a) el carácter no formalista del mecanismo prejudicial; b) la competencia del Tribunal interno para valorar la conveniencia de un pronunciamiento prejudicial, c) y más importante, repasa los motivos de inadmisibilidad y de falta de competencia afirmados por la jurisprudencia del TJCE. Por lo que hace al primero de ellos (el carácter poco formalista del procedimiento prejudicial), ya ha sido objeto de estudio en los apartados precedentes de esta crónica. En cuanto al segundo (competencia prejudicial), el TJCE insiste una vez más, en afirmar que la apreciación de la necesidad del pronunciamiento prejudicial, corresponde al Juez nacional (apartado 18):

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

Pero no cabe duda de que es el apartado 20 de la sentencia el que mayor interés ofrece, ya que el TJCE repasa aquí algunos de los motivos de falta de competencia del Tribunal comunitario, así como los supuestos de inadmisibilidad de las cuestiones prejudiciales:

“Ahora bien, la negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario, solicitada por este último, no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto de litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas.”

Pasemos por último y para concluir con las cuestiones prejudiciales, al estudio de la segunda de las sentencias antes mencionadas: la STJCE de 10 de mayo de 2001, Cabletron, As. C-463/99. Una sentencia que resulta especialmente relevante por dos razones: primero, se trata de la única cuestión prejudicial de validez planteada en el período que comprende esta crónica, y segundo, constituye uno de los escasos supuestos en los que el TJCE aprecia los motivos de invalidez de la norma comunitaria controvertida

## I. Derecho Comunitario

[en el presente caso, los Reglamentos (CE) 1638/1994 de la Comisión, de 5 de julio de 1994, y 1165/1995, de la Comisión de 23 de mayo de 1995].

Constatado en el propio encabezamiento de la sentencia el hecho de que nos encontramos ante una cuestión prejudicial de validez, lo más reseñable de esta sentencia desde la óptica prejudicial, no es tanto el contenido de la misma o las razones de fondo que motivan la declaración de invalidez, cuanto los efectos que se derivan de este tipo de pronunciamientos. Así es, El TJCE ha considerado que en estos supuestos la sentencias tendrán un alcance general, tanto si declaran la validez, como la invalidez de la norma comunitaria. En este segundo caso, la declaración de invalidez imposibilita que el juez que planteó la cuestión aplique la norma en la resolución del litigio principal y además, producirá un efecto *erga omnes* con relación al resto de órganos jurisdiccionales.

Nada podemos decir en cuanto a las **medidas cautelares** se refiere, puesto que el TJCE no ha tratado esta temática en ninguna de las sentencias dictadas durante el período que comprende esta crónica.

### 5. MERCADO INTERIOR

#### A) Libre circulación de mercancías

Pocas han sido las resoluciones del Tribunal de Justicia en esta materia durante el período contemplado en la presente crónica. Cierta interés presenta, no obstante, la **STJCE de 13 de marzo de 2001, As. C-379/98, Preussen Electra**, en la que se analiza la compatibilidad con la libre circulación de mercancías del art. 3 de la *Gesetz über die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien in das öffentliche Netz*, de 7 de diciembre de 1990 (BGBl. 1990 I, pág. 2.633), en virtud del cual, por una parte, se obliga a las empresas privadas suministradoras de electricidad a adquirir la electricidad generada en su zona de suministro por fuentes de energía renovables a precios mínimos superiores al valor económico real de este tipo de electricidad, y, por otra parte, se reparte la carga financiera derivada de esta obligación entre dichas empresas suministradoras de electricidad y los gestores privados de redes eléctricas situados en un nivel de distribución anterior. El interés de esta resolución no sólo descansa en la relevancia económica del litigio, sino, fundamentalmente, en la exigua justificación que de su fallo aporta el Tribunal.

Tras recordar su interpretación del concepto de medida de efecto equivalente (conforme a la conocida fórmula Dassonville, por tal debe entenderse toda medida nacional que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario, apartado 69), el Tribunal constata su aplicabilidad a la obligación de compra controvertida, por cuanto ésta “limita en la misma proporción las posibilidades de importación de ese mismo producto e impide que estos operadores se abastezcan, para satisfacer una parte de sus necesidades, de empresas situadas en otros Estados miembros” (apartado 70); además, “sólo se aplica a la electricidad procedente de fuentes de energía renovables en el ámbito de aplicación de dicha Ley y en la respectiva zona de suministro

de cada empresa afectada y puede, por ello, obstaculizar, al menos potencialmente, el comercio intracomunitario” (apartado 71).

No obstante, la obligación de compra contribuye a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, y, por ello, presenta una evidente vinculación con el objetivo de protección del medio ambiente (apartado 73). Esta consideración va a conducir al Tribunal a desvirtuar la inicial consideración de la obligación como una medida de efecto equivalente a las restricciones a la importación, prohibidas por el art. 28 CE, y a concluir que “en el estado actual del Derecho comunitario relativo al mercado de la electricidad”, una normativa de este tipo no es incompatible con el precepto señalado. El problema reside en que, en lugar de aportar una justificación acabada del resultado, el Tribunal se limita a realizar las siguientes consideraciones:

“En este sentido, el desarrollo de esta utilización (sic) figura entre los objetivos prioritarios que la Comunidad y sus Estados miembros se proponen perseguir para cumplir los compromisos asumidos en virtud de la Convención marco de Naciones Unidas sobre el cambio climático, (...) así como del Protocolo de la tercera conferencia de las partes de esta Convención, hecho en Kyoto el 11 de diciembre de 1997 (...)” (apartado 74).

“Debe observarse que esta política también tiene por objeto la protección de la salud y la vida de las personas y animales, así como la preservación de los vegetales” (apartado 75).

“Además, como se desprende de la tercera frase del artículo 130 R, apartado 2, párrafo primero, del Tratado CE (actualmente artículo 174 CE, apartado 2, párrafo primero, tras su modificación), las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y realización de las demás políticas de la Comunidad. El Tratado de Amsterdam ha trasladado esta disposición, de modo ligeramente modificado, al artículo 6 CE, que figura en la primera parte titulada ‘Principios’” (apartado 76).

“Por otro lado, resulta expresamente del considerando vigésimo octavo de la Directiva 96/92 que ‘por razones de protección del medio ambiente’ ésta autoriza a los Estados miembros, en sus artículos 8, apartado 3, y 11, apartado 3, a dar prioridad a la generación de electricidad basada en fuentes de energía renovables. También debe destacarse que esta Directiva, como se desprende de su considerando trigésimo noveno, sólo constituye una nueva fase de la liberación del mercado de la electricidad y permite que sigan existiendo obstáculos a los intercambios de electricidad entre los Estados miembros” (apartados 77 y s.)

De todo ello, y especialmente de lo dicho en los dos últimos apartados, se deriva con claridad que la Directiva citada permite a los Estados miembros adoptar una medida como la controvertida, aún cuando ésta pueda obstaculizar, siquiera sea potencialmente, el comercio intracomunitario. Sin embargo, en la resolución comentada se plantean diversos interrogantes a los que el Tribunal no da respuesta.

## I. Derecho Comunitario

En primer lugar, parece claro que, por lo que hace a la obligación de compra, la Directiva debe considerarse como una norma de armonización parcial, pero no ocurre lo mismo respecto de la cuestión de si lo que se armoniza es una exigencia imperativa de las del art. 28 CE, o una de las causas de exención previstas en el art. 30 CE. Como es conocido, mientras que en el primer caso la norma escaparía del concepto de medida de efecto equivalente y, por tanto, del supuesto de hecho de la prohibición general del art. 28 CE, en el segundo terminaría resultando excepcionalmente permitida, una vez concluida la posibilidad de aplicar este precepto. En favor de la primera opción juega la jurisprudencia tradicional del Tribunal, que considera la protección del medio ambiente como una exigencia imperativa (**SSTJCE de 14 de julio de 1998, As. C-389/96, Aher-Waggon**, apartado 19 y **de 12 de octubre de 2000, As. C-314/98, Snellers**, apartado 55). Sin embargo, al referirse a la “protección de la salud y la vida de las personas y animales, así como la preservación de los vegetales”, objetivos ambos recogidos en el art. 30 CE, el apartado 75 introduce una sombra de duda a este respecto. Pronunciamientos como éste hacen por ello aún más insostenible el empeño del Tribunal en mantener la vinculación de la teoría de las exigencias imperativas con el art. 28 CE. No obstante, y con independencia de la respuesta que se aporte a este interrogante, la argumentación del Tribunal resulta en todo caso deficitaria, puesto que no se pronuncia sobre la concurrencia del resto de los presupuestos de aceptabilidad de la medida nacional, y, especialmente, del principio de proporcionalidad.

En segundo lugar, no queda claro cuál es el papel que en esta materia juega el nuevo art. 6 C: ¿resulta el principio de integración capaz de dejar fuera de aplicación las normas del Tratado en materia de libertades, o, por el contrario, debe en todo caso interpretarse a través suyo, y, por tanto, en el marco de las excepciones a la prohibición de las medidas de efecto equivalente? Aunque todo apunta a la segunda alternativa, nada dice el Tribunal sobre esta cuestión. La misma duda planea sobre los efectos de la Convención marco de Naciones Unidas y del Protocolo de Kyoto, señalados ambos en el apartado 74. Sin embargo, la intensidad del problema es en este caso aun mayor, puesto que en relación con ambos se plantean además las cuestiones relativas al efecto directo y, en su caso, a la articulación jerárquica de las normas del Tratado y de los Convenios del art. 300 CE. Pues bien, también aquí guarda silencio el Tribunal. Puede afirmarse, en conclusión, que un caso de la relevancia del que resuelve la **STJCE de 13 de marzo de 2001, As. C-379/98, Preussen Electra**, bien merecía un mayor esfuerzo argumentativo por parte del Tribunal de Justicia.

### B) Libre prestación de servicios

La **STJCE de 15 de marzo de 2001, As. C-165/98, Mazzoleni**, resuelve una cuestión prejudicial interpuesta por un órgano judicial belga. El litigio principal trae causa de la comisión de una infracción por parte de ISA, una sociedad con domicilio en Francia que desplazó a Bélgica a trece de sus trabajadores para desarrollar allí tareas de vigilancia y seguridad. La remuneración de estos últimos, si bien respetaba las normas aplicables en Francia, resultaba ser inferior al salario mínimo por hora exigido por la legislación belga. En este contexto, el órgano remitente solicita al Tribunal que dilucide si, en el supuesto

de que algunos de los trabajadores de una empresa establecida en una región fronteriza puedan verse obligados a prestar, a tiempo parcial y durante breves períodos, una parte de sus servicios en el territorio limítrofe de un Estado miembro distinto del Estado de establecimiento de la empresa, dicha empresa está obligada a cumplir las normas nacionales del Estado miembro de acogida en materia de salarios mínimos, cuando dichos trabajadores disfruten en el Estado miembro de establecimiento de una protección global comparable, aunque el salario mínimo sea allí inferior.

Tras constatar que en el caso del litigio principal ISA es una sociedad prestadora de servicios en el sentido de los arts. 49 y 50 CE (apartado 20), el Tribunal recuerda que la libertad reconocida en los señalados preceptos no sólo exige suprimir todas las medidas de carácter discriminatorio, sino en general “cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos” (apartado 22). En particular, un Estado miembro “no puede supeditar la prestación de servicios en su territorio a la observancia de todos los requisitos exigidos para el establecimiento” (apartado 23). La aplicación a los prestadores de servicios transfronterizos de la regulación del foro puede constituir así una restricción de los arts. 49 y 50 CE, siempre que, tal y como ocurre en este caso, genere gastos adicionales y suponga un aumento de las cargas administrativas y económicas de aquéllos (apartados 24 y 36).

No obstante, el Tribunal recuerda igualmente que la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, consecuencia directa del anterior pronunciamiento, puede quedar desplazada en el caso de normas nacionales que: (i) sean indistintamente aplicables; (ii) estén justificadas por razones imperiosas de interés general; (iii) resulten adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen; (iv) no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo, y (v) dicho interés no quede salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido (apartados 25 y 26). Presupuesto que la norma belga establece una obligación indistintamente aplicable, que resulta adecuada en tanto medida de protección de los trabajadores, y teniendo en cuenta que esta última figura entre las razones imperiosas de interés general reconocidas en la jurisprudencia del Tribunal (apartado 27), el problema principal que plantea la sentencia es el de la concurrencia de los dos últimos requisitos señalados.

Con apoyo en jurisprudencia anterior, el Tribunal señala que, en principio, los Estados miembros pueden aplicar su legislación relativa al salario mínimo a toda persona que realice en su territorio un trabajo por cuenta ajena, aunque sea de carácter temporal, con independencia de cuál sea el país de establecimiento del empresario (apartado 28). Sin embargo, la sentencia mantiene al tiempo que, en el caso concreto, las autoridades nacionales deben comprobar dos extremos.

Por una parte, en relación con la proporcionalidad de la medida el órgano remitente deberá tener en cuenta la duración de las prestaciones de servicios, la previsibilidad de

## I. Derecho Comunitario

las mismas, así como el hecho de que los empleados sean efectivamente desplazados al Estado miembro de acogida o sigan estando vinculados al centro de operaciones de su empresario en el Estado miembro de establecimiento de éste (apartado 38). En efecto, el Tribunal concluye afirmando que la aplicación de la norma que establece el salario mínimo podría resultar desproporcionada cuando, tal y como ocurre en el supuesto del litigio principal, se trate de trabajadores de una empresa establecida en una región fronteriza que deban realizar, a tiempo parcial y durante breves períodos, parte de su trabajo en el territorio de uno o varios Estados miembros distintos del Estado de establecimiento de la empresa (apartado 41).

Por otra parte, la cuestión de si la legislación de origen aporta el mismo nivel de protección no puede en este caso despacharse apresuradamente constatando que la regulación francesa establece un salario mínimo inferior al vigente en Bélgica. En opinión del Tribunal, debe comprobarse si los trabajadores afectados disfrutaban de una situación equivalente en su conjunto en lo que atañe a las retribuciones, la fiscalidad y las cargas sociales en el Estado miembro de acogida y en el Estado miembro de establecimiento (apartado 35). El órgano remitente deberá, pues, evaluar todos los elementos pertinentes, y, especialmente, los relativos a la cuantía de la retribución, la duración del trabajo a la que corresponde dicha cuantía, el importe de las cotizaciones a la seguridad social y, en fin, la incidencia de la fiscalidad (apartado 39).

### C) Libre circulación de trabajadores

#### a) Igualdad de trato

La única Sentencia que se ha dictado en este ámbito es la **STJCE de 10 de mayo de 2001, Comisión contra Francia, As. C-285/00**, que resuelve un recurso de incumplimiento, declarando que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 89/48 CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años, al no haber adaptado a Derecho interno la mencionada Directiva para el reconocimiento de los títulos que dan acceso a la profesión de psicólogo.

#### b) Prestaciones de Seguridad Social

Según jurisprudencia reiterada, una prestación podrá considerarse como prestación de Seguridad Social en la medida en que, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, se conceda a sus beneficiarios en función de una situación legalmente definida y en la medida en que la prestación se refiera a alguno de los riesgos expresamente enumerados en el artículo 4, apartado 1, del Reglamento 1408/1971 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (Sentencias de 27 de marzo de 1985, Hoeckx, As. 249/83, apartados 12 a 14; de 20 de

junio de 1991, Newton, As. C-356/89; de 16 de julio de 1992, Hughes, As. C-78/91, apartado 15). Pues bien, el Tribunal de Justicia ha establecido en la **Sentencia de 15 de marzo de 2001, Offermanns, As. C-85/99**, que una prestación como el anticipo sobre pensiones alimenticias debidas a los hijos por parte de uno de los progenitores constituye una “prestación familiar” en el sentido del art. 4.1 del citado Reglamento, pues el anticipo sobre la pensión alimenticia no está destinado únicamente a acelerar el procedimiento de ejecución de la obligación de manutención, sino también a aliviar la carga económica que soporta el progenitor a quien se ha encomendado la custodia de los hijos (apartado 45). Por tanto, las personas que residen en el territorio de un Estado miembro a las que les es aplicable lo dispuesto en dicho Reglamento pueden acogerse a tal prestación prevista por la legislación del Estado miembro de residencia, en las mismas condiciones que sus nacionales.

Del mismo modo, el Reglamento 1408/71 se opone a que el derecho a percibir la “asignación de asistencia prevista” por la Bundespflegegeldgesetz (Ley federal austríaca de asignaciones de asistencia) se supedite al requisito de que la persona necesitada de asistencia tenga su residencia habitual en Austria (**STJCE de 8 de marzo de 2001, Jauch, As. C-215/99**). El Tribunal llega a la conclusión de que esta asignación de asistencia prevista constituye una “prestación de enfermedad” en metálico en el sentido del artículo 4.1 del Reglamento.

En relación con los problemas de conflicto de leyes, la **STJCE de 15 de marzo de 2001, Laat, As. C-444/98**, se ha ocupado de la interpretación del artículo 71, apartado 1, letra a) del Reglamento 1408/1971, que, en el caso de trabajadores fronterizos, establece como instituciones obligadas a abonar la prestación de desempleo a las del Estado donde ejerza la actividad el interesado o a las del Estado de residencia dependiendo, respectivamente, de que el trabajador se halle en paro parcial o total. Según ha establecido el Tribunal, los criterios que sirven para determinar si debe considerarse que un trabajador fronterizo por cuenta ajena se halla en paro parcial o en paro total, deben ser uniformes y comunitarios. Para llegar a esta conclusión, basta recordar que de las disposiciones del título II del Reglamento se desprende que la aplicación de una normativa nacional de seguridad social a una situación concreta se determina en función de los criterios establecidos por las normas de Derecho comunitario, de tal manera que si bien corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar los requisitos del derecho o la obligación de afiliarse a un régimen de Seguridad Social o a una u otra rama de dicho régimen, los Estados miembros no disponen, sin embargo, de la facultad de determinar en qué medida es aplicable su propia legislación o la de otro Estado miembro (STJCE de 23 de septiembre de 1982, Kuijpers, As. 276/81, apartado 14). En relación con la interpretación comunitaria de los conceptos de paro parcial y paro total, el Tribunal parte de que la institución del lugar de residencia tendría menos posibilidades que la de Estado miembro competente a la hora de ayudar al trabajador a encontrar un empleo complementario cuyas condiciones fueran compatibles con el trabajo ya desarrollado a tiempo parcial (apartado 35). Por ello, declara que si, en un Estado miembro distinto de aquel en cuyo territorio reside, el trabajador sigue empleado por la misma empresa, pero a

## I. Derecho Comunitario

tiempo parcial, aunque con la perspectiva de obtener un trabajo a tiempo completo, se halla en paro parcial y la institución competente de este Estado debe abonar las prestaciones. Por el contrario, si un trabajador fronterizo ya no tiene ningún vínculo con dicho Estado y se encuentra en paro total, las prestaciones deben ser abonadas por la institución del lugar de residencia y corren a su cargo.

Por su parte, la **STJCE de 20 de mayo de 2001, Rundgren, As. C-389/99**, ha interpretado la expresión “no se le deba ninguna pensión o renta”, que figura en el artículo 28 bis del Reglamento 1408/1971 en el sentido de que se aplica a una situación en la que no se abonan efectivamente al interesado ni una pensión basada en la residencia, ni una pensión basada en un trabajo retribuido y adeudada con arreglo a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio reside el interesado, sin que sea preciso comprobar también que el interesado no tiene, en ningún caso, derecho a obtenerlas. También ha recordado dicha Sentencia el principio general que se desprende del Reglamento 1408/1971, conforme al cual no puede reclamarse del titular de una pensión o renta, por el hecho de residir en el territorio de un Estado miembro, el pago de cotizaciones del seguro obligatorio para la cobertura de prestaciones que están a cargo de una institución de otro Estado miembro (STJCE de 21 de febrero de 1991, Noij, As. C-140/88, apartado 12), y ello, añade, independientemente de los Estados miembros involucrados hayan suscrito un acuerdo de renuncia recíproca al reembolso de prestaciones, pues ello sólo tiene como objeto precisar las consecuencias económicas para las instituciones afectadas y no tiene ninguna incidencia en la aplicación del artículo 33, apartado 2, del Reglamento 1408/1971, que se refiere a las cotizaciones que pueden exigirse a los titulares de pensiones y rentas.

### D) Libre circulación de capitales

#### a) Contenido

El TJCE ha establecido que constituyen restricciones a los movimientos de capitales, en el sentido del artículo 56 CE, las medidas impuestas por un Estado miembro que pueden disuadir a sus residentes de solicitar préstamos o realizar inversiones en otros Estados miembros (véanse, en este sentido, las Sentencias de 14 de noviembre de 1995, Svensson y Gustavsson, As. C-484/93, apartado 10; de 16 de marzo de 1999, Trummer y Mayer, As. C-222/97, apartado 26, y de 14 de octubre de 1999, Sandoz, C-439/97, apartado 19) o aquellas que supeditan una inversión extranjera directa a una autorización previa (Sentencia de 14 de diciembre de 1995, Sanz de Lera y otros, asuntos acumulados C-163/94, C-165/94 y C-250/94, apartados 24 y 25). En relación con este último supuesto, hay que tener en cuenta que las disposiciones que supeditan una inversión extranjera directa a una autorización previa no pierden su carácter restrictivo aun cuando se considere que la autorización se obtiene transcurrido un mes desde la recepción de la solicitud en el caso de que la autoridad competente no acuerde el aplazamiento de la operación de que se trate dentro del mismo plazo, o aunque el incumplimiento de la obligación de solicitar una autorización previa no lleve aparejada sanción alguna (STJCE de 14 de marzo de 2000, Église de scientologie, As. C-54/99, apartado 15).

Recientemente, el TJCE ha tenido que pronunciarse sobre la prohibición nacional de constitución de una hipoteca en moneda extranjera. En este sentido, la **STJCE de 16 de marzo de 1999, Trummer, As. C-222/97**, ha establecido que una hipoteca que está indisolublemente vinculada a un movimiento de capitales (en el supuesto, a la liquidación de una inversión inmobiliaria) está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 56 CE (apartado 24). Además, la prohibición de inscribir una hipoteca en la moneda de otro Estado miembro constituye una restricción a los movimientos de capitales, pues dicha normativa puede generar costes suplementarios para las partes contratantes al obligarlas, con el solo fin de la inscripción hipotecaria, a valorar el crédito en moneda nacional y, en su caso, a hacer constar dicho cambio (apartado 27). Ahora bien, como ha establecido la **STJCE de 11 de enero de 2001, Stefan, As. C-464/98**, el artículo 56 CE ni se aplica a los Estados miembros antes de la fecha de adhesión de los mismos a la Unión Europea (apartado 23), ni puede regularizar, a partir de la entrada en vigor en un Estado Miembro del Tratado CE, una inscripción hipotecaria que adolecía en el sistema jurídico nacional de nulidad absoluta –por haber sido constituida en moneda extranjera– y, por tanto, entrañaba la inexistencia de dicha inscripción (apartado 25).

## b) Excepciones

Como es sabido, el artículo 58 CE establece que lo dispuesto en el artículo 56 se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a: a) aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde éste invertido su capital: b) adoptar las medidas necesarias para impedir las infracciones a su Derecho y normativas nacionales, en particular en materia fiscal y de supervisión prudencial de entidades financieras, establecer procedimientos de declaración de movimientos de capitales a efectos de información administrativa o estadística o tomar medidas justificadas por razones de orden público o seguridad pública.

En relación a la interpretación de este precepto, podemos destacar una serie de decisiones jurisprudenciales. Así, la **STJCE de 26 de septiembre de 2000, Comisión c. Bélgica, As. C-478/98**, establece que para que una medida esté comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 58 debe respetar el principio de proporcionalidad, en el sentido de que debe ser idónea para garantizar la realización del objetivo que persigue y no debe ir más allá de lo necesario para alcanzarlo (apartado 41). En el mismo sentido, la sentencia Sanz de Lera y otros, antes citada, apartado 23, estableció que las medidas restrictivas de la libre circulación de capitales sólo pueden estar justificadas por razones de orden público y de seguridad pública si son necesarias para la protección de los intereses que pretenden garantizar y sólo si dichos objetivos no pueden alcanzarse con medidas menos restrictivas. Ahora bien, la sentencia *Église de scientologie*, citada, ha considerado que el artículo 58.1. b) CE debe interpretarse en el sentido de que no permite un régimen de autorización previa para las inversiones extranjeras directas que se limita a definir de manera general las inversiones a las que se aplica como aquellas que pueden afectar al orden público o a la seguridad

## I. Derecho Comunitario

dad pública, de forma que los interesados no puedan conocer las circunstancias específicas en las que sea necesaria una autorización previa, reputándose el régimen establecido como contrario al principio de seguridad jurídica.

También sostiene la citada STJCE de 26 de septiembre que una presunción general de evasión o de fraudes fiscales no puede justificar una medida fiscal que consista en la prohibición total de ejercer la libertad fundamental garantizada en el artículo 56 CE (apartado 45). Finalmente, para poder justificar una medida sobre la base de la necesidad de conservar la coherencia fiscal es preciso que exista vínculo directo entre la ventaja fiscal y la desventaja correlativa que sea preciso mantener para garantizar la coherencia fiscal (apartado 34).

Por otro lado, la STJCE de 14 de octubre de 1999, *Sandoz, As. C-439/97*, ha considerado que el artículo 56 CE en relación con el artículo 58 se opone a una disposición austriaca que establece que en el supuesto de préstamo concedido por un prestamista que no tiene en el territorio nacional ni su domicilio ni su residencia habitual ni su centro de dirección ni su sede y no se ha formalizado ningún documento en la manera adecuada para generar la obligación de pagar el impuesto sobre actos jurídicos documentados, se considerarán como documentos los libros y documentos contables en los que se haya anotado el préstamo y que deba llevar el prestatario conforme a las disposiciones nacionales tributarias. Tal restricción, que priva a los residentes de un Estado miembro de la posibilidad de beneficiarse de la inexistencia de tributación que puede corresponder a los préstamos concertados fuera del territorio nacional, constituye una restricción a los movimientos (apartado 19) Esta norma no está justificada por constituir una medida de las contempladas en el art. 58.1, letra b). Así, respecto a la argumentación de que la disposición tiene por objeto asegurar la igualdad de los residentes del Estado miembro ante el impuesto, con independencia de la nacionalidad de los prestatarios y del lugar en que se contrate el préstamo, el Tribunal argumenta que en la medida en que la disposición implica una discriminación ente los residentes del Estado miembro según hayan concertado un préstamo sin formalizarlo en este o en otro Estado miembro, siendo contraria al objetivo perseguido, que es el de garantizar la igualdad de las personas físicas y jurídicas residentes en Austria ante el impuesto con independencia del lugar de contratación del préstamo (apartado 34). Por otro lado, estima el Tribunal que la disposición controvertida no es adecuada para impedir los fraudes cometidos por prestatarios residentes en Austria (apartado 35).

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

LUIS F. MAESO SECO

FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ

JUANI MORCILLO MORENO

JESÚS PUNZÓN MORALEDA

LUIS ARROYO JIMÉNEZ

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES



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

a) Objeto: se determina en la demanda y no puede ser ampliado en el escrito de alegaciones (art. 52 LOTC); los principios constitucionales quedan extramuros (art. 41.1 LOTC); los requisitos ex art. 49.1 LOTC son subsanables; si no es manifiesta la falta de imputación de la lesión al órgano judicial [art. 44.1.b)], no es un motivo de inadmisibilidad sino de desestimación. b) Extemporaneidad (art. 44.2 LOTC): el *dies a quo* para el cómputo del plazo no es el de la publicación de las sentencias en los diarios oficiales sino el del conocimiento fehaciente de la resolución. c) Recursos ordinarios legalmente exigibles para agotar la vía judicial previa [art. 44.1.c) LOTC]: no alarga indebidamente la vía previa esperar a un auto de rectificación de errores materiales ex art. 267 LOPJ; no es posible revisar en amparo las razones por las que el órgano judicial inadmitió el recurso para determinar su improcedencia basta con que fuera en abstracto procedente.

B) Controversias competenciales en virtud de recursos y conflictos. a) Objeto del conflicto: sustancial coincidencia entre el escrito de requerimiento (art. 63.3 LOTC) y la demanda; las modificaciones sobrevenidas de las disposiciones impugnadas. b) Pretensión: la errónea invocación de un título competencial no desvirtúa el verdadero alcance de la pretensión (art. 33.1 LOTC). C) Controversias competenciales. a) Pesca y ordenación del sector pesquero (art. 149.1.19 CE). Marisqueo (art. 148.1.11), extensión de las competencias autonómicas hasta la zona económica exclusiva. b) Ganadería y ordenación general de la economía: limitaciones comunitarias a la producción láctea de los Estados, inaplicación del título estatal sobre ordenación de la economía a subvenciones europeas ya territorializadas, la garantía del cumplimiento del Derecho comunitario no es título atributivo de competencias. El Derecho comunitario no es canon de constitucionalidad, aunque forma parte del contexto en el que se deben resolver los conflictos competenciales. c) Límites estatales a los incrementos retributivos de los funcionarios autonómicos. La aplicación de las limitaciones presupuestarias a los incrementos retributivos no supone vulneración del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios autonómicos.

## 1. INTRODUCCIÓN

Se analizan las sentencias aprobadas en el primer trimestre del año 2001. Son las comprendidas entre las STC 1/2001, de 15 de enero, a la STC 85/2001, de 26 de marzo (aún no publicada en el BOE), correspondientes, en su mayoría, a los suplementos del BOE con números 41, 52, 65, 77 y 83 y de fechas, respectivamente, 16 de febrero, 1 de marzo, 16 de marzo, 30 de marzo y 6 de abril.

En este período no se han producido sentencias especialmente relevantes, fundamentalmente se ha reiterado jurisprudencia. Merece la pena destacar la **STC 62/2001, de 1 de marzo**, puesto que recoge la constitucionalidad y el carácter vinculante de los límites al crecimiento de las retribuciones de los funcionarios autonómicos como consecuencia de la fijación de límites a la negociación colectiva en la ley de presupuestos generales del Estado. Igualmente, conviene destacar, en materia competencial, la **STC 9/2001, de 18 de enero**, en tanto permite la extensión territorial de las competencias autonómicas en materia de marisqueo más allá del mar territorial.

## 2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

### A) Recurso de amparo constitucional

a) **Objeto: se determina en la demanda y no puede ser ampliado en el escrito de alegaciones (artículo 52 LOTC); los principios constitucionales quedan extramuros (artículo 41.1 LOTC); los requisitos ex art. 49.1 LOTC son subsanables; si no es manifiesta la falta de imputación de la lesión al órgano judicial [artículo 44.1. b)], no es un motivo de inadmisibilidad sino de desestimación**

Algunas resoluciones precisan el objeto de la demanda y su confección. La **STC 1/2001, de 15 de enero**, reafirma (FJ 2º) que los principios constitucionales contenidos en el art. 9.3 CE, la seguridad jurídica y la retroactividad entre ellos, quedan extramuros del amparo de derechos fundamentales de acuerdo con lo prescrito en los artículos 53.2 CE y 41.1 LOTC. En parecido sentido se dirige la **STC 78/2001, de 26 de marzo**.

Las **SSTC 6 y 7/2001, de 15 de enero**, insisten que debe existir una conformidad estricta entre la demanda de amparo y las ulteriores alegaciones de la demanda; el objeto –los derechos invocados– procesal se determina en la demanda y no puede ser ampliado en el escrito de alegaciones. La **STC 27 /2001, de 29 de enero**, flexibiliza el art. 49.1 LOTC que obliga al demandante a fijar con claridad y precisión su pretensión, el acto del poder que considera lesivo y cuáles son las vulneraciones constitucionales que estima se han producido. Se trata de unos requisitos subsanables (art. 85.2 LOTC) lo cual permite bien

## II. Justicia Constitucional

requerir al recurrente su subsanación cuando sea preciso o que directamente el Tribunal enderece los defectos advertidos con la lectura del conjunto de la demanda.

En la **STC 35/2001, de 12 de febrero**, se matiza que, cuando se discute si la lesión del derecho fundamental se debe a la pasividad del órgano judicial o a la negligencia de la parte, el requisito procesal de imputar en la demanda la lesión al órgano judicial [art. 44.1.b)] no puede ser una causa de inadmisibilidad del recurso, si su ausencia no es “manifiesta e indubitada” (FJ 2º).

**b) Extemporaneidad (artículo 44.2 LOTC): el dies a quo para el cómputo del plazo no es el de la publicación de las sentencias en los diarios oficiales sino el del conocimiento fehaciente de la resolución**

La **STC 36/2001, de 12 de febrero**, recuerda que la publicación de una Sentencia contencioso-administrativa en un boletín oficial de una Comunidad Autónoma no puede considerarse que sea relevante como *dies a quo* del cómputo del plazo de ejercicio de la acción de amparo (art. 44.2 LOTC), pues su lectura es una carga excesiva para los justiciables, debe contarse desde el momento en que tuvieron “conocimiento suficiente y fehaciente, procesal o extraprocesalmente, de la existencia de la resolución” (FJ 2º).

**c) Recursos ordinarios legalmente exigibles para agotar la vía judicial previa [artículo 44.1.c) LOTC]: no alarga indebidamente la vía previa esperar a un auto de rectificación de errores materiales ex artículo 267 LOPJ; no es posible revisar en amparo las razones por las que el órgano judicial inadmitió el recurso para determinar su improcedencia basta con que fuera en abstracto procedente**

Son varias las resoluciones que se ocupan de este tema habitualmente muy conflictivo, dada la ausencia de criterios claros al respecto, lo que ha generado una jurisprudencia muy casuística.

La **STC 58/2001, de 26 de febrero**, razona que no hace extemporáneo el amparo la impugnación de un Auto de rectificación de oficio (art. 267 LOPJ) de una Sentencia, por supuesto error material y que en realidad dio nueva redacción a la totalidad de los fundamentos jurídicos, y aunque pudiera considerarse nulo de pleno derecho. No hay un alargamiento indebido y artificioso de la vía previa.

En la **STC 71/2001, de 26 de marzo**, se discutía el agotamiento de los recursos utilizables dentro de la vía judicial [art. 44.1.c) LOTC] como consecuencia de la formulación indebida del recurso de queja frente al Auto que declaraba no haber lugar a tener por preparado el recurso de casación contra una Sentencia de la Audiencia Nacional. El Tribunal Constitucional rechazó la excepción opuesta por la demandada pues, no cuestionándose en abstracto que el recurso de queja fuera remedio idóneo a intentar por los demandantes de amparo, no es misión del Tribunal especular sobre el acierto o idoneidad de los concretos argumentos esgrimidos en dicho recurso para intentar rebatir la decisión del Tribunal *a quo*.

**B) Controversias competenciales en virtud de recursos y conflictos****a) Objeto del conflicto: sustancial coincidencia entre el escrito de requerimiento (artículo 63.3 LOTC) y la demanda; las modificaciones sobrevenidas de las disposiciones impugnadas**

En la STC 42/2001, de 15 de febrero, vuelven a suscitarse dos problemas habituales en los conflictos positivos: la necesidad de una sustancial concordancia entre el escrito de requerimiento de incompetencia y la posterior demanda (FJ 4º); y la incidencia en el proceso de las modificaciones sobrevenidas de las disposiciones impugnadas (FFJJ 5º y 6º). Se reitera que debe excluirse todo automatismo para asegurarse de que pervive realmente la controversia competencial, pero se admite que se ha producido una pérdida parcial del objeto.

**b) Pretensión: la errónea invocación de un título competencial no desvirtúa el verdadero alcance de la pretensión (artículo 33.1 LOTC)**

La STC 62/2001, de 1 de marzo, analiza la Ley aragonesa de Presupuestos para 1993 desde su adecuación al tope máximo de la masa retributiva de los funcionarios públicos fijada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado. El Abogado del Estado invocó únicamente el art. 149.1.18ª CE, bases del régimen de los funcionarios públicos, y no el art. 149.1.13ª CE, ordenación general de la Economía, como debiera haber hecho. Pero el Tribunal Constitucional, con buen criterio, entendió (FJ 2º) que la errónea invocación no podía alterar la verdadera pretensión que se deducía en el proceso.

**C) Controversias competenciales.****a) Pesca y ordenación del sector pesquero (artículo 149.1.19ª CE). Marisqueo (artículo 148.1.11ª), extensión de las competencias autonómicas hasta la zona económica exclusiva**

En la STC 9/2001, de 18 de enero (BOE de 16 de febrero), se resuelve un Recurso de Inconstitucionalidad frente a la ley gallega de pesca. Pese a reiterar jurisprudencia ya sentada, el TC introduce algunas novedades dignas de ser resaltadas.

El TC, en primer lugar, recuerda una jurisprudencia ya muy asentada respecto a la extensión de las materias *pesca marítima* y *ordenación del sector pesquero* y sus consecuencias sobre la distribución de funciones respecto a la elaboración de planes de pesca o la adopción de medidas respecto a la conservación y mejora de los recursos pesqueros.

Sin embargo, desde el punto de vista competencial, tiene interés el enjuiciamiento de los preceptos relativos al marisqueo (art. 148.1.11ª CE). El problema es que la ley gallega diferencia entre el marisqueo a pie y a flote. El segundo, según el Abogado del Estado,

## II. Justicia Constitucional

debe incardinarse en pesca marítima pues no puede extenderse más allá de las aguas interiores. Para la CA la actividad de extracción de marisco no puede limitarse a las citadas aguas interiores. La clave, por tanto, se encuentra en la delimitación de las materias pesca marítima y marisqueo. Para realizar tal delimitación el Tribunal acude al ordenamiento vigente. Según la Ley 59/1969, de ordenación marisquera y las normas dictadas en su desarrollo, pueden deducirse las siguientes notas: a) marisqueo es la actividad extractiva o de explotación que se realiza en bancos naturales, en instalaciones situadas en el dominio público marítimo-terrestre, en el mar territorial y en el adyacente (esto es, alta mar); b) requiere el empleo de artes o instrumentos específicos y selectivos previéndose la posibilidad de uso de nuevas técnicas (FJ 9º).

Tomando como referencia tales notas y teniendo en cuenta que en el caso del marisqueo no se prevé la restricción de su objeto a las aguas interiores en el EAG ni en el art. 148.1.1ª CE, el TC concluye que el marisqueo no contiene referencia necesaria a que se desarrolle en las aguas interiores. Subsiste sin embargo, una tacha de inconstitucionalidad. La imposibilidad de disociar pesca marítima y marisqueo en aguas exteriores pues los bancos de mariscos y los de las restantes especies piscícolas conviven en los mismos espacios físicos. A juicio del Tribunal, el criterio que debe inspirar la delimitación competencial es el de las artes o técnicas que les resulten propias a cada una de las actividades extractivas (pescado o marisco). Las artes de pesca marítima permiten la extracción de diversas especies (incluido el marisco) mientras que las artes de marisqueo han de ser específicas para la captura del marisco y, además, han de ser de carácter selectivo. Así, el canon de constitucionalidad estará constituido por el objeto de la actividad extractiva (el marisco) y por las artes de pesca utilizadas (específicas y selectivas respecto al marisco). Canon que sirve para justificar la constitucionalidad de algunas de las previsiones contenidas al respecto en la ley gallega impugnada (FJ 11º). Es en este punto donde se manifiesta la disidencia del presidente del Tribunal (Voto Particular, D. Pedro Cruz Villalón) porque considera que la captura de marisco en la zona económica no es marisqueo y sí pesca marítima en el sentido del art. 149.1.19ª CE. En concreto argumenta que se ha abandonado el criterio espacial vigente, hasta ahora, respecto a las competencias autonómicas y estatales en materia de pesca y que ha sido sustituido por el del tipo de capturas y por las artes de pesca utilizadas. En fin, considera difícilmente admisible que la fijación del alcance de la competencia autonómica sobre una determinada actividad económica (por lo demás discutible) pueda tener una consecuencia tan relevante como el establecimiento de una propia porción autonómica dentro de la zona económica exclusiva (aunque sea con un alcance tan limitado como el de la conservación y explotación de un recurso como el marisco).

Se trata por tanto de una decisión relevante por la importancia material desde el punto de vista económico del sector marisquero en Galicia y porque extiende, aunque sea limitadamente, el ámbito territorial de eficacia de las normas autonómicas hasta la llamada zona económica exclusiva lo que constituye una novedad interesante en la jurisprudencia constitucional sobre las competencias autonómicas.

**b) Ganadería y ordenación general de la economía: limitaciones comunitarias a la producción láctea de los Estados, inaplicación del título estatal sobre ordenación de la economía a subvenciones europeas ya territorializadas, la garantía del cumplimiento del Derecho comunitario no es título atributivo de competencias. El Derecho comunitario no es canon de constitucionalidad, aunque forma parte del contexto en el que se deben resolver los conflictos competenciales**

En la STC 45/2001, de 15 de febrero (BOE de 16 de marzo), se plantea nuevamente un conflicto competencial con motivo de las normas estatales en desarrollo de políticas comunitarias. Como es habitual en estos casos, la presencia de tres ordenamientos jurídicos diferentes que han de integrarse en un todo armónico provoca una gran complejidad técnica en la decisión del Tribunal.

El TC comienza describiendo el actual panorama normativo (europeo y nacional) en materia de subvenciones a la producción de productos lácteos que descansa en la asignación al Estado de una cantidad global de producción que éste distribuye territorialmente entre las CCAA asignando un tope máximo a cada una de ellas. En caso de que se sobrepase esa cantidad se establece un régimen de tasas suplementarias por dicho exceso de producción. Las Comunidades Autónomas recurrentes impugnan la atribución al poder central de la competencia para adoptar la resolución final relativa a la asignación (y asignación complementaria) de cantidades de referencia a los productores, así como la distribución de cantidades adicionales procedentes de la reserva nacional.

Este caso permite al TC recordar la jurisprudencia dictada con motivo de la ejecución y desarrollo del derecho europeo (FJ 7º). Así, recuerda que el derecho comunitario no constituye *per se* un canon o parámetro de constitucionalidad. Ello no significa que no pueda tomarse en cuenta el derecho comunitario bien para concluir que la controversia es una cuestión que *cae dentro de la esfera del Derecho comunitario y no del reparto interno de competencias* (STC 236/1991) o bien para aplicar correctamente el esquema interno de distribución de competencias (STC 128/1999) mediante una más precisa determinación del título competencial en disputa, que ha de realizarse atendiendo al carácter de las normas objeto de la controversia competencial (STC 13/1998).

Por último, el TC ha distinguido claramente entre ejecución, en sí misma, y la garantía de la ejecución de las obligaciones iuscomunitarias. Así, la ejecución corresponde al ente materialmente competente, sin perjuicio de que el Estado haya de ostentar los instrumentos necesarios para garantizar los compromisos comunitarios. Tal función de garantía puede obligar a articular las competencias de forma que sea posible el desempeño de las respectivas funciones. Pero ello no quiere decir que el artículo 93 CE configure, por sí solo, un título competencial autónomo del Estado que pueda desplazar la competencia autonómica (STC 80/1993). En consecuencia, el art. 93 no legitima que el Estado sea el encargado de adoptar la decisión final en el expediente de asignación a los solicitantes de las cantidades de referencia y cantidades nacionales procedentes de la reserva

## II. Justicia Constitucional

nacional. En suma, la responsabilidad de que, con ocasión de estas operaciones, no se sobrepase el montante global garantizado a España, a fin de no incurrir en la consiguiente responsabilidad, no habilita al Gobierno central a ejercitar una competencia de ejecución que ha de corresponder a quien, por razón de la materia, le haya sido atribuida.

Tampoco acepta el TC la alegación del art. 149.1.13ª CE. Puede, sostiene, que en un primer momento fuera necesario, para la planificación de un determinado sector, que el Estado retuviera la potestad de asignar a cada productor la cantidad de referencia asignada. Pero, desarrollada la ordenación del mismo, resulta aplicable a esta actividad ejecutiva la misma necesidad de territorialización ya destacada en otras sentencias (SSTC 13/1992, 167/1996, y otras) respecto a la materia de subvenciones.

La territorialización de las cantidades y la existencia de un procedimiento reglado para realizar la asignación de las mismas deja sin sentido el desplazamiento de la competencia de ganadería de las CCAA a favor de las competencias de ordenación de la economía del Estado (FJ 8º).

Supuesto diferente es el de los expedientes de asignación de cantidades procedentes de la reserva nacional porque garantiza el ajuste de la suma global de las cantidades a la suma asignada al reino de España y, por otra parte, permite atender reclamaciones y realizar la adecuada reordenación del sector conforme a criterios generales de política económica. Puede, por tanto, ser competencia del Estado (FJ 9º).

### **c) Límites estatales a los incrementos retributivos de los funcionarios autonómicos. La aplicación de las limitaciones presupuestarias a los incrementos retributivos no supone vulneración del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios autonómicos**

En la **Sentencia 62/2001, de 1 de marzo** (BOE de 30 de marzo), se resuelve un Recurso de inconstitucionalidad contra la ley de presupuestos de Aragón que había fijado un aumento retributivo mayor que el fijado por el Gobierno de la Nación y considerado, por la representación del Estado, como de carácter básico. La representación autonómica defendía su constitucionalidad puesto que no tendría carácter básico tal precepto (la norma básica se encontraría en la ley de la función pública) y porque sería inconstitucional por contraria al derecho a la negociación colectiva y a los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales.

Respecto a la cuestión de infracción de los arts. 37.1 y 9.3 CE, el TC defiende la ausencia de contradicción entre el art. 20.3 de la ley de presupuestos del Estado y el 37.1 CE porque expresamente prevé una negociación, limitándose a establecer los límites en los que tal negociación ha de moverse. Tampoco hay violación del art. 9.3 CE porque los convenios colectivos, como ha señalado reiteradamente el TC, han de respetar los contenidos de las leyes. Por tanto los incrementos retributivos pactados en la negociación colectiva autonómica han de considerarse inaplicables y desplazados en su eficacia jurídica al no haberse adecuado a los topes máximos fijados en la ley de presupuestos del Estado (FJ 3º).

Respecto a la constitucionalidad de tales topes retributivos el TC recuerda que esta cuestión ya ha sido decidida por el TC en diversas sentencias. En las mismas ya se afirmaba que tales topes encontraban su justificación en el art. 149.1.13<sup>a</sup> en conexión con el principio de coordinación formulado en el art. 156.1 como límite a la autonomía financiera de las CCAA. Y en los preceptos que los desarrollan de la LOFCA.

JAVIER GARCÍA ROCA

ISABEL PERELLÓ

PABLO SANTOLAYA

RAÚL CANOSA

ALFREDO ALLUÉ

RAFAEL BUSTOS

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

**Humanos.** A) Introducción. B) Desaparición de familiares con vulneración de los artículos 2 y 3. C) Condiciones en las que el retorno a su país de un extranjero enfermo puede ser contrario a la prohibición de tratos inhumanos y degradantes (no vulneración del artículo 3). D) Denegación de asilo contraria al artículo 3. E) Condena a responsables de la RDA y principio de tipicidad (art. 7). F) Vida familiar y minorías. Límites de las obligaciones estatales (artículo 8). G) Expulsión de marroquí residente en Francia por condena menor relacionada con el consumo de drogas y vida familiar (vulneración art. 8). H) Condena a periodista y editor de un diario por las expresiones vertidas en una entrevista (inexistencia de vulneración art. 10). I) Expresiones vertidas por un miembro de un Consejo Municipal en una sesión de ese Consejo y en el curso de un debate (vulneración art.10). J) Expresiones vertidas en un programa radiofónico sobre abuso de fondos públicos (vulneración art. 10).

**3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** A) Introducción. B) Tutela judicial efectiva. a) Vulneración de la tutela judicial al inadmitir recurso contencioso por no haber solicitado los recurrentes la certificación de acto presunto. b) Tutela judicial y su conexión con derecho a la prueba. c) Legitimación de los Sindicatos y acción contencioso-administrativa. d) Acerca de la supuesta conculcación de una amplia panoplia de derechos reconocidos en el art. 24 CE por Sentencias de la Sala de lo Penal del TS (Caso Segundo Marey). C) Igualdad. a) Discriminación racial en identificación policial (arts. 14 y 17 CE). b) Discriminación por razón de embarazo y cese de funcionaria interina por tal razón. D) Libertad religiosa. Alcance de la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas (art. 16.1 CE). E) Prolongación ilegítima de la prisión provisional (art. 17.4 CE). F) La dimensión patrimonial de la propia imagen no está protegida por la Constitución (art. 18.1 CE). G) Modulación del “derecho al insulto” [art. 20.1.a) CE]. H) Denuncias de malos tratos en un centro penitenciario a través de una

rueda de prensa [art. 20.1.a) y d) CE ]. I) Libertad sindical (art. 28.1 CE). a) Indemnidad de las retribuciones de los “liberados” sindicales. b) Despido para evitar presentación de candidaturas de un sindicato. c) Respeto a la legalidad en la presentación de candidaturas en elecciones sindicales. d) Derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos (art. 37.1 CE). **4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.** A) Derecho a participar en asuntos públicos. B) Libertad sindical, libertad de expresión y a comunicar información. C) Extranjeros. D) Honor y libertad de expresión. E) Derecho a la intimidad.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta crónica se examina la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada en el primer trimestre de 2001, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional correspondiente a los meses de enero a marzo y la del Tribunal Supremo, Salas Primera y Tercera, dictada en el último trimestre de 2000.

## 2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

### A) Introducción

Durante el primer trimestre del año 2001, el TEDH ha dictado un total de 241 Sentencias de las que en 31 casos se aplica el mecanismo de cancelación previsto en el artículo 37 del Convenio, en 12 se aprecia la existencia de excepciones preliminares, hay una satisfacción extraprocesal y 1 declaración de incompetencia, por lo que se han producido un total de 196 sentencias de fondo.

Pero de ellas, una vez más 130 son condenas por dilaciones indebidas, 118 a Italia, 3 a Portugal y Francia, 2 a Austria y 1 a Hungría, Turquía, Polonia y Grecia. Además hay tres supuestos de condenas por la excesiva duración de la prisión provisional, con vulneración del artículo 5.3, tres de ellas contra Francia y una frente a Polonia.

Además hay un grupo de 24 sentencias iguales que versan sobre la vulneración del derecho de propiedad por parte de Turquía en un proceso expropiatorio Aktas y otros contra Turquía ..., todas ellas de fecha 30 de enero de 2001. De las restantes se han considerado de especial interés las siguientes:

### B) Desaparición de familiares con vulneración de los artículos 2 y 3

Caso *Çiçek contra Turquía* de 27 de febrero de 2001. Ciudadana Turca que alega que la desaparición de sus hijos y nieta tras su detención en el contexto de la lucha contra los Kurdos implica vulneración de la Convención. La Corte siguiendo la doctrina sentada

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

entre otros en los casos *Timurtas c. Turquía* de 13 de junio de 2000, y *Kurt c. Turquía* de 25 de mayo de 1998, considera que ante la ausencia de explicación convincente de la desaparición tras su detención durante un período de más de seis años deben considerarse muertos, por lo que existe vulneración del art. 2 así como del 5 por la falta de investigación adecuada de los hechos. Otro aspecto interesante es que considera que esa desaparición implica tratos inhumanos para la propia recurrente, siguiendo también doctrina sentada con anterioridad.

#### **C) Condiciones en las que el retorno a su país de un extranjero enfermo puede ser contrario a la prohibición de tratos inhumanos y degradantes (no vulneración del artículo 3)**

**Bensaid contra el Reino Unido de 6 febrero 2001.** Se trata de un supuesto en el que un residente argelino en el Reino Unido alega que su expulsión a Argelia implica riesgo de sufrir tratos inhumanos y degradantes porque en ese país no puede seguir el tratamiento adecuado para su enfermedad mental (esquizofrenia).

La Corte señala que si bien es cierto que el artículo 3 ha sido aplicado más frecuentemente en un contexto en el que el riesgo proviene de actos intencionales de las autoridades públicas o de persecución por terceros, sin embargo, dada la importancia de este precepto debe de admitirse su aplicación cuando el riesgo proviene de factores que no pueden ser atribuidos directa o indirectamente a la responsabilidad de las autoridades públicas, citando al respecto la doctrina fijada en *D. contra el Reino Unido* de 2 de mayo 1997. A continuación afirma que el recurrente está sometido a una medicación que no podrá seguir recibiendo con carácter gratuito en Argelia, y que el hospital más cercano se encuentra a 75 Km de su residencia familiar, señala también el stress inherente a la vuelta a esa parte de Argelia donde existe terrorismo activo, lo que puede contribuir a deteriorar aun más la salud mental del recurrente (...) y considera que el sufrimiento asociado con su recaída puede en principio caer en el campo de aplicación del artículo 3 (...) a pesar de ello considera que la recaída puede también producirse en Gran Bretaña y que la argumentación sobre el aumento de ese riesgo en Argelia y de que si eso sucede va a carecer de tratamiento adecuado es altamente especulativa (...) por lo que no se puede afirmar que se derive para el recurrente un “riesgo real” de ser sometido a tratos contrarios al artículo 3 como consecuencia de su deportación.

#### **D) Denegación de asilo contraria al artículo 3**

**Caso Hilal contra el Reino Unido de 6 de marzo de 2001.** Se trata de un solicitante de asilo al que se le deniega su petición y considera que su devolución a Tanzania implica riesgo de sufrir tratos inhumanos y degradantes contrarios al artículo 3 del Convenio (...)

La Corte comienza por reafirmar su doctrina de que a pesar de que los Estados tienen derecho a controlar la entrada y residencia y a expulsar a los extranjeros (...) sin embargo, en esa expulsión no puede producirse si existe riesgo de vulneración del artículo 3 (*Ahmed v. Austria* de 17 de diciembre de 1996, y *Chahal contra el Reino Unido* de 15 de noviembre de 1996).

Analiza a continuación si existe ese “riesgo real”, si el recurrente es deportado a Tanzania (...) señala su condición de militante de un partido de la oposición, su detención y tortura en Tanzania antes de su partida, la detención y muerte de su hermano, y la existencia de una acusación de las autoridades tanzanas. Analiza a continuación la veracidad de esas alegaciones y no encuentra motivos para considerarlas falsas y si existe riesgo de malos tratos si vuelve a su país, concluyendo que sí lo hay (...). Valora a continuación la posibilidad de aplicar una “internal flight option”, dado que la situación en Tanzania es mucho más segura que en Zanzíbar (...) y concluye que no se puede hacer, dados los informes sobre las violaciones de derechos fundamentales en la propia Tanzania y la posibilidad de que sea reenviado a Zanzíbar. Concluye en consecuencia que existe vulneración del artículo 3 de la Convención.

Por último se centra en la supuesta vulneración del artículo 13 en la medida en que la autoridad judicial se ha limitado a aplicar el *standard wednesbury* de la decisión de expulsión, es decir, la razonabilidad de su decisión, y si su rechazo era tan irracional que ningún Secretario de Estado razonable la podía adoptar” y considera que este tipo de control es suficiente desde el punto de vista de las exigencias derivadas de la Convención.

### **E) Condena a responsables de la RDA y principio de tipicidad (artículo 7)**

**Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania** (K-H.W contra Alemania, de la misma fecha) de 22 de marzo de 2001. El recurso está planteado por ex altos cargos de la República Democrática Alemana condenados en 1993 como corresponsables de varias muertes de personas que intentaban cruzar el muro de Berlín, utilizando para ello el Código Penal existente en la RDA en el momento de los hechos y estimando que no es de aplicación la ley de fronteras entonces vigente que amparaba la muerte de fugitivos. Los recurrentes alegan que sus acciones no constituían delitos en el momento de su comisión por lo que su condena vulnera el artículo 7 de la Convención.

El Tribunal considera que han sido condenados por su responsabilidad en la muerte de numerosas personas que habían intentado atravesar la frontera entre los dos Estados(...) pero que ese intento aunque proscrito en el derecho de la RDA no puede ser calificado de criminal, ni entraba en la categoría de infracciones calificadas de graves por las circunstancias en que se produce (acciones aisladas, por parte de personas muy jóvenes, no armadas, impulsadas por la imposibilidad de abandonar la RDA por medios legales)(...) que permitan la inaplicación del Código Penal a favor de la ley de fronteras, por lo que estima que la interpretación realizada no vulnera el art. 7.1.

### **F) Vida familiar y minorías. Límites de las obligaciones estatales (artículo 8)**

Son distintos grupos de gitanos que no obtienen permiso para estacionar sus caravanas en un terreno que les pertenece, lo que consideran contrario al artículo 8 de la Convención, puesto que forma parte de su forma de vida tradicional y de su identidad vivir en una caravana que les permita viajar. La Corte considera que en efecto esto puede afectar a su

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

vida privada y familiar y a su domicilio y analiza si esa ingerencia es necesaria en una sociedad democrática (...) y considera que no está en condiciones de oponerse a las alegaciones de las autoridades nacionales según las cuales este uso tiene impacto negativo en la región desde el punto de vista urbanístico, ambiental (...) y que la pertenencia a una minoría cuya forma de vida tradicional difiere de la de la mayoría no les dispensa de respetar las leyes dictadas para proteger el bien común como el medio ambiente, aunque la vulnerabilidad de los gitanos de forma que constituyen una minoría implica prestar una atención especial a sus necesidades y modo de vida (...) de forma que el artículo 8 impone a los Estados la obligación positiva de permitir a los gitanos continuar con su forma de vida (...) La Corte no considera que del simple hecho de que el número de gitanos sea superior a los lugares de acampada disponibles suponga que la decisión de no autorizarles a hacerlo en otros terrenos implique vulneración del artículo 8 (...) no puede entenderse que ese precepto imponga una obligación positiva en materia social tan amplia (...) por otra parte la medida que obliga a una persona a abandonar su domicilio es preciso saber si se trata de un domicilio legal (...) por lo que en definitiva acuerda por diez votos contra siete que no ha existido vulneración del artículo 8 del Convenio.

#### **G) Expulsión de marroquí residente en Francia por condena menor relacionada con el consumo de drogas y vida familiar (vulneración del artículo 8)**

Caso **Ezzoudhi c. Francia**, de 13 de febrero de 2001. Se trata de un marroquí residente en Francia desde los 5 años con toda su familia en ese país (...) objeto de muchas condenas menores por delitos relacionados con el consumo de drogas que alega que su expulsión de Francia es contraria al art. 8 (...) La Corte considera que sus lazos familiares y sociales se encuentran en Francia (...) y que un elemento esencial para valorar la proporcionalidad de la medida es la gravedad de las sanciones (...) una condena a dos años de prisión por infracción de la legislación de estupefacientes ligadas al consumo de drogas no puede considerarse una amenaza grave al orden público (...) por lo que considera que ha existido violación del artículo 8.

#### **H) Condena a periodista y editor de un diario por las expresiones vertidas en una entrevista (inexistencia de vulneración del artículo 10)**

Caso **Tammer contra Estonia** de 6 de febrero de 2001. El recurrente es periodista y editor de un diario en Estonia condenado con una mínima sanción económica (el equivalente a diez días de salario mínimo en ese país) por los insultos incluidos en una entrevista a la mujer del ex primer ministro y ministro del interior estonio (...) contiene expresiones como “una persona que ha roto otro matrimonio, una madre que abandona a su hijo (...)” (...) atendiendo a la detallada ponderación de los derechos en conflicto efectuada por los tribunales (...) y a lo limitado de la sanción impuesta considera que no hay vulneración.

#### **I) Expresiones vertidas por un miembro de un Consejo Municipal en una sesión de ese Consejo y en el curso de un debate (vulneración del artículo 10)**

Caso **Jerusalem contra Austria** de 27 de febrero de 2001. El recurrente es miembro del Consejo municipal de Viena, en una sesión de ese Consejo y en el curso de un debate

sobre ayudas económicas a asociaciones habla de determinadas asociaciones como de sectas de tendencias fascistas y carácter totalitario (...) La Corte da una especial importancia a que se hayan realizado en un debate en el Ayuntamiento (...) un foro al menos comparable con el Parlamento en lo que concierne al interés público en la protección de la libertad de expresión (...) por lo que deben darse muy poderosas razones para justificar la injerencia en la libertad de expresión ejercida en esta sede (...) y estima que existe vulneración del artículo 10.

### **J) Expresiones vertidas en un programa radiofónico sobre abuso de fondos públicos (vulneración del artículo 10)**

Programa radiofónico crítico sobre el abuso de fondos públicos otorgados como consecuencia de unas tormentas. En él se cita un artículo de prensa en el que se había dicho que todos los funcionarios de la administración estatal de los bosques, a excepción de uno o dos eran corruptos. Querrela por difamación de la asociación de *forestiers*; obtienen un franco de indemnización a cada uno de los recurrentes y a las costas del proceso por no haberse distanciado formalmente del texto citado, de manera que se ha apropiado de la imputación contenida en él. La Corte recuerda su doctrina de que sancionar a un periodista por haber colaborado en la difusión de las declaraciones que provienen de un tercero dificultaría gravemente la contribución de la prensa para discutir problemas de interés público y no es concebible sin razones particularmente serias, lo que no sucede en este caso y que el hecho de exigir con carácter general que los periodistas se distancien sistemática y formalmente del contenido de una cita que podría insultar a terceros no se concilia con el papel de la prensa (...) por lo que considera, por unanimidad que ha habido vulneración del artículo 10.

## **3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

### **A) Introducción**

La jurisprudencia analiza las Sentencias publicadas entre los meses de enero a marzo del presente año 2001.

Entre los derechos sustantivos cabe resaltar dos importantes casos: el polémico supuesto de discriminación racial que tiene lugar con ocasión de una identificación policial, STC 13/2001, en la que la Sala Segunda deniega el amparo solicitado, si bien con un Voto discrepante, en el que el Magistrado discrepante, Sr. González Campos, considera que existió una discriminación por razón de raza y que debió otorgarse el amparo. Y la STC 46/2001, sobre libertad religiosa que tiene su origen en la denegación administrativa de la inscripción de la Iglesia Moon en el Registro de Entidades Religiosas, Sentencia en la que se formulan cuatro Votos Particulares.

#### B) Tutela judicial efectiva

##### a) Vulneración de la tutela judicial al inadmitir recurso contencioso por no haber solicitado los recurrentes la certificación de acto presunto

La STC 3/2001, de 15 de enero, Sala Primera, otorga recurso de amparo frente a la Sentencia de la Sala de lo C-A del TSJ de Madrid que inadmitió recurso por razón de la falta de un acto esencial para su tramitación como es la certificación de acto presunto, la cual no fue alegada por la administración demandada, poniéndose por primera vez de manifiesto en la propia Sentencia. Para el TC, se privó a los recurrentes de una resolución sobre el fondo del asunto, dando prevalencia a una construcción jurídica puramente formal. La exigencia del art. 24.1 CE impone, no la inadmisión, sino la concesión a los recurrentes de un trámite para subsanar la referida omisión, siendo el acto de inadmisión excesivamente formalista y claramente desproporcionado (FJ 7°).

##### b) Tutela judicial y su conexión con derecho a la prueba

##### a') La *ratio decidendi* de la Sentencia se basa en la falta de prueba que fue inadmitida en el pleito

La STC 19/2001, de 9 de enero de 2001, Sala Primera, otorga el amparo respecto de la Sentencia de la Sala de lo C-A del TSJ de Galicia. Mediante Auto, el órgano judicial acordó no haber lugar al recibimiento en el proceso de la prueba que debía versar sobre la afectación del vehículo a la empresa recurrente. Sin embargo, de la lectura de la resolución judicial se pone de manifiesto que la razón de la desestimación estriba en la falta de acreditación de la afectación exclusiva del vehículo a la actividad empresarial de la entidad mercantil recurrente. Para el TC (FJ 6°), la *ratio decidendi* de la Sentencia impugnada debe, por tanto, conducir inexorablemente a la concesión del amparo solicitado porque, fundándose en la desestimación de la pretensión deducida en el proceso contencioso-administrativo en la falta de acreditación de la afectación exclusiva del vehículo a la actividad empresarial de la entidad mercantil entonces demandante, debemos reiterar una vez más que el art. 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar”.

##### b') La irregularidad del órgano judicial en la práctica de la prueba no puede trasladarse sin más a la responsabilidad por la negligencia del recurrente

La STC 35/2001, de 12 de febrero, Sala Segunda, otorga el amparo contra la Sentencia de la Sala de lo C-A del TSJ de Cataluña. Para el TC, en su FJ 6°, cuando una prueba haya sido declarada pertinente por un Tribunal y se haya ordenado su práctica y, además depende por entero de la intervención de otro poder público (pruebas documentales acerca de la certificación de méritos y de existencia de determinadas especialidades en un centro sanitario público), es de su responsabilidad asegurarse de que se lleva a efecto. De no ser así, se incurre en indefensión y se vulnera la garantía de las partes a utili-

zar los medios de prueba pertinentes, no pudiéndose paliar esta responsabilidad, “a modo de remedo de compensación de culpas”, porque en la frustración de la prueba haya contribuido la actitud más o menos diligente de la parte interesada o del poder público concernido.

### c) Legitimación de los sindicatos y acción contencioso-administrativa

Tres son las Sentencias que traen a colación este problema, las tres estimatorias de amparo: Las SSTC 7/2001, de 15 de enero, Sala Segunda; 24/2001, de 29 de enero, Sala Segunda y 84/2001, de 26 de marzo, Sala Segunda; todas ellas, consecuencia de amparos promovidos frente a Sentencias en las que se concluyen procesos contencioso-administrativos. En todas ellas, queda patente la relevancia constitucional de los sindicatos para la protección y defensa jurisdiccional de los derechos y los intereses de los trabajadores. La legitimación para ser parte en un proceso concreto ha de localizarse en la noción de interés profesional o económico que, según reiterada jurisprudencia, ha de entenderse en todo caso a un interés en sentido propio, cualificado o específico. El rigorismo y la desproporción en la valoración por la jurisdicción ordinaria del referido interés vulnera el principio *pro actione*. En la última Sentencia, además hay una legitimación directa del propio sindicato cuya inadmisión afecta a la esfera de la libertad sindical, pues se prioriza a la Mesa de Negociación y no a los sindicatos en ella representados en la legitimación para impugnar judicialmente un acuerdo. De este modo, el derecho a la tutela judicial se impetra para la defensa de un derecho sustantivo fundamental como es el derecho a la libertad sindical.

### d) Acerca de la supuesta conculcación de una amplia panoplia de derechos reconocidos en el artículo 24 CE por Sentencias de la Sala de lo Penal del TS (Caso Segundo Marey)

Todas las Sentencias que vamos a analizar conjuntamente desestiman el amparo. En todas ellas, el Tribunal Constitucional resuelve reunido en Pleno. En la STC 63/2001, de 17 de marzo (cuyo recurrente es Ricardo García Damborenea) se plantea, entre otras, la vulneración del derecho a la defensa por la no discusión por la jurisdicción ordinaria de la prescripción del delito de detención ilegal. EL TC desestima esta queja (FJ 2º) al considerar que la prescripción de delitos fue alegada tempranamente en el proceso y sometida a contradicción, tanto antes de resolver sobre las cuestiones previas como, posteriormente, en el acto del juicio oral. Se reitera la doctrina acerca de que la prescripción es una cuestión de legalidad ordinaria y el órgano judicial ha dado una respuesta motivada y fundada a tal cuestión.

En tres Sentencias se plantean las cuestiones del derecho a un juez imparcial y el problema de los “juicios paralelos” (art. 24.2), así como el problema de la supresión de la doble instancia al acumularse los asuntos y existir personas encausadas aforadas y si esto afecta al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2). Las SSTC 64/2001, de 17 de marzo (Sancristóbal); 65/2001, de 17 de marzo (Hens y Corujo); 66/2001, de 17

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

de marzo (Planchuelo, Hierro y Saiz Oceja), cuentan con respectivos **Votos particulares** del Magistrado Vives Antón sobre el derecho al doble grado referido a la jurisdicción penal. Además, la **STC 69/2001, de 17 de marzo** (Rafael Vera) aborda, igualmente, en su FJ 14º el problema del “grado de contaminación de los Magistrados” derivado de la existencia de juicios paralelos. Sobre esta cuestión, las tres Sentencias referidas conjuntamente son tajantes al considerar que el debate social y periodístico no afectó al derecho a un proceso con todas las garantías, ya que, “sólo en la medida en que se acreditase que la opinión de alguno o alguno de los integrantes del Tribunal haya podido verse condicionada por hechos o circunstancias externas a la propia deliberación, o que la citada filtración iba encaminada a obtener una modificación interesada de lo previamente decidido, la garantía de imparcialidad, reconocida en el art. 24.2 CE, podría haberse visto afectada en su vertiente subjetiva (...) en el presente caso, a tenor de la información aparecida en los medios de comunicación (...) no implica que ni el fallo se hubiese visto modificado a partir de tal información, ni que se haya producido un “juicio paralelo” capaz de menoscabar la imparcialidad o la apariencia de imparcialidad de la Sala sentenciadora” (por todos, FJ 2º de la primera). Así pues, se observa la existencia de un canon excesivo de prueba para su apreciación al vincularlo a la prueba de la influencia directa en el fallo. En lo que respecta a la supresión de la doble instancia a los no aforados por no tener la condición de parlamentarios, el TC (por todas, FJ 5º de la primera) recuerda que en el examen de la pretensión de los recurrentes se ha de tener en cuenta que el fuero constitucionalizado en el art. 71.3 CE no es directamente aplicable a éstos, ya que carecen de la condición de Diputado o Senador, sino lo que es aplicable, para suprimir la doble instancia al concurrir delitos conexos sin que afecte a las garantías del proceso penal que se derivan del art. 24.2, es la ponderación específica de los intereses en juego y en atención a las exigencias de una buena administración de justicia en materia penal, criterio que se manifiesta sobre el conocimiento de todos los afectados por el proceso. Para el Magistrado Vives Antón se plantea una discrepancia al respecto contenida, como hemos dicho, en su Voto particular. Para el Magistrado discrepante el art. 71.3 de la CE ha de ser entendido como una excepción pero que sin embargo, de su literalidad no se infiere una incompatibilidad entre la garantía y el precepto constitucional que impone el aforamiento, ni implícita ni explícitamente, luego esta incompatibilidad no existe y, desde luego, no habilita la privación de un derecho fundamental, nada menos que los diputados y senadores y, consecuentemente a los enjuiciados en la misma por razones de conexidad.

En la **STC 67/2001, de 17 de marzo** (Michel Domínguez) se plantea un problema de incongruencia omisiva y tutela judicial (FFJJ 1º, 2º y 3º). El demandante estima vulnerado ese derecho al no haber valorado ni resuelto expresamente la Sala de lo Penal del TS en su Sentencia los motivos en los que fundó la solicitud de nulidad de actuaciones respecto de la instrucción llevada a cabo. El TC recuerda la STC 1/1999, de 25 de enero, donde se dice que no es incongruencia omisiva toda ausencia de respuesta a las cuestiones planteadas por las partes, sino que para apreciar la lesión constitucional ha de distinguirse entre meras alegaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas. Es posible además una respuesta tácita que se derive del conjunto del razonamiento y la comprobación de que la respuesta omitida fuera efectivamente llevada a juicio en su momento procesal oportuno. El vicio de incon-

gruencia se detecta cuando hay desajuste entre el fallo judicial y los términos en los cuales las partes formulan sus alegaciones, no habiendo duda, para el TC, que las alegaciones consideradas omitidas por el TS sí han sido examinadas y se ha pronunciado sobre ellas, aunque en parte lo sea por remisión a las hechas por otro imputado, coincidentes en dicho punto con las del recurrente.

Mayor calado suscitan las pretensiones realizadas por el recurrente José Barrionuevo en la **STC 68/2000, de 17 de marzo**, donde el demandante ataca a la línea de flotación de la instrucción llevada a cabo por el Juzgado núm. 5 (Juez Baltasar Garzón). En primer lugar, se considera que se produce una vulneración a la tutela judicial en relación al derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley por retención de la causa y no remisión por el instructor al TS, cuando de la instrucción se infería la posibilidad de que acabara siendo imputado un miembro de las Cortes Generales. La continuación en las actuaciones por el Juez Garzón hace que éstas estuvieran viciadas de nulidad. Para el TC (FJ 2º), “no basta la operatividad de la prerrogativa de aforamiento del art. 71.3 CE la mera imputación personal, sin datos o circunstancias que la corroboren, a un aforado, requiriéndose la existencia de indicios fundados de responsabilidad contra él, dado que los aforamientos personales constituyen normas procesales de carácter excepcional que, por tal circunstancia, deben ser interpretadas y aplicadas restrictivamente”. En este caso, el Instructor mantuvo la competencia al considerar sin consistencia las imputaciones que se hacían al aforado, como así lo manifestó en su Sentencia el TS.

Sobre la cuestión del juez predeterminado, es interesante reseñar los FFJJ 8º, 9º y 10º de la **STC 69/2001, de 17 de marzo** (Rafael Vera), pues el demandante estima también lesionado el derecho al juez predeterminado como consecuencia del reingreso del primer Juez Instructor una vez que renunció a su condición de Diputado, ya que la situación de servicios especiales en la que fue declarado el Magistrado es incompatible con la de este derecho ya que permite que sea Juez por un acto de decisión propio. Para el TC, la interpretación que en su día hizo el TS de la legislación vigente [arts. 357.4, 352.d) y 353.1 LOPJ] no fue ni arbitraria ni irrazonable, por lo que no se observa infracción alguna al respecto. Lo que se evidencia es que los parámetros utilizados por el TC no coinciden “plenamente” con los usados por el TEDH.

En la referida **STC 68/2001, de 17 de marzo**, se planteó, al hilo de la retención de la Instrucción por el Juez Garzón una vulneración del derecho a la defensa (art. 24.2 CE) ya que supuso un evidente retraso más allá de lo estrictamente necesario, para que se le confiriese la condición de imputado, no pudiendo ejercer el derecho a la defensa hasta que la instrucción fue elevada al TS. El TC reitera su doctrina sobre la no conveniencia del retraso el otorgamiento de la condición de imputado de quien fundadamente sea sospechoso a fin de que dicha persona pueda tener acceso al proceso y se genere, por el contrario indefensión material. Sin embargo para el TC (FJ 3º), “la posibilidad de participación del recurrente se produjo más tarde de lo que él deseaba, pero con antelación suficiente para ser oído, alegar y participar en la causa antes de cualquier acusación formal y mucho antes de la apertura de juicio oral” no siendo un supuesto “de total ausen-

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

cia del inculpaado durante la fase de investigación y de acusación conocida una vez abierto el juicio oral”.

En esta misma Sentencia, se resuelve, en el FJ 4º, la demanda del recurrente acerca de que los conocimientos como anterior alto cargo del Ministerio del Interior, lo que supone la ilicitud de determinadas pruebas y la vulneración al derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE. EL TC reitera la doctrina de la STC 114/1984, de 29 de noviembre, acerca de que no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico, sin perjuicio, desde luego, de la prohibición de valorar las pruebas de posible origen antijurídico, descartándose que la aportación a la investigación penal de datos obtenidos de conocimientos extraprocerales lesione, por sí sola, el derecho a un proceso con todas las garantías.

Finalmente, el FJ 5º de esta Sentencia resuelve la demanda, coincidiendo en este punto con el FJ 2º de la **STC 70/2001, de 17 de marzo** (Álvarez), del recurrente acerca de la debilidad de las pruebas en lo referido a las declaraciones de los coimputados incidiendo en el derecho a la presunción de inocencia. El TC se reafirma en su doctrina acerca de que la exigencia de corroboración de la declaración del coimputado no implica valoración de la prueba (pues no tiene obligación de decir la verdad, pudiendo callar o incluso mentir) sino que es sólo una especificación relativa a la existencia o inexistencia de una mínima actividad probatoria de cargo.

Por último, es de destacar de la STC 69/2001, de 17 de marzo, ya citada anteriormente, los FFJJ 15º y ss. relativos a la recusación objetiva y subjetiva del Juez Garzón que afecta a la cuestión ya tratada por nosotros de la imparcialidad judicial, y de la personalidad del mismo que, a juicio del recurrente deriva en una enemistad personal derivada de la rivalidad de ambos en el tiempo en que el magistrado fue Delegado del Plan Nacional sobre Drogas. Para el TC, “para que un Juez pueda ser apartado del conocimiento de un asunto concreto es siempre preciso que existan dudas objetivamente razonables, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que hagan posible afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa o que permiten temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no vaya a utilizar como criterio de juicio el previsto por la ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico”. Coincidiendo, al igual que en el FJ 4º de la Sentencia anteriormente comentada en la limitación de los conocimientos extraprocerales en la fase de instrucción frente al juicio oral. El Magistrado García Manzano, en su **Voto particular**, plantea una discrepancia en torno al análisis de la ausencia de imparcialidad objetiva en el sentido de que no concurre en el Magistrado conocimiento extraprocerales, pues éste en su día tenía competencias sobre persecución del narcotráfico mientras lo que se sustanció en el TS era la cuestión del GAL y los fondos reservados. El Magistrado considera que la solución del TC se queda en un plano jurídico-formal y en el aspecto administrativo, no teniendo en cuenta las circunstancias de la realidad, ya que los cargos pertenecientes al Ministerio del Interior implican unas “adherencias (...) no siendo ajeno a la función administrativa a éste (Sr. Garzón) encomendada el contacto con miembros de determinados Cuerpos de la Seguridad del Estado, así como la posibilidad de conocimiento, que no necesariamente de disposición o manejo, acerca de la gestión de los fondos reservados presupuestariamente asignados al referido Ministerio”.

**C) Igualdad****a) Discriminación racial en identificación policial (artículos 14 y 17 CE)**

STC 13/2001, de 29 de enero, Sala Segunda. El recurso de amparo se dirige contra la resolución del Ministerio del Interior que denegó la solicitud de responsabilidad patrimonial de la Administración, así como contra la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso contra aquella resolución.

El hecho que dio lugar a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración formulada por la recurrente, consistió en la identificación a la que le sometió la policía por ser de raza negra. Se habría producido una discriminación racial. Alega la recurrente como indicio el haber sido ella la única en ser requerida para identificarse. Este indicio traslada la carga de la prueba a la Administración, obligándola a justificar que su actuación gozaba de cobertura legal y se ajustaba a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Los extranjeros, y también los ciudadanos españoles, están obligados a identificarse cuando sean requeridos por la policía; ésta tiene obligación de controlar el cumplimiento de la legislación de extranjería. En el caso de autos la identificación se llevó a cabo en lugar apropiado, durante el tiempo imprescindible, sin que los agentes actuaran de manera afrentosa o humillante. Como no se ha demostrado que existiesen órdenes o instrucciones específicas para identificar a miembros de una determinada raza, se desprende que la policía usó el criterio racial como meramente indicativo de una mayor posibilidad de que la interesada no fuera española (aunque lo era). Se deniega el amparo.

El voto particular del Magistrado González Campos critica a la mayoría por convertir la raza en criterio apropiado para una “razonable selección” de los sujetos a identificar, olvidando la cláusula del art. 10.1 CE y consintiendo una discriminación, aunque indirecta, vedada por el art. 14 CE.

**b) Discriminación por razón de embarazo y cese de funcionaria interina por tal razón**

La STC 20/2001, de 29 de enero, Sala Segunda, estima un recurso de amparo presentado contra Sentencia de la Sala de lo C-A del TSJ de Andalucía. Partiendo de la base de que los tratos desfavorables basados en el embarazo afectan exclusivamente a la mujer y constituyen, por tanto, una discriminación de sexo proscrita por el art. 14, el TC se reafirma (FJ 6º) en su STC 203/2000, de 24 de agosto, en el sentido de que “no resulta admisible desde la perspectiva del art. 14 CE, fundar la denegación de un derecho con trascendencia constitucional (arts. 9.2 y 39.1 CE) exclusivamente en el carácter temporal y en la necesaria y urgente prestación del servicio propio de la situación de interinidad”. El TC considera que interpretar una actuación que genera un trato desfavorable en relación a estas circunstancias es “en extremo formalista y no aporta una justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del art. 14 CE”.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### D) Libertad religiosa: Alcance de la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas (artículo 16.1 CE)

En la importante **Sentencia 46/2001, de 15 de febrero**, dictada por el Pleno del Tribunal a pesar de tratarse de un recurso de amparo, se ventila la supuesta vulneración de la libertad religiosa (art. 16.1 CE) de la conocida como Iglesia Moon, al serle denegada la inscripción en el Registro de entidades Religiosas. La resolución administrativa denegatoria fue confirmada por la Audiencia Nacional y, posteriormente por el Tribunal Supremo.

La argumentación del TC se ciñe a considerar que la inscripción no es baladí pues dota a las entidades religiosas de personalidad jurídica permitiéndoles beneficiarse de la protección que el status jurídico adquirido con la inscripción les supone, no sólo interna (ámbito privativo y autoorganización) sino también externo (vertiente prestacional del derecho).

La actuación del Registro es reglada y exenta de discrecionalidad. Sólo es posible denegar excepcionalmente la inscripción fundándose en la cláusula de orden público, tal y como permite la Constitución. La peligrosidad justifica la utilización preventiva de esa cláusula siempre que se oriente a la salvaguardia de la seguridad, la salud y la moralidad públicas propias de una sociedad democrática.

Para el uso de la citada cláusula deben acreditarse los elementos de riesgo a través de su confirmación por sentencia judicial firme y por referencia a las actividades del grupo. Es preciso que la medida del poder público sea proporcionada y adecuada.

A juicio del TC, en la resolución administrativa denegatoria de la inscripción se aprecia inconsistencia en los elementos de convicción empleados para justificarla (informes de la policía y resoluciones de las Cortes Generales y del Parlamento Europeo). La medida adoptada resulta, pues, inadecuada y contraria, por ello, a la libertad religiosa. Se otorga el amparo y se ordena la inscripción en el registro de la iglesia recurrente.

El Voto Particular del Magistrado Jiménez de Parga y que firman otros tres magistrados considera, por el contrario, que la resolución denegatoria de la inscripción no lesiona la libertad religiosa, puesto que, en el contenido esencial de ésta, no se incluye, ni expresa ni implícitamente, un derecho a la inscripción. En opinión de los discrepantes, la inscripción supone un plus de protección sin que tal plus, cuando no se recibe, condicione el ejercicio de la libertad. El no otorgamiento de ese plus, fundado en que la conducta de la Iglesia Moon la inhabilita para recibirlo (y esto se desprende de los informes y conocimiento que de esta iglesia se tienen) resulta constitucionalmente legítimo. Para los discrepantes hay tres niveles en la situación de las iglesias en España: el más alto es el otorgado a la Iglesia católica y a otras con las cuales el Estado mantiene relaciones formales de cooperación; el segundo nivel lo compondrían las iglesias registradas; y el tercero, aquellas iglesias protegidas y tuteladas por los poderes públicos sin estar registradas.

**E) Prolongación ilegítima de la prisión provisional (artículo 17.4 CE)**

La STC 61/2001, de 26 de febrero, Sala Segunda, otorga el amparo en un caso claro de vulneración de la libertad personal. Hay una casi automática aplicación de la doctrina del TC a un supuesto ilegítimo de mantenimiento de la prisión provisional. El auto denegatorio de la libertad se remitía al primero que acordó la prisión provisional, en el cual se adoptaba la decisión en atención a la gravedad del delito (contra la salud pública) y el peligro de que el preso obstaculizara la investigación.

Transcurridos diez meses desde la adopción del primer Auto, la remisión sin más a éste hecha por el ahora impugnado resulta inconstitucional, pues no se realiza la necesaria y nueva ponderación de las circunstancias objetivas —el paso del tiempo puede modificar éstas— ni de las circunstancias personales del afectado por la medida cautelar (FJ 4º).

Como recuerda el TC, sólo en un primer momento, por desconocimiento de las circunstancias personales, puede bastar, para justificar la medida declaratoria de la prisión, la gravedad del hecho y de la pena que en abstracto le correspondería. Cuando las circunstancias personales se conocen deben ponderarse, pues, de lo contrario, se atribuiría a la prisión provisional una finalidad retributiva que no se compadece con su verdadera función constitucional (FJ 4º)

**F) La dimensión patrimonial de la propia imagen no está protegida por la Constitución (artículo 18.1 CE)**

La STC 81/2001, de 26 de marzo, Sala Segunda, desestima el recurso de amparo interpuesto por el personaje televisivo, D. Emilio Aragón. Según el recurrente, unos anuncios publicitarios en diversos medios de comunicación en los que se reproducía, sin su consentimiento, la identidad del recurrente en su faceta de actor, vulneraban su derecho constitucional a la propia imagen.

El TC, aunque recuerda la conexión del derecho a la propia imagen con otros derechos, advierte de su carácter autónomo que pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, facultando al titular para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico.

Pero la protección constitucional se brinda a la dimensión personal, no a la dimensión patrimonial, del derecho a la propia imagen, en cuanto conectada, la primera con la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana. Y, si bien la Ley Orgánica 1/1985, sobre Protección Civil del Derecho al Honor reconoce a todos un conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de su imagen, esta dimensión legal del derecho no puede confundirse con la constitucional. La protección de los derechos patrimoniales existe, pero carece de relevancia constitucional (FJ 2º).

La reivindicación del ahora recurrente ha tenido, en las sucesivas instancias judiciales, como objeto la defensa “del valor patrimonial o comercial” de su imagen. Por añadidura

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

ra, la imagen, reproducida en los anuncios publicitarios controvertidos, no afectaba a la dimensión personal y no patrimonial del derecho, sino que representaba al personaje en su faceta de actor. No se refería, ni afectaba, pues, al recurrente en su dimensión personal, individual o privada (FJ 3º).

#### **G) Modulación del “derecho al insulto” [artículo 20.1.a) CE]**

La STC 49/2001, de 26 de febrero, Sala Segunda, resuelve, denegándolo, un recurso de amparo interpuesto por el periodista D. José María García contra las sentencias que desestimaron su demanda de protección del honor contra D. Ramón Mendoza (a la sazón presidente del Real Madrid).

Partiendo de su conocido criterio, según el cual la libertad de expresión no otorga derecho al insulto, y de la concepción constitucional del honor, el TC concluye que la expresión proferida por el Sr. Mendoza contra el padre del periodista (le llamó “chorizo”) no es, en el contexto del caso, denigratoria y está por lo tanto, a cubierto por la libertad de expresión. El Sr. Mendoza hizo sus declaraciones ante los compromisarios del club con el ánimo, no de ofender al padre del periodista sino para replicar a este quien había orquestado una campaña para desprestigiar al presidente, directivos y jugadores del club. Había, pues, una fuerte polémica en medio de la cual, el Sr. Mendoza defendió el prestigio del club. Existían, por lo demás, otros procesos paralelos y el Sr. García había admitido haber llamado al Sr. Mendoza “tonto”, “soberbio”, “hortera”, “cobarde”, “embustero” y otros epítetos.

En suma, el controvertido estilo del periodista, la relevancia pública de lo tratado (las supuestas estafas inmobiliarias del padre del periodista) y la notoriedad del recurrente así como el grave enfrentamiento entre el periodista y el club explican el tono de las réplicas de unos y otros y permiten admitir el uso del epíteto “chorizo” que fuera de ese contexto podría calificarse de injurioso.

#### **H) Denuncias de malos tratos en un centro penitenciario a través de una rueda de prensa [artículo 20.1.a) y d) CE]**

STC 2/2001, de 15 de enero, Sala Segunda. Se recurrió en este amparo una condena por calumnias impuesta por la difusión, en rueda de prensa, de un informe de la Asociación para el Seguimiento y Apoyo de Presos de Aragón (ASAPA) en la que se denunciaban malos tratos a los reclusos del penal de Daroca así como graves incumplimientos de las normas penitenciarias.

La Audiencia Provincial condenó a los recurrentes en amparo haciendo caso omiso de la alegación de las libertades de expresión e información, a pesar de que ambas fueron la base del archivo de las diligencias abiertas por el juez de instrucción, luego de la denuncia formulada por la dirección del penal, y de la posterior absolución en primera instancia. La Audiencia se limita a negar la veracidad de los hechos denunciados. No llevó a cabo, como exige la jurisprudencia constante del TC, el previo examen de si la conducta sujeta a escrutinio penal constituye o no ejercicio de las libertades de expresión e infor-

mación ya que éstas pueden operar como causas excluyentes de la antijuridicidad. Este obligado análisis debe valorar si, en la conducta enjuiciada concurren los elementos que la Constitución exige para que se dé ejercicio de esas libertades.

La Audiencia fundó su decisión en la apreciación de que hubo ánimo de injuriar de la difusión del informe y en la imposibilidad de probar judicialmente los hechos en él denunciados. Este proceder es frontalmente contrario a la doctrina del TC. Los recurrentes ejercieron sus libertades de expresión y de información en asuntos de relevancia pública, acerca de funcionarios públicos y sin acompañar a la información con expresiones formalmente injuriosas. Se otorga el amparo.

### **l) Libertad sindical (artículo 28.1 CE)**

#### **a) Indemnidad de las retribuciones de los “liberados” sindicales**

En las SSTC 43/2001, de 12 de febrero, y 58/2001, de 26 de febrero, ambas de la Sala Segunda, se resuelven casos idénticos al resuelto en la STC 30/2000. En ambos supuestos, dos policías dejan de percibir la gratificación por turnos rotatorios cuando pasan a la condición de liberados sindicales. El TC se remite a la argumentación vertida en la citada STC 30/2000 que, en síntesis, dejaba claro que el ejercicio de la libertad sindical no podía significar menoscabo en el salario de quien la ejerciera.

#### **b) Despido para evitar presentación de candidaturas de un sindicato**

La STC 44/2001, de 12 de febrero, Sala Primera, otorga el amparo a una trabajadora que fue despedida cuando su sindicato (CCOO) promovió la celebración de elecciones sindicales. El despido acabó siendo declarado nulo y la empresa obligada a la inmediata readmisión de la despedida. En esta sentencia se consideró acreditado que el despido se realizó para evitar que hubiera candidatos de CCOO.

Paralelamente y por su parte, el juzgado de lo social que ventiló la impugnación empresarial del laudo arbitral que anuló la exclusión de la recurrente en las candidaturas, no adoptó ninguna medida que salvaguardase la eventualidad de que el despido fuese declarado nulo por vulnerar la libertad sindical, lo que aconteció, en efecto, pocos días después.

#### **c) Respeto a la legalidad en la presentación de candidaturas en elecciones sindicales**

El TC desestima, en la STC 18/2001, de 29 de enero, Sala Segunda, un recurso de amparo interpuesto por la Federación Estatal de Banca y Ahorro de CCOO contra la sentencia del Juzgado de lo social que invalidó su candidatura para las elecciones a representantes de los trabajadores de la Caja Rural de Baleares. Esta invalidación se produjo porque dos de los componentes de la candidatura no habían renunciado previamente a su puesto en la mesa electoral y formaban parte de ésta el día de la presentación de las candidaturas.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

El TC entra a valorar si hubo lesión de ese contenido adicional de la libertad sindical consistente en el derecho de los sindicatos a presentar candidaturas en las elecciones a comité de empresa. El TC fija el alcance de su enjuiciamiento de la decisión judicial y concluye en que ésta ni es irrazonable, ni restrictiva, ni inmotivada, siendo pues inatacable, desde la perspectiva constitucional, su interpretación de la legalidad configuradora del derecho.

#### **d) Derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos (artículo 37.1 CE)**

En la STC 62 / 2001, de 1 de marzo, el Tribunal se enfrenta al delicado tema de las limitaciones a la negociación colectiva de los funcionarios públicos (en este caso autonómicos) establecidas en la Ley de Presupuestos. En tal sentido el TC considera que los convenios colectivos han de respetar el contenido por las Leyes de modo que deben considerarse inaplicables los incrementos retributivos pactados en la negociación colectiva cuando no respetan los topes máximos previstos en la Ley de Presupuestos.

### 4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

#### **A) Derecho a participar en asuntos públicos**

##### **a) El derecho a participar en asuntos públicos no incluye el acceso a cargos públicos no representativos**

STS de 15 de diciembre de 2000 (Sala Tercera, Ponente Ramón Trillo Torres). Impugnación de Resolución de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) sobre proclamación de candidato electo en las elecciones al Consejo de Alumnos de un Centro Asociado. El TS recuerda la doctrina del TC en relación al derecho de acceso a los cargos públicos que reconoce el art. 23 CE y afirma que de la misma y de la jurisprudencia del propio TS se desprende que las incidencias surgidas en el transcurso de un procedimiento de selección de candidatos para el Consejo de Alumnos de un Centro Universitario quedan situadas “extramuros” del citado precepto constitucional.

##### **b) Cargos públicos representativos: facultad de los concejales de promover la convocatoria de sesiones**

STS de 9 de diciembre de 2000, Sala Tercera Ponente Juan José González Rivas. Impugnación de una Resolución de un Ayuntamiento que denegaba la solicitud de convocatoria de Pleno Extraordinario formulada por los Concejales de un Grupo político para tratar de despidos de ciertas personas. El TS sostiene que la negativa del Alcalde a convocar Sesión Extraordinaria del Pleno cuando se cumplen los requisitos legales necesarios y tuviera el deber de efectuarla, impide el ejercicio del derecho fundamental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos reconocido en el art 23.1 CE, pues tal derecho protege el núcleo esencial de funciones de dichos representantes entre los que se encuentra la de promover y obtener la convocatoria de sesiones de la Corporación Municipal, siempre que ello resulte conforme con la finalidad de deliberar y decidir sobre cuestiones de interés público del municipio que se desean someter al Pleno. Inexistencia de vulneración constitucional

por la negativa del Alcalde a la convocatoria por estar pendiente de resolver el recurso de suplicación formulado contra las Sentencias del Juzgado de lo Social sobre el mismo tema.

### **c) Cargos públicos representativos: denegación a Concejales de solicitud de información sobre obras municipales**

STS de 17 de noviembre de 2000, Sala Tercera, Ponente Fernando Martín González. Impugnación del Decreto del Alcalde accidental de Marbella que denegó la solicitud de varios Concejales de que se les expidiera información sobre extremos relacionados con determinadas obras. La información solicitada por los Concejales ha de considerarse como precisa para el desarrollo de su función, ya que no puede considerarse como un uso desmedido en dicha petición, referida a asuntos municipales cuyo conocimiento resulta necesario para el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras y de control, conforme la reiterada doctrina del TS.

### **B) Libertad sindical, libertad de expresión y a comunicar información**

STS de 13 de diciembre de 2000, Sala Tercera, Ponente Ramón Trillo Torres.

Impugnación por CCOO de Cataluña del Acuerdo de la Junta Electoral Provincial de trasladar la emisión de programas televisivos cedidos a las centrales sindicales CCOO y UGT a fechas distintas de las previstas inicialmente. El TS aprecia una falta de motivación en la resolución de la Junta Electoral impugnada, si bien, implícitamente, se deduce que la decisión de traslado del programa fue adoptada para que la emisión se realizara después de la celebración de las elecciones autonómicas, esto es, a fin de evitar la coincidencia del programa con el proceso electoral. Aun cuando nada se diga en la resolución recurrida, es claro que en la conclusión de la Junta Electoral subyace una presunción de equiparación entre Partidos Políticos y Sindicatos, equiparación que no puede admitirse apriorísticamente, dada su diferente posición en el marco constitucional, no habiéndose suministrado ningún dato que permita sostener que el programa trasladado iba a sobrepasar el marco del ámbito propiamente sindical para desembocar en un programa de orientación al voto en un determinado sentido. Aun admitiendo que la motivación del acto descansara en la celebración coetánea de elecciones, tal circunstancia no es motivación suficiente para una medida limitadora de derechos fundamentales como la impugnada en el proceso.

### **C) Extranjeros**

#### **a) Extranjeros y refugiados**

STS de 21 de noviembre de 2000, Sala Tercera, Ponente Juan José González Rivas.

Impugnación de Resolución del Ministerio del Interior que deniega al recurrente la condición de refugiado. Definición de refugiado político. El TS analiza las circunstancias concurrentes aplicando un criterio no restrictivo, estimando que era necesario, al menos, la

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

existencia de una prueba indiciaria que acreditara la razonable probabilidad de sufrir una persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones o pertenencia a un determinado grupo social. Conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, en los supuestos de solicitud del reconocimiento del derecho no es exigible una plena o acabada prueba sobre los hechos que puedan sustentar la concesión, por las dificultades que ello supone. No obstante tal criterio flexible, en el caso examinado, el TS considera que no se ha acreditado indicios suficientes a los que se refiere el art. 8 de la Ley 5 /1984 para que pudiera tener éxito la pretensión del recurrente, por lo que se desestima el recurso.

#### b) Extranjeros y derecho de asilo

STS de 5 de diciembre de 2000, Sala Tercera, Ponente Nicolás Maurandi Guillén.

Impugnación por recurrente nacional del Zaire de la Resolución del Ministerio del Interior que le deniega la condición de refugiado. Reiteración de la doctrina jurisprudencial de que en los supuestos de solicitud de asilo no es exigible una prueba acabada o plena sobre los hechos que puedan sustentar la concesión de asilo; al no existir indicios suficientes a que se refiere el art 8 de la Ley 5/1984 se desestima el recurso.

#### c) Expulsión de extranjero y presunción de inocencia

STS de 26 de octubre de 2000, Sala Tercera, Ponente Ramón Trillo Torres.

Impugnación por subdito chino de resolución del Ministerio del Interior que ordena su expulsión de territorio nacional y prohibición de entrada durante cinco años por haber incurrido en los supuestos previstos en los apartados c) y f) del art. 26 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio. El TS considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia pues la Administración basó la sanción impuesta en unas actas de inspección o meras diligencias de informe que gozan de presunción *iuris tantum* de veracidad, bastando que el expedienteado contradiga lo allí informado para que la Administración corra con la carga de probarlo cumplidamente y en el caso analizado tan siquiera consta la declaración de los ciudadanos chinos, que, al decir de la Administración, trabajaban clandestinamente en el restaurante del recurrente. Al no existir prueba de cargo suficiente que fundamente el acuerdo de expulsión y en aplicación del derecho a la presunción de inocencia, se confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional que anuló la resolución administrativa de expulsión.

#### d) Expulsión de extranjero

STS de 27 de octubre de 2000, Sala Tercera, Ponente Fernando Martín González.

Impugnación por súbdito marroquí de la Resolución del Ministerio del Interior que ordena su expulsión de territorio nacional y la prohibición de entrada durante cinco años a tenor de lo dispuesto en el art. 26.1.c) de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, por haberse instruido contra el mismo diligencias policiales por su presunta participación en un delito de robo, y al hallarse encartado en unas diligencias previas y en un juicio de faltas. El TS confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional al entender que el tipo

aplicado, del art 26.1.c) no es integrable sobre la base de la mera formulación de denuncias policiales ni con la tramitación de diligencias penales judiciales, “sin que el hecho en sí de estar encartado en un proceso penal sea base para sustentar la integración de la infracción prevista en tal precepto.

#### **D) Honor y libertad de expresión**

##### **a) Derecho al honor y libertad de expresión**

**STS de 31 de octubre de 2000**, Sala Primera, Ponente Antonio Romero Lozano.

Manifestaciones vertidas en rueda de prensa celebrada en la sede de un sindicato en la que se produjeron determinadas afirmaciones, que fueron recogidas por los medios de comunicación, relativas a supuestas irregularidades que se atribuían a un Diputado responsable del Área de Agricultura de una Diputación Provincial en relación con la adjudicación de suministro a una determinada empresa ganadera. El TS afirma que para la crítica social de una actuación pública no era necesaria la mención reiterada de la entidad que supuestamente resultaba beneficiaria del trato de favor, corruptela o prevaricación, y la sombra de inmoralidad y mala actuación empresarial resultó proyectada sobre la empresa citada en la rueda de prensa. No hay base, señala el TS, para admitir que el ejercicio de la libertad de expresión venga a justificar las graves imputaciones que han resultado carentes de fundamento.

##### **b) Manifestaciones vertidas en entrevista emitida por televisión local**

**STS de 6 de noviembre de 2000**, Sala Primera, Ponente Pedro González Poveda. El TS estima que las expresiones vertidas en una entrevista celebrada en una televisión local, en relación con la polémica suscitada sobre la legalidad o ilegalidad del funcionamiento de esas televisiones y el apoyo que recibía de un grupo político dominante del Ayuntamiento de la localidad merecen calificarse como una crítica al recurrente llena de acritud, desconsiderada con imprecisos y torpes juicios sobre el actor pero que, atendidas las circunstancias, carecen de la trascendencia necesaria para ser consideradas como atentatorias al honor y constitutivas de una intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante.

##### **c) Inadmisión de plano de demanda sobre derecho al honor**

**Auto de 15 de noviembre de 2000**, Sala Primera, Ponente Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Demanda de protección del derecho al honor formulada por parte de dos sociedades vascas frente a las manifestaciones vertidas por el Ministro del Interior en las que con ocasión de la colocación de unas granadas en el museo Chillida, se refirió al diario Gara como “el periódico de ETA”. Tales afirmaciones, según el TS, no constituyen en momento alguno una clara y precisa imputación, sino una simple opinión o juicio de valor que debe ser combatida dentro del área del diálogo político o de subsiguientes actuaciones periodísticas.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### d) Inexistencia de intromisión ilegítima del derecho al honor

STS de 28 de diciembre de 2000, Ponente Alfonso Villagómez Rodil.

Divulgación de una carta abierta dirigida al Gobernador Civil de Málaga en la que ciertos Cooperativistas denuncian ante la opinión pública la incorrecta gestión de una Sociedad Cooperativa. El TS estima que la actuación examinada no sobrepasa el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión en relación con el derecho al honor, ya que si bien pueden entenderse excesivas ciertas expresiones, ha de tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes que pueden justificar el exceso al integrarse en el contexto de una denuncia general de los cooperativistas y no sólo de un particular ante los malos resultados y fracaso de la Cooperativa, no tratándose de una invención o mera sospecha, desprovista por completo de toda base. La actividad del demandado se responde a una postura crítica ante la opinión pública de la desafortunada gestión de la cooperativa, al refutarse lesiva y perjudicial para la mayoría de los socios. Añade el TS que deben interpretarse las conductas en su conjunto y totalidad sin que proceda aislar expresiones aunque algunas sean desafortunadas en su significado individual, pero sin contenido suficiente por sí mismas para que puedan reputarse ofensivas al honor de las personas aludidas, máxime cuando no se hace cita directa de las mismas.

#### e) Inexistencia de vulneración del derecho al honor

STS de 30 de octubre de 2000, Sala Tercera, Ponente Manuel Goded Miranda.

Impugnación de Acuerdo del Ayuntamiento que dispone el cese de la recurrente como Consejera General y miembro de la Comisión de Control de una Caja de Ahorros autonómica con fundamento en que “se perjudican los intereses municipales por las actuaciones llevadas a cabo por la citada en la Comisión de Control”. Se trata de una crítica formulada a su gestión pública a la que la recurrente está sometida por razón del cargo que aceptó, crítica que no se formula en términos injuriosos, insultantes o vejatorios. El TS estima que no existe, más allá del lícito ejercicio del derecho de crítica de la gestión de los intereses públicos, una intromisión ilegítima de su derecho al honor de la recurrente cesada, privándola de su fama o haciéndole desmerecer injustamente la consideración ajena. La repercusión que la expresión de la causa del cese puede tener, al ser conocida por la interesada y por el público en general es la propia de toda crítica de una gestión pública, que quien desempeña un cargo de libre designación, representando intereses generales, pueda soportar.

#### f) Derecho a comunicar información veraz

STS de 15 de noviembre de 2000, Sala Tercera, Ponente Fernando Martín González.

Impugnación por parte de dos asociaciones de periodistas del Acuerdo del CGPJ que deniega el acceso al interior de dichos edificios a profesionales de la información portando cámaras de captación de imágenes, inexistencia de vulneración, sin perjuicio de las facultades de los Magistrados de autorizar en cada caso el acceso a la Sala de Vistas.

**E) Derecho a la intimidad****a) Intimidad personal y difusión de conversación telefónica privada**

STS de 22 de diciembre de 2000, Sala Primera, Ponente Alfonso Villagómez Rodil

Concepto de intimidad personal. Conversación telefónica que se desarrolla en el ámbito de la privacidad en la que se graba la voz del recurrente. El TS afirma que si bien esto puede resultar lícito, pues la protección a la propia voz, opera en nuestro ámbito jurídico en el supuesto del núm. 6 del art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982, la ilicitud surge cuando en un momento posterior la grabación ha sido aprovechada por otra persona o medio, en el caso examinado, una revista que la publicó sin contar con el consentimiento del recurrente que resultó provocado a la conversación, es decir, a sus espaldas, y es esta actuación *ad extra* y no el propio registro lo que interesa y configura un efectivo ataque a la intimidad. Si bien la conversación no se refiere a la vida privada del demandante y se proyecta a una conversación con otro, lo que conforma una conducta contraria al art. 18 CE es el uso externo y útil que vino a hacer de la misma la revista sin respetar el secreto que el precepto garantiza, lo que en el ámbito de la intimidad constituye una efectiva intromisión de la que se ha de responder civilmente. Lo que efectivamente conforma intromisión en la intimidad personal es hacer pública para el conocimiento de todos una conversación telefónica desarrollada en forma privada y no tanto el contenido de la misma, salvo supuestos de relevancia pública de la noticia que podría justificar la prevalencia del derecho de información (art. 20 CE).

**b) Intimidad e inclusión de datos de carácter personal en ficheros automatizados**

STS de 28 de octubre de 2000, Sala Tercera, Ponente Jesus Ernesto Peces Morate.

Impugnación de Resolución sancionadora de la Agencia de Protección de Datos de Carácter Personal a una empresa por la inclusión en un fichero de solvencia patrimonial de datos inexactos sobre el demandante. La inclusión de tales datos conlleva una limitación en el ámbito de su actuación al incidir sobre la valoración de su capacidad económica con lo que al afectado por dicho dato económico se le ha causado un daño efectivo y real y se lesiona su derecho amparado en la Ley Orgánica 5/1992, de Protección de Datos de Carácter Personal, que establece que su finalidad es garantizar el honor a la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos, los que no se podrán ejercitar en su plenitud con el mantenimiento del dato inexacto de la solvencia económica.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA

ISABEL PERELLÓ

RAÚL CANOSA

ALFREDO ALLUÉ

RAFAEL BUSTOS

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

**Consideración preliminar. 2. Bases: carácter excepcional de su regulación por Orden Ministerial; menor intensidad de su regulación en cuestiones referidas a organización y funcionamiento interno de los órganos de las Administraciones Públicas; se admite su desarrollo por Reglamento. 3. Ley.** A) Principio de legalidad en materia sancionadora y relaciones de especial sujeción. B) Reserva de Ley en materia de función pública. C) Reserva de Ley en materia de derechos de configuración legal. D) Presupuestos autonómicos: su regulación del incremento global de las retribuciones de los empleados públicos está sometida a los topes máximos fijados por el Estado. E) Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes: pervivencia de los actos administrativos firmes. **4. Reglamento.** A) Distinción entre acto y norma: criterio ordinamentalista. Carácter normativo de las relaciones de puestos de trabajo aprobadas por las Administraciones Públicas y de los instrumentos de planeamiento urbanístico; el Decreto del Alcalde por el que se fija un aforo máximo en una sala de fiestas tiene naturaleza de acto administrativo. B) Reglamento ejecutivo: complemento indispensable de la Ley. C) Límites de la potestad reglamentaria: respeto a los derechos fundamentales. D) Procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general. a) Ausencia del trámite de audiencia. b) Ausencia del Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico. c) Omisión de la evaluación de la repercusión económica del proyecto de Reglamento: supone una vulneración del principio general de eficacia administrativa. d) Los informes y estudios que lo integran permiten controlar la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria. E) Control judicial. a) Legitimación para impugnar reglamentos: la falta de competencia del Estado para regular una materia no implica necesariamente falta de legitimación para impugnar un reglamento sobre dicha materia. b) Suspensión de la disposición recurrida: no procede si no se acredita la existencia de perjuicios al interés general. c) Ampliación del objeto del recurso: exige competencia del Tribunal a quo. d) Procedimiento especial de protec-

ción de los derechos fundamentales: no cabe alegar en este procedimiento que un Reglamento incurra en desviación de poder salvo que ésta determine la vulneración de un derecho fundamental. e) Impugnación directa: eficacia *erga omnes*. f) Impugnación indirecta: no cabe la invocación de vicios formales; efectos *inter partes*; se admite la impugnación de actos fundada en la ilegalidad de disposiciones de Administraciones distintas de las que dictaron el acto impugnado. g) Derogación: efectos sobre la impugnación de la norma en vía contenciosa. **5. Principios constitucionales.** A) Principio de jerarquía normativa: no se vulnera cuando un Real Decreto permite que una Orden Ministerial modifique algún elemento de su regulación; no se infringe cuando el reglamento no limita derechos, facultades o posibilidades de actuación contenidas en la Ley; impide que los incrementos retributivos alcanzados mediante pacto o convenio prevalezcan sobre la Ley. B) Principio de igualdad: la imposición no justificada del uso del euskera determina su vulneración; no se vulnera cuando el trato desigual tiene una justificación objetiva y razonable. C) Principio de interdicción de la arbitrariedad: el carácter razonable de una regulación excluye su infracción.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, por lo que se refiere a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, hasta la referencia Ar. 10700, y respecto de las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, hasta la referencia Ar. 2200. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la Sentencia 98/2001 (BOE de 1 de mayo).

No se han producido en esta entrega, en materia de fuentes del Derecho, novedades de interés. En todo caso, cabe destacar la STC 62/2001, de 1 de marzo (BOE del 30) que hace referencia a una cuestión de actualidad: el Tribunal Constitucional rechaza que los incrementos retributivos de los empleados públicos puedan prevalecer sobre lo dispuesto por la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón.

## 2. BASES: CARÁCTER EXCEPCIONAL DE SU REGULACIÓN POR ORDEN MINISTERIAL; MENOR INTENSIDAD DE SU REGULACIÓN EN CUESTIONES REFERIDAS A ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO INTERNO DE LOS ÓRGANOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS; SE ADMITE SU DESARROLLO POR REGLAMENTO

En la STC 98/2001, de 5 de abril, que resuelve el conflicto positivo de competencia planteado por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña en relación con la

## IV. Fuentes del Derecho

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, el Tribunal reitera su consolidada jurisprudencia sobre el concepto de bases. En particular, se refiere a que no resulta posible que las bases continúen siendo reformadas de modo sucesivo a través de instrumentos normativos de rango inferior a la Ley y al Real Decreto, lo que excluye que el Estado, salvo cualificadas excepciones, pueda utilizar en dicho ámbito la Orden Ministerial para dictar normas básicas. En el caso que resuelve la STC 98/2001, al igual que el anteriormente resuelto por la STC 242/1999, concurren circunstancias cualificadas que permiten la utilización de la Orden Ministerial para la definición de lo básico: existe una conexión legal con la Ley 82/1980, que preveía con carácter general las ayudas que regula la Orden, y, además, se produce la previa intervención del Gobierno mediante el Plan Energético Nacional (PEN) y el Plan de Ahorro y Eficiencia Energética (PAEE), para cuya ejecución se requiere la aplicación del régimen subvencional que la Orden establece. Por lo tanto, en este caso se admite desde el punto de vista formal la regulación básica mediante la Orden Ministerial objeto del conflicto.

En la **STC 97/2001, de 5 de abril** (BOE de 1 de mayo) el Tribunal afirma que el alcance de lo básico en el ámbito del art. 149.1.18 CE será menor en aquellas cuestiones que se refieren primordialmente a la organización y al funcionamiento interno de los órganos de las Administraciones Públicas que en aquellas otras que inciden más directamente en su actividad externa, sobre todo cuando afectan a la esfera de derechos e intereses de los administrados. En consecuencia, la determinación por la Generalidad de Cataluña del modo de acceder a la presidencia y a la secretaría de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita no vulnera la competencia estatal sobre las bases en esta materia.

En la **STSJ de Madrid de 18 de mayo de 2000**, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Novena, Ar. 2098, se hace un completo resumen de la jurisprudencia constitucional sobre el rango normativo de las normas básicas del Estado. La sentencia concluye afirmando que, a la vista de la jurisprudencia constitucional, puede decirse que “una vez que la Ley básica ha delimitado las esferas de competencia estatal y autonómica en cada uno de tales ámbitos, los respectivos ordenamientos operan con la plenitud de su instrumento normativo y por ello con Reglamentos cuando así proceda y cuando para ello conste una cláusula remisoras en dicha Ley en el caso estatal”.

### 3. LEY

#### A) Principio de legalidad en materia sancionadora y relaciones de especial sujeción

En la **STS de 27 de septiembre de 2000**, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Cuarta, Ar. 8445, se mantiene que la sanción impuesta a un socio del Hogar de Pensionistas de Sevilla III Macarena, por la que se le retiraba la condición de socio y se le inhabilitaba para pertenecer a cualquier otro centro análogo, con base en el art. 25.3.b) de la Orden de la Consejería de Trabajo y Seguridad Social de la Junta de Andalucía de 28 de noviembre de

1985, que aprueba el Estatuto de Centros de Tercera Edad de dicha Comunidad Autónoma, no es contraria al art. 25.1 CE. La sentencia afirma que la necesidad de habilitación legal previa que justifique la imposición de sanciones de tipo disciplinario resulta innecesaria en el caso de una relación especial como la que mantiene el sancionado con la Administración sancionadora.

### **B) Reserva de Ley en materia de función pública**

El RD 1786/1997, de 1 de diciembre, sobre Régimen Jurídico de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado, no infringe el principio de reserva de ley en materia de función pública, dado que no crea un nuevo Cuerpo de funcionarios, sino puestos de trabajo para Cuerpos funcionariales preexistentes, que ya tienen establecido su régimen estatutario en una regulación anterior que cumple la exigencia constitucional de la regulación por Ley (STS de 24 de octubre de 2000, Sala de lo Cont-Adm., Sección Séptima, Ar. 9220).

### **C) Reserva de Ley en materia de derechos de configuración legal**

El derecho a la asistencia jurídica gratuita consignado en el art. 119 CE es un derecho prestacional y de configuración legal cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio, como sucede con otros de esta naturaleza, corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias. Este derecho constituye uno de los presupuestos del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 97/2001, de 5 de abril, BOE de 1 de mayo).

### **D) Presupuestos autonómicos: su regulación del incremento global de las retribuciones de los empleados públicos está sometida a los topes máximos fijados por el Estado**

En la STC 62/2001, de 1 de marzo (BOE del 30) se resuelve el recurso interpuesto contra la Ley 7/1993 de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón. En esta Sentencia el Tribunal reitera su conocida doctrina de que el Estado es competente para establecer los topes máximos al incremento global de las retribuciones de los empleados públicos incluidos los que prestan su servicio a las Comunidades Autónomas, en virtud de la competencia estatal de dirección de la actividad económica general (art. 149.1.13 CE), así como de los límites a la autonomía financiera que establece el principio de coordinación con la Hacienda estatal del art. 156.1 CE.

### **E) Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes: pervivencia de los actos administrativos firmes**

La STSJ de Murcia, de 14 de junio de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Segunda, Ar. 1787, se pronuncia sobre los efectos de la STC 61/1997, de 20 de marzo, recurso de

## IV. Fuentes del Derecho

inconstitucionalidad contra el TRLS de 1992, con base en la declaración de inconstitucionalidad del art. 27.1 del TRLS de 1992 (relativo a la cesión del aprovechamiento urbanístico). A estos efectos, el Tribunal declara la nulidad del acto impugnado en la medida en que éste no puede ser considerado como un acto consentido y firme.

Nuestro sistema constitucional (art. 40.1 de la LOTC) no permite revisar los procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador, sin perjuicio, de que “los actos administrativos firmes también escapan a su revisabilidad por razones de inconstitucionalidad” (STC 195/1994, de 28 de junio). A sensu contrario, es obvio que en los procesos pendientes al tiempo de la publicación de la sentencia de inconstitucionalidad, las partes, en cualquiera de las instancias, y el Juez, de oficio, podrán invocar la inconstitucionalidad y resolver bajo la hipótesis de la nulidad de la Ley. Por consiguiente, mientras no se hayan producido situaciones irreversibles opera la inconstitucionalidad declarada.

### 4. REGLAMENTO

**A) Distinción entre acto y norma: criterio ordinalista. Carácter normativo de las relaciones de puestos de trabajo aprobadas por las Administraciones Públicas y de los instrumentos de planeamiento urbanístico; el Decreto del Alcalde por el que se fija un aforo máximo en una sala de fiestas tiene naturaleza de acto administrativo**

Manteniendo una ya consolidada jurisprudencia (SSTS de 14 de diciembre de 1990, Ar. 10163, 19 de diciembre de 1991, Ar. 352 de 1992, 11 de marzo de 1994, Ar. 2071, 24 de enero de 1995, Ar. 615 y 25 de abril de 1996, Ar. 3397), la STSJ de Murcia de 25 de octubre de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Segunda, Ar. 1840, reitera que, pese a que inicialmente la jurisprudencia concedía a las relaciones de puestos la naturaleza de acto plural más que normativo, en la actualidad se reconoce a las relaciones de puestos de trabajo aprobadas por las Administraciones públicas en ejercicio de sus potestades organizatorias naturaleza normativa, “atendido su carácter ordinalista y a las notas de generalidad, abstracción y permanencia que en ellas concurren, diferenciándolas de los actos con destinatario plural e indeterminado que carecen de contenido normativo”.

En una dirección semejante se pronuncia la STSJ de Navarra de 30 de octubre de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Única, Ar. 2187. Siguiendo criterios similares, la STS de 23 de octubre de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Tercera, Ar. 8876, considera que un acto de convocatoria de subvenciones constituye un acto administrativo de contenido plural.

La STSJ de Murcia de 28 de junio de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Única, Ar. 1752, reitera la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 56/1986), así como de la propia Sala, relativa al carácter reglamentario de los instrumentos de planeamiento urbanístico. No obstante, el dato relevante de la citada sentencia se centra en el pronun-

ciamiento relativo a la vía de impugnación empleada en el recurso resuelto. Tras admitir que, como toda norma reglamentaria, el planeamiento urbanístico puede ser objeto de impugnación indirecta, el Tribunal entiende que la impugnación de la modificación de un Plan General no puede ser considerado como un recurso indirecto, sino como un recurso directo:

“(…) no puede sostenerse que la modificación puntual constituya un acto de aplicación del Plan General, ni siquiera, como pretende el recurrente, una norma de desarrollo, pues en el presente caso se trata simplemente de una nueva disposición que sustituye a la anterior y que consiguientemente tiene existencia propia, al margen del texto en que se incardine”.

La STS de 20 de noviembre de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Cuarta, Ar. 10451, declara conforme a Derecho un Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Tolosa que fija un aforo máximo de 270 personas en una determinada sala de fiestas. El Tribunal rechaza que dicho Decreto constituya ejercicio de la potestad reglamentaria ya que se trata de un acto administrativo.

### **B) Reglamento ejecutivo: complemento indispensable de la Ley**

La STSJ de La Rioja de 11 de julio de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Única, Ar. 2178, mantiene que las cuestiones fundamentales deben ser reguladas por Ley, en tanto que los Reglamentos son las “normas secundarias” imprescindibles para la puesta en práctica de la Ley. La sentencia considera que los reglamentos ejecutivos son “complemento indispensable de la Ley, puede(n) explicitar reglas que en la Ley estén simplemente enunciadas y puede aclarar preceptos de la Ley que sean imprecisos.

### **C) Límites de la potestad reglamentaria: respeto a los derechos fundamentales**

En la STS de 12 de julio de 1999, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Séptima, se resuelve el recurso interpuesto por la entidad mercantil “Canal Satélite Digital, SA” contra el RD 136/1997 por el que se aprueba el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telecomunicaciones por Satélite. Este reglamento establece un Registro en el que deben inscribirse los sujetos vinculados al proceso de comercialización de los decodificadores, cuya inscripción exige que los citados aparatos cumplan unas especificaciones técnicas previstas en el Real Decreto-Ley 1/1997. El Tribunal rechaza la alegación de que la citada regulación vulnere los derechos fundamentales de libertad de expresión y el derecho a comunicar o recibir libremente información “dado que no cabe atribuir dimensión constitucional a una mera cuestión de técnica referente a los instrumentos mediante los cuales dichos derechos se ejercen; la parte recurrente no había acreditado cómo la regulación técnica de los citados instrumentos de comunicación podía lesionar los derechos reconocidos en el art. 20.a) y d) CE.

## IV. Fuentes del Derecho

### D) Procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general

#### a) Ausencia del trámite de audiencia

La STS de 26 de septiembre de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Cuarta, Ar. 8442, siguiendo la jurisprudencia más reciente, afirma que la omisión del trámite de audiencia de las entidades representativas de intereses generales o corporativos determinará la nulidad de una disposición general “si ha supuesto una frustración de la finalidad perseguida con el indicado trámite”. A este respecto, la jurisprudencia sostiene que si del análisis de las alegaciones hechas en vía administrativa y judicial, puede racionalmente entenderse que la audiencia en vía administrativa del interesado no habría variado el texto de la disposición de que se trate, no tiene sentido, por no frustrarse la finalidad de la Ley, anular la disposición por la falta del mencionado trámite”.

Reiterando la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la esencialidad del trámite de audiencia y los efectos de su omisión, la STSJ de La Rioja de 11 de julio de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Única, Ar. 2178, estudia la repercusión de la ausencia de audiencia a la Unión de Consumidores de La Rioja desde la perspectiva de la Ley 26/1984, de 19 de julio, de defensa de los consumidores y usuarios. No obstante, aunque la esencialidad del trámite de audiencia y los efectos anulatorios que se derivan de su omisión se predicen respecto de la omisión del trámite en relación con asociaciones o Colegios Profesionales que no sean de carácter voluntario y representen intereses de carácter general o corporativo, pero no cuando se trata de asociaciones voluntarias, el Tribunal declara la nulidad del Decreto 5/1996, de 16 de febrero, de la Consejería de Hacienda y Promoción Económica, sobre regulación de los horarios de apertura y cierre de los locales comerciales y períodos de rebajas en la Comunidad Autónoma de La Rioja, por haberse omitido la audiencia de la mencionada organización de consumidores, a pesar de reconocer la existencia de un evidente grado de voluntarismo en la constitución de este tipo de asociaciones, a la vista de la obligatoriedad que esta consulta tiene según las previsiones del art. 22.1.b) de la Ley 26/1984.

#### b) Ausencia del Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico

Según la STSJ de La Rioja de 20 de julio de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Ar. 2181, la omisión del Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de La Rioja supone una vulneración del art. 8.4.c) del Decreto 33/1996, de 7 de junio, que aprueba el Reglamento del Consejo Consultivo de La Rioja, que impone la preceptiva emisión del Dictamen del mencionado órgano consultivo en los proyectos de Reglamentos que haya de dictar el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma en desarrollo o ejecución de Leyes estatales o autonómicas o sus modificaciones. En consecuencia, el Tribunal estima el recurso y declara la disconformidad a Derecho del Decreto 28/1998, de 13 de marzo, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja, por el que se suspende temporalmente la concesión de licencia comercial específica para la apertura de grandes establecimientos comerciales en La Rioja, regulada en el Decreto 20/1997, de 26 de marzo.

**c) Omisión de la evaluación de la repercusión económica del proyecto de Reglamento: supone una vulneración del principio general de eficacia administrativa**

En la STSJ de Canarias de 10 de abril de 2000, sede en Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Única, Ar. 2028, se plantea la nulidad de pleno Derecho del Decreto 254/1997, de 16 de octubre, de adaptación de las sedes de las Consejerías, organismos autónomos y entes públicos, dado que el proyecto de Reglamento en cuestión no contaba con Memoria económica ni con el correspondiente informe de la Dirección General de Presupuesto y Gasto Público en el que se evaluara la repercusión sobre el gasto público del proyecto, así como la propia Memoria económica. Para el Tribunal, “una memoria económica en la que la Administración explique las repercusiones presupuestarias del proyecto es fundamental a efectos de conocer si en la decisión adoptada ha tenido en cuenta el criterio de la mayor economía de medios”, por lo que su omisión determina la nulidad de la disposición.

**d) Los informes y estudios que lo integran permiten controlar la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria**

A pesar de partir de la premisa de que la potestad reglamentaria es una potestad discrecional, la STSJ de Canarias de 10 de abril de 2000, sede en Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Única, Ar. 2028, afirma que la discrecionalidad no implica que la Administración pueda adoptar cualquier criterio, en la medida en que esta potestad está sometida al control jurisdiccional con base en las técnicas de control de la discrecionalidad administrativa:

“A efectos del control de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria es necesario que la Administración motive, al menos en lo que se refiere a las líneas generales, la razón por la que escoge una determinada solución. Esta motivación se produce en el curso del procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general a través de los estudios e informes que se incorporan en el expediente. La jurisprudencia ha declarado el carácter *ad solemnitatem* que tiene el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general, de manera que la omisión de uno de sus trámites preceptivos determina la nulidad de pleno Derecho de la disposición.”

**E) Control judicial**

**a) Legitimación para impugnar reglamentos: la falta de competencia del Estado para regular una materia no implica necesariamente falta de legitimación para impugnar un reglamento sobre dicha materia**

La STS de 13 de noviembre de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Cuarta, Ar. 10348, resuelve el recurso de casación interpuesto por la representación del Estado contra la Ordenanza Municipal del Ayuntamiento de Leaburu-Gaztelu relativa al uso del euskera.

#### IV. Fuentes del Derecho

El Tribunal Supremo rechaza la inadmisibilidad del recurso al ostentar la Administración del Estado un interés legítimo para impugnar una regulación en virtud de la cual en ciertos casos debe utilizar de modo preferente o exclusivo el idioma euskera, cuestión independiente de su falta de competencia para regular el uso de la lengua regional.

##### **b) Suspensión de la disposición recurrida: no procede si no se acredita la existencia de perjuicios al interés general**

En el ATS de 2 de noviembre de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Cuarta, Ar. 9697, el Tribunal acuerda no haber lugar a la suspensión de la aplicación del RD 1497/1999, de 24 de septiembre, que regula el procedimiento excepcional de acceso al título de médico especialista, solicitada por la Asociación para la Defensa de los Médicos y Farmacéuticos Internos Residentes de Ourense. La denegación de la suspensión se fundamenta en que no se ha acreditado la existencia de perjuicios al interés general en caso de ejecución de la disposición impugnada. Además el Tribunal puntualiza que la apariencia de buen derecho del recurso contencioso –*fumus boni iuris*– sólo se admite como fundamento de la suspensión de forma restringida, en los casos en los que dicha apariencia de buen derecho se plasma de forma clara y evidente en la solicitud de suspensión.

##### **c) Ampliación del objeto del recurso: exige competencia del Tribunal a quo**

En el ATS de 5 de octubre de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Tercera, Ar. 9737, el Tribunal rechaza la ampliación del objeto del recurso interpuesto contra el RD 279/1999, de 22 de febrero, que la Asociación de Promotores y Constructores de España quería extender a una Resolución de la Secretaría General de Comunicaciones por la que se hacía pública una Instrucción de 12 de enero de 2000 sobre personal competente en materia de elaboración de proyectos de infraestructuras comunes de telecomunicaciones en los edificios. El Tribunal justifica la denegación de la ampliación en que constituye requisito de la misma el que el Tribunal a quo sea también competente para el conocimiento del nuevo acto o disposición, lo que no ocurre en este supuesto.

##### **d) Procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales: no cabe alegar en este procedimiento la desviación de poder salvo que ésta determine la vulneración de un derecho fundamental**

En la STS de 12 de julio de 1999, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Séptima, Ar. 10672, el Tribunal resuelve un recurso interpuesto por la vía del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales –Ley 62/1978, de 26 de diciembre, hoy derogada–, contra el RD 136/1997 por el que se aprueba el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telecomunicaciones por Satélite. Este Reglamento regula la inscripción obligatoria en un Registro de las personas físicas o jurídicas que operen mediante la comercialización, distribución, cesión temporal o alquiler de descodificadores. “Canal Satélite Digital, SA”, la entidad recurrente, fundamenta su recurso entre otros argumentos en la concurrencia de desviación de poder, ya que a su juicio, “el Gobierno pretendió cercenar una legítima iniciativa empresarial para favorecer otra distinta” y “el Decreto impugnado tuvo por principal objeto impedir que Canal Satélite Digital iniciase la nor-

mal comercialización de servicios de televisión digital a partir del día 31 de enero de 1997”, “al no reunir sus decodificadores las características técnicas previstas en el Real Decreto-Ley 1/1997, lo que impedía la inscripción en el Registro que regula el Real Decreto impugnado”.

El Tribunal califica estas alegaciones de la recurrente como meras apreciaciones subjetivas carentes de respaldo probatorio, pero en definitiva en este caso el argumento determinante para la desestimación del recurso es que en la medida en que denuncian una desviación de poder planean una cuestión de legalidad ordinaria que únicamente podría ser admitida en el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales si mediante dicha desviación de poder se privara a la entidad recurrente de alguno de sus derechos fundamentales.

#### **e) Impugnación directa: eficacia *erga omnes***

En la STSJ de La Rioja de 11 de julio de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Única, Ar. 2178, se afirma que la declaración de nulidad de un Reglamento tiene eficacia *erga omnes*.

#### **f) Impugnación indirecta: no cabe la invocación de vicios formales; efectos *inter partes*; se admite la impugnación de actos fundada en la ilegalidad de disposiciones de Administraciones distintas de las que dictaron el acto impugnado**

La STS de 9 de octubre de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Quinta, Ar. 8360, reitera la ya conocida doctrina del Tribunal Supremo que advierte de la imposibilidad de denunciar vicios formales en el procedimiento de elaboración, cuando se trata de la impugnación indirecta de disposiciones de carácter general.

En el mismo sentido, la STS de 30 de septiembre de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Segunda, Ar. 8392.

Las SSTs de 28 de junio, 30 de junio, 8 de julio y de 24 de octubre de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Segunda, Ar. 8388, 8389, 8390 y 8394, mantienen que la impugnación indirecta de Reglamentos sólo tiene efectos *inter partes*, sin que implique la nulidad y expulsión del ordenamiento de las normas impugnadas. En la misma línea, la STS de 8 de marzo de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Tercera, Ar. 8647.

La STS de 26 de octubre de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Quinta, Ar. 8375, casa la sentencia de instancia que mantiene la imposibilidad de impugnación indirecta de Reglamentos cuando la disposición de carácter general proceda de una Administración distinta de la autora del acto impugnado.

## IV. Fuentes del Derecho

### g) Derogación: efectos sobre la impugnación de la norma en vía contenciosa

El Tribunal Supremo, en la **Sentencia de 15 de noviembre de 2000**, Sala de lo Cont.-Adm, Sección Cuarta, Ar. 10450, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Agricultores y Ganaderos de Cádiz contra el Real Decreto 2033/1998, de 25 de septiembre, que establece la normativa específica del régimen de apoyo a los productos de trigo duro en España. La derogación de este Reglamento con posterioridad a su impugnación no determina en este caso la desaparición del objeto del recurso, ya que la norma derogatoria reproduce el contenido de la norma derogada prolongando la aplicación de unos preceptos reglamentarios que pudieran estar aquejados de los mismos vicios que se atribuyen a la norma sustituida. En este caso el fundamento de la anulación del reglamento citado es la infracción del art. 24.1. c) de la Ley 50/1997, del Gobierno, por haberse omitido en la tramitación del procedimiento de aprobación los trámites de audiencia e informes previstos en la citada norma legal.

## 5. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

### **A) Principio de jerarquía normativa: no se vulnera cuando un Real Decreto permite que una Orden Ministerial modifique algún elemento de su regulación; no se infringe cuando el Reglamento no limita derechos, facultades o posibilidades de actuación contenidas en la Ley; impide que los incrementos retributivos alcanzados mediante pacto o convenio prevalezcan sobre la Ley**

La **STS de 13 de noviembre de 2000**, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Tercera, Ar. 9134, afirma que la Orden de 23 de mayo de 1989, que reduce los tipos de compensación para funcionarios fijados por el RD 3241/1983, de 14 de diciembre, por el que se regula la prestación de la asistencia sanitaria para el personal protegido por la MUNPAL, no vulnera el principio de jerarquía ya que la Orden impugnada se dicta en uso de las facultades conferidas en la Disposición Final Primera del RD 3241/1983: "... lejos de infringirlo lo desarrolla y completa".

En el caso que resuelve la **STS de 19 de diciembre de 2000**, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Séptima, Ar. 10550, el Tribunal considera que el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales no infringe la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial. En este supuesto no se produce la vulneración del principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE) ya que la norma reglamentaria "no limita derechos, facultades ni posibilidades de actuación contenidas en la Ley, dado que de acuerdo con su naturaleza, debe establecer reglas precisas para la explicitación, aclaración y puesta en práctica de los preceptos de la Ley, pero no contener mandatos normativos restrictivos de los contenidos del texto legal, extremo que no se produce en la cuestión examinada".

En la **STC 62/2001, de 1 de marzo** (BOE del 30) el Tribunal Constitucional resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra diversos preceptos de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1993, de 4 de mayo, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma

para 1993, que regulan el incremento retributivo de sus empleados públicos. En esta Sentencia el Tribunal reitera que el principio de jerarquía normativa reconocido en el art. 9.3 CE impide que los incrementos retributivos alcanzados mediante pacto o convenio prevalezcan sobre las concretas determinaciones contenidas en normas con rango de ley.

**B) Principio de igualdad (artículo 14 CE): la imposición no justificada del uso del euskera determina su vulneración; no se vulnera cuando el trato desigual tiene una justificación objetiva y razonable**

En la STS de 13 de noviembre de 2000, Sala de lo Cont.-Adm. , Sección Cuarta, Ar. 10348, se plantea si la imposición por una Ordenanza Municipal del uso del euskera determina la vulneración del principio de igualdad. A juicio del Tribunal Supremo la exigencia del conocimiento del euskera para proveer determinados puestos de trabajo es conforme a la Constitución salvo en el caso de que suponga discriminación en cuanto se trate de cubrir plazas no directamente vinculadas a la utilización por los administrados que así lo deseen de la lengua de la Comunidad Autónoma. Sin embargo, el Tribunal anula el art. 3 de la Ordenanza que obliga a realizar en euskera las actividades internas de carácter administrativo pues ello supone vulnerar los derechos de las autoridades y funcionarios castellano-parlantes, así como los arts. 8 a 12 que imponen a la Administración General el uso del euskera en las relaciones interadministrativas y los arts. 40 a 42 que excluyen la necesidad de que se empleen simultáneamente el euskera y el castellano en las actividades que se regulan.

La STS de 23 de octubre de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Tercera, Ar. 8876, resuelve el recurso interpuesto contra la Orden del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco, de 14 de febrero de 1990, por la que se convocaban subvenciones a los Conservatorios de Música y Centros que imparten enseñanzas musicales con calificación de Centros No Oficiales Reconocidos. La citada Orden establecía baremos y módulos aplicables a los distintos centros en atención a la titularidad de los mismos, en orden a la distribución de las subvenciones. A estos efectos el Tribunal afirma que:

“(…) el art. 14 de la Norma Suprema constituye más que una obligación de igualdad en sí, un principio de no discriminación por las razones que en el precepto se contienen, de suerte que lo prohibido por el ordenamiento jurídico no es tanto la desigualdad de trato como la desigualdad carente de justificación razonable, pero ni de ese precepto, ni del que se contiene en el art. 27.9 de la Constitución cuando tras consagrar como derecho fundamental el derecho a la educación, dispone que ‘los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca’, se establece un mandato normativo del que derive que no quepa la atención a situaciones diversas, esto es, de igualdad real de todas las situaciones; si además se tiene en cuenta que la igualdad no consiste en la igualdad real de las condiciones, sino en el tratamiento igual de los casos iguales, no puede sostenerse, como hace la sentencia recurrida que esa diferenciación establecida entre centros de titularidad pública y centros de titularidad privada, carezca de

## IV. Fuentes del Derecho

una justificación objetiva y razonable, porque, como se insiste, de la Norma Suprema, ni del art. 14 ni del 27.9, se deduce un mandato normativo de carácter imperativo de igualdad real de todas las situaciones”.

Apoyándose en la doctrina anterior, el Tribunal concluye afirmando que tanto con base en el art. 27 CE, como con base en el art. 1.1 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, del derecho a la educación, no sólo se tolera, sino que se propicia un mayor esfuerzo de los poderes públicos hacia los centros de carácter público, de ahí que sea legítimo que la Orden impugnada pueda establecer baremos y condiciones diferentes atendiendo al criterio de la titularidad pública o privada de los centros, en la medida en que se parte de situaciones jurídicas diversas.

### **C) Principio de interdicción de la arbitrariedad: el carácter razonable de una regulación excluye su infracción**

La previsión del Real Decreto 1786/1997, de 1 de diciembre, que establece el régimen jurídico de los notarios y registradores que presten servicios con carácter permanente en la Dirección General de los Registros y del Notariado no infringe el principio de interdicción de la arbitrariedad. El acceso por concurso a las citadas plazas no constituye un sistema de acceso a la función pública sino de provisión de puestos de trabajo para sujetos que ya son funcionarios. Los méritos previstos para dicho concurso son claramente identificables y guardan relación con las funciones que van a desempeñar, por lo que su regulación no infringe el principio de interdicción de la arbitrariedad (STS de 24 de octubre de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Séptima, Ar. 9220).

ANA DE MARCOS FERNÁNDEZ

JORGE AGUDO GONZÁLEZ



**V. ACTOS ADMINISTRATIVOS, PROCEDIMIENTO Y CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS****Actos y Procedimiento Administrativos****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Concepto de acto administrativo. Distinción con disposiciones generales.** A) Una Orden por la que se convocan subvenciones es un acto

administrativo y no una disposición general. **3. Procedimiento Administrativo.**

**4. Requisitos del acto administrativo.** A) Motivación suficiente: la extensión de la motivación ha de estar en función de la mayor o menor complejidad de lo que se cuestione. **5. Eficacia y ejecución forzosa. 6. Invalidez del acto administrativo.**

A) Desviación de poder y arbitrariedad. B) Nulidad de pleno derecho de un acto dictado por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia.

C) Infracción de las normas procedimentales e indefensión (concepto de indefensión material). D) Provoca la anulabilidad del acto la omisión del trámite de audiencia previa cuando impide que el particular pueda conocer el contenido de la eventual propuesta de resolución, privándole de la posibilidad de alegar los motivos que justifiquen su actitud. **7. Eliminación del acto administrativo.** A) El plazo de cuatro años para declarar la lesividad de un acto se inicia desde la fecha en que se dicta dicho acto, y no se realiza el cómputo desde la de ningún otro acto posterior, ya sea de ejecución, complementario o derivado. Trascendido dicho plazo prescribe la acción de lesividad. B) En realidad se trata de una revisión de oficio y no de una rectificación de errores, cuando la rectificación representa claramente una alteración en el sentido del acto.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

La presente crónica abarca el período comprendido entre diciembre de 2000 y marzo de 2001 (marginales 8200 a 10700) respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y noviembre de 2000 a febrero de 2001 (marginales 1652 a 2200) respecto de la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, no habiéndose detectado ninguna novedad reseñable.

## 2. CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO. DISTINCIÓN CON DISPOSICIONES GENERALES

### A) Una Orden por la que se convocan subvenciones es un acto administrativo y no una disposición general

La STS de 23 de octubre de 2000, Ar. 8876, Sala Tercera, Sección Tercera, FD 4º, recoge la doctrina dominante en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que adopta el denominado criterio ordinalista para distinguir entre norma (disposiciones de carácter general) y acto administrativo, y, reiterando lo afirmado en la sentencia de instancia, sostiene que la Orden del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco, de fecha de 14 de febrero de 1990, mediante la que se convocaban subvenciones a los Conservatorios de Música y Centros que imparten enseñanzas musicales es un acto administrativo y no una norma: “(...) el acto en litigio era un acto administrativo de contenido plural que no obstante la relativa generalidad de su contenido y aun de su carácter preceptivo no se integra en el ordenamiento jurídico, sino que es aplicativo del mismo, por lo que, en ningún caso participa de los requisitos exigidos para el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general, no siendo por tanto preceptivo el trámite de audiencia de las entidades y organismos interesados (...)”.

## 3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

### A) Carácter informal de la denuncia

La iniciación de un procedimiento sancionador mediante denuncia realizada por una asociación privada a través de una simple fotocopia del acuerdo de su junta rectora, en la medida en que reúne todos los requisitos exigidos por el art. 11.1.d) del Real Decreto 1398/1993, es ajustada a la legalidad como reconoce la STSJ de Cataluña de 27 de junio de 2000, Ar. 1702.

### B) La omisión de un informe preceptivo genera un vicio de anulabilidad

La STS de 7 de febrero de 2000, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 10.360, afirma que la falta de informes preceptivos (en el caso enjuiciado, el del Secretario de una Corporación Local) no determina la nulidad de pleno derecho, sino una simple anulabilidad al no haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

### C) El cierre temporal es una medida cautelar y no una sanción

La STS de 23 de octubre de 2000, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 10458, establece los requisitos que deben concurrir en la medida de cierre temporal de una actividad para

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

que ésta puede conceptuarse como medida cautelar y no como sanción, precisando al efecto que “(...) el cierre del establecimiento debe quedar necesariamente supeditada a la corrección de los defectos o al cumplimiento de los requisitos exigidos por razones de sanidad, higiene o seguridad, de manera que observados éstos ha de levantarse la suspensión. En segundo lugar, los efectos o el riesgo para la sanidad, higiene o seguridad derivados del establecimiento o actividad de que se trate han de ser de suficiente entidad como para justificar una medida precautoria de suspensión, de forma que su adopción no resulte desproporcionada. Y por último, la resolución administrativa que acuerda la suspensión provisional debe reflejar, de forma explícita o implícita, la naturaleza o la finalidad de evitación del daño (...)”.

### **D) El silencio en materia de otorgamiento de licencias de edificación es positivo**

La aplicación de la LRJ-PAC a las Corporaciones Locales determina que el silencio en materia de otorgamiento de licencias de edificación sea en todo caso positivo, como señala la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 8 de septiembre de 2000, Ar. 2174, teniendo la certificación de acto presunto positivo, bajo el régimen primigenio de la LRJ-PAC, un mero carácter declarativo.

## **4. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

### **A) Motivación suficiente: la extensión de la motivación ha de estar en función de la mayor o menor complejidad de lo que se cuestione**

La STS de 17 de octubre de 2000, Ar. 8997, Sala Tercera, Sección Séptima, FD 3º, establece como viene reiterando la doctrina del Alto Tribunal en la interpretación del art. 54.1 LRJ-PAC, que la exigencia de que los actos se motiven con sucinta referencia a hechos y fundamentos de derecho significa que dicha motivación “(...) no constituye un simple elemento de cortesía (...), sino una explicitación de las razones que justifiquen el acto, para que posteriormente la jurisdicción contencioso-administrativa pueda controlar su actividad, lo que significa que su extensión ha de estar en función de la mayor o menor complejidad de lo que se cuestione e implica que pueda ser sucinta o escueta, sin necesidad de amplias consideraciones ante la cuestión que se plantea y resuelve (...)”.

## **5. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA**

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

La falta de constancia en el acuse de recibo de la notificación del número de identidad del sujeto receptor y su relación de parentesco o dependencia con el destinatario de la resolución administrativa impide tener por acreditada la notificación, siendo ésta inefi-

caz, como reitera la STS de 21 de julio de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 10102. Si es el destinatario el que, voluntariamente, se niega a firmar la notificación (recogiendo o no la resolución), no puede afirmarse que aquélla sea ineficaz o que coloque a su destinatario en una situación de indefensión, SSTs de 29 de septiembre de 2000, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 8445, y 10 de noviembre de 2000, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 10061.

### **B) Impugnación de los actos materiales de ejecución forzosa cuando éstos incurren por sí mismos en infracción del ordenamiento jurídico**

Los actos dictados en ejecución de otros anteriores y firmes cuando el acto de ejecución incurre en vicios o infracciones del ordenamiento jurídico independientes del acto originario únicamente en tal supuesto son susceptibles de impugnación autónoma, como reiteran una vez más la SSTSJ del País Vasco de 1 de septiembre de 2000, Ar. 2104, y de Cantabria de 1 de julio de 2000, Ar. 1753.

## **6. INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

### **A) Desviación de poder y arbitrariedad**

La STS de 25 de septiembre de 2000, Ar. 8594, Sala Tercera, Sección Séptima, FD 2º, establece un paralelismo entre la figura legal de la desviación de poder (art. 70.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998) y la arbitrariedad (art. 9.3 CE):

“(…) Constituye desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento (…). En el supuesto que enjuiciamos el recurrente no indica cuáles han podido ser los fines que se perseguían con la evaluación, que se aprobó por las autoridades militares competentes, distintos a los fijados por el ordenamiento jurídico, que consistían en clasificar a los Coroneles para el ascenso a General atendiendo a sus méritos y aptitudes.

La arbitrariedad no puede parificarse a un error en la evaluación. Imputar a la Administración actuar arbitrariamente al verificar la evaluación, que dio lugar a la propuesta para el ascenso que se materializó en los Reales Decretos impugnados, supone entender que las autoridades militares que realizaron dicha evaluación han procedido contra la razón y la justicia al puntuar los méritos y aptitudes del Coronel Interventor recurrente y de los ascendidos cuyos ascensos se impugnan.

Para que pueda considerarse que la Administración ha incurrido en desviación de poder o en arbitrariedad es necesario que, sin necesidad de exigir una prueba plena sobre la existencia de tales vicios, se acredite la concurrencia de hechos o elementos suficientes para

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

formar en el Tribunal la convicción de que las autoridades administrativas que intervinieron en los actos impugnados actuaron ajustándose externamente a la legalidad vigente, pero con finalidad distinta a la pretendida por la norma aplicable (desviación de poder), o apartándose manifiestamente de la razón y de la justicia en virtud de una motivación ilegítima (arbitrariedad), no pudiendo fundarse la estimación de estos vicios en meras conjeturas, irregularidades formales sin trascendencia o actos carentes de una verdadera significación al respecto. En este sentido, refiriéndose al vicio de la desviación de poder, se expresó la sentencia de 19 de septiembre de 1992 (Ar. 6934) y su criterio es aplicable al concepto de arbitrariedad, más difuso que aquél, al no estar definido en el ordenamiento (...)”.

Sobre concepto y requisitos de la desviación de poder, téngase también en cuenta la STS de 9 de diciembre de 2000, Ar.10684, Sala Tercera, Sección Séptima, FFDD 4º, 5º y 6º.

### **B) Nulidad de pleno derecho de un acto dictado por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia**

Las SSTS, de 18 de octubre de 2000, Ar. 9129 y de 25 de octubre de 2000, Ar. 9131, ambas de la Sala Tercera, Sección Tercera, reiteran la doctrina que viene manteniendo nuestro Alto Tribunal y declaran nulo de pleno derecho un acto dictado por la Administración del Estado cuando la competente es la Comunidad Autónoma por incurrir en el supuesto de nulidad de pleno derecho recogido en el art. 62.1. b) LRJ-PAC: actos dictados por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia. Concretamente, en este caso se trata de una autorización de usos permitidos en la zona de servidumbre de protección (art. 26.1 Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas) otorgada por el Estado cuando la Administración competente es la autonómica.

Téngase en cuenta que otras sentencias sobre la misma materia se encuentran reseñadas en los números 7, 8, 9,10 y 11 de esta revista.

### **C) Infracción de las normas procedimentales e indefensión (concepto de indefensión material)**

La STS de 17 de octubre de 2000, Ar. 8997, Sala Tercera, Sección Séptima, FD 2º, reitera la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 70/1984; 48/1986; 64/1986 y 98/1987) y del Tribunal Supremo y señala que el concepto de indefensión “(...) implica una limitación de los medios de defensa imputable a una indebida actuación de los órganos administrativos (...) y no coincide necesariamente, una indefensión relevante constitucionalmente con el concepto de la misma desde el punto de vista jurídico-procesal, no produciéndose dicha indefensión por cualquier infracción de las normas procedimentales, produciéndose cuando hay privación en cuanto a la necesidad de dicha alegación o de justificación de los derechos e intereses de la parte para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente a las partes en una posición de manifiesta desigualdad y se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción. En la cuestión examinada, la parte actora tuvo la posibilidad de defenderse en vía administrativa, formulando las correspon-

dientes alegaciones ante la Junta Electoral Central en términos reales y efectivos, sin limitación ni restricción del derecho de defensa, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes (...).”

**D) Provoca la anulabilidad del acto la omisión del trámite de audiencia previa cuando impide que el particular pueda conocer el contenido de la eventual propuesta de resolución, privándole de la posibilidad de alegar los motivos que justifiquen su actitud**

La STS de 5 de diciembre de 2000, Ar. 10087, Sala Tercera, Sección Cuarta, FD 3º, confirma la sentencia de instancia y declara anulable por omisión del trámite de audiencia (art. 84 LRJ-PAC), el acto por el cual se declaraban extinguidos los derechos sobre bienes comunales que venían unos vecinos de una localidad de Soria disfrutando, en el aprovechamiento de un lote de terrenos de naturaleza rústica, a causa de la falta de pago de la cuota anual de 220.000 pesetas, correspondiente al año agrícola 1989-1990, fijado como contraprestación prevista en el art. 99 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, de 13 de junio de 1986.

La sentencia expone que no existe un criterio rígido sobre el valor invalidante de la falta de trámite de audiencia, puesto que hay que estar a las circunstancias concurrentes en cada caso. Afirma que provoca la anulabilidad del acto (art. 63 LRJ-PAC) “(...) en los supuestos en que la omisión del trámite de audiencia previa —que con carácter general es plenamente exigible bajo sanción de anulabilidad— impide que el administrado pueda conocer suficientemente el contenido de la eventual propuesta de resolución que le haya de afectar, privándole de la posibilidad de alegar los motivos o razones que justifiquen su actitud en el curso de la audiencia que hubiese debido de otorgársele, con la consiguiente posibilidad de obtener una resolución favorable a sus intereses (...)”, es decir, como viene la jurisprudencia repitiendo reiteradamente, cuando la falta de dicho trámite de audiencia coloque al particular en una situación de indefensión material.

Es más, en este supuesto, señala la sentencia comentada que no solamente se prescindió del obligado trámite de audiencia previa, “(...) a través del cual se hubieran podido exponer las razones de demora, y en todo caso percatarse a través de la propuesta de resolución consiguiente del real alcance que le atribuía la entidad demandada, sino que no puede hablarse en puridad de conceptos, de la existencia de un auténtico expediente administrativo, cuya previa incoación habría de exigir el previo dictamen a que se refieren los arts. 54.3 del Texto Refundido de 18 de abril de 1986 y 9.3 del Reglamento de Bienes, y en este caso no se ha emitido (...)”, puesto que “(...) en el expediente administrativo no consta otra actuación previa al acuerdo declarando extinguidos los derechos mencionados, que no sea el requerimiento de pago (...), con la única consecuencia advertida a sus destinatarios de que se adoptarían, en caso de impago en el plazo de diez días, las medidas legales oportunas. A la intimación le siguió sin ninguna otra sustanciación el acuerdo declaratorio de extinción de derechos (...)”. Y todo ello teniendo en cuenta que al constituir “(...) las cuotas anuales establecidas un ingreso de derecho públi-

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

co exaccionable por vía recaudatoria (art. 137 de la Ley de Haciendas Locales), el requerimiento de pago efectuado no tiene por qué suponer una intimación previa a la posible declaración de extinción del derecho de aprovechamiento concedido, ni la simple demora en el pago de una anualidad (...)”.

### 7. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

**A) El plazo de cuatro años para declarar la lesividad de un acto se inicia desde la fecha en que se dicta dicho acto, y no se realiza el cómputo desde la de ningún otro acto posterior, ya sea de ejecución, complementario o derivado. Trascurrido dicho plazo prescribe la acción de lesividad**

La STS de 10 de octubre de 2000, Ar. 8245, Sala Tercera, Sección Séptima, FFDD 3º y 4º, establece que en el caso de que la Administración realice la declaración de lesividad para eliminar un acto anulable, según establece el art. 103 LRJ-PAC, una vez transcurrido el plazo de cuatro años que señala la Ley desde que se dictó el acto administrativo, dicha declaración no es ajustada a derecho puesto que ya habría “prescrito la acción de lesividad”. Concretamente la sentencia señala que el cómputo del plazo:

“(…) ha de partir, sin duda, de la fecha de tal acto, y no de la de ninguno otro posterior, si es de ejecución, o complementario, o derivado, como aquí sería el acto por el que se acuerda convalidar el gasto resultante del mencionado Convenio, cuando es precisamente este último –de 10 de abril de 1990– el que declara lesivo el Acuerdo del Consejo de Gobierno de dicha Diputación Regional –con fecha de 28 de abril de 1994–, y lógicamente, aquél contra el que la misma Diputación dirigía su impugnación, aunque expresamente mencionara el de 1 de agosto de 1990, de convalidación, pudiendo, además destacarse que la anulación de éste no afectaría a la del Convenio, que era el objeto indiscutible de la declaración de lesividad y de la pretensión de anulación, como acto originario del que surgían derechos y obligaciones para quienes lo suscribieron, por lo que, ciertamente, si desde su fecha –10 de abril de 1990– hasta la de la declaración de lesividad –28 de abril de 1994– ha transcurrido dicho plazo, obvia resulta la no concurrencia del requisito temporal, lo que conlleva a desestimar el motivo, al no haberse producido infracción de la normativa que cita el recurrente, sino, justamente, su precedente aplicación (...)”.

**B) En realidad se trata de una revisión de oficio y no de una rectificación de errores, cuando la rectificación representa claramente una alteración en el sentido del acto**

La STS de 31 de octubre de 2000, Ar. 9045, Sala Tercera, Sección Quinta, FD 3º, establece, como viene reiterando la jurisprudencia del Tribunal Supremo que puede la Administración hacer uso de la facultad de “brectificación de errores” prevista en el art. 105.2 LRJ-PAC, cuando se trate de un simple error material o de hecho, que se dará cuando “(...) el propio acto administrativo sea revelador de una equivocación manifiesta y evidente por sí misma, sin afectar a la idéntica pervivencia del mismo (...). No puede, pues calificarse como error material de un acto administrativo, cuando la rectificación

del mismo, implique un juicio valorativo, o cuando represente claramente una alteración del sentido del acto, de tal modo que si la rectificación implica en realidad, un sentido y alcance contrario o diferente del acto originario, modificando su contenido en la descripción y valoración de datos, la rectificación se convierte en realidad en una revisión de oficio (...)

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO

JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

## Contratos de las Administraciones Públicas

### Sumario:

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

**3. Procedimientos y formas de adjudicación.** A) Procedimiento negociado o contratación

directa. a) Inexistencia de los supuestos excepcionales que justifican la contratación directa.

b) Excepcionalidad de la contratación directa: necesidad de justificación e informe del

Interventor. B) Concurso. a) La experiencia y la cualificación técnica entran dentro de los

criterios objetivos del art. 86 LCAP. b) Adjudicación del concurso: facultad discrecional de

la Administración. c) Límites a la potestad discrecional de la Administración en la adjudica-

ción de concurso: adjudicación por los Tribunales. d) Facultad de la Administración para

declarar desierto el concurso. e) Adjudicación a empresa que no cumplía los requisitos exi-

gidos en el Pliego de Condiciones: anulación de la adjudicación. f) Motivación en la adjudi-

cación de concurso. **4. Régimen jurídico de los contratos administrativos.** A) Técnicas de

garantía del equilibrio financiero. a) Doctrina del enriquecimiento injusto. b) Equilibrio

económico-financiero de las concesiones administrativas. c) Suspensión de obras por inter-

dicto de obra nueva: no es un caso de fuerza mayor. d) La incorporación de un estudio de

seguridad e higiene ha de ser abonado al contratista. B) Garantías de los contratos.

a) Diferencia entre contrato de fianza y contrato de caución. b) Distinción entre avales que

garantizan la devolución de los abonos a cuenta realizados por la Administración y la fianza

definitiva prestada por el contratista. C) Resolución de los contratos. a) Incumplimiento

imputable a la Administración y al contratista. b) Incumplimiento del contratista.

c) Denuncia de un contrato por la Administración como consecuencia de que la persona

que contrató cesó como representante de la empresa contratada. d) Ausencia del Dictamen

preceptivo del Consejo de Estado. e) No procede la caducidad del expediente de resolución

contractual por exceder su tramitación del plazo de seis meses. f) Intervención del avalista.

g) Es posible que la Administración varíe la causa de resolución en la tramitación del expe-

diente. **5. Contratos administrativos típicos.** A) Contrato de obra. a) No se produce el otor-

gamiento tácito de la prórroga. b) Suspensión de obras por interdicto de obra nueva.

c) Endoso de certificaciones. B) Contrato de servicio público. a) Inicio del derecho del con-

tratista a la percepción de prestación económica: desde el momento en que se comienza a prestar realmente el servicio, no desde la fecha de adjudicación ni de formalización del contrato.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de julio a noviembre de 2000 de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y de los meses de marzo a mayo, por lo que respecta a la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia. Resultan de gran interés las sentencias relativas a la fiscalización de la adjudicación por concurso, a la declaración como desierto del mismo y al control que ejercen los tribunales sobre las facultades discrecionales de la Administración contratante.

## 2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS

Naturaleza administrativa de un contrato de transporte

El TSJ de Madrid, en su Sentencia de 18 de mayo de 2000, Ar. 2097, califica como contrato administrativo especial un contrato de transporte celebrado por el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial Esteban Terradas (INTA). Considera el Tribunal que, aunque el INTA no tiene como finalidad directa la realización de transportes, sí entra dentro de lo que es el núcleo de su actividad principal por la necesidad que tiene de comunicación con otros centros, dependencias, empresas, etc.

## 3. PROCEDIMIENTOS Y FORMAS DE ADJUDICACIÓN

### A) Procedimiento negociado o contratación directa

#### a) Inexistencia de los supuestos excepcionales que justifican la contratación directa

La STSJ de Cantabria de 12 de mayo de 2000, Ar. 1184, sostiene que en este caso no concurren los motivos legalmente recogidos como presupuestos que justifican el procedimiento de contratación directa. Dichos supuestos son los del art. 120 del Texto Refundido de las Disposiciones sobre Régimen Local, cuya Exposición de Motivos revela los mismos como supuestos excepcionales.

Considera el Tribunal que si bien es cierto que la Junta Vecinal, que adjudica el contrato y resulta demandada, cuenta con un número muy exiguo de vecinos, ello no puede exo-

nerarle de la obligación, cuando menos, de acudir al procedimiento legalmente previsto para la adjudicación del contrato.

### **b) Excepcionalidad de la contratación directa: necesidad de justificación e informe del Interventor**

El art. 120.1.2º del Texto Refundido de Régimen Local (TRRL) establece que la contratación directa sólo podrá acordarse en los casos que determina “que deberán justificarse debidamente en el expediente”. Considera el TS (en su **Sentencia de 16 de octubre de 2000**, Ar. 8914, FJ 5º) que la debida justificación es esencial, ya que la Administración acude a un procedimiento de contratación excepcional, en el que se omiten las garantías propias de la contratación administrativa ordinaria. Esta justificación debe alcanzar al extremo de que las necesidades apremiantes de verificar el contrato no puedan lograrse por medio de la tramitación urgente regulada en el art. 116, ya que así lo dispone el precepto comentado. Es pues indispensable que se justifique que, acudiendo a la indicada tramitación urgente, no es posible satisfacer las necesidades apremiantes que obligan a la inmediata contratación. Por tanto, la justificación de las necesidades apremiantes “es un requisito esencial para que la contratación directa pueda acordarse, que en modo alguno puede calificarse como incumplimiento de un mero requisito formal subsanable en cualquier momento, dado el carácter excepcional de este sistema de contratación, que impone su restricción a los supuestos taxativamente previstos, con un cumplimiento riguroso de las exigencias de justificación” (FJ 5º, párrafo 5º).

Para el TS (en la sentencia antes citada, FJ 6º), la cualidad excepcional del sistema de contratación directa impone, igualmente, el cumplimiento estricto de las normas que permiten su autorización. Entre estas normas está la exigencia de los previos informes del Secretario y del Interventor, informes preceptivos e indispensables por aplicación de lo dispuesto en el art. 120.1.2º del TRRL.

### **B) Concurso**

#### **a) La experiencia y la cualificación técnica entran dentro de los criterios objetivos del artículo 86 LCAP**

Los criterios de selección del contratista recogidos en el art. 86.1 LCAP para la adjudicación de los contratos por concurso, no están tanto referidos al contratista en cuanto tal sino en cuanto a la oferta, lo que no excluye la consideración de las condiciones personales del contratista. El hecho de que el art. 86 establezca expresamente que esos criterios han de ser “objetivos”, “más parece referida esa condición a la generalidad y abstracción del criterio que a la alternativa sujeto (contratista)/objeto (obras)” (**STSJ de Extremadura de 24 de mayo de 2000**, Ar. 1588, FJ 2º).

Afirmado lo anterior, el Tribunal considera que nada impide que se valore la experiencia profesional en obras de similares características y la cualificación técnica de las empresas

que concurrieron al concurso como criterios de adjudicación. Con ello no se ha sustituido la clasificación requerida inicialmente para poder concursar, como criterio de selección, sino que se ha venido a abundar, si cabe, o a concretar aun más lo que en la primera selección no persigue sino garantizar *a priori* una primera selección de contratistas aptos para cumplir eficazmente las obligaciones contractuales (FJ 4°).

#### **b) Adjudicación del concurso: facultad discrecional de la Administración**

Así se afirma en la **STS de 28 de noviembre de 2000**, Ar. 9625, en la que se declara que “aun cuando el concursante rechazado cumpliera también todas las condiciones del pliego, el órgano encargado de ponderar las ofertas tenía un margen de libertad para la apreciación de las circunstancias propias de cada concurrente. Esta discrecionalidad se utilizó en este caso con un fundamento razonable, puesto que las características técnicas de las ofertas eran semejantes pero no idénticas y, por ello, el precio no tenía necesariamente una influencia decisiva en esta modalidad contractual (...)” (FJ 6°).

#### **c) Límites a la potestad discrecional de la Administración en la adjudicación de concurso: adjudicación por los Tribunales**

La **STS de 25 de septiembre de 2000**, Ar. 8416, confirma la Sentencia de instancia por la que se anula una adjudicación de contrato y se declara el derecho de otra licitadora a la adjudicación de dicho contrato.

El TS sostiene (FJ 2°) “que no se trata de la sustitución por el órgano jurisdiccional de unas facultades discrecionales para apreciar extremos técnicos, propias de la competencia del órgano de contratación, sino de examinar y comprobar cuáles han sido los motivos por los que la proposición escogida resultaba la más ventajosa, conforme a los criterios expresados en el Pliego de Bases (...), actividad que realizó la Sala de instancia y que constituye el control jurisdiccional de la legalidad de la actuación administrativa que a los Tribunales corresponde según el artículo 106.1 de la Constitución”.

En otra **Sentencia de 2 de octubre de 2000**, Ar. 9125, FJ 5°, el **Tribunal Supremo** considera que en el caso que examina concurren circunstancias de hecho (hechos determinantes) que obligan a que, al revisarse el ejercicio de la potestad discrecional en la adjudicación de un concurso, y decidido que la adjudicación realizada por la Administración debía anularse por infringir el ordenamiento jurídico, la Sala de instancia estimase que tales circunstancias de hecho determinaban la procedencia de adjudicar el concurso a la otra empresa licitadora.

Los hechos determinantes que permiten a la Sala de instancia limitar y controlar el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración son:

a) Que no resulta admisible la oferta de la empresa que es adjudicataria del concurso;

b) Que no existen otros licitadores;

c) Que no se aporta ningún dato que permita entender admisible y ajustado a derecho que se declare desierto el concurso por no reunir la proposición de la otra empresa licitadora las condiciones exigibles.

Para el TS la solución de declarar desierto el concurso no es una potestad sin límites de que la Administración pueda hacer uso sin justificación alguna. Su imprescindible motivación ha de radicar en que ninguna de las ofertas realizadas por los licitadores cumpla los requisitos necesarios para su aceptación. La consecuencia de ello es que “la Sala de instancia actuó conforme al ordenamiento, efectuando un control de la actividad discrecional de la Administración por razón de los hechos determinantes, al decidir la procedencia de adjudicar el concurso” a la otra empresa licitadora.

### **d) Facultad de la Administración para declarar desierto el concurso**

Afirma el TS en su **Sentencia de 21 de julio de 2000**, Ar. 7758, que “la declaración de un concurso como desierto será válida cuando incluya las concretas razones de interés general que la aconsejen y, además, estas razones sean coherentes con esas pautas que representan los criterios de adjudicación del pliego de condiciones”.

### **e) Adjudicación a empresa que no cumplía los requisitos exigidos en el Pliego de Condiciones: anulación de la adjudicación**

De acuerdo con lo establecido en el Pliego de Condiciones, era exigible que los licitadores ofreciesen un canon a pagar a la Administración por la concesión. Dicho canon debía abonarse totalmente al contado en el momento de la formalización del contrato, a plazo, con la oportuna revisión de intereses, o mediante la modalidad de un canon anual. La oferta presentada por la empresa que resultó adjudicataria no contiene previsión alguna respecto al abono de un canon en algunas de las modalidades señaladas. En su lugar, se atribuye en dicha propuesta la condición de canon a una previsión de inversiones en el conjunto de las instalaciones objeto de la concesión. La sustitución del canon por el abono en metálico de esta cantidad inicialmente prevista como inversión, se efectúa a instancia del propio Ayuntamiento, que desvirtúa así el sentido de la oferta, en beneficio de un licitador y en perjuicio de otro, con infracción del principio de igualdad de trato a todos los ofertantes.

Considera el TS (**Sentencia de 2 de octubre de 2000**, Ar. 9125, FJ 3º) que la interpretación por el Ayuntamiento de las condiciones de la oferta no puede ampararse en el derecho de los licitadores a introducir en sus proposiciones las modificaciones que resulten más ventajosas, porque en este caso no se trataba de que se hubiese introducido una modificación en la proposición, sino que se había prescindido del ofrecimiento de un canon a pagar al Ayuntamiento.

**f) Motivación en la adjudicación de concurso**

La STS de 3 de noviembre de 2000, Ar. 8588, FJ 4º, recoge la jurisprudencia que exige:

“a) que la Administración ha de expresar las razones que le inducen a otorgar preferencia a uno de los solicitantes frente al resto de los concursantes, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo, al mismo tiempo, que el no beneficiario pueda contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto y el órgano judicial apreciar si se ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos; b) que tal exigencia de motivación no puede ser suplida por la simple fijación de las puntuaciones, y c) que con esa exigencia no se trata de sustituir el criterio técnico de la Administración, sino de conocer en qué ha consistido éste y cuáles han sido los datos determinantes de la decisión.”

Esta jurisprudencia hace referencia a supuestos en los que el Tribunal aprecie que, al menos en apariencia, una de las ofertas participantes en un concurso reúne mejores condiciones que la que resultó adjudicataria y además, en el expediente haya una total ausencia de cualquier referencia acerca de las razones determinantes de la adjudicación (FJ 4º). Con ello, afirma el Tribunal, “no trata de ‘sustituir el criterio técnico de la Administración’ sino, simplemente, de hacer que ésta explique en qué se ha fundado para adoptar una determinada resolución dando, de este modo, la oportunidad a los afectados para conocer los motivos que la han inspirado y poder recurrirla ante los órganos judiciales”.

**4. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS****A) Técnicas de garantía del equilibrio financiero****a) Doctrina del enriquecimiento injusto**

La STS de 9 de octubre de 2000, Ar. 8240, aplica la doctrina del enriquecimiento injusto, que sirve como “corrección al principio de inalterabilidad de los contratos administrativos o imposibilidad de modificarlos salvo en los casos del art. 149 Reglamento General de Contratación”. Así, en esta sentencia, siguiendo reiterada jurisprudencia del Tribunal, —entre otras las Sentencias de 20 de diciembre de 1983, de 24 de enero de 1984 y, más recientemente, de 26 de febrero de 1999—, se impone a la Administración contratante la obligación de pagar el exceso en la ejecución de las obras, efectivamente realizado y entregado, como consecuencia de actos de la propia Administración o de la dirección facultativa de la obra.

En esta misma doctrina jurisprudencial se basa la STS de 16 de octubre de 2000, Ar. 8249, en la que además se precisa lo siguiente:

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

“De modo que si el Ayuntamiento ha experimentado un enriquecimiento como consecuencia de las obras realizadas por el contratista fuera de contrato, y el contratista ha sufrido un empobrecimiento correlativo al haber sufragado el importe de tales obras, el Ayuntamiento debe satisfacer su coste, pues de otro modo se enriquecería injustamente con dichas obras, que pasan a integrarse en su patrimonio, siempre que el contratista no hubiese actuado unilateralmente, sino siguiendo órdenes de la Administración o del Director de la obra, aunque tuviese vicios de forma (FD 2º)”. (...) “No es posible introducir una diferenciación conceptual, a efectos de la aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, entre incrementos de unidades de obra, excesos en la ejecución de las obras, ejecución de obras complementarias necesarias para la conclusión del proyecto o modificaciones de las obras contempladas en el proyecto técnico (FD 3º)”. “De modo que si el Ayuntamiento ha experimentado un enriquecimiento como consecuencia de las obras realizadas por el contratista fuera de contrato, y el contratista ha sufrido un empobrecimiento correlativo al haber sufragado el importe de tales obras, el Ayuntamiento debe satisfacer su coste, pues de otro modo se enriquecería injustamente con dichas obras, que pasan a integrarse en su patrimonio, siempre que el contratista no hubiese actuado unilateralmente, sino siguiendo órdenes de la Administración o del Director de la obra, aunque tuviese vicios de forma (FD 2º)”. (...) “No es posible introducir una diferenciación conceptual, a efectos de la aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, entre incrementos de unidades de obra, excesos en la ejecución de las obras, ejecución de obras complementarias necesarias para la conclusión del proyecto o modificaciones de las obras contempladas en el proyecto técnico (FD 3º)”.

### b) Equilibrio económico-financiero de las concesiones administrativas

El Tribunal Supremo en la STS de 2 de octubre de 2000, Ar. 8601, recuerda la jurisprudencia sobre el mantenimiento del equilibrio financiero de las concesiones administrativas y al respecto afirma “que se trata de un deber de la Administración sin el cual la concesión no puede subsistir”. No obstante, el Tribunal en el caso enjuiciado aprecia (FD 12º) que no se ha infringido el artículo 129 (apartados 3 y 4) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, sobre la retribución prevista para el concesionario que permita, mediante una ordenada administración, amortizar durante el plazo de la concesión el coste del establecimiento del servicio, cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial (...).

### c) Suspensión de obras por interdicto de obra nueva: no es un caso de fuerza mayor

La STS de 31 de octubre de 2000, Ar. 9011, conoce de un caso en el que se suspende la ejecución de un contrato de obras durante ochenta días debido al ejercicio de una acción interdictal de obra nueva. El Tribunal entiende que este caso no puede ser incluido en alguno de los supuestos legales de fuerza mayor del art. 46 Ley de Contratos del Estado, ni tampoco acudiendo al procedimiento analógico del núm. 6 del art. 132 del Reglamento General de Contratación, apoyándose en el carácter tasado, por su singularidad, de la consideración de la fuerza mayor. Asimismo, siguiendo jurisprudencia relativa a esta cuestión –de quién debe soportar los daños sufridos por el contratista como consecuencia de la orden de suspensión de los trabajos acordada por el Juzgado compe-

tente, al interponerse por tercero un interdicto de obra nueva— el Tribunal sostiene que corresponde al contratista asumir el riesgo y ventura derivado de la paralización de las obras toda vez que la suspensión de la obra no había sido acordada por la Administración y tampoco resultaba imputable a la Administración, en sus títulos o en su forma de actuar, causa que diese lugar a que el interdicto prosperase.

**d) La incorporación de un estudio de seguridad e higiene ha de ser abonado al contratista**

Así lo reconoce la jurisprudencia del Tribunal Supremo y recientemente la **STS de 18 de octubre de 2000**, Ar. 8919, en la que se considera que aunque ese estudio, exigido por el Real Decreto 555/1986, de 21 de febrero, no se hubiera previsto en ningún momento por la Corporación contratante, forma parte del proyecto de ejecución de la obra y aunque no se integre en el presupuesto de ejecución material, procede su abono separado al contratista.

**B) Garantías de los contratos**

**a) Diferencia entre contrato de fianza y contrato de caución**

La diferencia entre contrato de fianza y contrato de caución es irrelevante en el ámbito de la contratación administrativa, por cuanto ambas figuras sirven como garantía de la ejecución del contrato. Ésta es la doctrina que se extrae de la **STS de 10 de octubre de 2000**, Ar. 8243, en la que se recurren los acuerdos de un Ayuntamiento en los que se resolvía el contrato de obras que se había adjudicado a una empresa constructora y se disponía la pérdida de la fianza definitiva prestada a través de aval otorgado por una Entidad de seguros.

**b) Distinción entre avales que garantizan la devolución de los abonos a cuenta realizados por la Administración y la fianza definitiva prestada por el contratista**

A esta distinción se refiere la **STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2000**, Ar. 2149, cuando alude a que:

“El aval, por tanto, es al que se refiere el artículo 143 del Reglamento General de Contratación, en cuya virtud cuando la Administración verifique abonos a cuenta para operaciones preparatorias realizadas por el contratista en las condiciones señaladas en los pliegos de cláusulas, deberá adoptar las medidas convenientes para que queden precisamente garantizados los referidos pagos mediante la prestación de aval por el importe de aquellos anticipos (...) Este aval, en consecuencia, “es distinto e independiente de la fianza definitiva que deben prestar los adjudicatarios de los contratos de obras para responder de los conceptos que se relacionan en el art. 115 de la Ley de Contratos del Estado (...), las distintas garantías ofrecidas por el contratista no constituyen un fondo a libre disposi-

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

ción de la Administración para que con cargo al mismo se pueda exigir el cumplimiento de cualquier obligación de contenido económico.”

### C) Resolución de los contratos

#### a) Incumplimiento imputable a la Administración y al contratista

En caso de que el incumplimiento del contrato sea imputable a ambas partes se procede a la aplicación de la doctrina de la compensación de culpas, por lo que se excluyen las responsabilidades que se exigen mutuamente Administración y contratista en orden a la indemnización de daños y perjuicios. Así lo aprecia el Tribunal Supremo en STS de 9 de octubre de 2000, Ar. 8241.

#### b) Incumplimiento del contratista

También es el caso del que conoce la STS de 17 de octubre de 2000, Ar. 8915, sobre un contrato celebrado por el organismo autónomo Instituto de Salud Carlos III para la realización de sistemas informáticos para el desarrollo de una aplicación de nóminas con destino al Instituto. En esta sentencia se subraya, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo y los Dictámenes del Consejo de Estado “que el plazo fijado para el cumplimiento de la prestación contractual constituye el elemento básico de la relación jurídica establecida, de forma que cuando éste aparece como un elemento relevante, es una determinación esencial que no accesoria o agregada a la esencia de la prestación, de donde se desprende que si el plazo transcurrió el contrato quedó sustancialmente afectado por dicha situación, y el incumplimiento resultó claramente imputable al contratista...”

Por otro lado, la STS de 14 de noviembre de 2000, Ar. 9614, descarta la vulneración en este ámbito del principio de proporcionalidad. Así, la citada sentencia mantiene que la facultad del Ayuntamiento, prevista en el art. 65.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de exigir, ante el incumplimiento del contratista, el cumplimiento o declarar la resolución del contrato, no viene condicionada por una previa calificación del incumplimiento como grave.

#### c) Denuncia de un contrato por la Administración como consecuencia de que la persona que contrató cesó como representante de la empresa contratada

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 27 de octubre de 2000, Ar. 9611, estima en el caso de un contrato de venta de efectos timbrados provinciales, que “la condición de representante fue determinante del contrato inicial y en él hubo una previsión de denuncia contractual; y esto hace que la discutida denuncia que se decidió en los actos administrativos aquí impugnados deba ser considerada, no sólo conforme con lo contractualmente estipulado, sino, además apoyada en una circunstancia (la pérdida de la representación) que no puede calificarse de arbitraria, al ser expresiva de la desaparición de lo que fue uno de los presupuestos de ese contrato inicial” (...).

Entiende además el Tribunal que carece también de fundamento el reproche de falta de justificación que se dirige a la denuncia contractual acordada por la Administración, en la medida que “la liberación de un compromiso afectante a un servicio público, por parte del ente público que ostenta la responsabilidad sobre él, significa recuperar una mayor libertad en cuanto a la organización de su gestión, y eso ya permite aceptar la presencia de una razón de interés general en la decisión de denuncia contractual aquí controvertida”.

#### **d) Ausencia del Dictamen preceptivo del Consejo de Estado**

La STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2000, Ar. 2149, reitera la jurisprudencia que ha venido negando efectos anulatorios a la omisión del Dictamen del Consejo de Estado, salvo cuando se formule oposición a la resolución contractual por parte del contratista, pues sólo ante esta hipótesis resulta preceptiva la intervención del citado órgano consultivo con arreglo a lo previsto en el art. 22.11 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado. Con posterioridad, este criterio se ha introducido expresamente en el art. 60.3. a) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

#### **e) No procede la caducidad del expediente de resolución contractual por exceder su tramitación del plazo de seis meses**

Esta afirmación se contiene en la STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2000, Ar. 2149, para la que, conforme a la interpretación que confiere el Tribunal Supremo al art. 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, la inactividad de la Administración produce únicamente la posible responsabilidad disciplinaria del funcionario causante de la demora.

#### **f) Intervención del avalista**

Conforme declara la citada STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2000, Ar. 2149, en la resolución de un contrato administrativo al poder resultar afectados los avalistas se les ha de conceder el trámite de audiencia, resultando injustificado que se entiendan con ellos todos los trámites procedimentales.

#### **g) Es posible que la Administración varíe la causa de resolución en la tramitación del expediente**

Así lo entiende la STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2000, Ar. 2149, que argumenta en este punto que “esta alteración fue debida a la concurrencia de diversos motivos determinantes de idéntica consecuencia resolutoria”.

### 5. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

#### A) Contrato de obra

##### a) No se produce el otorgamiento tácito de la prórroga

En la STS de 17 de noviembre de 2000, Ar. 9604, el Tribunal Supremo considera que no existe concesión tácita de la prórroga, pues aunque el contratista hubiese solicitado la ampliación del plazo de ejecución a causa del importante volumen de obra ejecutada fuera de proyecto y la Administración no contestara a su solicitud, “en este caso no existió un verdadero silencio de la Administración, por cuanto la misma desarrolló actos concluyentes que permitían entender implícitamente y sin margen para la duda que no se había concedido esa prórroga, cuales eran precisamente la incoación del expediente de resolución por incumplimiento del plazo de contrata y las actuaciones subsiguientes. No hubo, pues, ninguna apariencia jurídica que pudiera hacer pensar al contratista que se hubiera concedido, siquiera tácitamente, esa ampliación del plazo de ejecución, más bien al contrario (...) (FD 5º)”.

##### b) Suspensión de obras por interdicto de obra nueva

Las consecuencias perjudiciales de la suspensión de la ejecución de unas obras acordada por el juzgado competente a causa de la interposición por un tercero de un interdicto de obra nueva corren a cargo del contratista conforme al principio de riesgo y ventura. Así lo entiende la STS de 31 de octubre de 2000, Ar. 9011, en la que se descarta la aplicación del art. 49 de la Ley de Contratos del Estado en relación con el art. 148 de su reglamento:

“Los citados preceptos disponen que si la Administración acordase la suspensión temporal de las obras por espacio superior a una quinta parte del plazo total del contrato, o, en todo caso, si aquélla excediera de seis meses, se abonará al contratista los daños y perjuicios que pueda sufrir y en el caso que nos ocupa, no se da ninguno de los dos requisitos exigidos por la Ley (...)”

##### c) Endoso de certificaciones

Las SSTS de 3 de octubre de 2000, Ar. 8603, y de 24 de octubre de 2000, Ar. 9004, distinguen en estos términos entre “certificación” y “endoso”:

“La certificación en cuestión, que tiene el concepto de pago a cuenta y está sujeta, en los términos del art. 142 del Reglamento de Contratación del Estado, aplicable, a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final, responde al derecho del contratista al abono de la obra que realmente ejecute con arreglo al precio convenido, en los términos previstos en el art. 47 de la Ley Contratos del Estado, y a la obligación a cargo de la Administración de expedirla en lo que corresponda a la obra ejecutada, según aquel pre-

cepto del Reglamento, mientras que los “endosos” de esas certificaciones a una entidad bancaria son apoderamientos o comisiones de cobranza en favor de ésta.”

En estas sentencias también se sostiene que el perjuicio por el retraso lo sufre el endosante y no necesariamente la entidad “endosataria”.

### **B) Contrato de servicio público**

#### **a) Inicio del derecho del contratista a la percepción de prestación económica: desde el momento en que se comienza a prestar realmente el servicio, no desde la fecha de adjudicación ni de formalización del contrato**

Afirma el TS, en su Sentencia de 9 de octubre de 2000, Ar. 8241, FJ 3º, que no es la fecha de adjudicación ni la de formalización del contrato la que determina la obligación del Ayuntamiento a pagar los servicios prestados por la empresa contratista, sino la fecha en que efectivamente se comenzaron a prestar realmente dichos servicios, siendo por tanto indiferente el mes en que se impuso a la empresa la obligación de hacerse cargo del pago de los trabajadores del servicio.

JULIA ORTEGA BERNARDO  
MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

**VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. La naturaleza consultiva y constitucional del Consejo de Estado. 3. Administración local.** A) El estatuto de los miembros de las corporaciones locales: la potestad de las corporaciones locales para establecer el régimen de dedicación e indemnización de sus miembros. B) Las Mancomunidades de Municipios: su objeto. C) Organización municipal. a) La distribución de competencias en materia urbanística entre el Pleno y el Alcalde. **4. Colegios profesionales y profesiones tituladas.** A) Delimitación de competencias entre aparejadores y arquitectos: proyectos de obras y construcciones. B) Delimitación de competencias entre ingenieros de caminos, canales y puertos y arquitectos superiores.

**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 naturaleza constitucional del Consejo de Estado, administración local, mancomunidades de municipios, organización local, y colegios profesionales y profesiones tituladas.

**2. LA NATURALEZA CONSULTIVA Y CONSTITUCIONAL DEL CONSEJO DE ESTADO**

En la STS, Sala Tercera, Sección Primera, de 6 de octubre de 2000, Ar. 9841, el Tribunal Supremo se declaró competente para conocer del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra un Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo de Estado de 10 de diciembre de 1999, que desestimaba el recurso de reposición formulado contra la Resolución de 7 de octubre de 1999 de la Presidencia del Consejo de Estado relativo a una materia de personal.

Previa a esta Sentencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (en adelante AN), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.3 de la Ley Jurisdiccional elevó una exposición razonada al TS por considerar a éste el órgano judicial competente para conocer del presente recurso, y en la que cuestionaba su propia

competencia debido a la relevancia constitucional de las instituciones y órganos que aparecen mencionados en el artículo 12.1. c) de la Ley Jurisdiccional —entre los que no se encuentra el Consejo de Estado— y cuyos actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial corresponde conocer, en caso de recurso, al Tribunal Supremo.

Pues bien, parece que a juicio de la AN, la exclusión del Consejo de Estado del artículo 12.1. c) es una “omisión no querida por el legislador”, y que tiene como consecuencia jurídica que la fiscalización de los actos en materia de personal de este órgano no pueda ser realizada por el TS, conclusión que no parece demasiado acertada debido a la naturaleza e importancia de las funciones desempeñadas por el Consejo de Estado.

Debido a ello, y a la vista de las dudas razonables que plantea la AN acerca de su competencia por considerar al Consejo de Estado como un órgano de relevancia constitucional, el TS de acuerdo a la jurisprudencia constitucional ha afirmado la doble naturaleza constitucional y consultiva del Consejo de Estado, y se ha atribuido en consecuencia, el conocimiento de los actos del mismo de acuerdo al artículo 12.1.c) de la Ley Jurisdiccional. Para argumentar su decisión, el TS ha acudido a la Sentencia del Tribunal Constitucional 56/1990, de 26 de marzo, que estableció que “el Consejo de Estado no forma parte de la Administración activa (...) (y) (...) pese a la dicción literal del artículo 107 de la CE, que se refiere a él como supremo órgano consultivo del Gobierno, tiene en realidad el carácter de órgano de Estado con relevancia constitucional al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece”, (en similares términos se pronuncia también la STC 204/1991, de 26 de noviembre).

### 3. ADMINISTRACIÓN LOCAL

#### **A) El estatuto de los miembros de las corporaciones locales: la potestad de las corporaciones locales para establecer el régimen de dedicación e indemnización de sus miembros**

La STS, Sala Tercera, Sección Cuarta, de 10 de julio de 2000, Ar. 9698, viene a casar la Sentencia del Tribunal de instancia relativa a un acuerdo municipal por el que se establecía el régimen de dedicación e indemnización de los miembros corporativos, estimando particularmente el recurso de casación interpuesto.

Dicha Sentencia se basa en las argumentaciones jurídicas vertidas por otras Sentencias del TS de fechas 18 de enero y 3 de abril de 2000. Al hilo de las argumentaciones de dichas Sentencias se viene a interpretar el tenor del artículo 13 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales (ROF) a la hora de establecer el régimen de indemnizaciones que corresponden a los miembros de las Corporaciones Locales.

## VI. Organización Administrativa

La Sentencia da 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 no se agota con las indemnizaciones contempladas en el citado artículo 13 del ROF porque mientras que 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.

La autonomía municipal en este aspecto se puede concretar según la Sentencia en la “fijación de retribución por el ejercicio del cargo desempeñado con dedicación exclusiva; establecimiento de las indemnizaciones que se acuerden no en razón del propio cargo desempeñado, sino para resarcir los perjuicios derivados de su desempeño que pueden ser tanto gastos realizados como ganancias estimadas que se dejan de percibir; y que se respete el límite general establecido para retribuciones e indemnizaciones de los miembros de las Corporaciones Locales”.

Sin duda alguna la cuestión de la remuneración o de la gratuidad de los cargos en las Corporaciones Locales ha venido siendo muy debatida evolucionando esta cuestión en los últimos tiempos.

En base a esta interpretación del concepto jurídico de indemnización por el TS se da un viraje importante en lo relativo a las indemnizaciones a percibir por los ediles municipales y se considera ajustado a Derecho las percepciones mensuales a corporativos que tuvieran otorgada alguna delegación y que pudiera considerarse como indemnización de la mayor dedicación que comporta el desempeño del cargo específico. No considerándose ajustado a Derecho la asignación de percepciones a determinados grupos políticos ya que ni en el ROF ni en la Ley de Bases se prevén una subvención o formas asimiladas de financiación a grupos políticos que se traduzcan en percepciones de cantidades fijas y mensuales según el número de miembros con alguna delegación.

La importancia de la Sentencia comentada en el aspecto aludido ha sido fundamental ya que las tesis mantenidas en la misma han sido la base de la modificación del artículo 75 de la Ley de Bases por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. En el artículo 42 de dicha Ley se da una nueva redacción al citado artículo 75 en donde se establece la posibilidad de la percepción de retribuciones por ostentar delegaciones.

### **B) Mancomunidades de Municipios: su objeto**

La STS, Sala Tercera, Sección Cuarta, de 12 de diciembre de 2000, Ar. 10093, siguiendo la doctrina ya establecida por este órgano jurisdiccional en las Sentencias de 10 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1880 y 1530), estimó el recurso interpuesto por la representación de la Administración del Estado contra los Estatutos de la Mancomunidad de Municipios

Euskaldunes aprobados por el Ayuntamiento de Lizartza, anulando los mismos en virtud de lo dispuesto en el artículo 44.1 LBRL que establece que las Mancomunidades de Municipios deben constituirse para la realización de obras y la prestación de servicios, por lo que la finalidad de fomentar, desarrollar y promover el uso del vascuence que era el objeto por el que se constituía la citada Mancomunidad, no puede considerarse incluido entre los fines enunciados por este artículo dando lugar este hecho a la casación de la Sentencia del Tribunal de instancia.

### **C) Organización municipal**

#### **a) La distribución de competencias en materia urbanística entre el Pleno y el Alcalde**

La STS, Sala Tercera, Sección Quinta, de 7 de diciembre de 2000, Ar. 10521, declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla y León que estimó un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Riaza de 30 de junio de 1995 desestimatorio de la solicitud de adopción de las medidas legales conducentes a la restauración del orden urbanístico alterado.

En dicha Sentencia, el TSJ argumentó para anular el Acuerdo del Pleno Municipal de junio de 1994, que las licencias municipales se deben conceder por Decreto del Alcalde y no por acuerdo del Pleno, y que las edificaciones en las dos parcelas en litigio han de ajustarse necesariamente a los retranqueos que establecen las normas urbanísticas para el polígono industrial.

A esta misma conclusión llega también el TS al afirmar que el artículo 22 LBRL, que regula las competencias del Pleno del Ayuntamiento, no incluye entre las mismas la de otorgar licencias y corresponde residualmente al Alcalde, conforme a lo dispuesto en el artículo 21.1. m) LBRL, las atribuciones que las leyes asignan al municipio y no se atribuyan a otros órganos municipales. Como en el caso concreto no hay ordenanzas que dispongan lo contrario, ni legislación sectorial que ofrezca una solución distinta, y además el régimen de delegaciones se debe ajustar a lo dispuesto en los artículos 23.4 LBRL y 44 del ROF el Tribunal Supremo confirmó la Sentencia de instancia desestimando el recurso interpuesto.

## **4. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS**

### **A) Delimitación de competencias entre aparejadores y arquitectos: proyectos de obras y construcciones**

La STS, Sala Tercera, de 4 de diciembre de 2000, Ar.10514, casó la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid y anuló las Resoluciones del Ayuntamiento, condenando a éste a exigir la aportación de proyecto

## VI. Organización Administrativa

arquitectónico suscrito por un técnico superior competente para redactarlo en la obra relativa a la construcción de catorce naves industriales.

El TS reitera copiosa jurisprudencia al respecto poniendo de relieve que los aparejadores y arquitectos técnicos tienen capacidad para ejercer con independencia su profesión y para elaborar proyectos de toda clase, siempre que las mismas no precisen de “proyecto arquitectónico”.

La exigencia de “proyecto arquitectónico” sirve a la protección de la seguridad de las edificaciones de los bienes y sobre todo de las personas. Se debe apreciar –según el Tribunal– caso por caso según la naturaleza, complejidad y destino de la obra.

A la luz de las características de la obra –catorce naves industriales de nueva planta– y del presupuesto –valoración global de más de noventa millones de pesetas– y de la extensión (8.390 metros cuadrados) se determina por la Sala que el proyecto excede de las facultades de un aparejador o arquitecto técnico por la existencia de una complejidad técnica indudable y casa la Sentencia de instancia.

En el mismo sentido que la Sentencia anterior, la **STS de 18 de diciembre de 2000**, Ar. 10565, vuelve a incidir en la delimitación de competencias entre los arquitectos superiores y a los arquitectos técnicos.

La Sala reconoce que los aparejadores y arquitectos técnicos tienen capacidad para ejercer con independencia su profesión y también para elaborar proyectos de toda clase, siempre que las mismas no precisen de “proyecto arquitectónico”, así como la de intervenir en operaciones parciales en edificios construidos cuando “no alteren su configuración arquitectónica”.

La expresión “proyecto arquitectónico” es imprecisa partiendo del dato incontrovertible de la obligada y válida concurrencia en las obras de arquitectura de las profesiones correspondientes a los títulos oficiales de arquitecto y de arquitecto técnico. Por ello, atendiendo a la entidad y contenido de los estudios de cada carrera (de primer ciclo, en el caso de arquitecto técnico, y de segundo ciclo, en el de arquitecto superior, conforme al artículo 30 de la Ley Orgánica 11/1983, de Reforma Universitaria) y al sentido teleológico de la protección de la seguridad de las edificaciones, la doctrina mayoritaria de la Sala viene afirmando que las edificaciones que se destinan a vivienda humana o concepto a ella asimilable requieren ser proyectadas por arquitectos superiores y que los arquitectos técnicos pueden, no obstante, de acuerdo con su especialidad de ejecución de obras, proyectar y ejecutar obras de adaptación, remodelación, distribución y reforma interior de viviendas. El límite de estas intervenciones parciales es, no obstante, dejar inalterada la configuración arquitectónica del edificio.

En cualquier caso, téngase en cuenta la definición de las atribuciones profesionales establecida hoy en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

**B) Delimitación de competencias entre ingenieros de caminos, canales y puertos y arquitectos superiores**

La STS, Sala Tercera, de octubre de 2000, Ar. 9130, ratifica la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valencia que estimó el recurso interpuesto por el Colegio Oficial de Arquitectos sobre otorgamiento de visado por el Colegio de Ingenieros, Canales y Puertos para la construcción de un Centro Cívico y Social.

La Sala analiza el Decreto de 23 de noviembre de 1956 que regula las competencias de los ingenieros de caminos y las pone en conexión con las obras de rehabilitación de casas para su utilización como centros cívicos y sociales llegando a la conclusión de que dichas obras no son subsumibles en ninguno de los tipos de obras a las que se refiere la especialidad del Decreto mencionado y que se refiere a obras en caminos públicos, ferrocarriles, puertos, canales de navegación, instalaciones y servicios eléctricos, servicios de transportes; en definitiva, todas las obras específicas de la Ingeniería de Caminos, Canales y Puertos, en las que en ningún modo puede incluirse un edificio de tres plantas para centro cívico y social que es una obra típica de un arquitecto municipal.

Por su parte, la STS de 22 de noviembre de 2000, Ar. 10496, también tiene por objeto resolver la controversia en relación con los proyectos redactados por miembros de los Colegios de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos.

En este caso se aprueba un proyecto de obras de construcción de un auditorio-museo-sala de exposiciones, según proyecto redactado por Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, la Sentencia de instancia que es ratificada en casación por la del TS entiende que la competencia para la redacción del proyecto correspondía a un arquitecto.

Doctrina reiterada de la Sala relativa a la delimitación de facultades conferidas a los Arquitectos e Ingenieros para la redacción de proyectos de construcción de edificios, ha declarado que los primeros son los técnicos con competencia general para la de toda clase de edificios, con atribución exclusiva en los destinados a servir de vivienda humana, o a albergar concentraciones de personas, mientras que la competencia de los ingenieros en materia de edificación se encuentra limitada a los edificios industriales y a sus anejos y, en consecuencia, la Sala anula la licencia concedida por referirse a un edificio destinado a auditorio, museo, sala de exposiciones.

En cualquier caso, téngase en cuenta la definición de las atribuciones profesionales establecida hoy en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN  
PEDRO ANTONIO MARTÍN PÉREZ  
LUIS CESTEROS DAPENA

**VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR****Sumario:****1. Concepto de sanción: actos que no constituyen sanción. 2. Reserva de ley y tipicidad.**

A) Principio de legalidad y obligatoriedad de ejercer la potestad sancionadora.

B) Principio de legalidad y responsabilidad solidaria. C) Principio de igualdad y ejercicio de la potestad sancionadora. D) Las relaciones especiales de sujeción y la extensión de la colaboración reglamentaria. E) Necesaria colaboración reglamentaria en ciertos ámbitos materiales. F) La exigencia de tipicidad, a pesar de la reprochabilidad social de la conducta. G) El principio de tipicidad y la admisión de tipos genéricos en las relaciones especiales de sujeción. **3. Elementos subjetivos de las infracciones.** A) No exigibilidad de otra conducta que deriva en una confianza legítima. B) Carácter excepcional de la responsabilidad solidaria. C) Extensión del deber de diligencia. D) Sujetos responsables. **4. Concurrencia de infracciones frente a la prohibición de doble sanción.**

A) Varios hechos, varias infracciones: concurso real de infracciones. B) Aspecto procedimental del *non bis in idem*: no impide que la Administración pueda continuar el procedimiento sancionador aunque se tramite una causa penal. C) Infracción continuada.

**5. Competencia sancionadora: anulación si la misma persona, aunque sea actuando en diferentes órganos, instruye y resuelve. 6. Procedimiento sancionador.**

A) Si se respetan las garantías esenciales, no es vicio invalidante la tramitación de un procedimiento sancionador distinto del previsto para una materia concreta. B) Posición del denunciante. Deber de la Administración de tramitar el procedimiento. C) Es una mera irregularidad no invalidante la falta de notificación del nombramiento de instructor y secretario. D) Obligación de suspender el procedimiento antes de dictar resolución si se está tramitando causa penal. E) Falta de notificación de la propuesta de resolución concediendo período de alegaciones. F) Caducidad del procedimiento sancionador: día inicial del cómputo. G) Caducidad del procedimiento sancionador: consecuencias; en especial, la imposibilidad de iniciar otro procedimiento. **7. La prueba y la presunción de inocencia.** A) Presunción de inocencia: necesidad de una actividad probatoria de cargo. B) Para algunos aspectos se admite que la carga de la prueba recaiga sobre el

imputado. C) Sobre el valor probatorio de las actas de inspección y otros documentos.

D) Necesidad de una denegación razonable y motivada de la práctica de prueba.

E) Invalidez de la prueba obtenida por un cinemómetro del que no consta la verificación de su homologación y buen estado de funcionamiento. **8. La resolución del procedimiento sancionador: rechazo de los listados en que se recogen numerosas sanciones. 9. Extensión de la sanción: requisitos de la reincidencia. 10. Extinción de la responsabilidad.**

**A) Infracción continuada y prescripción. B) Extinción de la responsabilidad por caducidad del procedimiento sancionador. 11. Ejecución de las sanciones.**

**Suspensión de las recurridas en vía jurisdiccional.**

**Suspensión de las recurridas en vía jurisdiccional.**

## 1. CONCEPTO DE SANCIÓN: ACTOS QUE NO CONSTITUYEN SANCIÓN

– El acuerdo de incoación de un expediente de control técnico por parte del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (STS de 16 de mayo de 2000, Sección Tercera, Ar. 10122).

– La retención de un pasaporte por parte de la Delegación del Gobierno en Canarias en un procedimiento de solicitud de Tarjeta de Residencia por un nacional de la UE, ante la sospecha de su falsedad (STS de 30 de noviembre de 2000, Sección Séptima, Ar. 10532)

– La incautación de una fianza contractual. En concreto, la STS de 16 de enero de 2001, Sección Séptima, Ar. 213, establece:

“La fianza tiene su origen en un acuerdo contractual, y lo que determina la responsabilidad que es inherente a ella, no es la realización de una conducta reprobable en términos de una culpabilidad de naturaleza punitiva, sino que haya tenido lugar el hecho estipulado para que proceda la exigibilidad de dicha responsabilidad.”

– Una liquidación provisional girada por la Administración de Hacienda (STC 47/2001, de 15 de febrero, Pleno, recurso de amparo).

– La suspensión de unas obras realizadas sin la previa autorización (STS de 23 de octubre de 2000, Sección Tercera, Ar. 8874).

– El ejercicio de la acción reparatoria para lograr que se subsanen unos vicios o defectos de construcción apreciados en unas Viviendas de Protección Oficial (STS de 2 de noviembre de 2000, Sección Tercera, Ar. 8893).

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

– La resolución que impone el reintegro de una subvención por no acreditar que se haya destinado al fin previsto (STSJ de Andalucía de 8 de mayo de 2000, Ar. 2048).

### 2. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

#### A) Principio de legalidad y obligatoriedad de ejercer la potestad sancionadora

La STS de 4 de mayo de 1999, Sección Tercera, Ar. 10096 del año 2000, afirma que “el principio de legalidad, de sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, que gobierna la actuación de las Administraciones públicas, impone la corrección de las infracciones administrativas que hayan podido cometerse”. Esta misma idea parece subyacer en aquellas sentencias cuyo fallo ordena a la Administración a tramitar un procedimiento sancionador y depurar las infracciones existentes, y que se recogen a propósito de la legitimación del denunciante [vid.VII.6.B)].

#### B) Principio de legalidad y responsabilidad solidaria

La STS de 19 de diciembre de 2000, Sección Sexta, Ar. 9572, insiste en que “lo que no puede aceptarse de ninguna manera, es que la responsabilidad solidaria por infracciones administrativas pueda establecerse por norma puramente reglamentaria. Ello es contrario al principio o regla de legalidad”.

#### C) Principio de igualdad y ejercicio de la potestad sancionadora

La STS de 23 de noviembre de 2000, Sección Tercera, Ar. 8845, y la STSJ de Cantabria de 5 de octubre de 2000, Ar. 1860, insisten en que “la invocación del principio de igualdad no puede dar cobertura a acciones propias que en sí mismas sean antijurídicas”. Sin embargo, en la segunda (la recurrente alegaba que otras emisoras de radio que carecían igualmente de autorización no habían sido sancionadas), se añade que tampoco ha quedado probada mínimamente una desviación de poder –cuya existencia, por tanto, quizás pudiera constituir una matización a la mencionada regla–.

#### D) Las relaciones especiales de sujeción y la extensión de la colaboración reglamentaria

La STS de 23 de noviembre de 2000, Sección Tercera, Ar. 8845, acepta una sanción a un expendedor de tabaco pese a que la Ley remitía íntegramente la tipificación de las infracciones al reglamento porque se trata de una relación de sujeción especial. Mucho más estricta se muestra la STS de 23 de octubre de 2000, Sección Tercera, Ar. 8873, que entiende que sí vulnera la reserva de Ley del art. 25.1 CE el art. 38 de la Ley de la Cultura Física y el Deporte de 1980 (“por vía reglamentaria se determinarán las normas para la tramitación de los procedimientos sancionadores, la clasificación de las infracciones por su gravedad y la escala de sanciones...”), “por más que pueda tratarse de una relación de sujeción especial”.

**E) Necesaria colaboración reglamentaria en ciertos ámbitos materiales**

Ante un tipo derivado de Órdenes Ministeriales y de una Circular del Banco de España, la STS de 4 de mayo de 1999, Sección Tercera, Ar. 10096, del año 2000, contesta que esto no vulnera el principio de reserva de ley, pues éste “no se opone a la colaboración de normas infralegales en una labor complementaria del tipo infractor o integradora de sus elementos; colaboración que además deviene necesaria en ámbitos materiales, como lo es sin duda el contemplado por la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, cuya complejidad impide que la norma con rango legal pueda agotar la definición de todos los elementos integrantes del tipo que describe”.

**F) La exigencia de tipicidad, a pesar de la reprochabilidad social de la conducta**

La STS de 4 de octubre de 2000, Sección Sexta, Ar. 8618, recuerda que “la tipicidad de una conducta infractora supone la coincidencia de ésta con el supuesto de hecho de la norma tipificante, siendo condición esencial determinante tal adecuación de suerte que una conducta desplegada, por muy reprochable que sea en el orden social, moral y ético no adquiere significado infractor hasta que la misma queda recogida normativamente como conducta sancionable, penal o administrativamente”. En el caso concreto, se trataba de un abogado sancionado por haber impugnado los honorarios del letrado de la parte contraria infundadamente con la finalidad de retrasar la solución del conflicto. Se anula la sanción porque de la norma se desprende que para poder imponer sanción es necesario que esa forma de proceder sea habitual.

**G) El principio de tipicidad y la admisión de tipos genéricos en las relaciones especiales de sujeción**

Un médico de la Seguridad Social adoptaba ciertas conductas que retrasaban el tratamiento de sus pacientes, para así favorecer su desvío a su consulta privada. La STS de 2 de noviembre de 1999, Sección Séptima, Ar. 10674 de 2000, admite el encuadre de esta conducta en una “falta de probidad y moralidad en el desempeño de su función”, tipificada en un Decreto de 1966.

**3. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES****A) No exigibilidad de otra conducta que deriva en una confianza legítima**

Un particular es sancionado por el incumplimiento de su obligación de conservar y mantener en perfecto estado bienes del Patrimonio Histórico Español. Sin embargo, la STS de 11 de octubre de 2000, Sección Tercera, Ar. 9128, tiene en cuenta que la Alcaldía de la localidad donde radicaba el inmueble “apreciando el estado ruinoso del edificio le reconoce al interesado la falta de medios para realizar las obras necesarias para la conservación del edificio, lo cual es suficiente para hacer creer al interesado de buena fe que ha desaparecido su obligación de conservar el edificio y que la Administración en su caso

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

debió prevenir la ruina total del mismo, bien arbitrando medios económicos para ello, bien realizando subsidiariamente las obras de mantenimiento necesarias, mas no es posible exigir a un ciudadano un sacrificio tan extraordinario que roce en lo imposible (...), lo cual nos lleva a considerar la falta de elemento de culpabilidad, por ausencia de negligencia fundada en la creencia derivada de la buena fe, del que obra creyendo que ha cesado su obligación de conservar”.

### B) Carácter excepcional de la responsabilidad solidaria

La STS de 19 de diciembre de 2000, Sección Sexta, Ar. 9572, tras reconocer que “en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo sancionador existan supuestos de responsabilidad solidaria establecidos por ley incluso ordinaria, ni siquiera orgánica (...)”, añade que esto “no es una solución a imitar, antes al contrario: este tipo de supuestos deben ser, en el mejor de los casos, de muy restringida aplicación”.

### C) Extensión del deber de diligencia

La STS de 4 de mayo de 1999, Sección Tercera, Ar. 10096 del año 2000, da cuenta de la especial amplitud del deber de diligencia de banqueros y similares en atención a los “especiales requisitos de experiencia y conocimiento profesional que deben poseer, siéndoles exigible (...) un deber de vigilancia y control sobre la actividad de la entidad que dirigen y sobre su situación financiera. Si se producen unas infracciones (...) que les son atribuibles a título de dolo o de culpa, la invocación por los vocales que formaban parte del consejo de administración de su ignorancia de los hechos viene a reconocer, cuando menos, la falta de diligencia en el cumplimiento de sus funciones”. Más aun, “cuando no se trata de apuntes contables sin mayor importancia, sino de créditos que ascienden a miles de millones de pesetas, los vocales del consejo de administración no pueden soslayar su responsabilidad propia por la falta de reflejo contable de la situación patrimonial de la entidad”.

Por el contrario, mucho más generosa es la STSJ de Extremadura de 30 de mayo de 2000, Ar. 1590. A una entidad bancaria se le sancionó por incumplimiento en la normativa reguladora de los sistemas de seguridad, en concreto, porque activados distintos pulsadores de alarma no se transmitieron a la Central privada de alarmas. Al respecto, la Sala entiende que “el actor ha demostrado que realizaba los controles técnicos habituales en los sistemas de alarma (encomendados a una empresa de mantenimiento) (...) y que al tratarse de alarma de robo no había detectado su avería. Esta conducta no aparece no sólo como dolosa sino tampoco como negligente, ya que es la exigible con carácter ordinario a cualquier oficina bancaria. Si a ello unimos que nada más conocer la avería procedió a requerir a la empresa mantenedora para proceder a la reparación, la conclusión es que no podemos considerar culpable a la recurrente de la infracción que se le imputa”.

Un expendedor de tabaco es sancionado por suministrar labores a establecimientos “de segundo canal” correspondientes a otra expendedoría. La STS de 23 de noviembre de 2000, Sección Tercera, Ar. 8845, rechaza su alegación de ignorancia de este hecho, por-

que estaba obligado a confirmar con carácter previo a la venta si el otro establecimiento le estaba adscrito.

#### **D) Sujetos responsables**

Se sanciona a un transportista por los defectos (debidos a manipulación o avería) en el tacógrafo. Éste alega que, como el vehículo era alquilado, no era él el responsable, sino el propietario. Por el contrario, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 8 de septiembre de 2000**, Ar. 2005, argumenta que “la conducta consistente en la manipulación o mal funcionamiento del tacógrafo es imputable al recurrente, siquiera sea a título de mera negligencia (...) ya que (...) el empresario y los conductores deberán velar por el buen funcionamiento y la correcta utilización del aparato tacógrafo”.

### **4. CONCURRENCIA DE INFRACCIONES FRENTE A LA PROHIBICIÓN DE DOBLE SANCIÓN**

#### **A) Varios hechos, varias infracciones: concurso real de de infracciones**

La **STS de 4 de mayo de 1999**, Sección Tercera, Ar. 10096 del año 2000, acepta la posibilidad de imponer varias sanciones porque se trataba de hechos distintos que ni siquiera constituían un concurso medial, al no ser unos medios para la ejecución de otros:

“En efecto, hacer figurar en el balance un neto patrimonial por debajo del real nada tiene que ver con mantener durante un período de tiempo superior a seis meses unos recursos inferiores a 1.500 millones de pesetas, ni con no dotar suficientemente las reservas obligatorias y las previsiones para insolvencia. Independiente de los anteriores también es no aplicar los criterios de la Circular del Banco de España 4/1991, en lo referente a la clasificación de riesgos dudosos.”

Lo discutible es que en alguno de estos supuestos no se pudiera apreciar una identidad de hecho en la acción imputada, que permitiera apreciar un concurso ideal de infracciones, aunque de ello no se ocupa la sala.

#### **B) Aspecto procedimental del *non bis in idem*: no impide que la Administración pueda continuar el procedimiento sancionador aunque se tramite una causa penal**

Ante unos hechos que podían constituir infracción administrativa y delito, la Administración, aunque se tramitaba causa penal, continuó el procedimiento sancionador y dictó resolución condenatoria. Sólo después de ello, suspendió la ejecución de la sanción que quedaba a resultas de lo que se decidiera en la sentencia penal. La sentencia recurrida, aplicando el principio de conservación de los actos, confirmó el impugnado.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

Para la STS de 28 de noviembre de 2000, Sección Cuarta, Ar. 10079, por el contrario, la Administración podía y debía tramitar el procedimiento sancionador simultáneamente al proceso penal, pero sin llegar a dictar resolución:

*“(…) ante un hecho que pueda motivar, al menos en principio, la actuación del orden penal y de la Administración, ésta puede y debe realizar todas las actuaciones precisas para acreditar el hecho, las circunstancias y datos que estime precisos, pues de otro modo el paso del tiempo y la alteración de las circunstancias podría hacer imposible su posterior constatación, e incluso está obligada también a dar el oportuno traslado al interesado a fin de que éste pueda defenderse y cuestionar la realidad fáctica apreciada por la Administración, sin embargo, lo que en ningún caso puede hacer la Administración mientras esté pendiente el proceso penal, es dictar la resolución que pone fin al procedimiento sancionador, pues ésta depende y está condicionada por la resolución que recaiga en el proceso penal”.*

De acuerdo con todo ello, además de la anulación, se acuerda “reponer las actuaciones al trámite inmediatamente anterior al de dictar resolución (...) pues en ese instante es en el que la Administración debió suspender el procedimiento sancionador hasta que se dictara la oportuna resolución definitiva en el proceso penal, para después, a la vista de ésta, bien continuar el procedimiento previo traslado al administrado, bien, en su caso, disponer su archivo”.

### C) Infracción continuada

Un médico de la Seguridad Social demoró ciertas actuaciones sobre diversos pacientes, con la finalidad de derivarlos hacia una clínica en la que desempeñaba su actividad privada. La Administración no lo sanciona por su conducta con cada uno de los pacientes, sino como autor de una infracción continuada (STS de 2 de noviembre de 1999, Sección Séptima, Ar. 10674 de 2000).

### 5. COMPETENCIA SANCIONADORA: ANULACIÓN SI LA MISMA PERSONA, AUNQUE SEA ACTUANDO EN DIFERENTES ÓRGANOS, INSTRUYE Y RESUELVE

La STSJ de Asturias de 29 de junio de 2000, Ar. 1364, anula una sanción tributaria al ser el mismo sujeto quien, primero actuando como inspector, incoó el acta y, después, por su ascenso a inspector-jefe, resolvió el procedimiento sancionador: “esta doble intervención en el procedimiento de inspección por una causa sobrevenida no es factible integrarla en los supuestos legales de abstención a los que alude la parte recurrente para denunciar la falta de imparcialidad y responsabilidad del funcionario”. No obstante, “la actuación posterior provocada por el paso del inspector actuario a inspector-jefe infringe el principio general de separación establecido en el Reglamento General de Inspección de los Tributos, como garantía del sujeto pasivo, con el fin de que sus alegaciones no se juzguen por la misma persona contra cuya actuación se alega”. El Tribunal rechaza el argumento de la Administración que defendía que formalmente se trataba de dos órganos diferentes.

## 6. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

### A) Si se respetan las garantías esenciales, no es vicio invalidante la tramitación de un procedimiento sancionador distinto del previsto para una materia concreta

Así se desprende de la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 8 de septiembre de 2000, Ar. 2005:

“(…) el recurrente aduce que no se ha seguido el procedimiento de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre y su Reglamento. Pero con independencia de que se haya seguido dicho procedimiento o el establecido en el Reglamento del procedimiento sancionador en materia de tráfico, es lo cierto, en cualquier caso, que se han seguido los trámites esenciales previstos en la ordenación de transporte terrestre, que en lo fundamental es sustancialmente coincidente con el otro procedimiento, pues ambos no son otra cosa que manifestaciones concretas de los principios generales del procedimiento sancionador contemplados en la Ley 30/1992”.

### B) Posición del denunciante. Deber de la Administración de tramitar el procedimiento

En la STSJ de La Rioja de 21 de julio de 2000, Ar. 1609, se reconoce implícitamente la posibilidad de legitimación del denunciante y la obligación administrativa de, al menos, realizar algunas actuaciones para comprobar si los hechos denunciados deben ser sancionados, si bien debe observarse que se refiere al ámbito urbanístico en el que hay acción pública. El denunciante de una supuesta infracción recurre la decisión del Alcalde de “no iniciar expediente alguno dada la escasa entidad de las infracciones que en dicho informe (el del Aparejador municipal) se constataban”. La Sala estima que tal decisión no es ajustada a Derecho por varios motivos:

– En primer lugar, “porque se adoptó con el único fundamento del informe del técnico municipal, pero sin dar trámite de audiencia al hoy recurrente, quien había reiteradamente pedido que se le tuviera por parte”.

– En segundo lugar, “porque procedía depurar el alcance real de tales infracciones a través del procedimiento correspondiente, y no emitiendo una resolución, en rigor de fondo, al margen del mismo, y pasando el hecho de que aquella actuación edificatoria al margen de la licencia concedida (...) puede en sí mismo considerado constituir una conducta infractora merecedora de sanción”.

En general, la jurisprudencia es distinta cuando se trata de infracciones de jueces, tal y como ya hemos recogido en anteriores crónicas. A las sentencias ya citadas pueden añadirse las SSTS de 7 y 8 de noviembre de 2000, Sección Séptima, Ar. 9224, 9225 y 9612. En algunas, no obstante, se introducen matizaciones. Así, en las SSTS de 2 y 28 de febrero y 20 de noviembre de 2000, Sección Séptima, Ar. 8654, 8658 y 10530, se admite la legitimación de los denunciantes para recurrir el archivo de las actuaciones disciplinarias

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

si pidieron algo más que la simple imposición de sanción al juez. No obstante, el razonamiento utilizado en ocasiones parece absurdo. En concreto, esas otras pretensiones son, de una parte, la anulación del acuerdo de archivo de la denuncia y, de otra, la anulación de una serie de resoluciones del juez denunciado y la petición de indemnización por los daños que causaron tales resoluciones. La primera de esas pretensiones se produce siempre en estos casos: si un denunciante recurre el archivo de su denuncia es que pide la nulidad de ese archivo; y no se alcanza a comprender la diferencia entre una “pretensión dirigida a la imposición de una sanción disciplinaria” —que según el TS sería inadmisibles por falta de legitimación— y una que sólo pide la anulación del archivo. Las otras pretensiones son por completo impertinentes en un procedimiento sancionador, como luego razonan las sentencias, de manera que no se comprende bien que ello pueda dar legitimación.

### **C) Es una mera irregularidad no invalidante la falta de notificación del nombramiento de instructor y secretario**

La STS de 27 de julio de 1999, Sección Tercera, Ar. 10104 de 2000, descarta que esta omisión tenga relevancia en el supuesto enjuiciado, pues “siendo la finalidad esencial de ese trámite la de posibilitar desde el inicio la recusación de los nombrados, su omisión deviene intrascendente desde el momento en que, conocida su identidad, no se opone frente a ellos causa alguna de recusación. Se trata por tanto de una irregularidad no invalidante (...)”.

### **D) Obligación de suspender el procedimiento antes de dictar resolución si se está tramitando causa penal**

Nos remitimos en este punto a lo recogido en el epígrafe sobre el *non bis in idem*, en particular a la referencia de la STS de 28 de noviembre de 2000, Sección Cuarta, Ar. 10079.

### **E) Falta de notificación de la propuesta de resolución concediendo período de alegaciones**

Se ha dado noticia en crónicas anteriores de numerosas sentencias que anulan la sanción impuesta por no haberse notificado la propuesta de resolución dando al mismo tiempo trámite de alegaciones al imputado, sentencias que, no obstante, admitían la posibilidad de que, en algunos casos, ese defecto procedimental no fuera determinante de indefensión ni, por tanto, de invalidez de ningún género. Ahora recogemos una sentencia que encuentra razones para aplicar la excepción y afirmar que no hay nulidad pese a la omisión del trámite y otra que sólo declara la nulidad parcial:

– STSJ de Castilla y León (Burgos) de 8 de septiembre de 2000, Ar. 2005:

“(…) en cuanto a la falta de traslado de la propuesta de resolución (...) cabe advertir que si bien el trámite se ha omitido, sin embargo, en el caso presente no se ha producido indefensión alguna a la parte recurrente, pues en el momento de dictarse la propuesta de resolución no habían variado los datos consignados al momento de formularse la denuncia ni tampoco en el acuerdo de incoación, del que se le dio traslado al denunciado para que formulara alegaciones, los que además contenían el precepto infringido y la previsión de la

sanción a imponer, sin que existiese después de la formulación de dichas alegaciones actuación alguna que aportase datos o circunstancias nuevos”.

Lo cierto es que sí hubo alguna prueba posterior. En concreto, el informe de los agentes denunciadores que no se limitaba a una simple ratificación de la denuncia. Pero tampoco esto es suficiente en el presente caso para observar indefensión:

“la valoración de la posible indefensión ha de circunscribirse a cada caso concreto, ya que no es lo mismo un procedimiento sancionador en el que se hayan practicado unas pruebas que varían o matizan los hechos tenidos en cuenta al formularse la denuncia o pliego de cargos, que casos como el presente en el que no varían tales hechos, pues el informe emitido por los agentes denunciadores (...), además de ratificarse en la denuncia, contiene explicaciones de los hechos, concretamente matiza que se trataba de una manipulación, lo que también se reflejó en el boletín de denuncia (si bien en éste también se indicó como posibilidad la avería) y en el acuerdo de incoación, que fue notificado, pero las mismas no innovan ni añaden nada sustantivo”.

– Por el contrario, en la **STSJ de Castilla y León de 16 de junio de 2000**, Ar. 2013, se observa en la falta de notificación de la propuesta de resolución un vicio invalidante. Lo curioso aquí es que no se declara la nulidad de la resolución con retroacción del expediente al momento en que debió cumplirse ese trámite, sino otra cosa: la *nulidad parcial* de la resolución, nulidad que sólo afecta a la suspensión del permiso de conducir pero no a la multa. El recurrente había formulado alegaciones contra la denuncia pero en ésta “no se contenía un pronunciamiento preciso de esa suspensión del permiso de conducir, ya que se limitaba a indicar la posibilidad genérica de esa sanción, además de la multa indicada. Al haberse omitido este trámite (el de la notificación de la propuesta de resolución –que ya incluía la sanción de suspensión del permiso– confiriendo un nuevo plazo de alegaciones) ha de anularse la resolución impugnada en cuanto a la suspensión de la autorización administrativa para conducir que en ella se contiene”.

#### **F) Caducidad del procedimiento sancionador: día inicial del cómputo**

La **STS de 15 de noviembre de 2000**, Sección Cuarta, Ar. 10064, que estima un *recurso de casación en interés de la Ley*, se refiere a la caducidad de procedimientos sancionadores en materia de tráfico. Considera erróneo que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de la caducidad sea en todo caso el de la denuncia, como había entendido la sentencia recurrida por partir de que el reglamento que regula ese procedimiento declara que se inicia mediante denuncia formulada por los agentes. Eso sólo es verdad “en el supuesto de que se notifique en el acto a los denunciados”. Si no es así, “esa iniciación debe entenderse deferida al momento en que se produzca el acuerdo correspondiente por parte de la Dirección General de Tráfico o de los Ayuntamientos...” y, por tanto, también ése será el momento de inicio del cómputo del plazo para la caducidad sin que se cuente el tiempo empleado en diligencias previas para averiguar la identidad del conductor.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

### G) Caducidad del procedimiento sancionador: consecuencias; en especial, la imposibilidad de iniciar otro procedimiento

Para la STSJ Castilla y León (Valladolid) de 2 de junio de 2000, Ar. 2008, “la resolución sancionadora dictada una vez caducado el procedimiento (es) nula, considerándose entre las causas de nulidad de pleno derecho del art. 62 de la Ley 30/1992”.

Además, según las SSTSJ de Murcia de 20 y 30 de septiembre de 2000, Ar. 1616 y 1617, no cabe iniciar un nuevo procedimiento sancionador una vez que ha caducado el anterior, aunque no haya prescrito la infracción. Los argumentos para sostener esta novedosa doctrina son, esquemáticamente, los siguientes:

– La potestad sancionadora ha de ejercerse bajo los “requisitos que el propio ordenamiento establece y, entre cuyas exigencias, se halla precisamente la de que, como requisito de tiempo, la actuación administrativa se lleve a cabo dentro del plazo legalmente fijado. Ejercicio que se agota en cada caso, bajo las condiciones legalmente establecidas, y que impide reiniciar el expediente (...) aunque no haya transcurrido el plazo de prescripción. En otro caso, de poderse reiterar el procedimiento sancionador carecería absolutamente de sentido y fundamento el instituto de la caducidad como forma de terminación del procedimiento (...)”.

– No se puede “extender la prescripción de acciones (...) a que se refiere el artículo 92.3 de la Ley 30/1992, de la Administración (como titular de derechos, en cuanto ‘interesado’ que puede iniciar ante otra distinta un procedimiento), al supuesto de prescripción de infracciones administrativas, cuyo régimen, por razones de seguridad jurídica, se establece legalmente en favor del presunto infractor”.

– “No parece justo ni adecuado que las consecuencias de la pasividad administrativa se atribuyan al imputado en lugar de a la propia Administración responsable de la inactividad.”

– “En el régimen administrativo sancionador la prescripción se refiere, no a un derecho o situación jurídica individualizada del presunto infractor, sino a la existencia de responsabilidad administrativa en que éste haya podido incurrir, mientras que en la caducidad-perención del procedimiento sancionador lo que se extingue es la posibilidad de ejercicio e imposición en el caso concreto de una sanción administrativa (...). Se trata (...) de situaciones distintas, que no cabe forzar para asimilarlas hasta el punto de hacer extensivo el precepto del artículo 92.3 de la Ley 30/1992 a la caducidad del procedimiento sancionador, en una interpretación analógica no favorable para el interesado.”

– El principio de irrevocabilidad de los actos favorables veda que sea la propia Administración que declara la caducidad de un procedimiento sancionador la que “vuelva sobre el propio acto, haciendo caso omiso del efecto liberador de la aflictiva situación del imputado a que el anterior acto administrativo –el declarativo de la situación de caducidad– puso fin”.

En otro orden de cosas, la sentencia también entiende caducado el procedimiento para dictar una orden de demolición, aunque, curiosamente, “sin perjuicio de que la Administración, teniendo en cuenta que la misma no constituye una sanción, sino una medida de restauración de la legalidad urbanística, pueda reiniciar el procedimiento para su adopción siempre que no haya transcurrido el plazo de 4 años (de prescripción)”. Pero quizá no haya nada en los razonamientos anteriormente recogidos que no pueda ser utilizado también en este supuesto. Además, hay que tener en cuenta que la modificación que la Ley 4/1999 introdujo en el art. 44 de la Ley 30/1992 puede haber variado la situación ya que ahora, en contra de los razonables argumentos trascritos, hay una remisión expresa al art. 92 de la misma Ley que regula la caducidad por causas imputables al administrado de modo que, por absurdo que resulte, parece que, tras declarar la caducidad de un procedimiento sancionador, se puede iniciar otro por los mismos hechos.

## 7. LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

### A) Presunción de inocencia: necesidad de una actividad probatoria de cargo

La STS de 18 de diciembre de 2000, Sección Tercera, Ar. 60 de 2001, reitera jurisprudencia constitucional, conforme a la que “sólo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales, o carente de garantía, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado”. En la misma línea, la STS de 28 de noviembre de 2000, Sección Sexta, Ar. 92 de 2001.

### B) Para algunos aspectos se admite que la carga de la prueba recaiga sobre el imputado

Ante la expulsión de una ciudadana extranjera por carecer de medios de vida, la STS de 7 de noviembre de 2000, Sección Sexta, Ar. 9392, afirma que “ha de ser aquél, a quien se imputa que carece de medios de vida, el que debe acreditar los que tenga para su subsistencia, como en cualquier otro supuesto en que un precepto sanciona una conducta por carecer de autorizaciones, permisos o licencias”.

### C) Sobre el valor probatorio de las actas de inspección y otros documentos

Sin grandes novedades al respecto, interesa al menos dejar constancia de estos pronunciamientos:

– Sobre el alcance probatorio del expediente, la STS, de 2 de noviembre de 1999, Sección Séptima, Ar. 10674 de 2000, afirma que “las actuaciones administrativas formalizadas en el oportuno expediente no tienen la consideración de una simple denuncia, sino que son susceptibles de valorarse como prueba en la vía judicial contencioso-administrativa,

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

pudiendo servir para destruir la presunción de inocencia, sin necesidad de reiterar en dicha vía la actividad probatoria de cargo practicada en el expediente administrativo, como han reconocido las Sentencias constitucionales 76/1990, de 26 de abril y 212/1990, de 29 de diciembre”.

– En cuanto a la limitación del *valor probatorio de las actas de inspección*, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 6 de abril de 2000**, Ar. 1574, a propósito de una sanción del orden laboral, reitera que la presunción de certeza de las actas de inspección “debe entenderse referida a los hechos comprobados con ocasión de la Inspección y reflejados en el acta”. Requisitos que no concurren en el supuesto enjuiciado, donde el contenido del acta “responde a conclusiones valorativas y juicios de hecho y de derecho realizados por el Inspector actuante que ‘considera’ que las condiciones de trabajo acordadas por la empresa actora con los trabajadores eran ‘menos beneficiosas’ que las establecidas en el convenio colectivo (...). No se unen nóminas de los mismos (los trabajadores) a través de las que poder constatar la realidad de las afirmaciones del Inspector ni se realiza un cuadro comparativo entre los ingresos que percibían y los que, a juicio del Inspector, debían percibir conforme a convenio colectivo”.

– Finalmente, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de septiembre de 2000**, Ar. 1974, sólo admite con muchas cautelas y requisitos el valor de las *denuncias y ratificaciones de los empleados de las empresas privadas* que controlan el estacionamiento de vehículos. Anula una serie de sanciones porque las denuncias eran unos tickets en los que no existía identificación alguna personal del denunciante, sino un simple número de controlador. En el expediente “consta una diligencia de ratificación con la identificación personal y la firma de quien dice fue denunciante, pero como resulta que en el ticket de denuncia no consta firma alguna, la conexión entre ambos documentos se pierde”. Además, también se critica que de este documento de ratificación no se dio traslado ninguno al interesado. La Sala concluye que “la denuncia es el elemento clave, casi siempre el único, en este tipo de procedimiento, al que se da un valor privilegiado. Si ya la Sala viene admitiendo su valor, con determinadas condiciones, incluso cuando no se trata de denuncias formuladas por agentes de la autoridad, no cabe sin embargo seguir relajando el grado de exigencias y garantías hasta el punto de pasar por alto una de ellas, la identificación en forma y sin dudas del denunciante, que resulta fundamental en este tipo de denuncias en las que es un simple particular el que las formula, pues de otro modo el sustrato probatorio del procedimiento se degrada hasta tal punto que no es posible considerarlo suficiente para destruir la presunción de inocencia”.

### D) Necesidad de una denegación razonable y motivada de la práctica de prueba

Según la **STC 27/2001, de 29 de enero**, el derecho de defensa “resultará vulnerado (...) en los supuestos tanto de silencio o falta de motivación en la denegación (de la prueba), como cuando aquélla es arbitraria o irracional”. Una aplicación correcta de ello se observa en la **STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de mayo de 2000**, Ar. 2088. El recurrente alegaba que, solicitada la práctica de determinada prueba en el expediente administrativo, no se contestó siquiera por la Administración colocando al denunciado en una clara situación de indefensión que vulnera el art. 24 CE. Al respecto, el Tribunal considera que

“se trata de una prueba totalmente pertinente” por lo que “la omisión por la Administración (...) ocasionó efectiva indefensión, y debe provocar la nulidad de la resolución sancionadora recurrida”.

### **E) Invalidez de la prueba obtenida por un cinemómetro del que no consta la verificación de su homologación y buen estado de funcionamiento**

Así se aprecia en la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 11 de abril de 2000, Ar. 2046, y puesto que ésa era la única prueba de cargo para acreditar el exceso de velocidad, anula la multa impuesta.

## **8. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR: RECHAZO DE LOS LISTADOS EN QUE SE RECOGEN NUMEROSAS SANCIONES**

La STS de 15 de noviembre de 2000, Sección Cuarta, Ar. 10065, desestimando un recurso de casación en interés de la Ley, rechaza la posibilidad de resolver numerosos procedimientos sancionadores —relativos a una ingente pluralidad de expedientes por distintas infracciones de tráfico en circunstancias, por personas y con vulneración de preceptos de diversa índole— mediante un único acto dictado para todos los casos en que no ha habido alegaciones contra la denuncia debidamente notificada. No se descarta por completo “la posibilidad de resolver mediante un único acuerdo una pluralidad de expedientes administrativos”. Pero tiene que haber una motivación suficiente para cada una de las sanciones y no es tal la simple indicación de la falta de alegaciones de los denunciados:

“El art. 89.1 de la Ley 30/1992 (...) estipula que la resolución final de un procedimiento de esta clase habrá de resolver todas las cuestiones existentes (...), fijando la persona responsable, la infracción cometida y la sanción impuesta (...) En sentido análogo, art. 15.1 del RD regulador de las sanciones en materia de tráfico de 25 de febrero de 1994. La motivación de la imposición de una sanción no puede referirse únicamente a la inexistencia de alegaciones de descargo en el expediente, sino a la apreciación de la realidad de la infracción, de su correcta tipificación y graduación, así como a la ausencia de circunstancias exonerantes (...) La necesaria especificación de las circunstancias que individualizan la imposición de las sanciones es requisito ineludible en un procedimiento de este tipo, requisito cuya necesidad ha de valorarse caso por caso, pero que no puede ser suplido por la ausencia de alegaciones de descargo como razón única que justifica la imposición de la sanción en los casi dos mil expedientes examinados.”

Aunque con planteamiento diferente, similar es la STSJ de Murcia de 19 de octubre de 2000, Ar. 1839, que reitera una jurisprudencia muy reacia a la admisión de las resoluciones sancionadoras dictadas de forma verbal, especialmente, si éstas se hacen constar en un documento en el que figura un listado de resoluciones sancionadora y sólo se dedica una línea a cada resolución, haciendo constar el número de expediente, la iden-

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

tificación del infractor, el precepto infringido y la sanción impuesta, y diciendo que se ha dictado conforme con la propuesta de resolución:

“Porque aunque es cierto que el art. 55.3 de la Ley 30/1992 prevé que una serie de actos administrativos puedan refundirse en uno solo, ni dicha Ley, ni los Reglamentos que la desarrollan en materia sancionadora (...) disponen expresamente tal posibilidad en los procedimientos sancionadores.”

“Porque de acuerdo con el párrafo primero del art. 55 de la Ley 30/1992, como regla general, los actos administrativos deben dictarse por escrito a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia; regla general que en casos como el presente en que los actos tienen por objeto la imposición de sanciones, debe ser la aplicada, máxime teniendo en cuenta que la resolución que pone fin a los procedimientos sancionadores ha de ser en todo caso motivada (...). Solamente de haberse constatado la resolución verbal por escrito de forma motivada cabría plantearse su validez.”

“Porque (...) si las resoluciones sancionadoras deben tener dicho contenido mínimo (el establecido por la normativa general y la específica de tráfico) es impensable que puedan dictar de forma verbal, salvo que luego se constaten por escrito con ese contenido mínimo.”

En la primera de las sentencias citadas se parte de que los listados de sanciones constituyen una resolución escrita, pero insuficientemente motivada. En la segunda se parte más bien de que los listados simplemente son una forma de constancia escrita de unas resoluciones producidas verbalmente, pero también se rechaza esta posibilidad porque la resolución verbal de los procedimientos sancionadores debe ser escrita, entre otras razones porque sólo así habrá verdadera motivación.

### 9. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN: REQUISITOS DE LA REINCIDENCIA

La STS de 24 de octubre de 2000, Sección Sexta, Ar. 9375, interpreta el art. 131.3. c) de la Ley 30/1992 sobre la reincidencia. Afirma, por lo pronto, que la apreciación de la reincidencia “no puede apoyarse en hechos sometidos al mismo expediente sancionador sin haber sido objeto de sanción previa, sino que debe referirse a hechos que hayan sido ya sancionados en un procedimiento resuelto con anterioridad a la comisión de la nueva falta”. Pero su mayor interés está en el significado que atribuye a la exigencia de que haya una “resolución firme”. Concluye que, salvo que una Ley exija formal y expresamente la firmeza en vía jurisdiccional, bastará la firmeza en vía administrativa. Los argumentos que utilizan son:

– Que el Código Penal establece como presupuesto para aplicar la reincidencia “el carácter ejecutorio de la condena anterior, cosa que presupone, en el ámbito penal, la existencia de una sentencia firme, mas no en el administrativo. En éste, por efecto del principio de autotutela administrativa, basta que el acto sancionador haya adquirido firmeza en vía administrativa para que sea ejecutivo...”.

- Que cuando la Ley 30/1992 utiliza la expresión “firme” lo hace generalmente para referirse a una resolución administrativa contra la que no cabe la interposición de recursos administrativos ordinarios.
- Que “convertiría, en contra de la finalidad de la Ley, en virtualmente inaplicables los preceptos en que se prevé dicha agravante referida a la comisión de sanciones (*rectius*, infracciones) en períodos breves”.

## 10. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

### A) Infracción continuada y prescripción

Como otras muchas, la STS de 28 de abril de 1999, Sección Tercera, Ar. 10095 del año 2000) declara, ante prácticas contrarias a la libre competencia, que en el caso de infracciones continuadas que seguían cometiéndose incluso durante la tramitación del procedimiento, no cabe estimar la prescripción. La misma doctrina se aplica en la STSJ Castilla y León (Valladolid) de 2 de junio de 2000, Ar. 2008, aunque quizá se trate en este caso de una infracción permanente: la infracción consistía en la roturación y cultivo de terreno en monte público sin autorización y, alegada la prescripción por el tiempo transcurrido entre la ocupación y el inicio del procedimiento, la sentencia declara que los hechos imputados “crean un estado o situación, no existiendo constancia en el expediente ni en los autos de que haya cesado la ocupación y utilización del terreno del monte” de manera que no puede estimarse la prescripción alegada. Asimismo, la STSJ de Extremadura, de 26 de septiembre de 2000, Ar. 1967, considera que existe una infracción continuada de parcelación ilegal, pues las ventas de la parcelas se fue haciendo desde noviembre de 1991 hasta el año de 1995, por lo que el *dies a quo* de la prescripción debe situarse en el de la última acción. Además, como destacamos en la crónica del número anterior, en estos supuestos de actuación clandestina, corresponde al imputado la prueba plena sobre el *día a quo*.

### B) Extinción de la responsabilidad por caducidad del procedimiento sancionador

A este respecto, véanse las SSTSJ de Murcia de 20 y 30 de septiembre de 2000, Ar. 1616 y 1617, en el anterior epígrafe “Caducidad del procedimiento sancionador: consecuencias, en especial, la imposibilidad de iniciar otro procedimiento”.

## 11. EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES. SUSPENSIÓN DE LAS RECURRIDAS EN VÍA JURISDICCIONAL

Lo más destacable, en conjunto, es que los Tribunales aplican a la suspensión de las sanciones el régimen general de la suspensión sin que se altere lo más mínimo por el carácter punitivo del acto administrativo impugnado:

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

– **ATS de 24 de octubre de 2000**, Sección Séptima, Ar. 9918: el daño moral que suponen ciertas sanciones –se trataba de la sanción a un juez– no se debe tener en cuenta para suspender la ejecución en caso de recurso, pues tal daño deriva de la simple imposición y no de la ejecución “por lo que la suspensión de la sanción impuesta no repercutiría en la cesación de tales daños”.

– **STS de 12 de diciembre de 2000**, Sección Quinta, Ar. 10524. En cuanto a la petición de suspensión de una sanción consistente en suspensión por seis meses de la licencia concedida a una discoteca, a la hora de ponderar los intereses en conflicto “no cabe anteponer su interés empresarial al interés público (...) de proteger la tranquilidad de los moradores de una zona de la ciudad con altos índices de contaminación acústica”.

– **STS de 22 de enero de 2001**, Sección Sexta, Ar. 157. El ofrecimiento de caución suficiente por parte de la entidad sancionada no es un presupuesto para acordar la suspensión, sino que siempre opera como condicionamiento posterior a cumplir cuando la tutela cautelar se concede.

– **STS de 30 de octubre de 2000**, Sección Quinta, Ar. 9034. Acuerda la suspensión de una sanción de 10 millones impuesta a una comunidad de propietarios por la instalación sin licencia de soportes publicitarios luminosos, “pues la elevada cuantía de la sanción pecuniaria, a satisfacer de modo inmediato, puede acarrear perjuicios de no fácil reparación a la Comunidad de Propietarios, que ha de satisfacer esa suma, de importe mucho más elevado que sus normales fuentes de ingresos, a través de las cuotas de los vecinos, sin que desde luego el interés público en la obtención inmediata de dicha suma, se vea afectado en una consideración levemente estimable”.

**MANUEL IZQUIERDO CARRASCO**

**MANUEL REBOLLO PUIG**

**LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR**



**VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA****Sumario:****1. Consideración preliminar. 2. Naturaleza y alcance de la garantía patrimonial.**

A) Procedencia de la responsabilidad patrimonial por unos daños derivados de la acción expropiatoria que, no obstante, son de natural partidas del justiprecio. B) Los conceptos de “bien”, “utilidad pública” y “proporcionalidad de la injerencia” a la luz del art. 1 del Protocolo adicional núm. 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos: el caso de la confiscación legal de los bienes de la familia real griega. **3. Procedimiento**

**expropiatorio.** A) Iniciación del expediente expropiatorio a instancia de parte para evitar el retraso indefinido del Ayuntamiento en la obtención de terrenos dotacionales.

**4. Determinación del justiprecio.** A) Incremento del justiprecio en virtud del grado de urbanización existente cuando ésta es inútil a los efectos de la ejecución del Plan y está prevista su demolición. B) Exclusión del justiprecio de los costes de urbanización para la ejecución de los sistemas “externos” que no sean “infraestructuras de conexión” del

suelo urbanizable. **5. Garantías formales: vía de hecho.** A) Imprescriptibilidad del derecho del expropiado a solicitar de la Administración el inicio del expediente expropiatorio en relación a unos terrenos ocupados en vía de hecho. **6. Garantías sustanciales:**

**derecho de reversión.** A) Ejercicio del derecho reversional en caso de cotitularidad del derecho por parte de los causahabientes del primitivo dueño: la justificación de la cotitularidad de los bienes como cuestión prejudicial. B) Requisitos para entender cumplida la *causa expropriandi* a efectos reversionales de unos terrenos expropiados para su transformación en regadío en el marco de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

Se analiza en esta ocasión la jurisprudencia recaída en materia expropiatoria durante el último trimestre del año 2000. De ella destacamos, en primer lugar, las sentencias relativas a la naturaleza y alcance de la garantía patrimonial, donde resulta de especial interés la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada en el asunto de la confiscación de los bienes del patrimonio de la casa real griega.

Destaca también, por abordar algunas cuestiones no tratadas hasta ahora en estas crónicas, la jurisprudencia en materia de valoración del justiprecio en expropiaciones urbanísticas. Asimismo son dignas de reseña, por lo novedoso y singular de su doctrina, las sentencias comentadas en relación al derecho de reversión.

## 2. NATURALEZA Y ALCANCE DE LA GARANTÍA PATRIMONIAL

### A) Procedencia de la responsabilidad patrimonial por unos daños derivados de la acción expropiatoria que, no obstante, son de natural partidas del justiprecio

La proximidad entre el instituto expropiatorio y la responsabilidad extracontractual de la Administración ha sido puesta de relieve por nosotros en diversas ocasiones (vid., por ejemplo, en esta Revista, los núms. 1, pág. 130; núm. 4, pág. 128, o núm. 10, pág. 136), en las que hemos podido comprobar que, aunque diferentes en su motivación, encauzamiento procedimental y régimen, ambas instituciones se asemejan en su efecto práctico, pues ambas participan de la misma finalidad de resarcir un patrimonio mermado por causa imputable a la Administración.

La STS de 11 de octubre de 2000, Ar. 8628, es buen ejemplo de lo dicho. A resultas de una expropiación, la finca del recurrente quedó dividida en partes comunicadas, por lo que el expropiado solicita en vía jurisdiccional que los abastecimientos y canalizaciones de las diversas partes de la finca sean conectados entre sí por la Administración expropiante o, subsidiariamente, que ésta le abone una indemnización por daños y perjuicios. Dejando a un lado el problema de la procedencia o no de la restitución *in natura* que plantea el recurrente (analizada en la crónica de responsabilidad que sigue a ésta), la cuestión que aquí interesa es si puede entenderse que de no quedar resarcidos por el justiprecio determinados perjuicios derivados de la acción expropiatoria cabría entonces reclamarlos por la vía de la responsabilidad patrimonial. En este sentido, el Tribunal comienza por recordar que el carácter expansivo del instituto expropiatorio —en los términos que plasma el art. 1 de la LEF— permite sostener que el justiprecio alcanza.

“no sólo los bienes y derechos directamente ocupados sino todos los que puedan resultar afectados por la actividad expropiatoria y, por tanto, también el demérito que la finca pueda sufrir para su parcelación o por la menor rentabilidad de su expropiación, concepto este que no cabe confundir con el del artículo 46 de la Ley Expropiatoria en cuanto viene condicionado por el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 26”.

Por lo que, en principio, cabe entender que la división de la finca en partes y la consecuente dificultad añadida para su explotación eran deméritos computables en el justiprecio y,

## VIII. Expropiación Forzosa

“por tanto, no cabe reclamar su compensación, ni siquiera por la vía de la reposición in natura (...) a través del instituto de la Responsabilidad Patrimonial, puesto que si el justiprecio se fijó ya definitivamente estamos ante un acto firme y consentido y si no ha tenido lugar tal determinación allí es donde deben valorarse la hipotética minoración del valor de la finca parcialmente expropiada y las demás lesiones patrimoniales derivadas directamente de la actuación expropiatoria”.

Tal es, por lo demás, la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo sobre el particular, que no reconoce la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios derivados de la acción expropiatoria cuando dichos daños son, o pudieron ser, partidas del justiprecio. Cosa que se explica, desde la perspectiva formal, por la doctrina del acto firme y consentido y, desde la perspectiva material, por la necesidad de evitar una eventual duplicidad indemnizatoria que conllevarse un enriquecimiento injusto del expropiado.

Ahora bien, sentado lo anterior, en el presente caso concurre un dato adicional que obliga al Tribunal a excepcionar esta doctrina, cual es que durante la tramitación del expediente expropiatorio el expropiado solicitó a la Administración la construcción de las canalizaciones y vías de comunicación oportunas para continuar con la explotación de las porciones divididas de su finca, a cuyo objeto la Administración inició expresamente unas negociaciones con la propiedad sobre la forma de ejecutar las mencionadas obras, por lo que dicha circunstancia no fue tenida en cuenta por el expropiado al formular su hoja de aprecio pese a que las referidas obras no fuesen nunca acordadas. Estas particulares circunstancias determinan la procedencia de atender la reclamación del recurrente por la vía de la responsabilidad patrimonial, ya que, pudiera decirse, en este caso el Tribunal no aprecia “acto consentido”, por firme que fuera el justiprecio, que además ha determinado un “enriquecimiento injusto” de la Administración, pues al iniciar ésta unas negociaciones luego no culminadas –rompiendo así la “confianza legítima” del expropiado– consiguió el efecto de sustraer lo que hubiera sido una partida más del justiprecio.

### **B) Los conceptos de “bien”, “utilidad pública” y “proporcionalidad de la injerencia” a la luz del artículo 1 del Protocolo adicional número 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos: el caso de la confiscación legal de los bienes de la familia real griega**

Uno de los casos que ha tenido mayor repercusión en los últimos tiempos ha sido la demanda presentada por el destronado Rey Constantino de Grecia y otros miembros de la familia real ante los órganos del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Como es sabido, la familia real griega presentó ante la Comisión Derechos Humanos una demanda en el marco del art. 1 del Protocolo Adicional núm. 1 por las medidas acordadas en una Ley griega de 1994 que declaró la propiedad del Estado griego sobre determinados bienes de la Corona sin prever indemnización al efecto y estableció ciertas previsiones relativas a la nacionalidad y al uso del nombre de la familia real. La Comisión admitió parcialmente la demanda expresando, en su Informe de 21 de octubre de 1999, su opinión unánime de que había habido violación del Protocolo núm. 1. Siguiendo sustancialmente el parecer de la Comisión, la **Sentencia del Tribunal**, dictada por la “Gran Sala” (pleno) el **23 de noviembre de 2000**, Ar. Const. 166, aprecia mayoritariamente la viola-

ción del art. 1 del Protocolo núm. 1, según el cual “nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los Principios Generales del Derecho Internacional”. La sentencia cuenta con una opinión disidente firmada por dos Magistrados.

En el limitado contexto de esta crónica interesa resaltar tan sólo los aspectos de la sentencia que giran en torno a la interpretación del mencionado precepto. En primer lugar, se plantea si los bienes en litigio tienen o no la condición de “bienes” a los efectos del Convenio, ya que el Gobierno griego sostenía que la posesión de dichos bienes (fincas y residencias de la familia real y bienes muebles radicados en ellas) es indisociable de la condición de Jefe de Estado y, por ello, no entran dentro de la noción de “bienes” protegidos a la luz del Convenio. Se trataría, a juicio del Gobierno demandado, de una propiedad pública o semi-pública en razón de su especial régimen y afectación que, en prueba de ello, gozaba de ciertos privilegios y exenciones al modo de muchos patrimonios reales de Europa (en este mismo sentido se pronuncia la opinión disidente a la sentencia, que versa de modo exclusivo sobre esta cuestión). El Tribunal rechaza esta tesis refiriéndose a una serie de negocios jurídicos de los que dichos bienes fueron objeto, así como a otros hechos que atestiguan que la familia real había tenido siempre la consideración de propietaria de los mismos a título privado, incluso para el propio Estado griego.

Una vez sentado que las propiedades en litigio constituyen un “bien” en el sentido del art. 1 del Protocolo núm. 1 se plantea el Tribunal la cuestión de si la confiscación operada por la Ley griega de 1994 es o no “una injerencia en el derecho de propiedad”, “prevista por la Ley” y motivada por “por causa de utilidad pública”. Como era de esperar, el razonamiento del Tribunal en este punto se centra en el concepto de utilidad pública, en la medida en que la Ley en cuestión pudiera estar motivada, como sostenían los demandantes, por razones espurias del todo lejanas a cualquier causa de “utilidad pública”. Recordando su jurisprudencia al respecto, el Tribunal considera, sin embargo, que en la concreción de un concepto jurídico indeterminado como el de “causa de utilidad pública” los Estados gozan de un cierto “margen de apreciación” discrecional, pues “gracias a un conocimiento directo de su sociedad y sus necesidades, las autoridades nacionales se encuentran en mejor posición que el juez internacional para determinar lo que es de utilidad pública”. Por tanto, es al Estado a quien corresponde apreciar “la existencia de un problema de interés general que justifique la privación de la propiedad”, y el Tribunal sólo podrá rechazar esta apreciación en caso de resultar “manifiestamente irrazonable”, de modo que la interdicción de la arbitrariedad se erige en el “Principio General del Derecho Internacional” (art. 1 del Protocolo núm. 1) que sirve de contrapeso al margen de apreciación estatal en esta materia. Ello no obstante, el Tribunal aprecia que en este caso dicho límite no ha sido rebasado, por lo que la causa que legitima la injerencia en el derecho de propiedad de los recurrentes es subsumible en el concepto de “utilidad pública”.

Mayor interés tiene la cuestión relativa a la proporcionalidad o no de la injerencia en el derecho de propiedad acordada por el Estado griego. Es doctrina del Tribunal Europeo de

## VIII. Expropiación Forzosa

Derechos Humanos que, en aplicación de los referidos Principios Generales del Derecho Internacional, una injerencia tal ha de velar por el justo equilibrio entre las exigencias del interés general (la privación de los bienes de la familia real griega) y las de la protección de los derechos fundamentales del individuo que, en este caso, aluden a la garantía patrimonial frente a las actuaciones expropiatorias previstas en la Ley. La clave hermenéutica es bien conocida (desde la STEDH, de 23 de julio de 1968, recaída en el asunto de la enseñanza lingüística en Bélgica; vid., asimismo, nuestro comentario al asunto “Papachelas contra Grecia” el núm. 7º de esta Revista, págs. 158 y 159): en toda injerencia estatal sobre un derecho reconocido por el Convenio debe existir una “proporción razonable entre los medios empleados y el fin perseguido”. Y, en este sentido, debemos recordar que la Ley griega en cuestión no previó ningún tipo de medida compensatoria de la confiscación.

Antes de analizar esa circunstancia, el Tribunal recuerda que, una vez probada la legalidad formal de la medida y su falta de arbitrariedad, la ausencia de indemnización no convierte *eo ipso* en ilegítima toda medida confiscatoria sino que, para que así sea, ha de concurrir además el requisito de que dicha medida “sea desproporcionada o excesiva”. En este punto el Tribunal constata que no existen deudas recíprocas ni créditos a favor del Estado griego que permitan compensar la privación de los bienes de los demandantes o puedan ser consideradas a modo de justiprecio que justifique la ausencia de indemnización (sin perjuicio de que las exoneraciones y privilegios fiscales concedidos en el pasado a dichos bienes o la anulación de las deudas fiscales de la familia real puedan ser eventualmente tenidas en cuenta para la estimación exacta de la indemnización solicitada), por lo que la incautación de los bienes de los demandantes es desproporcionada y “rompe, en contra de éstos, el equilibrio justo entre la protección de la propiedad privada y las exigencias del interés general”.

Finalmente, el Tribunal considera que la cuestión de la aplicación del artículo 41 del Convenio, relativo a la fijación por el propio Tribunal de una “satisfacción equitativa” a la parte lesionada, no se encuentra en momento de ser juzgada. En consecuencia, la reserva para poder examinarla en fecha posterior teniendo en cuenta la posibilidad de que el Gobierno griego y los demandantes alcancen un acuerdo.

### 3. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

#### A) Iniciación del expediente expropiatorio a instancia de parte para evitar el retraso indefinido del Ayuntamiento en la obtención de terrenos dotacionales

La STS de 31 de octubre de 2000, Ar. 9117, analiza la decisión de una Comisión de Gobierno municipal dictada en respuesta a una solicitud de expropiación del propietario de unos terrenos clasificados, en una porción, como uso dotacional público y, en otra, como suelo urbanizable de uso industrial, a cuyo efecto son valorados por el peticionario. La Comisión de Gobierno responde a la mencionada petición valorando los terrenos y acordando iniciar un expediente de habilitación de crédito a tal fin en caso de devenir

consentida dicha valoración por el propietario y, subsidiariamente, acuerda elevar al Pleno la recalificación de la totalidad de los terrenos como urbanizables para una futura revisión del PGOU. El Ayuntamiento sostiene, en sede casacional, que la mencionada resolución no es un acuerdo expropiatorio sino un compromiso para recalificar los terrenos afectados que no compromete su expropiación en los términos del art. 202.2 del Texto Refundido de la Ley del suelo de 1992 aplicable al caso. Como es sabido, dicho precepto preveía que en caso de inactividad del Ayuntamiento el propietario de los terrenos afectados a sistemas generales podía instar su expropiación presentando la correspondiente hoja de aprecio, de forma que, en caso de no ser atendida, dicha expropiación se produciría *ope legis* transcurridos dos años (precepto que, aunque declarado inconstitucional por la STC 61/1997, recoge una previsión contenida en el art. 69 del TRLS de 1976 que continúa siendo aplicable en gran parte del territorio nacional).

Ante esta alegación, el Tribunal Supremo declara que la actuación municipal constituye, a todas luces, una actuación expropiatoria que, en respuesta a la valoración de los terrenos que hace el propietario, ha de considerarse una hoja de aprecio que debía haber sido remitida al Jurado de expropiación correspondiente. Se trataba, en efecto, de una valoración expropiatoria que incluso iba acompañada de una previsión de habilitación de crédito; sin que a ello obste que, junto a dicha actuación expropiatoria, el Ayuntamiento expresara una sugerencia de recalificación de los terrenos. Como el propio Tribunal aclara, si se entendiera de otro modo:

“se estaría propiciando el que mediante sucesivas revisiones de los planes –y a pesar de mantenerse la misma calificación de los terrenos– los Ayuntamientos puedan retrasar indefinidamente el cumplimiento de previsiones urbanísticas que bloquean cualquier iniciativa constructiva de los propietarios, al mismo tiempo que se les cierra a éstos el paso para ejercitar la potestad de abrir la vía de la expropiación que la legislación (...) les ofrece”.

Asimismo, la Sala declara la procedencia de expropiar los terrenos en su totalidad, y no sólo la parte de los mismos afectada al uso dotacional público, pues el acuerdo de la Comisión de Gobierno –hoja de aprecio a todos los efectos– valoró los terrenos en su conjunto, sin excluir la porción de los mismos que contaban con aprovechamiento lucrativo, con lo que dichos terrenos están excluidos de la obligación de integrarse en la unidad de ejecución que, en otro caso, les hubiese correspondido.

#### 4. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO

##### A) Incremento del justiprecio en virtud del grado de urbanización existente cuando ésta es inútil a los efectos de la ejecución del Plan y está prevista su demolición

A los efectos de valorar los terrenos que han de ser expropiados para la ejecución del planeamiento, la legislación urbanística ha venido contemplando tradicionalmente la necesidad de deducir, junto a las cesiones de aprovechamiento legalmente previstas, los gas-

## VIII. Expropiación Forzosa

tos de urbanización pendiente sobre los terrenos expropiados (en parecidos términos a la previsión que hoy contiene el art. 30 de la Ley estatal del suelo de 1998), con lo que tales gastos, así como otros gastos eventuales igualmente contemplados en la legislación urbanística (gastos de financiación de la urbanización, gastos de promoción y las indemnizaciones que pudieran corresponder por vinculaciones singulares), han de ser descontados del justiprecio. Como contrapartida de lo anterior, la jurisprudencia viene reconociendo que cuando se trata de terrenos que tienen ya un cierto grado de urbanización, los costes de ésta han de incrementar en igual medida el justiprecio. En este orden de problemas, la **STS de 10 de octubre de 2000**, Ar. 8624, analiza si procede o no incrementar el justiprecio en un supuesto en el que los gastos de urbanización ya realizados devienen inútiles y está prevista su demolición y posterior sustitución por otra urbanización por resultar incompatible con el planeamiento que se ejecuta. La respuesta del Tribunal es que:

“resulta perfectamente compatible el incremento del justiprecio en virtud de un grado de urbanización existente con la previsión de su demolición y de la realización de una nueva urbanización que implica a cargo del propietario del terreno costes ajenos al valor económico de la primitivamente existente, que, aun siendo inútil a los efectos de realización del polígono proyectado, no resulta indiferente a los efectos de valoración del terreno expropiado”.

En consecuencia, el fallo ordena que el justiprecio sea incrementado por los gastos de urbanización existentes, pese a su inutilidad, sin perjuicio de que también sean deducidos de dicho justiprecio los gastos de la nueva urbanización precisa y aún no ejecutada.

### **B) Exclusión del justiprecio de los costes de urbanización para la ejecución de los sistemas “externos” que no sean “infraestructuras de conexión” del suelo urbanizable**

Íntimamente relacionadas con la problemática abordada por la sentencia anteriormente comentada, las **SSTS de 11 y 23 de octubre de 2000**, Ar. 8628 y 9565, se enfrentan en casación a sendos pronunciamientos jurisprudenciales en los que se había declarado precedente excluir los costes de urbanización en la valoración expropiatoria de unos terrenos destinados a la ejecución de sistemas generales afectados a suelo urbanizable, con lo que, a juicio de la recurrente, se infringe el principio de reparto equitativo de los beneficios y cargas del planeamiento haciendo recaer sobre una parte en exclusiva los citados costes que, de este modo, no minorarían el justiprecio a pagar por la beneficiaria de la expropiación, a la sazón recurrente en ambos casos.

La cuestión planteada se enmarca en la obligación impuesta por art. 63 del Reglamento de Gestión Urbanística a los propietarios de suelo urbanizable que sea objeto de un Programa de Actuación Urbanística de “costear la ejecución total o el suplemento necesario de las obras exteriores de infraestructura” para que el suelo “quede debidamente enlazado, a través de esos sistemas generales con la estructura del Municipio en que se desarrolla el programa”. Es decir, el precepto se refiere a los costes de urbanización de lo que podríamos llamar sistemas generales “exteriores” o “infraestructuras de conexión”

(a las que se refiere hoy el art. 18.3 de la Ley estatal del suelo) de ese tipo de suelo con el ya ejecutado, en el bien entendido de la urbanización de las dotaciones y sistemas “internos”, incluidos físicamente o adscritos por el planeamiento a un sector del suelo urbanizable, se costean siempre por los propietarios de esa clase de suelo. Asimismo, debe tenerse en cuenta que junto a la referida previsión del art. 63, el propio Reglamento de Gestión Urbanística prevé seguidamente un mecanismo de corrección para no repercutir sobre los propietarios los costes de urbanización cuando éstos resulten excesivos en relación con el escaso aprovechamiento edificatorio otorgado (art. 64).

En este contexto normativo, el problema al que se enfrentan las sentencias aludidas es el de dilucidar qué costes de urbanización se han de considerar una carga legalmente impuesta a los propietarios de los terrenos y si dichos costes comprenden los relativos a la ejecución de los sistemas “externos”. Así las cosas, el Tribunal Supremo realiza una interpretación conjunta del art. 63 del RGU y de los preceptos del TRLS de 1976 en el que aquel trae causa para concretar el alcance cualitativo y cuantitativo de la obligación de costear la urbanización, y finalmente concluir que los costes de urbanización que deben legalmente asumir los propietarios de los terrenos afectados son los relativos a la ejecución de todos los sistemas “internos” y de los sistemas “externos” que garanticen la “conexión” del suelo que se ejecuta con las infraestructuras y sistemas existentes en el Municipio, lo cual no significa asumir los costes de todos los sistemas “externos”, sino sólo aquellos que efectivamente sean infraestructuras de conexión, pues lo contrario supondría desbordar los límites cualitativos de los sistemas generales externos al Programa de Actuación Urbanística que deben soportar los propietarios de los terrenos en él incluidos e imputarles gastos de urbanización que no tienen por qué corresponderles. En consecuencia, tales costes no deben minorar el justiprecio sino excluirse de él, tal y como hicieron las sentencias impugnadas.

## 5. GARANTÍAS FORMALES: VÍA DE HECHO

### **A) Imprescriptibilidad del derecho del expropiado a solicitar de la Administración el inicio del expediente expropiatorio en relación a unos terrenos ocupados en vía de hecho**

La STS de 11 de octubre de 2000, Ar. 9077, conoce de una petición presentada por el titular de unos terrenos que habían sido ocupados *de facto* por la Administración a resultas de la construcción de una carretera, en la que se solicitaba la cesión de unos terrenos para compensar la desposesión operada o, alternativamente, la iniciación de un expediente expropiatorio de las propiedades ocupadas. La Administración actuante, que desestimó esta petición, recurre ahora en casación la sentencia de instancia que declaró la procedencia de iniciar el expediente de justiprecio ante la mencionada actuación en vía de hecho. El argumento central de la recurrente es la imposibilidad de esgrimir una obligación pecuniaria contra la Administración por haber pasado el plazo que el art. 46 de la Ley General Presupuestaria prevé para entender prescritos los créditos y obligaciones contra la Hacienda Pública. Ante esta alegación, el Tribunal Supremo reitera los términos taxativos de su juris-

## VIII. Expropiación Forzosa

prudencia que descarta la aplicación los plazos de prescripción de deudas contra la Hacienda en este tipo de actuaciones expropiatorias en vía de hecho, pues, en estos casos,

“no nos hallamos ante un crédito del administrado frente a la Administración, sino de un derecho real del expropiado contra la Administración expropiante, por la privación de su derecho de propiedad al margen del procedimiento legalmente establecido”.

### 6. GARANTÍAS SUSTANCIALES: DERECHO DE REVERSIÓN

#### A) Ejercicio del derecho reversional en caso de cotitularidad del derecho por parte de los causahabientes del primitivo dueño: la justificación de la cotitularidad de los bienes como cuestión prejudicial

Dado que los arts. 54 de la LEF y 64.2 del REF reconocen el derecho reversional tanto al primitivo dueño como a sus causahabientes, resulta bastante común que sean éstos los que ejerciten el mencionado derecho. En estos supuestos de cotitularidad, el Tribunal Supremo tiene declarado que cualquiera de los causahabientes puede ejercitar el derecho de reversión en beneficio de la comunidad, ya que los condóminos son propietarios de toda la cosa común al mismo tiempo que de una parte abstracta de la misma, por lo que les corresponden todos los derechos de la propiedad que se derivan del concepto jurídico del dominio, incluida la acción reivindicatoria. De este modo, no es preciso que la acción de reversión sea instada por todos y cada uno de los cotitulares, sino que, en tanto no conste la oposición expresa de alguno de los comuneros, basta que uno de los mismos la ejerza para que la Administración y, en su caso, los Tribunales, deban pronunciarse sobre la procedencia o no de la reversión.

Recordando de antemano esta doctrina, la STS de 23 de octubre de 2000, Ar. 9110, precisa que la misma no se opone a que la jurisdicción (y habría que entender que también la Administración que es instada para la reversión) proceda a declarar con carácter prejudicial la condición de causahabientes del expropiado de los reversionistas y pedir que lo justifiquen, “dado lo establecido en el art. 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa” (y en el art. 10.1 de la LOPJ) sobre el alcance de la competencia de este orden jurisdiccional para conocer y decidir sobre cuestiones prejudiciales o incidentales no pertenecientes a dicho orden. Por consiguiente, cabe pensar que a estos efectos debe también extenderse el alcance de la subsanación y mejora de la solicitud a la que se refiere el art. 71 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común a fin de establecer en vía administrativa la situación de titularidad de los bienes cuya reversión se solicita, para, en su caso, abrir el expediente a todos los copropietarios o exigir el poder de representación del que ejerce el derecho en nombre de todos.

#### B) Requisitos para entender cumplida la *causa expropriandi* a efectos reversionales de unos terrenos expropiados para su transformación en regadío en el marco de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario

La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario contiene una regulación especial de la expropiación para fines de reforma agrícola a la que ya nos hemos referido en alguna otra oca-

sión (vid. núm. 10 de esta Revista, págs. 137 y ss.) Entre otras funciones del instituto expropiatorio previstas en dicha Ley, ésta contempla la posibilidad de que el Gobierno declare determinadas zonas de interés nacional para su transformación en regadío y se proceda a la expropiación y redistribución de las tierras entre colonos (art. 92). La STS de 6 de noviembre de 2000, Ar. 9390, conoce en casación contra una sentencia de instancia que entiende que la redistribución de unos terrenos expropiados para su transformación en regadío basta para entender cumplimentada la *causa expropriandi* a la que se refiere la Ley de Reforma Agraria, con la consecuente denegación de la reversión solicitada, pese a que dichos terrenos (sobre los que las únicas actuaciones efectuadas han sido la mencionada redistribución de la propiedad y la construcción de unas acequias de conducción de aguas), no hayan sido aún “puestos en riego” o efectivamente transformados en regadío. Este razonamiento del Tribunal *a quo* es rechazado por la mayoría de la Sala del Tribunal Supremo, argumentando, básicamente, que no puede entenderse cumplida la *causa expropriandi* a efectos reversionales porque ésta no se satisface, como razona la sentencia de instancia, por el cumplimiento alternativo de la “puesta en regadío” de las tierras expropiadas o por la “redistribución de la propiedad rústica”, sino que ambas finalidades constituyen requisitos imprescindibles para entender cumplida la causa que motivó la expropiación, por lo que procede casar la sentencia impugnada y atender el derecho de reversión que esgrimen los recurrentes.

La sentencia cuenta con un extenso voto particular firmado por tres Magistrados que disienten sustancialmente de la tesis de la mayoría. Según estos Magistrados, el recurso de casación debió desestimarse por entender, en esencia, que la *causa expropriandi* que justifica la actuación expropiatoria en el marco de la Ley de Reforma Agraria no es la efectiva transformación de los terrenos en regadíos sino el impulso y la transformación económica y social de una determinada zona, cosa que puede satisfacerse plenamente con la redistribución de las tierras, sin que su “puesta en riego” deba entenderse, por lo tanto, como la única forma posible de culminar la *causa expropriandi*, como, por otra parte, había ya manifestado el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de diciembre de 1996, cuyos razonamientos comparten los disidentes.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

EMILIO GUICHOT

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

**IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Imputabilidad subjetiva. Daños médicos: imputación al Servicio de Salud, en tanto que organismo autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propios, y no a la Administración territorial de la que depende. 3. Carácter objetivo del sistema y causalidad.** A) atentado terrorista con daños en el patrimonio de sujetos privados: inaplicabilidad de la Ley 52/1984 y falta de imputación al Estado en ausencia de negligencia en sus obligaciones de vigilancia. B) Fallecimiento por electrocución de persona que colabora con los servicios administrativos de lucha contra incendios. C) Retraso en la intervención administrativa dirigida a mitigar o frenar un daño a cuya producción es ajena. D) Daños médicos: Criterios de “diligencia” en las soluciones alcanzadas en el seno del sistema de responsabilidad objetiva. Alcance de la obligación de información. **4. Antijuridicidad del daño y obligación de soportar.** Contagio de virus de la hepatitis C por transfusiones realizadas en hospitales públicos. Cláusula del estado de los conocimientos y de la técnica. **5. Daño. Reparación in natura.** **6. Acción de responsabilidad y procedimiento.** A) Daños médicos: determinación del *dies a quo* en el caso de daños continuados. B) Reclamación previa a la demanda judicial: interpretación *pro actione*. **7. Responsabilidad del poder judicial.** A) Funcionamiento anormal por dilación en la tramitación de procedimiento penal: autonomía de la acción y ausencia de responsabilidad por conducta obstruccionista del recurrente. B) Error judicial.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

La ilimitada casuística a que da lugar el ámbito de la responsabilidad; los matices –ningún asunto es igual a otro– que cada caso levanta, hacen siempre difícil la labor de presentar la jurisprudencia más interesante de un período determinado. Seleccionamos en esta ocasión una colección de sentencias que versan sobre lo que podemos denominar “causación indirecta”, algo inverso a lo que suele representar como típico. En efecto, el problema típico es el de la producción de un daño, en principio imputable a la Administración en alguna medida, en cuyo desenlace puede interferirse decisivamente la

conducta de la víctima o de un tercero, rompiendo el nexo de causalidad. En la causación indirecta, la generación del daño es puesta en marcha por conductas o factores ajenos a la propia Administración que ponen al descubierto la calidad del funcionamiento del servicio en cuanto se espera de éste su deber de abortar el curso del proceso dañoso. Tales supuestos obligan inevitablemente a reflexionar sobre la necesidad de contar con unos estándares objetivados de funcionamiento con cuyo contraste pueda deducirse el nivel de diligencia alcanzado en cada caso. Pero aunque sea deseable la existencia de tal estandarización de los servicios —esto es indudable, siquiera sea a título orientativo, para tomar el pulso, *prima facie*, a la actuación administrativa— también es preciso decir que ello no haría sino abrir un nuevo horizonte de problemas; entre ellos el de la autofijación, por parte de la propia Administración, de sus niveles de conducta, es decir, de la auto-determinación de la exigibilidad posible de su actuar lesivo; en suma, del propio concepto de funcionamiento anormal por el cual sólo deba ser responsable: algo realmente difícil de encajar en un sistema de responsabilidad objetiva. Qué no decir, además, de los agravios comparativos que resulten en función de los distintos niveles de calidad establecidos según el territorio, etc. Qué no decir de la injusticia posible derivada del automatismo de las soluciones.

## **2. IMPUTABILIDAD SUBJETIVA. DAÑOS MÉDICOS: IMPUTACIÓN AL SERVICIO DE SALUD, EN TANTO QUE ORGANISMO AUTÓNOMO, CON PERSONALIDAD JURÍDICA Y PATRIMONIO PROPIOS, Y NO A LA ADMINISTRACIÓN TERRITORIAL DE LA QUE DEPENDE**

La STS de 17 de octubre de 2000, Ar. 8808, Sala de lo Civil, en un supuesto de responsabilidad derivada de negligencia médica, en que aparecen como codemandados el médico actuante, el Hospital público, el Servicio de Salud autonómico, la Consejería de Salud de la Administración autonómica, y la propia Administración autonómica, aclara que, siendo el Servicio de Salud un organismo autónomo, es únicamente dicho organismo el centro de imputación de responsabilidad a la Administración.

## **3. CARÁCTER OBJETIVO DEL SISTEMA Y CAUSALIDAD**

En el período considerado se han dictado algunas sentencias significativas en materia de responsabilidad por daños no provocados directamente por la actuación administrativa. Como es sabido, la obligación de indemnizar puede conectarse de forma indirecta con la actividad administrativa, cuando el reclamante prueba que la Administración incumplió una obligación legal, al no actuar de forma diligente para evitar la producción del daño o su agravación. En definitiva, en estos casos, sólo la constatación de un funcionamiento anormal permite el establecimiento del nexo de causalidad indirecta, y, por ende, la imputación del daño a la esfera administrativa. Veamos algunos ejemplos.

### **A) atentado terrorista con daños en el patrimonio de sujetos privados: inaplicabilidad de la Ley 52/1984 y falta de imputación al Estado en ausencia de negligencia en sus obligaciones de vigilancia**

De acuerdo con el art. 1 de la Ley 52/1984, de 26 de diciembre, “los daños y perjuicios sufridos por medios de transportes extranjeros de mercancías o colectivo de viajeros, su carga y ocupantes, que se hallen en territorio español, realizando viajes de transporte internacional serán indemnizables por el Estado, en las condiciones que se determinan en los artículos siguientes”. Esta Ley se dirige a remediar los daños producidos como represalias en conflictos preexistentes de naturaleza comercial o política entre España y otros países, y se inscribe en la preocupación existente en diversos países por los efectos de este tipo de acciones violentas, que proliferaron en la época de su promulgación y frente a las que diversas legislaciones nacionales arbitraron este género de medidas compensatorias. En la STS de 28 de septiembre de 2000, Ar. 8024, el recurrente es un transportista extranjero que invoca la aplicación de dicha norma frente a daños en sus mercancías derivados de actos terroristas cometidos en España contra el propio Estado español, en concreto, contra las instalaciones aduaneras portuarias. El TS establece la inaplicabilidad por inexistencia del presupuesto de hecho de la norma (daños derivados de conflictos entre España y otros Estados). Tampoco cabe imputar responsabilidad extracontractual alguna al Estado español, a falta de prueba de negligencia en los deberes de control y vigilancia, que impide conectar causalmente el daño con la actividad administrativa.

### **B) Fallecimiento por electrocución de persona que colabora con los servicios administrativos de lucha contra incendios**

En la STS de 18 de diciembre de 2000, Ar. 10124, la responsabilidad administrativa se deriva de la ausencia de la diligencia que cabe exigir al encargado de la brigada antiincendios, que ha de cerciorarse de que nadie se acerque a los cables de alta tensión hasta que se confirme el corte del suministro.

### **C) Retraso en la intervención administrativa dirigida a mitigar o frenar un daño a cuya producción es ajena**

Los supuestos en que los demandantes tratan de conectar el perjuicio con un retraso en la intervención administrativa (de los servicios médicos, de los de extinción de incendios, etc.), plantean una problemática especialmente compleja, a la que ya hemos hecho referencia en crónicas anteriores. La dificultad deriva, entre otros factores, de la frecuente falta de definición normativa de plazos estandarizados de actuación diligente, que hace arduo para el operador jurídico determinar si ha habido funcionamiento normal o anormal. A ello se le suma que, aun en los casos en que se reputa que hubo un retraso en la actuación administrativa, resulta extraordinariamente delicado establecer si el daño se habría producido igualmente, o, en todo caso, cuál es la proporción del mismo achacable al retraso. Todo ello lleva al juzgador a moverse en el resbaladizo terreno del establecimiento de parámetros objetivos de eficacia exigible, y de la conjetura en torno a lo que hubiera sucedido en caso de una intervención diligente. He aquí algunas muestras:

– En la **STS de 7 de noviembre de 2000**, Ar. 9911, Sala de lo Civil, el incendio en un hostel se cobra víctimas mortales. La Administración municipal es codemandada junto a los propietarios de dicho hostel. Se arguye que el retraso del Servicio de Bomberos en acudir a sofocar el incendio fue la causa indirecta de los fallecimientos. Condenada en la instancia, la Administración alega en casación infracción del art. 1902 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, por inexistencia de nexo causal. El TS desestima el recurso, al no apreciar error patente en la apreciación del nexo de causalidad, dado que, pese a la proximidad del Parque de Bomberos al Hostel, se produjo un retraso importante en la intervención de los bomberos, que actuaron de forma desordenada, sin la destreza y los medios adecuados. Establecido el comportamiento negligente (el funcionamiento anormal, que diríamos en la terminología administrativa), el TS deriva la existencia de causalidad del siguiente razonamiento (presuntivo, podemos añadir): si, aún en esas circunstancias, los bomberos fueron capaces de evacuar a ochenta personas, una actuación diligente hubiera logrado la evacuación de la totalidad de los huéspedes, y hubiera podido evitar, de este modo, el fallecimiento de las víctimas.

– En la **STS de 24 de octubre de 2000**, Ar. 8641, el incendio de un almacén provoca daños en las mercancías, alegando el perjudicado que se produjo una demora en la intervención de los bomberos a la que han de imputarse los daños. Se daba la circunstancia de que el vehículo de bomberos del Municipio se encontraba en esos momentos pasando la ITV en otra localidad, lo que sin duda contribuyó al retraso. Sin embargo, el TS excluye la responsabilidad administrativa, basándose en que dicho vehículo estaba cumpliendo una obligación legal, y en que no se acreditan los daños que serían imputables al retraso (prueba, como se convendrá, cuanto menos difícil).

– Los daños provocados en las mercancías almacenadas en un muelle por un incendio constituyen el supuesto de la **STS de 23 de septiembre de 2000**, Ar. 9087. El TS comienza excluyendo que se trate de un supuesto de responsabilidad contractual, pues:

“la ocupación de una determinada superficie del puerto, por la que se satisfizo una tasa, constituye simplemente la utilización autorizada por un precio del dominio público, sin que tal uso constituya a la Administración portuaria en depositaria de los bienes o cosas situados en el muelle del puerto, de manera que no nacen para aquélla las obligaciones propias del depósito ni de cualquier otra relación contractual (...)”

De este modo, los daños sólo habrán de ser indemnizados por la Administración portuaria si concurren los requisitos de la responsabilidad administrativa. En el caso de autos, el TS estima que puesto que no existe relación contractual alguna de la que deriven deberes de custodia y restitución, se desconocen las causas del incendio y no se acredita negligencia ni retraso en las actividades de extinción, no puede imputarse causalmente el daño a la Administración.

– Finalmente, en la **STS de 17 de octubre de 2000**, Ar. 8631, el perjuicio consiste en lesiones oculares causadas por herida de asta de toro con ocasión de suelta de vaquillas

## IX. Responsabilidad Administrativa

en un festejo municipal. El TS conecta causalmente el daño con la inexistencia de ambulancia en las inmediaciones de la plaza y la consiguiente demora en la prestación de auxilio médico, por lo que estima la demanda.

### **D) Daños médicos: Criterios de “diligencia” en las soluciones alcanzadas en el seno del sistema de responsabilidad objetiva. Alcance de la obligación de información**

La STS de 27 de noviembre de 2000, Ar. 9409, dirime un supuesto de daños derivados de intervenciones médicas. El paciente, de edad avanzada y aquejado de síntomas de gravedad, es sometido a una arteriografía, a consecuencia de la cual sufre una minusvalía irreversible. El recurso y la sentencia giran en torno a la extensión del régimen de responsabilidad administrativa, lo que suscita toda la complejidad que hemos tratado de poner de relieve a lo largo de estas Crónicas de jurisprudencia. En síntesis, el recurrente ataca la sentencia de instancia por desestimar su pretensión con base en la falta de prueba de negligencia en la actuación, siendo así que el régimen es objetivo, esto es, que ha de indemnizarse todo daño derivado tanto del funcionamiento normal como anormal del servicio.

La Sala parte del reconocimiento de este principio de objetividad, y emprende la ardua tarea de compatibilizarlo con una solución fundada, como no puede ser de otra forma, en la indagación de la diligencia con que actuaron los servicios médicos. En efecto, viene a decir que la intervención era necesaria habida cuenta del estado del paciente y constituía el único medio existente para diagnosticar la gravedad de la patología. Se trata de una intervención que cuenta con un porcentaje reducido de complicaciones, de tal forma que, en un balance entre la necesidad de la intervención y los riesgos que genera, resulta proporcionada. Por lo demás, el dictamen pericial acredita que la intervención se llevó a cabo correctamente en todos sus extremos. Teniendo en cuenta todos estos datos, no es posible imputar el daño a la Administración, que hay que atribuir, como causa directa, a la propia patología que presentaba el paciente.

Finalmente, la Sentencia hace unas interesantes consideraciones en relación con la obligación de información en los casos de intervenciones quirúrgicas. El paciente fue informado verbalmente de los riesgos de la operación y dio su consentimiento escrito. Ciertamente, el escrito rubricado por el paciente se limita a señalar genéricamente que fue informado de los métodos y los riesgos, pero, para el TS, la firma implica que la carga de probar que no se dio la información adecuada se desplaza al firmante, que puede siempre en estos casos solicitar, si lo considera necesario, que se dé una información más detallada y precisa por escrito.

Como puede comprobarse, el juicio gira, una vez más, y en contraste con los pronunciamientos de principios, en torno al cumplimiento por la Administración de la *lex artis ad hoc* y de las obligaciones legales de información que, en caso de entenderse acreditados, excluye la responsabilidad administrativa.

#### **4. ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO Y OBLIGACIÓN DE SOPORTAR. CONTAGIO DE VIRUS DE LA HEPATITIS C POR TRANSFUSIONES REALIZADAS EN HOSPITALES PÚBLICOS. CLÁUSULA DEL ESTADO DE LOS CONOCIMIENTOS Y DE LA TÉCNICA**

Las SSTs de 5 de octubre de 2000, Ar. 8621 y de 19 de octubre de 2000, Ar. 8637, aclaran algo por demás evidente: que “estado de los conocimientos o de la técnica” existentes no es sinónimo de “estado de la legislación”, de modo que “para probar el estado de los conocimientos de la ciencia en un determinado momento no bastará normalmente con argumentar sobre la existencia de una regulación legal aplicable al caso”. El TS aprovecha para desarrollar unas consideraciones acerca del sentido de los términos “estado”, “ciencia” y “técnica”, que contribuyen a perfilar este importante precepto introducido en la LRJAP-PAC por la Ley 4/1999. En ambas sentencias, el TS estima la responsabilidad administrativa. En la primera, en positivo, porque en la fecha en que se produjo la transfusión y el consiguiente contagio existían técnicas que permitían detectar el virus de la hepatitis C. En el segundo, en negativa, porque la Administración, que es a la que incumbe la carga de la prueba, no acredita que en el estado de la ciencia y la técnica vigente en aquel momento no pudiera detectarse la presencia de dicho virus.

#### **5. DAÑO. REPARACIÓN *IN NATURA***

La STS de 11 de octubre de 2000, Ar. 8628, ofrece la peculiaridad de que se solicita una indemnización *in natura* y, sólo subsidiariamente, pecuniaria. El recurrente sufrió una expropiación en diversos sectores de su finca, a resultas de la cual su finca quedó dividida en distintos “trozos”, por lo que solicita, entre otros conceptos, la construcción de vías de comunicación entre ellos.

Para el TS, la reparación *in natura* no quedaba excluida por el art. 40 LRJAE (norma aplicable por razones temporales al asunto de autos), por el mero dato de que dicho precepto utilizara el verbo “indemnizar”. Como recuerda el propio Tribunal, hoy, la Ley 30/1992, en su artículo 141.4, prevé ya de manera expresa la reparación *in natura*, para aquellos casos en que resulte más adecuado para lograr la reparación debida, convenga al interés público y exista acuerdo con el interesado. Este precepto, pese a ser inaplicable *ratione temporis* al caso enjuiciado, le sirve, no obstante, como elemento integrador de la interpretación favorable a la posibilidad de entender incluida la reparación *in natura* en el ámbito del art. 40 LRJAE. Ahora bien, la utilización de tal precepto es, si se nos permite, selectiva, puesto que el art. 141.4 Ley 30/1992 restringe esta posibilidad al acuerdo de las partes, aspecto este que el TS no considera sin embargo exigible conforme al art. 40 LRJAE.

Por lo demás, el TS recuerda que los daños adicionales resultantes de una expropiación quedan fuera del instituto de la responsabilidad, y han de ser reclamados, en su caso, impugnando el justiprecio fijado (véase al respecto la Crónica sobre expropiación forzo-

## IX. Responsabilidad Administrativa

sa que precede a ésta). No obstante, en este caso, concurre una especial circunstancia, y es que durante la tramitación del expediente expropiatorio el expropiado solicitó de la Administración expropiante la construcción de vías de comunicación entre los sectores en que quedó dividida la finca, y aquélla no sólo no negó tal posibilidad, sino que inició conversaciones con la propiedad sobre la forma de ejecutar dichas obras, lo que justifica que tal circunstancia no fuese tenida en cuenta a la hora de emitir su hoja de aprecio por el recurrente. Esta circunstancia, además, implica para el TS:

“(…) un principio de prueba sobre un cierto compromiso de la Administración demandada de acometer tales obras, por lo que su no cumplimiento determina que en el caso de autos, atendidas las circunstancias específicas concurrentes, quepa acudir a la vía de la responsabilidad patrimonial como instrumento para subsanar el perjuicio producido”.

### 6. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD Y PROCEDIMIENTO

#### A) Daños médicos: determinación del *dies a quo* en el caso de daños continuados

La STS de 5 de octubre de 2000, Ar. 8621, tiene como presupuesto el contagio de la hepatitis C por transfusiones realizadas en hospitales públicos, supuesto que ya hemos comentado en Crónicas anteriores. El TS sale al paso de las alegaciones de la Administración recurrente, que, con apoyo en jurisprudencia reciente del propio TS en este mismo supuesto, sitúa el *dies a quo* en la fecha del diagnóstico. Establece que, al tratarse de daños continuados, el plazo permanece siempre abierto. En palabras del TS:

“(…) dicho plazo no puede empezar a computarse hasta que son conocidas de modo definitivo las secuelas, y, como quiera que éstas, como queda dicho, están indeterminadas en el caso concreto en supuestos de Hepatitis C aun cuando puedan establecerse como posibles, es claro que el plazo queda abierto, al estarse ante un supuesto de daño continuado, hasta que aquéllas definitivamente puedan especificarse en el caso concreto (...)”

En este caso, el diagnóstico tuvo lugar en septiembre de 1991, lo que conllevó la baja laboral hasta noviembre de 1992:

“(…) baja laboral que indudablemente es una secuela de la enfermedad y que en cualquier caso por sí sola ya determinaría que el *dies a quo* habría de diferirse, en todo caso, a aquel en que tal situación desapareció” (...) “sin que quepa alegar argumentar que la sentencia de instancia declaró probado que a partir de 1991 se produjo una estabilización de los efectos lesivos, pues (...) esa baja, que determinó una incapacidad laboral temporal, es una secuela de la enfermedad cuya valoración resultaba imposible en tanto no se podía concretar su duración, ello sin perjuicio, como queda dicho, de la doctrina del daño continuado aplicable a los supuestos como el que nos ocupa”.

Esta doctrina se reitera en la STS de 19 de octubre de 2000, Ar. 8637, que tiene un presupuesto similar.

En la STS de 20 de noviembre de 2000, Ar. 9310, el reclamante vino aquejado de una disitis bacteriana subsiguiente a una intervención quirúrgica efectuada en un hospital público. La Administración alega que el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción debió comenzar bien el día del alta tras la intervención, bien en la fecha del diagnóstico de la disitis. Por el contrario, el TS recuerda que el *dies a quo* es aquel en que se conocen las secuelas definitivas, con independencia del día del alta, que, en el caso de autos, fue precipitada y anterior al diagnóstico de la enfermedad y a la determinación de las secuelas.

### **B) Reclamación previa a la demanda judicial: interpretación *pro actione***

La STS de 17 de octubre de 2000, Ar. 8631, constituye un ejemplo más de la interpretación *pro actione* que sigue el TS en el entendimiento de los requisitos procesales de la acción de responsabilidad. En efecto, el Alto Tribunal desestima la argumentación de la Administración, que argüía que el reclamante no formuló en su día petición de indemnización por responsabilidad administrativa, sino una reclamación previa para el ejercicio de acción civil. El TS entiende que una interpretación teleológica de los preceptos que regulan la reclamación indemnizatoria lleva a entender cumplida su finalidad, a pesar de haberse utilizado una vía inadecuada.

## **7. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL**

### **A) Funcionamiento anormal por dilación en la tramitación de procedimiento penal: autonomía de la acción y ausencia de responsabilidad por conducta obstruccionista del recurrente**

En la STS de 7 de octubre de 2000, Ar. 9100, el recurrente reclama daños por funcionamiento anormal, referidos a una dilación excesiva de la tramitación del procedimiento penal. La sentencia de instancia sostuvo que las dilaciones fueron provocadas por el propio demandante, pero éste alega que el tribunal penal debió impulsar de oficio el procedimiento y las Fuerzas de Seguridad cumplir con su obligación de acudir al domicilio del acusado. El TS comienza desestimando el argumento del Abogado del Estado, según el cual el recurrente debía haber denunciado el retraso oportunamente como condición para una posterior reclamación de daños y perjuicios. En efecto, este requisito se vincula al amparo por lesión del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, siendo así que la responsabilidad por funcionamiento anormal es autónoma e independiente de aquél, y no precisa de tal intimación, por lo que su omisión carece de trascendencia para el éxito de la pretensión resarcitoria. Ahora bien, en el caso de autos, al igual que la sentencia de instancia, entiende que las dilaciones fueron debidas a la propia conducta del recurrente. A pesar de que el proceso penal se prolongó por doce años y terminó en indulto, su inasistencia al juicio, la necesidad de decretar orden de busca y captura, el falseamiento de la causa de su incomparecencia, las sucesivas renunciaciones y designaciones de Abogado, etc., revelan una conducta obstruccionista en el recurrente

## IX. Responsabilidad Administrativa

incompatible con el derecho a obtener una indemnización, tal y como prevé el art. 295 LOPJ, que la excluye cuando el funcionamiento anormal tuviera por causa la conducta dolosa o culposa del perjudicado.

### B) Error judicial

Traemos finalmente a colación dos sentencias en materia de error judicial.

– La primera de ellas es la **STS de 13 de octubre de 2000**, Ar. 9650, Sala de lo Social. Los hechos pueden resumirse del siguiente modo. Una decisión patronal modificó los turnos de algunos trabajadores. Dicha decisión fue impugnada, y el Juzgado de lo Social la declaró injustificada, condenando a la empresa a reponer a los trabajadores en sus anteriores condiciones de trabajo. Meses después, la empresa adopta idéntica decisión, que es de nuevo impugnada. El Juzgado de lo Social constata que no se ha producido ninguna nueva circunstancia. Considera que no puede aplicarse la cosa juzgada negativa, pues la decisión atacada es distinta, siquiera en su fecha, pero sí la positiva, por lo que han de respetarse los pronunciamientos realizados en la parte en que hay identidad de causas, de forma que estima la demanda, declara injustificada la modificación y condena a la empresa a reponer a los trabajadores en las mismas condiciones laborales que disfrutaban. Finalmente, dos años más tarde, la empresa vuelve a alterar las condiciones de trabajo, pero ahora alega dos nuevas causas justificativas: el traslado de la empresa a otra ubicación, y un acuerdo entre la empresa y los delegados de personal por el que toda la plantilla se compromete a asumir una nueva organización de turnos. El Juzgado de lo Social estima excepción de cosa juzgada, por lo que absuelve a la empresa sin conocer del fondo del asunto. Los trabajadores solicitan aclaración del fallo, pidiendo que expresamente se condene a la empresa a reponerlos en sus anteriores condiciones de trabajo, como hicieron las sentencias anteriores, pero el Juzgado deniega la aclaración “por cuanto el contenido del fallo es suficientemente explícito”. La demandante estima que ha cometido error judicial, al no dictar nueva sentencia con el mismo contenido y ordenando que sean repuestos en sus anteriores condiciones de trabajo, incurriendo de tal modo en incongruencia interna.

El TS comienza recapitulando los principios de la cosa juzgada, que tiene dos vertientes, negativa y positiva.

“Mientras el efecto negativo o preclusivo impide a los Tribunales de Justicia pronunciarse de nuevo sobre un asunto ya resuelto por sentencia firme, la función positiva o prejudicial de la cosa juzgada no prohíbe que se dicte sentencia en el segundo juicio, sino que obliga tan sólo a que en esa segunda sentencia se sigan y apliquen los mandatos y criterios establecidos por la sentencia firme anterior.”

En este caso, como hemos expuesto, la segunda sentencia estimó la cosa juzgada positiva, pero no la negativa, por ser diferentes en su fecha las decisiones atacadas; la tercera, por el contrario, sí aplicó la cosa juzgada negativa. El TS entiende que, al haberse alegado la existencia de circunstancias nuevas y diferentes, dicha aplicación fue errónea, de tal forma que ya no podía hablarse ni de cosa juzgada positiva ni negativa. No obstante,

entiende que esta incorrecta aplicación del principio de cosa juzgada no puede calificarse de error judicial. En efecto, no cabía aplicar la cosa juzgada negativa, como hizo el Juzgado, pero tampoco la positiva, a la vista de la ausencia de identidad de causas, frente a lo que, de acuerdo con la interpretación del TS –que resulta problemática, a nuestro juicio– pretenden en el fondo los demandantes. De ello deriva que se trata de una materia compleja, que impide calificar el error como susceptible de dar origen a responsabilidad:

“Lo que demuestra que la interpretación del art.1252 del Código Civil no está exenta de dificultades y presenta contornos imprecisos, sobre todo en la distinción y aplicación de sus efectos, que han necesitado de una lenta y progresiva delimitación por parte de la jurisprudencia. Y ello impide calificar al error cometido por la sentencia –tal vez inducido por el hecho de que los actores aportaron en juicio las dos sentencias anteriores, afirmando que ‘eran de aplicación’– como un ‘error especialmente cualificado por craso, evidente e injustificado’ como exige la jurisprudencia para la estimación de la demanda.”

La Sentencia se cierra con una última consideración acerca de la falta de acreditación del nexo de causalidad, ya que nada permite presuponer que, de haber entrado a resolver la cuestión, y habida cuenta las nuevas circunstancias de producción, el Juzgado hubiera estimado su demanda.

– La **STS de 14 de noviembre de 2000**, Ar. 10286, constituye uno de los supuestos excepcionales en que el TS, siguiendo por lo demás el informe preceptivo de la Sala de lo Social y del Ministerio Fiscal, estima la existencia de error judicial. En tres diferentes recursos, unos trabajadores solicitan de un Juzgado de lo Social la condena a su empresa al pago de una cantidad por un concreto concepto salarial. Mediante tres autos se desestiman las correspondientes demandas, pero en dos de ellos se accede a lo que se denomina “petición subsidiaria” de una cantidad menor (a pesar de no figurar como tal en la demanda), y no así en el tercero, que se limita a desestimar la demanda. Recurridas las tres sentencias, el Tribunal Superior de Justicia acumula los recursos, y confirma simultáneamente las tres sentencias. El TS entiende que es manifiesto, patente e indubitable el error que consiste en dar diferente respuesta a pretensiones idénticas, y reconoce la responsabilidad del poder judicial.

EMILIO GUICHOT

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

**X. FUNCIÓN PÚBLICA****Sumario:**

**1. Consideración preliminar.** **2. Cuestiones generales.** A) Cuerpos docentes universitarios. No forman parte de éstos los Ayudantes, becarios ni otros colectivos de personal.

**3. Acceso.** A) Cuando no viene exigida por las bases de la convocatoria de las pruebas de acceso, la falta de motivación de la calificación otorgada a los ejercicios selectivos no constituye irregularidad alguna de la actuación del Tribunal calificador. B) Las normas que rigen la selección del personal para empleos públicos deben ser observadas con independencia del régimen funcional o laboral que después resulte aplicable.

**4. Carrera administrativa.** A) Configuración legal del derecho de igualdad. Orden de intervención en las pruebas de especialización para cubrir plazas de magistrado especialista en el orden contencioso-administrativo. B) Reserva y provisión de puestos de trabajo. Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles. **5. Derechos funcionariales.** A) Negociación colectiva e incrementos retributivos establecidos por normas autonómicas. Necesidad de adecuación al tope máximo previsto por la Ley de Presupuestos Generales del Estado. **6. Deberes funcionariales.** A) Es lícita la imposición a los funcionarios del deber de residencia, pues el derecho a la libertad de circulación y establecimiento no es ilimitado. **7. Incompatibilidades.** A) La prestación de servicios como asesor médico en las oficinas de una aseguradora privada como ASISA no es actividad en el sector público a efectos de declarar su incompatibilidad con la actividad principal. B) Incompatibilidad de los funcionarios retribuidos con arancel para ejercer cualquier otra función pública o privada incluye la de profesor en Universidad privada. C) Los Magistrados del Tribunal Supremo están sometidos a un estatuto especial y a un sistema de incompatibilidades más riguroso que el que afecta a los demás jueces y magistrados para garantizar su definitiva independencia. D) Las funciones de los Oficiales, Auxiliares y Agentes Judiciales al servicio de la Administración de Justicia, en principio y a priori, no son incompatibles con el ejercicio de funciones de asesoramiento jurídico, sean o no retribuidas. E) La atribución al funcionario de complementos específicos o conceptos equiparables, tanto en la esfera estatal como en la local,

lleva consigo la grave consecuencia de la absoluta prohibición de toda otra actividad lucrativa pública o privada. F) Los farmacéuticos titulares están excluidos de la incompatibilidad para el ejercicio de una actividad privada derivada del artículo 12.2 de la Ley de Incompatibilidades 53/1984, de 26 de diciembre, por la conjunción esencial que por razón de su establecimiento se opera en dichos titulados. **8. Régimen disciplinario.** A) Faltas muy graves. Desatención, retraso injustificado y reiterado en la iniciación, tramitación o resolución de procesos y causas o en el ejercicio de las competencias judiciales. Jueces y Magistrados. B) Reserva de ley en la determinación de las infracciones disciplinarias. Se entiende respetada por la remisión recepticia con transformación de rango que realiza el Estatuto del Personal de las Cortes Generales al Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado. **9. Extinción de la relación funcional.** A) Cese de funcionario interino por jubilación del titular de la plaza: desviación de poder. B) La inamovilidad del Magistrado Suplente supone que su eventual cese o remoción ha de limitarse a los supuestos en que concurra alguna de las causas legalmente establecidas.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta crónica se recogen varias sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia, con pronunciamientos relativos a distintos aspectos del régimen de la función pública, y especialmente abundantes en cuestiones de acceso e incompatibilidades.

## 2. CUESTIONES GENERALES

**A) Cuerpos docentes universitarios. No forman parte de éstos los Ayudantes, becarios ni otros colectivos de personal**

La STS de 5 de mayo de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 10097, declara nulos los artículos de los Estatutos de la Universidad de Sevilla que reconocen la cualidad de Profesores a los Ayudantes, a partir de su segundo contrato, a los Becarios de los planes de reinserción de personal investigador y otros becarios posdoctorales de similar categoría siempre que estén adscritos a un Departamento de forma estable, y a los miembros del Cuerpo a extinguir de Maestros de Taller o Laboratorios y Capataces de Escuelas Técnicas.

## X. Función Pública

La sentencia comentada recuerda que el art. 33 de la LRU determina taxativamente los Cuerpos de los funcionarios docentes que constituyen el profesorado universitario, incluyendo a Asociados y Visitantes. El carácter exclusivo y excluyente de la mención realizada por el art. 33 LRU también se pone de manifiesto en la normativa de desarrollo de dicha norma (RD 898/1985, de 30 de abril, sobre régimen del profesorado universitario; RD 989/1986, de 23 de mayo, sobre retribuciones, y RD 1086, de 28 de agosto) que da un tratamiento distinto a los profesores y al resto de categorías del personal. Si en alguna ocasión se designa como profesores a los colectivos señalados, lo es sin ánimo de asimilación de su status.

Por tanto, no es posible que los Estatutos de una Universidad atribuyan naturaleza de profesores a otros colectivos cuya actividad, pese a desarrollar incidentalmente funciones docentes, se orienta a completar su formación científica e investigadora –Ayudantes y Becarios–, o constituyen Cuerpos a extinguir –Maestros de Taller y asimilados–.

### 3. ACCESO

#### **A) Cuando no viene exigida por las bases de la convocatoria de las pruebas de acceso, la falta de motivación de la calificación otorgada a los ejercicios selectivos no constituye irregularidad alguna de la actuación del Tribunal calificador**

La STS de 10 de octubre de 2000, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 8992, desestima el recurso interpuesto contra la Resolución del Pleno del Tribunal de Cuentas que desestimó el recurso de la actora contra la relación final de aprobados en las pruebas selectivas convocadas para el ingreso en el Cuerpo Superior de Auditores del Tribunal de Cuentas, así como contra la resolución del mismo órgano por la que se nombraron funcionarios de carrera del mencionado Cuerpo. La actora superó los tres primeros ejercicios y fue suspendida en el cuarto, en el que obtuvo una puntuación de 13,39 puntos, siendo la puntuación mínima exigida de 20 puntos. La actora reclamó una revisión de la calificación y el detalle de la puntuación otorgada a cada uno de los temas desarrollados en el cuarto ejercicio.

Salvo que así venga exigido en las bases de la convocatoria, los Tribunales calificadores no están obligados a fundamentar las calificaciones otorgadas, si bien la resolución que ponga fin al procedimiento selectivo deberá realizar una explicación o motivación complementaria. Del mismo modo, la STS de 10 de octubre de 2000, recuerda que tampoco las bases de la convocatoria exigían detallar la puntuación independiente asignada a cada uno de los temas del ejercicio selectivo. El TS recuerda, además, que el conocimiento de la puntuación asignada a cada uno de los temas expuestos sólo tendría interés si el suspenso derivase de haber obtenido una calificación de cero puntos en alguno de los temas y pese a todo la puntuación global alcanzase el mínimo exigible.

**B) Las normas que rigen la selección del personal para empleos públicos deben ser observadas con independencia del régimen funcional o laboral que después resulte aplicable**

La STS de 31 de octubre de 2000, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 9012, desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ de Andalucía (Granada) que anuló el nombramiento de A.D. como personal laboral de plantilla con carácter fijo. El trabajador mencionado fue contratado en régimen laboral con carácter interino para sustituir a otro trabajador. Cesado este último, continuó el vínculo laboral del sustituto, sin que el Ayuntamiento contratante convocase las pruebas oportunas para cubrir la plaza vacante, por lo que aquél adquirió la condición de trabajador indefinido según la legislación laboral. Para subsanar la situación irregular surgida tras el cese del trabajador al que sustituía, el “sustituto” recibió un nombramiento de personal laboral permanente, sin que el Ayuntamiento convocase con carácter previo las pruebas oportunas a tal efecto.

El recurso de casación enjuiciado por la STS de 31 de octubre de 2000 es interpuesto por el citado trabajador A.D. y por el Ayuntamiento que efectuó su nombramiento, pretendiendo que sea declarada la competencia del orden jurisdiccional social para conocer del asunto y, subsidiariamente, si la competencia perteneciese a la jurisdicción contencioso-administrativa, que se confirme el acuerdo municipal por el que A.D. fue nombrado trabajador fijo.

En atención a los hechos señalados, la STS de 31 de octubre de 2000, desestima los motivos de casación alegados por el Ayuntamiento y el trabajador que adquirió la condición de fijo, señalando que las normas que regulan la selección del personal para empleos públicos son de obligada observancia, con independencia del régimen funcional o laboral al que los empleados vayan a ser sometidos. Dichas normas no pueden ser derogadas o modificadas por la simple voluntad de los titulares de los órganos administrativos. En consecuencia, corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo examinar la validez de los actos administrativos por los que se nombra a una persona como trabajador o personal laboral de una Administración Pública. Cuestión distinta es la relativa a las consecuencias jurídicas derivadas del cese de un trabajador cuyo acto administrativo de nombramiento haya sido anulado, que habrán de ser extraídas del Derecho laboral y valoradas por la jurisdicción social.

**4. CARRERA ADMINISTRATIVA****A) Configuración legal del derecho de igualdad. Orden de intervención en las pruebas de especialización para cubrir plazas de magistrado especialista en el orden contencioso-administrativo**

La STS de 23 de octubre de 2000, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 8999, desestima el recurso interpuesto contra el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial que desestimó el recurso ordinario promovido contra el acuerdo del tribunal calificador

## X. Función Pública

de las pruebas de especialización para cubrir plazas de magistrado especialista en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que convocó para la realización de dichas pruebas a los quince primeros aspirantes, comenzando por la letra A.

Según alega el demandante, la mencionada determinación del orden de intervención de los aspirantes vulnera el derecho de igualdad del art. 23.2 CE, tal como éste se concreta en el art. 22 del Reglamento 1/1995, de la Carrera Judicial, que se remite al art. 17 del RD 364/1995, por el que se aprueba el RGIP. A juicio del actor, en virtud de los preceptos citados y del acuerdo que concretó el orden de intervención de los participantes en las pruebas convocadas durante el año 1997, éstos debían ser llamados a partir de la letra Z.

Partiendo de considerar que el derecho de igualdad del art. 23.2 CE es un derecho de configuración legal y, en lo que aquí interesa, se traduce en la necesidad de garantizar que las bases y el procedimiento de selección establecidos se apliquen de igual modo a todos los aspirantes, el TS no estima infracción alguna del derecho invocado en el caso enjuiciado. En este sentido, la STS de 23 de octubre de 2000 declara que el orden de prelación mencionado por el demandante era el orden establecido para las pruebas de acceso a la Carrera Judicial, que no resulta aplicable a las pruebas de especialización de Magistrados en el orden contencioso-administrativo. Idéntica suerte corre la alegación de discriminación formulada por el demandante amparándose en que, según la legislación española, todos los opositores actúan por sorteo y todas las oposiciones se celebran conforme a un orden aleatorio. Sobre este particular, el TS señala que dicha alegación es válida para las pruebas selectivas que se rigen por el RGIP, pero no para las que están sujetas a una normativa distinta, como ocurre aquí. Por lo demás, la opción por el orden de intervención determinado alfabéticamente no ocasiona perjuicio alguno para el recurrente ni para el resto de los opositores, ya que al existir un único aspirante apellidado por la letra Z, sólo se habría llamado a una persona antes que al interesado.

### **B) Reserva y provisión de puestos de trabajo. Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles**

La STS de 24 de octubre de 2000, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 9220, desestima el recurso interpuesto contra el RD 1786/1997, sobre Régimen Jurídico de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado, dictado en desarrollo de la Ley 13/1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, que estableció una reserva de diez plazas en la mencionada Dirección General a cubrir, mediante concurso de méritos, por Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

El recurrente, Corredor de Comercio Colegiado, fundamenta la pretensión de nulidad del RD 1786/1997 en la vulneración por dicha norma del principio de reserva de ley en materia de función pública, de los principios de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas, así como principio de imparcialidad que debe presidir el ejercicio de las funciones públicas y la reserva constitucional de éstas a favor de funcionarios.

Ninguna de las pretensiones formuladas por el demandante pueden prosperar ya que, según aclara la STS de 24 de octubre de 2000, la Ley 13/1996 no crea un nuevo Cuerpo de funcionarios sino puestos de trabajo para Cuerpos de funcionarios ya existentes, con un régimen estatutario específico respetuoso de la exigencia de reserva de ley (Ley del Notariado, Ley Hipotecaria y Reglamento Hipotecario). Dado que notarios y registradores son funcionarios, el concurso de méritos previsto no constituye un sistema de acceso a la función pública sino de provisión de puestos de trabajo. Por lo demás, los méritos a valorar en dicho concurso son fácilmente identificables, pues están relacionados con las materias propias de las tareas a realizar en los mencionados puestos.

Por todo ello, la sentencia comentada concluye señalando que no cabe efectuar tacha alguna de arbitrariedad a la reserva de plazas a favor de Notarios y Registradores establecida por el RD 1786/1997.

## 5. DERECHOS FUNCIONARIALES

### **A) Negociación colectiva e incrementos retributivos establecidos por normas autonómicas. Necesidad de adecuación al tope máximo previsto por la Ley de Presupuestos Generales del Estado**

La STC 62/2001, de 1 de marzo, BOE del 30 (Pleno, recurso de inconstitucionalidad) declara la inconstitucionalidad de los arts. 17.1, 19.2, 22.1, apartado 1 de la Disposición Adicional Duodécima y el inciso final de la Disposición Transitoria Primera, de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1993, de 4 de mayo, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma para 1993, por ignorar el límite derivado del principio de coordinación con la Hacienda del Estado (art. 156.1 CE) y de la competencia estatal para establecer las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE).

La Diputación General de Aragón intenta justificar el incremento retributivo contemplado en la Ley impugnada apoyándose en el Acuerdo alcanzado en la Mesa General de Negociación de Funcionarios, así como en el suscrito entre la Diputación General y las Organizaciones Sindicales UGT, CCOO y CEMSATSE, aprobados de modo formal y expreso por la mencionada Administración el 7 de julio de 1992. Con base en lo que antecede, la Diputación General de Aragón sostiene que el límite máximo establecido por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1993 sería contrario al derecho de negociación colectiva, así como a los principios de seguridad jurídica e irretroactividad de las disposiciones restrictivas de los derechos individuales.

No lo entiende así el TC, que estima el recurso de inconstitucionalidad y anula los preceptos indicados de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para 1993. Sin pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de los acuerdos, convenios o pactos citados por la Diputación General de Aragón, ni sobre su inclusión o no en el ámbito de la negociación colectiva del art. 37.1 CE, el TC señala que “(...) los incrementos retributivos fijados para 1993 por vía de pacto o convenio en el seno de la

Administración autonómica han de estimarse (sic), al no haberse adecuado al tope máximo previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estados para dicho ejercicio, inaplicables y desplazados en su eficacia jurídica por las determinaciones de esta norma legal, y por ello, la incorporación del incremento de retribuciones por encima del tope máximo legal, para funcionarios y personal asalariado de la Administración autonómica del mencionado ejercicio, incorporación a la Ley aragonesa de Presupuestos producida cuando ya se hallaba vigente la Ley estatal, no puede acogerse la cobertura constitucional de los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, del art. 9.3 CE, invocados por la Diputación General de Aragón para oponerse a la pretensión articulada en el recurso de inconstitucionalidad”.

### 6. DEBERES FUNCIONARIALES

#### **A) Es lícita la imposición a los funcionarios del deber de residencia, pues el derecho a la libertad de circulación y establecimiento no es ilimitado**

La STS de 9 de marzo de 2000, Ar. 4029, entre otros muchos aspectos, se ha pronunciado sobre la licitud de la imposición a los Oficiales, Agentes y Auxiliares al servicio de la Administración de Justicia del deber de residencia, recogiendo en este punto la doctrina sentada al respecto por el Tribunal Constitucional. Se impugnaba el artículo 78 del Real Decreto 249/1996, de 16 de febrero, en la medida en que disponía que el deber de residencia habría de cumplirse preferentemente en el término municipal o área metropolitana donde radique el órgano en que presten sus servicios, debiendo comunicar a la Sala de Gobierno la residencia en lugar distinto, que en todo caso deberá ser compatible con el cumplimiento de sus funciones y con las necesidades del servicio. La parte demandante había solicitado la declaración de nulidad de dicho precepto por ser contrario a lo establecido en los artículos 19 y 139.2 de la Constitución, que garantizan el derecho a la libertad de circulación, así como la prohibición de la adopción de medidas que obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de personas. El TS, no obstante, ha desestimado esta petición por entender que esta norma reglamentaria tiene su cobertura legal en el deber de residencia de los funcionarios públicos impuesta por el artículo 77 del Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964, aplicable a los Oficiales, Agentes y Auxiliares en virtud de lo dispuesto en el artículo 456 de la LOPJ. Para llegar a esta conclusión recoge la doctrina sentada en el Auto del Tribunal Constitucional 781/1985, de 13 de noviembre, en el que se pone de manifiesto que “el derecho reconocido por el artículo 19 de la Constitución no es ilimitado, sino que permite aquellas restricciones que tengan fundamento bastante, como ocurre con los funcionarios, a quienes el ejercicio de su cometido exige la residencia en el lugar de destino”. Siendo, pues, lícita la imposición a los funcionarios del deber de residencia, la exigencia de dicho deber no puede quedar afectada por la prohibición contenida en el artículo 139.2 de la Norma Fundamental.

## 7. INCOMPATIBILIDADES

### **A) La prestación de servicios como asesor médico en las oficinas de una aseguradora privada como ASISA no es actividad en el sector público a efectos de declarar su incompatibilidad con la actividad principal**

La STSJ de Andalucía (Granada) de 23 de octubre de 2000, Ar. 1652, estima el recurso de apelación interpuesto por el actor al que se le denegó la compatibilidad entre su actividad principal, como médico en el Equipo de Orientación Educativa de la Delegación Provincial de Educación y Ciencia de Almería, y la secundaria, como médico de la entidad de ASISA.

La Sala declara que “la prestación de servicios como asesor médico en las propias oficinas de la entidad (ASISA) (...) de Almería, mediante régimen de contrato indefinido a tiempo parcial y en jornada de 3 horas y media de lunes a viernes, a partir de las 18 horas, fuera del horario de la primera actividad del demandante” no puede calificarse de actividad en el sector público a los efectos del art. 1.1 de la Ley 53/1984, de incompatibilidades, que la define como “la de aquellas entidades de carácter hospitalario o que realicen actividades propias de estos Centros, que mantengan concierto o colaboración con alguna de las entidades gestoras de la Seguridad Social” (art. 2 del RD 598/1985).

### **B) Incompatibilidad de los funcionarios retribuidos con arancel para ejercer cualquier otra función pública o privada incluye la de profesor en Universidad privada**

La STSJ de Andalucía de 3 de julio de 2000, Ar. 1888, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un Corredor de Comercio colegiado contra la resolución del Director General de Inspección, Simplificación y Calidad de Servicios del Ministerio de Administraciones públicas, de 16 de julio de 1999, que denegaba la compatibilidad de su actividad en el sector público como Corredor de Comercio con la actividad privada de profesor de la Universidad de Deusto.

La Sala reitera la doctrina de la STS de 26 de marzo de 1993 relativa a los puestos de trabajo que se retribuyen con complemento específico, en relación a la interpretación del art. 16 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, sobre Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. Esta doctrina, según la Sala extensible al supuesto de retribución por arancel, “conduce a la consideración de que el art. 16.1 de dicha Ley consagra una auténtica prohibición, lo que de suyo implica que su aplicación no puede ser laxa, sino rigurosa y estricta para no desvirtuar la finalidad que late en la norma, garantizar la imparcialidad del funcionario y la eficacia en el desempeño de su tarea y del servicio público encomendado. La retribución por arancel, supone un juicio previo, de la Administración sobre la complejidad y relevancia de las funciones desempeñadas por el personal así retribuido, así como sobre la dedicación que a ellos debe prestar tal personal, que conduce al establecimiento de la rígida regla sobre incompatibilidades examinada, que no puede admitir más excepciones que la prevista legalmente de forma expresa”.

La Sentencia argumenta que la interpretación sostenida sobre el art. 16 de la Ley 53/1984, está avalada por la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en su Sentencia 68/1990, de 5 de abril (RTC 1990,68), donde se declara que la incompatibilidad contemplada en dicho precepto en relación a los funcionarios retribuidos por arancel por ejercer actividades en el sector privado es absoluta.

### **C) Los Magistrados del Tribunal Supremo están sometidos a un estatuto especial y a un sistema de incompatibilidades más riguroso que el que afecta a los demás jueces y magistrados para garantizar su definitiva independencia**

La STS de 20 de noviembre de 2000, Ar. 9619, se ha pronunciado por primera vez sobre el alcance de las modificaciones establecidas por la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, por la que se modifican determinados aspectos de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio. En concreto, el TS ha resuelto el recurso planteado por un Magistrado del Tribunal Supremo ante la denegación por parte del Consejo General del Poder Judicial de su solicitud de declaración de compatibilidad de su cargo judicial con la dirección de un seminario de doctorado en una universidad privada. El TS parte de un análisis de la nueva redacción del artículo 299.2 de la mencionada Ley, en la que se vino a establecer que “los Magistrados del Tribunal Supremo, sin perjuicio de su pertenencia a la Carrera Judicial, tendrán el estatuto especial regulado en la presente Ley Orgánica”. Ahora bien, para comprender el sentido pleno de este estatuto especial, el Tribunal parte de la filosofía contenida en la Exposición de Motivos de la nueva Ley, en la que se establece que “entre las características propias de quienes tienen encomendado el ejercicio de la jurisdicción, la Constitución Española consagra la independencia y la imparcialidad. La presente Ley quiere reforzar la protección de esos valores de la Administración de Justicia y evitar al máximo lo que pueda objetivamente perjudicarlos o dejarlos en entredicho ante la opinión pública”.

A partir de ahí, realiza la Sala un análisis de los tres elementos fundamentales que componen el mencionado estatuto especial: la magistratura de ejercicio, un régimen especialmente riguroso de incompatibilidades y una modificación de sus retribuciones. La magistratura de servicio significa, a juicio de la Sala, que sólo puede atribuirse la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo a quienes ejerzan sus funciones en dicho órgano, de tal forma que no pueden conservar su categoría al pasar a las situaciones de excedencia voluntaria o forzosa y, al mismo tiempo, la categoría de servicios especiales se limita a los casos estrictamente tasados: Magistrado del Tribunal Constitucional o de Altos Tribunales de Justicia Internacionales y Vocal del Consejo General del Poder Judicial. Asimismo, su régimen retributivo ha sido equiparado en este punto a los altos órganos constitucionales, siendo ello una consecuencia necesaria de su reconocimiento como alto órgano constitucional. Por lo que se refiere al último de estos elementos, al sistema de incompatibilidades, el apartado 3 del artículo 350 de la LOPJ establece por sí mismo un régimen de incompatibilidades mucho más riguroso que el previsto para los Jueces y Magistrados, de tal forma que “los Magistrados del Tribunal Supremo sólo podrán desempeñar fuera del mismo las funciones de Presidente de Tribunales de oposiciones a ingreso en la Carrera Judicial y de miembros de la Junta Electoral Central”. Ello responde, a juicio de la Sala, “a la finalidad sustancial de preservar su definitiva independen-

cia, evitando el peligro de que puedan llegar a implicarse en actividades que generen intereses o apariencia de los mismos que ofrezcan a los ciudadanos la impresión de que aquélla aparece comprometida o empañada. Por eso la Exposición de Motivos de la reforma alude a evitar al máximo lo que pueda objetivamente perjudicar o dejar en entredicho los valores de independencia e imparcialidad ante la opinión pública”. El legislador habría querido, pues, establecer este sistema tan riguroso con carácter ejemplarizante, por ser el Tribunal Supremo la cúspide del Poder Judicial del Estado, el más visible de los Tribunales y por corresponderle las máximas responsabilidades judiciales.

En definitiva, pues, y en contra de la tesis que mantenía el recurrente sobre la interpretación no restrictiva del artículo 350.3 de la Ley, la Sentencia ha considerado que la incompatibilidad establecida en dicho precepto impide a los Magistrados del Tribunal Supremo realizar funciones docentes con carácter regular, sean públicas o privadas, al limitar rígidamente las actividades que pueden desempeñar fuera del propio Tribunal Supremo.

**D) Las funciones de los Oficiales, Auxiliares y Agentes Judiciales al servicio de la Administración de Justicia, en principio y *a priori*, no son incompatibles con el ejercicio de funciones de asesoramiento jurídico, sean o no retribuidas**

La STS de 9 de marzo de 2000, Ar. 4029, se ha pronunciado sobre varios preceptos del Real Decreto 249/1996, de 16 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes al Servicio de la Administración de Justicia, así como del Real Decreto 250/1996, de 16 de febrero, por el que se modifica el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales. Entre otros muchos motivos, la parte recurrente solicita la declaración de nulidad del apartado d) del artículo 79 del primero de los Reglamentos, según el cual, “las funciones de los Oficiales, Auxiliares y Agentes Judiciales son incompatibles con todo tipo de asesoramiento jurídico, sea o no retribuido”. El TS ha declarado finalmente la nulidad de pleno derecho de dicho precepto por ser contrario al artículo 489 de la LOPJ, criterio que la Sala tuvo ya ocasión de expresar en sus Sentencias de 21 de abril y 4 de diciembre de 1997, Ar. 3010 y 9022, aunque, claro está, con motivo del antiguo Real Decreto 2003/1986, de 19 de septiembre, que contempla exactamente el mismo contenido que el precepto ahora impugnado. Ante la argumentación de la parte demandada respecto a la habilitación gubernativa establecida en el artículo 11.2 de la Ley de Incompatibilidades 53/1984, el TS ha establecido que “la incompatibilidad debatida no puede ampararse en dicho precepto, en primer lugar, por su clara exclusión del régimen jurídico de los Oficiales, Auxiliares y Agentes que se produce a la vista de los artículos 389.7 y 489 de la LOPJ y, además de ello, porque dadas las múltiples funciones y puestos de trabajo que puedan desempeñar los Oficiales, Auxiliares y Agentes, no puede sostenerse, con carácter de generalidad, que el asesoramiento jurídico, sea o no retribuido, puede comprometer su imparcialidad o independencia, impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o perjudicar los intereses genera-

les”. No obstante, ello no impide que si en un puesto de trabajo concreto se produjere la concurrencia de alguna circunstancia que pueda comprometer la imparcialidad o independencia del funcionario en relación con una concreta actividad de asesoramiento jurídico, sean perfectamente aplicables los artículos 1.3 y 11.1 de la Ley 53/1984.

**E) La atribución al funcionario de complementos específicos o conceptos equiparables, tanto en la esfera estatal como en la local, lleva consigo la grave consecuencia de la absoluta prohibición de toda otra actividad lucrativa pública o privada**

La STS de 7 de marzo de 2000, Ar. 3168, se ha pronunciado sobre un tema de incompatibilidades. En este caso, la parte actora declara que su actividad principal es la de bombero con dedicación exclusiva y la de buceador como actividad secundaria, especializado en la reparación de tuberías acuáticas. A pesar de encontrarnos ante una cuestión de personal, la Sala entra a conocer por tratarse de una impugnación de carácter general, toda vez que se trata de la impugnación del complemento específico establecido en los presupuestos de la corporación local en la que presta sus servicios la parte recurrente. Para la resolución del caso, el TS reitera la jurisprudencia establecida, entre otras, en sus Sentencias de 13 de marzo de 1993, Ar. 6100 y de 26 de marzo de 1993, Ar. 2440, así como la STC 178/1989, en la que declaró la plena constitucionalidad del artículo 16.1 de la Ley 53/1984 de Incompatibilidades. Efectivamente, en ellas se establece que dicho precepto “prescribe de manera clara que no puede autorizarse o reconocerse compatibilidad al personal que desempeñe puestos que comporten la percepción de complementos específicos o conceptos equiparables y al retribuido por arancel, lo cual supone que no se atiende a grados económicos en la fijación del complemento, sino a que éste lo perciba el funcionario por ocupar un determinado puesto de trabajo y en función de las características de éste, siendo objeto del legislador al regular el régimen de incompatibilidades, en la Ley 53/1984, en desarrollo del artículo 103.3 de la Constitución, preservar la imparcialidad y la eficacia como principio de organización administrativa”.

La retribución complementaria asignada a un determinado puesto de trabajo, dirá el TS, “implica un juicio previo de la Administración sobre la complejidad y relevancia de las funciones mediante aquél desempeñadas, así como la de la dedicación que a él debe prestar el funcionario que lo sirve, sin casuísticas excepciones en los casos en que se estime el complemento específico de escasa cuantía o de poca entidad. Si se trata de un complemento que va dirigido a retribuir los conceptos o cualificaciones que dice el artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984, la permisión de un segundo puesto, bien en el sector público, bien mediante el ejercicio libre de actividad profesional en el sector privado, hará inoperante el designio tanto de imparcialidad del funcionario como de eficacia en el desempeño de su tarea y del servicio público encomendado. En consecuencia, tanto en la esfera estatal como en la local, la imposición de dicho régimen, lleva consigo la grave consecuencia de la absoluta prohibición de toda otra actividad lucrativa pública o privada”.

**F) Los farmacéuticos titulares están excluidos de la incompatibilidad para el ejercicio de una actividad privada derivada del artículo 12.2 de la Ley de Incompatibilidades 53/1984, de 26 de diciembre, por la conjunción esencial que por razón de su establecimiento se opera en dichos titulados**

La STS de 9 de febrero de 2000, Ar. 1879, recoge la jurisprudencia previamente establecida, entre otras, en la STS de 17 de mayo de 1994, Ar. 4358, al interpretar la Disposición Transitoria Sexta y el artículo 12.2 de la Ley de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. En concreto, los recurrentes habían impugnado el Acuerdo del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de España por el que se autorizaba la apertura de una farmacia a una titular farmacéutica nombrada mediante concurso público. Entre los motivos alegados por los recurrentes, se alude a la infracción del artículo 12.2 de la Ley 53/1984, que establece que el personal comprendido en su ámbito de aplicación no podrá ejercer actividades privadas que correspondan a puestos de trabajo que requieran la presencia efectiva del interesado durante un horario igual o superior a la mitad de la jornada semanal ordinaria de trabajo en las Administraciones Públicas. El TS vuelve a precisar respecto de la alegación de incompatibilidad que “por el carácter de derecho necesario que tiene la misma, se aplica a todas las situaciones que existen bajo su imperio, lo que implica que la normativa reguladora sea aplicable al caso debatido, siendo éste un supuesto de excepción al principio de la ley de la convocatoria en razón de la finalidad y contenido de la Ley 53/1984; por lo que recibe aplicación la Transitoria Sexta de la Ley 53/1984, que por su tenor y contenido excluye a los farmacéuticos titulares en relación a la farmacia abierta con motivo de su función, de la incompatibilidad derivada del artículo 12.2 de la misma Ley en orden a la concurrencia del ejercicio de una actividad privada con la pública en la determinación cuantitativa que señala, el cual sería el único criterio de conexión para aplicar la Ley 53/1984, lo que tiene su fundamento en la conjunción esencial que por razón de su establecimiento se opera en dichos titulados”.

## 8. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

**A) Faltas muy graves. Desatención, retraso injustificado y reiterado en la iniciación, tramitación o resolución de procesos y causas o en el ejercicio de las competencias judiciales. Jueces y Magistrados**

La STS de 17 de octubre de 2000, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 8918, desestima el recurso interpuesto contra una Resolución del Consejo General del Poder Judicial que impuso una sanción a la actora en su condición de Magistrado Juez.

Encontrándose de guardia, la actora se ausentó del Juzgado para atender unos asuntos personales, sabiendo que un detenido iba a ser puesto a disposición judicial y negándose a regresar a las dependencias judiciales pese a conocer la situación originada y la necesidad de adoptar una decisión que sólo a ella le correspondía. Dicha decisión se retrasó hasta el día siguiente, cuando la actora acordó poner en libertad al detenido.

## X. Función Pública

Los hechos descritos fueron subsumidos en el art. 417.9 de la LOPJ y sancionados con la suspensión de funciones por un año. La gravedad de la conducta resulta “(...) de las precisas circunstancias de que la desatención afectaba a la situación personal, de libertad o privación de ella, de un detenido, y de que tuvo lugar en el curso de un servicio de guardia a cargo del Juzgado en el que la sancionada ejercía sus funciones, y, por ello, de que nos hallamos en presencia de uno de los más esenciales, si no el más esencial, de los servicios que corresponden a un Juzgado en horas de guardia, cual es el de atender y resolver sobre dicha situación personal del detenido que se ponía a su disposición, cuyo derecho fundamental a la libertad estaba en juego, concretándose la mencionada desatención o el indicado retraso en ausentarse del Juzgado, con dirección a un Banco o a un Gimnasio, cuando de antemano sabía que iba a realizarse tal puesta a disposición, (...)”.

### **B) Reserva de ley en la determinación de las infracciones disciplinarias. Se entiende respetada por la remisión recepticia con transformación de rango que realiza el Estatuto del Personal de las Cortes Generales al Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado**

Según dispone el art. 32.3 del Estatuto del Personal de las Cortes Generales, las faltas disciplinarias aplicables a los funcionarios incluidos en su ámbito de aplicación serán las establecidas en el Reglamento del Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración General del Estado.

A juicio de la **STS de 14 de noviembre de 2000**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 10364, “(...) esta disposición permite aceptar como cumplida esa garantía formal que es inherente al principio de legalidad del art. 25 CE, ya que, (...), el EPCG es una norma que por imperativo constitucional goza de una efectiva fuerza de ley; el citado art. 32.3 comporta un fenómeno de remisión recepticia con transformación de rango; y la consecuencia que de todo ello se deriva es que la relación de ilícitos, contenida en el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, puede entenderse automáticamente incorporada al texto del propio EPCG”.

## 9. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL

### **A) Cese de funcionario interino por jubilación del titular de la plaza: desviación de poder**

La **STSJ de Murcia de 19 de octubre de 2000**, Ar. 1838, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución de 7 de abril de 1997 del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud que cesaba a la actora como funcionaria interina del Cuerpo Facultativo de Médicos Titulares. El cese estuvo motivado, según la Resolución impugnada, por la jubilación del titular del puesto y por la existencia, además, de una propuesta de transformación del citado puesto, que de ser Médico ZS Águilas/Sur pasaba a ser Médico ZS Águilas/Norte.

Según la actora no concurren las dos causas que determinan el cese de los interinos y que estaban especificadas en su contrato: la reincorporación del funcionario sustituido, la desaparición de la urgencia o necesidad que determinó el nombramiento, la amorti-

zación del puesto de trabajo o, en su caso, que el mismo se cubra reglamentariamente. Por el contrario, tal como aprecia la Sala, lo único sucedido es que el titular de la plaza se jubiló, quedando ésta vacante y la Administración obligada a cubrirla por otro titular, a lo que hay que añadir, no la amortización, sino la modificación de la misma, que pasa a ser ocupada por otro funcionario interino, estando ubicada la prestación del servicio en el mismo centro de salud “Águilas Sur”, por ser el único existente en la localidad de Águilas.

La Sala sigue la jurisprudencia social al entender que no es jurídicamente correcto que el cese de un médico interino se acuerde para nombrar a otro interino que desempeñe las mismas funciones y aprecia desviación de poder por parte de la Administración estimando, en consecuencia, el recurso y condena en costas a esta última.

**B) La inamovilidad del Magistrado Suplente supone que su eventual cese o remoción ha de limitarse a los supuestos en que concurra alguna de las causas legalmente establecidas**

La STS de 25 de octubre de 2000, Ar. 9006, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el actor contra el Acuerdo de la Comisión General del Poder Judicial de 28 de abril de 1997, que contiene su cese como Magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Sevilla por falta de aptitud o idoneidad para el desempeño de su cargo.

El cese del recurrente se produjo, según la Sala, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 201.5.d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que los Magistrados suplentes cesarán en el cargo “por acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, previa sumaria información con audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, cuando se advierta en ellos falta de aptitud o idoneidad para el ejercicio del cargo”. En consecuencia, continúa la Sala, “no puede aceptarse la tesis de que se haya lesionado la inamovilidad temporal del recurrente, habida cuenta que es la propia Ley la que ha previsto las circunstancias en las cuales la prestación temporal de servicios por parte de los Magistrados suplentes puede ser interrumpida (...) de forma que la inamovilidad no implica una intangibilidad absoluta del Magistrado Suplente durante el tiempo para el que ha sido nombrado, sino que supone solamente que su eventual cese o remoción ha de limitarse a los supuestos en que concurra alguna de las causas legalmente establecidas, como ha ocurrido en este caso, en que los hechos determinantes del cese son perfectamente integrables en la norma invocada por el Consejo para tomar su decisión” (FJ 2º).

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

BELÉN MARINA JALVO

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

EVA NIETO GARRIDO

**XI. URBANISMO****Sumario:**

**1. Planeamiento urbanístico.** A) Control de la Comunidad Autónoma en la aprobación definitiva del planeamiento: calificación del suelo e interés ambiental. B) Efectos de la STC 61/1997: inaplicabilidad de la Ley 8/1990 a la aprobación de Planes aprobados bajo su vigencia. **2. Ejecución del planeamiento.** A) Normas de aplicación directa: prohibición de construir edificios que desfiguren el paisaje. B) Proyectos de urbanización. C) Sistemas de Actuación. **3. Momento y valoración de las expropiaciones urbanísticas.** **4. Expropiaciones urbanísticas: cuestiones diversas.** A) Solicitud de la expropiación por el propietario de un terreno ante la inejecución del planeamiento. B) Responsabilidad patrimonial de la Administración por retraso en la fijación del justiprecio. C) Reversión de los bienes expropiados. **5. Licencia de obras.** A) Derecho a obtener licencia de vado. B) Autorización de derribo. C) Concepto de edificación “fuera de ordenación”. **6. Deber de conservación de edificaciones.** A) Órdenes de ejecución de obras de seguridad, salubridad y ornato público. B) Declaración de ruina. **7. Protección de la legalidad urbanística: competencia municipal sobre las actividades mineras.** **8. Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.**

**1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO****A) Control de la Comunidad Autónoma en la aprobación definitiva del planeamiento: calificación del suelo e interés ambiental**

La STS de 28 de noviembre de 2000, Ar. 10505, aplicando la conocida doctrina que atribuye a las CCAA el control del planeamiento urbanístico en los aspectos reglados y discrecionales que inciden en intereses supralocales, da por buena la denegación de la aprobación definitiva de unas NNSS.

“(…) en base a que la finca objeto de la litis, debe clasificarse como suelo no urbanizable, dado el interés ecológico, ambiental y paisajístico que representa tal área para la unidad natural de la Sierra de Guadarrama, de trascendental valor de conservación, supone el ejercicio de control de la CA de Castilla y León sobre unos valores paisajísticos, ecológicos e históricos, cuyo interés de conservación y mantenimiento no lo ostentan exclusivamente las

autoridades locales, al afectar a intereses indudablemente de carácter supralocal, que deben predominar sobre los intereses locales de promover una urbanización sobre tal suelo”.

### **B) Efectos de la STC 61/1997: inaplicabilidad de la Ley 8/1990 a la aprobación de Planes aprobados bajo su vigencia**

La STS 61/1997, de 20 de marzo, está teniendo un impacto enorme sobre el régimen aplicable a numerosas cuestiones urbanísticas, de las que ya hemos dejado constancia en crónicas anteriores. En la que incluimos a continuación se reconstruye retroactivamente la legalidad aplicable a la aprobación del planeamiento.

Muy sucintamente, los antecedentes son éstos. El 15 de noviembre de 1990 la Comisión Territorial de Urbanismo aprueba el PGOU de Paterna. Interpuesto recurso, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 31 de marzo de 1995 lo estima por entender que a dicho acto era aplicable la entonces vigente Ley 8/1990, de 25 de julio.

Sin embargo, la **STS de 15 de diciembre de 2000**, Ar. 10563, casa la antedicha sentencia al apreciar que, a tenor de la STC 61/1997, dicho texto nunca tuvo valor de ley:

“Lo razonado comporta que los actos recurridos no tenían, ni podían ajustarse a la Ley 8/1990, por la elemental consideración de que dicha norma nunca existió en todo aquello que fue declarado inconstitucional.”

En igual sentido se pronuncia la **STS de 20 de diciembre de 2000**, Ar. 10576.

## **2. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO**

### **A) Normas de aplicación directa: prohibición de construir edificios que desfiguren el paisaje**

La **STS de 21 de noviembre de 2000**, Ar. 10267, profundiza en la naturaleza de la norma incluida en el art. 138, apartado b), del TRLS de 1992, que ha conservado su validez tras la **STC 61/1997, de 20 de marzo**. Dicho precepto, de carácter básico, recoge la prohibición de construir edificios en los lugares de paisaje abierto y natural, que limiten el campo visual para contemplar las bellezas naturales, romper la armonía del paisaje o desfigurar la perspectiva propia del mismo.

Dado que su redacción es idéntica al art. 73, apartado b), del TRLS de 1976 y al art. 98.2, apartado b), del RPU de 1978, el TS entiende que las normas recogidas en tales preceptos “se aplican en todo caso, existan o no Planes de Ordenación o Normas Complementarias o Subsidiarias de Planeamiento y son de inexcusable observancia” (FJ 3º).

Y continúa indicando que dicho precepto “protege fundamentalmente las perspectivas, los campos visuales de contemplación de las bellezas naturales o históricamente monumentales, la no rotura de la armonía del paisaje o la desfiguración de las perspectivas pro-

## XI. Urbanismo

pías del mismo, que encierran conceptos jurídicos indeterminados, pero de indudable naturaleza reglada” (FJ 7º), lo que excluye toda discrecionalidad, si bien en su aplicación haya de reconocerse cierto margen de apreciación. Para facilitar su aplicación, el TS señala que tales conceptos han de ser interpretados conforme a la realidad social a la que van a ser aplicados, y en la actualidad, ésta refleja un gran interés y preocupación por conservar y mantener las perspectivas naturales y la armonía del medio ambiente en relación con las construcciones y recuerdos históricos legados por nuestros antepasados.

En definitiva, la aplicación de tal precepto se va a reducir a un problema de prueba, por un lado, del valor visual, natural, histórico-monumental,..., de los paisajes, y por otro, de los daños que las edificaciones y construcciones puedan suponer en aquéllos, lo que en el caso concreto que nos ocupa, llevó a apreciar una clara agresión visual y a declarar –confirmando la sentencia de instancia– que un proyecto de urbanización no era conforme a derecho, a pesar que el mismo se ajustaba y era conforme a las Normas Subsidiarias vigentes en el momento en que fue aprobado y que el terreno que iba a ser la base de la urbanización y edificación no se encontraba incluido, por aquel entonces, en el entorno afectado al bien cultural objeto de controversia.

### B) Proyectos de urbanización

La STS de 15 de noviembre de 2000, Ar. 10266, profundiza en la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa acuñada por la jurisprudencia de dicho Tribunal, que ha admitido, sin fisuras, “indemnizaciones y abonos derivados de las obras realizadas, cuando sean necesarias y realmente se hayan ejecutado, determinando un beneficio para la Administración, correlativo al perjuicio del promotor de tales obras, habiéndose de lograr, en el plazo de la más estricta equidad, un resultado de equilibrio entre ambas partes, que ha de verificarse con la pertinente indemnización a favor del autor de las obras, adecuada a la obtención de la mayor reciprocidad de intereses, conectada, en su caso con el principio de riesgo y ventura, cuya consideración exige un enjuiciamiento ponderado de las circunstancias y peculiaridades de cada caso concreto” (FJ 3º).

En este caso concreto, se trata de determinar si deben ser indemnizadas unas obras de urbanización realizadas *de facto* por el recurrente, careciendo de todo instrumento de ordenación urbanística que pudiera servir de base jurídica a dichas obras, lo que lleva al TS a indicar, ya en un principio, que no puede hablarse de una posible adjudicación de las mismas derivada de un previo proyecto de urbanización u otro instrumento urbanístico ni de un expediente de contratación administrativa. Curiosamente, la razón de ser de tales obras radicaba en el interés que tenía para la propia Administración municipal que una gran multinacional electrónica se instalara en su polígono industrial, de manera que esas obras de urbanización no sólo eran conocidas por la Administración, sino que eran toleradas e inducidas por la misma, e incluso, se debían seguir sus instrucciones (para que las obras se sujetaran en todos sus aspectos al proyecto de Urbanización preparado por el Ayuntamiento), tal y como se desprendía de la prueba pericial verificada en autos.

La parte recurrente alegaba que la realización de estas obras había supuesto un enriquecimiento injusto para la Administración que debía ser corregido con la correspondiente

indemnización. Sin embargo, el TS va a indicar que, tanto el Ayuntamiento como la entidad autora de la obras, conocían que la realización de las mismas “no podía verificarse sin la previa aprobación de los instrumentos urbanísticos idóneos para las mismas, por lo que en aplicación a este caso concreto de dicho principio de riesgo y ventura, nos lleva a la conclusión, que a efectos indemnizatorios derivados del enriquecimiento sin causa, sólo deben ser tenidas en cuenta las obras realizadas, de hecho, conforme a lo establecido en el Proyecto de Urbanización aprobado posteriormente a la realización de las mismas” (FJ 6º), lo que llevó a desestimar el recurso de casación interpuesto.

### C) Sistemas de Actuación

En STS de 26 de octubre del 2000, Ar. 8377, el TS discute sobre la necesidad o no de determinar el sistema de actuación con carácter previo a la ejecución con ocasión de la impugnación de un proyecto de reparcelación que había sido aprobado sin que se hubiera fijado previamente el sistema de actuación.

En este sentido, el TS indica que el art. 119.1 TRLS de 1976 exige de forma indudable determinar el sistema de actuación, y que dicha determinación se debe realizar con ocasión de la aprobación del Plan General, o Programa de Actuación, o, con la delimitación del Polígono o Unidad de Actuación. Además señala que, junto a dicho precepto legal, “es la lógica de las cosas quien exige determinar con carácter previo a la ejecución la forma en que ésta se va a llevar a efecto, decisión que, además, y en principio, corresponde a la Administración, lo que comporta una evidente limitación para la operatividad de la doctrina de los actos propios llevados a cabo por los administrados” (FJ 3º).

Y, continúa el TS, indicando que el art. 131.2 TRLS de 1976 y los arts. 72, 75 y 155 RGU de 1979 no constituyen una excepción al principio expuesto, añadiendo que no sólo se exige la previa determinación del sistema de actuación, sino que ésta debe realizarse del modo legal establecido, ya que “no puede olvidarse que los procedimientos administrativos de aprobación de los instrumentos urbanísticos tienen naturaleza de *ius cogens*, por lo que el consentimiento de los administrados para seguir un procedimiento distinto cuando el procedimiento seguido es objeto de impugnación, que es lo que en este caso ha sucedido. Si a esto se añade la naturaleza pública de la acción para exigir el cumplimiento de los Planes y la legalidad urbanística, se comprenderá la irrelevancia e ineficacia de los actos realizados al margen del procedimiento legal establecido” (FJ 3º).

Todo lo anterior lleva a considerar –según indicó la sentencia de instancia– que el sistema de ejecución ha de ser previo al proyecto de reparcelación, por lo que su inexistencia comporta la del proyecto de reparcelación impugnado.

### 3. MOMENTO Y VALORACIÓN DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS

Del período que abarca esta crónica, cabe destacar la STS de 20 de octubre de 2000, Ar. 10013, que rechaza que se pueda deducir como gasto que minora el justiprecio de una

## XI. Urbanismo

finca expropiada el valor o coste por la demolición de la construcción existente, pues es doctrina consolidada de la Sala que el inmueble ha de tasarse en el estado en que se encontraba en el momento a que ha de referirse la valoración, según expresa el artículo 36 de la Ley de Expropiación Forzosa.

### 4. EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS: CUESTIONES DIVERSAS

#### A) Solicitud de la expropiación por el propietario de un terreno ante la inejecución del planeamiento

En la STS de 31 de octubre de 2000, Ar. 9117, se resuelve el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Villarrobledo (Albacete), que pretendía la revisión de la sentencia de instancia estimatoria de la petición de un particular en la que se solicitaba que dicha entidad expropiase un inmueble de su propiedad, al haber transcurrido el plazo temporal necesario para ejecutar el planeamiento aplicable al mismo sin que se hubiera efectuado.

El Tribunal Supremo declara, después de constatar el incumplimiento del plazo de ejecución del planeamiento y la modificación de éste por otro instrumento planificador que no alteraba la primitiva calificación de los terrenos de propiedad particular, no haber lugar a la casación. Según se expone en el FJ 4º de la sentencia, entender lo contrario propiciaría el que mediante sucesivas revisiones de los planes, y a pesar de mantenerse la misma calificación de terrenos, los Ayuntamientos pudieran retrasar indefinidamente el cumplimiento de previsiones urbanísticas que no sólo pudieran bloquear cualquier iniciativa constructiva de los propietarios sino que también les cerrase el paso para solicitar la expropiación.

#### B) Responsabilidad patrimonial de la Administración por retraso en la fijación del justiprecio

La STS de 18 de octubre de 2000, Ar. 9371, dictada en un recurso de casación para la unificación de doctrina) declara el derecho del recurrente a obtener una indemnización por los daños y perjuicios derivados del retraso en que incurrió el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Badajoz en la fijación del justiprecio de unas fincas.

La doctrina consolidada de la Sala de lo Contencioso-administrativo a este respecto afirma que:

“la responsabilidad por demora exigida en el artículo 72.1 del Reglamento de Expropiación se imputará al causante de la misma, ya sea la Administración expropiante, el beneficiario o el Jurado Provincial de Expropiación, matizando así el principio general consagrado en el artículo 56 de la Ley que atribuye a la Administración expropiante culpable de la demora, la obligación de pagar al expropiado una indemnización que consistirá en el interés legal del justo precio” [FJ 3.º B)].

### **C) Reversión de los bienes expropiados**

La STS de 28 de octubre de 2000, Ar. 9566, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por un particular que vio desestimada su petición de reversión de unas parcelas de su propiedad que fueron expropiadas por el Ministerio de la Vivienda para la ejecución de una urbanización.

En el FJ 2º, el Tribunal Supremo razona este fallo basándose en la doctrina jurisprudencial anteriormente dictada por el mismo, en la que se mantiene que:

“(…) en presencia de una unidad de actuación urbanística, ante la ordenación y urbanización de un polígono o de todo un sector, el derecho de reversión de los propietarios afectados ha de ser considerado en relación con el programa establecido y los fines en él previstos, sin que pueda ser contemplado de manera aislada y, tratándose del ejercicio del derecho de reversión, no sólo ha de tenerse presente la regulación contenida en los artículos 54 de la Ley de Expropiación Forzosa y 63 y siguientes del Reglamento, sino también las normas urbanísticas de la Ley del Suelo de 1956 y el posterior artículo 67, párrafo segundo, de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, Texto Refundido de 1976, que establece la reversión cuando se pretende modificar la afectación de los terrenos a fin específico que constase en el Plan correspondiente o se agotase la vigencia de dicho Plan sin haber cumplido el destino a que los bienes se afectaron; pero la conclusión de si se ha producido o no el cambio de destino o la inejecución determinante de la reversión no puede efectuarse desde la perspectiva de la finca aislada sino contemplada en relación con la finalidad urbanística conjunta y dentro de las tareas de ejecución llevadas a cabo en el polígono o unidad de actuación”.

## **5. LICENCIA DE OBRAS**

### **A) Derecho a obtener licencia de vado**

Con relación a la solicitud de una licencia de vado, denegada por el Ayuntamiento de Santander, la STS de 29 de noviembre de 2000, Ar. 10355, concreta la naturaleza jurídica de este tipo de autorizaciones que, referidas a un uso común especial de la vía pública, se otorgan generalmente de modo discrecional y a título de precario, por lo que pueden ser revocadas en cualquier momento sin indemnización. Este razonamiento justifica la denegación de la petición de licencia formulada por el recurrente, quien pretendía su derecho a obtenerla esgrimiendo una concesión sobre el mismo objeto que había sido anteriormente otorgada por el citado órgano municipal.

### **B) Autorización de derribo**

La STS de 29 de noviembre de 2000, Ar. 10511, caracteriza la autorización gubernativa de demolición de inmuebles prevista y exigida en el artículo 79.2 de la Ley de

## XI. Urbanismo

Arrendamientos Urbanos de 1964 como de naturaleza jurídica no discrecional, ya que, según se expresa en el FJ 2º:

“(…) su materialización exige la observancia del contenido del precepto formalizado en el artículo 79 de dicha Ley Arrendaticia, siendo de notar que los requerimientos y datos allí recogidos han de ser valorados en su conjunto, sin que sea necesaria la concurrencia de todos y cada uno de ellos, al ser el precepto enunciativo y orientador y no exhaustivo y sin que ninguno de ellos goce de prevalencia sobre los demás, constituyendo criterio esencial para esa valoración conjunta, la consideración de la satisfacción del interés público prevalente, concretado en la perseguida finalidad de un logro efectivo de aumento de viviendas a través del compromiso de reedificación, contribuyendo así a la mitigación de ese acuciante problema y al no menos trascendente del relativo al paro”.

### B) Concepto de edificación “fuera de ordenación”

Aplicando la definición de edificación fuera de ordenación, expresada en el FJ 6º de la **Sentencia de 21 de diciembre de 2000**, Ar. 10486, como aquella en la que “una edificación o un uso que cuentan con la correspondiente licencia, pasan a ser contrarios al Plan por una modificación de éste, supuesto en el que el ordenamiento urbanístico permite, aunque limitadamente, la continuación del edificio o del uso”, el TS entiende que tal circunstancia no se da en el supuesto de hecho que analiza porque la recurrente no ha contado en ningún momento con la preceptiva autorización administrativa.

## 6. DEBER DE CONSERVACIÓN DE EDIFICACIONES

### A) Órdenes de ejecución de obras de seguridad, salubridad y ornato público

En sentencias anteriores, –recogidas en crónicas de esta Revista–, el TS ha venido declarando la facultad que asiste a los Ayuntamientos de ejecutar de manera subsidiaria y a costa del propietario, las obras necesarias para el mantenimiento de las construcciones en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público. Ahora, en su **Sentencia de 6 de noviembre de 2000**, Ar. 9049, el TS declara que entre estos deberes no pueden incluirse el de abonar los gastos de alojamiento provisional de los inquilinos motivados por la realización de las referidas y obligatorias reparaciones.

### B) Declaración de ruina

La **STS de 27 de octubre de 2000**, Ar. 9029, define el concepto de ruina parcial de un edificio en atención al de unidad predial de la finca, rechazando, a tal efecto, el argumento del recurrente, que pretendía la aplicación restrictiva de aquélla a su edificación. Así lo expresa el FJ 5º:

“La posibilidad de la declaración de ruina total o parcial está íntimamente relacionada con el concepto de unidad predial, de tal modo que si se aprecia tal unidad no puede ser declarada la ruina parcial del edificio, aunque alguno de sus componentes se encuentre en buen estado (...)”

Tal y como tiene repetidamente señalado esta Sala, sobre el concepto de unidad predial, todos los elementos arquitectónicos, estructural o funcionalmente relacionados, forman un cuerpo constructivo único y por ello la declaración de ruina o su denegación se extiende a toda la edificación con independencia de que el estado ruinoso se presente en la obra construida o solamente en una parte de ella, de modo y manera que la ruina parcial es una excepción que sólo puede darse en el caso de edificaciones complejas, con dos o más cuerpos estructural o funcionalmente separables, autónomos o independientes, por lo que para la existencia de ruina parcial es preciso que sean perceptibles dos o más cuerpos del edificio con propia autonomía estructural, concebida ésta en función no sólo de una ocupación aislada de uno respecto a los demás, sino fundamentalmente desde la independencia arquitectónica que permita el derribo de uno sin mengua ni repercusión del mantenimiento de su normal estado e integridad de los restantes cuerpos o partes de la finca.”

### **7. PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA: COMPETENCIA MUNICIPAL SOBRE LAS ACTIVIDADES MINERAS**

La STS de 7 de diciembre de 2000, Ar. 10270, afirma la competencia de los Ayuntamientos para suspender la actividad de explotación de una cantera que incumplía notoriamente las normas urbanísticas aplicables a este tipo de actividades.

Los recurrentes cuestionaban esta potestad municipal por entender que el artículo 116 de la Ley de Minas de 21 de julio de 1973, —que dispone que “ninguna Autoridad Administrativa distinta al Ministro de Industria podrá suspender trabajos de aprovechamiento de recursos que estuvieren autorizados conforme a las disposiciones de la presente Ley”—, impedía la participación de la entidad local en este sector.

No obstante, el Alto Tribunal, siguiendo la doctrina expresada en sus Sentencias de 1 de febrero de 1988, 11 de julio de 1980, 14 de julio de 1989, 10 de octubre de 1988 y 26 de septiembre de 1988, señala que:

“(…) lo dispuesto en aquellos preceptos no puede ser interpretado en el sentido de que los Ayuntamientos no pueden suspender las actividades mineras por motivos urbanísticos, sino en el de que sólo la Administración sectorial de Minas puede hacerlo por motivos de la legislación sectorial minera”.

### **8. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de octubre, Ar. 10012, y 22 de diciembre, Ar. 10581, ambas de 2000, reconocen la responsabilidad que incumbe a las Administraciones públicas municipales de indemnizar los daños y perjuicios causados a los particulares por la anulación de los actos administrativos por ellas dictados.

## XI. Urbanismo

Para la primera de ellas, se compensa el daño emergente y el lucro dejado de percibir por el recurrente, al que se le anuló una licencia inicialmente concedida. En concreto, el Tribunal fija como conceptos indemnizables, en su FJ 3º,

“(…) no sólo la compensación económica del daño emergente derivado del valor de lo construido o de la inversión económica realizada al efecto, al amparo de la licencia luego anulada, sino también la satisfacción del lucro cesante dejado de obtener, no ya por los quiméricos beneficios de una negociación y venta de pisos, de incierto resultado, sino por la indisponibilidad y falta de rentabilidad del capital invertido en la obra frustrada por la anulación de la licencia que amparaba su construcción, y por la depreciación que la finca hubiera sufrido en el mercado (…)”.

En la segunda, se reconoce el derecho de la recurrente a que se indemnicen los daños ocasionados por la denegación improcedente de una licencia de obras, entre los que se han de incluir los intereses de las cantidades invertidas en la adquisición de los terrenos sobre los que se iban a levantar las viviendas, en los que han de computarse los gastos de notaría, registro, honorarios de Arquitecto e impuestos, por ser cantidades que han permanecido improductivas como consecuencia de la indebida denegación de la licencia.

Esta misma pretensión indemnizatoria es también el principal argumento debatido en la **STS de 3 de octubre de 2000, Ar. 7905**. Sin embargo, al contrario que en el fallo de las anteriores decisiones judiciales, en ésta la reclamación, si bien es inicialmente reconocida en la sentencia de instancia, se deja sin efecto en casación, al entender el Tribunal que tal conclusión no puede derivarse directamente de la anulación en vía jurisdiccional del acto administrativo cuestionado, en este caso la declaración de ruina de un edificio. El FJ 3º lo expresa del siguiente modo:

“(…) la regla general legalmente establecida es la no existencia de derecho a indemnización alguna por parte de la Administración, derivada de la anulación en vía jurisdiccional de una resolución administrativa. Y partiendo de este principio general, es llano que procede la estimación de este motivo, porque, en primer lugar, en el supuesto enjuiciado estamos en presencia de la tramitación municipal de un expediente de ruina de un edificio terminado con la declaración de inexistencia de tal ruina, resolución que fue anulada en vía jurisdiccional, como sucede habitualmente en numerosos recursos, sin que prácticamente en ninguno de ellos se pretenda ni se otorgue tal indemnización, toda vez que la tutela judicial efectiva, preconizada en el artículo 24 de la Constitución, se ve cumplida y satisfecha precisamente con el derecho de los particulares para interponer los recursos legalmente establecidos, en defensa de sus derechos (…)”.

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) Composición del dominio público: objeto del dominio público. Caminos privados de uso público. B) Régimen jurídico de los bienes públicos. Embargabilidad de los bienes patrimoniales no afectos a fines públicos. C) Enajenación de bienes. D) Utilización de los bienes de dominio público destinados a un uso público. El uso común especial no cabe calificarlo como derecho público subjetivo. E) Potestades administrativas. Recuperación de oficio. F) Otros. Las cuestiones sobre la propiedad de los comunales son competencia de la jurisdicción civil. **3. Aguas continentales.** A) Administración hidráulica. B) Aguas en Canarias. C) Aguas subterráneas. D) Autorizaciones. E) Comunidades de usuarios. F) Regadíos. G) Régimen económico-financiero. H) Responsabilidad por daños. I) Servicios de las Corporaciones Locales: abastecimiento de aguas. **4. Aguas marítimas.** A) Deslinde. B) Recuperación de oficio. C) Limitaciones sobre las propiedades colindantes. D) Los usos del dominio público marítimo-terrestre. E) Infracciones y sanciones. F) Titularidad y competencias sobre el demanio marítimo. G) Puertos. H) Pesca y cultivos marinos. **5. Carreteras.** A) Autopistas de peaje: convenio de ampliación. B) Competencias del Estado y transferencias al País Vasco. C) Suspensión de obras que no contaban con autorización. D) Demolición de obras que no contaban con autorización. E) Proyecto de trazado: adecuado a Derecho, en diferentes aspectos. F) Planes especiales de urbanismo: informe de la Administración de carreteras. No necesario, al existir ya informe sobre Plan General. **6. Montes. 7. Minas. 8. Patrimonio cultural.** A) Infracciones y sanciones. B) Bienes de interés cultural: diversas cuestiones.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia ordinaria publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde la núm. 7951 hasta la 10700 de las dictadas por el TS en el año 2000, con lo que termina el comentario de ese año, y la Constitucional desde la núm. 306/2000 a la 98/2001, de 5 de abril.

## 2. BIENES LOCALES

### A) Composición del dominio público: objeto del dominio público. Caminos privados de uso público

En la STS de 13 de septiembre de 2000, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 8428, se admite la existencia de caminos de propiedad privada abiertos al uso público. En el caso debatido la Administración concedió al particular licencia para construir un camino. Dicho camino ocupaba parcialmente otro anterior municipal que fue mejorado y ampliado por el recurrente. La Entidad concedió la licencia con la condición de permitir el uso público del mismo, condición que fue consentida por el particular y que no implicaba una declaración de propiedad.

Con posterioridad, el particular construyó una cancela que impedía el uso público y el Ayuntamiento ordenó su retirada. Dicha orden se consideró válida, dado que el camino ocupó parcialmente un bien de dominio público municipal anterior y que el particular consintió que el nuevo camino fuera de uso público.

### B) Régimen jurídico de los bienes públicos. Embargabilidad de los bienes patrimoniales no afectos a fines públicos

Los bienes patrimoniales no afectos a fines públicos son embargables. La embargabilidad parcial de esta clase de bienes se reitera en el ATS de 25 de septiembre de 2000, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 8697. En el caso concreto se discute la embargabilidad de los bienes de las Comunidades Autónomas, si bien el Tribunal Supremo aplica en este punto la doctrina expuesta en la STC 166/1998, de 15 de julio, que únicamente excluye del embargo de los bienes de las Entidades locales los que sean demaniales, los comunales y los patrimoniales que se hallen materialmente afectos a un uso o servicio público.

### C) Enajenación de bienes

Las normas sobre enajenación de bienes contenidas en la legislación de régimen local son aplicables a las ventas de un porcentaje de participación de una sociedad de titularidad de un Ayuntamiento. En consecuencia es necesaria la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación para la adopción de acuerdos de enajenación de bienes por exceder del 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto, en la forma establecida en el artículo 47.3.k) de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local de 1985, y es preciso también el informe del Interventor para la adopción válida del acuerdo de adjudicación en los términos del artículo 54.1.b) de la Ley de Régimen Local de 1986. STS de 12 de diciembre de 2000, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 10687.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

### D) Utilización de los bienes de dominio público destinados a un uso público. El uso común especial no cabe calificarlo como derecho público subjetivo

En la STS de 29 de noviembre de 2000, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 10355, se afirma que en los usos comunes especiales se carece de un derecho a realizar este tipo de utilización. En el caso concreto se debatía el derecho del particular a obtener una licencia de vado para el paso de vehículos para facilitar la carga y descarga de mercancías, dando así servicio a un bar-bodega del recurrente. Debe señalarse que en la Ordenanza local vigente se preveían esta clase de licencias de vado para otros fines y no el pretendido por el particular, y que con anterioridad a la aprobación de la misma había disfrutado de una licencia de vado con esta finalidad. En relación con el pretendido derecho a estos usos, el Tribunal señala que no existe un derecho público subjetivo a obtener licencia de vado que se derive de la licencia anterior porque, además de que el actor solicitó una nueva licencia, las autorizaciones de uso común especial de la vía pública se otorgan generalmente de forma discrecional y a título de precario. Por otra parte, las autorizaciones de este tipo pueden revocarse en cualquier momento, por lo que si se solicita una nueva licencia ésta puede denegarse.

Las licencias por uso común especial son revocables y, si el particular no estuviera de acuerdo con tal decisión, puede impugnar el acuerdo del Ayuntamiento ante los tribunales y solicitar la suspensión del mismo. Al decidir sobre la suspensión del acto de revocación, deben tenerse en cuenta los intereses en conflicto. Así, en la STS de 10 de octubre de 2000, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 10001, se plantea la necesidad de esa valoración en el caso de una revocación de una licencia para la instalación de un toldo en una terraza de un bar sito en una plaza pública.

Por una parte, la Entidad local adopta la decisión de revocar la licencia atendiendo exclusivamente a un criterio de protección del interés público, como es la preservación de la configuración tradicional de la plaza y de la perspectiva y armonía global del conjunto histórico en que se ubica, valores que se consideran perturbados una vez comprobado, tras la instalación efectiva del toldo, el efecto producido, que se incrementaría si todos los hosteleros cuyos negocios dan frente a dicha plaza solicitaran autorización para instalaciones semejantes.

Frente a esta argumentación el recurrente no opone otros perjuicios producidos por la ejecución del acto recurrido que los económicos derivados de la disminución de la clientela, o, más bien de su reducción a los niveles que tenía antes de la colocación del toldo. Se trata, en definitiva, de intereses económicos equiparables, en este trance de decidir sobre la suspensión de la ejecución de un acto administrativo, a los de los hosteleros que, como coadyuvantes de la Administración, han comparecido en el proceso y denunciado la competencia desleal que sufren al no poder disponer de esas instalaciones. Intereses perfectamente evaluables que no pueden prevalecer frente a los de carácter público a cuya defensa se encamina el acto de que dimana esta pieza de suspensión.

**E) Potestades administrativas. Recuperación de oficio**

En la STS de 5 de diciembre de 2000, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 10091, se afirma que las Entidades locales pueden recuperar de oficio sus bienes (artículos 70 y 71.2 del Reglamento de Bienes de 1986) tras los informes técnicos pertinentes y la comunicación a los interesados. Acuerdo que se entiende sin perjuicio de lo que declare la jurisdicción civil respecto de la propiedad, como se ha reconocido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se cita en la Sentencia.

Pero como señala la Sentencia citada los diversos acuerdos que se adopten en el procedimiento de recuperación de oficio y de ejecución de dichas decisiones deben notificarse al particular afectado. En caso contrario puede provocarse indefensión. No obstante, la indefensión entendida en clave constitucional, como exige el artículo 24.1 de la Constitución, requiere un desconocimiento absoluto de la resolución administrativa con merma o lesión de los derechos del interesado. Circunstancia que no se aprecia en la Sentencia antes citada, dado que aunque no se notificasen todas las resoluciones en ningún momento ha estado indefensa, ni ha desconocido las resoluciones administrativas, acreditándose en el expediente administrativo una continua sucesión de notificaciones certificadas y a ella dirigidas.

La valoración de estas irregularidades procedimentales, en cuanto causantes de indefensión, también se aprecia en la STS de 20 de septiembre de 2000, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 8435. En dicha Sentencia se llega a la conclusión de que no se ha producido esa indefensión dadas las circunstancias concurrentes.

**F) Otros. Las cuestiones sobre la propiedad de los comunales son competencia de la jurisdicción civil**

En la STS de 3 de octubre de 2000, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 8449, se plantea que antes de resolver las cuestiones litigiosas que surgen en relación con los aprovechamientos de un monte es preciso determinar la propiedad del mismo, de la que existe constancia que pudiera pertenecer a una mancomunidad de tipo histórico, como comunidad de pastos y leñas, de carácter inmemorial y con el fin o servicio de aprovechamientos del monte público.

**3. AGUAS CONTINENTALES****A) Administración hidráulica**

En la STS de 9 de octubre de 2000, Ar. 7774, se entiende válida una Resolución de la DGOH de 1984 que por un lado, ordenaba la entrega del Embalse de Alarcón a la Unidad Sindical de Usuarios del Júcar (entidad que se había comprometido al abono total de las obras), y que por otro, disponía la necesidad de constituir la correspondiente Comisión

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

de Desembalses, de acuerdo con la legislación vigente. Para la entidad recurrente (USUJ) las normas aplicables para la constitución de ese órgano eran dos Órdenes Ministeriales de 1941, que lo denominaban Junta de Desembalse, con igual participación de usuarios agrícolas e industriales bajo la presidencia de un representante del MOP.

Sin embargo, para la Administración demandada, la normativa a respetar era el Decreto 1384/1960, de 7 de julio, que dispuso que las Juntas de Desembalse se sustituirían por las Comisiones de Desembalses, que a partir de entonces estarían compuestas por varios representantes de la Administración y de otros intereses aparte del de los usuarios, y por el Decreto de 26 de septiembre de 1967, que preveía que la regulación en torno a las mencionadas Comisiones serían preceptivas para todos los embalses, de propiedad privada o pública. Como argumento en favor de la opinión de la Administración, el TS indica que es preciso tener en cuenta que la realidad de 1941, momento en el que se otorgó la concesión a USUJ, no es la misma que la de 1984, momento en que se procede a la entrega definitiva del pantano, y además que lo defendido por la entidad recurrente no es compatible con el actual art. 13 Lag., que proclama como principios de la gestión pública del agua, la participación de los usuarios, pero también la protección medioambiental.

### B) Aguas en Canarias

De acuerdo con la Ley de Aguas de Canarias 12/1990, de 26 de julio, que reconoce la coexistencia de aguas públicas y privadas en su ámbito territorial de aplicación (art. 50), el uso del agua contrario a las prescripciones de dicha Ley podrá ser objeto de sanción [art. 55.1.c)]. En la **STS de 21 de diciembre de 2000**, Ar. 9735, se debate precisamente acerca de la validez o no de una denuncia interpuesta por una Comunidad de Regantes, basada en la supuesta captación clandestina efectuada por un particular en detrimento de los derechos de aquella entidad. Dicho particular era titular de una finca con derecho al uso privativo de las aguas según constaba en el Registro de la Propiedad. El TS llega a la conclusión de que la denuncia resulta infundada, porque no se llega a demostrar que el titular de aguas privadas derivase más caudal del que le estaba permitido.

### C) Aguas subterráneas

Conforme a los apartados 1 y 4.a) del art. 171 del RDPH, el Organismo de cuenca puede declarar que los recursos hidráulicos subterráneos de una zona están sobreexplotados o en riesgo de estarlo, declaración que tendrá como efecto la paralización de todos los expedientes de autorización de investigación o de concesión de aguas subterráneas. A este precepto apela la **STS de 23 de noviembre de 2000**, Ar. 9138, para considerar conforme a derecho el permiso de investigación de aguas subterráneas dado a un particular, y al que se oponían otros usuarios, ya que no existe en este caso la mencionada declaración de sobreexplotación.

El argumento esgrimido por los recurrentes en torno a que si se llegase a otorgar la concesión en aplicación del art. 66 Lag. tras el mencionado sondeo, se aminorarían los caudales superficiales del río Júcar en esa zona, es algo prematuro según el TS, pues debe prevalecer el derecho a investigar aguas públicas que corresponde a los ciudadanos. En similar sentido pueden verse las SSTs de 9 de diciembre de 1997 (crónica XII.4.E del núm. 1 de esta Revista), de 30 de marzo de 1998 (crónica XII.3.G del núm. 2 de Justicia Administrativa), y de 24 de enero de 2000 (crónica XII.3.B del núm. 9 de esta Revista).

#### D) Autorizaciones

Según resulta del art. 78.1 del RDPH, para realizar cualquier tipo de construcción en zona de policía de cauces, se exigirá la autorización previa del Organismo de cuenca, a menos que el correspondiente Plan de Ordenación Urbana, u otras figuras de ordenamiento urbanístico hubieran sido informados por el Organismo de cuenca. En la **STS de 4 de abril de 2000**, Ar. 8648, se entiende válida la resolución de la CH del Júcar que ordenó la devolución de un proyecto de malecón que había presentado el Ayuntamiento de Alzira, y su sustitución por otro alternativo. La no aprobación del proyecto se estima correcta por el TS porque si bien la mencionada autorización se solicita con base en la competencia municipal de protección civil (art. 25 LBRL), lo cierto es que ha resultado probado que de realizarse la mencionada construcción empeoraría la situación actual de toda la cuenca, pues las aguas desbordadas crearían un embalse cuya única salida natural se cerraría con la ejecución del malecón. Estamos pues ante un caso de competencias compartidas concurrentes entre Estado, CCAA y CCLL.

#### E) Comunidades de usuarios

En virtud del art. 202.2 del RDPH, cuando existan varias Comunidades de Usuarios en zonas contiguas, podrán agruparse o fusionarse en una sola Comunidad si así lo acuerdan las Juntas Generales respectivas, elevando las actas correspondientes y las nuevas Ordenanzas y Reglamentos al Organismo de cuenca para su aprobación. La **STS de 13 de abril de 2000**, Ar. 10119, decide precisamente considerar conforme a derecho un acuerdo de la CH del Ebro objeto de discusión, y que aprobaba la modificación de las Ordenanzas de la Comunidad General de Regantes de los Canales de Urgel, y la integración de una Comunidad de regantes en aquella otra Comunidad General. En opinión del Alto Tribunal, el argumento que se aduce por la parte recurrente de nulidad por aprobarse la resolución con ausencia del procedimiento legalmente establecido no ha quedado suficientemente probado.

Se da la razón a dos particulares en la **STS de 31 de octubre de 2000**, Ar. 8891, frente a una Comunidad de regantes que se oponía a que aquéllos se diesen de baja en la mencionada Comunidad. De acuerdo con el art. 212.4 del RDPH, para separarse de una Comunidad de usuarios se precisan dos requisitos, la renuncia al aprovechamiento de las

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

aguas, y cumplir las obligaciones que con dicha Corporación se hubieran contraído. En el presente caso, como expresa el TS, los dos miembros que desean dejar de pertenecer a la Comunidad de regantes han cumplido con los mencionados requisitos, habiendo quedado además probado que les resultaría antieconómico contribuir a la reparación de una acequia de la que no obtienen agua en la actualidad.

Por otro lado, la **STS de 5 de diciembre de 2000**, Ar. 9875, considera incorrecto un acuerdo adoptado por la Junta General extraordinaria de una Comunidad de regantes, relativo al modo de sufragar el coste de las obras de revestimiento de dos acequias. Aquel acuerdo había decidido que un 30 por ciento del coste se abonaría por la Comunidad, otro 20 por ciento se subvencionaría por el Gobierno de Navarra, y el porcentaje restante estaría a cargo de los propietarios colindantes, a prorrateo de los metros de colindancia. Aunque el art. 74.2 Lag. prevé que los Estatutos y Ordenanzas de las comunidades de usuarios obligarán a que todos los titulares contribuyan a satisfacer en equitativa proporción, los gastos comunes de explotación, conservación, reparación y mejora, no está claro que el criterio de la colindancia de los terrenos sea el contenido en las Ordenanzas de la Comunidad en ese momento vigentes, cuyo art. 11 dispone otro criterio a aplicar. En concreto, el de que los gastos se dividirán proporcionalmente con arreglo a la extensión de la tierra a regar.

### F) Regadíos

En la **STS de 11 de octubre de 2000**, Ar. 8163, se llega a la conclusión de que el Decreto andaluz 267/1988, de 2 de agosto, que aprueba los precios máximos y mínimos y las clases de tierras aplicables a la zona regable de Donaldio-Cota 400, en la provincia de Jaén, es ajustado a derecho. Por tanto se anula la Sentencia del TSJ de Andalucía que había invalidado el mencionado Decreto y que había impuesto a la Administración autonómica el deber, previamente a la aprobación del nuevo Decreto en sustitución del existente, de obtener de la CH del Guadalquivir el otorgamiento de los caudales hidráulicos necesarios para la transformación en regadío.

Según el TS, dado que la determinación de quién va a resultar titular de la tierra transformada no es posible hasta que no concluya el indicado proceso, y dado el principio de vinculación del agua a la tierra que rige en nuestro derecho (si bien hoy matizado por la reforma del art. 59.4 de la Lag. por Ley 46/1999), no resulta adecuado obligar a la Administración autonómica a la obtención de los recursos hídricos en un determinado momento. La intervención de la Administración hidráulica, en este supuesto estatal, ha de propiciarse para que después no quede estéril todo el proceso de transformación, pero dicha intervención se logra a través de los mecanismos de colaboración entre ambas Administraciones, que en el presente caso se ha cumplido, al haber recaído informe del Presidente de la CH del Guadalquivir, favorable a la obtención de la concesión de los recursos hídricos.

### G) Régimen económico-financiero

Partiendo de los arts. 3 y 5 de la Ley 52/1980, de 16 de diciembre, de regulación del régimen económico de la explotación del acueducto Tajo-Segura, es objeto de la tarifa de con-

ducción de agua la disponibilidad o el aprovechamiento del agua conducida por las obras del acueducto para regadíos y abastecimientos, estando obligados a su pago tanto las Entidades como las personas que gocen del aprovechamiento del recurso hídrico por tal concepto. En la **STS de 18 de octubre de 2000**, Ar. 8169, se consideran no infringidos esos preceptos por la Sentencia de la AN, que es objeto de recurso por el Sindicato Central de Regantes del Acueducto Tajo-Segura y otras dos Comunidades de regantes de Murcia.

De este modo, el TS considera que las Órdenes de 29 de julio de 1966 y de 7 de mayo de 1987 recurridas son conformes a derecho. En primer lugar, la nulidad que se atribuye por los recurrentes a la Orden de 1966 (que aprueba la concesión de abastecimiento a poblaciones en favor del organismo Mancomunidad de los Canales del Taibilla) debido a defectos de procedimiento no puede ser calificada así porque no provocó indefensión, y en segundo lugar, por lo que se refiere a la Orden de 1987 (que prevé detraer de las facturaciones por agua procedente del trasvase Tajo-Segura que se giren a dicha Mancomunidad los volúmenes aportados por el río Taibilla al río Segura), aunque suponga un aminoramiento de lo que ha de pagar dicha Mancomunidad, y por consiguiente un incremento del importe de las tarifas para los recurrentes, también es cierto que no se trata de una exención contraria a derecho, sino más bien de una compensación.

#### **H) Responsabilidad por daños**

La Sala de lo Civil del TS en **Sentencia de 26 de octubre de 2000**, Ar. 8552, afirma su jurisdicción para conocer de un asunto de responsabilidad por daños causados por una Comunidad de regantes a una finca particular, con fundamento en que se trata de actos de una Corporación de derecho público adoptados no en el ejercicio de funciones públicas, sino de relaciones surgidas en el ámbito del derecho privado. El presente caso versaba sobre la responsabilidad de una Comunidad de regantes por la omisión en el cuidado del canal de riego que provocó inundaciones y filtraciones en el fundo sirviente de una servidumbre de acueducto. El TS reconoce que ha quedado demostrada la relación de causalidad entre el descuido en la conservación del canal y la producción de los daños en el muro de contención y en la vivienda, por lo que han de repararse dichos perjuicios con arreglo al art. 1902 CC.

#### **I) Servicios de las Corporaciones Locales: abastecimiento de aguas**

Uno de los principios que rigen en nuestro derecho es el denominado *pacta sunt servanda*, que significa que los pactos han de ser guardados entre los que suscriben una obligación, viniendo recogido entre otros preceptos en el art. 1256 CC que dispone que la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. A este precepto apela la **STS de 27 de septiembre de 2000**, Ar. 8447, al reconocer el derecho de un particular a la reapertura de la toma de agua clausurada por una Mancomunidad o a ser indemnizado por ésta por los perjuicios sufridos. El derecho del

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

particular derivaba de una obligación contractual recogida en un acuerdo y asumida por la mencionada Mancomunidad de autorizar la existencia de una toma de agua en favor de aquél. No quedó probado que dicho particular fuese a destinar el agua para riego de su finca en vez de para abastecimiento.

### 4. AGUAS MARÍTIMAS

#### A) Deslinde

El deslinde en la actual regulación de la Ley de Costas de 1988 tiene como elemento característico la declaración, derivada de su ejercicio, no sólo de la posesión sino también de la titularidad dominical en favor del Estado. No ocurría así en la normativa anterior, en que la que la atribución administrativa de la posesión (nunca de la propiedad) consecuencia de tal actuación, no podía realizarse respecto de fincas o derechos amparados en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (figura del tercero hipotecario, que hubiese adquirido a su vez su propiedad de otro titular que también tuviese su bien o derecho inscrito en el Registro). Este último requisito no se detecta en el supuesto resuelto por la STS de 25 de octubre 2000, Ar. 8880, por lo que cabe la recuperación por parte del Estado del exceso de cabida de la parcela no amparado por aquél.

#### B) Recuperación de oficio

Frente a las usurpaciones de particulares sobre bienes integrantes del dominio público marítimo, la Administración del Estado, en su consideración de titular del mismo, y como modo permanente de tutela de la demanialidad, dispone de la potestad de recuperación de oficio. Potestad que le habilita para recuperar por sí misma, de manera obligada, en cualquier tiempo, y sin necesidad de acudir a los Tribunales, la posesión de tales bienes. Así sucede en el supuesto resuelto por la STS de 17 de octubre 2000, Ar. 7779, en relación con la instalación sin concesión previa de un kiosco en la playa.

El ejercicio de este *interdictum proprium* exige que se demuestre que, efectivamente, tal usurpación demanial existe –lo que suele evidenciarse a través del recurso a las actas de deslinde– y que el uso público ha sido obstaculizado por la persona contra la que se dirige la potestad recuperatoria. Ambos requisitos, singularmente el primero, son recordados por la STS de 22 de diciembre 2000, Ar. 9723.

#### C) Limitaciones sobre las propiedades colindantes

La existencia de limitaciones sobre la propiedad privada contigua al demanio marítimo es lugar común tanto en la normativa precedente como en la actual. En lo que hace a esta última, la Ley de Costas de 1988 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, así como las instalaciones deportivas descubiertas (artículo 23.1). No concurren estas circunstancias en los supuestos resueltos por las **SSTS de 20 de septiembre de 2000**, Ar. 8145 (al que, y pese a haberse iniciado bajo la vigencia de la anterior Ley de Costas, le es de aplicación la previsión citada, por mor de las Disposiciones Transitorias Tercera y Cuarta de Ley vigente, al tratarse de una situación no concluida a la entrada en vigor de este texto) y **19 de octubre de 2000**, Ar. 8174, y por ello las obras de que en cada caso se trata son ilegales.

#### **D) Los usos del dominio público marítimo-terrestre**

De acuerdo con la teoría general de los usos del dominio público, aquellos que persiguen un aprovechamiento privativo del mismo, y en la medida en que excluyen su uso general, requieren una concesión administrativa otorgada previamente por la Administración competente (**STS de 17 de octubre de 2000**, Ar. 7779). Concesión cuyo mantenimiento habrá de venir anudado al cumplimiento de sus condiciones, declarándose en caso contrario su caducidad, sin derecho alguno a indemnización. Así lo recuerdan las **SSTS de 14 de noviembre (FJ 1º)** y **de 11 de diciembre de 2000**, Ar. 8901 y 9849.

#### **E) Infracciones y sanciones**

La realización de obras dentro de la zona de servidumbre de protección sin la previa y necesaria autorización del poder público competente está, como ha sido puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones, prohibida de modo expreso por la vigente Ley de Costas, por lo que tal actuación constituye una evidente infracción administrativa. Infracción que, con obvedad, llevará anudada la correspondiente sanción, consistente normalmente en la imposición de una multa pecuniaria y en la obligación de reponer las cosas a su primitivo estado, mediante la demolición de lo ilegalmente construido. Así sucede en los casos resueltos por las **SSTS de 20 de septiembre y 19 de octubre de 2000**, Ar. 8145 y 8174.

Cabe, no obstante, y antes de tomar tales medidas, la paralización de las obras como medida cautelar en interés de la aplicación de la Ley y del propio administrado. Y ello en tanto se comprueba la ilegalidad efectiva de las mismas, determinada en principio sólo en apariencia (que no como mera e hipotética posibilidad). Si a resultados de las labores indagatorias llevadas a cabo –fundamentalmente la presentación por la parte implicada de prueba en contrario– se comprueba la inexistencia de tal ilegalidad, se dictará la improcedencia de tal actuación (**SSTS de 25 de septiembre y 16 de octubre de 2000**, Ar. 7688 y 8164, respectivamente).

#### **F) Titularidad y competencias sobre el demanio marítimo**

Repetidamente nos hemos hecho eco, en las crónicas jurisprudenciales de esta Revista, de la conocida doctrina constitucional que señala la compatibilidad entre la titularidad estatal del demanio marítimo y la ostentación por parte de las Comunidades Autónomas

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

de competencias para actuar sobre el mismo. Pues bien: nuevamente ha de ser aquella traída a colación, esta vez al hilo de las SSTS de 20 de septiembre, 18, 24, 25 y 27 de octubre y 6 y 14 de noviembre de 2000, Ar. 8146, 9129, 8177, 9131, 8585, 9133 y 8900, respectivamente, en las que se recuerda la potestad autonómica para llevar a cabo la tutela y policía de la zona de servidumbre de protección.

Por otra parte, y como también es jurisprudencia habitual del TS y doctrina consolidada del Consejo de Estado, el otorgamiento de una concesión para desecación de marismas supone la transformación del terreno público en propiedad particular desde el momento mismo en que se termina la obra. De esta manera se opera una suerte de desafectación implícita en el que aquella primera actúa como título adquisitivo condicionado a la realización de la actividad desecadora citada. Ésta y no otra es la razón de que no quepa invocar una pretendida intervención posterior del ejecutivo para autorizar la transformación, en la medida en que la misma se perfecciona por la realización de la actuación, al margen de la voluntad administrativa (STS de 14 de noviembre de 2000, Ar. 8901).

### G) Puertos

La consideración de los puertos como instalaciones de titularidad pública determina que muchas de las actividades que los tienen como basamento físico ostenten, asimismo, la calificación de servicio público. Éste es el caso del servicio de estiba y desestiba de buques que, como tal, podrá ser prestado conforme a cualquiera de los modos de gestión previstos para este tipo de acciones y, particularmente, en régimen de gestión indirecta mediante concesión. El título aludido, obviamente, deberá concederse de acuerdo con el procedimiento normativamente establecido para ello, respetando con escrupulosidad tanto las intervenciones públicas pertinentes como las diversas fases que lo integran y yendo de suyo, por supuesto, que el pliego de cláusulas por el que a posteriori se va a regir tal prestación también es vinculante. Todos estos requisitos fueron debidamente observados en el supuesto de hecho concreto que resuelve la STS de 11 de diciembre de 2000, Ar. 10686.

Igualmente, y como causa de esa misma categorización pública, los usuarios de la superficie portuaria para depósito de materiales deberán abonar una tasa por ocupación del demanio marítimo-terrestre; ocupación que, en ningún caso ha de identificarse como determinante del nacimiento de un vínculo contractual con la Administración titular de aquella y, por ende, justificativa de la exigencia de responsabilidad a la misma en caso de incendio, al no identificarse deber alguno de custodia (STS de 23 de septiembre de 2000, Ar. 9087). Un canon análogo al señalado deberán satisfacer los usuarios de los puertos deportivos, también como contraprestación por su utilización. Canon que, en la medida en que la titularidad de aquéllos es hoy autonómica, corresponde cobrar a este nivel público, y ello desde el momento preciso en que, a raíz de la transferencia de la competencia en la materia, el mismo se subroga en la posición del Estado. Así lo recuerda la STS de 21 de julio de 1999, Ar. 10102 de 2000.

**H) Pesca y cultivos marinos**

Las empresas pesqueras, como sociedades mercantiles que realizan aquel determinado tipo de actividad comercial, vienen obligadas a adscribirse necesariamente a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación. Así se desprende de una conocida doctrina constitucional encabezada por la Sentencia 107/1996 y así lo recuerda la **STS de 5 de diciembre de 2000**, Ar. 10538.

Por su parte, y en lo que hace a los trabajadores de las mismas, ha sido la **STS de 3 de marzo de 1999**, Ar. 10358 de 2000, la que ha recordado la obligación de la nueva adquirente de devengar las cuotas impagadas a la Seguridad Social (Régimen Especial de los Trabajadores del Mar) en caso de sucesión de empresas y deudas de la antecedente, y ello con independencia de que la causa de la misma haya sido la ejecución de una deuda hipotecaria. La seguridad física de aquéllos también ha sido objeto de consideración por los poderes públicos y, así, se han aprobado diversas normas destinadas a otorgar ayudas a las pequeñas embarcaciones para instalar equipos de comunicación y salvamento; ayudas que, en ningún momento ha de entenderse interfieren en el principio de libre concurrencia establecido en el sector pesquero por las Instituciones comunitarias (**STS de 31 de octubre de 2000**, Ar. 10046).

**5. CARRETERAS****A) Autopistas de peaje: convenio de ampliación**

En relación con la materia de autopistas de peaje, es preciso mencionar en esta ocasión la **STS de 18 de octubre de 2000**, Ar. 8870, que confirma la decisión del TSJ de Cataluña, que dio la razón a una concesionaria de autopistas frente a las alegaciones formuladas por una asociación de agricultores catalanes. La Administración estatal y la autonómica suscribían las tesis de la concesionaria de autopistas.

Se trataba de un acuerdo entre la Administración del Estado y la concesionaria (plasmado en el RD 483/1995, de 24 de marzo), al amparo del art. 25 de la Ley de autopistas de 1972, por el que se modificaban algunos aspectos del RD 1547/1990, de 30 de noviembre, sobre modificación concesional. El acuerdo final lo adoptó el Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado, tras el convenio inicial entre la Administración y la concesionaria. Se trataba ahora de una ampliación de la autopista. El Tribunal Supremo estima que el citado acuerdo no vulnera lo establecido en el art. 25 de la Ley de autopistas, y estima en suma que la decisión de la Administración ha sido adecuada a Derecho.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

### **B) Competencias del Estado y transferencias al País Vasco**

En la STS de 2 de octubre de 2000, Ar. 8153, se desestima el recurso interpuesto por la Administración del Estado, y se confirma la decisión del TSJ del País Vasco, que en 1992 dio la razón a la Diputación Foral de Guipúzcoa. En concreto, esta última acordó la incorporación a la red foral de carreteras de dos tramos de enlace entre la autopista A-8 y dos carreteras nacionales. En primer lugar, el TS considera que la prueba se practicó correctamente en la primera instancia, pues se valoró adecuadamente el informe del Delegado del Gobierno en la concesionaria de autopistas, en relación con los informes de la Administración autonómica y local.

En relación con lo anterior, no se ha infringido lo establecido en el RD 2769/1980, de 26 de septiembre, de traspaso de servicios del Estado al País Vasco en materia de carreteras, pues ha quedado probado, según el TS, que los tramos objeto de controversia no se encuentran incorporados en la concesión de la autopista A-8, único supuesto este último (en el País Vasco) donde la competencia sobre carreteras es estatal. Por ello, se estima que la competencia sobre estos tramos debe corresponder, como estableció la sentencia de instancia, a la Comunidad Autónoma. Y ello, teniendo en cuenta aquí el peculiar régimen de distribución de competencias dentro del País Vasco entre la Comunidad Autónoma y las Diputaciones Forales, donde son estas últimas las que ejercen las atribuciones en materia de carreteras.

### **C) Suspensión de obras que no contaban con autorización**

Confirmando la decisión del Tribunal de instancia, el TS, en la Sentencia de 23 de octubre de 2000, Ar. 8874, da la razón a la Administración del Estado, que ordenó la suspensión de unas obras que se realizaron en el lado izquierdo de una carretera que no contaron con la autorización de RENFE. En el presente caso, se considera que se ha aplicado correctamente el artículo 27 de la Ley de carreteras de 1988, que establece que los Gobernadores civiles, como aquí ha sucedido, dispondrán la paralización de las obras y la suspensión de los usos no autorizados o que no se ajusten a las condiciones establecidas en las autorizaciones. En relación con ello, también se debe aplicar aquí el artículo 88.2 del Reglamento de carreteras de 1977 (RD 1073/1977), entonces en vigor (según la Disposición Transitoria Primera de la citada Ley de carreteras de 1988), que establece una previsión similar. Por otra parte, no se ha infringido lo dispuesto en el artículo 2.1 del Reglamento de disciplina urbanística, pues es necesaria previa autorización en estos casos, y no se ha obtenido. En este contexto, además, el artículo 168.1.b) de la Ley 16/1987, de ordenación de los transportes terrestres, remite a las normas sobre carreteras en estos supuestos, cuando los terrenos cercanos al ferrocarril también sean próximos a una carretera.

### **D) Demolición de obras que no contaban con autorización**

En la STS de 4 de diciembre de 2000, Ar. 9847, se confirma la decisión del TSJ del País Vasco de anular la demolición de unas obras en un caserío cercano a una autopista que decretó en 1987 el Gobernador Civil de Guipúzcoa, aunque confirma la multa de cin-

cuenta mil pesetas impuesta al particular que realizó las obras. En concreto, como no quedaba clara la situación física del caserío en relación con la línea de edificación existente desde la autopista, en la Sentencia de instancia se anula el derribo, al existir elementos de prueba contradictorios. Por ello, el otorgamiento de la posible autorización debía depender de la efectiva medición de la distancia que establece la normativa sobre carreteras, y a partir de la cual se permite edificar. Pero como la cuantía de la sanción es inferior a los 6 millones de la cuantía mínima para interponer el recurso de casación, el TS considera que el recurso no es admisible en relación con la citada multa de cincuenta mil pesetas [arts. 102.2.a) y 93.2.b) de la LJ], y sólo en relación con la orden de demolición de las obras, donde la cuantía sí que es superior y por lo tanto sí que cabe recurso de casación.

Sin embargo, en un sentido distinto al de la Sentencia anterior se pronuncia la **STS de 11 de diciembre de 2000**, Ar. 9730, donde sí que se considera ajustada a Derecho la decisión de un Gobernador civil de decretar la demolición de unas obras que no contaban con autorización. Las obras se habían realizado dentro de la zona de servidumbre de una carretera nacional en Galicia, y se llevaron a cabo en un lugar que no era considerado como suelo urbano (según el TS, no quedó demostrado adecuadamente su supuesto carácter de urbano). Por ello, no se han infringido los artículos 37, 51 y 53 de la Ley de carreteras de 1974 y concordantes de su Reglamento de 1977. Tampoco concurre el supuesto del artículo 37.2 de la citada Ley, por lo que no fue posible la reducción de la distancia en la que podía autorizarse la edificación.

#### **E) Proyecto de trazado: adecuado a Derecho, en diferentes aspectos.**

Por otra parte, en la **STS de 15 de diciembre de 2000**, Ar. 9855, se considera correcta la aprobación definitiva por la Administración del Estado de un proyecto de trazado de una carretera, frente a las pretensiones en sentido contrario de unas empresas. En primer lugar, sí es posible la aprobación de un proyecto de trazado sin la existencia de un previo proyecto de ejecución, por lo que no se infringe el artículo 13 de la Ley de carreteras de 1974. En concreto, después del proyecto de trazado se aprobó el proyecto de construcción, por lo que cualquier posible irregularidad temporal anterior quedó con ello convalidada. Además, la seguridad jurídica queda salvaguardada, pues desde los proyectos iniciales hasta el de construcción puede haber modificaciones en relación con la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes a expropiar (art. 12.2 de la Ley de carreteras de 1974), por lo que el proyecto de construcción es aquí el determinante.

Por otra parte, en cuanto a la necesidad o no de que las obras objeto de controversia figuraran en el Plan Nacional de Carreteras (a aprobar por Ley según el artículo 4 de la citada Ley de carreteras), no debe exigirse en este caso, pues no se trata de una nueva carretera (objeto de inclusión en el Plan), sino de unas obras de mejora y desdoblamiento, que no se incluyen obligatoriamente en el Plan (arts. 15 de la Ley y concordantes de su Reglamento de 1977).

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Por último, no era aquí preceptivo el trámite de información pública del proyecto, pues en el desdoblamiento de la calzada que contenía este proyecto no se variaba sustancialmente la funcionalidad de la carretera preexistente (concepto jurídico indeterminado, pero cuya concurrencia quedó probada en la Sentencia de instancia, de la Audiencia Nacional), de modo que no se infringe lo dispuesto en el artículo 35.2 del Reglamento de carreteras. Sobre este mismo supuesto y este argumento en relación con el trámite de información pública, aunque con otros recurrentes, cabe citar por último la STS de 20 de diciembre de 1999, Ar. 9398 (véase la crónica en el número 8 de esta Revista), de la que finalmente el TS reproduce aquí parte de la argumentación (FJ 5º).

### **F) Planes especiales de urbanismo: informe de la Administración de carreteras. No necesario, al existir ya informe sobre Plan General**

Por último, en la STS de 13 de noviembre de 2000, Ar. 10488, se da la razón a un Ayuntamiento, que había aprobado un plan especial urbanístico. Al margen de los argumentos derivados de la normativa sobre urbanismo, el aspecto que aquí nos interesa es el que se contiene en el Fundamento Jurídico 4º, donde se resuelve la denuncia del recurrente de la posible omisión del informe preceptivo y vinculante del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, al afectar el Plan a una carretera nacional, informe que viene exigido en el artículo 10.2 de la Ley de carreteras de 1988. Pues bien, en opinión del Tribunal Supremo, que confirma lo argumentado en la Sentencia de instancia, el Plan especial aquí impugnado no afecta a la citada carretera nacional, pues no supone alteración de lo previsto en el Plan General de Ordenación Urbana en relación con aquella vía. Y como el Plan General sí fue sometido a informe del Ministerio, no es ahora necesario de nuevo.

## 6. MONTES

En la STS de 3 de octubre de 2000, Ar. 8451, se confirma la anulación, por el Tribunal de instancia, de una decisión de la Administración autonómica riojana, que declaró la utilidad pública de un monte y su inclusión en el catálogo de la Comunidad Autónoma. Los recurrentes de instancia fueron unos particulares, aunque el monte estaba inscrito también a nombre de un Ayuntamiento, que es quien ahora interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo considera que la Sentencia de instancia es respetuosa con la jurisdicción civil, y no lleva a cabo ninguna apreciación o valoración que corresponda a esta última, aunque ello no es obstáculo para poder apreciar si la declaración de utilidad pública del monte se ha realizado correctamente. En concreto, se puso de manifiesto que las dos inscripciones registrales existentes (una a favor del Ayuntamiento y otra a favor de los particulares entonces recurrentes) son incompatibles. Por ello, la Administración infringió lo establecido en la Ley de Montes de 1957 y su Reglamento de 1962, teniendo en cuenta además que la jurisdicción civil, en el pleito pendiente, es quien debía resolver sobre la titularidad del monte, al existir las dos citadas inscripciones registrales (y en donde se cuestionaba precisamente la practicada en favor del Ayuntamiento).

## 7. MINAS

En relación con esta materia, cabe mencionar la **STS de 5 de octubre de 2000**, Ar. 8155, que revoca una STSJ de Cataluña que había dado la razón en parte a una empresa, en relación con la delimitación de varias cuadrículas mineras en una concesión de recursos de la Sección C de la Ley de minas, donde se estimó que el Meridiano de Madrid era el que debía ser la referencia a la hora de delimitar los perímetros. Sin embargo, el TS estima ahora que debe ser el Meridiano de Greenwich el punto de referencia. En esta ocasión se discutía si debía aplicarse el criterio de la Ley 54/1980, que modifica la Ley de minas de 1973, que fija (en su art. 11) el Meridiano de Greenwich como punto de referencia, o por el contrario si debía prevalecer el criterio inicial de la citada Ley de minas de 1973 de tener al Meridiano de Madrid como referencia. El Tribunal de instancia consideró que la aplicación por la Administración de la Ley de 1980 suponía una infracción del principio de irretroactividad (arts. 9.3 CE y 3 Código Civil). Sin embargo, el TS estima que la empresa recurrente no tenía ningún derecho adquirido sobre la explotación minera y que la nueva delimitación no lesiona los derechos consolidados de la explotación, por lo que no se infringe el principio de irretroactividad.

## 8. PATRIMONIO CULTURAL

### A) Infracciones y sanciones

En la **STS de 11 de octubre de 2000**, Ar. 9128, se confirma la STSJ de Murcia, que había anulado una sanción impuesta a un particular por la Administración autonómica, en aplicación del artículo 36 de la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico. El TS estima que no concurre culpabilidad en el sancionado, como también consideró el Tribunal de instancia. En concreto, como reconoció la Administración municipal, el sancionado carecía de medios para realizar las obras de conservación del edificio, que se encontraba en ruina, y la Administración debió adoptar otro tipo de medidas para asegurar la conservación. En suma, no existió negligencia en el particular sancionado, pues creyó de buena fe que había cesado su obligación de conservar el edificio.

### B) Bienes de interés cultural: diversas cuestiones

Sobre los bienes de interés cultural existen varios pronunciamientos judiciales a mencionar. El primero de ellos es la **STS de 16 de octubre de 2000**, Ar. 7777, que confirma la decisión del Tribunal de instancia de anular la aprobación por la Administración autonómica valenciana de un proyecto de restauración y rehabilitación del Teatro Romano de Sagunto (declarado monumento nacional en 1986). El Ayuntamiento de esta localidad estaba de acuerdo con la Generalidad (que es la que desiste en el recurso de casación, aunque no el Ayuntamiento, que sigue adelante con sus pretensiones). En esta ocasión se

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

aplicó el artículo 39.2 de la Ley de Patrimonio Histórico de 1985, que regula las condiciones en las que deben restaurarse los inmuebles pertenecientes al patrimonio histórico y, en concreto, prohíbe la reconstrucción, salvo en casos excepcionales (en concreto, cuando se utilicen los materiales originales). En este caso se aceptan de nuevo los resultados de los informes practicados y se considera que se trata de una reconstrucción, por lo que se confirma la anulación del proyecto.

El Tribunal Supremo, en un sólido argumento, afirma que existen dos teorías sobre la restauración de inmuebles (intervención mayor con reconstrucción, e intervención mínima, respetando el estado original de las ruinas). El legislador español ha optado por la segunda, de modo que los Tribunales, en casos como éste, realizan una labor de interpretación jurídica, al margen del debate doctrinal sobre estas cuestiones, plasmado también en varias cartas o declaraciones internacionales, e igualmente en la tramitación parlamentaria del citado art. 39 de la Ley de Patrimonio Histórico de 1985 (y donde se impuso al final la tesis defendida ya en el proyecto de Ley). Por todo ello, la Administración no contaba con discrecionalidad a la hora de elegir entre reconstrucción o simple restauración o rehabilitación, pues la primera no es posible.

Por otra parte, cabe mencionar la **STS de 21 de noviembre de 2000**, Ar. 9864, que confirma la anulación por el TSJ de Castilla y León de una decisión administrativa que aprobó un proyecto de construcción de una bodega situada cerca de las ruinas de un castillo (el de Fontidueña), declarado bien de interés cultural (Disposición Adicional Primera de la Ley 16/1985, en relación con el art. 1 del Decreto de 22 de abril de 1949). En concreto, se vulneró el artículo 19 de la citada Ley, cuyo tercer apartado establece que se prohíben las construcciones que alteren el carácter de los inmuebles protegidos o que perturben su contemplación, aspecto este último que es el que aquí concurre, como consecuencia de la construcción de la bodega.

Un nuevo supuesto a analizar es el de la **STS de 27 de julio de 1999**, Ar. 10104 (2000), donde el TS revoca la Sentencia de instancia y vuelve ahora a dar la razón a la Junta de Castilla y León, que impuso una sanción por vulneración de la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico de Español (art. 39.1), por la realización de obras de remodelación en un palacio de Salamanca. El barrio viejo de Salamanca, como ya se ha declarado por el TS en alguna ocasión (STS de 28 de abril de 1997, Ar. 3353), sí que debe considerarse bien de interés cultural, aunque fuera declarado Conjunto Histórico-artístico en 1951 (al amparo de la Ley de 1933), pues debe aplicarse la Disposición Adicional Primera de la Ley 16/1985, en relación aquí con los artículos 12.2 y 14.2, pues el Conjunto encaja en alguna de las categorías de la nueva Ley. Los datos que obran en el expediente corroboran la concurrencia del supuesto de hecho sancionador [art. 76.1.e)] en relación con el art. 39.1, y tipificada también en el artículo 76.3.b) de la Ley 16/1985). La sanción, en atención a los hechos acaecidos, es también proporcional, según el TS.

Finalmente, hay que citar la **STS de 23 de noviembre de 2000**, Ar. 10497, que confirma la anulación por el TSJ de Cantabria en 1995 de una licencia otorgada por el Ayuntamiento de Santander a una empresa, para la rehabilitación de un edificio. También se decretó, por el Tribunal de instancia, la demolición de las obras, aspecto que ahora

igualmente se confirma. Se trataba de obras sobre un edificio incluido en un Conjunto Histórico, donde se siguió el procedimiento establecido en el artículo 20.3 de la Ley 16/1985, y donde existió también informe favorable a las obras por parte de la Administración autonómica. La licencia de obras es pues ilegal, según lo dispuesto en el artículo 23.2 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) Título jurídico de intervención normativa de la Comunidad sobre aguas. B) Incumplimientos de Estado en Directivas sobre aguas. **3. Actividades cla-**

**sificadas.** A) Clausura de actividades sin licencia. a) Actividad de cantera que se reanuda tras la extinción de la autorización originaria de explotación. b) Efectos derivados de la tolerancia durante años del funcionamiento de una actividad que carece de licencia.

c) No es aplicable la DT Segunda del RAC a las actividades que carecían de licencia antes de la entrada en vigor del mismo. B) Emplazamiento de actividades clasificadas. a)

Normativa aplicable al lugar de emplazamiento de actividades clasificadas. b) Aplicación de la prohibición del art. 13 del RAC. c) No cabe el emplazamiento de estación de servicio en lugar destinado a vial. d) Criterios a tener en cuenta a la hora de determinar la forma de medición de las distancias en la instalación de una actividad de bar-cafetería.

e) No es legalizable una actividad que se viene ejerciendo sin licencia en un edificio

fuera de ordenación. f) Emplazamiento de “industrias fabriles” a 2000 metros del núcleo más próximo de población agrupada (art. 4 RAC). C) Las dos fases de la Licencia de actividades clasificadas en el RAC: la licencia de instalación (arts. 29 a 33 RAC) y la compro-

bación (art. 34 RAC). y autorización definitiva (apertura o funcionamiento, art. 6 de la Instrucción de 15 de marzo 1963). D) El informe del art. 7.2 del RAC, carácter vinculante o no. E) La interrelación entre la licencia de obras y la de actividades: art. 22.3 del

RSCL. F) Modificación del proceso productivo con posterioridad al otorgamiento de la licencia. G) Medida cautelar administrativa de suspensión de la actividad de un salón

recreativo de juegos por no corregir el exceso de ruidos producido en su funcionamiento. H) No es procedente la suspensión cautelar de la orden de clausura y cese de la actividad de oficina de correos que carece de licencia de actividad e instalación. I) La medida cautelar de suspensión judicial de la ejecutividad de los actos administrativos

impugnados. a) No ha lugar a la suspensión de la orden de cese y clausura de la actividad

impugnados. a) No ha lugar a la suspensión de la orden de cese y clausura de la actividad

de bar decretada por el Ayuntamiento de Zaragoza. b) Denegación por el Tribunal de la petición de suspensión de las órdenes de cierre, clausura y precinto de vertedero de residuos tóxicos y la de ejecución de la anterior. J) Licencias provisionales tras la calificación de la actividad. **4. Impacto ambiental. Los principios de libertad de empresa, seguridad jurídica e igualdad se encuentran restringidos cuando pueda lesionarse el interés general en la defensa del medio ambiente. 5. Espacios naturales protegidos.** A) Anulación de medida cautelar de paralización de maquinaria que venía efectuando vertidos en el Parque Natural de las Sierras Subbéticas de Córdoba. B) Anulación del art. 4.3 y de la DT Segunda del Decreto 149/1989, del Consell de la Generalitat Valenciana por el que se declaraba Parque Natural el Desierto de las Palmas. **6. Protección de la flora. Denegación de tala de encinas en un espacio natural no protegido. 7. Minas.** A) Suspensión provisional de actividades, por carecer de licencia municipal. B) Vertidos en concesión minera: irrelevancia de los daños al medio ambiente.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas aparecida desde la última entrega hasta mayo de 2001; la ordinaria publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde la núm. 7951 hasta la 10700 de las dictadas por el TS en el año 2000, con lo que termina el comentario de ese año, y la Constitucional desde la núm. 306/2000 a la 98/2001, de 5 de abril.

## 2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

### A) Título jurídico de intervención normativa de la Comunidad sobre aguas

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 30 de enero de 2001, Asunto C-36/98, plantea la decisiva cuestión del título jurídico hábil para que la Comunidad intervenga en materia de aguas. La Sentencia presenta para el lector español el atractivo de que es el Reino de España el demandante contra el Consejo de la Unión Europea habiendo intervenido en el curso del pleito, además, la Comisión, la República Francesa, la República Portuguesa y la República de Finlandia. Todos han sostenido posturas distintas de la española. El asunto se centra en torno a la Decisión 97/825/CE del Consejo por la que se aprueba el Convenio sobre la cooperación para la protección y el uso sostenible del Danubio. Este Convenio es en su origen un acuerdo entre la Comunidad y países ribe-

reños y la fundamentación jurídica del procedimiento para la adopción de la Decisión recurrida se fundamenta en el antiguo art. 130 S, apartado 1 (actual art. 175 CE) mientras que el demandante (España) opina que debería haberse fundamentado en el art. 130 S, apartado 2.

El fondo del asunto se descubre inmediatamente: la Decisión debería adoptarse por unanimidad si la materia afectada fuera de las incluidas en el art. 130 S. 2, mientras que el Consejo sólo debería decidir por mayoría cualificada si la materia se refiriera a las reseñadas en el art. 130 S. 1. La postura española, fijándose en la expresión “gestión de los recursos hidráulicos”, contenida en el art. 130 S. 2, defiende que cualquier medida relativa al agua precisa de la adopción por unanimidad o, dicho de otra forma, que no puede seguirse en modo alguno el procedimiento del art. 130 S. 1 cuando el recurso natural afectado sea el agua. Frente a esta interpretación y usando de distintos argumentos (entre los que se incluye el examen del significado de la expresión “gestión de recursos hidráulicos” en distintos idiomas), el Tribunal rechazará la postura española observando que sólo los aspectos cuantitativos de la gestión del agua incluyendo los usos del agua deberían seguir el procedimiento de decisión unánime, mientras que cuando el objeto de la intervención normativa sea la protección ambiental del agua, deberá observarse la base del art. 130 S. 1 (que implica la mayoría cualificada).

En el caso concreto del Convenio, pueden observarse finalidades dobles (tanto de regulación de usos como de protección ambiental) y en ese supuesto el Tribunal indica que debe seguirse la dirección que marque el ámbito principal. El Tribunal concluye tras el examen del Convenio, que el objeto principal es la protección y mejora de la calidad de las aguas de la cuenca del Danubio, mientras que sólo de manera accesoria se regulan los usos de las aguas de la cuenca del Danubio y los aspectos cuantitativos de su gestión.

#### **B) Incumplimientos de Estado en Directivas sobre aguas**

En la presente entrega tenemos ocasión de enfrentarnos a tres Sentencias del TJCE que versan sobre incumplimientos de Estado en materia de aguas afirmando las tres Sentencias el efectivo incumplimiento por parte de los Estados de algunas obligaciones incluidas en las Directivas. Puede observarse que en esta materia de aguas el grado de incumplimiento de algunos Estados, a juzgar por las Sentencias aparecidas, es notable y, desde luego, la conformidad –casi unanimidad– de las Sentencias con los recursos de la Comisión, evidente.

En primer lugar debemos referirnos a la **Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de marzo de 2001**, Sala Sexta, recaída en el **Asunto C-266/99**, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa. La cuestión debatida es el presunto incumplimiento por Francia de diversas obligaciones contenidas en la Directiva 75/440/CEE del Consejo, de 16 de junio de 1975, relativa a la calidad requerida para las aguas superficiales destinadas a la producción de agua potable en los Estados miembros. La Sentencia declarará el incumplimiento de este país en lo relativo a la superación de los valores límite de nitratos en el agua utilizada para la producción de agua destinada al con-

sumo humano en la Bretaña (art. 4.1). Igualmente se indica que no se ha aprobado un plan de acción sistemática para mejorar el medio ambiente, sino que las medidas adoptadas fueron genéricas, no constituyen un planteamiento global y coherente y, desde luego, no han abocado a un resultado de mejora (art. 4.2). Finalmente, tampoco Francia ha utilizado aguas superficiales de calidad suficiente para la producción de agua potable (art. 4.3).

En la **Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de marzo de 2001**, Sala Tercera, recaída en el Asunto C-266/00, se conoce de la demanda de la Comisión contra el Gran Ducado de Luxemburgo, que tiene por objeto la declaración de incumplimiento de este Estado de diversas obligaciones que le incumbían por la Directiva 91/676/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1991, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos utilizados en la agricultura. Durante el planteamiento del conflicto Luxemburgo exhibirá un anteproyecto de Reglamento ducal presentado para el cumplimiento de la Directiva, pero ello no será suficiente, pues este texto no será juzgado adecuado a la Directiva ni tampoco el resto de normativa luxemburguesa existente suficiente para rechazar las imputaciones de la Comisión. En concreto el Tribunal observará la falta de regulación de los fertilizantes químicos, lo que supone un incumplimiento del art. 2. f) de la Directiva. Tampoco se han regulado por este país las condiciones de aplicación en terrenos inclinados y escarpados de fertilizantes (art. 5.4 en relación con varios anexos). De la misma forma no se han adoptado disposiciones encaminadas a limitar la aplicación de fertilizantes en terrenos cubiertos de nieve (art. 5.4). Igualmente no se han establecido los programas de vigilancia a que hace referencia el art. 5.6 de la Directiva ni se ha aprobado un calendario de aplicación de medidas (art. 10.1).

Finalmente, en la **Sentencia del Tribunal de Justicia, de 15 de marzo de 2001**, Sala Sexta, recaída en el Asunto C-147/00 se conoce de una demanda de la Comisión contra la República Francesa a la que se reprocha el incumplimiento de la Directiva 76/160/CEE del Consejo, de 8 de septiembre de 1975, relativa a la calidad de las aguas de baño. El fallo de la Sentencia constata el incumplimiento de Francia al no haber adoptado todas las medidas necesarias para garantizar en el plazo de diez años contados desde la notificación de la Directiva, que la calidad de las aguas se ajusta a los valores límite imperativos fijados en ella (art. 4.1). Igualmente se indica que no se han efectuado las operaciones de muestreo con la frecuencia mínima fijada en el anexo de la Directiva, bien que el incumplimiento se refiere sólo a las aguas de baño interiores y no a las costeras como originalmente indicaba la Comisión (art. 6.1). Finalmente, también reprocha el Tribunal que no se hayan hecho operaciones de muestreo del parámetro “coliformes totales” (arts. 3, 4, 5 y 6).

### 3. ACTIVIDADES CLASIFICADAS

#### A) Clausura de actividades sin licencia

Es doctrina tradicional del TS, puesta de relieve en anteriores revistas, que las actividades que carecen de licencia pueden ser clausuradas. Pero los matices y supuestos, si bien

guardan una cierta relación, siempre ofrecen variables que pueden despertar la imaginación de las partes en conflicto. En esta entrega destacaríamos las siguientes apreciaciones.

**a) Actividad de cantera que se reanuda tras la extinción de la autorización originaria de explotación**

Extinguida por el transcurso del tiempo la autorización otorgada por la Administración autonómica para la extracción de áridos y obtenida con posterioridad una nueva autorización es preceptiva la obtención de la correspondiente licencia municipal, destinada a comprobar si, en las circunstancias de la nueva autorización, las actividades a desarrollar eran compatibles con los intereses públicos, especialmente los urbanísticos (FJ 2º de la Sentencia de 27 de octubre de 2000, Ar. 8186).

**b) Efectos derivados de la tolerancia durante años del funcionamiento de una actividad que carece de licencia**

Otorgada una autorización provisional para la actividad de aparcamiento descubierto de autobuses y camiones y una vez determinada la necesidad de disponer de licencia de actividad, por resultar una actividad clasificada, ha de requerirse al administrado para que tenga la oportunidad de intentar la legalización de la actividad desarrollada durante años antes de decretar su clausura. Sólo de esta manera se respeta el principio de proporcionalidad presente en los artículos 5 del RAC y 6.2 del RSCL y el de previa audiencia y se da la oportunidad de subsanar las deficiencias antes de proceder a la demolición o clausura (FFJJ 2º a 4º de la Sentencia de 11 de octubre de 2000, Ar. 8190).

La misma doctrina se aplica por el TS a la actividad de serrallería ejercida sin licencia durante más de cien años, lo que no le exonera de obtener las licencias necesarias para su ejercicio. Si bien si tras el requerimiento de legalización éste no es atendido la clausura estará ajustada a derecho (FJ 1º de la Sentencia de 25 de octubre de 2000, Ar. 8231).

Procede la clausura de una actividad extractiva por la autoridad municipal cuando ésta carece de licencia para su funcionamiento aunque haya sido tolerada durante 25 años, sin más que acreditar la omisión y una vez oído el interesado (FJ 5º) y sin que el otorgamiento de los permisos de explotación o la concesión de la Comunidad Autónoma eximan de la licencia (FJ 3º). En defecto de actuación municipal y tras la puesta en conocimiento de tal situación el órgano competente de la Comunidad Autónoma puede suspender provisionalmente su funcionamiento hasta que no se obtenga la licencia municipal de actividades al amparo de los arts. 38 y 39 del RAC sin que se vulnere por ello la autonomía municipal (FFJJ 1º y 7º). Extremos que confirma el TS en su Sentencia de 16 de marzo de 2000, Ar. 10115.

**c) No es aplicable la DT Segunda del RAC a las actividades que carecían de licencia antes de la entrada en vigor del mismo**

Así lo confirma el TS en las Sentencias de 25 y 30 de octubre de 2000, Ar. 8231 y 10461, en las que se ratifica la clausura de las actividades por carecer de licencia.

**B) Emplazamiento de actividades clasificadas****a) Normativa aplicable al lugar de emplazamiento de actividades clasificadas**

La normativa aplicable respecto al emplazamiento de estas actividades es la vigente en el momento del otorgamiento o denegación de la licencia y no la normativa en trámite de aprobación, no siendo suficiente la sola aprobación inicial de las normas subsidiarias de planeamiento (Sentencia de 9 de octubre de 2000, Ar. 8223).

**b) Aplicación de la prohibición del artículo 13 del RAC**

Resulta prohibida con carácter general la instalación de una cuadra de caballos en el casco urbano de Sevilla por aplicación del art. 13 del RAC, aunque se disponga de autorización para el servicio público de coches de caballos. Sin que por otra parte quepa invocar la vulneración del principio de igualdad en situación de ilegalidad (Sentencia de 20 de septiembre de 2000, Ar. 8437).

**c) No cabe el emplazamiento de estación de servicio en lugar destinado a vial**

La pretensión de emplazar una estación de servicio en un lugar destinado a vial en el Plan general de ordenación urbana impide la obtención de la licencia solicitada por silencio positivo en aplicación del art. 30.1 y 30.2c) del RAC, aunque el destino del terreno para vial de nueva apertura no sea vinculante (FFJJ 2º y 5º de la Sentencia de 29 de noviembre de 2000, Ar. 9067).

**d) Criterios a tener en cuenta a la hora de determinar la forma de medición de las distancias en la instalación de una actividad de bar-cafetería**

El TS en su Sentencia de 5 de diciembre de 2000, Ar. 10090, en la que resuelve sobre el otorgamiento o la denegación de licencia para un bar-cafetería en atención a las distancias mínimas que deben respetarse para la instalación de esta actividad. Éste refuerza su decisión utilizando criterios interpretativos de la forma de medición de las distancias como el de menor restricción de la libertad individual que ha de regir la actuación de la Administración (arts. 84.2 LBRL y 6.2 RSCL) y atendiendo a las finalidades de la ordenanza aplicable como la de “evitar la proliferación de uso” y la intensidad de la concentración y flujo de personas en un determinado y considerado espacio físico.

**e) No es legalizable una actividad que se viene ejerciendo sin licencia en un edificio fuera de ordenación**

Como manifiesta el TS en su Sentencia de 20 de diciembre de 2000, Ar. 10483, no es legalizable la actividad de recuperación y almacenamiento de bidones que se venía ejerciendo sin licencia pretendiendo ampararse en la posible calificación de un edificio como de fuera de ordenación. Calificación que pudiera alcanzar el edificio en que esa actividad

se desarrollaba al cambiar la clasificación urbanística del suelo. Ya que, como dirá el TS, nos encontramos con una actividad clandestina que no puede verse favorecida por el régimen de fuera de ordenación que se extiende a las edificaciones y actividades amparadas en licencia.

#### **f) Emplazamiento de “industrias fabriles” a 2.000 metros del núcleo más próximo de población agrupada (artículo 4 RAC)**

El TS sigue dando vueltas a la aplicación de este precepto como venimos destacando en anteriores revistas. En el caso resuelto en la **Sentencia de 29 de septiembre de 2000**, Ar. 8448, viene a ratificar que la calificación de industria fabril se alcanza siempre que se refiera a un proceso industrial como es el de galvanización de cubiertas para uso industrial. Calificación que como sostenía la sentencia de instancia impide la instalación de una industria en aplicación del art. 4 del RAC. Sin que la excepción que permite el art. 15 del Reglamento, con el informe favorable de la Comisión de actividades de la Comunidad Autónoma, vincule absolutamente al Ayuntamiento, aun cuando en caso de discrepancia entre ambas administraciones el Ayuntamiento deberá motivar su resolución. Pero esta discrepancia no merma las potestades de la entidad municipal para resolver en uno u otro sentido como prevé la Orden de 15 de marzo de 1963 (FJ 1º).

Por otro lado, como también destaca el TS en la citada sentencia, la permisión de usos industriales del suelo por el plan aplicable no implica necesariamente que el Ayuntamiento deba autorizar la instalación de actividades molestas. Pues aun cumplidas las prescripciones urbanísticas el Ayuntamiento tiene potestad para denegar la licencia por motivos distintos de los urbanísticos basándose en el RAC. Dado que la legislación urbanística y el RAC tienen objetos en parte distintos ya que los bienes jurídicamente protegidos son de carácter diferente (FJ 4º).

La **Sentencia de 26 de octubre de 2000**, Ar. 9026, coincidiendo y disintiendo a la vez con otras anteriores, y tras reconocer que el término “industria fabril” es ciertamente metajurídico y susceptible de diversas interpretaciones, acude a la definición que de industria y del término fabril hacen el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española y el Ideológico de Julio CASARES para llegar a la conclusión de que una simple actividad de matadero de reses de ovino y vacuno, sin ulterior proceso de transformación de ese producto cárnico, no puede ser calificada como industria fabril y que por tanto no le es aplicable la distancia de 2.000,metros a núcleo urbano que fija el art. 4 del RAC.

Finalmente la **Sentencia de 5 de diciembre de 2000**, Ar. 10092, reconoce (FJ 4º) que el ejercicio de una industria fabril de montaje de un vertedero de residuos sólidos no ofrece dudas sobre su carácter insalubre, debiendo ser instalada en consecuencia a una distancia de 2.000 metros del núcleo habitado más próximo, siendo necesario que concurieran motivos específicos para justificar la suavización de dicha medida.

**C) Las dos fases de la Licencia de actividades clasificadas en el RAC: la licencia de instalación (artículos 29 a 33 RAC) y la comprobación (artículo 34 RAC) y autorización definitiva (apertura o funcionamiento, artículo 6 de la Instrucción de 15 de marzo 1963)**

El Ayuntamiento de Zaragoza, haciendo una interpretación *sui generis* del sistema de otorgamiento de la licencia de actividades regulada en los arts. 29 a 34 del RAC y concordantes de la Instrucción para su aplicación de 15 de marzo de 1963, ha regulado en sus ordenanzas la división de dicho procedimiento en dos licencias, la de instalación y la de apertura. Sistema que induce a confusión cuando además la ordenanza otorga a la primera la denominación de licencia urbanística o de instalación. El TS en su **Sentencia de 20 de septiembre de 2000**, Ar. 8438, deja claro que estamos, en el caso de la denominada por el Ayuntamiento licencia de apertura, en la fase de comprobación del art. 34 del RAC, y que no debe confundirse con la licencia de apertura del RSCL, siendo de aplicación, entre otros aspectos, a los efectos del silencio positivo el sistema diseñado en el art. 33 del RAC.

**D) El informe del artículo 7.2 del RAC, carácter vinculante o no. Informe recurrible cuando es vinculante**

El informe del art. 7.2 del RAC es vinculante cuando implique la denegación de licencias o la imposición de medidas correctoras, siendo entonces recurrible directamente como ratifica el TS en su **Sentencia de 17 de octubre de 2000**, Ar. 9361, al entender que no se trata en este caso de un simple acto de trámite (FJ 1º).

Sin embargo, dicho informe carece de carácter vinculante para el Ayuntamiento cuando sea favorable al otorgamiento de la licencia, quedando éste libre para otorgar o denegar dicha licencia conforme a derecho corresponda. Doctrina tradicional confirmada por el TS en su **Sentencia de 5 de diciembre de 2000**, Ar. 10092, (FJ 2).

**E) La interrelación entre la licencia de obras y la de actividades: artículo 22.3 del RSCL**

La prelación a favor de la licencia de actividades establecida en el art. 22.3 del RSCL no es causa de denegación de la licencia de obras sino que lo procedente es la necesaria tramitación previa de la licencia de actividad como reitera el TS en su **Sentencia de 24 de marzo de 2000**, Ar. 10363, en relación a una estación de servicio o gasolinera (FJ 7º). Es decir que dicha prelación no determina la anulación de la licencia de obras concedida con anterioridad cuando ambas licencias resulten procedentes.

Por otro lado la **Sentencia de 3 de noviembre de 2000**, Ar. 8386, reconoce que en el plano de la causalidad física, puramente física, es evidente que cuando la licencia de apertura va precedida de una licencia de obras, la imposibilidad de obtener la licencia de obras determina *per se* la imposibilidad de obtener la licencia de apertura.

**F) Modificación del proceso productivo con posterioridad al otorgamiento de la licencia**

No resulta conforme a derecho la orden de cese de plano en la utilización de elementos del proceso industrial que habían sido renovados con posterioridad al otorgamiento de la licencia de actividades, y esto a pesar de no haber sido solicitada nueva licencia tras su renovación como era procedente. Lo procedente, conforme manifiesta el TS en la **Sentencia de 21 de septiembre de 2000**, Ar. 8439, hubiera sido formular a la industria un requerimiento para que legalizase la situación y no dictar la orden de cese respecto a la utilización de esos elementos sin audiencia previa del interesado, al tratarse de una factoría que se encontraba en funcionamiento desde hacía largos años y que disponía de las autorizaciones correspondientes. Resulta de aplicación el art. 36 del RAC y no el 35 (FJ 2º).

**G) Medida cautelar administrativa de suspensión de la actividad de un salón recreativo de juegos por no corregir el exceso de ruidos producido en su funcionamiento**

El TS califica de medida cautelar de inaplazable aplicación la suspensión de funcionamiento de un salón recreativo que producía un nivel constante de ruidos de 41 db (A) y en momentos aislados hasta 56 db (A) cuando la Ordenanza municipal establecía el límite en 35 db (A) de día y 30,db (A) de noche. Considerando que se trata de una intensidad sonora suficiente para justificar la medida provisional en tanto no se adoptaran las pertinentes medidas de insonorización. Para el Alto Tribunal la suspensión adoptada era idónea para evitar el daño y guardaba relación de adecuación con la finalidad a la que responden los preceptos legales que prevén la medida cautelar (FJ 3º) (**Sentencia de 23 de octubre de 2000**, Ar. 10458).

**H) No es procedente la suspensión cautelar de la orden de clausura y cese de la actividad de oficina de correos que carece de licencia de actividad e instalación**

La mera prestación del servicio de correos no libera de la necesidad de que dicha actividad se sujete al régimen general de previa licencia propio de todas las actividades que la necesiten como manifiesta el TS en su **Sentencia de 13 de diciembre de 2000**, Ar. 10555. Además la ausencia de dicha licencia, como dirá el mismo Tribunal, impide que se pueda alegar la doctrina sobre la apariencia de buen derecho a favor de la suspensión del acto impugnado que ordenaba la clausura y cese de dicha actividad por carecer de licencia (FJ 2º). Cuanto más cuando no se ha acreditado la concurrencia de perjuicios de difícil o imposible reparación y el servicio puede llevarse a cabo en otros locales o solicitando licencia.

**I) La medida cautelar de suspensión judicial de la ejecutividad de los actos administrativos impugnados**

**a) No ha lugar a la suspensión de la orden de cese y clausura de la actividad de bar decretada por el Ayuntamiento de Zaragoza**

Así lo confirma el TS al resolver el recurso de casación interpuesto contra el auto de la Sala del TSJ de Aragón que había denegado la petición de suspensión de la orden de cese de la actividad al tratarse de una actividad para la que se carecía de licencia. Entiende el Alto Tribunal que existe un interés público en que se lleve a cabo la ejecución del acto admi-

nistrativo impugnado ya que se ejerce una actividad que no ha sido expresamente autorizada y este interés no debe posponerse porque tampoco concurren perjuicios de imposible o difícil reparación y por cuanto los perjuicios económicos y de trabajo alegados son perfectamente evaluables (FJ 2º) (Sentencia de 11 de octubre de 2000, Ar. 10004).

**b) Denegación por el Tribunal de la petición de suspensión de las ordenes de cierre, clausura y precinto de vertedero de residuos tóxicos y la de ejecución de la anterior**

Las órdenes cuya suspensión se solicita en la vía judicial vinieron precedidas de la declaración de caducidad de licencia de actividad y funcionamiento del citado vertedero de residuos tóxicos. El TS se basa para rechazar tal petición en que no se da en este supuesto los requisitos que permitirían la aplicación de la doctrina sobre la apariencia de buen derecho al entender que los actos recurridos reúnen los requisitos indispensables para decidir que “aparentemente” son conformes a derecho. Así se ha respetado el procedimiento, no se justifican perjuicios de difícil o imposible reparación ni que los intereses privados sean de una entidad superior a los que la resolución impugnada, cierre de una actividad, trata de servir (Sentencia de 11 de diciembre de 2000, Ar. 9996).

**J) Licencias provisionales tras la calificación de la actividad**

El TS reitera la posibilidad que permiten los arts. 33.2 del RAC y el 6 de la Ley 42/1975, de residuos sólidos urbanos, de otorgar licencias temporales, provisionales o en precario tras la calificación de una actividad, en este caso para vertedero de residuos, por la Comisión de Actividades Clasificadas. Recuerda la doctrina sentada a estos efectos y que se concreta en que (FJ 2º): no ofrezca dudas su carácter provisorio, que su otorgamiento no obstaculice la ejecución del planeamiento, que su realización aparezca justificada, que se acepte expresamente la condición de que cuando el Ayuntamiento lo solicite habrá de ser demolida la obra sin derecho a indemnización y el deber de inscribir en el Registro de la Propiedad tanto la autorización como la aceptación de dichas condiciones (Sentencia de 5 de diciembre de 2000, Ar. 10092).

**4. IMPACTO AMBIENTAL. LOS PRINCIPIOS DE LIBERTAD DE EMPRESA, SEGURIDAD JURÍDICA E IGUALDAD SE ENCUENTRAN RESTRINGIDOS CUANDO PUEDA LESIONARSE EL INTERÉS GENERAL EN LA DEFENSA DEL MEDIO AMBIENTE**

El TS en la Sentencia de 29 de noviembre de 2000, Ar. 9872, desestima el Recurso de Casación interpuesto contra la sentencia de la Sala de la Contencioso-Administrativo del TSJ de Aragón por la que se desestimó a su vez el recurso interpuesto contra la resolución de la Diputación General de Aragón en la que se declaraba procedente el sometimiento a evaluación de impacto ambiental del proyecto de “planta de tratamiento de los residuos de fabricación de lindano” y se condicionaba su puesta en marcha a una práctica de prueba controlada de funcionamiento además de a la obtención de las autorizaciones precisas que se enumeran en el FJ 1º.

### XIII. Medio Ambiente

Pues bien, a los efectos de este comentario nos interesa destacar las limitaciones que en el fundamento jurídico 3º se señalan a los principios de libertad de empresa, seguridad jurídica e igualdad de los que se niega su carácter absoluto, y cuya aplicación, a decir del tribunal y es obvio, se encuentra restringida cuando se pueda lesionar válidamente el interés general. Situación que se proyecta respecto a la producción de lindano en cuanto se encuentra condicionada por la defensa del medio ambiente. Y que justifica que la decisión originaria de facultar el depósito de residuos en un vertedero determinado fuera alterada al demostrarse que no era el lugar adecuado por afectar al medio ambiente. De tal manera que no se puede constreñir el que se dicte un acto autorizatorio en contra del interés general, representado, en este caso, por la pureza del entorno ambiental.

#### 5. ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS

##### **A) Anulación de medida cautelar de paralización de maquinaria que venía efectuando vertidos en el Parque Natural de las Sierras Subbéticas de Córdoba**

El TS, ratificando la sentencia del TSJ de Andalucía, declara conforme a derecho la anulación de la medida cautelar al considerarla desproporcionada, según informes técnicos aportados en procedimiento penal sobre presunto delito ecológico, e irrelevante a efectos de contaminación, siendo posible su sustitución por otras medidas alternativas (Sentencia de 27 de julio de 1999, Ar. 10104/2000).

##### **B) Anulación del artículo 4.3 y de la DT Segunda del Decreto 149/1989, del Consell de la Generalitat Valenciana por el que se declaraba Parque Natural el Desierto de las Palmas**

En la Sentencia de 25 de febrero de 2000, Ar. 10114, se confirma el criterio de la de instancia en cuanto consideró nulos los apartados a) y b) del art. 4.3 y la DT Segunda de dicho Decreto por entender que su contenido se excedía del que debe corresponder a un Decreto declarador de un Paraje Natural, en virtud de la configuración de esta figura de protección en la Ley 5/1988, por la que se regularon los Parajes Naturales de la Comunidad Valenciana. Ya que se establecían como contenido propio del Decreto determinaciones que debieron haber sido incluidas en un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales o en el Plan Rector de Uso y Gestión del Paraje Natural o en un Plan Especial (FJ 3º). Se trataba, según parece desprenderse del FJ 4º de la sentencia de “instrumentos de ordenación” con capacidad normativa suficiente para imponerse y vincular a todos los demás y, entre ellos, a los planes municipales, facultad de obligar que sólo puede derivar de los planes arriba mencionados pero no de un Decreto declarativo de un Paraje Natural.

#### 6. PROTECCIÓN DE LA FLORA. DENEGACIÓN DE TALA DE ENCINAS EN UN ESPACIO NATURAL NO PROTEGIDO

La Sentencia de 10 de octubre de 2000, Ar. 8455, ratificando el criterio de la del TSJ de Castilla-La Mancha recurrida, va a confirmar la denegación de la solicitud de autorización de corta de encinas en un espacio natural no protegido atendiendo a las caracterís-

ticas de la especie vegetal, el peligro de extinción y la singularidad del emplazamiento en el aspecto paisajístico. Incidiendo en el hecho de que porque una zona determinada no haya sido objeto de especial protección, declarándola espacio natural protegido, no impide que en adelante pueda serlo, y la Administración pueda adoptar las medidas pertinentes para su conservación y sobre todo para evitar su desaparición (FJ 4º).

## 7. MINAS

### A) Suspensión provisional de actividades, por carecer de licencia municipal

En relación con esta materia, hay que mencionar en primer lugar la **STS de 16 de marzo de 2000**, Ar. 10115, que confirma la Sentencia de instancia y estima que fue correcta la suspensión provisional de las actividades en una explotación minera, decretada por la Administración autonómica andaluza, hasta tanto no se obtuviera licencia municipal de actividades, o se acreditara esta circunstancia, tras ser adoptadas y establecidas las medidas correctoras oportunas. Se aplicó el artículo 142.1, en relación con el art. 2.3, del Reglamento de minas de 1978 (RD 2857/1978), en relación con el artículo 116.1 de la Ley de minas de 1973. Por último, se estima correcta la sustitución de la actuación del Alcalde por la Administración autonómica, pues aquél no adoptó las medidas oportunas (arts. 38 y 39 del Reglamento de actividades clasificadas de 1961).

### B) Vertidos en concesión minera: irrelevancia de los daños al medio ambiente

Por otra parte, en la **STS de 27 de marzo de 1999**, Ar. 10103 (2000), se confirma la Sentencia del TSJ andaluz, que estimó el recurso interpuesto contra la decisión de la Administración autonómica de paralizar la maquinaria que venía realizando vertidos en la explotación de una concesión minera. La Administración consideró que se había producido una infracción tipificada en la Ley 2/1989, de espacios naturales protegidos, en relación con la normativa autonómica andaluza sobre esta materia (pues la explotación se encontraba en un Parque Natural). A juicio del TS, la medida adoptada por la Administración fue desproporcionada, pues de los informes técnicos existentes se desprende que pudieron adoptarse medidas menos perjudiciales para el titular de la explotación minera (que, por cierto, era de caliza).

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. 3. Denominaciones de origen. 4. Energía.**

A) Derechos de acometida en las instalaciones eléctricas y competencias autonómicas.

B) Suministro de energía eléctrica. Medición. C) Suministro de energía eléctrica. Tarifas.

**5. Industria. A) Actividad de fomento. B) Seguridad industrial. 6. Iniciativa pública**

**económica. 7. Liberalización. Correos y telégrafos. 8. Pesca. A) Distribución de compe-**

**tencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. B) Ayudas a la flota artesanal.**

**9. Ordenación general de la economía. Contención del gasto público. Retribuciones de**

**los empleados públicos. 10. Precios. A) Medicamentos. B) Política de precios y potestad**

**tarifaria. 11. Seguros. 12. Servicio público. 13. Transportes. A) Concesión de transporte**

**por carretera a Renfe. Derecho de tanteo. B) Nulidad de modelo tipo de pliego de con-**

**diciones. C) Ampliación de título concesional. 14. Tribunal de Defensa de la Competencia.**

A) Recomendación colectiva. Prima del seguro del automóvil. Utilización de estadísti-

cas. B) Concurso público. Identidad de ofertas. Acuerdo de no participar en concurso.

INSERSO. Programa de vacaciones. Principio de confianza legítima.

C) Publicidad de bebidas alcohólicas. Autorregulación. Autorización singular.

D) Universidad. Escuelas náuticas privadas. Competencia desleal. E) Sociedad participa-

da. Venta de billetes de transporte aéreo. Solicitud de autorización. No incurso en las

prohibiciones de la LDC.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

En el presente número se han examinado las Sentencias del Tribunal Constitucional comprendidas entre la 1/2001, de 15 de enero, y la 94/2001, de 2 de abril, las Sentencias del Tribunal Supremo incluidas en los cuadernos del repertorio Aranzadi núms. 33 a 42, y las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de octubre a diciembre de 2000.

## 2. AGRICULTURA

Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

La **STC 45/2001, de 15 de febrero**, 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. Después de inadmitir algunos de los conflictos y de declarar que otros han perdido total o parcialmente su objeto –varios provienen del año 1991– el Tribunal Constitucional acaba por aplicar como título preferente el de las competencias autonómicas en materia de ganadería frente al estatal de ordenación general de la economía.

En efecto, en el caso enjuiciado se aprecia que la asignación individual –función ejecutiva– de las cantidades de referencia para cada productor o comprador dentro de las que corresponden a la Comunidad Autónoma, a través de un procedimiento reglado y con criterios preestablecidos rigurosamente por normativa comunitaria y estatal básica, no incide de manera directa y significativa sobre la actividad económica general. De modo que corresponde a la competencia autonómica dicha resolución, mientras que sí pertenece al Estado la resolución de las asignaciones correspondientes a la cantidad que procede de la reserva nacional.

El Tribunal aprecia las alegaciones basadas en que se ha producido en el sector una evolución positiva de la cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que favorece el ejercicio por éstas de competencias de ejecución.

## 3. DENOMINACIONES DE ORIGEN

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco estimó el recurso interpuesto por el Consejo Regulador Denominación de Origen Rioja contra 153 resoluciones del Departamento de Agricultura y Pesca del Gobierno Vasco por infracción de la normativa en materia de denominaciones de origen. Interpuesto recurso por el Gobierno Vasco, la **STS de 20 de septiembre de 2000**, Ar. 9353, desestima el recurso. En la sentencia desestimatoria se abordan dos cuestiones de interés.

En primer lugar, y con el fin de pronunciarse sobre la cuestión relativa a su legitimación para recurrir, se analizan la naturaleza y las competencias del Consejo Regulador de la Denominación de Origen Rioja. Examinadas las competencias del Consejo Regulador y el régimen de distribución competencial entre el Estado y la Comunidad Autónoma del País Vasco a la luz de la jurisprudencia constitucional, el Tribunal Supremo concluye que el Consejo Regulador está legitimado para impugnar las órdenes del Gobierno Vasco. Legitimación que deriva de la afirmación de que no existe una relación de tutela entre el Gobierno Vasco y el Consejo Regulador.

## XIV. Derecho Administrativo Económico

En relación al mismo tema, por lo que hace referencia al órgano que debe conocer del recurso, el Tribunal Supremo sostiene que las resoluciones del Consejo Regulador deberían impugnarse ante la Dirección General de Política alimentaria del Estado, lo que se desprende también de la singular posición del Consejo Regulador como órgano desconcentrado de la Administración estatal.

Resuelta esta cuestión, que ocupa la parte central y más extensa de la sentencia, se rechaza la alegación de fondo consistente en la existencia de exceso de jurisdicción en la sentencia recurrida. Exceso de jurisdicción que, según el recurrente, se produjo al pronunciarse el TSJ sobre la distribución constitucional de competencias entre el Estado y el País Vasco, materia que estaría reservada al conocimiento del Tribunal Constitucional.

Sobre este punto el Tribunal Supremo reitera su doctrina al respecto (entre otras, STS de 11 de octubre de 1999, Ar. 7720), según la cual en los conflictos de competencia entre las CCAA y el Estado, la Administración general del Estado está legitimada para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa o al Tribunal Constitucional, siempre que en este último caso se pretenda la declaración de la titularidad de la competencia controvertida.

En base a dicha argumentación, se desestima el recurso, al entender el TS que las resoluciones de la Consejería de Agricultura del País Vasco fueron correctamente anuladas, al haberse dictado por órgano incompetente. Incompetencia debida al hecho de resolver el órgano autonómico sobre la actuación de un Consejo Regulador que por su ámbito territorial (La Rioja, País Vasco, Navarra y un enclave de Castilla y León) debía estar sometido al control de un órgano estatal. Además, se añade, la competencia revisora sobre los actos de este Consejo Regulador no fue objeto de traspaso en el correspondiente Real Decreto de traspasos.

La STS de 14 de noviembre de 2000, Ar. 10062, reitera la doctrina anterior en relación a un conflicto prácticamente idéntico, en el que se reprodujeron los motivos de oposición frente a una Sentencia del TSJ del País Vasco que anuló diversos acuerdos del Consejo de Agricultura y Pesca del Gobierno Vasco.

### 4. ENERGÍA

#### A) Derechos de acometida en las instalaciones eléctricas y competencias autonómicas

Impugnada la Orden de la Consellería de Industria, Comercio y Turismo de la Generalidad Valenciana de 27 de marzo de 1991 sobre extensión de redes eléctricas, el recurso fue desestimado en primera instancia. Recurrida la sentencia en casación, es igualmente desestimado el recurso por Sentencia de 24 de octubre de 2000, Ar. 8176.

El recurso casacional se fundamenta en la existencia de vicios competenciales, al entender que la regulación de los derechos de acometida vulnera las competencias estatales en materia de energía y urbanismo.

El Tribunal Supremo, con expresa cita de su Sentencia de 27 de noviembre de 1995, Ar. 8870, en la que ya se abordó esta misma cuestión, desestima el recurso al entender que la orden impugnada se dicta en ejercicio de las competencias autonómicas en la materia, al respetar los principios básicos en materia de ordenación económica y las reglas de ordenación urbanística establecidas en el Decreto Legislativo 1/1992.

#### **B) Suministro de energía eléctrica. Medición**

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 2 de noviembre de 2000, Ar. 9858, interpreta el artículo 46 del Reglamento de Verificaciones Eléctricas de 12 de marzo de 1954 que regula los supuestos de error de medición.

El problema que se plantea afecta a un supuesto de error negativo, esto es, el caso en que los consumos hayan sido mayores a los que hubiera señalado el contador del usuario. El conflicto surge al no estar tal supuesto previsto en la norma de referencia.

Para el Tribunal Supremo la solución debe encontrarse en la aplicación analógica del citado artículo 46, que sí regula el error positivo, esto es, el caso de consumos menores de los señalados. Como consecuencia el usuario deberá abonar a la suministradora la diferencia pecuniaria correspondiente a lo recibido y no pagado, con un plazo de seis meses para la prescripción de la deuda.

#### **C) Suministro de energía eléctrica. Tarifas**

La cuestión objeto del litigio resuelto por la STS de 10 de mayo de 2000, Ar. 10121, consistía en determinar si procedía o no la facturación en base al doble término de potencia en el suministro en alta a ENAGAS por las líneas 1 y 2, estando reservada esta última sólo para el caso de fallo de la línea 1.

Precisando lo que acaba de exponerse, la entidad recurrente entendía que dentro de la estructura binomia de la tarifa, en el caso de suministro por la línea 2, por fallo de la línea 1, sólo procedería facturar por la energía, pero no por la potencia.

Para el Tribunal Supremo, dado que el suministro complementario se contrata también por una determinada potencia, procede facturar por este concepto. La segunda línea, añade, se disfruta en base a una disponibilidad permanente de potencia, y por ello debe incluirse este concepto en la factura.

### **5. INDUSTRIA**

#### **A) Actividad de fomento**

La STS de 21 de julio de 1999, Ar. 10101 del año 2000, se añade al conjunto de sentencias que tienen como objeto la impugnación de los acuerdos de la Comisión Delegada

del Gobierno para Asuntos Económicos, por lo que se exige la devolución de cantidades entregadas en concepto de subvención dentro de una Zona de Promoción Económica.

Acreditado el incumplimiento de las condiciones establecidas (en este caso, falta de acreditación de las inversiones), se desestima el recurso y se confirma el acto impugnado.

#### **B) Seguridad industrial**

La impugnación, por parte de una determinada entidad privada, de la denegación de su inscripción en el Registro General de Entidades de Inspección y Control Reglamentario (impugnación desestimada y recurrida en casación), ha permitido al Tribunal Supremo volver a pronunciarse sobre la naturaleza de la relación jurídica existente entre la Administración y las entidades privadas que ejercen funciones de autoridad en materia de seguridad industrial. El nuevo pronunciamiento se contiene en la STS de 17 de noviembre de 2000, Ar. 9136.

La citada sentencia analiza en primer lugar el contenido de algunos preceptos del RD 1407/1987 en materia de Entidades de Inspección y Control Reglamentario en materia de seguridad de los productos, si bien en este punto la sentencia posee escaso interés, al haber sido derogado el citado RD por el RD 2200/1995, de 28 de diciembre.

Mayor interés posee, sin duda, la segunda parte de la sentencia, en la que se entra a analizar la relación jurídica existente entre la Administración y las entidades que ejercen la actividad de inspección y control de los productos, equipos e instalaciones industriales.

En relación con esta cuestión, el Tribunal Supremo, por un lado, rechaza la alegación del recurrente consistente en afirmar que la regulación del acceso a esta actividad por Real Decreto supone vulnerar el principio de reserva de ley contenido en el artículo 53 CE. Para el Tribunal Supremo “al regular este tipo de entidades por el Real Decreto 1407/1987 no está desarrollando ni limitando el derecho a la igualdad ni la libertad de empresa. El texto reglamentario fija las condiciones generales y requisitos –a todos aplicables sin discriminación alguna– a los que han de atenerse aquellas empresas que libremente deseen colaborar con la Administración en las tareas de inspección y control de los productos, equipos e instalaciones industriales. No cercena ni limita la libertad que toda empresa tiene para ofrecer a los demás la prestación privada de estos servicios en los términos y condiciones que ella misma desee o pacte. Se limita a establecer un determinado régimen, de voluntaria aceptación, para las empresas que aspiren a lograr un *status* administrativo singular como es el de colaboradoras con los poderes públicos en el ejercicio de las funciones –también públicas– de control de la seguridad industrial. En el diseño normativo de este régimen jurídico el titular de la potestad reglamentaria no desarrolla ni limita, insistentemente, los derechos fundamentales citados por la sociedad recurrente, por lo que la invocación de la reserva de ley exigida por el artículo 53.1 de la Constitución es inapropiada”.

Por otra parte, la alegación de la existencia de una vulneración del artículo 9 de la Ley de Contratos, da pie al Tribunal Supremo a entrar a examinar en detalle la naturaleza de esta

relación jurídica a la que venimos haciendo referencia. Concretamente la entidad recurrente sostiene que el Real Decreto impugnado establecía una limitación para contratar con la Administración no prevista en la ley contractual, por lo que dichas limitaciones debían considerarse nulas por contravenir una norma de rango superior.

El Tribunal Supremo rechazará esta alegación al establecer que la relación de las empresas con la Administración se articula en base a la técnica autorizatoria, y no en razón de un contrato. Así, afirma el TS que “las entidades obtenían una autorización para colaborar con la Administración –en los términos ya expresados– tras el reconocimiento administrativo de que ellas mismas cumplían los requisitos objetivos que la norma (el artículo 8 del Real Decreto 1407/1987) exigía en orden a su idoneidad; requisitos de competencia, imparcialidad, solvencia, medios humanos y técnicos que condicionaban la inscripción en el registro correspondiente como medio público mediante el que se expresaba la respuesta administrativa a su voluntaria solicitud. Requisitos que, a su vez, vienen justificados por la importancia de la actividad certificante en relación con la magnitud de los riesgos potenciales que para toda la colectividad suponen las actividades industriales”.

Por último, citando la STS de 13 de octubre de 1997, Ar. 7439, recuerda, a mayor abundamiento, que en todo caso la relación contractual estaría excluida de la LCAP, al constituir un convenio de colaboración del artículo 2.7 de la citada ley contractual.

## 6. INICIATIVA PÚBLICA ECONÓMICA

La STS de 2 de octubre de 2000, Ar. 8853, se enfrenta frontalmente a la cuestión relativa al alcance de la iniciativa pública económica. El motivo que da lugar a las consideraciones del Tribunal es la modificación de los Estatutos del Instituto Valenciano de Vivienda, SA con la inclusión en el objeto social de la entidad de la actividad de rehabilitación y promoción de viviendas públicas y privadas. El conflicto lo plantea el hecho de la referencia a las viviendas privadas. Para el Tribunal de primera instancia “el término genérico con que se define el nuevo objeto social, rehabilitación y promoción de viviendas, en especial las de protección oficial tanto las de promoción pública como privada, impide que su interpretación literal permita garantizar que tales actividades vengan referidas exclusivamente al campo de la vivienda social y protegida, único que vendría amparado por los preceptos constitucionales y legales antes citados, con exclusión de tales intervenciones en el sector de la vivienda libre, ajena actualmente a la intervención protectora de los poderes públicos prevista en la Constitución y plenamente sujeta a las influencias de los factores económicos de la oferta y la demanda. Por ello, no cabe estimar que el ejercicio de tales facultades venga ceñido a las materias que son de la competencia de la Generalidad Valenciana, sino que posibilita la presencia de la sociedad pública en sectores ajenos a dicha competencia, siendo de estimar las reservas formuladas por la recurrente en orden a que tal intervención puede alterar las reglas de la libre concurrencia, aspecto este que la memoria no explica ni trata de poner a salvo justificando la medida innovadora de la ampliación del objeto social”.

## XIV. Derecho Administrativo Económico

El Tribunal Supremo rechaza en primer lugar la alegación del Abogado de la Generalidad Valenciana relativa a la existencia de exceso de jurisdicción, por el hecho de haberse pronunciado la Sala de lo contencioso-administrativo sobre una cuestión mercantil. El Tribunal reitera en este punto la doctrina sobre la separabilidad de los actos de una misma Administración, unos sometidos al derecho administrativo, los relativos a la constitución de la sociedad y de aprobación o modificación de Estatutos, y otros al derecho privado, los relativos al giro o tráfico de la sociedad por medio de los que se relaciona con particulares.

Entrando en la cuestión de fondo, el TS se apoya en el antecedente de la STS de 17 de junio de 1998, Ar. 4770, en la que se enjuiciaron los Estatutos de la Sociedad municipal de Actuación Urbana, así como en la doctrina contenida en las SSTS de 29 de septiembre de 1992, Ar. 6988, y 30 de septiembre de 1991, Ar. 7644. En base a estos antecedentes y doctrina el recurso será estimado.

El Alto Tribunal estima que no es exigible acreditar la inexistencia de iniciativa económica privada para poder intervenir en el proceso de rehabilitación y promoción de viviendas, pudiendo crearse sociedades urbanísticas públicas tanto para la promoción de VPO como de otro tipo de viviendas.

Tampoco se aprecia que exista vulneración de las reglas de la competencia, ya que según lo establecido en el precepto estatutario impugnado no se desprende que se vulneren las normas estatales ni comunitarias en la materia, por lo que no procede hacer un juicio de futuro al respecto.

Por último, el necesario fin público de la actividad queda acreditado en los términos en los que lo hizo la citada STS de 29 de septiembre de 1992: “el artículo 25.d) de la LBRL considera, en todo caso, competencia municipal la promoción y gestión de viviendas, y sabido es que los servicios públicos locales, que son todos aquellos que tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades Locales, pueden gestionarse de forma directa, entre las que se incluye en el artículo 85.3.c) de la misma Ley, la Sociedad Mercantil, cuyo capital social, como ocurre en el presente caso, pertenezca íntegramente a la Entidad Local”, añadiéndose en este mismo considerando que “el hecho de que las viviendas en cuestión no estuvieran sujetas al régimen legal especial de Viviendas de Protección Oficial en nada afecta al carácter social de las mismas, si, como hemos dicho, su construcción obedece a su posterior ofrecimiento a personas de bajos niveles de renta”.

### 7. LIBERALIZACIÓN. CORREOS Y TELÉGRAFOS

El proceso de liberalización de servicios públicos tradicionales se ha debido llevar a cabo en el marco de lo dispuesto por la normativa comunitaria, que ha impulsado dicho proceso.

La aprobación del Estatuto de la Entidad pública empresarial Correos y Telégrafos se enmarca dentro de este proceso de liberalización, marcado por la necesidad de separar la actividad de la entidad nacional reguladora de la entidad prestadora del servicio. Al impugnarse el RD 276/1998, de 16 de febrero, por el que se aprobó el citado Estatuto, el Tribunal Supremo tuvo ocasión de examinar la adecuación del mismo a la normativa comunitaria (Directiva 97/67/CE), analizando de forma particular si se respetaba o no la separación entre regulador y regulado. De ahí la importancia de la Sentencia de 26 de enero de 2000, Ar. 10108.

La Directiva comunitaria que va servir de parámetro para enjuiciar la legalidad del Real Decreto impugnado establecía como principio rector “que es importante, tanto para el buen funcionamiento del servicio universal como para el funcionamiento de una competencia sin distorsiones en el sector no reservado, que exista una separación de las funciones de reglamentación, por una parte, y de explotación, por otra; que ningún operador postal debe ser al mismo tiempo juez y parte; que corresponde al Estado miembro la definición del estatuto de una o más autoridades nacionales de reglamentación que pueden ser una autoridad pública o una entidad independiente designada a tal fin”. El principio se concreta en una serie de reglas organizativas en el artículo 22 de la propia norma comunitaria.

A partir de este marco normativo de referencia, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 26 de enero analiza si la estructura de la EPECT respeta o no los principios y los preceptos de la Directiva 97/67/CE. En definitiva, examina la relación entre la autoridad nacional de reglamentación del sector postal y el operador postal al que se encomienda la prestación del servicio universal.

El Tribunal, para resolver la cuestión que se le plantea, destaca como cuestión primordial que el problema que debe resolver “se conecta no tanto con el mero dato de quién sea designado como titular del órgano, sino más bien, con el haz de atribuciones o facultades que directa o indirectamente se ligen a esa titularidad” (por ello, al amparo del artículo 43.2 de la LJCA sometió a consideración de las partes esta cuestión, esto es, si la vulneración de la exigencia de independencia funcional establecida en la Directiva viene o no determinada por el conjunto de previsiones del RD 176/1998 referidas a la organización y funcionamiento de la EPECT).

Para el Tribunal, el artículo 16.1 de los Estatutos impugnados, en la medida en que atribuye la presidencia de la EPECT al Ministro de Fomento, quien podrá delegar en el Secretario General de Comunicación, no vulnera directamente la Directiva. Lo relevante es conocer si el conjunto de atribuciones que se atribuyen al Presidente en el mismo Estatuto lo colocan en una posición de dominio que vulnera la separación exigida entre autoridad de regulación y ente prestador del servicio.

La conclusión a la que se llega tras el examen de los Estatutos en su conjunto, es que el artículo 16.1 impugnado, por conexión con los otros preceptos estatutarios, es contrario

a la Directiva. Así, se afirma que “lo dispuesto en aquel artículo 16.1, por razón, se repite, de lo que a él adhieren las restantes normas consideradas, determina ciertamente la conculcación de la independencia funcional exigida por el artículo 22 de la Directiva; pues esta independencia queda seriamente comprometida, con riesgo de no ser real, cuando la autoridad nacional de reglamentación, a la que corresponden, y pueden corresponder en buena lógica facultades como las ya señaladas de, entre otras, otorgamiento de los títulos habilitantes para la prestación de los servicios postales, resolución de controversias entre operadores y usuarios y entre los propios operadores, determinación de los daños causados al operador prestador del servicio universal por la actuación de otros operadores, inspección de los servicios postales o aplicación del régimen sancionador en el ámbito, ocupa al mismo tiempo en uno de dichos operadores una posición jurídica que, sintetizando ahora lo que resulta de aquellas otras normas, le faculta para presidirlo y, por razón de esta presidencia, para presidir su Consejo de Administración, dirigiendo sus deliberaciones y tareas con voto de calidad, pudiendo además recibir por delegación competencias de éste y, en determinados casos, adoptar en unión de otro órgano nombrado a propuesta suya las decisiones reservadas a la competencia de dicho consejo, que le faculta para decidir en todas aquellas cuestiones no reservadas al Consejo o a ese otro órgano nombrado a propuesta suya; y que le faculta, incluso, para decidir libremente sobre el nombramiento y cese de los miembros del Consejo de Administración. Puede así acontecer, sin duda, que aquella autoridad nacional de reglamentación, al tomar las decisiones que como tal le correspondan, en temas como, por ejemplo, controversias entre operadores, daños causados por éstos al operador que preside, aplicación a éste del régimen sancionador en la materia, etc., resulte influenciada por posturas o acuerdos de este operador a cuya toma o adopción haya contribuido, directa o indirectamente, en el desenvolvimiento de la posición y funciones que ocupa y desempeña en este operador”.

La impugnación de otros preceptos fue desestimada. Merece destacarse la declaración de la validez de la previsión de un régimen de ayudas a favor del operador, régimen que se declara admisible si se acompaña de un sistema de contabilidad transparente en garantía del correcto desenvolvimiento de la competencia en el sector.

### 8. PESCA

#### A) Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas

Una vez más las actividades económicas relacionadas con el sector pesquero han dado pie a una disputa competencial, en esta ocasión con motivo del recurso interpuesto por el Gobierno de la Nación contra la Ley de Pesca de Galicia, Ley 6/1993, de 11 de mayo. El recurso de inconstitucionalidad ha sido resuelto por la **STC 9/2001, de 18 de enero**, que declara la nulidad de varios preceptos de dicha ley autonómica y desestima el recurso en relación con otros. La Sentencia cuenta con un voto particular del Presidente, Sr. Cruz Villalón.

El Tribunal aplica la distinción, elaborada en anteriores Sentencias, desde la 147/1991 hasta la 184/1996, entre otras, entre la materia de “pesca marítima” y “ordenación del

sector pesquero”. La primera es competencia exclusiva del Estado cuando se refiere al mar territorial, zona económica y aguas internacionales, y competencia autonómica si se refiere a aguas interiores, y comprende la regulación de la actividad extractiva, régimen de protección, conservación y mejora de los recursos, etc. De manera que los planes de pesca regulados por la ley autonómica que afectan a las licencias para faenar en aguas internacionales o de terceros países no pertenece a la competencia de la Comunidad Autónoma.

Por el contrario, otras medidas de protección, referidas en la Ley sólo a las aguas interiores, son en efecto de la competencia autonómica por pertenecer a la materia pesca marítima, aunque la ley las califique, imprecisamente, de ordenación del sector pesquero, en cuyo caso, le hubiera correspondido al Estado la competencia de regulación básica. Por otra parte es objeto de discusión el alcance competencial de la materia de “marisqueo”, que de acuerdo con la STC 56/1989, es una “especie” del género “pesca”, y por consiguiente sigue las mismas reglas competenciales.

En cuanto a diversas medidas previstas en la Ley gallega en relación con el régimen de los buques y la autorización de su desplazamiento desde sus bases en Galicia a otras Comunidades Autónomas, el Tribunal Constitucional aprecia la dimensión supraautonómica del tema, no susceptible de abordarse sólo por mecanismos de cooperación entre Comunidades Autónomas. Al contrario, entiende que su regulación forma parte de las bases de ordenación del sector pesquero, de competencia estatal. Por último, la Sentencia admite que la Comunidad Autónoma pueda sujetar a autorización o concesión la instalación o explotación de cultivos marinos, siempre y cuando se obtenga el informe favorable de la Administración del Estado, según dispone la Ley de Costas.

## **B) Ayudas a la flota artesanal**

La STS de 31 de octubre de 2000, Ar. 10046, tiene como objeto la Orden de 19 de enero de 1993 de la Consellería de Pesca, Marisqueo y Acuicultura de la Junta de Galicia sobre concesión de ayudas a la flota artesanal autonómica para el año 1992. La citada Orden fue impugnada por el Abogado del Estado ante el TSJ de Galicia, recurso que en su día fue desestimado.

El recurrente reitera en su recurso casacional el argumento relativo a la sujeción de las ayudas reguladas en la Orden impugnada a la normativa europea, concretamente a los Reglamentos comunitarios 4028/1986 y 3944/1990. El Tribunal Supremo, por su parte, reitera la doctrina establecida en las Sentencias de 9 de diciembre de 1998, Ar. 10277 y 30 de marzo de 1999, Ar. 2854, en supuestos idénticos pero relativos a las Órdenes de 13 de noviembre de 1990 y 10 de enero de 1992. Según dicha doctrina las ayudas previstas en la Orden impugnada, encaminadas a subvencionar la flota artesanal pesquera gallega con aportaciones pecuniarias que las doten de las necesarias medidas de seguridad para la vida de los tripulantes, no pueden encontrarse incluidas en el campo de actuación acotado por los Reglamentos comunitarios.

### 9. ORDENACIÓN GENERAL DE LA ECONOMÍA. CONTENCIÓN DEL GASTO PÚBLICO. RETRIBUCIONES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

Entre las medidas económicas generales dirigidas a contener el gasto público se encuentra el establecimiento por parte del Estado de topes máximos al incremento del volumen global de las retribuciones de los empleados públicos, y ello en virtud de la competencia del art. 149.1.13 CE. Así lo reitera la **STC 62/2001, de 1 de marzo**: las retribuciones concretas no tienen carácter básico del régimen estatutario de los funcionarios, de manera que la legislación autonómica, en este caso la Ley de presupuestos de Aragón para 1993, que supera tales topes no vulnera el art. 149.1.18 CE, pero sí aquellas competencias estatales dirigidas a establecer medidas económicas de carácter general según el citado art. 149.1.13.

Por otra parte, también el principio de coordinación entre las Comunidades Autónomas y la Hacienda estatal previsto en el art. 156 CE exige la acomodación de la actividad financiera de las Comunidades Autónomas a las medidas establecidas por el Estado para conseguir la estabilidad financiera, interna y externa.

### 10. PRECIOS

#### A) Medicamentos

El objeto del recurso que resuelve la **STS de 8 de noviembre de 2000, Ar. 10056**, es el RD 1053/1999, de 18 de junio, por el que se reguló el sistema de precios de referencia en la financiación de medicamentos con cargo a fondos de la Seguridad Social o a fondos estatales afectos a la sanidad. El sistema, sin duda complejo en su regulación normativa, establecía el cálculo del precio de referencia para cada conjunto homogéneo de especialidades farmacéuticas, su periodicidad y la posibilidad de revisión.

En relación con este sistema, los recurrentes centraron su recurso en dos puntos: la incompetencia del Ministro de Sanidad y Consumo, y la previsión normativa de que la revisión sería en todo caso potestativa, al entender el recurrente que en determinados supuestos la revisión debía ser obligatoria.

El primer motivo de impugnación se basó en el hecho de que la ley del medicamento de 1990 atribuye la competencia para aprobar los precios al Gobierno, competencia cuyo ejercicio es irrenunciable, a tenor de lo dispuesto en el artículo 12.1 de la Ley 30/1992.

El Tribunal Supremo, en la sentencia citada, desestimó este argumento con un razonamiento que nos parece discutible, a partir de la referencia a la naturaleza y organización de las Comisiones Delegadas. Concretamente se afirma que “el artículo 1 de la ley 50/1997 considera incluidos dentro de los órganos del Gobierno a las Comisiones Delegadas, cuya estructuración y funciones se desarrollan en el artículo 6 de la misma Ley, previendo el artículo 25 que los acuerdos adoptados en las Comisiones Delegadas de Gobierno se plasmarán a través de Orden firmada por el Ministro competente o el de la Presidencia en el caso de que la competencia correspondiente a varios departamentos

ministeriales. Es evidente, por lo tanto, que al atribuir la aprobación al Ministro de Sanidad y Consumo, como competente en la específica materia, la facultad de aprobar o revisar los precios de referencia previo acuerdo expreso de la Comisión Delegada del Gobierno para asuntos Económicos a través de la cual se sustancia la preceptiva intervención gubernamental en la determinación de los precios de referencia (art. 94.6 de la ley del Medicamento), en absoluto resultan vulneradas las reglas legales sobre competencia objetiva para la aprobación de los mismos”.

En cuanto a la segunda cuestión, el Tribunal estima que la previsión de una revisión potestativa no es arbitraria ni irracional. Deberá estarse, por tanto, a la situación concreta para examinar si procede o no la revisión. Consecuentemente, la previsión normativa se considera ajustada a derecho.

### **B) Política de precios y potestad tarifaria**

En las Sentencias de 19 de septiembre, 7 y 14 de octubre de 2000, Ar. 7975, 8405 y 8409, el Tribunal Supremo vuelve a insistir en la necesidad de diferenciar las potestades de control de precios y el ejercicio de la potestad tarifaria.

En la primera de ellas, y con un valor de mero *obiter dicta*, se diferencia el fondo del asunto, en el que se discutía la legalidad de una revisión tarifaria basada en el desequilibrio económico de la concesión, de la facultad de controlar los incrementos de tarifas del servicio de transporte regular de viajeros. Se reitera la doctrina ya consolidada según la cual puede darse una yuxtaposición de intervenciones en la determinación de la tarifa de un mismo servicio, la derivada de la política de precios y la derivada de la política tarifaria. Pero ambas corresponden a autoridades diversas y tienen fundamentos y finalidades diversas, pues mientras la potestad tarifaria corresponde al titular del servicio y tiene como fin la buena marcha del mismo, la política de precios puede condicionar el ejercicio de aquélla, limitando los incrementos de tarifas en función del interés público de contener la inflación.

En la Sentencia de 7 de octubre de 2000, el Tribunal anula el acuerdo de la Administración autonómica por el que se autoriza un incremento de tarifas superior al propuesto por el Ayuntamiento, ya que ello supone ejercer la potestad tarifaria y no la propia de control de precios. En este sentido se afirma que “la actuación de la Junta de Galicia al incrementar las tarifas por encima de las propuestas por el Ayuntamiento equivale a sustraer a éste la competencia, ejerciéndola más allá de las que se derivan del estricto control de precios, dado que resulta inadmisibles que las facultades asignadas por el legislador para evitar alzas injustificadas de éstos sean utilizadas para elevarlos por encima de las propuestas”.

En la última de las sentencias citadas, la de 14 de octubre de 2000, se reitera de nuevo la doctrina general en la materia, con amplia referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al tratarse de un supuesto en el que se debate la relación entre la compe-

## XIV. Derecho Administrativo Económico

tencia autonómica en materia de transportes y la estatal para fijar los precios en virtud de la competencia sobre ordenación general de la economía. El Tribunal Supremo, diferenciando la potestad tarifaria de la de control de precios, anula la orden autonómica sobre elevación de tarifas de transportes de viajeros al no haber solicitado la autorización preceptiva de la Junta Superior de Precios.

### 11. SEGUROS

El artículo 23.5 de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado, permite a la Administración prohibir el uso de la documentación contractual y técnica que no se ajuste a la legalidad exigida.

En aplicación de dicho precepto el Ministerio de Economía y Hacienda suspendió la utilización de la documentación relativa a una determinada modalidad de seguro al haberse incorporado al producto un “privilegio especial” en su día no notificado a la Administración.

Para la entidad recurrente la Administración debió limitarse a excluir la cláusula relativa al privilegio especial, pero no debió afectar al conjunto de la documentación técnica y contractual.

El **Tribunal Supremo**, en la **Sentencia de 15 de noviembre de 2000**, Ar. 8903, confirmando la sentencia recurrida en casación, desestima el recurso, al estimar que la Administración actuó en el marco de lo previsto en el artículo 23.5 antes citado, ya que la cláusula introducida modificaba la total economía del contrato, por lo que procedía suspender la comercialización de la modalidad contractual hasta tanto se subsanaran las deficiencias detectadas.

### 12. SERVICIO PÚBLICO

Dos sentencias vinculadas al proceso de privatización, entendido este concepto en sentido amplio, han tenido ocasión de replantear el contenido de la noción de servicio público y de servicio esencial reservado al Estado.

En la primera de estas sentencias, **STS de 14 de octubre de 1999**, Ar. 8250 del año 2000, se impugnó el acuerdo del Gobierno autorizando la venta de acciones de Telefónica. Al margen de otras cuestiones que se suscitan en el recurso, se alega por los recurrentes que la venta autorizada comportaba la pérdida de la capacidad real de dirigir desde el sector público un sector estratégico como las telecomunicaciones, lo que vulneraba el artículo 2.1 de la Ley 31/1987 de telecomunicaciones que calificó este sector como servicio esencial de titularidad estatal reservado al Estado.

El Tribunal Supremo desestima el recurso, argumentando que la reducción o supresión de la participación accionarial del Estado en una empresa del sector no le priva de sus

facultades de garante último del servicio, función que podrá ejercer mediante los mecanismos de regulación y control sobre el sector.

De esta forma, el concepto de servicio esencial de titularidad estatal se desvincula de la presencia directa del sector público como gestor directo del servicio, bastando con la presencia reguladora del poder público. Consecuentemente se diluyen los contenidos conceptuales, y se puede llegar a identificar el anterior concepto de la Ley 31/1987 con la nueva configuración de las telecomunicaciones como servicio de interés general que se presta en concurrencia.

En la segunda de las sentencias, **STS de 21 de febrero de 2000**, Ar. 10112, el conflicto afecta a un servicio público singular, el de televisión. En este caso se impugnó el acuerdo del Gobierno autorizando a RTVE para que constituyera a través de TVE, SA la entidad TVE, Temática, SA, como fórmula para tomar participaciones en una determinada empresa privada del sector de la televisión digital.

El argumento de los recurrentes se basó en el hecho de que los Estatutos de RTVE establecen que la entidad limitará su actividad al servicio público de televisión. La participación en una empresa que ejerce actividad empresarial en concurrencia vulneraba el contenido estatutario.

El Tribunal Supremo desestimará el recurso, al entender que debe optarse por un concepto evolutivo de servicio público, más vinculada a los contenidos que al régimen de prestación. Por ello, nada impide que el ente público RTVE participe de forma minoritaria en una empresa que ejerce actividad económica.

El razonamiento, discutible, mereció un voto particular de dos magistrados. En dicho voto se insiste en la singularidad del régimen de la televisión, como medio de comunicación social vinculado al fin público de garantizar el pluralismo informativo. Por ello, se cuestiona duramente que desde la televisión pública se participara en una iniciativa económica privada.

### 13. TRANSPORTES

#### A) Concesión de transporte por carretera a Renfe. Derecho de tanteo

Concedida una línea de transporte por carretera a Renfe, el acuerdo concesional fue impugnado por sendas empresas privadas que exigieron que la concesión se otorgara en ejercicio del derecho de tanteo de Renfe sobre la oferta presentada por una de ellas y demás condiciones esenciales que figuren en las bases del contrato. Estimado el recurso en primera instancia, fue recurrida la sentencia en casación. El **Tribunal Supremo** en la **Sentencia de 19 de septiembre de 2000**, Ar. 7977, desestima el recurso, reiterando la doctrina ya mantenida para el mismo supuesto en su Sentencia de 20 de abril de 1999, Ar. 4633.

## XIV. Derecho Administrativo Económico

El Tribunal Supremo niega a la Administración el poder de aceptar las propuestas de Renfe para la modificación de las condiciones concesionales en la fase del concurso, ya que los artículos 19 y 75 de la Ley de ordenación de los transportes terrestres, Ley 16/1987, en los que se basa el recurso, se refieren a la concesión una vez ya otorgada.

### **B) Nulidad de modelo tipo de pliego de condiciones**

La STS de 21 de julio de 2000, Ar. 8315, desestimó el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de instancia que declaró la nulidad de la Orden de 23 de junio de 1989 por la que se aprobó el modelo-tipo del pliego de condiciones de los concursos para la adjudicación, por concesión administrativa, de los nuevos servicios de transporte público regular permanente y de uso general de viajeros por carretera.

La fundamentación de la sentencia no responde a problemas propios de la ordenación del sector, ni guarda relación con la legislación sectorial. La doctrina, pues, no se enmarca en la temática propia de esta sección, pero creemos importante dar noticia de la misma. La razón que llevó a declarar la nulidad de la orden impugnada, y que confirma la sentencia de casación, es la atribución de valor normativo a dicha orden y la falta del preceptivo dictamen del Consejo de Estado. Por tanto, una cuestión procedimental vinculada a la atribución del carácter de reglamento ejecutivo al citado modelo-tipo de pliego de condiciones.

### **C) Ampliación de título concesional**

Autorizada la ampliación de una concesión de transporte público regular de viajeros, fue impugnada por una empresa con intereses concurrentes. La Audiencia Nacional estimó el recurso, y el Tribunal Supremo desestima el recurso casacional mediante la Sentencia de 2 de noviembre de 2000, Ar. 8892.

El litigio se centra en la interpretación del artículo 75.3 de la Ley de ordenación de los transportes terrestres, Ley 16/1987, y la posibilidad o no de acordar una ampliación de la concesión originaria. El Tribunal Supremo estima que no se dan las condiciones para poder acordar la ampliación, ya que no se acredita que resulta necesario o conveniente para una mejor prestación del servicio, por no constituir un mero apéndice del servicio principal, y por el hecho de desvirtuar el carácter de concesión de largo recorrido de la inicial, cuya razón de ser fue por tanto enlazar dos puntos distantes dentro de la cornisa cantábrica.

## **14. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

### **A) Recomendación colectiva. Prima del seguro del automóvil. Utilización de estadísticas**

La Resolución del TDC de 1 de diciembre de 2000 (expte. 479/99, UNESPA) declara que la Unión Española de Entidades Aseguradoras (UNESPA), que agrupa a la práctica totalidad de las entidades aseguradoras que operan en España, incurre en una práctica restric-

tiva consistente en la adopción de una recomendación colectiva en el año 1998 de subida de la prima del seguro del automóvil para 1999, propiciando una pauta común de comportamiento. La Resolución impone a UNESPA una multa de 80 millones de pesetas.

La concreta imputación que efectuó el SDC era:

“haber incluido en sus estadísticas en términos agregados los datos individuales de cada compañía sobre gastos de gestión interna y externa, lo que fue utilizado para proponer, a continuación, una subida de las primas, según una detallada estrategia diseñada por el Comité Ejecutivo que puede suponer una recomendación colectiva a las entidades del ramo con dicho fin”.

La elaboración y utilización de estadísticas es una cuestión clave en este expediente. El Reglamento (CEE) núm. 3932/92 de la Comisión, de 21 de diciembre de 1992, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros, exime la elaboración de estadísticas de constituir una restricción a la competencia en la medida que sea indispensable para mejorar el conocimiento de los riesgos y facilitar a las compañías su evaluación. Como derivado de lo anterior, el artículo 1 del reglamento establece la exención de los acuerdos relativos a la fijación en común de tarifas de primas de riesgo basadas en estadísticas colectivas o en el número de siniestros.

En cuanto a la elaboración de una estrategia diseñada para lograr una subida de primas es importante advertir que en la Resolución se indica:

“el Tribunal es consciente de la gravedad del deterioro del equilibrio técnico del ramo, del descenso de los tipos de interés, de la importancia del principio de suficiencia de las primas y de cómo dicho deterioro puede causar la desaparición de la solvencia, por lo que nada tendría que objetar a la creación del Grupo de Trabajo, pero también ha de ser consciente de que la tipificación del transcrito artículo 1.1.a) LDC permite a la Administración reaccionar contra cualquier conducta que suponga alteración del funcionamiento competitivo del mercado y exigir su eliminación para que la formación de los precios sea producto exclusivamente del juego libre y objetivo del mismo, sin interferencias”.

El TDC considera que en el expediente se ha acreditado una estrategia para recomendar colectivamente desde la asociación empresarial una subida de la prima del seguro del automóvil para el año 1999. La estrategia sirve para establecer una pauta común de comportamiento de las entidades y concienciar a la opinión pública de su necesidad.

**B) Concurso público. Identidad de ofertas. Acuerdo de no participar en concurso. INSERSO. Programa de vacaciones. Principio de confianza legítima**

La Resolución del TDC de 25 de octubre de 2000 (expte. 476/99, Agencias de Viaje) declara la existencia de una infracción a las normas de competencia consistente, por un

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

lado, en el acuerdo para presentar a un concurso público idénticas ofertas y para realizar una ejecución conjunta cualquiera que hubiera sido el resultado de la licitación y, por otro, en el acuerdo con otras entidades de no presentarse a determinado concurso público. La resolución impone multas por importe de 750 millones de pesetas, distribuidas entre cinco empresas.

El expediente se incoó de oficio a partir del contenido del informe anual de 1995 del Tribunal de Cuentas en lo relativo a determinado programa de vacaciones del Instituto Nacional de Servicios Sociales. En este informe, que se comunica al Ministerio de Economía y Hacienda en 1998, se detalla con precisión las conductas de distintas empresas del sector turístico para participar en el programa de vacaciones que licita el INSER-SO. En concreto, se refiere que las empresas presentaron una oferta idéntica en precio y otras condiciones y que habían constituido una agrupación de interés económico para gestionar la adjudicación de los contratos a la que procedían a subcontratar la ejecución de los contratos. Posteriormente, esta agrupación de interés económico procedía a contratar con las empresas la ejecución de cada parte de los contratos.

La existencia de acuerdo para la presentación de propuestas idénticas es irrefutable:

“un examen mínimamente detallado de la abundante documentación que figura en el expediente respecto al contenido de las cuatro ofertas presentas al Concurso num. 19/95, correspondiente a la adjudicación de los contratos de asistencia para la ejecución del ‘Programa de vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/1996’, de la que una muestra significativa se encuentra relatada en los hechos probados, que no han sido contradichos por las partes, lleva a la necesaria conclusión, con un mínimo de sentido común, jurídico y económico, que tenía que haber acuerdo previo o práctica concertada para presentar ofertas tan amplias y detalladas con tal alto grado de similitud. Sólo con contactos previos y premeditados se pueden elaborar Pliegos de Condiciones tan parecidos y sobre todo ofertas económicas por cada lote exactamente iguales y por el máximo precio posible en la licitación. De hecho ni siquiera se trata de similitud y parecido, sino prácticamente de identidad. No sólo queda patente que hubo acuerdo de fijación de precios, sino también de prácticamente todas las condiciones comerciales y técnicas de prestación del servicio. Las imputadas reconocen todos estos hechos hasta tal punto que durante la celebración de la vista el representante de Mundosocial AIE afirmó y confesó que las ofertas se redactaban conjuntamente en la misma sede de Mundosocial A.I.E.. No sólo reconocen estos puntos, sino que, además, dicen ser beneficiosos para los usuarios finales y el conjunto de la economía”.

El TDC desestima las alegaciones de las empresas, citando anteriores resoluciones en la materia, relativas a que la identidad de propuestas deriva de que el precio de licitación no deja margen para reducciones o que los precios ofertados son iguales por basarse en estudios sobre los costos generales, objetivos y generales para todos los operadores.

La acusación principal que queda acreditada en la Resolución es que existía entre las empresas un pacto previo que, mediante la creación de una agrupación de interés eco-

nómico a la que subcontratar la posible adjudicación y el encargo posterior de ésta de las prestaciones, aseguraba a las empresas que ellas iban a ejecutar los contratos.

En el curso del expediente administrativo las empresas implicadas alegaron el principio de confianza legítima. Afirmaron que el INSERSO les indujo a presentar una oferta en común al resulta imposible licitar y ejecutar el contrato de forma individual por las propias condiciones impuestas en el concurso; que comunicaron a la administración su proceder; que el INSERSO les adjudicó en años sucesivos el concurso; que el INSERSO autorizó la subcontratación a la agrupación de interés económico; que se formularon declaraciones por los responsables y opiniones legales por sus asesores jurídicos que les conducían a considerar la procedencia de la conducta.

Después de una exposición sobre el origen y desarrollo del principio de confianza legítima, la Resolución afirma con rotundidad:

“En la ilegalidad, por lo tanto, no cabe la confianza legítima. Debe evitarse el peligro de que el principio de la confianza legítima se convierta en un mero recurso retórico a fin de evitar razonamientos más complejos o para sustituir la aplicación de las leyes por el sentimiento personal de justicia. No se puede perder de vista el establecimiento de una línea de argumentación sobre el contenido de los distintos principios generales del Derecho, si se quiere obtener un grado adecuado de consenso y, por tanto, de seguridad en la certeza del Derecho.

Cabe señalar también que para que un acto administrativo sea vinculante debe ser consecuencia de un título habilitante de actuación administrativa por parte de ese órgano. Ello significa que ni el Director General del INSERSO ni la Mesa de Contratación tienen competencia o título habilitante de actuación en relación a si una determinada conducta resulta o no restrictiva de la competencia y, por tanto, las empresas no pueden confiar en que dichos órganos se estén pronunciando sobre la legalidad de su actuación en materia de competencia.”

### **C) Publicidad de bebidas alcohólicas. Autorregulación. Autorización singular**

La Resolución del TDC de 10 de noviembre de 2000 (expte. A 274/00 Publicidad Bebidas Espirituosas) concede una autorización singular para el código de autorregulación publicitaria solicitado por la Federación Española de Bebidas Espirituosas. La autorización se concede, como viene siendo norma habitual, por un plazo de cinco años.

El código es un acuerdo entre empresas que autolimita su política publicitaria. En consecuencia, es evidente que restringe la competencia entre empresas al incidir en un factor muy importante de sus políticas comerciales.

El TDC considera que el código es más que una simple recopilación de normas internacionales, nacionales y comunitarias en la materia. El código impone restricciones comunes sin diferencias de regulación que pueden existir entre Comunidades Autónomas.

Sobre la procedencia de la autorización el TDC afirma que:

“coincide el Tribunal con el Servicio y con FEBE al estimar que el código de autorregulación, al tratar de limitar la publicidad de las bebidas alcohólicas para proteger intereses generales como la salud, la abstención de los menores de edad y la seguridad vial, hace partícipes de sus beneficios no sólo a los consumidores sino también al resto de los ciudadanos. También considera el Tribunal que este código de autorregulación no impone a las empresas asociadas a FEBE más condiciones que las indispensables para el logro de sus objetivos y que carece de aptitud para eliminar a posibles competidores por lo que se reúnen las condiciones necesarias para que el acuerdo correspondiente pueda ser autorizado”.

### **D) Universidad. Escuelas náuticas privadas. Competencia desleal**

La Resolución del TDC de 25 de octubre de 2000 (expte. r415/00, Universidad Politécnica Cataluña) desestima el recurso interpuesto por la Asociación Catalana de Escuelas Náuticas contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 20 de enero de 2000 que acordó el archivo de la denuncia formulada por esta asociación contra la Universidad Politécnica de Cataluña.

El objeto de la denuncia era la organización por dicha Universidad de cursos dirigidos a la obtención de las titulaciones para la navegación de recreo compitiendo con las escuelas privadas.

La denuncia alegaba infracción de los artículos 6 y 7 de la LDC. Respecto al artículo 6 la Resolución estima que el denunciante no acredita la existencia de posición de dominio. Asimismo, se considera que no es previsible que exista tal posición ya que la entrada de la Universidad en el mercado es muy reciente. La existencia de posición de dominio es imprescindible para proceder a examinar si la conducta puede constituir un ilícito del artículo 6, es decir, un abuso de tal posición.

En cuanto a la competencia desleal del artículo 7, la Resolución, al igual que otras anteriores relativas también a la actividad de las universidades públicas afirma:

“para que la conducta denunciada hubiera merecido apertura de expediente por infracción del art. 7 LDC, habría que partir de deducir de los hechos denunciados algún indicio de práctica prohibida por la Ley 3/1991, de Competencia Desleal (LCD). El Tribunal comparte el criterio del Servicio de que el único artículo de la LDC que tipifica una infracción que pudiera tener alguna semejanza con la conducta denunciada es la violación de normas, del artículo 15 LCD, pero que su aplicación al caso no resulta posible porque, como acertadamente argumenta el Servicio en su Acuerdo de archivo y se recoge en el Antecedente de Hecho 2 de esta Resolución, la actividad de la UPC se halla amparada por la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de reforma universitaria, cuyo artículo 28 establece, entre las enseñanzas que pueden impartir todas las Universidades, las encaminadas a la obtención de título de patrón y capitán de embarcaciones de recreo, que están reguladas por la orden de 17 de junio de 1997, del Ministerio de Fomento, a la que se ajusta-

ron los cursos de la UPC, según Resolución de la misma de fecha 18 de marzo de 1998. Además, la dotación pública constituye una ayuda no prohibida por la Comunidad Europea y no supone un acto desleal alguno prohibido por la LCD, no apreciándose indicios de que la UPC practique precios inferiores a los de las escuelas privadas que afecten negativamente a la libre competencia porque dichos precios no incluyen los mismos conceptos, al contemplar un mayor número de clases y no incluir los gastos de tramitación, según consta en el expediente, al haberlo precisado el informe del Delegado de la Facultad de Náutica de la UPC”.

### **E) Sociedad participada. Venta de billetes de transporte aéreo. Solicitud de autorización. No incurso en las prohibiciones de la LDC**

La Resolución del TDC de 19 de octubre de 2000 (expte. A 285/00 SPANAIR/SAS) declara que el acuerdo de constitución de una sociedad participada conjuntamente para la venta de billetes de transporte aéreo no está incluido entre las conductas prohibidas por la LDC.

La Resolución, si bien breve, es significativa ya que supone una declaración del TDC no expresamente prevista en el ordenamiento jurídico y que permite a las empresas solicitantes disponer de un marco de seguridad jurídica respecto a la operación.

La clave de la cuestión es que la sociedad participada, cuya autorización se solicita, no supone un acuerdo entre empresas para coordinar sus políticas empresariales. Afirma la resolución:

“En el presente caso se trata de un acuerdo entre empresas competidoras cuyo objeto obviamente es la colaboración en la venta de sus productos. Sin embargo, dicha colaboración se limita a la creación de unos medios instrumentales para dichaventa y no implica acuerdos de fijación de precios, ni afecta a la libertad de cada una de las empresas para definir sus productos ni sus condiciones comerciales.

En efecto, Fuerza de Ventas, SA no tiene autonomía comercial, actuando en todo momento en nombre y por cuenta de cada una de las compañías aéreas, ya sean sus accionistas o clientes, como un intento de aumentar su eficiencia a través de mecanismos computerizados y telefónicos en la gestión y administración de la emisión y venta de billetes. Además, la organización de ventas que se constituye no es exclusiva, permitiéndose, asimismo, a ambas partes que sigan disponiendo de su propia estructura de ventas.”

LLUIS CASES PALLARÉS  
TOMÁS FONT I LLOVET  
JOAQUÍN TORNOS MAS

**XV. EDUCACIÓN, SANIDAD Y BIENESTAR SOCIAL****Sumario:**

**1. Consumo.** A) Código alimentario español: adición de sustancias azucaradas a los productos dietéticos. **2. Deporte.** A) Impugnación directa del RD 991/1998 –que en desarrollo de la Ley 21/1997– crea el Consejo para la emisión y retransmisiones deportivas. 3. Educación. A) No Universitaria. a) La diferencia de trato entre centros de enseñanza de música públicos y privados no es inconstitucional. B) Universitaria. a) Previsiones contenidas en Estatutos de Universidad. b) La participación en órganos universitarios no está garantizada por el art. 23.2 CE. **4. Extranjeros.** A) Visado de residencia. B) Expulsión. C) Extradición. **5. Juego.** A) Recargo autonómico de la tasa fiscal sobre el juego. **6. Orden público.** A) ¿La mera tenencia de 7 gramos de cannabis representa una “actividad contraria al orden público”? **7. Sanidad.** A) Procedimiento excepcional de acceso al título de médico especialista.

**1. CONSUMO****A) Código alimentario español: adición de sustancias azucaradas a los productos dietéticos**

La STS de 26 de septiembre de 2000, Ar. 8441, estima el recurso de casación –en un intrincado caso– en el que en la cuestión de fondo se determina que el Código Alimentario en su punto 3.23.23 prohíbe la adición de edulcorantes artificiales o cualquier otra sustancia no autorizada, y en el punto 4.31.06, prohíbe la utilización de aditivos en los alimentos fundamentales con las excepciones explicitadas en el mismo Código. Sin embargo, no conviene olvidar que en el punto 4.31.15, que prohíbe la adición de edulcorantes artificiales, lo hace con la excepción relativa a los productos dietéticos y en el caso de autos los productos a que esta litis se refiere, están inscritos cual la propia sentencia recurrida refiere en su fallo como productos dietéticos. Y siendo así tienen su propia Reglamentación –Decreto 2685/1976– lo que facilita la aplicación de su régimen especial que el propio Código Alimentario autoriza.

**2. DEPORTE****A) Impugnación directa del RD 991/1998 –que en desarrollo de la Ley 21/1997– crea el Consejo para la emisión y retransmisiones deportivas**

La STS de 24 de enero de 2000, Ar. 10107, descarta que los artículos objeto de impugnación vulneren, en sí mismos, el principio de jerarquía normativa y, en concreto, el con-

tenido de la Ley 21/1997 que el reglamento viene a desarrollar. No obstante, la tesis de la demanda se centra en el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, con fundamento en que se “atribuyen al Consejo funciones y facultades que suponen una intromisión en la libertad de empresa o menoscaban e interfieren el derecho a obtener una indemnización por la lesión antijurídica sufrida en sus bienes y derechos consistentes en la explotación de los derechos de retransmisión en exclusiva que tenían adquiridos con anterioridad a la iniciación parlamentaria del proyecto de Ley que acabó siendo la Ley 21/1997”. Estos derechos habrían sido o bien suprimidos totalmente (para los acontecimientos que sean declarados de interés general) o bien parcialmente mediante su restricción y sometimiento a negociación, en el caso de los acontecimientos que, sin ser de interés general, fueran a ser retransmitidos mediante pago por consumo.

A juicio del TS, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad sólo es pertinente cuando el fallo de la sentencia dependa, en un determinado proceso, de la validez de la norma legal aplicable y puesta en entredicho. Si la resolución final de aquel proceso puede adoptarse con independencia del juicio de adecuación de una determinada ley a la Constitución, no se dan las condiciones para someter al Tribunal Constitucional la cuestión. Y éste es justamente el supuesto en que nos encontramos.

En efecto, en el caso enjuiciado podría analizarse hasta qué punto la regulación legal es respetuosa con los derechos adquiridos por los titulares de los derechos de retransmisión preexistentes y si el sometimiento de éstos a modificaciones obligadas, sin indemnización pública, respeta, o no, la garantía expropiatoria y constituye, o no, una intromisión ilegítima en la libertad de empresa, siempre que uno y otro juicio fuesen relevantes para pronunciarse acerca de la validez de los artículos del Real Decreto 991/1998 objeto de impugnación. Pero si se tiene en cuenta la función asignada al Consejo —que se limita a meros informes y recomendaciones no vinculantes— es evidente que la eventual lesión de aquellas garantías o normas constitucionales no sería imputable al Consejo sino al órgano decisor de la Administración activa que impusiera a las partes negociadoras una solución determinada con perjuicio para sus intereses económicos. Y sería precisamente al reaccionar contra esta última resolución cuando se podría acometer al análisis de la constitucionalidad de la ley que otorga cobertura a ese tipo de decisiones.

### 3. EDUCACIÓN

#### A) No Universitaria

##### a) La diferencia de trato entre centros de enseñanza de música públicos y privados no es inconstitucional

La STS de 23 de octubre de 2000, Ar. 8876, se refiere a una convocatoria (autonómica) de subvenciones a los Conservatorios de Música y Centros No Oficiales Reconocidos, en

la que la diferencia establecida en cuanto a baremos y módulos aplicables en función de la titularidad (pública o no) de los mismos –más favorable para los de titularidad municipal que para los privados– no se considerará discriminatoria.

### **B) Universitaria**

#### **a) Previsiones contenidas en Estatutos de Universidad**

Hay dos sentencias que, pese a su antigüedad, merecen ser reseñadas porque han visto su publicación en el período al que se refiere esta crónica. Así, en primer lugar, tenemos la **STS de 5 de mayo de 1999**, Ar. 10097 de 2000, relativa a los Estatutos de la Universidad de Sevilla, donde no se admite la consideración de “profesores” que en ellos se atribuía a los Ayudantes, Becarios y Maestros de Taller y asimilados, por contrario a lo establecido en el art. 33 LORU (a este misma conclusión llegará también el Tribunal Supremo en la Sentencia que se cita en el párrafo siguiente). Respecto a las diversas “Comisiones de Docencia” previstas no considerará ilógica ni arbitraria la presencia de alumnos, a tenor de las funciones no resolutorias a ellas atribuidas (este extremo se confirmará también en la Sentencia que se recoge en el párrafo siguiente). Finalmente, sobre la regulación relativa a la materia objeto de los diversos exámenes (y el cauce de solución previsto en caso de conflicto entre profesor y estudiantes) reitera lo dicho en su momento por el Tribunal Constitucional (en su Sentencia núm. 217/1992, resolutoria de un recurso de amparo interpuesto por diversos profesores de la Universidad de Sevilla, también), considerándola no contraria a Derecho.

Por su parte, la **STS de 15 de diciembre de 1999**, Ar. 10106 de 2000, relativa a los Estatutos de la Universidad de Granada, aborda bastantes cuestiones de interés para el ordenamiento universitario. Así, al no regularse en la Ley de Reforma Universitaria un procedimiento de elaboración de los Estatutos de la Universidad (excepto en lo relativo a su aprobación por el Claustro Constituyente), el Tribunal Supremo afirma que el Claustro podía establecer sus propias normas al respecto. Tampoco considera ilegal la consideración, como miembros natos del Claustro, del Secretario General y del Gerente. De igual manera no considera contrarias a la libertad de cátedra las funciones (de supervisión e investigación, pero no decisorias) atribuidas al Defensor Universitario. Respecto a las previsiones para la elección del Director del Departamento, reitera su jurisprudencia en el sentido de que, sin perjuicio de que la candidatura de los profesores titulares deba respetar una cierta preferencia legalmente conferida a los catedráticos, está en el espíritu general de la Ley de Reforma Universitaria que todos los cargos representativos sean electivos y cuenten con el respaldo suficiente de su sector (en este caso, de los miembros del Departamento; vid. sus anteriores Sentencias de 28 de septiembre de 1993, Ar. 6561, de 19 de mayo de 1997, Ar. 3959, y 30 de junio de 1998, Ar. 5912). Sobre el porcentaje de participación de los estudiantes en los Consejos de Departamento (fijada en un 50 por ciento) tampoco lo considera ilegal –siempre que se respete la representatividad de los diversos sectores de la comunidad universitaria–, ya la Ley de Reforma Universitaria fija los porcentajes de profesores que deben formar el Claustro pero no lo hace para los departamentos. Tampoco considera contraria a Derecho la forma pública de votación de los

Estatutos realizada en el Claustro, ya que si bien el secreto del voto se establece en la Ley de Reforma Universitaria para la elección de los miembros de sus órganos colegiados, nada se dice respecto de la aprobación de los propios Estatutos. La exigencia de un *quorum* reforzado (de tres quintos) para la reforma de algunos preceptos de los Estatutos no se considera ilegal, por referirse a principios generales, estructuras fundamentales, etc., en donde parece lógica la exigencia de una cierta estabilidad. Si se considera ilegal, en cambio, la previsión relativa a que sea el Claustro el que elija los miembros de la Junta de Gobierno correspondientes a Decanos o Directores de centro, al Claustro, a Colegios Universitarios, a Departamentos y a Institutos Universitarios, porque de acuerdo con el art. 16 LORU tiene que formar parte de la Junta de Gobierno “una representación” de los indicados colectivos, lo que significa que es preciso un nombramiento por y entre los que los integren. Finalmente, también se considera ilegal la previsión de que en los casos de ausencia o vacante del Rector sea el Vicerrector de mayor edad el que le sustituya, ya que podría suceder que éste no tuviera la condición de Catedrático.

#### **b) La participación en órganos universitarios no está garantizada por el artículo 23.2 CE**

La STS de 15 de diciembre de 2000, Ar. 10689, en línea de continuidad con la doctrina del Tribunal Constitucional ya existente (vid. sus Sentencias 213/1993 y 119/1995) y con algún pronunciamiento del propio Tribunal Supremo (vid. la Sentencia de 16 de julio de 1990, Ar. 6002), considera que las incidencias surgidas en el transcurso del procedimiento para la elección de candidatos para el Consejo de Alumnos de un Centro universitario no pueden integrarse en el ámbito de lo garantizado por el art. 23.2 CE.

## **4. EXTRANJEROS**

### **A) Visado de residencia**

De la jurisprudencia recaída en este período, lo único que cabe destacar es el mantenimiento de la consideración de “circunstancia excepcional”, a efectos de exención de la necesidad de visado, del hecho de estar casado con español/a (SSTS de 31 de octubre de 2000, Ar. 8644 y 9382, y de 1 de febrero de 2001, Ar. 160).

### **B) Expulsión**

De la abundante jurisprudencia sobre esta materia podemos entresacar algunos pronunciamientos especialmente interesantes.

Así, la STS de 3 de octubre de 2000, Ar. 8614, anula una orden de expulsión de un extranjero que había estado trabajando, pero cuyo contrato de trabajo fue rescindido unilateralmente por su empleador, que seguidamente le denunció. Para el Tribunal Supremo,

la rescisión unilateral del contrato laboral por voluntad del empresario, de quien tenía los correspondientes permisos de residencia y trabajo del tipo B, no conlleva necesariamente su expulsión [al no ser aplicable a este caso la causa de no “haber obtenido permiso de trabajo y encontrarse trabajando en España”, del art. 26.1.b) de la Ley 7/1985].

Sobre el hecho de “estar implicados en actividades contrarias al orden público” [como causa de expulsión del art. 26.1.c) de la Ley 7/1985], la **STS de 9 de octubre de 2000**, Ar. 8623, reitera su interpretación –importada de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo (para el ámbito que le es propio, esto es, la expulsión de ciudadanos europeos), pero aquí para aplicarla a la expulsión de un súbdito argelino– de que “el concepto de orden público puede invocarse en el caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, sin que la mera existencia de condenas penales constituya por sí solo motivo para la adopción de la medida de expulsión, pero sólo cuando aquéllas evidencien la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público cabe restringir la estancia de un nacional de otro Estado miembro”. En este mismo sentido va también, pero ahora para anular la expulsión de un ciudadano comunitario, la **STS de 27 de noviembre de 2000**, Ar. 9410, La **STS de 14 de octubre de 2000**, Ar. 8823, dictada en una cuestión de competencia negativa planteada por sendos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (de Valencia y Córdoba, respectivamente), presenta cierto interés por cuanto que, para dilucidar el órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso contra una orden gubernativa de expulsión de un extranjero, el Tribunal Supremo se tiene que plantear –puesto que es relevante para ver si se aplica o no la posibilidad de elegir el fuero territorial (ex art. 14.1, segunda LJCA)– si la expulsión constituye o no una sanción, a lo que responde afirmativamente y, en consecuencia, estimará competente el órgano jurisdiccional del domicilio del recurrente, que era el que había elegido éste. Pero el propio Tribunal Supremo –aunque no condiciona con ello el contenido de su resolución (destinada a resolver la controversia competencial)– no puede dejar de hacer mención a su criterio, anteriormente ya manifestado (aunque no los cita, vid. sus Autos de 20 de octubre de 2000, Ar. 9813 y de 27 de noviembre de 2000, Ar. 110 de 2001), consistente en que los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo no son competentes para conocer de estos recursos, sino que lo son los Tribunales Superiores de Justicia, ya que los recursos de este tipo tienen su encuadre entre los de cuantía indeterminada y éstos, por analogía o extensión del criterio legal establecido en el art. 8.3, segunda LJCA, quedan excluidos del conocimiento de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

La **STS de 16 de octubre de 2000**, Ar. 9106, ratifica la legalidad de una orden de expulsión de una extranjera, pese a tener un menor de corta edad que había nacido en España (pero que no tenía nacionalidad española).

Por su parte, las **SSTS de 26 de octubre de 2000**, Ar. 10372, y de **27 de octubre de 2000**, Ar. 10374, anularán definitivamente sendas órdenes de expulsión al apreciar que en el expediente no constaba suficiente actividad probatoria de cargo, necesaria para que la orden de expulsión, de carácter sancionador, no fuese dictada con violación del art. 24.2 CE.

La STS de 13 de noviembre de 2000, Ar. 141 de 2001, no considera la promesa de contraer matrimonio en el futuro (unida al compromiso de sufragar los gastos para atender a la prometida, por parte de español) equivalente a la convivencia marital estable para deducir que se está ante una unión de hecho que, al igual que el matrimonio, supone arraigo familiar y justifica la suspensión cautelar de la orden de expulsión.

En fin, la STS de 20 de noviembre de 2000, Ar. 146 de 2001, reitera su doctrina relativa a la improcedencia de expulsar a una persona extranjera casada con español, sin haberle dado la posibilidad de obtener el correspondiente permiso de residencia (por impositiva de la convivencia marital, legalmente impuesta, y por contraria al principio constitucional de protección de la familia).

### C) Extradición

Sendas SSTS de 9 y 13 de octubre de 2000, Ar. 8242 y 8913, respectivamente, resuelven recursos contra acuerdos del Consejo de Ministros de extradición de un ciudadano francés y otro italiano. Reiterando su doctrina sentada en la Sentencia de 26 de noviembre de 1999, Ar. 3197 de 2000 y frente a la excepción de inadmisibilidad [carencia de jurisdicción, ex art. 69.a) LJCA] planteada por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo dirá: a) la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no excluye del control jurisdiccional el Acuerdo, puesto que estaríamos ante un acto del art. 97 CE que sería de Derecho Constitucional y aun en el supuesto de tratarse de un acto de Gobierno en materia de relaciones internacionales sería el Derecho Constitucional y Administrativo y no el Derecho Internacional el que regularía tales actos en el ámbito de nuestro Derecho Interno, por lo que, si bien el control judicial se mueve en este ámbito dentro de unos estrictos límites más estrechos que en relación con los restantes actos sometidos a control, ello no excluye el necesario conocimiento por la Sala de los elementos reglados de los actos del Gobierno; b) en todo caso corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa determinar el carácter político o administrativo del acto recurrido, teniendo en cuenta que el reconocimiento del control sobre los elementos reglados del acto, no excluye la vigencia del artículo 24.1 CE y permite que el legislador defina mediante conceptos judicialmente asequibles los límites y requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos, por lo que corresponde a la Sala del Tribunal Supremo examinar eventuales extralimitaciones o incumplimientos de los requisitos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al adoptar el Acuerdo; c) la extradición es un acto de soberanía en relación con otros Estados como función del poder ejecutivo, sin perjuicio de que sus aspectos técnico-penales y procesales hayan de ser resueltos por los Tribunales, con la intervención del Ministerio Fiscal.

Para acabar de rechazar la excepción de inadmisibilidad y entrar en el fondo de la cuestión (aunque, en ambos casos, para desestimarla), en lo que aquí más interesa, el Tribunal Supremo razonará como sigue: a) es siempre controlable el elemento reglado judicialmente asequible de los actos de los poderes públicos, sin que quepa acusar al órgano

jurisdiccional de que se introduzca en el ámbito de una discrecionalidad ajena al estricto control jurisdiccional, cuando lo invocado en el recurso es la causación de indefensión y la omisión del procedimiento legalmente establecido y dichos aspectos procedimentales y de competencia son aspectos reglados, susceptibles de control jurisdiccional, el Derecho español reconoce la extradición pasiva o entrega de un ciudadano extranjero a otro Estado, lo que constituye un procedimiento mixto que tiene naturaleza administrativa y judicial, en el que se decide acerca de la procedencia o no de la entrega solicitada por dicho Estado y en el proceso en vía judicial de la extradición no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado, ni se realiza un pronunciamiento condenatorio, sino simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado.

### 5. JUEGO

#### A) Recargo autonómico en la tasa fiscal sobre el juego

La STS de 4 de julio de 2000, Ar. 8501, resuelve el recurso de casación en interés de ley interpuesto por la Generalidad de Cataluña y en su resolución se parte de la STC de 10 de noviembre de 1994, cuya doctrina establece que la tasa sobre el juego es un verdadero “impuesto” y no tiene la naturaleza de “tasa”, pese a su incorrecta denominación. Por lo que no sería susceptible de incremento de acuerdo con los incrementos de coeficientes de tasas establecidos en las Leyes presupuestarias. En este sentido, el recargo autonómico creado por la Ley 2/1987 del Parlamento de Cataluña es perfectamente constitucional, como expresamente declaró la citada STC de 10 de noviembre de 1994 y, por consiguiente, plenamente exigible, si bien con la salvedad de no poder aplicársele el coeficiente de aumento a que se ha hecho referencia, precisamente porque tampoco es de aplicación al tributo sobre el que se establece el recargo.

### 6. ORDEN PÚBLICO

#### A) ¿La mera tenencia de 7 gramos de cannabis representa una “actividad contraria al orden público”?

No hay duda que tras la STS de 28 de noviembre de 1998 (al resolver el correspondiente recurso en interés de ley) el art. 25.1 de la Ley Orgánica 1/1992 de Seguridad Ciudadana debe interpretarse en el sentido de que la mera tenencia de drogas constituye infracción administrativa de carácter grave y, por tanto, sancionable por la autoridad gubernativa, sin que pueda entenderse excluida del precepto la tenencia de pequeñas cantidades, aunque se destinen para autoconsumo, porque en la norma no se formula distinción ni excepción de clase alguna al respecto.

Ahora bien, la STS de 27 de diciembre de 2000, Ar. 343 de 2001, entiende que idéntica conducta, además, puede ser calificada como “actividad contraria al orden público”, al efecto de justificar una expulsión de España de un ciudadano extranjero. En un voto

particular el Magistrado Pérez Morate coincide con la mayoría de los magistrados en la apreciación de que “el concepto de orden público puede invocarse en el caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”, pero, precisamente por estar de acuerdo con este significado del orden público, disiente de la conclusión a que se llega al considerar la tenencia de 7, 278 gramos de *cannabis sativa* como una actividad contraria al orden público, ya que, en su opinión, ese hecho no supone una seria amenaza para el interés general.

## 7. SANIDAD

### A) Procedimiento excepcional de acceso al título de médico especialista

La STS de 6 de octubre de 2000, Ar. 8605, resuelve un recurso directo contra el RD 147/1999, de 24 de septiembre, por el que se regula un procedimiento excepcional de acceso al título de Médico especialista. Se trata, como es conocido, de un procedimiento pensado para los denominados “mestos” (Médicos especialistas sin titulación especial) y que los denominados “mir” (Médicos Internos Residentes) consideraban discriminatorio porque permite llegar a igual titulación con menores requisitos. Si bien reconoce que a la misma meta de la especialidad llegan los “mir” por un régimen complejo, sacrificado y largo, mientras que, con este Decreto, lo hacen los “mestos” por otro más sencillo, el Tribunal Supremo considera que no hay violación de los arts. 14 y 23.2 CE porque, según la doctrina del Tribunal Constitucional, el derecho a la igualdad consagrado en el art. 14 CE impide tratar desigualmente a los iguales, pero no excluye la posibilidad de que se trate igualmente a los desiguales, que es lo que, a su juicio, sucede en este caso.

Sin entrar en la cuestión de fondo –que requeriría análisis más extensos y rigurosos–, esta interpretación del Tribunal Supremo presenta un evidente flanco débil, cual es que la jurisprudencia constitucional en la que se apoya (también discutible, todo hay que decirlo, y más después de algún reciente pronunciamiento del Tribunal de Estrasburgo al respecto) estaba al servicio de rechazar lo que se conoce como “discriminación por indiferenciación”, esto es, imputar lesión del art. 14 a una normación general por no haber tenido en cuenta situaciones diversas merecedoras de una previsión o trato específico o diferenciado. Pero en este caso no se trataba de esta hipótesis, sino, precisamente, de una regulación *ad hoc*, destinada a asimilar situaciones desiguales, razón por la que el Tribunal tendría que haber entrado a valorar su justificación, ausencia de arbitrariedad y, en definitiva, proporcionalidad *lato sensu* (que podían existir en el caso, pero que había que haber apreciado debidamente).

IÑAKI AGIRREAZCUENAGA  
EDORTA CABREROS

**XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES****Sumario:**

**Introducción. 1. Recurso Contencioso-Administrativo.** A) Jurisdicción.

a) El Convenio con el Fondo de Garantía Salarial corresponde al orden social.

b) La determinación del régimen de Seguridad Social corresponde al orden social.

c) La Jurisdicción Contencioso-Administrativa conoce de los actos de extradición pasiva.

d) Corresponde al orden contencioso-administrativo conocer del recurso relativo a la determinación de la presidencia de una Confederación de Padres de Alumnos.

e) Corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la indemnización por responsabilidad patrimonial derivada de declaraciones públicas del Vicepresidente del Senado.

B) Competencia. a) Tribunal Supremo. a') Falta de jurisdicción del Tribunal

Supremo para conocer de resoluciones del Tribunal de Cuentas en ejercicio de su función de enjuiciamiento contable.

b') Competencia del Tribunal Supremo en relación

con Acuerdos del Consejo de Estado. b) Audiencia Nacional: le corresponde conocer de

una disposición de carácter general emanada del Presidente de la Agencia Estatal de

Administración Tributaria. c) Tribunales Superiores de Justicia. a') La competencia de

los Tribunales Superiores de Justicia tras la LOPJ de 1985 es extensible por analogía.

b') Corresponde al Tribunal Superior de Justicia conocer del recurso contra Acuerdo de

su Sala de Gobierno sobre diligencias informativas. c') Corresponde a los Tribunales

Superiores de Justicia conocer de los actos de la Oficina Española de Patentes y Marcas.

d) Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo. a') Corresponde a los Juzgados

Centrales conocer de acto del Presidente de la Agencia Estatal de Administración

Tributaria. b') Los Juzgados Centrales son los competentes para conocer de los recursos

contra resoluciones del Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

c') Competencia de los Juzgados Centrales sobre acto de Ministro en materia de perso-

nal. d') Los Juzgados Centrales conocen de resolución de Dirección Provincial del

INEM, pero dictada por delegación del Director general. e) Juzgados de lo

Contencioso-administrativo. a') Conocen de recurso contra Resolución de la

Subdelegación del Gobierno en una Provincia sobre expulsión del territorio nacional.

b') Conocen de recursos contra Resolución del Director Provincial del INEM.

c') Conocer de recursos contra los actos de gestión recaudatoria de la Dirección Provincial de la TGSS. d') La excepción a la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo para los actos de cuantía superior a 10 millones de pesetas, contenida en el artículo 8.3 LJCA (de 1998) se extiende a los recursos de cuantía indeterminada. C) Objeto. a) Recurso indirecto: no alcanza a la legalidad formal y en bloque. D) Sujetos. a) Legitimación. a') La legitimación *ad causam* es una cuestión de fondo que no puede plantearse en alegaciones previas. b') Tienen legitimación los Colegios de Abogados para recurrir cuestiones relacionadas con el acceso a la jurisprudencia. b) Postulación: los litigantes deben conferir su representación a procurador ante órganos jurisdiccionales colegiados. c) En la nueva Ley Jurisdiccional (de 1998) desaparece la figura del coadyuvante. E) Procedimiento. a) La jurisprudencia obliga aunque se trate de sentencias dictadas tras el inicio del proceso. b) Las normas procesales deben interpretarse sin rigorismos formales desproporcionados. c) La presentación de escritos de interposición en el Juzgado de Guardia queda limitada al último día del plazo y en horas en que no se halle abierto el Registro de entrada del órgano destinatario. d) El momento para aducir la inadmisibilidad es el de la contestación a la demanda, no el de conclusiones. E) Suspensión. a) En el caso de resultados contradictorios en dos piezas de suspensión idénticas, la última resolución anula la primera. b) En la nueva LJCA el criterio principal es el del *periculum in mora*. c) Para suspender la ejecución de la orden de expulsión del territorio nacional deben concurrir razones humanitarias. 2. **Recurso de Casación.** A) Objeto. a) Es recurrible el auto que declara la falta de jurisdicción, a pesar de referirse a una cuestión de personal. b) Impugnación indirecta: nuevo régimen de la LJCA de 1998. c) No es recurrible la resolución relativa a la anotación en el Registro de la Propiedad de la interposición o demanda de un recurso contencioso-administrativo. B) Procedimiento. a) No es posible aportar documentos nuevos. b) Preparación: el escrito de preparación debe hacer explícito el cómo, el porqué y la forma en que se infringe la norma no autonómica. c) El escrito de interposición no puede articularse formalmente como si fuese una apelación y debe expresar los motivos y los preceptos infringidos. C) Inadmisibilidad. a) Es inadmisibile el recurso fundado únicamente en el artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. b) Cuantía.

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

a') Las cotizaciones a la Seguridad Social se computan por mensualidades. b') La excepción del artículo 86.2.b) LJCA (de 1998) requiere que el proceso se haya seguido por los artículos 114 y siguientes de la nueva Ley Jurisdiccional. c) Personal. a') El personal estatutario no integra la excepción del artículo 86.2. a) LJCA (de 1998). b') Las cuestiones relativas a las pensiones de ex ministros no son cuestiones de personal.

**3. Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina.** A) El escrito de interposición debe explicitar la contradicción.

### INTRODUCCIÓN

La presente crónica, que abarca el período de enero a marzo de 2001 en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi y las SSTC publicadas en el BOE en los meses de octubre y diciembre de 2000, recoge, en su mayoría, pronunciamientos referentes a la nueva Ley Jurisdiccional de 1998, destacando, por su número, los referentes a la delimitación jurisdiccional y competencial del orden contencioso-administrativo.

### 1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

#### A) Jurisdicción

##### a) El Convenio con el Fondo de Garantía Salarial corresponde al orden social

La STS de 25 de septiembre de 2000, Ar. 8316, ha atribuido al orden social el conocimiento de la impugnación del convenio suscrito entre una empresa y el Fondo de Garantía Salarial sobre aplazamiento y fraccionamiento de deuda, por cuanto dicho convenio tiene naturaleza laboral.

##### b) La determinación del régimen de Seguridad Social corresponde al orden social

La STS de 21 de noviembre de 2000, Ar. 10069, ha reiterado la doctrina que establece que cuando se trata de la impugnación de actos relativos al encuadramiento en cualquiera de los Regímenes del sistema de la Seguridad Social, su enjuiciamiento corresponde al orden jurisdiccional social. Por este motivo, ha confirmado la incompetencia del orden contencioso-administrativo para el conocimiento del alta en Régimen General y baja en el Régimen de Autónomos de una persona, estimando que era competente para ello la Jurisdicción Laboral.

**c) La Jurisdicción Contencioso-Administrativa conoce de los actos de extradición pasiva**

Las SSTs de 27 de septiembre, 9, 6 y 13 de octubre de 2000, Ar. 8242, 8596, 8604, 8913, han declarado la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para conocer del recurso deducido contra un acto del Consejo de Ministros por el que se acuerda la entrega de un individuo a autoridades extranjeras, de conformidad con el artículo 18 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva. Se basan para ello en que la nueva LJCA no excluye del control jurisdiccional el acto sometido a conocimiento puesto que estaríamos ante un acto del artículo 97 CE que sería de derecho constitucional, y aun en el supuesto de tratarse de un acto de Gobierno en materia de relaciones internacionales, sería el Derecho Constitucional y Administrativo y no el Derecho Internacional el que regularía tales actos en el ámbito de nuestro Derecho Interno, por lo que, si bien el control judicial se mueve en este ámbito dentro de unos estrictos límites, más estrechos que en relación con los restantes actos sometidos a control, ello no excluye el necesario conocimiento por esta Sala de los elementos reglados de los actos del Gobierno, teniendo en cuenta que el artículo 26.3 de la Ley del Gobierno 50/1997, no excluye del conocimiento por esta jurisdicción de los actos del Gobierno y de los órganos regulados en la ley.

**d) Corresponde al orden contencioso-administrativo conocer del recurso relativo a la determinación de la presidencia de una Confederación de Padres de Alumnos**

La STS de 16 de noviembre de 2000, Ar. 9403, ha declarado la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer del recurso deducido contra Resolución del Director General de Justicia de la una Comunidad Autónoma relativo al reconocimiento como Presidente de la Confederación de Padres de Alumnos de la Comunidad Autónoma en cuestión.

**e) Corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la indemnización por responsabilidad patrimonial derivada de declaraciones públicas del Vicepresidente del Senado**

El ATS de 16 de noviembre de 2000, Ar. 9694, ha afirmado la jurisdicción de la Sala Tercera del Tribunal Supremo para conocer del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la denegación presunta, por el Senado, de la indemnización solicitada por responsabilidad patrimonial en razón de las expresiones vertidas en una rueda de prensa convocada y celebrada por el Vicepresidente Primero y el Secretario General del Senado, al objeto de informar sobre ciertas irregularidades financieras en la Cámara. Considera el Auto comentado que aquella actividad ha de ser considerada como propia de lo que con acierto se viene ya denominando comúnmente Administración parlamentaria, emanada esencialmente del personal no parlamentario, y que está constituida por actuaciones de naturaleza materialmente administrativa, ajenas a la verdadera función constitucional encomendada al Senado y que incluso podría calificarse de servicios

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

públicos, en su concepto más amplio, paralelos a los que se prestan en las Administraciones Públicas.

### **B) Competencia**

#### **a) Tribunal Supremo**

a') Falta de jurisdicción del Tribunal Supremo para conocer de resoluciones del Tribunal de Cuentas en ejercicio de su función de enjuiciamiento contable

La STC 215/2000, de 18 de septiembre, ha reconocido que el Tribunal Supremo no tiene jurisdicción para conocer del recurso contencioso-administrativo ordinario deducido contra resoluciones del Tribunal de Cuentas que declaran la responsabilidad del recurrente por las irregularidades contables habidas en el Organismo Autónomo estatal Obra de Protección de Menores.

b') Competencia del Tribunal Supremo en relación con Acuerdos del Consejo de Estado

Los AATS de 6 y 13 de octubre de 2000, Ar. 9841 y 8696, han considerado que el Tribunal Supremo es competente para conocer del recurso contencioso-administrativo deducido contra un Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo de Estado en materia de personal. Los artículos 58 LOPJ y 12 LJCA (de 1998), atribuyen a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en cuanto órgano superior de este orden jurisdiccional, el conocimiento de los recursos que se deduzcan en relación con los actos y disposiciones de los órganos superiores del Poder Ejecutivo y del Consejo General del Poder Judicial, así como los dictados en materia de personal, administración y gestión patrimonial de los órganos constitucionales del Estado –Congreso de los Diputados, Senado y Tribunal Constitucional– y otros de relevancia constitucional –Tribunal de Cuentas y Defensor del Pueblo–, sin que en dichos preceptos se mencione expresamente al Consejo de Estado, pese a ser un órgano de inequívoca relevancia constitucional. Tal omisión, por otra parte, se produce también en los artículos 10 y 11 LJCA, reguladores de la competencia de las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales de Justicia y de la Audiencia Nacional, respectivamente.

Residenciar los acuerdos del Consejo de Estado en materia de personal en el Tribunal Superior de Justicia en cuya circunscripción tuviere su domicilio el demandante no se compadece con la posición de dicho órgano de relevancia constitucional en el armazón institucional del Estado. La falta, pues, de referencia expresa de dicho órgano en el cuadro de competencias de la Ley Jurisdiccional obliga a encuadrarlo en el marco de aquel Tribunal que tenga atribuido el conocimiento de órganos similares, en cuanto a su significación o relevancia constitucional, como son el Tribunal de Cuentas o el Defensor del Pueblo. Todo lo cual conduce a los Autos comentados a declarar la competencia del Tribunal Supremo para conocer del recurso.

**b) Audiencia Nacional: le corresponde conocer de una disposición de carácter general emanada del Presidente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria**

La STS de 5 de diciembre de 2000, Ar. 9879, ha declarado competente a la Audiencia Nacional para conocer del recurso contra la relación de puestos de trabajo de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Se trata de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una disposición general –la relación de puestos de trabajo de la Agencia Estatal de Administración Tributaria– dictada por un Secretario de Estado –el Secretario de Estado de Hacienda en calidad de Presidente de la Agencia– cuyo conocimiento corresponde, con arreglo a lo que dispone el artículo 11.a), inciso primero, de la Ley de esta Jurisdicción, a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por cuanto ésta es el órgano jurisdiccional competente para conocer de los recursos que se deduzcan, como es el caso, en relación con las disposiciones generales de los Secretarios de Estado en general, es decir, sin distinción de materias.

**c) Tribunales Superiores de Justicia****a') La competencia de los Tribunales Superiores de Justicia tras la LOPJ de 1985 es extensible por analogía**

Si bien es cierto que el artículo 8.2 LJCA (de 1956) determina que la competencia de las Salas de lo Contencioso-Administrativo no será prorrogable y podrá ser apreciada de oficio por las mismas, incluso de oficio, previa audiencia de las partes, la STS de 11 de octubre de 2000, Ar. 8236, ha recordado, siguiendo una reiterada doctrina de este Tribunal, que después de la entrada en vigor de la LOPJ de 1 de julio de 1985, interpretada en consonancia con el artículo 24 CE, el sistema competencial originariamente diseñado por la Ley de la Jurisdicción, en lo que se refiere al fuero electivo determinado para los actos reseñados en el artículo 10.1.b) –materia de personal, propiedades especiales y expropiación forzosa–, por el artículo 11.2, debía extenderse, por analogía, a otros supuestos, como el referente a una solicitud de permiso de trabajo de un extranjero, que no siendo materia de personal, propiedades especiales o expropiación forzosa, facilitan la tutela judicial efectiva, acercando el proceso al lugar donde al ciudadano le es más fácil el acceso a la justicia.

**b') Corresponde al Tribunal Superior de Justicia conocer del recurso contra Acuerdo de su Sala de Gobierno sobre diligencias informativas**

El ATS de 19 de octubre de 2000, Ar. 9921, ha declarado que la competencia para conocer del recurso contencioso-administrativo deducido contra un Acuerdo de la Sala de Gobierno de un Tribunal Superior de Justicia por el que se decidió el archivo de unas Diligencias Informativas de la Comisión Disciplinaria del CGPJ, remitidas al mencionado Tribunal Superior de Justicia, corresponde precisamente a éste en aplicación de la regla residual del artículo 10.1.j) LJCA (de 1998).

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

c') Corresponde a los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los actos de la Oficina Española de Patentes y Marcas

Las SSTs de 26 y 27 de octubre, y de 15 de noviembre de 2000, Ar. 8831, 9826 y 9830, han señalado que la competencia para conocer del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra Resoluciones de la Oficina Española de Patentes y Marcas corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, 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) LJCA, 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 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.

### d) Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo

a') Corresponde a los Juzgados Centrales conocer de acto del Presidente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria

La STS de 3 de octubre de 2000, Ar. 8307, ha declarado competente, de acuerdo con el artículo 9.c) LJCA (de 1998), al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo para conocer del recurso contra el acto dictado por el Presidente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria que resuelve originariamente –no en vía de recurso– las reclamaciones deducidas por funcionarios de carrera en relación con su pretendido derecho a unas diferencias retributivas por complemento específico y de productividad. Considera la Sentencia que se trata de un acto dictado por un Secretario de Estado, en materia de personal, no referido al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionario de carrera, ni dictado por aquella autoridad en vía de recurso, sino con carácter originario, previsión esta última que en nada se ve afectada por el hecho de que la desestimación fuera primero presunta y después expresa.

b') Los Juzgados Centrales son los competentes para conocer de los recursos contra resoluciones del Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas

En aplicación de lo que dispone el artículo 9.c), en relación con el 10.1.i) y el 11.1.b) *a contrario*, LJCA (de 1998), la STS de 19 de octubre de 2000, Ar. 8691, ha declarado la competencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo para conocer del recurso contencioso-administrativo deducido contra un acto sancionador emanado del Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. No empece a esta con-

clusión que dicho Presidente tenga categoría de Director General porque ello no le convierte en órgano central de la Administración General del Estado, razón por la que no puede apelarse para resolver la cuestión de competencia al artículo 9.b), en relación con el 8.2.b), para sostener que de la actuación sancionadora recurrida debe conocer la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia territorialmente competente por no estar atribuida aquélla, expresamente, a la competencia de otros órganos de este orden jurisdiccional -artículo 10.1.j)-, porque tal conclusión parte de una premisa errónea.

#### **c') Competencia de los Juzgados Centrales sobre acto de Ministro en materia de personal**

La STS de 6 de octubre de 2000, Ar. 8820, ha declarado que la competencia para conocer del recurso contencioso-administrativo contra Acuerdo del Consejero-Director General de la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos, dictado por delegación del Ministro de Fomento, corresponde a un Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, de acuerdo con el artículo 9.c) LJCA (de 1998), y por estar excluida del ámbito a que se refiere el artículo 10.1.j) de la referida Ley.

#### **d') Los Juzgados Centrales conocen de resolución de Dirección Provincial del INEM, pero dictada por delegación del Director general**

La STS de 16 de octubre de 2000, Ar. 8689, ha declarado que la competencia para conocer del recurso interpuesto contra Resolución de una Dirección Provincial del Instituto Nacional de Empleo, dictada por delegación del Director General del mismo, corresponde, ex artículo 9.c) LJCA, al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo. Para ello tiene en cuenta que el acto originariamente impugnado fue adoptado por delegación del Director General de Empleo, lo que significa que debe considerarse dictado por éste, que es el órgano delegante.

#### **e) Juzgados de lo Contencioso-administrativo**

##### **a') Conocen de recurso contra Resolución de la Subdelegación del Gobierno en una Provincia sobre expulsión del territorio nacional**

Al resolver un conflicto de delimitación territorial de competencia, la STS de 14 de octubre de 2000, Ar. 8823, ha declarado que la necesaria para conocer del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Córdoba sobre expulsión del territorio nacional de la recurrente, natural de Liberia, corresponde al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Valencia, por ser el lugar de su residencia y dada la inequívoca naturaleza sancionadora de dicha medida.

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

### b') Conocen de recursos contra Resolución del Director Provincial del INEM

Las SSTS de 28 de septiembre y 9 de octubre de 2000, Ar. 8306 y 8687, al resolver cuestiones de competencia, han declarado la de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo para conocer del recurso deducido contra un acto procedente de un órgano periférico con competencia territorialmente limitada, la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Empleo, en aplicación del artículo 8.3, inciso primero, de la LJCA (de 1998).

### c') Conocer de recursos contra los actos de gestión recaudatoria de la Dirección Provincial de la TGSS

Las SSTS de 28 de septiembre y 11 y 18 de octubre de 2000, Ar. 8305, 8310, 8311, 8312, han declarado competente a un Juzgado de lo Contencioso-administrativo para conocer de un recurso interpuesto contra unas resoluciones dictadas por una Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social sobre gestión recaudatoria, en base al artículo 8.3 LJCA (de 1998).

### d') La excepción a la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo para los actos de cuantía superior a 10 millones de pesetas, contenida en el artículo 8.3 LJCA (de 1998) se extiende a los recursos de cuantía indeterminada

La STS de 6 de octubre de 2000, Ar. 8686, ha declarado competente a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia para conocer del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra Resolución de un Jefe Provincial de Correos y Telégrafos, y contra la del Consejero-Director General de Correo y Telégrafos, desestimatoria del recurso ordinario interpuesto contra aquella, ya que, entre otras consideraciones, la excepción a la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo para los actos de cuantía superior a 10 millones de pesetas, contenida en el artículo 8.3 LJCA (de 1998) se extiende a los recursos de cuantía indeterminada.

## C) Objeto

### a) Recurso indirecto: no alcanza a la legalidad formal y en bloque

El artículo 39 LJCA (de 1956) permite la impugnación de disposiciones generales, también, la impugnación de actos que se produjeren en aplicación de las mismas fundada en que tales disposiciones no son conforme a Derecho. La falta de impugnación directa de una disposición no impide la impugnación de los actos de aplicación individuales, si bien debe tenerse en cuenta que, como ha recordado la STS de 8 de marzo de 2000, Ar. 8647, el artículo 39.2 de la referida Ley Jurisdiccional impide pronunciarse sobre la legalidad formal y el bloque de las normas que conlleva la necesidad de una declaración vedada por la vía del recurso indirecto.

**D) Sujetos****a) Legitimación****a') La legitimación *ad causam* es una cuestión de fondo que no puede plantearse en alegaciones previas**

El concepto de legitimación encierra un doble significado: la llamada legitimación *ad processum* y la legitimación *ad causam*. Consiste la primera en la facultad de promover la actividad del órgano decisorio, es decir, la aptitud genérica de ser parte en cualquier proceso, que es lo mismo que capacidad jurídica o personalidad, porque toda persona, por el hecho de serlo, es titular de derechos y obligaciones y puede verse en necesidad de defenderlos. Pero distinta de la anterior es la legitimación *ad causam* que, de forma más concreta, se refiere a la aptitud para ser parte en un proceso determinado, lo que significa que depende de la pretensión procesal que ejercite el actor y consiste en la legitimación propiamente dicha e implica una relación especial entre una persona y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual es esa persona la que, según la Ley, debe actuar como actor o demandado en ese pleito.

La STS de 31 de octubre de 2000, Ar. 9497, considera, a la vista de esta distinción, que el incidente de alegaciones previas en el que se plantea, discute y resuelve un tema de legitimación activa *ad causam* debió ser rechazado por su íntima relación con el fondo del asunto, sin perjuicio de que al resolver en su día la cuestión principal mediante la oportuna sentencia, y tras haberse abordado con plenitud de conocimiento la pretensión ejercitada, pueda llegarse a un pronunciamiento definitivo sobre su existencia o inexistencia.

**b') Tienen legitimación los Colegios de Abogados para recurrir cuestiones relacionadas con el acceso a la jurisprudencia**

La STS de 13 de septiembre de 2000, Ar.8413, ha reconocido legitimación a un Colegio de Abogados para recurrir unos Acuerdos del Pleno del Consejo General del Poder Judicial relativos a la recopilación y tratamiento de las resoluciones judiciales por parte del Centro de Documentación Judicial, materia esta que no es ajena a los intereses que a dicha Corporación profesional le corresponde defender y representar, ya que incide en el conocimiento de la jurisprudencia y las condiciones de acceso a la misma, que son elementos de indudable utilidad y trascendencia para el desarrollo de la profesión de Abogado.

**b) Postulación: los litigantes deben conferir su representación a procurador ante órganos jurisdiccionales colegiados**

El artículo 447 LOPJ, en concordancia con el artículo 24 LJCA (de 1998), se refiere exclusivamente a la representación de las Administraciones Públicas y no de los ciudada-

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

nos particulares, para quienes rige la regla general del artículo 23.2 LJCA, que impone la comparecencia ante los Órganos Jurisdiccionales colegiados mediante Procurador. Por este motivo, el ATS de 10 de octubre de 2000, Ar. 9917, niega la posibilidad de que un Abogado ostente una facultad de autorrepresentación procesal.

### c) En la nueva Ley Jurisdiccional (de 1998) desaparece la figura del coadyuvante

La Ley Jurisdiccional de 1956 reconocía, junto a la Administración Pública demandada, en el artículo 29.1.b) legitimación pasiva en el proceso a las personas a cuyo favor derivaren derechos del acto impugnado y aquellas otras que tuvieran, también, interés directo en el mantenimiento del acto recurrido, distinguiendo a las primeras como parte codemandada, y a las segundas, como parte coadyuvante del demandado al amparo del artículo 30.1 de la Ley Jurisdiccional citada, deduciéndose de esta distinción importantes consecuencias procesales. Sin embargo, como han precisado las SSTs de 13 y 23 de octubre de 2000, Ar. 8630 y 9565, la nueva Ley Jurisdiccional de 1998 modifica substancialmente la legitimación pasiva en el proceso contencioso-administrativo al considerar parte demandada en el proceso, no sólo a los titulares de los derechos sino también a los portadores de intereses legítimos que pudieran resultar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante suprimiéndose, en consecuencia, la figura procesal del coadyuvante [artículo 21.1.b) de la Ley de 1998].

### E) Procedimiento

#### a) La jurisprudencia obliga aunque se trate de sentencias dictadas tras el inicio del proceso

La STS de 17 de noviembre de 2000, Ar. 9405, ha señalado que cuando una doctrina del Tribunal Supremo se rectifica por éste, los Tribunales de instancia, tanto unipersonales como colegiados, han de acatarla de inmediato en todos los procedimientos en curso, aunque se hayan iniciado con anterioridad, sin que sea jurídicamente correcto sostener que semejante proceder constituye una violación de la regla de no retroactividad de las normas. Y ello porque estamos ante situaciones jurídicas distintas. El Tribunal Supremo no ejercita una potestad normativa cuando produce sus sentencias, sino una potestad de enjuiciamiento mediante la que, aplicando y, en su caso, complementando el ordenamiento jurídico, da solución jurídica a los conflictos que ante él se presentan. De manera que cuando los tribunales rectifican la interpretación de una norma, incluso en aquellos casos en que esa interpretación se encuentre consolidada por haber sido reiteradamente confirmada por sentencias posteriores, no están “derogando” esa jurisprudencia sino adoptando aquella interpretación que, con un mejor conocimiento de la norma o normas aplicables y de la relación de interdependencia con el resto de las que integran el ordenamiento jurídico, entienden que es la correcta. Un cambio jurisprudencial no modifica ninguna norma, lo que hace es declarar que es la nueva interpretación la que ha de tenerse por correcta. Y porque esto es así es por lo que los tribunales inferiores no pueden seguir aplicando una interpretación que –por declaración expresa del Tribunal Supremo– ha sido declarada contraria a derecho.

**b) Las normas procesales deben interpretarse sin rigorismos formales desproporcionados**

La STC 252/2000, de 30 de octubre, ha señalado que los órganos jurisdiccionales quedan compelidos a interpretar las normas procesales, no sólo de manera razonable y razonada sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio *pro actione*, con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, revelen una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan y los intereses que sacrifican.

**c) La presentación de escritos de interposición en el Juzgado de Guardia queda limitada al último día del plazo y en horas en que no se halle abierto el Registro de entrada del órgano destinatario**

La STC 260/2000, de 30 de octubre, ha calificado de razonable la doctrina que establece que la presentación de escritos en el Juzgado de Guardia sólo es eficaz cuando se presenta el último día del plazo y en horas en que no se halle abierto el Registro de entrada del órgano destinatario, y ello por el carácter excepcional que reviste la posibilidad de presentar escritos ante el Juzgado de Guardia dirigidos a un órgano judicial distinto, derivado del artículo 268 LOPJ.

**d) El momento para aducir la inadmisibilidad es el de la contestación a la demanda, no el de conclusiones**

La STS de 22 de septiembre de 2000, Ar. 8609, ha precisado que el trámite procesal para oponer inadmisibilidades es el de contestación a la demanda y no el de conclusiones, ya que respecto de este último el artículo 70.1 LJCA (de 1956) dispone que en el acto de la vista o en los escritos de conclusiones no podrán plantearse cuestiones no suscitadas en los escritos de demanda y de contestación, y si bien la alegación de una causa de inadmisibilidad es un motivo de oposición a la demanda, también es una cuestión no planteada en su momento procesal, y además, se ha hecho en el momento en el que, concluida la fase de alegaciones, el recurrente quedaría indefenso frente a tal cuestión.

**F) Suspensión****a) En el caso de resultados contradictorios en dos piezas de suspensión idénticas, la última resolución anula la primera**

La STS de 9 de diciembre de 2000, Ar. 9414, analiza una peripecia procesal verdaderamente curiosa de esas que, afortunadamente, sólo rara vez se producen y que ha sido necesario aclarar previamente. No es habitual, en efecto, que se remitan al Tribunal Supremo, que está actuando como Tribunal de casación, dos piezas separadas de suspensión relativas al mismo recurrente y al mismo acto administrativo, siendo idénticas tam-

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

bién las pretensiones, piezas de suspensión que, no obstante haber sido acumuladas, se han seguido tramitando por separado –y, podríamos decir, de espaldas la una respecto de la otra–, hasta el punto de que en cada una de ellas han sido dictados el auto de primera decisión y el que resuelve la súplica contra el precedente, y –lo que aun es más sorprendente– otorgando la suspensión pedida en una de las piezas y denegándola en la otra. Con lo que nos encontramos con dos pares de resoluciones interlocutorias que se contradicen.

Dado que ambas piezas de suspensión debieron tramitarse de manera unitaria, el Alto Tribunal entiende que el auto de 1995 dictado en una de las piezas de suspensión, y que denegó la suspensión solicitada, ha quedado anulado por el segundo dictado en 1996, con posterioridad a la acumulación, en la otra pieza de suspensión.

### **b) En la nueva LJCA el criterio principal es el del *periculum in mora***

El ATS de 31 de octubre de 2000, Ar. 9884, ha reiterado que en el artículo 130 LJCA (de 1998) el criterio elegido para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso. Y esta exigencia viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito del *periculum in mora*. La apreciación o no de este requisito, según se desprende de lo establecido en el párrafo inicial del citado artículo, ha de efectuarse mediante una adecuada y casuística ponderación de los intereses en conflicto. Y lo decisivo será el resultado que en esa ponderación se obtenga, con el carácter indiciario y provisional que corresponde a esta fase cautelar, sobre cuál de tales intereses se revela como más prioritario, por ser su sacrificio el que presente mayor gravedad o trascendencia.

Junto a lo anterior ha de tenerse en cuenta también que la medida de la suspensión cautelar debe ser decidida sin pronunciarse sobre la cuestión de fondo que ha de constituir el objeto de valoración y decisión en el proceso principal, pues, de lo contrario, se prejuzgaría dicha cuestión, con el posible riesgo, a evitar en lo posible, de que por amparar el derecho a una efectiva tutela judicial se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el artículo 24 CE, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba. La razón de esto último es que el incidente de suspensión no es trámite idóneo que permita un adecuado debate y análisis de la controversia principal objeto del pleito.

### **c) Para suspender la ejecución de la orden de expulsión del territorio nacional deben concurrir razones humanitarias**

La STS de 20 de septiembre de 2000, Ar. 9563, considera que para acordar la suspensión de una resolución que inadmite a trámite una petición de asilo, es necesario que en el país de origen del recurrente se den circunstancias humanitarias, como son las situaciones de guerra o riesgos singulares para la seguridad e integridad personal de los solicitantes de asilo en el caso de tener que regresar a su patria debido a la privación o restricción de derechos y libertades.

## 2. RECURSO DE CASACIÓN

### A) Objeto

#### a) Es recurrible el auto que declara la falta de jurisdicción, a pesar de referirse a una cuestión de personal

El ATS de 2 de octubre de 2000, Ar. 9796, considera recurrible en casación un auto en el que se discute la jurisdicción competente –social o contencioso-administrativa– para conocer del litigio planteado, resolviendo en favor del orden jurisdiccional social, al margen de que el acto administrativo que se pretende impugnar se refiera a una cuestión de personal no susceptible de recurso de casación por no afectar ni al nacimiento ni a la extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera, ya que se trata de un concurso de traslado, y ello al considerar que la falta de jurisdicción apreciada por el Tribunal *a quo* trasciende a la cuestión de fondo, haciendo que la resolución sea impugnabile en casación, ya que efectivamente determina la imposibilidad de continuar con el recurso contencioso-administrativo pretendido.

#### b) Impugnación indirecta: nuevo régimen de la LJCA de 1998

Según el ATS de 2 de octubre de 2000, Ar. 9798, el artículo 86.3 LJCA sólo faculta para acceder a la casación cuando la sentencia recurrida ha declarado “nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general”, mientras que el artículo 93.3 de la anterior LJCA (de 1996) hacía expresa alusión al recurso indirecto. Este cambio sustancial obedece a una distinta configuración del sistema de impugnación de las disposiciones generales, que se ha producido con la introducción de la cuestión de ilegalidad, en virtud de la cual cuando la Sala de instancia estima un recurso contencioso-administrativo por considerar ilegal el contenido de una disposición general –respecto de la que no es competente para conocer en el recurso directo– debe plantear dicha cuestión de ilegalidad ante “el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición” (artículo 27.1 LJCA), ya que si el Tribunal que conoce del recurso indirecto fuera competente para conocer del directo “declarará la validez o nulidad de la disposición general” (artículo 27.2 LJCA). Por tanto, la ley distingue claramente los distintos efectos que el juicio sobre la validez de la disposición general en el recurso indirecto produce en función de que el Tribunal sea o no competente para conocer del recurso directo (artículo 27.1 y 2 LJCA).

#### c) No es recurrible la resolución relativa a la anotación en el Registro de la Propiedad de la interposición o demanda de un recurso contencioso-administrativo

La STS de 25 de septiembre de 2000, Ar. 8561, ha declarado que no cabe recurso de casación en materia de medida cautelar de anotación preventiva de la interposición del recurso contencioso-administrativo o de la demanda, pues no se halla citada como susceptible de casación en el artículo 94.1 LJCA (de 1956), sin que quepa hacer una interpretación extensiva del mismo.

### B) Procedimiento

#### a) No es posible aportar documentos nuevos

El recurso de casación es un recurso extraordinario y no una nueva instancia, de suerte que, siendo su finalidad el examen de la aplicación de las normas jurídicas que ha realizado el órgano *a quo*, son inalterables los hechos fijados por éste. En consecuencia, por la propia naturaleza del recurso de casación, resulta improcedente la práctica en él de prueba alguna.

Por esa razón, el artículo 1724 LECIV (aplicable supletoriamente al proceso contencioso-administrativo) prohíbe en el recurso de casación la aportación de documentos y cualquier alegación de hechos que no resulten de los autos. Es cierto que el párrafo segundo de ese mismo precepto permite la presentación con el escrito interponiendo el recurso de casación de los documentos que se encuentren en el caso del artículo 506 LECIV, pero el **ATS de 8 de noviembre de 2000**, Ar. 9508, nos reitera que ese precepto no es aplicable al recurso de casación introducido en el ámbito contencioso-administrativo por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal de 30 de abril de 1992, ya que, no siendo invocable en el mismo como motivo de casación el error en la apreciación de la prueba, los documentos nuevos no podrían en ningún caso ser tenidos en cuenta y valorados por el Tribunal Supremo.

#### b) Preparación: el escrito de preparación debe hacer explícito el cómo, el porqué y la forma en que se infringe la norma no autonómica

La **STS de 7 de noviembre de 2000**, Ar. 8894, se ha hecho eco de la doctrina constitucional reflejada en el ATC número 3/2000, de 10 de enero, que destaca que la interpretación del artículo 96.2 de la LJCA (de 1956) que exige 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 aun 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. 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, posición que, a su vez, justifica las exigencias del artículo 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.

**c) El escrito de interposición no puede articularse formalmente como si fuese una apelación y debe expresar los motivos y los preceptos infringidos**

La STS de 13 de marzo de 2000, Ar. 8251, ha criticado un escrito de interposición de recurso de casación cuya estructura formal es, más bien, la propia de un escrito de alegaciones en un recurso procesal que devolviera al tribunal *ad quem* la plenitud de conocimiento del litigio; en él los argumentos se esgrimen con una genérica y global conexión al motivo de casación del artículo 95.1.4 LJCA (de 1956), sin separar formalmente como motivos de casación distintos los referidos a las distintas normas jurídicas que puedan entenderse infringidas; se incluyen entre éstas algunas cuya interpretación por la sentencia recurrida no ha sido la determinante del pronunciamiento anulatorio, a modo por tanto de mera discrepancia con esa interpretación; se discrepa de las afirmaciones fácticas contenidas en la sentencia sin invocación de un motivo casacional que pudiera conducir a afirmaciones distintas; e incluso se aporta con el escrito determinada documentación que se entiende acreditativa del error en que incurren aquellas afirmaciones.

Por su parte, la STS de 7 de noviembre de 2000, Ar. 8895, ha recordado el deber de fijar el motivo en que haya de fundarse el recurso de casación, con expresión del apartado correspondiente del artículo 88.1 LJCA (de 1998); e, igualmente, si se articula el de la letra d), cuál es la norma jurídica o jurisprudencia que se considera infringida o inaplicada por la sentencia. Este rigor formal no puede ser atemperado por el principio *pro actione*, que no tiene en la casación la intensidad que se le da para el acceso a la vía jurisdiccional.

**C) Inadmisibilidad****a) Es inadmisibile el recurso fundado únicamente en el artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil**

La STS de 21 de septiembre de 2000, Ar. 8593, ha declarado la improcedencia de fundar los motivos del recurso de casación en la cita del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin hacer en ningún momento referencia al precepto adecuado al caso, cual es el artículo 95 LJCA (de 1956).

**b) Cuantía****a') Las cotizaciones a la Seguridad Social se computan por mensualidades**

La STS de 19 de septiembre de 2000, Ar. 8432, ha recordado la doctrina reiterada de esta Sala que, a efectos de determinar la cuantía en materia de cotizaciones a la Seguridad Social, la refiere al importe mensual de cada liquidación.

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

b') La excepción del artículo 86.2.b) LJCA (de 1998) requiere que el proceso se haya seguido por los artículos 114 y siguientes de la nueva Ley Jurisdiccional

Según el ATS de 9 de octubre de 2000, Ar. 9805, la excepción contenida en el artículo 86.2.b), inciso final, de la LJCA (de 1998), que determina el acceso al recurso de casación, es aplicable cuando la sentencia haya recaído en el procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales de los artículos 114 y siguientes de la indicada Ley.

### c) Personal

a') El personal estatutario no integra la excepción del artículo 86.2.a) LJCA (de 1998)

El artículo 86.2.a) LJCA (de 1998) exige para abrir el cauce casacional que se trate del nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera. Es necesario que se trate de funcionarios de carrera tal y como se define en los artículos 3 y 4 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, frente al concepto más amplio de "funcionarios públicos" de la versión anterior (de 1992) de la LRJCA. Dicha condición estricta, como ha señalado el ATS de 20 de octubre 2000, Ar. 9810, no la tiene el Personal Estatutario de la Seguridad Social, sin perjuicio de la indiscutible similitud y proximidad existente entre este personal estatutario y el personal funcionario de las Administraciones Públicas, sin bien no puede olvidarse que aquél presenta ciertas peculiaridades y caracteres específicos que le dan una estructura y consistencia propias diferenciándolos de los funcionarios administrativos en sentido estricto. De ahí que, en no pocas ocasiones, se haya hablado de que este personal estatutario venía a constituir un *tertium genus* entre los trabajadores sometidos al Derecho Laboral y los funcionarios que se rigen por el Derecho Administrativo.

b') Las cuestiones relativas a las pensiones de ex ministros no son cuestiones de personal

En la cuestión de acceso al recurso de casación, y antes al de apelación, de las sentencias dictadas en relación a pensiones de exministros, el Tribunal Supremo mantuvo una postura favorable a considerarlas como cuestiones de personal, vedando con esta consideración el acceso al recurso ante su Sala de lo Contencioso-administrativo. Sin embargo, una línea jurisprudencial constante, uniforme y consolidada, reiterada ahora por las SSTs de 9, 16, 17 y 23 de febrero de 2000, Ar. 10109, 10110, 10111 y 10113, mantienen una postura totalmente diversa y favorable a la admisión del recurso de casación. Se basan en que, a pesar de la naturaleza eminentemente pública del servicio prestado a la Administración a través de un cargo ministerial, no puede decirse que la relación que liga a estas Autoridades, ex-ministros, con el Estado haya de tener acogida en la amplia aceptación de empleados públicos, pues la función que aquéllos desempeñan es de carácter estrictamente político y no profesional, lo que implica que las cuestiones resueltas por la sentencia no pueden ser calificadas como de personal. Sin que nada obste a la aplicación de esta doctrina jurisprudencial la circunstancia de que el proceso inicial se hubiera desarrollado por el cauce del previsto para cuestiones de personal, ya que con ello ninguna indefensión se le causó al ahora recurrido, quien obtuvo una sentencia favorable, pero

sin que el error entonces producido en la tramitación pueda suponer una legitimación del favorecido por la inicial resolución para impedir el acceso a la casación eliminado la posibilidad de una revisión de lo previamente decidido.

### 3. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

#### A) El escrito de interposición debe explicitar la contradicción

La STS de 31 de octubre de 2000, Ar. 9381, nos recuerda la doctrina que afirma que, dado que el recurso de casación para unificación de la doctrina es excepcional y subsidiario respecto de la casación propiamente dicha, se produce la exigencia formal, para el Tribunal, de analizar prioritariamente la concurrencia de los requisitos exigibles para la admisibilidad del recurso, que el artículo 102.a).1 LJCA (de 1956) concreta respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiese llegado a pronunciamientos distintos, y la carga procesal para el recurrente de que su escrito de interposición sea razonado, pues deberá contener relación precisa y circunstanciada de las identidades de la contradicción alegada y la infracción que se imputa a la sentencia recurrida, por lo que sólo en el caso de que la sentencia o sentencias antecedentes que sirven de término de comparación con la recurrida sean realmente contradictorias con ésta, podrá el Tribunal Supremo casar la impugnada y resolver el debate planteado con pronunciamientos ajustados a Derecho, modificando las declaraciones efectuadas y las situaciones creadas por la sentencia recurrida.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES

## LA CUMBRE DE LA HAYA SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO

**BELÉN MARINA JALVO**

Profesora de Derecho  
Administrativo  
Universidad de Alcalá

### Sumario:

**I. Nota introductoria. II. Cambio climático y desarrollo sostenible. III. Los instrumentos de flexibilidad. IV. limitación del recurso a los instrumentos de flexibilidad. Otras alternativas.**

#### I. NOTA INTRODUCTORIA

Desde la celebración de la Cumbre de la Tierra (Río de Janeiro, 1992), en la que se abrió para la firma la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, los países firmantes se han reunido varias veces en las COP<sup>1</sup>. Una de las COP más importantes fue la que tuvo lugar en 1997, en Kioto. Según el Protocolo aprobado en esta Cumbre<sup>2</sup>, los países desarrollados deben reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en un 5,2 por ciento en el período comprendido entre los años 2008 y 2012, tomando como referencia el nivel de emisiones de 1990. Este porcentaje global de reducción se aplica después de forma singularizada, de modo que la Unión Europea se comprometió a reducir sus emisiones en un 8 por ciento (que, a su vez, implica porcentajes distintos para cada país, como es el caso de España, que no podrá aumentar sus emisiones más de un 15 por ciento en el período indicado), Estados Unidos un 7 por ciento y Japón un 6 por ciento.

La reciente celebración de la Cumbre de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP6) en La Haya, en noviembre de 2000, tenía por objeto acordar las regulaciones del Protocolo de Kioto. Sin embargo, esta Cumbre ha terminado sin lograr el objetivo pre-

(1) Siglas en inglés de Conferencia de las Partes.

La Conferencia de las Partes se reunió en Berlín, en 1995, adoptando el llamado Mandato de Berlín y remitiendo para una tercera COP la aprobación de un Protocolo para la regulación y el desarrollo de la Convención. En 1996, la COP volvió a reunirse en Ginebra, avanzando en las cuestiones que debía regular el Protocolo.

(2) Tras la Cumbre de Kioto, la COP se ha reunido en Buenos Aires (1998) y Bonn (1999) con el objeto de avanzar en el desarrollo del Protocolo de Kioto.

visto, de modo que la ratificación del Protocolo se ve retrasada nuevamente. Las causas del fracaso señalado pueden exponerse, muy brevemente, haciendo referencia, por un lado, a la insistencia de Estados Unidos en el recurso a los “instrumentos de flexibilidad” contemplados en el Protocolo de Kioto<sup>3</sup> y a su negativa a que se sancionen los incumplimientos de los objetivos fijados y, por otro lado, a la preferencia de la Unión Europea por las “medidas domésticas”, que se traducen en la reducción en origen (industria y transporte) de la emisión de los gases de efecto invernadero. Unos meses después, Estados Unidos ha anunciado su negativa a ratificar el Protocolo de Kioto de 1997, y ha justificado la renuncia a regular la emisión de dióxido de carbono haciendo referencia a su difícil situación económica actual<sup>4</sup>.

El desacuerdo con el que se ha saldado la Cumbre de La Haya, sin perjuicio de la previsión de reanudar las negociaciones dentro de unos meses, ha puesto de manifiesto la resistencia de los Estados participantes a fijar y asumir obligaciones concretas para la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, principalmente por la repercusiones económicas derivadas.

## II. CAMBIO CLIMÁTICO Y DESARROLLO SOSTENIBLE

En este estado de cosas, y dado que la actividad humana (industria, agricultura, transporte) es la principal causa del calentamiento del planeta, es preciso insistir en la necesidad de avanzar en la reducción de estas emisiones. Todo ello, sin ignorar las implicaciones económicas de este objetivo, pero sin olvidar tampoco que esta tarea no puede dejarse a la espontaneidad de las conductas humanas ni al libre funcionamiento del mercado. La conservación del medio ambiente es una función intransmisible de los poderes públicos, por lo que éstos no pueden eludir su responsabilidad en la regulación y en la sanción de las conductas contrarias a la protección ambiental. Mucho menos cuando, en la actualidad, el principio de prevención va adquiriendo importancia creciente en la reducción de los riesgos ambientales. Pues, además de la incorporación a la legislación ambiental de nuevas fórmulas preventivas, no cabe ignorar la virtualidad preventiva que están cobrando determinados instrumentos que inicialmente no fueron concebidos para tal fin. Éste es precisamente el caso de la potestad sancionadora, tanto en su vertiente administrativa como penal<sup>5</sup>. Si se prescinde de la eficacia disuasoria y represiva de la potestad sancionadora, no será posible avanzar en la consecución de los objetivos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero.

(3) Entre los citados instrumentos de flexibilidad se encuentran: compraventa de cupos de emisión; proyectos de implementación conjunta entre países desarrollados, y proyectos de desarrollo limpio, en los que un país desarrollado ayuda tecnológicamente un país en desarrollo, de modo que la reducción de emisiones lograda se aplica al primero; consideración de la gestión de masas forestales y bosques y de su efecto sumidero de gases contaminantes como proyecto de desarrollo limpio.

(4) Pese a todo, es posible que en los próximos meses puedan plantearse nuevas alternativas para la reducción de emisiones de los gases que provocan el cambio climático, circunstancia que podría llevar a Estados Unidos a reconsiderar su negativa a ratificar el Protocolo de Kioto.

(5) Sobre este aspecto, vid. J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1999, pág. 63.

En otro orden de ideas, dado que la biosfera es única, interrelacionada y ajena a jurisdicciones nacionales, todos los habitantes del planeta han de contribuir a la preservación de sus condiciones<sup>6</sup>, actuando sobre las fuentes locales que originan su alteración. En la redistribución de los beneficios y las cargas que derivan de la tarea señalada, es innegable que a los países más desarrollados les es exigible un mayor esfuerzo en la reducción de las emisiones de los gases de efecto invernadero. De consideraciones de solidaridad deriva también la necesidad de que los países menos desarrollados tengan la posibilidad de un desarrollo sostenible. En definitiva, la clave reside en hacer compatible el desarrollo económico con la protección ambiental<sup>7</sup>.

El uso de tecnologías y combustibles limpios —por citar sólo algunas de las alternativas posibles<sup>8</sup>— responde a ese equilibrio, por cuanto permite la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero sin impedir el crecimiento económico.

Por otro lado, los poderes públicos deberán actualizar los sistemas de autorizaciones y controles, de modo que permitan garantizar la observancia de unos límites cuantitativos máximos de emisión<sup>9</sup>. Para que resulte posible alcanzar los niveles obligados de reducción o estabilización de las emisiones contaminantes, será conveniente optar por intervenciones singularizadas mediante Planes y Programas, por zonas geográficas, por sectores industriales o por tipos de gases contaminantes, etc.<sup>10</sup>.

(6) Es necesario insistir, como lo ha hecho R. MARTÍN MATEO, en la nota de globalidad de los sistemas naturales y en las consecuencias que derivan de la característica señalada: "(...) los sistemas ambientales tienden a ser indefectiblemente globales y por supuesto ignoran olímpicamente la geografía política interior. Pese a la importancia de las expresadas circunstancias que ponen en entredicho los dispositivos legales tradicionales, el más novedoso rasgo del Derecho ambiental es el cambio de sujeto, los ordenamientos contemporáneos giran en torno al individuo físico, titular de derechos, al que se le garantiza constitucionalmente el disfrute de los inherentes a su condición de persona socialmente contratante. Pero los protagonistas del Derecho ambiental aún no han nacido y puede ser que no tengan probabilidad de hacerlo nunca si alteramos sustancialmente la biosfera", *El marco público de la economía de mercado*, Trivium, Madrid, 1999, pág. 335.

(7) En definitiva, como ha señalado R. MARTÍN MATEO: "La sostenibilidad es a la vez un presupuesto intrínseco para el desarrollo de los países pobres, ya que es impensable que puedan salir de tal situación si deterioran sus recursos: agua, suelo, bosques. La contaminación es en sí un despilfarro y por tanto a medio y largo plazo resta riqueza. Estas consideraciones son válidas también para las sociedades avanzadas, que podrán crecer más, económica y ecológicamente a la vez, generando combustibles limpios y equipos descontaminadores, e incrementando la productividad sobre la base de tecnologías conservadoras", *vid. El marco público... op. cit.*, pág. 326.

(8) En este sentido, la Unión Europea no ha adoptado una estrategia de conjunto, pero contempla las siguientes medidas: a) ecotasas; b) información; c) investigación; d) transportes; e) combustibles sólidos (fomento del uso limpio y eficiente de estos combustibles); f) eficacia energética y energías renovables (fomento del uso de energías renovables, de la conservación y de la intensidad de éstas); g) medidas complementarias (fomento de la cooperación internacional en el sector energético y de investigación, demostración y desarrollo tecnológico). Sobre este aspecto, *vid. R. MARTÍN MATEO, "El Derecho Ambiental en la Unión Europea. El siglo XXI. Retos y prospectiva"*, en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 190, 2000, págs. 21-23.

(9) *Vid. D. LOPERENA ROTA, "La necesidad de una nueva Ley Básica de Protección de la Atmósfera"*, en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 153, 1997, pág. 127.

(10) Por lo que respecta al seguimiento de los gases de efecto invernadero en la Unión Europea, la Decisión del Consejo de 24 de abril de 1999, considera de vital importancia poder evaluar con exactitud y regularidad el grado de progreso

### III. LOS INSTRUMENTOS DE FLEXIBILIDAD

Dado que la necesidad de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero es incuestionable, la legislación ambiental deberá arbitrar las medidas oportunas a tal efecto. En este sentido, conviene tener presente que el Derecho ambiental experimenta constantes innovaciones, unas veces para adaptarse a los avances científicos y técnicos, y en otras ocasiones para introducir mayor flexibilidad en la elección de las alternativas posibles. Por tanto, no debe extrañar que en el Protocolo de Kioto se haya previsto un conjunto de “mecanismos de flexibilidad”<sup>11</sup> que ya hemos señalado: compraventa de cupos de emisión, actuaciones conjuntas entre países desarrollados o entre éstos y países en vías de desarrollo.

En principio, no hay por qué desdeñar sin más las posibilidades que ofrecen los denominados “instrumentos de flexibilidad”, en la medida en que pueden suponer un complemento de los mecanismos tradicionales de intervención y protección ambiental. La característica fundamental de estos nuevos instrumentos es la libertad que ofrecen al afectado para decidir si adopta una conducta deseada por el Estado, así como para la elección del modo de conseguir los objetivos previamente determinados<sup>12</sup>. Además, en los denominados “instrumentos de flexibilidad” se aprecia también un componente económico, ya que permiten contaminar a cambio del pago de una determinada cantidad o de la realización de una inversión tecnológica. Desde esta perspectiva, los citados instrumentos constituyen un ejemplo de aplicación del principio “quien contamina, paga”.

Junto a los instrumentos señalados, otro de los caballos de batalla de la Cumbre de La Haya ha sido la posibilidad de aprovechamiento de los bosques como depósitos naturales de los gases de efecto invernadero. Tampoco parece que ésta sea una alternativa que deba ser desechada de entrada<sup>13</sup>.

obtenido respecto a los compromisos que atañen a la Comunidad con arreglo al Protocolo de Kioto, por lo que ordena a los Estados miembros la elaboración, publicación y aplicación de programas nacionales de limitación o reducción de emisiones antropogénicas por fuentes y la mejora de eliminación por sumideros, lo que afectará como mínimo a los gases de efecto invernadero: dióxido de carbono, metano, óxido nítrico, hidróflor carbono y hexafluoruros de azufre.

(11) A veces, este tipo de instrumentos también reciben la denominación de “formas de dirección indirecta”. Teóricamente estos nuevos mecanismos dejan más libertad que los instrumentos tradicionales de policía, resultan menos costosos económicamente y pueden tener más presión modernizante, vid. M. KLOEPFER, “En torno a las nuevas formas de actuación medioambientales del Estado”, *Documentación Administrativa*, 235-236, 1996, pág. 36.

(12) Vid. M. KLOEPFER, “En torno a las nuevas formas...”, *op. cit.*, pág. 44.

(13) No parece adecuado cerrar las puertas a las posibilidades que pueden derivar de la creación de nuevos sumideros de gases y del fomento y conservación de los depósitos naturales de estas emisiones. De ahí la conveniencia de preservar las masas forestales y los océanos, así como de avanzar en la investigación de las relaciones que existen entre el aire y el agua, vid. M. T. CARBALLEIRA RIVERA, “El cambio climático. Análisis científico y jurídico del problema de la emisión de gases de efecto invernadero”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 156, 1997, pág. 171.

#### IV. LIMITACIÓN DEL RECURSO A LOS INSTRUMENTOS DE FLEXIBILIDAD. OTRAS ALTERNATIVAS

Ahora bien, no todo son ventajas en la aplicación de los mecanismos a los que se ha hecho referencia<sup>14</sup>. Por un lado, hay que tener en cuenta que: “(...) los instrumentos económicos viven también de la ilusión de la susceptibilidad de cuantificación y, en último término, de compraventa de todos los bienes de este mundo, lo que (no sólo) en la protección ambiental constituye, en tales términos de generalidad, un error. El interrelacionado medioambiente no es (totalmente) predecible. ¿Se puede proceder sin más o precisamente de forma ilimitada ‘tirando de chequera’ en materia de exigencias medioambientales?”<sup>15</sup>. Por otro lado, el recurso a este tipo de instrumentos no supone un incremento de la reducción global de las emisiones, pues, en realidad, sólo uno de los sujetos de la cesión o de la acción conjunta contribuirá de modo efectivo a dicha reducción.

No menos problemas plantea la consideración del efecto sumidero de las masas forestales. En primer lugar, existe incertidumbre en torno al efecto absorbente de los bosques, ya que si su plantación resta carbono a la atmósfera, si el bosque se quema, el carbono volvería de nuevo a ésta. En segundo lugar, no es posible desconocer la dificultad de cuantificar –en términos de reducción de las emisiones a la atmósfera– el efecto de los bosques como sumideros de gases que inciden en el calentamiento global. Teniendo en cuenta lo que acaba de señalarse, no es extraño que en La Haya no se alcanzase un acuerdo sobre la posibilidad de considerar o no la reforestación como proyecto de desarrollo limpio.

Todo lo expuesto permite comprobar la incertidumbre que rodea a los “instrumentos de flexibilidad” contemplados por el Protocolo de Kioto. Por tanto, el recurso a dichos instrumentos no puede estar exento de cautelas. El esfuerzo que los países desarrollados deben hacer para la reducción de emisiones ha de centrarse principalmente en las “medidas domésticas”. Se trata de prestar atención a las actividades que originan las emisiones contaminantes, utilizando tecnologías, materias primas y combustibles limpios. No es conveniente otorgar a los instrumentos de flexibilidad un elevado protagonismo en la

(14) En cuanto al origen del planteamiento y a la problemática de la aplicación de este tipo de instrumentos, conviene recordar que ya en los trabajos preparatorios de la Cumbre de Río, existió conflicto entre los países industrializados –OPEP, EEUU y Canadá– y los países en vías de desarrollo, por la negativa de los primeros a incrementar hasta el 0,7 por ciento del PIB la ayuda exterior a fin de garantizar el desarrollo sostenible de los segundos. Frente a esto, los países industrializados inclinaron las negociaciones hacia las denominadas “aplicaciones conjuntas” de la reducción de emisiones, que se traducen en la transferencia de tecnología o de recursos financieros destinados al objetivo señalado. La reducción efectivamente conseguida se computaría a favor del accionante y no del receptor. Por su problemática, esta propuesta quedó aplazada hasta el año 2000, fecha a partir de la cual las aplicaciones conjuntas tendrían que ser reconocidas como tales por los dos Gobiernos implicados y por las Comisiones correspondientes de la Convención para su adjudicación como crédito del accionante, *vid.* M. T. CARBALLEIRA RIVERA, “El cambio climático ...”, *op. cit.*, pág. 182.

(15) *Vid.* M. KLOEPFER, “En torno a las nuevas formas...”, *op. cit.*, pág. 44.

tarea de reducción de los gases de efecto invernadero. Sólo cabe recurrir a este tipo de instrumentos de forma secundaria y limitada<sup>16</sup>.

En cualquier caso, la aplicación de la medidas domésticas (reducción de las emisiones en su origen) no ha de resultar necesariamente inviable y exenta de toda compensación. En este sentido, no hay que olvidar que el Derecho ambiental contempla también otras alternativas, como son las denominadas técnicas de mercado (ecotasas, ecoauditorías, etc.), que permiten obtener un beneficio económico por las inversiones realizadas para la mayor compatibilidad ambiental de productos y procesos productivos<sup>17</sup>.

(16) Vid. M. KLOEPFER: "Con carácter general debe advertirse, en la comparación entre los instrumentos económicos y los del Derecho de policía o intervención, frente al malentendido según el cual los primeros podrían sustituir a los segundos. Frente a las ventajas descritas de la dirección indirecta de las conductas surgen también, precisamente en el caso de los llamados instrumentos económicos (...), inconvenientes de peso, a saber, la necesaria pesantez y la inseguridad y carácter incompleto de la eficacia de estos instrumentos de dirección. El empleo de estos instrumentos debe excluirse, por ello y de principio, en aquellos casos en los que un medio ambiental (por ejemplo, un lago antes del vuelco de una embarcación) aparece tan amenazado que la aplicación de remedio de forma rápida, segura y sin exclusiones se ofrezca como imperativa. Si el bien ambiental amenazado está protegido constitucionalmente, al legislador le está prohibida, por la inseguridad de su eficacia, la protección exclusiva mediante instrumentos económicos. Sólo es considerable por ello en tales supuestos una protección a través de instrumentos económicos complementaria del instrumental propio de la policía o intervención", "En torno a las nuevas formas...", *op. cit.*, pág. 44.

(17) R. MARTÍN MATEO se pronuncia en este sentido, señalando que, en relación con la mejora de las condiciones ambientales a través del mercado, tiene mayor interés la obtención de ventajas competitivas por los oferentes de productos que incorporan progresos ambientales, que la supuesta comercialización de los permisos para contaminar (el autor contempla aquí la posibilidad prevista por la legislación norteamericana sobre contaminación atmosférica), que a lo sumo producirá modestos progresos a escala nacional, *vid.* "El marco público...", *op. cit.*, pág. 327.

# Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

## J. BENTHAM

### Nomografía o el arte de redactar leyes

[Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, Edición y estudio preliminar de Virgilio Zapatero, traducción de Cristina Pabón, 144 páginas]

JAVIER GARCÍA ROCA

Siempre es grato hacer accesible al público a un clásico recientemente traducido. El texto de BENTHAM, aparecido entre 1838 y 1843, goza de la perspicacia y profundidad de toda su obra, en general y, en particular, de la destinada al Parlamento. Aunque, no oculto, que utiliza un lenguaje que la propia traductora califica como tortuoso, no es, pues, un libro sencillo de leer, pero sí muy provechoso. Virgilio ZAPATERO incorpora a la traducción un interesante estudio previo sobre el arte ilustrado de legislar.

La cuestión constituía entonces un territorio inexplorado y es hoy todavía un problema no suficientemente estudiado, pese a lo mucho que hemos avanzado en España en los estudios de técnica legislativa y sobre la calidad de las leyes en los últimos años. BENTHAM razona con su habitual y poderosa maquinaria de argumentación sobre el fin que la ley persigue. Y acerca de sus imperfecciones tanto las que llama “primarias” (irrecognoscibilidad, ambigüedad y oscuridad, voluminosidad) como “secundarias” (incertidumbre, redundancia, prolijidad, complejidad o embrollo, carencia de ayudas en la intelección, colación inadecuada o desordenada). Así como sobre los posibles remedios de cada uno de estos vicios y la mejora del lenguaje jurídico. Su lectura provoca las sugerentes reflexiones que el

distanciamiento produce en los juristas, ya que, en muchos extremos, los problemas y las soluciones siguen siendo las mismas. Acaso porque la naturaleza de la ley, pese a sus fuertes transformaciones, no es en esencia tan distinta a la de la cultura ilustrada que hemos heredado en el constitucionalismo. No vendría mal su lectura por quienes participan en la función legislativa.

## E. LUCAS MURILLO

### Comunidades Autónomas y política europea

[Civitas- IVAP, Madrid, 2000, 153 páginas]

JAVIER GARCÍA ROCA

Otro estudio sobre la participación de las Comunidades Autónomas en la integración europea a la luz del reparto interno de competencias territoriales, tema de actualidad, pero realizado desde una perspectiva preocupada por la efectividad de los mecanismos. Un asunto al que nuestro ordenamiento no ofrece una óptima solución, pese a la reformas de los últimos años que se revelan insuficientes. El autor analiza la inadecuación del Senado para los fines pretendidos, las insuficiencias de la cooperación en este extremo, y valora críticamente el modelo vigente, incluida, la Conferencia para Asuntos relacionados con la Comunidad Europea. Propone un replanteamiento del sistema desde la lógica de un principio de participación efectiva, en las instituciones comunitarias: sesiones del Consejo de Ministros y Comités de la Comisión.

**R. JIMÉNEZ ASENSIO****La Ley Autonómica en el sistema constitucional de las Fuentes del Derecho**

[Marcial Pons-Instituto Vasco de Administración Pública-Instituto de Estudios Autonómicos, Madrid/Barcelona, 2001]

RAFAEL BUSTOS GISBERT

Resulta reconfortante, para quienes hemos estudiado en alguna ocasión problemas concretos de la descentralización política, encontrar trabajos que, más de 20 años después de la puesta en marcha del Estado autonómico, realicen análisis serios y novedosos de cuestiones nucleares de la descentralización política. La monografía del Profesor JIMÉNEZ ASENSIO es uno de tales trabajos. Aborda en sus páginas una cuestión esencial como es el papel de la ley autonómica en el sistema constitucional de las fuentes del Derecho. No se trata de un tema que no haya sido en absoluto tratado por la doctrina, pero las perspectivas eran diferentes (se estudiaba la potestad legislativa y no la fuente en sí misma) o, simplemente, parciales por estudiar sólo algunos aspectos concretos del tema. En la monografía de la que damos noticia se pretende un análisis global de la fuente que exceda la aproximación exclusivamente formal al concepto de ley autonómica pues, como apunta el autor, un estudio de este tipo es insuficiente para aprehender la verdadera naturaleza autonómica. Se adentra, por tanto, en el problema de la noción material de ley autonómica. No en el sentido del viejo *concepto material de ley* de la iuspublicística alemana de fines del siglo XIX, sino en el sentido de que el estudio formal del concepto debe completarse con el examen de los contenidos de la ley autonómica. Ello

requiere un encomiable doble esfuerzo del autor. Por una parte, exige un profundo conocimiento de los aspectos más técnicos y difíciles de la descentralización como es la concreta articulación de la distribución de competencias en el Estado autonómico. Por otra parte, requiere enfrentarse a prácticamente todas las cuestiones problemáticas de la distribución de poderes en España (las competencias horizontales, la dicotomía bases-desarrollo, los límites genéricos a las competencias autonómicas como el territorio, los principios del Estado autonómico o el interés general), especialmente si, como hace el autor, se completa tal estudio con el papel de la ley autonómica en el marco de la integración de ordenamientos de diferente procedencia (lo que implica examinar el papel de la ley autonómica en la trasposición de la normativa europea o el tan debatido alcance de la cláusula de supletoriedad). El profesor JIMÉNEZ ASENSIO sale airoso de este reto. Se adentra en los diferentes problemas con seriedad y rigor proponiendo soluciones interpretativas en todos los casos. Con independencia de que compartamos o no todas sus tesis (en ocasiones intencionadamente provocativas) es evidente que sus propuestas generan en el lector la reflexión y suscitan el debate interpretativo que el autor pretende y defiende ya desde la introducción. Consigue así, su objetivo, pues, y esto es algo que no debemos olvidar, la unanimidad nunca puede ser la finalidad de un trabajo científico serio.

**F.J. DÍAZ REVORIO****Las Sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional**

[Lex Nova, Valladolid, 2001, 342 páginas]

ALFREDO ALLUE BUIZA

Como afirma en el Prólogo, el profesor LÓPEZ GUERRA, la obra se enfrenta con una de las cuestiones posiblemente más complejas y decisivas relativas a la jurisdicción constitucional: La presencia y pertinencia de las llamadas sentencias interpretativas y,

muy especial, la variedad que presentan las sentencias aditivas. Puede parecer un fenómeno —el de las sentencias interpretativas— aparentemente menor, pero, sin embargo, representen éstas “únicamente la punta o parte descubierta de un iceberg conceptual mucho más profundo y voluminoso, referido al papel que efectivamente el Tribunal Constitucional cumple en la práctica, desbordando el marco teóricamente kelseniano en el que aún, y como justificación doctrinal, se sigue encuadrando, al menos académicamente, la jurisdicción constitucional”. No apareciendo así como tema central de defensa directa de la Constitución sino en intérprete de la misma y consiguiendo en intérprete de la ley.

La obra se estructura en cuatro partes diferenciadas. Arranca con un estudio acerca del objeto de control (disposición y norma) para pasar a analizar de manera pormenorizada el concepto, tipología y efectos de las sentencias interpretativas y, de entre ellas, las llamadas sentencias “manipulativas”; dedicando en el Capítulo III el estudio a la subespecie de las sentencias aditivas, cuya finalidad es paliar las omisiones legislativas, así como los diversos supuestos que se plantean (aditivas de inconstitucionalidad parcial, aditivas de interpretación extensiva o analógica, estimatorias y desestimatorias). Finalmente, el Capítulo IV está dedicado a las Sentencias interpretativas y las relaciones entre Tribunal Constitucional, tribunales ordinarios y legislador.

Para el autor, en relación a las sentencias interpretativas en general, lo que hace el Tribunal Constitucional es pronunciarse no sólo sobre el texto sino también sobre su contenido normativo, entendiendo que parte de ese contenido es inconstitucional, pero sin que ésta afecte al texto, basándose en el principio de conservación de normas. Las sentencias interpretativas discriminan, entre varias interpretaciones, las que son constitucionales y las que no lo son. Sobre las sentencias aditivas en particular, algunas de ellas declaran la inconstitucionalidad de una norma de exclusión implícita, mientras que otras se limitan a realizar una interpretación extensiva o analógica del precepto

impugnado. La legitimidad de las sentencias aditivas debe ser consecuencia de las exigencias constitucionales, que puede implicar no sólo una solución aditiva única, sino también permitir un margen de discrecionalidad en la adición y sólo invadir competencias legislativas si dicha adición permite la adopción de una decisión discrecional y ésta es tomada por el Tribunal Constitucional. En definitiva (aunque podríamos apuntar más conclusiones que hace el Autor, con denodado rigor jurídico), la razón última que empuja al TC a dictar sentencias tanto manipulativas como aditivas es hacer efectiva la supremacía constitucional y para someter al control de constitucionalidad las omisiones de la ley. Un “estado de necesidad”, en palabras de ZAGREBELSKY, que obliga a formular “sentencias-ley”.

**J.A. MORENO MOLINA**

**Nuevo régimen de contratación administrativa. Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tras el RD Leg. 2/2000, de 16 de junio**

[La Ley, Madrid, 2000, 1.064 páginas]

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

Apenas publicado en el Boletín Oficial del Estado el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 16 de junio de 2000, apareció en el mercado esta singular obra de comentario a la misma. Obra objeto ahora de breve reseña, que, en efecto, es especial, pues ocupa un lugar propio dentro de los demás trabajos de comentarios a la Ley de Contratos, y que complementa a la primera edición de este trabajo, que se centró en el estudio de las importantes reformas introducidas en la Ley de Contratos por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre.

El hecho de que este libro no puede pasar inadvertido se constata ya en la portada del

mismo. El autor de estos Comentarios, el Profesor MORENO MOLINA, es un destacado experto en contratación administrativa, como avalan sus múltiples y siempre interesantes trabajos sobre esta materia. Ello ya nos pone sobre aviso del rigor de la obra, que, por otro lado, está prologada por el Profesor Luis ORTEGA.

Pero, además, cuando nos adentramos en el libro, comprobamos cómo nuestras expectativas no se ven defraudadas. La obra se inicia con una introducción en donde el autor da cuenta de la reciente evolución de la normativa sobre contratación pública en el ordenamiento español. A continuación, se procede a realizar un concienzudo análisis de cada uno de los preceptos del texto legal, recogiendo asimismo las concordancias de los mismos con los artículos de la misma norma y con todas las disposiciones nacionales y comunitarias pertinentes. Además, en cada precepto se relacionan y se estudian la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —especialmente activo en materia de contratación pública—, así como los dictámenes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y del Consejo de Estado.

Por todo ello, más allá de constituir un mero libro de Comentarios a una Ley, estamos ante un verdadero Tratado de Contratación Administrativa, de indispensable consulta para todo aquel que tenga que relacionarse con este sector que se encuentra en proceso constante de evolución.

Finalmente, como la obra tiene también la vocación de ser útil a la práctica administrativa, concluye con un capítulo dedicado a formularios de la Administración, realizado por F. PLEITE GUADAMILLAS, Doctor en Derecho y Técnico Superior de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

J. PONCE SOLÉ

**Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad**

[Lex Nova, Valladolid, 2001, 862 páginas]

LEX NOVA

La existencia de discrecionalidad administrativa, ¿demanda que se tome la mejor decisión posible? y, en caso de que así se entienda, ¿le corresponde algún papel al Derecho Administrativo en el logro de ese objetivo? ¿o por el contrario el Derecho Administrativo debe permanecer indiferente, al ser esa cuestión ajena al ámbito de las preocupaciones jurídicas?

La monografía objeto de esta recensión aborda todas estas cuestiones, respondiendo afirmativamente a las dos primeras preguntas y negativamente a la última, rechazando, de este modo, un enfoque tradicional que sustentaría la inhibición del Derecho público en los temas conectados al *management*, los cuales quedarían, así, en el ámbito exclusivo de otras especialidades, como la Ciencia de la Administración, la Ciencia Política o la Economía. Partiendo de estos postulados, el trabajo se revela, prácticamente, como un tratado sobre el moderno papel del procedimiento administrativo, en el que los estudiantes de las diversas ramas del saber conectadas con el fenómeno administrativo, los juristas, los gestores públicos y los interesados en la actividad administrativa, en general, encontrarán un análisis de concretas problemáticas y la apertura de nuevas líneas de reflexión en torno al proceso de toma de decisiones públicas.

La obra cuenta con un sugerente prólogo del profesor Joaquín TORNOS MAS, prestigioso y reconocido experto en Derecho público, autor de relevantes trabajos en el ámbito de la discrecionalidad administrativa y de su control judicial. El análisis se estructura en torno a seis capítulos, distribuidos en dos partes diferenciadas, que ofrecen una visión novedosa y un tratamiento profundo de las cuestiones tratadas. A lo largo de sus páginas, el trabajo adopta un innovador punto de vista jurídico sobre la discrecionalidad y el procedimiento administrativo. Recogiendo el guante del apasionante debate sobre los límites del control judicial de la discrecionalidad que ha tenido lugar en España durante la pasada década, se propone un nuevo modo de ver el procedimiento administrativo, como institución jurídica que puede coadyuvar decisivamente al logro de decisiones discrecionales acertadas en su servicio a los intereses generales, compensando, así, tanto el progresivo debilitamiento de la dirección normativa de la actividad administrativa como las limitaciones constitucionales intrínsecas al control judicial sobre el núcleo de lo discrecional.

Partiendo de una interpretación sistemática de la Constitución de 1978, el trabajo revela la existencia de una serie de auténticos deberes jurídicos de medios que deben ser cumplidos en el desarrollo de la actividad administrativa. Estos deberes son sintetizados en el que se denomina *deber de buena administración*, siguiendo una terminología arraigada ya históricamente en nuestra legislación de contratos, que viene siendo empleada crecientemente por nuestra jurisprudencia contenciosa en diversos ámbitos. Debe notarse que esta terminología también es utilizada en otros países de nuestro entorno y por el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, empleo que ha cristalizado recientemente en el *derecho a una buena administración*, previsto en el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en la cumbre de Niza, celebrada el 7 de diciembre de 2000.

El deber de buena administración en España, cuyo contenido es desarrollado en detalle, se articula téc-

nicamente como una obligación jurídica —en específicas y concretas relaciones jurídicas, por tanto— mediante la legislación procedimental común, recientemente modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, incorporada en el análisis. Desde la afirmación de la existencia de una obligación jurídica de seguimiento de un *procedimiento administrativo debido*, obligación de medios que es identificada y definida, el estudio, utilizando diversos modelos comparados y la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de nuestro Tribunal Constitucional y de nuestro Tribunal Supremo, afirma la necesidad de un comportamiento procedimental diligente en el despliegue de las potestades, cuyo logro es tarea tanto del legislador como, obviamente, de la propia Administración actuante en cada caso como del control que sobre el modo de desarrollo de la actividad administrativa desplieguen las instituciones correspondientes, especialmente los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Cuestiones claves como, por ejemplo, el *diseño procedimental* y su relación con los *derechos fundamentales*, el alcance de la necesaria *simplificación administrativa*, ahora en boga, pero que, como se argumenta, no deja de presentar también sus peligros y tiene sus limitaciones jurídicas, la *mediación* a través del procedimiento administrativo y la figura del instructor o el control judicial de la actividad procedimental y del resultado final del ejercicio de las potestades —a la luz de las modificaciones operadas por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuyo nuevo sistema de *medidas cautelares* es conectado con el control de la actividad procedimental que es objeto de análisis— son tomadas en consideración detenidamente a lo largo del estudio.

Todo ello se realiza en el marco de continuas referencias a específicos ámbitos de actuación administrativa (urbanismo, medio ambiente, educación,...), en los que se analizan las regulaciones sectoriales vigentes y la más reciente jurisprudencia relevante recaída en

relación con las mismas. En todo momento se realiza el esfuerzo de encajar los concretos ejemplos sectoriales en el seno del marco jurídico conceptual que se va construyendo. Esta labor transversal pone de relieve, continuamente, el crucial papel del procedimiento

administrativo y de la motivación, como factores de *calidad* y, en definitiva, de legitimación, de la actividad administrativa en nuestra moderna, compleja y crecientemente plural, desde un punto de vista cultural, sociedad.

# N O T A S