



Justicia
Justicia

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

Administrativa
Administrativa

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón

editorial

LEX NOVA

REVISTA

Justicia Administrativa

CONSEJO ASESOR

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

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

SECRETARÍA TÉCNICA

Margarita Beladiez Rojo

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

© LEX NOVA 2001

EDICIÓN	EDITORIAL LEX NOVA, S.A. General Solchaga, 48 47008 Valladolid
TELÉFONO	902 457 038
FAX	983 457 224
E-MAIL	atn.cliente@lexnova.es
IMPRESIÓN	Simancas Ediciones
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 Directiva-marco sobre el agua: el fin del proceso decisorio y el inicio del aplicativo**
BEATRIZ SETUAÍN MENDÍA

[33] **El organismo de derecho público y el concepto comunitario de administración pública**
MARIO P. CHITI

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

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

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

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

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

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

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

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

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

[183] **IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**
E. LÓPEZ MENUDO

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

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

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

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

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

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

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

DOCUMENTACIÓN:

[311] **Las inesperadas consecuencias de la contractualización de las retribuciones de los funcionarios públicos**
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

[327] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

La Directiva-marco sobre el agua: el fin del proceso decisorio y el inicio del aplicativo

BEATRIZ SETUAIN MENDÍA

Profesora Asociada
Doctora de Derecho
Administrativo
Universidad de Zaragoza

Sumario:

I. Antecedentes: las disfunciones en la gestión de las aguas y la iniciación de actuaciones comunitarias en pro de su superación. II. El cuerpo de la Directiva-marco 2000/60/CE: identificación de sus aspectos esenciales. III. Una constatación previa a su análisis: el contenido de la Directiva-marco se circunscribe, en su práctica totalidad, al aspecto ambiental de las aguas. Remisión. IV. El alcance material de la Directiva-marco: las aguas destinatarias de sus previsiones. V. La opción por la cuenca hidrográfica como división básica idónea para la realización de actuaciones hidráulicas. La importancia de los instrumentos planificadores.

1. Las cuencas hidrográficas y su inclusión, a efectos de gestión comunitaria de las aguas, en demarcaciones hidrográficas. a) Los conceptos de cuenca y de demarcación hidrográfica contenidos en la Directiva-marco. La plural tipología de estas últimas y su reflejo y efectos en nuestro Estado. b) Las autoridades competentes para la aplicación en cada demarcación hidrográfica de las normas contenidas en el texto comunitario. 2. La importancia de los instrumentos de programación y planificación. a) Los programas de medidas. b) Los planes hidrológicos de cuenca. **VI. La ya adelantada esencialidad de los contenidos ambientales en el corpus de la Directiva-marco.** 1. Los objetivos ambientales de la Directiva-marco. 2. La adopción del enfoque combinado valores límite de emisión/objetivos de calidad para el control de la contaminación del agua: las dificultades para percibir su alcance real. **VII. El viso económico de la Directiva-marco: la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua. VIII. Las ordenaciones aplicativas de la Directiva-marco. IX. A modo de síntesis final. Anexo: plazos máximos previstos en la Directiva-marco.**

I. ANTECEDENTES: LAS DISFUNCIONES EN LA GESTIÓN DE LAS AGUAS Y LA INICIACIÓN DE ACTUACIONES COMUNITARIAS EN PRO DE SU SUPERACIÓN

La publicación en el DOCE de 22 de diciembre de 2000 de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (comúnmente conocida como Directiva-marco) supone, por fin, la plasmación en el mundo del Derecho de un texto normativo largamente anunciado, objeto de sucesivas modificaciones y aplazamientos en su fase de Propuesta y, por ende, resultado de un proceso de codecisión entre las dos instancias citadas particularmente tormentoso y extenso en el tiempo¹. De ello son buena muestra los casi cuatro años transcurridos desde la presentación por la Comisión de la Propuesta originaria hasta la materialización de la misma —con plurales variaciones— en el plano jurídico; período este en el que no han faltado, en diversos terrenos, los comentarios, análisis e, incluso, disputas dialécticas en torno a sus eventuales contenidos, y en las que el único elemento pacífico parece haber sido el relativo a la necesidad real de aprobar una norma global que, como ésta, establezca un marco de actuación sobre política hidráulica común a todos los Estados integrantes de la Unión, con el fin de homogeneizar en todos ellos, y en la medida de lo posible, la situación existente en relación con el recurso agua².

De hecho, y en línea con lo dicho, no puede negarse que la preocupación por la unificación dispositiva en torno a las aguas comunitarias, derivada de la constatación de severas diferencias entre los diversos Estados no achacables en exclusiva a cuestiones de índole física o climatológica sino, asimismo, a los diferentes *modus operandi* escogidos por aquéllos al elaborar sus políticas en la materia, es detectable en el ámbito europeo desde hace ya algún tiempo. Sobre todo, en lo que se refiere al aspecto cualitativo del recurso; problema este en el que parece situarse hoy el punto de mira de las inquietudes del Derecho hídrico comu-

(1) Es interesante destacar que la Directiva-marco sobre aguas ha sido aprobada siguiendo el específico proceso de codecisión entre Parlamento y Consejo recogido en el artículo 251 TUE. Proceso que, pese a su complicación —léase este precepto y se comprobará la multitud de fases, subfases, supuestos particulares y plazos que lo componen—, y tal y como advirtió en su momento C.F. MOLINA DEL POZO, va convirtiéndose cada vez en más habitual, en la medida en que da cabida en el sistema de producción normativa a una instancia —el Parlamento— que, a diferencia de Comisión y Consejo, no goza de potestad originaria en este sentido (cfr. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Trivium, Madrid, 1997, págs. 474-475). De acuerdo con el mismo, es la Comisión la que propone originariamente el texto a aprobar, siendo Consejo y Parlamento, conjuntamente, los que disponen finalmente tal asentimiento, pudiéndose, en caso de desacuerdo, llegar a conformarse un Comité mixto de Conciliación con el fin de adoptar una posición común que, de no darse, supondría el cese definitivo de cualquier expectativa de nacimiento final de la Propuesta de norma. En el caso de la Directiva-marco, y como ha sido puesto de manifiesto *supra*, el procedimiento de aprobación fue complicado, teniéndose que llegar finalmente a esta fase de conciliación que, por suerte, se saldó con la adopción de una posición común aceptada y ratificada *in fine* por ambas instancias.

(2) Introduzco la apostilla “en la medida de lo posible” a la vista de la matización formulada por S. MARTÍN-RETORTILLO, para quien las características físicas concurrentes en cada uno de los Estados miembros deben establecer límites *ab initio* a la pretensión unificadora referida. De este modo, y en su atención, ha de rechazarse la fijación de unas inflexibles determinaciones de incontestable aplicación general, debiendo permitirse, por contra, la entrada entre aquéllas de las individualizaciones que, en cada caso, sean precisas. Vid. “Acotaciones sobre el ‘nuevo’ Derecho de aguas”, REDA, 101, 1999, pág. 13.

La Directiva-marco sobre el agua

nitario. Buena muestra de ello son, en un plano testimonial, las declaraciones en este sentido pronunciadas en los Seminarios Ministeriales sobre política de aguas de Francfort (1988) y La Haya (1991) o las Resoluciones del Consejo de 28 de junio de 1988, 25 de febrero de 1992 y 20 de febrero de 1995, mientras que, ya en la esfera de la iniciativa normativa, cabe identificar la presentación por la Comisión, en 1993, de una Propuesta de Directiva sobre calidad ecológica del agua, cuyo objetivo, como su propio nombre indica, es garantizar la obtención de aquélla en todas las aguas superficiales de la Comunidad³.

Estas actuaciones que acaban de citarse, junto con otras que por su significación serán objeto de mención a renglón seguido, son las que señalan, ya de principio, el dato irrefutable de que un texto de la sustantividad de la Directiva-marco no puede surgir de la nada. Efectivamente; tanto la convicción profunda y general sobre la necesidad de mejorar la situación física y las regulaciones existentes en torno al agua —a nivel comunitario y a nivel interno de cada Estado—, así como la ya vista iniciación de acciones normativas en esa precisa dirección han de ser, de modo obligado, las piedras de toque sobre las que fundamentar formalmente el origen del texto que nos ocupa. Al punto de que el cuerpo de aquella Propuesta de Directiva sobre calidad ecológica de las aguas debiera haber sido, a sugerencia del Consejo, el hito del que partir para la elaboración de la Directiva-marco; sugerencia rechazada por insuficiente por Parlamento y Comisión en sus respectivas valoraciones sobre la Comunicación “La política de aguas en la Comunidad Europea”⁴ pero ya en sí misma suficientemente indicativa de la inquietud por la realización de actuaciones en este sentido.

Paradojas del destino, a la postre habría de ser, precisamente, esta Comunicación de la Comisión a Consejo y Parlamento —resultado, a su vez, de la solicitud formulada por éstos a la primera en pro de una revisión de la política hidráulica comunitaria seguida hasta el momento— la que ha terminado considerándose como predecesora *inmediata* de Directiva-marco. Y ello en la medida en que en la misma era dable detectar todos los aspectos problemáticos demandantes de la aprobación de un instrumento de este calibre, a la par que formulaba el esquema orientativo de un texto (se supone que, precisamente, el que habría de concluir en aquélla) que permitiese superarlos. Siguiendo por su claridad la exposición que de la cuestión lleva a cabo A. FANLO LORAS, el diagnóstico de la Comisión manifestado en el contenido de su Comunicación no puede ser más concluyente: es mucho lo que resta por hacer en materia de protección del medio acuático. Más cuando se considera que, en la Unión Europea, la política de aguas es un ámbito de competencias compartidas que impone la consecución de objetivos globales a través de una mezcla de medidas adoptadas a nivel de los Estados miembros y de la Comunidad; medidas de demanda ya presente e inmediata respuesta, dada la obsolescencia de muchas de las Directivas en relación con la materia⁵.

(3) Sin embargo, y como destaca F. DELGADO PIQUERAS (“La protección ambiental de las aguas continentales”, trabajo incluido en L. ORTEGA ÁLVAREZ (Director) *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, Lex Nova, Valladolid, 2000, 2ª edición, pág. 155), la idea de la prosecución de aquella iniciativa ha de entenderse definitivamente desechada, en tanto que su contenido, mejorado y superado, pasó a formar parte de la más ambiciosa Propuesta que suponía la elaboración de la Directiva-marco recién aprobada.

(4) Así A. FANLO LORAS, “La protección de las aguas”, NUE, 153, 1997, págs. 30-31.

(5) En estos términos, vid. mi trabajo *El régimen jurídico de las aguas residuales. Perspectivas de la Comunidad Autónoma de Aragón*, Ed. Egido, Zaragoza, 1998, pág. 23.

Las críticas a este texto no se hicieron esperar. Si bien todas las instituciones consultadas se manifestaron conformes con la idea nuclear de aprobar una Directiva-marco como modo óptimo de acometer la nueva estrategia comunitaria en materia hídrica, no fueron de la misma opinión en lo que respecta al contenido que, del esquema de la misma, planteó la Comisión. Como señala nuevamente el autor precitado, especialmente reprobador se mostró el Parlamento quien, en su Resolución de 23 de octubre de 1996, critica duramente el diseño presentado por aquella, por entender que el mismo adolece de defectos tan flagrantes como la ausencia de una definición delimitada y con priorización de objetivos y medidas de la estrategia hidráulica global a seguir, la no procedencia a una simplificación de la normativa vigente en la materia y, sobre todo, la no fijación, en el marco de un enfoque combinado, de unos valores límite de emisión rigurosos y unificados complementados por unos objetivos de calidad de las aguas, cuestión esta última que, a juicio de aquella instancia, es insoslayable si se quiere llegar a una protección eficaz de su calidad. Críticas, desde luego, en absoluto nimias pero, sin embargo, insuficientes para frenar la idea misma de elaborar un texto general en relación con las aguas, en la medida en que la misma había encontrado ya terreno abonado a nivel comunitario. Ello produjo como resultado que la Comisión presentase, el día 16 de febrero de 1997, una Propuesta firme de Directiva-marco sobre política hidráulica desde la que, paso a paso, acogiendo modificaciones y desechando otras, se ha acabado concluyendo en la aprobación del texto definitivo en que voy a centrarme.

II. EL CUERPO DE LA DIRECTIVA-MARCO 2000/60/CE: IDENTIFICACIÓN DE SUS ASPECTOS ESENCIALES

Desde un punto de vista físico, la Directiva-marco 2000/60/CE sobre aguas es un texto amplio, sobre todo si se compara con la extensión habitual de las Directivas. En efecto; en atención a su consideración como normas de resultado —señaladoras de los objetivos a conseguir a nivel comunitario y de sus plazos, pero dejando a los Estados miembros la determinación de los modos y medios precisos para ello—, es lugar común que los textos de tal naturaleza presenten un cuerpo relativamente reducido, limitándose a lo indicado y, por ende, caracterizados por la formulación de manifestaciones tendentes a la globalidad. No obstante, la Directiva-marco, sin perder del todo esa impronta común al patrón normativo aludido —en cuanto que sigue planteando con generalidad muchas de sus disposiciones, y continúa remitiendo a otras instancias su concreción—, se atreve también a perfilar más de lo normal algunos de sus contenidos, muy posiblemente a resultas de la ambición que revisten los fines que, desde su rúbrica, se plantea conseguir. Extensión que, sin embargo, no encuentra correspondencia en el plano temporal, considerando que se trata de una norma de inmediata entrada en vigor —el mismo día de su publicación, lo que impele a los Estados a actuar desde entonces en el sentido que indica— y que, acorde con ello, sitúa los plazos de trasposición con bastante proximidad: en un tope máximo de tres años desde esta fecha (artículo 25).

Pero sobre todo, y sin desdoro de lo que acaba de decirse, la Directiva-marco de aguas es un texto sustantivamente *novedoso*. Por evidentes razones. Inicialmente, y como aspecto princi-

pal, por tratarse de una norma que plantea por vez primera a nivel comunitario la regulación global de las aguas que discurren por su ámbito⁶. Y subsiguientemente, a su derivación, por presentar entre sus contenidos previsiones hasta ahora no abordadas a tal escala, aunque algunas de ellas fuesen ya de aplicación en unos u otros Estados miembros. Éste sería el caso, sintomático, de la opción por la cuenca hidrográfica como espacio físico básico desde el que proceder más apropiadamente a una regulación óptima del recurso; opción que, es de justicia reconocerlo, hace años que se aplica por el ordenamiento español, al que hay que atribuir, por tanto, el mérito original de tal consideración⁷. O, asimismo, el de la utilización de la técnica planificadora a esta misma escala como modo de determinar las actuaciones a realizar para conseguir los objetivos pretendidos⁸.

Estas razones apuntadas imponen, con obviedad, el conocimiento concreto de las novedades previstas anunciadas. Sobre todo por ser éste el punto de partida preciso para determinar —o en algunos casos simplemente intuir— la manera en que van a incidir sobre el ordenamiento español. Sabidas pues, las intenciones que inspiran el trabajo, anunciaré que en este apartado voy a limitarme a enumerar las que, a mi juicio, han de entenderse por tales, para pasar en las rúbricas siguientes a explicar más detenidamente cada una de ellas.

Como ha quedado reflejado hace escasas líneas, las pretensiones perseguidas por la Directiva-marco, y la opción por la cuenca hidrográfica como espacio elemental óptimo para la gestión de las aguas, así como la utilización de la técnica planificadora son, a buen seguro, las ordenaciones más destacables. La primera en atención a la ya meritada ambición que se desprende de su mera enunciación. Y las otras a causa de lo familiares que tanto figura como técnica resultan en nuestro ámbito. No hace falta incidir más sobre ello de momento. Y menos cuando junto con esta decisión, han de enunciarse aspectos de la importancia de la extensión objetiva de las previsiones de aquel texto, del enorme alcance de los contenidos de carácter ambiental reflejados en el mismo, y de la encomienda en pro de recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua. En todos ellos considero que han de identificarse las aportaciones sustanciales de la Directiva-marco. Y en cada uno de ellos, como he indicado, voy a detenerme con intenciones valorativas a partir de ahora.

(6) De hecho, la consulta de cualquier trabajo doctrinal que muestre la evolución de la política hidráulica comunitaria (sirvan por su especial valor los de E. ALONSO GARCÍA *Derecho Ambiental de la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1993, vol. II. y A. FANLO LORAS "La evolución del Derecho comunitario europeo sobre el agua"), evidencia cómo los textos jurídicos aprobados por las instancias comunitarias en la materia han venido referidos, en su práctica totalidad, a aspectos muy concretos vinculados a las aguas: al modo en que éstas se presentan en la naturaleza, a los usos que de las mismas pretendan llevarse a cabo, a las características presentes en los caudales, etc. Sin embargo, en ningún caso hasta ahora se había decidido abordar una regulación global común a todo tipo de aguas comunitarias, siquiera desde la orientación ambiental que prima en la actualidad y que, como veremos, es mayormente detectable en aquélla.

(7) Aunque textos internacionales del calado de la Carta Europea del Agua aludían a la importancia de la cuenca hidrográfica como espacio ideal para la gestión de las aguas, no ha de silenciarse el carácter pionero del ordenamiento español en este punto. De hecho, y aunque en nuestra vigente LAG la adopción de la cuenca hidrográfica a aquellos efectos se proclama con definitiva contundencia, análoga consideración era ya detectable en textos muy anteriores, de los que da cumplida cuenta el trabajo de A. FANLO LORAS, *Las Confederaciones Hidrográficas y otras Administraciones Hidráulicas*, Civitas, Madrid, 1996.

(8) Esencial para conocer el valor de la planificación hidrológica a nivel interno es el trabajo de A. EMBID IRUJO, *La planificación hidrológica: régimen jurídico*, Tecnos, Madrid, 1991. También apreciable, M.C. ORTIZ DE TENA, *Planificación hidrológica*, Marcial Pons, Madrid, 1994. Téngase en cuenta que ambos aluden a los dos tipos de planes que la normativa española entiende de obligada existencia —el Plan Hidrológico Nacional y los planes de cuenca—, siendo sobre todo los análisis en torno a estos últimos los de más interés, en cuanto que extrapolables a los instrumentos afines que contempla la Directiva-marco.

III. UNA CONSTATAción PREVIA A SU ANÁLISIS: EL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA-MARCO SE CIRCUNSCRIBE, EN SU PRÁCTICA TOTALIDAD, AL ASPECTO AMBIENTAL DE LAS AGUAS. REMISIÓN

Como se ha avanzado, ya desde su propia rúbrica la Directiva-marco evidencia la intención de conseguir un objetivo global ambicioso: el establecimiento de un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas. Objetivo que, así expuesto, y al margen inicial de otras consideraciones, parece apuntar, sin cuestionamientos adicionales, hacia la determinación por este texto de unas finalidades firmes, con afección sobre el entero campo de acción relacionado con el agua, y de imposible discusión por los Estados miembros que, por ello, deberán acomodar sus ordenamientos a lo allí establecido. Y objetivo que, vista la extensión de su anhelo, hace imaginar en una primera evocación que los contenidos señalados por la Directiva-marco van a suponer un revulsivo para la totalidad de las regulaciones internas citadas, en la medida en que, afectando como se supone a la política hidráulica general, resultaría sorprendente que alguna de ellas viniese alineada ya con la pluralidad de previsiones que, ha de presumirse, constituirán el cuerpo de aquélla.

Desarrollando esta impresión, el artículo 1 de la Directiva-marco enumera el objeto del texto. Y lo hace en unos términos de lo más amplios. De esta manera, su pretensión directa consistirá en el establecimiento de un marco para la protección de las aguas: a) que prevenga todo deterioro adicional y proteja y mejore el estado de los sistemas acuáticos y terrestres y humedales que dependan de los anteriores respecto de sus necesidades de agua, b) que promueva un uso sostenible del agua basado en la protección a largo plazo de los recursos disponibles, c) que tenga por objeto la protección y mejora del medio acuático, d) que garantice la reducción progresiva de la contaminación del agua subterránea y evite otras nuevas, y e) que contribuya a paliar los efectos de inundaciones y sequías, siendo a través de este marco, precisamente, como se asegurará el suministro suficiente de agua en buen estado, la reducción de la contaminación de las aguas subterráneas, la protección de las aguas territoriales o marítimas, y el logro de las miras de los acuerdos internacionales pertinentes.

Términos, por lo tanto, y como se ha advertido, de gran extensión. Pero términos que, paradójicamente, y en contra de lo pensado, son los que van a servir, *per se*, para desmontar la en apariencia inalterable ilimitación ordenadora perseguida por el texto. En efecto, una lectura atenta de aquéllos permite detectar que, sin duda, son los aspectos ambientales los que de manera casi exclusiva son tenidos en cuenta, al punto de que cuando los elementos cuantitativos son también valorados, lo son porque contribuyen al logro de los objetivos de calidad planteados, que, de esta manera, y por lo dicho, se erigen en los únicos perseguidos a través de la aprobación de la llamada –erróneamente, por lo visto– Directiva-marco. En otras palabras, y por insistir en esta idea que me parece sustancial: ya desde la mera observación del precepto pòrtico de aquélla puede comprobarse la falta de coincidencia entre el pretencioso título atribuido a la misma (que evoca la formulación de un contenido mucho más variado y extenso) con las previsiones que, en realidad, lo componen, preocupadas casi en exclusiva por la consecución de

La Directiva-marco sobre el agua

un buen estado ecológico de las aguas. Precepto p^ortico al que siguen, además, en el mismo orden de cosas, el resto de artículos integrantes del cuerpo del texto que me ocupa, cuya lectura ratifica con más fortaleza aún la afirmación planteada, al venir también centrados en su práctica totalidad en el aspecto ambiental.

Es cierto, y así puede rebatírseme, que entre éstos existen también regulaciones que, individualmente consideradas, exceden aquella perspectiva ambiental para configurarse en realidad como medidas de política hidráulica general. Sería el caso, ya resaltado, de la gestión básica de las aguas a través de las cuencas hidrográficas; modo físico de organización que, en cuanto tal, influye en cualquier actuación ejercida sobre aquéllas, que deberán adoptarla como escenario operativo. Pero no es menos cierto —y aquí radica mi juicio— que las mismas son traídas a colación en el articulado de la Directiva-marco, *ante todo*, en su consideración de mecanismos facilitadores de la consecución de los objetivos ambientales perseguidos por ésta. Es la anterior, entiendo, una afirmación que difícilmente podrá desdecirse a la vista de previsiones como la contenida en el artículo 3.4, de acuerdo con la cual “los Estados miembros velarán por que los requisitos de la presente Directiva encaminados al logro de los objetivos medioambientales establecidos en el artículo 4, y en particular todos los programas de medidas, se coordinen para la demarcación hidrográfica en su conjunto”.

Todo lo que acaba de exponerse da pie, asimismo, para formular otra importante aseveración: *la Directiva-marco puede interpretarse, sin dudar, como una norma fundamentada jurídicamente en la política ambiental comunitaria que, a nivel de Derecho originario, aparece reconocida por los artículos 174 y siguientes del TUE; precepto este primero, por cierto, mencionado expresamente en los Considerandos en cuanto que título legitimador de la misma. Dicho de otro modo: la actuación comunitaria en que la aprobación de esta norma consiste se apoya en la potestad de las instancias comunitarias para realizar acciones que contribuyan a conseguir los objetivos ambientales generales enumerados en aquél; acciones entre las que, obviamente, se encuentra la normativa. Y ello pese a que autores de la talla de S. MARTÍN-RETORTILLO hayan criticado por excesiva la utilización exclusiva de tal cobertura jurídica para proceder a reestructuraciones de la política hidráulica comunitaria general, con la consiguiente afección sobre cuestiones que difícilmente pueden ser calificadas de ambientales⁹. Desde luego, expuesta así esa crítica, y sin conocer lo que con anterioridad se ha expuesto, la misma podría considerarse de aplicación a la Directiva-marco de aguas, en la medida en que su propio nombre indica su pretensión de acometer uno de tales cambios globales. Sin embargo, somos conscientes de la inexactitud de tal pretensión, pues si bien admitida la presencia de elementos “extraambientales” per se, su subordinación en este texto al viso ambiental ha quedado suficientemente evidenciada.*

En definitiva, y por concluir: ambición en los objetivos planteados por la Directiva-marco, sí. Pero relatividad, también. No es poco, desde luego, pretender establecer un marco común de actuación a nivel europeo en relación con la ecología del agua y, en este sentido, el valor de aquélla ha de ser destacado. Sin embargo, no es esto solamente lo que su título prometía. Era esperable más. Se esperaba, ni más ni menos, la fijación de una regulación adicionalmente, señaladora de otras características propias de lo que común-

(9) “Acotaciones sobre el ‘nuevo’ Derecho de aguas”, *op. cit.*, págs. 12-13.

mente puede entenderse por política hidráulica: cuestiones relativas a posibles usos del agua y modos de llevarlos a cabo, incidencia sobre los aspectos organizativos (cual podría ser la determinación de directrices generales sobre participación de los usuarios), etc. Sin embargo, no ha sido esto así, por lo que, y sin dejar de reconocer, repito, el valor de lo realizado —que luego conoceremos con mayor amplitud—, no puedo dejar tampoco de silenciar ahora el más que discutible acomodo entre el nombre que al texto han otorgado las instituciones comunitarias y el contenido que, bajo esa rúbrica, ha acabado conteniéndose en realidad.

IV. EL ALCANCE MATERIAL DE LA DIRECTIVA-MARCO: LAS AGUAS DESTINATARIAS DE SUS PREVISIONES

A diferencia de cómo el recurso hídrico se halla regulado en el ordenamiento español —con evidente diferencia entre las aguas continentales y las marítimas que, pese a su común consideración de demaniales, son tratadas por cuerpos normativos separados—, la Directiva-marco determina, en cuanto que objeto físico sobre el que desplegar sus previsiones, tanto las unas como las otras. Es ésta una afirmación en la que se concluye tras la lectura del artículo 1.1, en el que, al enunciar su conocido objeto, alude expresamente al establecimiento de un marco para la protección de *las aguas superficiales continentales, las aguas de transición o estuarios, las aguas costeras¹⁰ y las aguas subterráneas* de la Comunidad.

La desemejanza existente entre la extensión material de esta norma y la bipartición familiar al jurista español no puede dejar de destacarse. Y ya no sólo por constatar la mayor amplitud objetiva de la Directiva-marco con respecto a la de nuestro ordenamiento¹¹ sino, en lo que es más importante, por intentar concretar las repercusiones que de este hecho van a derivarse sobre aquel último. Así, es cosa sabida que las normas comunitarias y dentro de ellas las Directivas, disponen de la facultad de imponer sus previsiones sobre las regulaciones internas, en virtud de la potestad normativa de que disponen las instancias que las producen, consecuencia, a su vez, de la cesión de la misma en su favor —ínsita en la de soberanía— por parte de los Estados miembros. Ello ha de significar necesariamente que la normativa propia de éstos y particularmente la española deberá, de comprobarse preciso, modificar su tenor con el fin de adaptar sus ordenaciones a las de la Directiva-marco.

Las dudas pueden surgir una vez conocida esta realidad. Porque, de acuerdo con la divergencia detectada, cabría razonablemente preguntarse ¿es que la regulación de las aguas existente en nuestro Estado deberá ser alterada en atención a lo dispuesto por el texto comunitario? Más concretamente, ¿demanio hídrico continental y demanio marítimo deberán pasar, por mor de aquél, a ser objeto de una única regulación conjunta, elimi-

(10) O aguas superficiales situadas hacia tierra desde una línea cuya totalidad de puntos se encuentra a una distancia de una milla náutica mar adentro desde el punto más próximo de la línea de base que sirve para medir la anchura de las aguas territoriales y que se extienden, en su caso, hasta el límite exterior de las aguas de transición (artículo 2.7).

(11) Que viene justificada por las instancias comunitarias, y de acuerdo con lo se deduce del Considerando 17 de la Directiva-marco, en la inescindible interrelación existente entre las aguas continentales y las marítimas, sobre todo las más cercanas a tierra.

nando la hasta ahora tradicional discriminación jurídica entre sus regímenes? O incluso más: la innegable opción por el criterio de la cuenca hidrográfica como espacio básico del que referir toda actuación sobre las aguas, ¿implicará su extensión también a las aguas costeras, lo que, en nuestra nación, supondría su incardinación en las ya constituidas para la gestión de las aguas continentales? Y de ser cierta esta última posibilidad, ¿cómo se procedería a ello? ¿Siguiendo la pauta que fija el artículo 3.1 de la Directiva-marco, de acuerdo con la cual aquéllas se incluirán en la demarcación o demarcaciones hidrográficas más próximas o más apropiadas u optando por otra? En fin: cuestiones complicadas a las que hay que intentar dar respuesta.

Y ésta, a mi entender, debe ser más sencilla que la que los inquietantes términos que acaban de formularse parecen demandar. En efecto: no puede caber duda de que las previsiones contenidas en la Directiva-marco habrán de ser atendidas a escala interna y para ello nuestro ordenamiento, en todos los niveles en que se manifiesta, tendrá que proceder a las modificaciones precisas. Pero de ahí a interpretar que ha de producirse un cambio sustancial de su modo de disposición propio; de la manera en que legítimamente nuestros poderes han decidido articular aquél, media un abismo. En ningún caso las normas comunitarias disponen de un vigor tal que les permita alterar el reparto de competencias existente en nuestro país y el *modus operandi* que del mismo se deriva¹². Y menos aún a la vista de que el texto ante el que nos encontramos es una Directiva, una norma de exclusivo resultado. En otras palabras, y por concretar en lo que nos interesa: de ninguna manera se hallaría la Directiva-marco en condiciones de exigir al Estado español una alteración del reparto competencial existente en relación con sus distintos bienes públicos. Si en lo que respecta a las aguas continentales se ha optado por la intra o intercomunitariedad de la cuenca hidrográfica como criterio determinante de la atribución de competencias a Estado y Comunidades Autónomas, y en el caso de las aguas marítimas es la titularidad estatal del demanio la que ha determinado el otorgamiento a tal nivel público (a través de una Administración específica distinta de la hidráulica: la costera) de las más relevantes atribuciones en su relación, sin olvidar, no obstante, la ostentación asimismo por Comunidades Autónomas y Municipios de algunas competencias¹³, así debe seguir siendo. Sin imposiciones imposibles. A lo que vienen obligados los poderes públicos es, únicamente, a conseguir el cumplimiento de los objetivos fijados por la Directiva-marco en relación con los tipos de aguas enunciados –lo que impondrá la exigencia de una cooperación efectiva entre las Administraciones en presencia–, pero sin que ello signifique la adscripción de las costeras, a efectos administrativos, a las cuencas hidrográficas a nivel interno o a las demarcaciones hidrográficas desde el viso comunitario. Otra cosa será, entiendo, y puesto que no afecta a cuestión competencial alguna, que un concepto jurídi-

(12) Así lo reconoce A. EMBID IRUJO cuando, refiriéndose a la trasposición de una Directiva concreta –la 91/271, de 21 de mayo, sobre tratamiento de las aguas residuales urbanas– afirma con contundencia la necesaria lectura de su contenido conforme a las características propias del Derecho español, singularmente en lo que hace al reparto competencial existente. Vid. “Los servicios públicos del agua: su problemática jurídica con atención especial al abastecimiento y la depuración de las aguas residuales”, *RArAP*, 9, 1996, pág. 55.

(13) Que en el caso de las Comunidades Autónomas pueden ser tan significativas –siempre que medie asunción estatutaria– como las referidas a ordenación del litoral o a pesca marítima. Por su parte, los Municipios, y siempre con pleno respeto a la normativa autonómica en la materia, podrán entre otras actuaciones, otorgar licencias urbanísticas en zonas portuarias o informar los deslindes del demanio costero.

co-administrativo como este último citado, simplemente valorado en ese plano conceptual, pueda ser de utilidad también en relación con estas aguas marítimas, y ello en cuanto que instrumento facilitador de la aplicación de las previsiones; como plantilla sobre la que calcular la incidencia de las mismas sobre aquéllos. Pero nunca podrá llegarse a dotar al mismo de una fuerza jurídica tal que implicara la alteración del sistema de ordenación de los recursos existente, ya no sólo en el nuestro, sino en cualquier Estado miembro de la Unión Europea.

V. LA OPCIÓN POR LA CUENCA HIDROGRÁFICA COMO DIVISIÓN BÁSICA IDÓNEA PARA LA REALIZACIÓN DE ACTUACIONES HIDRÁULICAS. LA IMPORTANCIA DE LOS INSTRUMENTOS PLANIFICADORES

Todos los aspectos reseñados hasta el momento son importantes. De otra forma, no se justificaría el hecho de haber sido destinatarios de atención individualizada. Sin embargo, y aceptado esto, no puede dejar de significarse que en el corpus de la Directiva-marco existen una serie de previsiones *preponderantes*, que descollan por su alcance sobre las demás. Previsiones de entre las cuales ahora voy a centrarme en dos, dada la curiosidad que para el jurista español despierta su evidente parentesco con disposiciones análogas existentes en nuestro ordenamiento. Me estoy refiriendo a la elección de la *cuenca hidrográfica* como espacio físico básico del que referir las regulaciones contenidas en aquel texto normativo, así como a la importancia que los *instrumentos planificadores* presentan también en él.

1. Las cuencas hidrográficas y su inclusión, a efectos de gestión comunitaria de las aguas, en demarcaciones hidrográficas

a) Los conceptos de cuenca y de demarcación hidrográfica contenidos en la Directiva-marco. La plural tipología de estas últimas y su reflejo y efectos en nuestro Estado

La consideración por la Directiva-marco de la cuenca hidrográfica como división básica de carácter *geográfico* y *jurídico* óptima para la gestión del agua en general y para la consecución de sus objetivos en particular, es una decisión sin parangón en la breve historia de la normación del recurso a nivel comunitario, y por esta razón ha de ser resaltada. Realce indudable, pero respecto del cual han de ser formuladas, asimismo, unas matizaciones importantes. En efecto: es de suponer que el lector habrá notado la existencia, en relación con los términos “geográfico” y “jurídico”, de un relieve tipográfico; relieve en absoluto gratuito. Antes al contrario, el mismo responde a una razón sustancial ya puesta de manifiesto en la doctrina por A. FANLO LORAS¹⁴, quien revela que sobre el concepto de cuenca confluyen dos consideraciones complementarias e igualmente importantes para su análisis desde la perspectiva del Derecho: la *puramente física* —que determinará la observación de esta circunscripción como espacio geográfico diferenciado¹⁵— y la *jurídica* —que la estima desde su

(14) Vid. “La evolución del Derecho comunitario sobre el agua”, *op. cit.*, pág. 212.

(15) Y que viene definido por la Directiva-marco, en un sentido análogo a la LAg. española, como “la superficie de terreno cuya escorrentía superficial fluye en su totalidad a través de una serie de corrientes, ríos y, eventualmente, lagos hacia el mar por una única desembocadura, estuario o delta” (artículo 2.13).

configuración como zona específica sobre la que llevar a cabo regulaciones de tal trascendencia, singularmente relativas a la gestión y administración del recurso—. Consideraciones ambas a tener permanentemente en cuenta en el análisis de las previsiones de la Directiva-marco y que, en este sentido, presentan también reflejo expreso en su articulado, en tanto que alude separadamente a la “cuenca fluvial” en correspondencia con la primera de ellas —que, por este motivo, viene en muchos casos referida a la esfera territorial interna de los Estados miembros, aunque nada obsta la existencia, asimismo, de cuencas internacionales en las que las aguas fluyen por el territorio de dos o más países, y a las “demarcaciones hidrográficas” —entendidas tales como una o varias cuencas hidrográficas agrupadas, a su vez, a los efectos de la gestión comunitaria de las aguas¹⁶— para referirse a la segunda. Es ésta una precisión conceptual importante y que había de ser subrayada.

Conocido lo dicho, y sumado a ello el carácter autóctono de esta figura básica de organización hidráulica, podría pensarse que su contemplación como criterio gestor a nivel comunitario no debiera generar ni problemas de adaptación al ordenamiento español ni dificultades en su aplicación práctica, toda vez que las previsiones que pudiesen venirle anudadas presumiblemente habrían sido superadas por una legislación acostumbrada a establecer sus regulaciones en función de tal referente espacial y jurídico. Y no andaría descaminada esta intuición si la Directiva-marco hubiese tenido en cuenta solamente el supuesto al que puede referirse en exclusiva nuestra normativa: las cuencas hidrográficas situadas en su totalidad en el territorio español. Sin embargo, la ya manifestada inclinación por la demarcación hidrográfica (o posible conjunción de cuencas, exclusivamente internas o también internacionales) en cuanto que principal unidad a efectos de la gestión de las aguas a nivel comunitario, así como la propia dificultad de que en un ámbito espacial tan extenso exista una única cuenca hidrográfica en sentido natural, hacen que, en buena lógica, la afirmación planteada quede desmentida de inmediato. La regla general, por contra, va a ser la existencia de una pluralidad de cuencas que a menudo van a exceder el ámbito de un Estado miembro, y que, en atención a este hecho, deberán conformarse en cuanto que demarcaciones internacionales. Sin ir más lejos, en España existen ejemplos de cursos fluviales que nacen en nuestro país pero cuya desembocadura se encuentra en Portugal: los ríos Duero, Tajo, Guadiana y Miño. Pues bien: en relación con éstos, no puede dudarse que nuestra normativa interna deberá ser necesariamente modificada con el fin de adecuarla a las previsiones que la Directiva-marco contempla respecto de aquellas demarcaciones. Y ello, nótese, pese a contar nuestro país con una longeva

(16) Según lo establecido en el artículo 2.15, por tales hay que entender “las zonas administrativas marinas y terrestres compuestas por una o varias cuencas hidrográficas vecinas y las aguas subterráneas y costeras asociadas, designadas con arreglo al apartado 1 del artículo 3 como principales unidades a efectos de la gestión de las cuencas hidrográficas”. Como nuevamente vuelve a poner de manifiesto con su particular clarividencia A. FANLO LORAS, la mención a las aguas subterráneas como “aguas asociadas” —entendiendo por tal la adscripción a la demarcación hidrográfica más próxima o apropiada de los caudales de tal naturaleza que no pertenezcan en exclusiva a una cuenca hidrográfica— no debe plantear ningún problema en la esfera interna de nuestro país, en tanto que el principio de unidad de ciclo que consagra en el artículo 1.2 LAg da perfecta cabida a las mismas. Otra cosa será en relación con las aguas marinas, respecto de las cuales el texto comunitario contempla idénticas consideraciones. Y es que, como fue puesto de manifiesto *supra*, en España la competencia sobre las aguas marítimas está atribuida a la Administración costera, distinta de la hidráulica, que es la que funciona de acuerdo con el criterio de la cuenca hidrográfica; razón que puede hacer especialmente dificultosa la realización en su relación de esta adscripción. A la vista de esto, FANLO interpreta la última mención referida —con plena corrección a mi juicio— como una exigencia del cumplimiento de los objetivos fijados por la Directiva-marco también en relación con estas aguas marinas; cumplimiento que impone a la vez la exigencia de una cooperación efectiva entre ambas Administraciones, pero sin que ello signifique la adscripción jurídica de aquellas aguas a la cuenca hidrográfica. *Ibidem*, *op. cit.*, pág. 213.

experiencia de actuación en base a las mismas. Qué podrá suceder, pues, en Estados que carecen de práctica alguna en su relación.

Inciendo aún más en lo que acaba de decirse, y situados ante los supuestos de cuencas hidrográficas supraestatales –constituyendo, por ende, demarcaciones internacionales–, es posible todavía, con una mayor concreción, distinguir dos subsupuestos dentro de las mismas: un primero, constituido por *las cuencas fluviales que rebasen las fronteras del Estado, pero que configuren una demarcación hidrográfica comprendida en su integridad en el territorio comunitario*, y un segundo, referido a *las cuencas constitutivas de demarcaciones internaciones en las que, junto con Estados miembros, estén implicados asimismo otros ajenos a la Unión*. Para el primero de estos casos –en el que se encuentra comprendido nuestro país– la Directiva-marco encomienda a los Estados comprometidos (artículo 3.3) el establecimiento conjunto de una demarcación hidrográfica internacional; de una zona a efectos administrativos coincidente con su ámbito físico y en la que se llevarán a cabo las actuaciones pertinentes para la gestión del agua que por allí discurre¹⁷. Para el segundo, el artículo 3.5 contiene una previsión análoga pero que, por venir referida parcialmente a Estados extracomunitarios, carece del carácter imperativo detectable en la anterior. Por ello, los Estados miembros solamente *se esforzarán* por establecer una coordinación adecuada con los Estados no miembros concernidos, con el fin de lograr los objetivos establecidos por la Directiva-marco para toda la demarcación hidrográfica, y esto sin desdoro de que la parte de la misma que venga situada en territorio comunitario se encuentre, sin posibilidad de opción, obligada a conseguirlos. No es éste, afortunadamente, un supuesto ante el que se encuentra el Estado español.

b) Las autoridades competentes para la aplicación en cada demarcación hidrográfica de las normas contenidas en el texto comunitario

Sólo a la mera vista de las regulaciones que acaban de manifestarse, cualquier observador y, desde luego, el propio redactor de la Directiva-marco, debieran ser ya conscientes de que su traslado a la práctica no va a resultar tan sencillo como podía creerse en un principio. En efecto; el ya mencionado paralelismo organizativo existente entre aquéllas y la legislación hídrica española (que impulsaba en un primer momento a considerar nula la incidencia, en este punto concreto, del texto comunitario sobre nuestro ordenamiento) ha quedado demostrado insuficiente para ratificar esa afirmación, ya que, si bien las dificultades no van a derivarse en este caso del señalamiento concreto de las cuencas hidrográficas –acto ya realizado hace tiempo en nuestra esfera territorial– sí lo van a hacer del modo en que las mismas proceden a configurarse como demarcaciones hidrográficas –sobre todo, las que deban incardinarse en una internacional–, de la determinación de la organización adminis-

(17) Pudiéndose solicitar, en caso de desacuerdos, la intervención de la Comisión para facilitar la conformación de las mismas (mismo precepto, *in fine*). Hay que tener en cuenta, no obstante, que es reconocida también por este artículo la posibilidad de que cada uno de los Estados miembros adopte las disposiciones adecuadas, incluida la designación de la autoridad competente apropiada para la aplicación de las normas de la presente Directiva, en la parte de cualquier demarcación hidrográfica internacional situada en su territorio; reconocimiento este que, trasladado a nuestro ordenamiento interno, puede significar que los propios organismos de cuenca inter o intracomunitarios ya existentes continúen actuando como hasta la fecha, si bien obligados a coordinar sus actuaciones –al fin y al cabo se ocupan de la gestión de una parte del conjunto más extenso que es la demarcación– con el resto de las autoridades señaladas por otros Estados.

trativa de que las mismas tienen que dotarse y, más específicamente, de la concreción de las autoridades competentes encargadas de facilitar su operar diario.

Intuidas por ella, efectivamente, estas dificultades, la Directiva-marco introduce unas cláusulas de salvaguardia que permiten, cuando menos, intentar solventarlas. Las relativas al proceso de constitución de las demarcaciones hidrográficas han sido ya puestas de manifiesto: llamada a los mecanismos de coordinación. Han de ser, por tanto, las referidas a las autoridades competentes para la aplicación, en cada una de aquéllas, de la norma comunitaria las que interesa destacar ahora. Y en su relación, una es, sobre todo, la idea de síntesis que puede extraerse de las escuetas referencias a la cuestión: la preferencia de este texto por la designación de organismos nacionales o internacionales *preexistentes* para jugar este papel. Efectivamente; aunque el artículo 3.6 plantea el asunto en términos potestativos, la auténtica valoración preferencial subyacente en la norma puede deducirse indirectamente, sobre todo de la insistencia con que esta “sugerencia” aparece recogida en su articulado. En lo que parece, pues, la Directiva-marco intenta conseguir con este *modus operandi* el aseguramiento de la aplicación correcta de sus previsiones en cada demarcación, recurriendo a la experiencia que proporcionan organismos que han evidenciado ya su aptitud para éstos o análogos menesteres. Y ello sin que, simultáneamente, imponga una fórmula determinada a la que deban responder, defiriendo en los Estados miembros la elección de la misma. Obviamente, en el supuesto de las cuencas meramente estatales que, como tales, conforman bien individualmente, bien en conjunción con otras del mismo carácter, una demarcación hidrográfica común, la cuestión va a ser mucho más sencilla, toda vez que tal determinación va a corresponder a las instancias nacionales. Dicho con otras palabras, y en referencia al caso español: corresponderá al mismo la fijación, no sólo de las demarcaciones hidrográficas sitas en su territorio sino, también, el señalamiento de la autoridad competente citada. Autoridad que, sin venir prejudgada por la Directiva-marco, es obligado sea en nuestro país la Administración hidráulica ya existente, bien estatal –las Confederaciones Hidrográficas–, bien autonómica en el caso de las Comunidades que dispongan en su territorio de cuencas propias y que, además, hayan sido designadas singularmente como demarcación hidrográfica a efectos comunitarios. El problema va a plantearse con mayor crudeza en relación con las demarcaciones hidrográficas internacionales; casos estos que, de verdad, requieren gran dosis de buena voluntad y ansias de coordinación entre los Estados comprometidos¹⁸.

En todo caso, y ya se trate de demarcaciones internas, ya de internacionales, la Directiva-marco exige (artículo 3.8), que, una vez nombradas las autoridades competentes, los Estados miembros remitan a la Comisión una lista de las mismas; lista que habrá de contener todas las especificaciones enunciadas en el Anexo I de la misma. Se quieren controlar, pues, las organizaciones que actúan sobre las aguas en la esfera comunitaria.

(18) A. SÁNCHEZ BLANCO ha sugerido, válidamente a mi entender, que no sería una mala elección en estos casos aprovechar, como modelo a seguir por otros Estados miembros que no hayan regulado nunca sus aguas en función de las cuencas hidrográficas, la experiencia de nuestras Confederaciones Hidrográficas (“La Ley de Aguas española de 1985 y la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas”, REDA, 96, 1997 págs. 513-514). Desde luego, no es mal modelo visto el éxito de las mismas. Sin embargo, y como se ha dicho, serán los Estados implicados los que opten en concreto por la fórmula que consideren más adecuada.

2. La importancia de los instrumentos de programación y planificación

Junto con el anterior, ha quedado señalado asimismo otro aspecto que, por su afinidad con importantes previsiones del ordenamiento español, merece la pena ser destacado. Me estoy refiriendo a la amplia virtualidad que a la técnica programadora y planificadora reconoce el contenido de la Directiva-marco; virtualidad que se halla inescindiblemente unida al hecho de ser precisamente la cuenca hidrográfica la delimitación que imponen naturaleza y razón a los efectos perseguidos con la misma. En efecto; conviene no olvidar en relación con esta última que la misma ha sido el marco elegido, primero por el legislador español, ahora por el comunitario, por su especial idoneidad *para llevar a cabo actuaciones en materia de política hidráulica*. No es, por tanto, su señalamiento una parcelación planteada como herramienta metodológica a meros efectos ordenadores sino que, por contra, sobre las mismas, y en su función —aunque luego en la esfera europea se actúe preferentemente sobre la conformación de una sola o varias de ellas en demarcaciones hidrográficas—, van a diseñarse y realizarse verdaderas actuaciones de gestión y administración del recurso. Actuaciones que, además, no van a dejarse al albur de la improvisación sino que, en buena lógica con el objetivo final perseguido, van a responder a una estudiada programación y planificación previa, de tal modo que programas de medidas y planes de cuenca serán los vehículos que las concreten, erigiéndose así, en última instancia, en elementos determinantes del cumplimiento de las previsiones recogidas en la Directiva-marco.

a) Los programas de medidas

En buena lid con lo expuesto, el artículo 11 obliga a los Estados miembros a establecer, en cada demarcación hidrográfica nacional o en la parte de las internacionales sita en su territorio, un *programa de medidas* que ayuden a conseguir los objetivos planteados por la Directiva-marco. Medidas que, lógicamente, deberán estar en íntima relación con el resultado ofrecido por los análisis que el artículo 5 exige realizar previamente en cada una de aquéllas¹⁹, de tal manera que la presencia de unos condicionantes u otros se erigirán en definidores finales de la fijación de las disposiciones concretas. Y medidas que, en cuanto tales, consistirán, sin posibilidad de discusión, en el señalamiento de *actuaciones precisas y particularizadas* necesarias para conseguir las finalidades pretendidas a nivel comunitario.

La forma en que estas medidas habrán de reflejarse en los instrumentos programáticos dependerá de una división que, en relación con los planes hidrológicos de cuenca, es también contemplada análogamente por el ordenamiento español: la que tiene en cuenta el carácter *básico o complementario* de aquéllas. De esta forma, y de acuerdo con la misma, podemos hablar de la existencia de unas medidas mínimas *obligatorias* —de necesaria contempla-

(19) Consistentes en la evaluación de las características de cada demarcación, en el estudio de las repercusiones de la actividad humana sobre el estado de las aguas, y en la valoración económica del uso del recurso. Aunque así enunciadas no parecen actuaciones demasiado complicadas, la complejidad de los Anexos II y III de la Directiva-marco —en los que se determina el modo en que han de realizarse— desdice inmediatamente esa apariencia. Compruébense en éstos, como digo, la *pluralidad* de elementos a tener en cuenta; elementos además *diversos* en atención al tipo de aguas, a las regiones en que se encuentren, a los usos a que se destinen, a las características físicas presentes, a las inversiones para su aprovechamiento, etc.

ción—, y adicionalmente, y de ser precisas, de unas medidas *facultativas* que coadyuven a las anteriores a la consecución de los objetivos generales citados. Las medidas a las que se confiere carácter básico son bastantes, y aparecen enunciadas en el punto 3 del artículo 11, siendo detectable en su práctica totalidad el aroma ambiental que impregna el texto de la Directiva-marco. Por su parte, y en lo que hace a las complementarias, el punto B) del Anexo VI incluye una lista orientativa de cuáles pueden ser las mismas; lista que, precisamente por carecer de exhaustividad, permite la consideración como tales de otras diferentes. En cualquier caso, y cuando exista algún dato que indique que el logro de los objetivos establecidos por la Directiva-marco presenta dificultades, el Estado o Estados miembros implicados velarán por que se investiguen las causas de esa posible carencia, se examinen y revisen adecuadamente las autorizaciones pertinentes, se verifiquen y ajusten los programas de seguimiento, y se establezcan medidas adicionales, incluidas normas de calidad ambiental más estrictas; medidas estas no precisas cuando las insuficiencias deriven de circunstancias debidas a causas naturales o de fuerza mayor imprevisibles racionalmente (artículo 11.5).

Evidentemente, un sistema como el descrito no aparecería completo sin la fijación de fórmulas de control que confronten el grado de cumplimiento de las medidas señaladas. Nada se consigue con extremar el rigor en el establecimiento de aquéllas para lograr los objetivos de la Directiva-marco si, a la postre, se carece de dispositivos eficaces que comprueben su aplicación. Por ello, la norma comunitaria impone a los Estados miembros la *revisión y actualización* de los programas de medidas, necesariamente a los quince años desde la entrada en vigor de aquélla y con posterioridad cada seis, así como, con carácter atemporal, cada vez que se estime preciso. Con esta misma intención verificadora, el artículo 8 obliga al establecimiento de *programas de seguimiento* del estado de las aguas en cada demarcación, lo que indirectamente supone también la revisión del cumplimiento de las medidas establecidas; seguimiento que será llevado a cabo conforme a las directrices establecidas en un extensísimo Anexo V encargado de fijar las especificaciones técnicas a estos efectos. Finalmente, y en lo que resulta una actuación bien significativa de la importancia que a los instrumentos de programación concede la Directiva, la realización de aquellas medidas pretende asegurarse, de manera singular, *mediante la incorporación de las mismas, siquiera en síntesis, en el corpus de los planes hidrológicos de cuenca*; planes que, en tanto que de obligado cumplimiento, suponen un aseguramiento reforzado de la observación de las medidas contempladas en los programas. No será, desde luego, por falta de interés por parte de la norma por lo que no se respeten debidamente aquéllas.

b) Los planes hidrológicos de cuenca

A la par que a los programas de medidas descritos, la Directiva-marco hace referencia también a otros instrumentos que presentan una cercanía destacable con ellos. Así es: junto con las intimaciones reseñadas en el apartado precedente, el artículo 13 de la norma impone a los Estados miembros la obligación de elaborar un *plan hidrológico de cuenca* para cada demarcación hidrográfica situada íntegramente en su territorio; obligación que, en cuanto tal, no decae por el hecho de estar incorporados todos o parte de sus caudales a demarcaciones internacionales, siendo en este caso los mecanismos de coordinación los que deberán asegurar la aprobación de un plan también internacional. Si ésta no fuera finalmente posible, los Estados, sin posibilidad de negarse, habrán de elaborar planes

hidrológicos que abarquen al menos las partes de la demarcación internacional sitas en su territorio, como modo de asegurar en todo ámbito comunitario la aplicación de los contenidos de la Directiva-marco.

Los planes de cuenca, sea cual sea su extensión física, no pueden lógicamente componerse de la nada. Al contrario, requerirán previamente la realización de las actividades preparatorias precisas para conocer en profundidad la realidad que pretenden regular, y así obrar en consecuencia. Y dentro de las mismas, una que es fomentada particularmente por la Directiva-marco es la relativa en la participación activa de todos los interesados en la cuestión (artículo 14); participación no sólo ceñida a la elaboración primera de los planes sino extensible también a sus obligadas revisiones y actualizaciones posteriores. Así es; de acuerdo con el precepto indicado los Estados miembros velarán por que en cada demarcación hidrográfica se pongan a disposición del público los documentos que revistan interés y, singularmente, un calendario y un programa de trabajo sobre la elaboración del plan, un esquema provisional de los temas esenciales sobre la gestión de las aguas, y ejemplares del Proyecto, siendo precisa solicitud previa para poder acceder a otros documentos e información de referencia utilizados para la elaboración del plan. Obviamente, tal fase de información pública tiene como fin la formulación de las pertinentes observaciones por parte de los interesados, para ser valoradas o no en la aprobación definitiva del instrumento que siempre corresponde a los Estados. Una vez llevada a cabo la misma —respetando en todo caso el contenido necesario señalado por el Anexo VII de la Directiva-marco—, los Estados miembros enviarán a la Comisión y a cualquier otro Estado interesado (artículo 15) ejemplares de los planes y de sus actualizaciones subsiguientes, así como resúmenes de los análisis de las características de la demarcación, repercusiones de la actividad humana en el estado de las aguas, económico del uso del agua, así como de los programas de seguimiento, lo que supone un notable esfuerzo en pro de la creación de una red informativa fiable que permita, con tiempo, la interconexión de esfuerzos y el intercambio de ideas.

Visto lo anterior, la pregunta que se plantea el jurista español es la referente a la posible afección que de ello pudiera derivarse para la planificación ya existente a nivel interno. En otras palabras: ¿nuestros planes hidrológicos de cuenca van a verse alterados por la aprobación de los planes de cuenca comunitarios? Cuestión esencial cuya respuesta habrá de ser, necesariamente, afirmativa. Y ello tanto si la demarcación hidrográfica es exclusivamente estatal —en cuyo caso, y aún manteniendo por su valor las previsiones hoy vigentes, sería preciso asimismo proceder a una reelaboración de aquéllos para dar cabida a las ordenaciones precisas para conseguir los objetivos planteados por la Directiva-marco y, particularmente, a las aguas costeras, también destinatarias como sabemos de sus previsiones²⁰— como si cuencas españolas se ven incorporadas a demarcaciones internacionales, en cuyo caso habrá de elaborarse un plan general para toda ella; plan que, por cierto, no ha de conllevar el desprecio de los ya aprobados por nuestros poderes públi-

(20) Supuesto este que demandará, ya de principio, la existencia de unas *intensas* y *efectivas* relaciones interadministrativas de colaboración, coordinación y cooperación entre las Administraciones hidráulica y costera de nuestro país, so pena de paralización en la consecución de los objetivos pretendidos.

La Directiva-marco sobre el agua

cos, en la medida en que pueden servir de base para aquél o, incluso, de algo más si finalmente no lograra aprobarse, en cuyo caso éstos se mantendrían como propios de la parte de la demarcación sita en nuestro país.

La Directiva-marco contiene asimismo una previsión que, sin plantear problemas de fondo, no está de más aclarar en evitación de hipotéticos errores. Se trata de la posibilidad, reconocida en el artículo 13.5, de elaborar planes más detallados que los vinculados a la cuenca, como complemento de los mismos, y referidos a una subcuenca, sector particular, cuestión específica o categoría de agua determinada. La duda, afinando más, se plantearía en relación con los primeros –planes de subcuenca–, en tanto que, en apariencia, su existencia podría evocar una quiebra del principio de gestión por cuencas unitarias contemplado en el artículo 3. En efecto: desde el mismo momento en que la Directiva-marco opta por la cuenca hidrográfica como espacio básico al que referir la gestión de las aguas y proclama así su carácter unitario e indivisible, ¿cómo ha de entenderse el reconocimiento expreso de divisiones dentro de la misma, respecto de las cuales, además, pueden introducirse, aprobando planes propios, especificaciones inaplicables en el resto de su ámbito? Duda, desde luego, razonable, que sobre todo viene justificada por la parquedad con que se manifiesta la norma. No obstante, y a fin de desterrarla, se advierte ya que no es éste el sentido en el que ha de interpretarse tal mención, en la medida en que, y en lógica coherencia con el sistema diseñado, no tiene más relevancia que la puramente ordenadora, pues es sólo a los meros efectos de conseguir una mejor regulación a los que debe ser tenida en cuenta esta división, carente por lo demás de trascendencia territorial y jurídica individualizada.

VI. LA YA ADELANTADA ESENCIALIDAD DE LOS CONTENIDOS AMBIENTALES EN EL CORPUS DE LA DIRECTIVA-MARCO

Como con anterioridad he hecho constar, el nombre de la Directiva sobre la que vengo reflexionando hace pensar inicialmente en su deseo de proceder a regular toda actividad relacionada con el agua. Regulación que, como se ha demostrado, no acaba llevando a cabo, toda vez que son los aspectos ambientales del recurso los que conforman, en práctica exclusiva, su contenido. Considerando, pues, este cuerpo ambiental cuasi-total, y conocidas las múltiples facetas en que la problemática de este tenor suele plantearse, he decidido, por pura cuestión de claridad expositiva, proceder a su presentación de acuerdo con una doble división. Así, en primer lugar me centraré en el análisis de los *objetivos ambientales* que el texto proclama como propios y que, como veremos, permiten deducir de su contenido un dato esencial; tanto que ha estado situado en primera línea del Derecho hídrico europeo: la opción en pro del *enfoque combinado valores límite de emisión/objetivos de calidad para el control de la contaminación*. Éste será, pues, el segundo de los aspectos a abordar.

1. Los objetivos ambientales de la Directiva-marco

Por si el autodenominado “Objeto” de la Directiva-marco recogido en su artículo 1 no se considera suficiente para señalar el matiz ambiental que impregna todo su cuerpo, va a ser el artículo 4 del mismo texto el que, insistiendo con un mayor grado de detalle en la cues-

ción, se ocupa de ofrecer una relación de los intitulados “Objetivos medioambientales” a conseguir por ella, diversos en función del tipo de aguas o zonas de que en cada caso se trate.

De esta manera, y en relación con las *aguas superficiales*, el objetivo general será la prevención del deterioro de su estado; la protección, mejora y regeneración que permitan alcanzar un buen estado de las mismas²¹ a más tardar dentro de quince años²² —sin perjuicio de que, de tratarse de aguas artificiales o muy modificadas (artículo 4.3), baste con obtener unos buenos potencial ecológico y estado químico—; y la aplicación de las medidas necesarias para reducir progresivamente e impedir la contaminación causada por las sustancias prioritarias y las sustancias peligrosas prioritarias²³. Por lo que respecta a las *aguas subterráneas*, las previsiones son análogas, pretendiéndose impedir o limitar la entrada de contaminantes en las mismas para prevenir su deterioro; proteger, mejorar y regenerar las masas de agua, garantizando un equilibrio entre la extracción y la limitación para lograr su buen estado también a más tardar a quince años; y aplicar todas las medidas que sean precisas para invertir cualquier tendencia significativa y sostenida al aumento de la concentración de sustancias contaminantes debida a las repercusiones de la actividad humana²⁴. Por último, y en lo que hace a las *zonas protegidas*²⁵, los Estados miembros habrán de lograr el cumplimiento de todas las normas y objetivos en el mismo plazo referido, a menos que se especifique lo contrario en el acto legislativo comunitario en virtud del cual haya sido establecida cada una de ellas. Además, hay que tener presente que, siempre, y en relación con cualquiera de los tipos de aguas o zonas mencionados, serán de aplicación los objetivos de calidad más rigurosos cuando, por la razón que fuere, una misma masa de agua fuese destinataria de más de uno de los enunciados. Sólo cuando estas masas se encuentren tan afectadas que el logro de dichos objetivos sea inviable o tenga un coste desproporcionado, los Estados miembros vendrán autorizados a tratar

(21) Entendiendo por tal el que alcanza una masa de agua cuando tanto su estado ecológico (expresión de la calidad de la estructura y el funcionamiento de los ecosistemas acuáticos asociados a las aguas superficiales) como químico (entendido como las concentraciones de contaminantes) son, al menos buenos. En el caso del estado ecológico será el Anexo V el que determine cuándo una masa de agua alcanza el carácter de tal, mientras que en el caso del estado químico, la tabla de referencia ha de encontrarse en el Anexo IX.

(22) Si bien este plazo podrá ampliarse, previa garantía de ausencia de deterioros adicionales del agua, cuando los Estados demuestren la imposibilidad de llevar a cabo las mejoras precisas dentro del mismo.

(23) Ambas son sustancias que, por presentar un riesgo significativo para el medio hídrico, deberán ser presentadas como tales por la Comisión (artículo 16).

(24) Medidas que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 17, serán propuestas por la Comisión teniendo en cuenta los estudios realizados sobre las mismas y los criterios que estime oportunos —según lo establecido por el Anexo V— y deberán ser aprobadas por Parlamento y Consejo. Análoga actuación habrá de ser realizada, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, en relación con las aguas superficiales.

(25) Zonas así declaradas en virtud de normas comunitarias específicas relativas a la protección de las aguas o a la conservación de los hábitats y las especies que dependen directamente del agua (artículo 6.1). Una lista de las mismas aparece recogida en el Anexo IV de esta Directiva-marco. Es importante saber que tanto éstas como todas las masas utilizadas para la captación de agua destinada al consumo humano y que proporcionen un promedio de más de 10 m³ diarios, abastezcan a más de cincuenta personas o vayan a destinarse a tal uso en el futuro (artículo 7) deberán quedar debidamente consignadas en unos registros establecidos por los Estados miembros a los efectos, revisados y actualizados regularmente.

de lograr otros menos rigurosos²⁶, sin que en ningún caso se considere infracción de las disposiciones ambientales de la Directiva-marco a) ni el deterioro temporal del estado de las masas de agua debido a causas naturales o de fuerza mayor inevitables, b) ni el hecho de que los Estados no logren los fines de la misma por culpa de modificaciones de las características físicas del recurso, c) ni la imposibilidad de impedir el deterioro desde un excelente a un buen estado de una masa de agua subterránea por razón de nuevas actividades humanas de desarrollo sostenible. De cualquier manera, siempre que se ejercite cualquiera de estas excepciones, cada Estado velará por que ese ejercicio no excluya de forma duradera o ponga en peligro el logro de los objetivos de Directiva en otras masas de agua de la misma demarcación hidrográfica, así como por que esté en consonancia con la aplicación de otras normas comunitarias ambientales, y se tomen medidas para asegurar que la actuación de nuevas disposiciones garanticen, como mínimo, el mismo nivel de protección que las normas vigentes.

No es difícil, creo, extraer a la vista de la apretada explicación anterior una primera conclusión inicial. Y ésta no es otra que la detección de un verdadero interés por establecer determinaciones auténticamente protectoras, sujetas a un continuado seguimiento de su cumplimiento efectivo y a un férreo control cuando se trata de excepcionarlas. En efecto; en aquélla ha podido detectarse cómo cuando la regla general tuteladora pretende romperse o flexibilizarse en atención a la presencia de circunstancias preponderantes, el texto comunitario se encarga de imponer a los Estados interesados en realizar esta acción el aseguramiento de unas garantías tan extensas y estrechas que muy difícilmente van a permitir siquiera el surgimiento en éstos de la “tentación” de realizar la actuación sin justificación, en la medida en que conllevan más de carga que de elusión actora. Y en realidad, la idea de base no está mal planteada en cuanto tal: si se quiere poner fin a la degradación del medio hídrico comunitario, y la Directiva-marco, en lo que parece, ha decidido tomar las riendas de la cuestión, son precisas ordenaciones imperativas como éstas. Sin embargo, el temor que personalmente me planteo es el de si, realmente, tan rígidas previsiones van a poder ser concretadas por todos los Estados miembros de manera correcta y en plazo para su actuación efectiva, sin que surja ya ninguna de las circunstancias excepcionantes²⁷. Menos viniendo referidas las mismas a un medio como el agua, fluyente, ajena a fronteras políticas y, como tal, a medidas compartimentarizadas, y expuesta en cualquier momento –incluso a punto de cumplir las exigencias derivadas de la regulación comunitaria– a eventualidades que ahora no estamos ni en condiciones de imaginar. De darse este caso, y ante la imposibilidad de incardinar el incumplimiento en ninguna de las circunstancias exculpatorias pero tampoco achacable, por contra, a su desidia ¿qué pasará con el Estado de que pudiese tratarse? No es, pues, un tema nimio que deriva de aquella rigidez.

(26) No obstante, la Directiva-marco se cura en salud, y aun en estos casos, para evitar perjuicios mayores derivados de la “permisividad” aludida, obliga a los Estados miembros a demostrar, por un lado, que las necesidades socioeconómicas y ecológicas a las que atiende la actividad humana degradante no pueden lograrse por otros medios ecológicamente mejores sin coste desproporcionado y, por otro, a garantizar el mejor estado ecológico y químico posible en el caso de las aguas superficiales y los mínimos cambios posibles del buen estado de las aguas subterráneas, así como a asegurar que no habrá deterioro ulterior del estado de la masa de agua afectada y que la fijación de requisitos menos rigurosos y sus razones van a reflejarse en el plan de cuenca correspondiente.

(27) Piénsese que, ni física ni jurídicamente, todos los Estados miembros parten de una misma situación y, en algunos casos, nunca podrán estar en situación de paridad.

Es verdad, y en justicia así hay que reconocerlo, que la norma comunitaria es consciente hasta cierto punto de las dificultades que acabo de manifestar. Quizás no tanto —o por lo menos, no lo deja traslucir en su articulado— en lo que se refiere a la tipología física de las diversas cuencas existentes²⁸, cuanto al hecho de que es capaz de identificar claramente cuáles son las principales causas de la degradación del medio, y de anudar a las mismas unas medidas adicionales que presentan más despejado el camino a recorrer. Y estas causas, si hay que atender a lo expuesto en el artículo 16 son, sobre todo, el vertido y emisión de ciertas sustancias y, por ende, su presencia en las aguas.

Así es. El precepto citado, en su apartado 1, alude a determinados contaminantes o grupos de ellos que presentan un riesgo significativo para el medio acuático. Contaminantes que, por esto, deben ser objeto de medidas que permitan reducir progresivamente su presencia, limitando los vertidos, emisiones y pérdidas que las contengan e, incluso, llegando a impedirlos y suprimirlos gradualmente si presentan en su composición sustancias calificadas como “peligrosas prioritarias”²⁹. En la actualidad, no existe todavía una lista de sustancias que respondan a ningún tipo de calificación, en cuanto que es ésta una medida diferida en Parlamento y Consejo, a quienes corresponderá —previa propuesta de la Comisión— determinar las que han de incardinarse en aquélla, pasando a conformar una vez realizada esta labor el Anexo X de la Directiva-marco. Es lógico pensar que la propuesta de aquellos elementos por parte de esta última instancia requerirá, obviamente, la identificación precisa e indubitada en los mismos de ese riesgo significativo referido, lo que, inmediatamente, reclama la realización de evaluaciones con tal fin, bien de carácter general, bien específicas, basada únicamente en la ecotoxicidad acuática y en la toxicidad humana a través del medio acuático. Va de suyo que, dentro de esa propuesta deben contenerse igualmente sugerencias de control acerca del nivel presencial de las sustancias, tanto temporal como identificador de su concurrencia, que podrá consistir bien en el establecimiento de valores límite de emisión de las mismas en los vertidos, bien en la fijación de normas de calidad aplicables a la concentración de las mismas en las aguas superficiales.

Pues bien: es este último dato que acaba de citarse el que, precisamente, va a dar pie para destacar, a continuación, la que considero sin lugar a dudas conclusión más importante derivable de toda la regulación ambiental contenida en la Directiva-marco: la opción, quebrando la hasta ahora regla general de actuación en las normas hídricas comunitarias, por el enfoque combinado entre esos dos factores. Opción que es reconocida expresamente por el texto de aquélla. Y opción a la que, asimismo, conduce también —lo acabo de decir— el conocimiento que recién hemos tenido de los objetivos ambientales de la misma.

(28) Si bien en el Anexo XI identifica, a efectos de localización y situación, las regiones ecológicas de ríos y lagos (Mapa A) y de aguas de transición y costeras (Mapa B).

(29) Limitación, interrupción y supresión gradual para cuya realización efectiva en nuestro Estado habrán de jugar un papel muy importante instrumentos jurídicos de varios tipos: por un lado los de carácter netamente normativo —bien de nuevo cuño, bien modificaciones de normas ya existentes con el fin de facilitar aquellos fines mediante la fijación de parámetros de referencia—, por otro los planes hidrológicos —en la medida en que, en los mismos, deberán quedar reflejadas las normas de ordenación de los vertidos y las características básicas de calidad de las aguas— y, por fin, la autorización de vertido, como instrumento concreto en el que, de manera singular, deberán ser establecidos los valores permitidos o no de aquéllas.

2. La adopción del enfoque combinado valores límite de emisión/objetivos de calidad para el control de la contaminación del agua: las dificultades para percibir su alcance real

La opción expresa por el enfoque combinado valores límites de emisión/objetivos de calidad para el control de la contaminación de las aguas supone, como digo, un avance sustancial respecto del insuficiente criterio tuitivo habitual a escala comunitaria: el enfoque paralelo, excluyente entre los términos citados. Así es; como es conocido, la práctica totalidad de los textos hídricos comunitarios (y salvo las honrosas excepciones que suponen las Directivas 91/271, sobre aguas residuales urbanas y 96/61, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación) habían venido alineándose, con carácter enfrentado, bien con la perspectiva que tenía en cuenta únicamente las sustancias contaminantes a evacuar –valores límite de emisión–, bien con la que establecía sus regulaciones en función de las características cualitativas del medio receptor –objetivos de calidad–, de modo que su contenido respondía a una o a otra, pero nunca a las dos simultáneamente. Perspectivas divergentes cuya consideración aislada, además, les hacía incurrir en innegables carencias, al punto de terminar por minimizar las pretensiones protectoras que justificaban la propia aprobación de las normas. Así se han encargado de evidenciarlo suficientemente la doctrina³⁰ y las instancias comunitarias³¹, y asimismo lo demuestra la realidad de las cosas³².

Pues bien; la Directiva-marco, consciente del problema, intenta ponerle fin, contemplando una perspectiva que combine complementariamente ambos puntos de vista. Y de tal manera, impone a los Estados miembros (artículo 10) la obligación de velar por que los vertidos en las aguas superficiales se vigilen de acuerdo con un planteamiento combinado que establezca y/o aplique los controles de emisión basados en las mejores técnicas disponibles, los valores límites de emisión que correspondan y, en caso de impactos difusos, las verificaciones que proceda, de acuerdo con lo fijado por las Directivas 96/61 y 91/271 ya mencionadas; la 91/676, de 12 de diciembre, sobre protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos agrícolas; todas las Directivas que puedan adoptarse en adelante para combatir la contaminación del agua; las Directivas contempladas en el Anexo IX³³, y cualquier otra norma comunitaria que pudiese estimarse pertinente.

(30) Por todos, A. FANLO LORAS, “La evolución del Derecho comunitario europeo sobre el agua”, *op. cit.*, págs. 183-198. Igualmente A. EMBID IRUJO, “La evolución del Derecho de aguas y las características de la actual problemática del agua”, en la obra dirigida por el mismo autor *El nuevo Derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 79-80.

(31) En este sentido, son significativas las palabras contenidas en la Comunicación “La política de aguas de la Comunidad Europea” en la que se afirma textualmente que “en la práctica, ninguno de estos enfoques ofrece la solución ideal (...) resultando que ambos son complementarios, y no contradictorios”.

(32) Así es; si el hidráulico es un ciclo, es de sentido común la adopción de visiones que lo contemplen como tal y que, por tanto, eviten enfoques excluyentes y parciales. La interrelación entre los factores que afectan a las aguas es evidente: estamos en presencia de una materia en la que las imbricaciones recíprocas es lo natural, oponiéndose a ellas la consideración compartimentarizada de lo que, por naturaleza, es una unidad.

(33) Relativas al vertido de determinadas sustancias peligrosas y surgidas como desarrollo de las previsiones de la Directiva 76/464, de 4 de mayo, sobre contaminación por vertido de determinadas sustancias peligrosas en el medio acuático; Directiva que, sin embargo, y como establece el Considerando 52, deberá ser derogada una vez se apliquen plenamente las disposiciones contenidas en la Directiva-marco.

A pesar del amplio tenor de este precepto, que en algunos puntos se asemeja a una cláusula residual, no pueden estar más claras las intenciones respecto de la cuestión de las instancias europeas.

Intenciones, como digo, evidentes pero, como también acabo de sugerir, con un contenido poroso, que obliga a intentar adivinar en qué y de qué forma van a materializarse. Y contenido poroso que, a su vez, deriva del hecho de que las instancias comunitarias hayan optado por no fijar unos valores límite de emisión estrictos y uniformes, de consecuente aplicación inamovible en todo el ámbito comunitario, acompañados por unos objetivos de calidad complementarios³⁴, prefiriendo, por contra, dotar a la alternativa elegida de un grado importante de ductilidad que —es importante tenerlo en cuenta— en ningún caso ha de identificarse con falta de ordenación. En efecto, de acuerdo con esta preferencia, la Directiva-marco se ha limitado a establecer unos requisitos mínimos —los valores predeterminados por los textos comunitarios citados—, que aseguren un marco común a todos los Estados miembros, como modo de garantizar una actuación coherente en todo el ámbito de la Unión, y sin perjuicio de que los mismos, en virtud del principio de subsidiariedad, adopten medidas más estrictas para lograr el fin último de protección del medio hídrico.

No obstante, y siendo lo que acaba de exponerse cierto, también lo es el hecho de que, sólo en atención a lo contemplado en el artículo 10, existe una mayor claridad respecto de la perspectiva “valores límites de emisión”, en la medida en que es a ellos a los que se refiere de forma más palmaria. Por contra, respecto del ángulo “objetivos de calidad”, y si bien es cierto que en algunas de las Directivas de referencia el mismo también aparece considerado —tómense en cuenta la Directiva 96/61 o la 91/271— (de igual forma en que lo es por otras normas cuyas previsiones necesariamente deben contenerse en los programas de medidas —caso de la Directiva 80/778, modificada por la 98/83, sobre aguas destinadas al consumo humano—, o, incluso, pudiera serlo en las que posteriormente llegaran aprobarse —pero que, de momento, no pasan del plano abstracto—), es objeto, en general, de consideración más parca, al punto de que, entiendo, es necesario volver a traer a colación las previsiones contenidas en los artículos 4, 16 y 17, como modo de completar lo que, así visto, puede suscitar dudas.

Efectivamente; por si todavía no ha quedado suficientemente claro, lo cierto es que estos preceptos y singularmente el primero, lo que hacen es establecer, ni más ni menos, normas de calidad; esto es, completar la visión de este enfoque que inicialmente nos ha parecido escasa. Porque, como ejemplo suficientemente significativo, ¿qué otra cosa es la encomienda a los Estados miembros de la protección, mejora y regeneración de las masas de agua sino eso? Deberemos estar de acuerdo, y esto no admite discusión, con que este señalamiento de objetivos de calidad no es realizado, en esta ocasión, mediante la indicación de parámetros concretos de contaminación en relación con los usos previstos del agua; *modus operandi* que suele acostumbrarse. Pero ello no ha de suponer óbice a la consideración de aquel precepto como ejecutor de la labor indicada. De hecho, y como argu-

(34) En estos términos, A. FANLO LORAS, “La evolución del Derecho comunitario sobre el agua”, *op. cit.*, págs. 226-227.

mento *a fortiori*, el Anexo V de esta Directiva-marco, del que tanto depende la concreción de las previsiones generales de este artículo 4, y aún siendo igualmente general —entendido como remiso a la fijación de parámetros mediante valores numéricos y cantidades de sustancias—, procede a la realización de una clasificación del estado ecológico del medio agua comunitaria utilizando indicadores de referencia relacionados con el modo en que la misma se manifiesta en la naturaleza. ¿Acaso esto no ha de interpretarse como la fijación de un objetivo de calidad? A mi modesto entender, sí. Las cifras; los porcentajes de concentración o dilución, queden a la determinación de cada Estado, que para ello el texto comentado es una Directiva, y para ello se encuentran éstos en mejor posición de conocer su cuantía exacta. Pero lo que no se puede negar es que los citados precepto y Anexo, así como también los artículos 16 y 17 —en relación a circunstancias especiales, contemplan el enfoque “objetivos de calidad”. Como también lo hacen, cómo no, con el de “valores límite de emisión”, controlando para ello la evacuación de sustancias contaminantes peligrosas y peligrosas prioritarias o imponiendo el cumplimiento de los objetivos establecidos por la normativa que haya declarado y regulado las zonas protegidas. No podía ser de otro modo: la opción por el enfoque combinado lo impone así. Y no sólo en intenciones.

VII. EL VISO ECONÓMICO DE LA DIRECTIVA-MARCO: LA RECUPERACIÓN DE LOS COSTES DE LOS SERVICIOS RELACIONADOS CON EL AGUA

Otro de los contenidos sustantivos de la Directiva-marco de aguas que hay que destacar es el que hace referencia a la *vertiente económica del sistema que orchestra*; aspecto este que, no sólo en relación con aquél, sino, en general, viene constituyendo el talón de Aquiles por el que pierden buena parte de su vigor las, en principio, poderosas pretensiones que diseñan los regímenes de protección ambiental existentes. Pues bien, un texto de la ambición de aquella norma no podía ser ajeno a este tipo de cuestiones, debiendo contener alguna referencia vinculada, en tanto que en la estructura de ese marco global es pilar necesario la valoración de los costes que acarrea la formulación de una política de protección ambiental de las aguas.

Y desde luego, esa referencia existe, al punto de que la Directiva-marco dedica en exclusiva el artículo 9 a esta cuestión. Precepto que parte del principio de recuperación de los costes derivados de los servicios relacionados con el agua, incluidos los ambientales y los relativos a los recursos, y calculados de acuerdo con el análisis económico a que se refiere el Anexo III y con el principio “quien contamina, paga”. Pero precepto que, a diferencia de Propuestas anteriores, no alude a la “integridad” (entendida como el recobro total de los costes a través de la exigibilidad al usuario del pago, mediante precios o cuotas, de los costes totales de explotación y mantenimiento del servicio y los equipos, de inversión, y de las reservas para futuras mejoras y ampliaciones) cuando se refiere a esa recuperación. Desde luego, de haber prosperado una ordenación en este último sentido, la normativa española se hubiese visto impelida a proceder con rapidez a una alteración de su tenor, en la medida en que en la misma, los servicios relacionados con el agua responden, en general, al principio de no recuperación íntegra de los costes, sino sólo parcial mediante la exacción de diferentes figuras tributarias. No ha sido así, sin embargo, y no van a ser precisas esas premuras.

Siguiendo este mismo orden de consideraciones, acaba de hacerse referencia a que uno de los aspectos a tener en cuenta para calcular las cantidades precisas que permitan recuperar los costes derivados de los servicios del agua será el principio “quien contamina, paga”; afirmación que, expresada en otros términos, debiera suponer la repercusión en los contaminadores de los gastos derivados de su acción y el correlativo incentivo a los usuarios que utilicen de forma eficiente el recurso. Y a ello se refiere también el precepto señalado, en la medida en que contempla este tipo de estímulos –de necesario establecimiento a más tardar en el año 2010–, a la vez que impone a los Estados miembros la obligación de garantizar una contribución adecuada a la recuperación de tales costes por parte de los diversos usos del agua, desglosándose éstos al menos en hogares, industria y agricultura. Lo dicho, siendo la previsión general, no significa que aquéllos no puedan tener en cuenta, en circunstancias puntuales, características específicas concurrentes en espacios determinados como modo de flexibilizar las exigencias a la hora de fijar la tarificación concreta a aplicar. Como tampoco podrá frenarse la financiación de medidas preventivas o correctivas adicionales que ayuden a la consecución de los objetivos de la Directiva-marco (apartado 3).

Ha de conocerse, asimismo, que los Estados miembros tienen el deber de incluir en los planes hidrológicos de cuenca información sobre las medidas que pretenden aplicar para llegar a obtener tal recuperación de los costes, así como sobre la contribución efectuada a ellos por los diversos usos del agua. Sin embargo, la importancia que estas previsiones –la inclusión de las mismas en los instrumentos planificatorios parece otorgarles, por la esencialidad de éstos, un plus de consideración– no ha de entenderse incontestable, puesto que el último apartado del precepto que me ocupa establece meridianamente que los Estados miembros *no incumplirán* la presente Directiva si deciden no garantizar incentivos, ni contribuciones adecuadas en función de los usos del agua, ni incluir medidas e información sobre los anteriores en los planes de cuenca. Excepciones estas que, claro está, no son admisibles en todo supuesto (lo que podía conducir, por simple desidia, a la toma de decisiones en este sentido por parte de los componentes de la Unión) sino siempre y cuando con tal inacción no se comprometa ni los fines ni el logro de los objetivos de aquélla, lo que, al fin y al cabo, no deja de ser otra medida de flexibilización –en esta ocasión diferida a la propia voluntad de los Estados– similar a las consignadas en el párrafo anterior. Ahora bien: esta decisión debe ser hecha pública, reflejándose en los planes de cuenca, y explicándose igualmente en estos instrumentos los motivos de la misma. No quedan, pues, los Estados miembros tan libres de actuar a su antojo como en un primer momento podía parecer.

VIII. LAS ORDENACIONES APLICATIVAS DE LA DIRECTIVA-MARCO

Muchas son las cuestiones que la Directiva-marco refleja en su contenido. Muchas y de evidente trascendencia, por lo que resulta necesario asegurar su cumplimiento efectivo. Para ello, la propia norma se encarga de fijar una serie de “previsiones-refuerzo” encaminadas a coadyuvar al tránsito al mundo jurídico positivo de las regulaciones expuestas.

Obviamente, uno de los principales problemas que puede impedir el desarrollo normal de ese tránsito es la *insuficiencia de medios* —nunca de voluntad: estaríamos entonces ante un claro caso de incumplimiento— *por parte de un Estado miembro*. Para solventar esta posible carencia, el artículo 12 contiene una llamada a las fórmulas de *cooperación y colaboración* de aquellos Estados entre sí y de éstos con las instancias comunitarias. Por supuesto, no puede olvidarse tampoco que la *coordinación* entre los mismos sujetos es también esencial para cumplimentar las previsiones contenidas en la Directiva-marco y, singularmente, la fijación de demarcaciones hidrográficas y la aprobación de programas de medidas y planes de carácter internacional. En definitiva: todos los mecanismos de actuación interadministrativa constituyen una de las herramientas aplicativas más importantes a los efectos citados³⁵.

Si en el párrafo anterior he aludido a los supuestos de dificultades de aplicación de las previsiones comunitarias inimputables a la falta de voluntad de los Estados miembros, ahora habré de referirme a los casos en que *ese déficit de interés por la realización de actuaciones para conseguir los objetivos normativos establecidos* exista, bien en el ánimo de aquéllos, bien el de sus nacionales. Para estos lances la Directiva-marco ha establecido, en relación con el primer supuesto —incumplimiento de los Estados obligados—, la aplicación de *mecanismos de control*, entre los que habría que destacar, sobre todo, y aparte de los estudios y análisis a los que me he referido en epígrafes anteriores, la emisión de informes tanto por parte de los Estados miembros hacia las instancias comunitarias —cuando entren en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento en lo dispuesto en el texto comunitario (artículo 24)—, como por parte de aquéllas, en general, y en relación a la aplicación de las disposiciones de la Directiva, incluyéndose en ellos, entre otros contenidos, recomendaciones, indicaciones e intimaciones a los Estados miembros “remisos” en orden a alterar su comportamiento. Y por otro lado, y en lo que hace a un posible incumplimiento por sus ciudadanos de las normas nacionales adoptadas en aplicación de la misma, el artículo 23 señala la imposición de *medidas sancionadoras*, que habrán de venir ya contempladas, precisamente, en esos textos internos.

Por último, quedaría incompleto el corpus de la Directiva-marco si en él no se hubiese hecho referencia a *los plazos en que los Estados deben cumplir las obligaciones de ella derivadas* —cuestión esta que, por motivos de claridad, sintetizaré en el Anexo a este trabajo— y a *la necesidad de adaptación de sus previsiones al devenir del tiempo y, singularmente, a las nuevas técnicas que hubiesen podido surgir*. A esto último se refieren los artículos 19 y 20, en la medida en que, el primero de ello impone a la Comisión la presentación a su Comité de apoyo de un plan indicativo de las medidas que, con incidencia sobre la normativa en materia de aguas, se proponga aprobar en un futuro inmediato, como mecanismo para que ésta pueda, de considerarse necesario, ser también objeto de las alteraciones precisas. Por su parte, el segundo alude expresamente a la adaptación de las previsiones contenidas en los Anexos I y III, así como de la sección 1.3.6 del Anexo V al progreso científico y técnico. En fin, que no parece dejar nada al azar el texto de la Directiva-marco de aguas.

(35) Es interesante conocer que, por corresponder a la Comisión la realización de la práctica totalidad de actuaciones encaminadas a conseguir los objetivos dispuestos por la Directiva-marco, y en consideración al gran esfuerzo que ello supone, va a ser asistida por un Comité creado exclusivamente con esta misión y regido por su propio Reglamento interno. Así lo determina el artículo 21 del texto comunitario.

IX. A MODO DE SÍNTESIS FINAL

A lo largo de las páginas anteriores hemos visto cuáles son los aspectos fundamentales de la Directiva-marco. Y considerados los mismos, no podemos sino reconocer la *ambición* de sus planteamientos y la *importancia* de los instrumentos establecidos para llevarlos a cabo. Planteamientos que, además, como ha podido comprobarse, aparecen caracterizados tanto por la innegable dosis de *innovación* que contienen —no feñida con la *aceptación* de medidas aplicables hace tiempo en algunos de los Estados miembros y, singularmente, con la opción por la cuenca hidrográfica como espacio básico ideal para la gestión del agua y con la amplia utilización de la técnica planificadora— como por su *clara orientación ambiental*.

No hace falta volver a exponer aquí la justificación jurídica de la aprobación de un texto de estas características. De todos es conocida la problemática que se plantea en torno a la protección cualitativa de las aguas. Lo único que resta, pues, es congratularnos de la culminación de un proceso normativo tedioso y, sobre todo, confiar en que los contenidos adoptados finalmente se trasladen a la práctica. La labor no es sencilla: va a ser necesario reajustar todos los ordenamientos estatales, incluido el nuestro. Bien es cierto que partimos con la ventaja de que el basamento organizativo sobre el que se ha construido aquél existe en España y lo mejor, que estamos habituados a operar de acuerdo con el mismo. Sin embargo, la consideración adicional de las aguas marinas como objeto de las previsiones de la Directiva-marco, la introducción de las figuras de las demarcaciones internacionales y de los planes de este mismo calibre y las nuevas exigencias cualitativas tendrán como consecuencia la obligación de alterar nuestras normas. Y, por fortuna, no ha prosperado la propuesta inicial de recuperación íntegra de los costes por los servicios del agua, en cuyo caso la modificación sí que se hubiese complicado. Dificultades, pues, más que sobradas.

ANEXO: PLAZOS MÁXIMOS PREVISTOS EN LA DIRECTIVA-MARCO

1. Plazos máximos a los que vienen obligados los Estados miembros

- *Trasposición de la Directiva*: tres años desde su entrada en vigor.
- *Designación de las autoridades competentes de las demarcaciones hidrográficas*: tres años desde la entrada en vigor de la Directiva. *Entrega a la Comisión de la lista de las mismas*: seis meses después de su designación. *Producción de cualquier cambio en relación con aquellas autoridades*: tres meses después de la misma.
- *Consecución de un buen estado de las aguas superficiales, un buen potencial ecológico y químico de las aguas muy modificadas o artificiales, un buen estado de las aguas subterráneas, y el cumplimiento de los objetivos en relación con las zonas protegidas*: quince años desde la entrada en vigor de la Directiva. *Revisión de la calificación de las aguas como muy modificadas o artificiales*: seis meses desde la misma. *Revisión de los efectos en las aguas de circunstancias excepcionales (sequía o inundaciones)*: un año desde su producción. *Revisión de la posibilidad de lograr objetivos menos rigurosos que los impuestos por las normas comunitarias*: seis meses desde su reconocimiento.

La Directiva-marco sobre el agua

- *Análisis de las condiciones concurrentes sobre el demanio hídrico:* cuatro años desde la entrada en vigor de la Directiva-marco. *Actualización de los mismos:* trece años desde esta fecha y, posteriormente, cada seis. *Envío a la Comisión de resúmenes de los análisis utilizados para la elaboración de los planes hidrológicos de cuenca:* tres meses desde la aprobación de los mismos.
- *Establecimiento del Registro de zonas protegidas:* cuatro años desde la entrada en vigor de la Directiva.
- *Operatividad de los programas de seguimiento:* seis años desde la entrada en vigor de la Directiva. *Informe intermedio a la Comisión de la aplicación de los mismos cuando hubiesen sido concebidos para la elaboración de un plan hidrológico de cuenca:* tres meses desde la aprobación de éste.
- *Fijación de actividades para la recuperación de los costes relacionados con los servicios del agua:* a más tardar el año 2010.
- *Adopción del enfoque combinado:* doce años desde la entrada en vigor de la Directiva.
- *Establecimiento del programa de medidas:* nueve años desde la entrada en vigor. *Operatividad de las mismas:* doce años desde la misma fecha. *Revisión de los programas:* quince años desde la misma fecha en el caso de la primera y, posteriormente, cada seis. *Revisión de las medidas:* cada tres años. *Informe intermedio de su aplicación:* tres años a partir de la publicación de los planes hidrológicos de cuenca o de actualización.
- *Aprobación de los planes hidrológicos de cuenca:* nueve años desde la entrada en vigor de la Directiva. *Revisión de los mismos:* la primera, a los quince años de esta fecha. A partir de la misma, cada seis. *Información pública:* a) del calendario y los programas de trabajo en relación con los planes hidrológicos de cuenca: al menos tres años antes desde el inicio del período a que se refiere el plan; b) de los temas importantes de la cuenca: al menos dos años antes desde el inicio del período a que se refiere el plan c) de los ejemplares del proyecto: al menos un año antes desde el inicio del período a que se refiere el plan. *Formulación de alegaciones por los interesados:* seis meses desde la puesta a disposición del público. *Envío a la Comisión de ejemplares de los planes hidrológicos de cuenca y sus actualizaciones:* tres meses desde su publicación.
- *Establecimiento de criterios de valoración de estado de las aguas subterráneas si no hay acuerdo para ello por parte de las instancias comunitarias:* cinco años desde la entrada en vigor de la Directiva.

2. Plazos máximos a los que vienen obligadas las instancias comunitarias

- *Respuesta de la Comisión a las solicitudes de recomendación formuladas por los Estados miembros:* seis meses desde tal formulación.
- *Revisión por la Comisión de la lista de sustancias peligrosas prioritarias:* cuatro años desde la entrada en vigor de la Directiva. *Interrupción de la evacuación de las mismas:* veinte años desde la adopción de su propuesta por Parlamento y Consejo. *Control de las emisiones de fuentes puntuales y para*

normas de calidad: dos años desde la inclusión de la sustancia en la lista. Control de la emisión de sustancias prioritarias: seis años si estaba ya incluida en la primera lista y cinco si se incorporó con posterioridad.

– Establecimiento de medidas de control de la contaminación de aguas subterráneas: dos años desde la entrada en vigor de la Directiva.

– Informe de la aplicación de la Directiva: doce años desde su entrada en vigor y, posteriormente, cada seis. Informe sobre los informes resumidos enviados por los Estados miembros en relación con la aplicación de la Directiva en su ámbito: dos años desde tal envío. Informe intermedio sobre los informes intermedios enviados por los Estados miembros con este mismo fin: tres años desde la publicación de cada uno de ellos.

– Presentación por la Comisión del plan indicativo de medidas: un año desde la entrada en vigor de la Directiva y, posteriormente, cada dos.

– Derogación de las Directivas 75/440, 77/795 y 79/869: siete años desde la entrada en vigor de la Directiva-marco. Derogación de las Directivas 78/659, 79/923, 80/68 y 76/464 (salvo su artículo 6, de inmediata derogación): trece años desde la entrada en vigor de la Directiva-marco.

– Revisión de la Directiva-marco: diecinueve años desde su entrada en vigor.

El organismo de derecho público y el concepto comunitario de administración pública*

MARIO P. CHITI

Profesor Ordinario
Catedrático de Derecho
Administrativo
Universidad de Florencia

Sumario:

1. Introducción. 2. El concepto de administración pública en los Tratados. 3. El concepto de administración pública en el derecho derivado. 4. Aspectos generales iniciales. 5. Autonomía organizativa y cooperación administrativa. 6. El organismo de derecho público en las Directivas sobre los contratos públicos. 7. Luces y sombras de la jurisprudencia comunitaria. 8. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El concepto de organismo de derecho público era desconocido en muchos Estados miembros antes de la constitución de la Comunidad Económica Europea y de la formación progresiva del derecho comunitario, donde, por el contrario, aparece repetidamente, ya sea en el derecho escrito, originario o derivado, como en la jurisprudencia de los jueces comunitarios. A pesar de que normalmente cada avance del derecho comunitario sea fruto de un movimiento circular de influencias entre los derechos nacionales y el propio derecho comunitario, parece vano buscar en el derecho nacional antecedentes significativos de este concepto y de la compleja problemática que conlleva.

Las tesis que alimentan este estudio son las siguientes: a) El organismo de derecho público es un concepto de derecho comunitario con una influencia directa en los ordenamientos de los Estados miembros, según los principios de integración entre los ordenamientos jurídicos comunitario y nacional y el de supremacía del derecho comunitario. b) Es

(*) Toledo, Universidad de Castilla-La Mancha, 15 de enero de 2001.

un concepto que forma parte esencial de la problemática comunitaria sobre la administración pública, y contribuye a definir el ámbito subjetivo de aplicación del derecho comunitario en los Estados miembros, desde una perspectiva fuertemente sustancialista y funcional que, en sectores relevantes como los contratos de las administraciones públicas, se diferencia significativamente de los conceptos nacionales de administración pública. c) El organismo de derecho público no es una nueva figura jurídica subjetiva, comprendida como entidad subjetiva reconocida por un ordenamiento jurídico, sino un concepto funcional de la **calificación/tipificación/determinación de la naturaleza** de figuras jurídicas subjetivas a fin de que las así consideradas sean sometidas a la aplicación de una cierta disciplina proveniente del derecho comunitario. d) La utilización de tales conceptos en el derecho comunitario demuestra que el principio de autonomía organizativa de los Estados miembros se halla confrontado a la existencia de límites cada vez más penetrantes. De hecho, las nuevas delimitaciones del ámbito subjetivo en la aplicación del derecho comunitario terminan por poner en duda las propias características de la organización pública en los Estados miembros.

Los elementos de derecho comunitario relevantes a nuestros fines son, en la situación actual, bastante imprecisos. Tenemos, de hecho, indicaciones diversas, y a veces, incluso contradictorias: así, varias alusiones en el Tratado CE a los organismos de derecho público [por ejemplo, los arts. 101 y 103, ex arts. 104 y 104.B)] son muestra de una connotación subjetiva del organismo de derecho público, como “otro” ente público. En el derecho derivado, y en particular en la Directiva sobre contratos públicos, el concepto tiene, como regla, una valencia funcional, para individuar cuáles son los sujetos, de cualquier modo sometidos a la observancia del derecho comunitario. Y, por otra parte, en la jurisprudencia de los jueces comunitarios prevalece la perspectiva funcional, al mismo tiempo que no faltan muestras en términos subjetivos, como cuando se habla del *status* del organismo de derecho público.

Esta imprecisión manifiesta una de las mayores incertezas del actual derecho comunitario, en el que en temas de administración pública ha llegado ya a un punto en el que los sistemas tradicionales de desarrollo del derecho comunitario, concentrados en un derecho escrito con conceptos “abiertos” y en una jurisprudencia “integradora” del juez comunitario, ya no son adecuados frente a la relevancia comunitaria de la administración y a la consecuente necesidad de una sistematización clara de su problemática global. Sin embargo, gracias a la circularidad del proceso de integración europea, los Estados miembros tienen —en éste más que en otros campos, dada la riqueza de las propias elaboraciones sobre la administración y el derecho administrativo— la posibilidad de influenciar las elecciones comunitarias.

En lo que se refiere a la administración pública comunitaria, los datos relevantes derivan de una pluralidad de fuentes comunitarias: el derecho originario, haciendo particular referencia a las previsiones de los Tratados para el acceso a los puestos en las administraciones públicas, las ayudas de Estado, las empresas públicas, la política económica y monetaria; el derecho equivalente a los Tratados, como las previsiones relevantes para el

El concepto comunitario de Administración Pública.

concepto de administración pública contenidas en el Protocolo sobre los procedimientos para los déficits públicos excesivos de 1992 y en el Pacto de estabilidad y crecimiento de 1997; el derecho derivado, para cuyo examen se requiere una elección ejemplar, a la vista de la gran cantidad de Directivas y Reglamentos en los que se hace referencia a esta temática en los sectores más diversos, como el derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente (Directiva 90/313) o la transparencia en las relaciones financieras entre los Estados y las empresas públicas (Directiva 80/723); la jurisprudencia comunitaria, con particular referencia al contencioso sobre los contratos públicos, así como también a la temática general de la eficacia directa vertical de las directivas, de la responsabilidad extracontractual de los Estados miembros por violaciones del derecho comunitario, y de las definiciones del ámbito subjetivo del principio de cooperación leal (art. 10, ex art. 5, Tratado CE).

2. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LOS TRATADOS COMUNITARIOS

Iniciando el examen de las disposiciones relevantes en el derecho de los Tratados, se puede observar cómo la temática del acceso a los puestos de la administración pública está ya estudiada en sus mayores implicaciones. Baste recordar que las previsiones del art. 39, ex art. 48.3 Tratado CE (que se ha mantenido sin cambios en la formulación original de 1957), según el cual “las disposiciones del presente artículo (sobre la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad) no son aplicables a los empleos en la administración pública”, ha sido entendida progresivamente por el Tribunal de Justicia en un modo muy distinto a su aparente significado literal. Así, de hecho, mientras el art. 39 establece para todos los empleos en la administración pública una excepción general al principio de la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, el Tribunal ha delimitado la excepción únicamente a los puestos que sean “característicos de las actividades específicas de la Administración pública, en cuanto ente al que se ha confiado el ejercicio del poder público y la responsabilidad de salvaguardar los intereses generales de Estado o de otras entidades públicas”, donde puede ser efectivamente relevante el valor residual del deber de fidelidad al Estado de parte de los funcionarios públicos. Por lo demás, que representa cuantitativamente la mayor parte de los puestos en las administraciones públicas, no pueden existir restricciones ligadas a la ciudadanía nacional, en cuanto no presupongan una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público ni a las tareas que tienen como objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas. La postura del Tribunal de Justicia, anticipada por algunas Sentencias anteriores, se ha estabilizado a partir de la Sentencia del 17 de diciembre de 1980, causa 149/79.

Es evidente el intento del Tribunal por definir un concepto de administración pública que sea funcional y que garantice la mayor aplicación posible de los principios comunitarios, delimitando el ámbito de la excepción prevista por el art. 39 del Tratado CE a los únicos casos de **las posiciones apicali**, eliminando así sustancialmente la relevancia publicista del resto de los puestos en las administraciones públicas. Por mucho que la postura del Tribunal aparezca ciertamente un tanto forzada y sea poco precisa en las referencias a los conceptos de “participación en el ejercicio del **poder público**” y “salvaguardia de los intereses generales”, manifiesta una primera constante de la postura comunitaria, o valo-

ración del elemento sustancialístico y empírico, destinado a garantizar el máximo efecto útil para el derecho comunitario.

Otra temática de relieve para los fines, actuales del derecho de los Tratados es la relativa a las ayudas de Estado (art. 87, ex arts. 92 y siguientes Tratado CE), regida por el principio de incompatibilidad con el Mercado Común de las ayudas concedidas por los Estados, o a través de recursos estatales que, favoreciendo a algunas empresas o producciones, falseen o amenacen la competencia. En este caso, como en otras partes de los Tratados en las que se recurre al término “Estado”, éste es entendido como sinónimo no sólo del Estado-persona, sino de cualquier otra administración pública, así como también de los organismos formalmente privados que el Estado instituya o designe para gestionar las ayudas.

En los países con un ordenamiento regional o autonómico, esta interpretación ha favorecido el relieve autónomo comunitario de entes exponenciales, como las regiones o los entes locales, normalmente muy interesados en las intervenciones en la economía. Un tal desarrollo es, por lo demás, conforme a los caracteres del ordenamiento jurídico comunitario, el cual, al estar formado no sólo por los Estados miembros, asegura una importancia progresiva a los entes infraestatales, como demuestran en particular la constitución del Comité de Regiones y de los varios sistemas de **partenariado** entre la Comunidad, los Estados y las regiones (los programas integrados mediterráneos, los Fondos estructurales, etc.)

No es muy diferente ni en cuanto al fondo ni en la lectura jurisprudencial lo relativo a las disposiciones de los Tratados sobre las empresas públicas. El principio comunitario en este caso es que las reglas de la competencia relativas a las empresas, y en particular los arts. 81, 82 y 87 (ex arts. 85, 86 y 92) del Tratado CE, se apliquen, como máxima, a las empresas públicas también (art. 86, ex art. 90 Tratado CE); pero si estas últimas están encargadas de la gestión de servicios de interés general o gozan de un carácter de monopolio fiscal, son sometidas a las normas del Tratado, y en particular, a las normas de la competencia “en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada”. De ahí la exigencia de una definición sobre qué debe entenderse por empresa pública, utilizando, obviamente, criterios comunitarios, con el fin de asegurar una aplicación uniforme del derecho comunitario en los Estados miembros así como su máximo efecto útil.

El concepto de empresa no es establecido expresamente en el Tratado CE; encuentra desarrollos en el derecho comunitario derivado y ha sido elaborado por la jurisprudencia comunitaria.

El principio inicial, que se afirmaría después definitivamente, es que “el concepto de empresa engloba cualquier entidad que ejerza una actividad económica, prescindiendo del status jurídico de dicha entidad y de sus modalidades de financiación” (Sentencia Höfner de 23 de abril de 1991, causa C-41/90); y que “constituye una actividad económica la oferta de bienes y servicios sobre un mercado determinado” (Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 1998, causa C-35/96).

El concepto comunitario de Administración Pública.

Todo esto implica que para el Tribunal de Justicia el elemento determinante es el representado por el perfil funcional, es decir, la circunstancia de que un determinado sujeto desarrolle efectivamente una actividad de empresa sin que en ningún modo sea determinado por la forma organizativa de tal sujeto. El dato relevante, por lo tanto, es que el sujeto jurídico en cuestión se halle orientado hacia la producción y/o la oferta en el mercado de bienes y/o servicios; mientras no influye el que el Estado desarrolle actividades económicas mediante una entidad distinta sobre la cual puede ejercitar, directa o indirectamente, una influencia dominante; o bien, que desarrolle dichas actividades directamente mediante un órgano que forma parte de la administración pública, como una administración autónoma.

3. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO COMUNITARIO DERIVADO

El concepto comunitario de administración pública tiene mucha relevancia en las Directivas y Reglamentos comunitarios, especialmente en cuanto concierne al tema específico del organismo de derecho público.

Generalmente, las Directivas en las que se pone de relieve la cuestión del ámbito subjetivo de aplicación asumen la acepción aparentemente más amplia de administración pública, a fin de comprender el mayor número posible de sujetos. Típica es la Directiva sobre la libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente (Directiva del Consejo de 7 de junio de 1990, 90/313/CEE), la cual tiene como finalidad “garantizar la libertad de acceso y la difusión de la información sobre el medio ambiente que esté en poder de las autoridades públicas, así como establecer los plazos y condiciones básicas en que se pondrá a disposición dicha información”. En un tal contexto, por “autoridad pública” se entiende “cualquier administración pública a nivel nacional, regional o local, que tenga responsabilidades y posea información relativa al medio ambiente, con excepción de los organismos que actúen en el ejercicio de poderes judiciales o legislativos.”

Por otra parte, no puede pasar desapercibido cómo con tales previsiones el legislador comunitario renuncia a una propia y autónoma definición de administración pública, reenviando a los conceptos nacionales en la materia, incluso si éstos pueden ser muy diferentes entre ellos. Haciendo esto, no se sigue la dirección del Tribunal de Justicia que, desde la citada Sentencia de 17 de diciembre de 1980, causa 149/79, ha indicado que el concepto de administración pública debe ser interpretado y aplicado uniformemente dentro de la Comunidad, y no dejado a la discrecionalidad de los Estados miembros. El riesgo de una aplicación diferenciada en los Estados miembros es sólo parcialmente evitado a partir de la intervención del Tribunal de Justicia a través de la interpretación prejudicial, por la inevitable ocasionalidad de los casos en los que los jueces nacionales recurren a este tipo de procedimiento comunitario.

Muy diferente es el caso en el que las Directivas comunitarias no se limitan, de forma más o menos completa, a declarar a las administraciones públicas así definibles según el derecho nacional, sino que introducen conceptos “abiertos” como el de organismo de derecho público, especialmente relevante en este estudio.

El sector de los contratos públicos es en el que el tema ha sido mayormente desarrollado, ya sea por efecto del hipernormativismo comunitario sobre los mismos, o por la importancia crucial de la definición del ámbito subjetivo de aplicación de esta materia. Por tal motivo el concepto de organismo de derecho público, según la definición de las directivas sobre contratos públicos, es el que, desde hace tiempo, es objeto de importantes contribuciones jurisprudenciales y doctrinales, tanto a nivel comunitario como por las cuestiones definitorias que resultan del derecho nacional.

Más adelante será específicamente analizada la cuestión de los poderes adjudicadores y del organismo de derecho público en el derecho comunitario de los contratos públicos. Merece la pena anticipar ya que la atención que el legislador comunitario dedica al tema expresa el intento de no dejar del todo el desarrollo de una cuestión tan importante a la jurisprudencia de los jueces comunitarios, algo debido también a una exigencia de certeza del derecho que es importante tanto para los poderes adjudicadores como para las empresas interesadas. De ahí el notable carácter analítico de las definiciones normativas en cuanto a los sujetos que deben aplicar los procedimientos comunitarios para el otorgamiento de los contratos públicos, en la línea –seguida hoy también por el legislador italiano– de la enumeración en vía legislativa de las administraciones públicas. A pesar de ello, este criterio no es el único asumido por las Directivas, las cuales, a partir de la Directiva sobre los contratos públicos de obras 89/440, han añadido al criterio enumerativo un segundo y diverso criterio consistente en la definición de un concepto abierto como aquel de organismo de derecho público, para descender en vía interpretativa a lo específico de las diversas normativas nacionales y de las disposiciones organizativas locales.

No es fácil combinar los dos criterios aludidos, especialmente porque la definición de organismo de derecho público que se encuentra en las Directivas sobre los contratos públicos es bastante críptica y, curiosamente, jamás igual –hasta la reciente propuesta legislativa de la Comisión, que adopta finalmente la misma locución– y ello incluso si las materias así reguladas son muy cercanas y los criterios inspiradores son los mismos. Así tenemos, por una parte, una definición de carácter enumerativo de los sujetos obligados a aplicar los procedimientos comunitarios que no parece dejar lagunas en el ámbito de las administraciones públicas de tipo tradicional; y, por otra parte, un criterio que, como ya se ha dicho, es abierto, y que en los ordenamientos de los Estados miembros es utilizado para la calificación/**tipificación** en el mismo sentido de algunas figuras organizativas, las cuales estarán así obligadas al cumplimiento de los procedimientos comunitarios.

En sustancia, las Directivas sobre los contratos públicos expresan el intento de la Comunidad de hacer obligatorio para el mayor número de sujetos la utilización de los procedimientos previstos, incluso a través del recurso a conceptos, como el de organismo de derecho público, que implican, inevitablemente, una importancia significativa de los jueces comunitarios; y sobre todo del Tribunal de Justicia a través del recurso prejudicial a partir del cual se establece una interpretación vinculante del derecho comunitario, la cual es relevante para determinar la calificación/**tipificación** de un sujeto nacional como organismo de derecho público.

El concepto comunitario de Administración Pública.

Tal vía normativa enlaza directamente con todo lo ya examinado sobre el efecto útil del derecho público que las instituciones comunitarias siempre buscan garantizar, a costa de una escasa coherencia en las posturas, con una mezcla confusa de criterios enumerativos y alusivos.

No se puede, por otra parte, evitar la diferencia entre la perspectiva seguida por la mayor parte de las directivas, especialmente en lo que se refiere a los contratos públicos, y la del Tratado CE: mientras en el Tratado prevalece una connotación del organismo de derecho público en términos subjetivos —particularmente evidente en los artículos 101 y 103—, en las directivas toma fuerza la connotación funcional. Ello no significa, sin embargo, prevalencia del derecho de los Tratados, por razones de jerarquía de las fuentes comunitarias; de hecho, y haciendo abstracción de una verdadera jerarquía propia a dichas fuentes, las disposiciones de los Tratados sobre los organismos de derecho público tienen objetos particulares, y no establecen ningún principio general capaz de influenciar el resto del derecho comunitario.

4. ASPECTOS GENERALES INICIALES

Llegados a este punto, pueden ser mencionadas algunas indicaciones generales iniciales sobre el concepto comunitario de administración pública, que deberán ser verificadas posteriormente al ponerlas en relación con el tema específico del organismo de derecho público.

La Comunidad no tiene un concepto establecido y determinado de administración pública, pero sigue una perspectiva puramente funcional con el fin de asegurar el efecto útil del derecho comunitario y, así, garantizar su más amplia aplicación. Esta exigencia no es igual en los derechos nacionales y representa una peculiaridad del derecho comunitario que explica el porqué se han evitado hasta ahora las definiciones sistemáticas y coherentes.

La perspectiva funcional hace que la Comunidad se refiera a las indicaciones que provienen de los derechos nacionales, en la medida en que no limitan el ámbito de las disposiciones de los Tratados y del derecho derivado. Sin embargo, la Comunidad adopta su propia posición en los casos en los que la referencia al derecho nacional puede amenazar la aplicación del derecho comunitario. De ahí vienen ciertos desarrollos: la ampliación progresiva de la noción de “Estado” con el fin de establecer el ámbito de aplicación del principio del efecto directo de las directivas; la definición de “empresa pública” usada hasta para englobar figuras jurídicas subjetivas que jamás habrían podido ser comprendidas según el derecho nacional; la interpretación fuertemente reductora de la limitación al principio de libre circulación de los trabajadores en lo que se refiere a los puestos en la “administración pública”. La perspectiva funcional es seguida constantemente por las instituciones comunitarias porque la consideran como inherente al derecho comunitario; sin embargo, *stricto sensu*, no es mantenida por las disposiciones del Tratado en lo que concierne a la administración pública, disposiciones que, como ya se ha mencionado, se mantienen neutras o bien asumen el criterio diverso, esto es, una perspectiva subjetiva.

Entre los desarrollos más interesantes en sentido funcional del derecho derivado se halla la utilización del concepto de “organismo de derecho público” en las directivas sobre los

contratos públicos, lo cual ha permitido una considerable extensión del ámbito subjetivo de aplicación de los nuevos procedimientos, y ello para evitar, por una parte, privilegios indebidos para las empresas de un Estado miembro, y, por el otro, que muchos nuevos sujetos jurídicos de incierta naturaleza jurídica, pública o privada, según el derecho nacional, se mantuvieran fuera del alcance del ámbito de aplicación del derecho comunitario.

Merece señalar que la Comunidad, a pesar de seguir la ya mencionada perspectiva funcional, es extremadamente puntual en la definición del ámbito subjetivo de las propias previsiones que se refieren a los Estados miembros, mientras es reacia a cualquier puntualización efectiva acerca de la propia administración pública **comunitaria**. En este sentido se puede decir que sí existen elementos para llegar a un concepto comunitario de administración pública, válidos cuando se hallan en juego las administraciones nacionales, no existe aún, por el contrario, un concepto comunitario de administración pública. En consecuencia, mientras la temática sobre la organización administrativa nacional se halla fuertemente influenciada por el derecho comunitario, la organización administrativa de la Comunidad se mantiene en un estado de absoluta vaguedad.

La explicación de un comportamiento tan diferente sería fácil si se sigue la lectura tradicional sobre los caracteres de la ejecución del derecho comunitario, que aún privilegian el criterio de ejecución indirecta, dejando así a la sombra a la administración comunitaria y su papel condicionante sobre las administraciones nacionales. Sin embargo, el principio de ejecución indirecta es visto hoy con una luz muy diferente de aquella que iluminó los orígenes del proceso de integración comunitaria: muy a menudo las administraciones nacionales actúan conjuntamente a un sujeto comunitario **en los límites de sus competencias respectivas, para complementarse**; las administraciones nacionales son reorganizadas o, aun más, constituidas sobre la base del derecho comunitario, hasta el punto de llegar a perder una gran parte de su especificidad; esas mismas administraciones siguen, en muchos casos, procedimientos directamente regulados por el derecho comunitario o influenciados indirectamente por el mismo; dichos procedimientos son muy a menudo de naturaleza mixta, entendiendo ésta como que sólo en parte actúan en el ámbito nacional, pudiendo tener su fase inicial o final en la propia esfera de la Comunidad. Así no faltan ejemplos relevantes de ejecución directa.

Los caracteres efectivos asumidos por la ejecución “indirecta” del derecho comunitario por parte de las administraciones nacionales se pueden extraer del papel cada vez más influyente asumido por la Comisión, especialmente en su deber de vigilancia sobre la aplicación del derecho comunitario por parte de las administraciones nacionales. A un extremo tal que los jueces comunitarios son a menudo llamados a controlar el que la Comisión se haya mantenido en los límites, ya amplios de por sí, de su legítimo papel de “guardiana” del derecho comunitario.

De forma más general, la obstinación de la Comunidad en no prever claramente un concepto propio de administración comunitaria manifiesta la perduración en las instituciones comunitarias de una voluntad dirigida a regular los Estados miembros más que a ellas

El concepto comunitario de Administración Pública.

mismas, una postura que quizá fuera válida al inicio de la integración europea, pero que hoy es obsoleta dado que el aparato institucional y administrativo de la Comunidad se ha convertido en mucho más complejo con la aparición de una gran pluralidad de nuevas figuras organizativas, a las cuales parece inapropiado calificar de meros órganos, así como con la constitución de sujetos externos a la Comisión, como son las agencias europeas, que tienen una personalidad jurídica propia y están dotadas de poderes relevantes.

La exigencia de definir con cierta precisión el concepto de administración pública comunitaria es aun más urgente tras el Tratado de Maastricht, el cual prevé dos nuevos mecanismos de control sobre las instituciones y la administración comunitaria confiados al Tribunal de Cuentas europeo y al Defensor del pueblo europeo.

5. AUTONOMÍA ORGANIZATIVA Y COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA

Sobre la base de lo hasta ahora examinado, nacen valiosas indicaciones sobre los caracteres actuales de un principio tradicional del derecho comunitario: la autonomía organizativa de los Estados miembros en lo que se refiere a la puesta en marcha de las políticas comunitarias.

Según ese principio, y como lo ha señalado el Tribunal de Justicia, cuando los Tratados o los actos normativos comunitarios confieren a los Estados miembros poderes y obligaciones para la realización de actividades de carácter comunitario, se mantiene la estrecha competencia de los Estados para establecer, según sus respectivas reglas constitucionales, el modo para ejercer tales competencias y determinar cuáles son los sujetos competentes.

La neutralidad comunitaria en cuanto al modo en que los Estados miembros organizan sus propias responsabilidades comunitarias ha sufrido, por otra parte, erosiones progresivas. Ante todo, han aumentado los casos en los que la Comunidad requiere de los Estados miembros la constitución de nuevos sujetos específicamente destinados a desarrollar actividades de carácter comunitario, a veces definiendo puntualmente incluso la postura/**misión**. En segundo lugar, la Comisión tiende a funcionalizar de forma detallada los sujetos nacionales que desarrollan las políticas comunitarias, con efectos incluso sobre la esfera organizativa. Pero, sobre todo, el Tribunal de Justicia ha establecido que el principio de autonomía es válido en la medida en que, en la materia considerada, **no existan disciplinas/no se hallen envueltas competencias** comunitarias.

Esto implica que las interferencias y condicionamientos sobre las disposiciones organizativas y procedimentales de los Estados miembros se hallan justificadas cuando sean funcionales en la aplicación del derecho comunitario.

La relatividad del principio de autonomía organizativa de los Estados miembros se ha acentuado a través de los efectos producidos por dos nuevas variables generales: por una parte, la emergencia de verdaderos y propios poderes concurrentes de la Comunidad y los Estados miembros, especialmente a partir del Acta Única Europea, y por otra, el “redescubrimiento” del art. 10, ex art. 5 del Tratado CE, observado con la perspectiva de la cooperación administrativa.

En lo que concierne a los poderes concurrentes y las **connotaciones** administrativas del principio de subsidiariedad, es imaginable que la estrecha relación así determinada entre las administraciones nacionales, las instituciones comunitarias y sus respectivos órganos lleve a una progresiva comunitarización de las administraciones nacionales que participen en tales esquemas.

Por su parte el art. 10 que, recordemos, establece el principio general de cooperación leal de los Estados miembros con el fin de asegurar la ejecución de las obligaciones comunitarias, ha sido también leído en clave administrativa como vínculo entre las administraciones nacionales para facilitar la realización de las obligaciones de la Comisión y asegurar la máxima cooperación con las administraciones de los otros Estados miembros. Dicho principio obliga incluso a los Estados miembros a llevar a cabo las reformas administrativas que sean necesarias, en aquellos aspectos en los que sea preciso adecuar el propio sistema administrativo a las necesidades que se desprenden del derecho comunitario; de hecho, y según una jurisprudencia comunitaria constante, los Estados miembros no pueden aducir como justificación de las inejecuciones comunitarias el modo en el que sus propias administraciones se hallen organizadas, y, visto desde una perspectiva positiva, los Estados tienen la obligación de organizarse con el fin de garantizar la cooperación, colaboración y lealtad necesarias. La importancia que para la administración está asumiendo el art. 10 justifica la afirmación de que el principio de cooperación leal “transforms administrative national bodies into real bodies acting on behalf of the Community, which may not fit in with the autonomy that co-operation usually requires”¹.

El asunto en cuestión confirma las tendencias ahora descritas. De hecho, el concepto comunitario de administración pública es una de las claves que consienten a las instituciones comunitarias una fuerte influencia sobre las administraciones de los Estados miembros garantizando, por un lado, la plena aplicación del derecho comunitario según el principio del efecto útil, y, por el otro, una forma de colaboración efectiva y vigilada con las administraciones públicas nacionales.

6. EL ORGANISMO DE DERECHO PÚBLICO EN LAS DIRECTIVAS SOBRE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Una vez realizado el examen de las principales connotaciones del concepto comunitario de administración pública, se puede pasar a considerar el concepto de organismo de derecho público, lo cual representa la parte más original.

La rama del derecho comunitario en la que el tema del organismo de derecho público presenta un mayor desarrollo es la de los contratos públicos. Las diversas Directivas en la materia en cuanto a contratos públicos de obras, suministro, servicios y en sectores especiales están dotadas de previsiones específicas sobre los organismos de derecho público, con el fin de delimitar el ámbito subjetivo de los procedimientos en ellas establecidos. La

(1) “transforma los cuerpos administrativos nacionales en cuerpos reales que actúan en el nombre de la Comunidad, lo cual no niega la autonomía que, normalmente, requiere la cooperación”.

El concepto comunitario de Administración Pública.

relevancia de las cuestiones sobre los contratos públicos ha determinado además un vasto contencioso nacional y comunitario sobre la interpretación de las mencionadas Directivas, especialmente frente a la incierta “cualificabilidad”, teniendo en cuenta los objetivos comunitarios, de aquellos sujetos nacionales de más reciente constitución, contribuyendo a definir el significado y su alcance.

La problemática del ámbito subjetivo de las Directivas sobre los contratos públicos ha sido objeto de importantes casos jurisprudenciales, los cuales han contribuido a la introducción en las Directivas “de segunda generación” del concepto de organismo de derecho público. En este sentido, una Sentencia crucial ha sido el caso *Beentjes* (Sentencia de 20 de septiembre de 1988, causa 31/87) relativa a un ente público, distinto del Estado, del cual se dudaba sobre su calificación como poder adjudicador en el contexto de la Directiva 71/305, vigente en aquella época, que definía como poderes adjudicadores únicamente al Estado, a los entes públicos territoriales y a las personas jurídicas indicadas en el anexo 1. El Tribunal, bajo la cobertura del concepto funcional de “Estado” ya utilizado en casos precedentes, declaró que, en el contexto de la Directiva sobre los contratos públicos de obras, un organismo cuya composición y cuyas funciones estén previstas por la ley, y que dependa de modo sustancial del poder público entra en la definición de “Estado”, incluso si tiene una personalidad jurídica distinta.

Una vez modificado el texto de las Directivas con la introducción del concepto de organismo de derecho público, con el fin de consolidar la interpretación funcional del término “Estado”, una serie de recientes Sentencias del Tribunal de Justicia ha contribuido a la individualización de los caracteres del organismo de derecho público, teniendo como base inicial los casos de reenvío prejudicial donde se discutía sobre figuras jurídicas subjetivas bien definidas en el ordenamiento nacional, pero de dudosa definición comunitaria con respecto a los objetivos de la aplicación de la normativa sobre los contratos públicos. Otras Sentencias están además afrontando el tema de la distinción entre procedimientos para el otorgamiento de contratos públicos y de servicios públicos, y, por lo tanto, de la distinción entre poderes adjudicadores, entre los cuales figuran los organismos de derecho público y los concesionarios de servicios públicos.

En el caso *Mannesmann Anlagenbau Austria AG* (Sentencia de 15 de enero de 1998, causa C-44/96) se hallaba en discusión la aplicabilidad de las directivas comunitarias sobre los contratos públicos de obras referidas a la Tipografía de Estado austríaca, así como a una sociedad controlada por la misma, las cuales, según la Sociedad Mannesmann, habrían debido observar los procedimientos previstos por la Directiva 93/37, como organismos de derecho público y, por lo tanto, como poderes adjudicadores. Según el derecho austríaco, la Tipografía del Estado es un ente económico dotado de personalidad jurídica y autonomía operativa, inscrito como comerciante/**empresa** en el registro de comercio y que actúa según el derecho común, sometido, sin embargo, al control del Tribunal de Cuentas. Su actividad consiste, por una parte, en ser el suministrador exclusivo, **bajo control estatal**, de la administración federal en cuanto a formularios oficiales, y según precios fijados en vía administrativa por un órgano estatal. Por otra parte, ejerce actividades mercantiles destinadas al mercado, ejercidas directamente o a través de empresas constituidas según las necesidades, y controladas, o en las que participa.

Las cuestiones específicamente discutidas eran dos: la posibilidad de calificar como organismo de derecho público un sujeto como la Tipografía del Estado, cuya actividad es sólo en parte destinada a satisfacer exigencias de suministro de la administración pública, y la configurabilidad como organismo de derecho público de un sujeto, la sociedad controlada por la Tipografía del Estado, que ejerce exclusivamente actividades mercantiles cuyas cuotas pertenecen mayoritariamente a una administración determinable como poder adjudicador (como era el caso de la sociedad controlada por la Tipografía del Estado).

El Tribunal ha constatado que la Tipografía del Estado austríaco está instituida para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, en lo que se refiere a su deber de proveer a la administración federal los documentos y formularios ligados al orden público y al funcionamiento institucional del Estado, respetando las normas de reserva y de seguridad. En este sentido resulta pacífica la consideración de la Tipografía del Estado como organismo de derecho público; y es irrelevante la circunstancia ulterior de que la Tipografía del Estado desarrolle otras actividades destinadas al mercado, como la edición y la distribución de libros y formularios diversos. De hecho, lo que ello demuestra es que –tal y como previsto en el art. 1, párrafo b), apartado segundo, de la Directiva 93/37– el ente sea constituido para satisfacer “específicamente” necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial. La Directiva no excluye el que un organismo así constituido no pueda además ejercer otras actividades de carácter industrial o mercantil, incluso manteniendo la calificación general de organismo de derecho público, siendo inspirada por la exigencia de que los candidatos u **oferentes** no sean privilegiados en la atribución de los contratos públicos por parte del poder adjudicador, y por el principio de certeza del derecho, que exige que la norma comunitaria sea clara y que su aplicación sea previsible por todos los interesados. La consecuencia final es que los contratos públicos de obras, adjudicados por un ente de este tipo, independientemente de su naturaleza, son considerados como contratos públicos de obras en los términos de la Directiva 93/37.

Sobre la segunda cuestión, la conclusión del Tribunal es que una sociedad que ejerza actividades mercantiles, participada mayoritariamente por un poder adjudicador o que utilice medios de financiación transferidos por un sujeto de ese carácter y que deriven de las actividades con las que se persigue la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial, no debe ser considerada a su vez como poder adjudicador. Los tres requisitos para la configurabilidad del organismo de derecho público gozan, como ya se ha dicho, de un carácter acumulativo, y así, en el caso en cuestión, no era suficiente la constitución ni la participación mayoritaria, ni siquiera la financiación por parte de un poder adjudicador, ya que el sujeto controlado desarrollaba una actividad típicamente mercantil.

La Sentencia contiene varios aspectos de gran valor: se confirma el carácter acumulativo de los requisitos previstos en la directiva para la **configurabilidad/consideración** de un sujeto como organismo de derecho público, en lo que está relacionado con la situación del sujeto controlado, y se valoriza la exigencia de certeza del derecho asumiendo que la

El concepto comunitario de Administración Pública.

calificación de un sujeto como organismo de derecho público, incluso refiriéndose sólo a una parte de sus actividades, vale para considerarlo así en la totalidad de sus acciones, incluso cuando opera en el mercado. Pero, al mismo tiempo, la sentencia muestra límites evidentes en la consideración que falta sobre la actividad de servicio público desarrollada por la Tipografía del Estado además de su actividad normal de suministro de bienes, y sobre todo en la negación de un relieve jurídico posiblemente diferente de las actividades desarrolladas por un mismo sujeto, o de la calificabilidad como organismo de derecho público por sólo una parte de las actividades ejercidas. Sobre este último aspecto, la Sentencia parece encaminarse en la dirección de un verdadero y propio status jurídico del organismo de derecho público, una posición que se ve tomada más claramente en la Sentencia *Arnhem* (Sentencia de 10 de noviembre de 1998, causa C-360/96, precisamente en el punto 58 de la misma), en la que se subjetiviza la problemática examinada, en evidente contradicción con la perspectiva funcional repetidamente declarada como calificadora. En ésta, como en la mayor parte de las sentencias sobre el tema, el Tribunal de Justicia acaba dando conclusiones totalmente apropiadas al caso sometido, pero con omisiones de pasajes lógicos esenciales o con disgresiones inútiles. En particular el que en el ordenamiento comunitario, en el que los sujetos privados son parte esencial, principios como el de la certeza del derecho tengan un valor crucial está fuera de toda discusión, pero para asegurar tal exigencia no se puede eliminar el aspecto de la múltiple relevancia jurídica de las actividades realizadas por un mismo sujeto, ya sea éste de naturaleza pública o privada.

Entre las sentencias comunitarias de 1998, que demuestran un intento de los tribunales nacionales y del Tribunal de Justicia para sistematizar, a través del recurso de reenvío prejudicial, el marco general de la problemática en cuestión, surge una tercera (*Coillte Teoranta*, Sentencia de 17 de diciembre de 1998, causa C-306/97) en la que se hallaba en discusión, en el contexto de la Directiva sobre suministros, la configurabilidad como organismo de derecho público del Servicio de bosques irlandés, el *Coillte Teoranta*, constituido bajo la forma de sociedad de derecho privado para gestionar los bosques y determinar y disponer las instalaciones de tipo recreativo, deportivo, educativo y científico. El estado irlandés es accionista mayoritario de dicha sociedad, y tiene una serie de poderes de dirección y control sobre las actividades de la misma, basados en los estatutos de la sociedad, que le aseguran una influencia dominante.

El *Coillte Teoranta* organizaba concursos para suministros, cada uno de ellos de valor superior al permitido por los techos comunitarios, pero sin seguir los procedimientos determinados por la Directiva sobre los contratos públicos de suministro porque se trataba de un ente privado según el derecho irlandés. Una sociedad interesada en el suministro había denunciado esta circunstancia, sosteniendo que el Servicio de Bosques fuese un organismo de derecho público sometido a los procedimientos comunitarios sobre los contratos públicos. Frente a la resistencia de dicho Servicio y del gobierno irlandeses, que aludían a la forma jurídica de la sociedad (empresa privada sometida al derecho común, el *Companies Act*), la *High Court* de Irlanda remitió la cuestión al Tribunal de Justicia.

La ocasión era propicia para aclarar definitivamente la irrelevancia de la calificación formal que un sujeto posee según el derecho nacional con el objeto de su posible califica-

ción como organismo de derecho público. De hecho, y una vez verificado el penetrante control ejercido por el Estado sobre la actividad económica del Servicio de bosques, fue fácil acudir al principio —adoptado desde la ya citada sentencia *Beentjes* de 1987— según el cual al concepto de poder adjudicador se le debe dar una interpretación funcional, hasta el punto de que, para aplicar la Directiva sobre los contratos públicos de suministro, es del todo irrelevante que según el derecho interno el sujeto en cuestión sea de derecho común cuando se trata de entes sometidos a control público.

7. LUCES Y SOMBRAS DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia manifiesta el grado de incerteza en que se halla actualmente la interpretación del concepto de organismo de derecho público. Como se ha visto, el Tribunal ha asumido un comportamiento casuístico, más atento a dar una respuesta apropiada al caso en cuestión que a suministrar indicaciones de carácter general. Así se reproduce un comportamiento que es normal en los Tribunales nacionales, pero completamente diferente de lo que el Tribunal de Justicia de las Comunidades ha llevado a cabo en otros temas de relieve.

En cuanto a la motivación del Tribunal para la adopción de un tal comportamiento se pueden individualizar varios factores: el que la problemática de los contratos públicos sea regulada por una normativa comprendida entre las más amplias del derecho comunitario, y, por lo tanto, con una fuerte implicación de otras instituciones; el deseo del Tribunal de no añadir rigidez a una temática en continua evolución a través de definiciones vinculantes, especialmente refiriéndonos a las **calificaciones** de nuevos sujetos de incierta connotación jurídica; las fuertes diversidades que existen en este tema entre los derechos nacionales, los cuales son aún capaces de influenciar la evolución del derecho comunitario, evolución que, como ya se ha dicho, está lejos de ser completada; así como los caracteres, aún vagos, de la **materia/disciplina** comunitaria de los servicios públicos.

El perfil que menos satisface en la jurisprudencia comunitaria es la falta de precisión sobre el tercer requisito que las directivas sobre contratos públicos prevén para considerar a un sujeto como organismo de derecho público: el ser constituido para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial. De hecho, las sentencias que se han mencionado acaban con afirmaciones tautológicas o con indicaciones poco coherentes, como cuando se pone de manifiesto lo específico de tales actividades a través del carácter con el que sean llevadas a cabo (como por ejemplo, la ausencia de lucro) y a través de la naturaleza de la finalidad perseguida. Manteniéndose la formulación literal de las disposiciones de las directivas sobre el organismo de derecho público, el Tribunal habría debido defender de forma más adecuada el criterio diferenciador de la naturaleza de las finalidades perseguidas, dejando en segundo lugar el modo de ejercicio de la actividad, el cual debiera valer únicamente como elemento indicativo.

El aspecto ahora examinado muestra los límites de la utilización por parte del legislador comunitario de conceptos que se han querido hacer susceptibles de tener distintas lec-

El concepto comunitario de Administración Pública.

turas en sectores “sensibles”, como es el caso del concepto de organismo de derecho público, porque son instrumentales con respecto a la interpretación funcional, la cual es aludida mucho más frecuentemente. El juez comunitario, de hecho, se muestra aparentemente reacio a reemplazar en estos casos al legislador con determinaciones jurisprudenciales generales y abstractas, lo que supondría el riesgo –hasta ahora sólo potencial– de provocar un efecto paradójicamente restrictivo en la aplicación de tales conceptos.

Pero se halla aún un segundo aspecto tan negativo como el mencionado en la jurisprudencia: la incerteza de la connotación del organismo de derecho público, a veces entendido en términos de concepto meramente instrumental para la calificación comunitaria de sujetos de distinta naturaleza jurídica; y otras veces considerado en términos subjetivos, cuando se alude a un *status* del organismo de derecho público.

Sin embargo, se pueden extraer algunos aspectos firmes que guían en la valoración de la normativa nacional relevante en la materia. Ante todo, que los criterios para la calificación de un sujeto como organismo de derecho público son comunitarios y que, de forma aun más general, la cuestión en su totalidad es comunitaria. Ello lleva a una importante consecuencia, y es que las disposiciones nacionales en la materia deben ser interpretadas a la luz del derecho comunitario, y, especialmente, en función de la exigencia de asegurar su máximo efecto útil. Esto por una parte. Y por otra, que eventuales disposiciones nacionales contradictorias con el derecho comunitario deben, en su caso, no ser aplicadas. En segundo lugar, que la normativa comunitaria sobre los contratos públicos no se limita a los aspectos sustanciales, sino que **conlleva** también perfiles de tutela, en vía jurisdiccional o con instrumentos de tutela alternativos a la jurisdicción, de notables influencias sobre los derechos de los Estados miembros.

8. CONCLUSIONES

Llegados a este punto se pueden extraer algunas conclusiones generales.

La Comunidad Europea no tiene aún un concepto propio y completo de administración pública, tanto en lo que se refiere a las administraciones nacionales como –aun más– en cuanto a la comunitaria. Existen, sin embargo, una gran cantidad de datos en el derecho comunitario, pero sin ninguna homogeneidad entre ellos ya que tan pronto son de tipo objetivo como subjetivo. Datos que, por otra parte, están reunidos entre ellos por un marcado funcionalismo, orientado a conseguir la máxima aplicación del derecho comunitario.

A pesar de estos límites, el derecho comunitario está influyendo fuertemente en las administraciones públicas nacionales, a través de los principios aquí examinados y otros, como el “nuevo” principio de coordinación de las administraciones nacionales entre ellas y con la Comunidad, deducido del principio de cooperación leal del art. 10, *ex art.* 5 del Tratado CE.

En el marco de la problemática comunitaria de la administración pública, el concepto comunitario de organismo de derecho público tiene una relevancia directa para determinar en los ordenamientos jurídicos nacionales el ámbito subjetivo de aplicación de la

materia sustancial de los contratos públicos. Tiene, además, una gran relevancia indirecta ya que estimula a los legisladores nacionales para llevar a cabo una serie de consecuentes reformas. Permítanme en este punto mostrar como ejemplo el caso italiano, donde, con la Ley 205/2000 se ha dado una nueva solución al debatido tema de la jurisdicción en materia de controversias sobre los procedimientos de los contratos públicos.

El concepto examinado, es aún, sin embargo, únicamente relevante en los sectores en los que es expresamente aludido por los actos normativos comunitarios y no tiene una vis expansiva para configurar globalmente una persona jurídica en el sentido publicista. Para cualquier otro aspecto del conjunto de actividades realizadas por tal sujeto, pero que no se halle comprendido en el ámbito objetivo de aplicación del derecho comunitario, se aplicará el nacional, tanto sustancial como procesal. Ello no significa un atentado a la plena aplicación del derecho comunitario, cuyo ámbito de influencia no se ha convertido aún en general, ni tampoco a la realización del efecto útil, cuyo alcance coincide siempre con los límites del derecho comunitario; sino confirmar una distinción entre la aplicación del derecho comunitario y del derecho nacional, tanto entre las materias como en su interior, como ya se hallaba implícito en la perspectiva asumida por la Comunidad cuando se establecieron los “techos de valor” para la aplicación del derecho de los contratos públicos.

Se ha visto además que el concepto de organismo de derecho público no tiene valor en términos subjetivos, dado que no configura una nueva figura jurídica subjetiva, lo que equivale a decir un ente público de matriz comunitaria, como en los contratos públicos la **enumeración** de los poderes adjudicadores. El valor del concepto se halla sin embargo y “solamente” en la **calificación** como sujetos obligados a aplicar el derecho comunitario de las personas jurídicas, públicas y privadas, que posean los requisitos previstos en la normativa comunitaria aplicable, personas jurídicas que, por lo demás, se mantienen jurídicamente relevantes según las características de sus actividades, características que les han sido impuestas por el derecho nacional.

Merece poner de manifiesto, para acabar, que la obvia advertencia del jurista de haber expresado sus propias consideraciones a la luz del derecho en vigor tiene, en este caso, un específica y menos banal relevancia. Los temas tratados están, de hecho, en constante evolución, tanto en su ámbito específico como en cuanto significan como elemento aglutinante de muchas otras problemáticas comunitarias y nacionales.

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.

1. INTRODUCCIÓN

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

2. PRINCIPIOS GENERALES

El principio general de motivación de los actos administrativos tiene, según reiterada jurisprudencia del TJCE, la finalidad de permitir al Juez comunitario el ejercicio de su control sobre la legalidad de los actos y de proporcionar al interesado una indicación suficiente sobre si las decisiones están bien fundadas o si acaso están afectadas por algún vicio que permita impugnar su validez, y el alcance de esta obligación depende de la naturaleza del acto de que se trate y del contexto en el que se haya adoptado (véase, entre otras, la Sentencia de 15 de abril de 1997, *Irish Farmers Association* y otros, C-22/94, Rec. p. I-1809, apartado 39).

En las SSTJCE de 16 de noviembre de 2000, asuntos C-282/98 P (*Enso Española, SA* contra Comisión) y C-279/98 P (*Cascades, SA* contra Comisión), la Corte de Justicia aplicó este principio de motivación a una Decisión de la Comisión que impusieron multas a varias empresas por infracciones de las normas comunitarias de la competencia. Para el Tribunal, el alcance de la obligación de motivación debe apreciarse teniendo en cuenta, en particular, que la gravedad de las infracciones depende de un gran número de factores, tales como las circunstancias específicas del asunto, su contexto y el alcance disuasorio de las multas, y ello sin que se haya establecido una lista taxativa o exhaustiva de criterios que deban tenerse en cuenta obligatoriamente.

A este respecto, el Tribunal consideró que “interpretados a la luz de la detallada exposición que, de las alegaciones fácticas formuladas respecto a cada uno de sus destinatarios, ofrece la Decisión, los puntos 169 a 172 de la Exposición de Motivos de ésta contienen una indicación suficiente y pertinente de los elementos de juicio que se tomaron en consideración para determinar la gravedad y la duración de la infracción cometida por cada una de las empresas de que se trata (véase, en el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de octubre de 1991, Petrofina/Comisión, T-2/89, Rec. p. II-1087, apartado 264). Asimismo, el punto 168 de la Exposición de Motivos, que debe leerse a la luz de las consideraciones generales sobre las multas expuestas en el punto 167, contiene una indicación suficiente de los elementos de apreciación tomados en consideración para determinar el nivel general de las multas”.

Sobre el alcance y límites del principio de confianza legítima se pronuncia el TJCE en su Sentencia de 23 de noviembre de 2000 (Asunto C-1/98 P, British Steel plc. contra Comisión, Consejo, Italia y España), que resuelve un recurso de casación contra la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de octubre de 1997, British Steel/Comisión (T-243/94, Rec. p. II-1887), mediante la cual éste desestimó su recurso por el que se solicita la anulación de las Decisiones de la Comisión 94/258/CECA, de 12 de abril de 1994, relativa a las ayudas que España tiene previsto conceder a la empresa pública siderúrgica Corporación de la Siderurgia Integral (CSI), y 94/259/CECA, de 12 de abril de 1994, relativa a las ayudas que Italia tiene previsto conceder a las empresas siderúrgicas del sector público (grupo siderúrgico Ilva).

El artículo 4, letra c), del Tratado CECA establece que están prohibidas, en las condiciones previstas en dicho Tratado, “las subvenciones o ayudas otorgadas por los Estados o los gravámenes especiales impuestos por ellos, cualquiera que sea su forma”. Ahora bien, el artículo 95, párrafo primero, del Tratado dispone que “en todos los casos no previstos en el presente Tratado en que resulte necesaria una Decisión o una Recomendación de la Comisión para alcanzar, durante el funcionamiento del mercado común del carbón y del acero y de conformidad con las disposiciones del artículo 5, uno de los objetivos de la Comunidad, tal como están definidos en los artículos 2, 3 y 4, dicha Decisión podrá tomarse o dicha Recomendación podrá formularse con el dictamen conforme del Consejo, emitido por unanimidad, previa consulta al Comité Consultivo”. A la luz de dichas disposiciones, la Comisión, con el fin de responder a las exigencias de la reestructuración del sector siderúrgico, se basó en el artículo 95 del Tratado para establecer, a partir de principios de los ochenta, un régimen comunitario por el que se autorizaba la concesión de ayudas de Estado a la siderurgia en determinados casos enumerados con carácter taxativo. El régimen adoptado por la Comisión con arreglo a la referida disposición tomó la forma de decisiones de alcance general, denominadas habitualmente “Códigos de ayudas”, y fue objeto de sucesivas adaptaciones, con el fin de hacer frente a las dificultades coyunturales de la industria siderúrgica. El Código de ayudas a la siderurgia vigente durante el período objeto del presente litigio era el Quinto de la serie y fue adoptado mediante la Decisión n. 3855/91/CECA de la Comisión, de 27 de noviembre de 1991, por la que se establecen normas comunitarias relativas a las ayudas para la siderurgia (DO L 362, pág. 57).

I. Derecho Comunitario

Pues bien, en su Sentencia de 23 de noviembre de 2000, el Tribunal señaló que el Quinto Código de ayudas no tiene el mismo objeto que las Decisiones impugnadas, adoptadas para hacer frente a una situación excepcional, consideró que el citado Código no podía en ningún caso generar expectativas legítimas en lo que respecta a la posibilidad de conceder excepciones individuales a la prohibición de las ayudas de Estado, sobre la base del artículo 95, párrafos primero y segundo, del Tratado, en una situación imprevista como la que llevó a la adopción de las Decisiones impugnadas.

3. FUENTES

Respecto al sistema de fuentes en el derecho comunitario, ninguno de los pronunciamientos emitidos por el TJCE en el período de referencia –hasta febrero de 2001– aporta novedades a la línea seguida por el mismo hasta el momento. Continuismo, por tanto, sería la característica básica de la jurisprudencia comunitaria.

En este sentido, la **STJCE de 23 de noviembre de 2000, As. C-320/99, Comisión c. República Francesa**, resalta el carácter de obligación “en cuanto al resultado” que implican las directivas para los Estados miembros, los cuales deberán adoptar, en su ordenamiento jurídico interno, todas las medidas necesarias para garantizar la plena eficacia de las directivas, conforme al objetivo perseguido por ellas.

Además, en la **STJCE de 11 de enero de 2001, As. C-370/99, Comisión c. Irlanda**, el alto juez comunitario se opone a la solicitud de Irlanda de suspensión del procedimiento por incumplimiento durante un período de seis meses, al considerar que tal solicitud se hizo transcurrido año y medio desde la expiración del plazo señalado en la directiva en cuestión –concretamente la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos.

En la **STJCE de 18 de enero de 2001, As. C-151/00, Comisión c. República Francesa**, el TJCE declara el incumplimiento de la República Francesa al no haber puesto en vigor ni comunicado a la Comisión, dentro del plazo fijado, las medidas de adaptación del Derecho nacional a las disposiciones de cierta directiva.

Finalmente, la **STJCE de 14 de febrero de 2001, As. C-219/99, Comisión c. República Francesa**, reitera la línea jurisprudencial comunitaria según la cual:

“las modificaciones introducidas en la legislación nacional no tienen influencia sobre la resolución que haya de dictarse acerca del objeto de un recurso por incumplimiento, en la medida que no se hayan efectuado antes de expirar el plazo señalado en el dictamen motivado”.

4. RECURSOS

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

En el tiempo transcurrido desde la anterior crónica ha continuado el número creciente de sentencias recaídas en recursos de anulación y por omisión. Entre todas ellas hay que

mencionar a la STPI (Sala Segunda) de 7 de febrero de 2001, As. T-186/98, en la cual el Tribunal recordó que no cabe admitir un recurso de anulación interpuesto contra un acto que se limita a confirmar una decisión anterior que ha adquirido carácter definitivo. Así considerando que un acto es meramente confirmativo de una decisión anterior si no contiene ningún elemento nuevo con respecto a aquélla, y si no viene precedido de una reconsideración de la situación del destinatario de dicha decisión afirmó que “la reconsideración basada en hechos nuevos y substanciales forma parte de los principios generales del Derecho administrativo, tal como se han precisado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, y tiene por objeto que reconsidere una decisión anterior que ha adquirido carácter definitivo” (FJ 54º).

Entre otras sentencias, en la STPI (Sala Cuarta) de 7 de febrero de 2001, Asuntos acumulados T-38/99 a T-50/99, *Sociedade Agrícola dos Arinhos Ld y otros*, el Tribunal enjuició que el hecho que los toros que los trece ganaderos de toros de lidia demandantes crían estén destinados a ser lidiados en eventos culturales o deportivos, se encuentren inscritos en los libros genealógicos portugués y español de los toros de lidia, y que la exportación y el transporte de dichos animales a España y Francia están sujetos a normas específicas que garantizan un control riguroso de todos los animales exportados, todo ello no caracteriza a los demandantes respecto la decisión impugnada (Decisión 98/653/CE, relativa a medidas de emergencia para hacer frente a la presencia de casos de encefalopatía espongiiforme bovina en Portugal), frente a cualquier otro criador o exportador de animales de la especie bovina afectado por la prohibición de envío establecido por dicha decisión. Pues, la circunstancia de que los toros exportados por los demandantes presenten características diferentes y estén sometidos a requisitos de crianza y a un conjunto de controles específicos en comparación con los demás animales de la especie bovina no influye en la manera en que la Decisión de que se trata afecta a los demandantes. Así no reúnan los requisitos de la legitimación activa establecidos por el artículo 173, párrafo cuarto, del Tratado CE (actualmente artículo 230 CE, párrafo cuarto, tras su modificación), y el Tribunal declaró la inadmisibilidad de los recursos. De la misma forma hay que tener en cuenta que la admisibilidad de un recurso de anulación contra un Reglamento interpuesto por una persona física o jurídica depende de si el reglamento impugnado constituye, por sus efectos jurídicos, una Decisión que afecta directa e individualmente al demandante. Recordemos la jurisprudencia reiterada relativa a que el criterio de distinción entre un Reglamento y una decisión ha de buscarse en el alcance general o no del acto de que se trate. Un acto tiene alcance general si se aplica a situaciones determinadas objetivamente y si produce sus efectos jurídicos en relación con categorías de personas contempladas de forma general y abstracta. No obstante, teniendo en cuenta el hecho que la disposición impugnada pueda tener efectos concretos diferentes para los diversos sujetos de Derecho a los que se aplica no contradice su carácter reglamentario.

En la STPI (Sala Primera) de 31 de enero de 2001, As. T-156/98, *RBJ Mining*, se hace patente como los requisitos de admisibilidad de un recurso de anulación formulado por una empresa en el ámbito del tratado CECA son menos estrictos que los de un recurso similar en el ámbito del Tratado CE, anulándose la Decisión de la Comisión de 29 de julio

I. Derecho Comunitario

de 1998, ya que la Comisión no había tomado en consideración el precio pagado por RAG AG (1 DEM) por la compra de Saarbergwerke AG y Preussag Anthrazit GmbH, y, en especial, si el precio de compra había reforzado, y de ser así en qué medida, la potencia financiera y, por tanto, comercial de RAG AG. Otra sentencia importante es la **STJ de 30 de enero de 2001, As. C-36/98, Reino de España**, en la cual se determinó que la adopción del Convenio sobre la cooperación para la protección y el uso sostenible del Danubio debía realizarse sobre la base del artículo 130 S, apartado 1, del Tratado (mayoría cualificada), sin que sea razón justificada para aplicar el artículo 130 S, apartado 2 (unanimidad) el hecho que el agua sea un recurso natural tan esencial para la vida que merece una atención especial. Regulándose por el apartado segundo aquellas medidas que regulan los usos del agua y los aspectos cuantitativos de su gestión.

Otras sentencias importantes son las sentencias de casación relativas a diecinueve fabricantes proveedores de cartoncillo de la Comunidad por haber infringido el artículo 81 CE, apartado 1, del Tratado CE. El Tribunal de Justicia afirmó la competencia del Tribunal de Primera Instancia desde dos puntos de vista en el caso de los recursos dirigidos contra las decisiones de la Comisión por las que se imponen multas a las empresas por haber infringido las normas sobre la competencia. Por un lado, tiene como misión controlar su legalidad, con arreglo al artículo 230 del Tratado CE, controlando, en particular, la observancia de la obligación de motivación, prevista en el artículo 190 del Tratado, cuyo cumplimiento hace que la Decisión pueda anularse. Por otro lado, el Tribunal de Primera Instancia es competente para apreciar, en el marco de la facultad jurisdiccional plena que le reconocen los artículos 229 del Tratado CE y 17 del Reglamento núm. 17, el carácter apropiado de la cuantía de las multas. Esta última apreciación puede justificar la presentación y la toma en consideración de elementos complementarios de información, cuya mención en la Decisión no viene exigida, como tal, en virtud de la obligación de motivación prevista en el artículo 190 del Tratado CE. Entre estas Sentencias del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 16 de noviembre de 2000 relativas al cartoncillo, pueden observarse las siguientes: As. C-248/98 P, KNP (FFJJ 38 y ss.); As. C-279/98 P, Cascades, SA (FFJJ 40 y ss.); As. C-280/98 P, Weig (FFJJ 39 y ss.); As. C-282/98 P, Enso Española, SA (FFJJ 37 y ss.); As. C-283/98 P, Mo och Domsjö AB (FFJJ 40 y ss.); As. C-286/98 P, Stora (FFJJ 55 y ss.); As. C-291/98 P, Sarrió, SA (FFJJ 69 y ss.); As. C-297/98 P, SCA Holding (FFJJ 53 y ss.); As. C-298/98 P, Finnboard (FFJJ 40 y ss.).

Otra sentencia importante es la **STJ de 14 de diciembre de 2000, As. C-344/98, Masterfoods**, en la cual el Tribunal recordó los principios que regulan el reparto de competencias entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia.

“46. La Comisión, a la que el artículo 89, apartado 1, del Tratado (actualmente artículo 85 CE, apartado 1, tras su modificación) atribuye el cometido de velar por la aplicación de los principios enunciados en los artículos 85 y 86 del Tratado, es competente para definir la orientación y para ejecutar la política comunitaria en materia de competencia. Le corresponde tomar, bajo el control del Tribunal de Primera Instancia y del Tribunal de Justicia, decisiones individuales según los Reglamentos de Procedimiento vigentes y adoptar Reglamentos de exención. A fin de cumplir eficazmente esta tarea, cuya ejecución implica

necesariamente efectuar análisis complejos de carácter económico, la Comisión está facultada para establecer un orden de prioridades entre las denuncias que se presenten ante ella (Sentencias Delimitis, antes citada, apartado 44, y de 4 de marzo de 1999, Ufex y otros/Comisión, C-119/97 P, Rec. p.I-1342, apartado 88).

47. La Comisión dispone de competencia exclusiva para adoptar las Decisiones de aplicación del artículo 85, apartado 3, del Tratado, conforme al artículo 9, apartado 1, del Reglamento núm. 17 (Sentencia Delimitis, antes citada, apartado 44). En cambio, comparte su competencia para la aplicación de los artículos 85, apartado 1, y 86 del Tratado con los órganos jurisdiccionales nacionales (Sentencia Delimitis, antes citada, apartado 45). Estas disposiciones producen efectos directos en las relaciones entre particulares y crean directamente derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar (Sentencia BRT I, antes citada, apartado 16). Por tanto, éstos siguen competentes para aplicar lo dispuesto en los artículos 85, apartado 1, y 86 del Tratado aun después de que la Comisión haya incoado un procedimiento con arreglo a los artículos 2, 3 o 6 del Reglamento núm. 17 (Sentencia BRT I, antes citada, apartados 17 a 20).

48. Pese a este reparto de competencias, para cumplir la función que el tratado le asigna, la Comisión no puede estar vinculada por una resolución dictada por un órgano jurisdiccional nacional en aplicación de los artículos 85, apartado 1, y 86 del Tratado. Así, la Comisión está facultada para adoptar en todo momento Decisiones individuales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, aun cuando un acuerdo o una práctica ya haya sido objeto de una resolución de un órgano jurisdiccional nacional y la Decisión que se proponga adoptar la Comisión sea contraria a la citada resolución judicial.”

En la **STPI (Sala Tercera ampliada) de 12 de diciembre de 2000, As. T-296/97, Alitalia**, el Tribunal de Justicia recordó que en el marco del recurso de anulación, el TPI se pronuncia sobre la legalidad de las apreciaciones efectuadas por la Comisión en la Decisión impugnada, no correspondiéndole reevaluar el índice mínimo y el índice interno para la inversión ni pronunciarse sobre si un inversor privado habría efectuado la inversión que se disponía a hacer el IRI en el momento de la adopción de la Decisión impugnada.

Hay que destacar la **STPI 29 de noviembre de 2000, As. T-213/97, Eurocoton**, en la cual sostuvo que cuando el Consejo adopta un reglamento por el que se establecen unos derechos *antidumping* definitivos, este reglamento constituye un acto impugnabile a efectos del artículo 230 del Tratado; y cuando no se logre conseguir una mayoría simple a favor de la propuesta para establecer un derecho *antidumping* definitivo, no existe ninguna disposición adoptada por el Consejo así como, por lo tanto, ningún acto impugnabile en el sentido del artículo 230. Afirma el Tribunal en el fundamento jurídico 60º “en el supuesto de que el Consejo cometiera un acto ilícito al no adoptar un reglamento por el que se establecen derechos *antidumping* definitivos, por incurrir, por ejemplo, en un vicio grave del procedimiento, los demandantes conservan la posibilidad de interponer un recurso de indemnización con arreglo a los artículos 178 y 215 del Tratado CE (actualmente artículos 235 CE y 288 CE)”.

I. Derecho Comunitario

En referencia al recurso por omisión el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) en su Auto de 13 de diciembre de 2000, As. C-44/00 P, SODIMA, recordó la jurisprudencia establecida relativa al hecho que para poder invocar el principio del respeto de la confianza legítima con el fin de evitar la caducidad derivada del transcurso del plazo para interponer un recurso por omisión, el demandante debe poder referirse a esperanzas basadas en garantías concretas dadas por la Administración comunitaria o a un comportamiento de esta Administración que haya podido provocar una confusión admisible en el ánimo de un justiciable de buena fe, que haya dado muestras de toda la diligencia exigible a un operador normalmente cuidadoso. Pues bien, no es éste el caso de las manifestaciones públicas de carácter general pronunciadas por un miembro de la Comisión ni de contactos repetidos entre el interesado y la Comisión posteriores a un requerimiento dirigido a esta última (FJ 50°).

B) y C) Recurso por responsabilidad extracontractual y responsabilidad del Estado y recurso de incumplimiento

Durante el período al cual se suscribe el presente análisis jurisprudencial se han sucedido un número importante de sentencias que versan sobre esta materia de responsabilidad extracontractual, mientras que respecto de las que han versado en un incumplimiento, si bien también han sido numerosas, ninguna de ellas aporta algún matiz nuevo digno de ser mencionado. Entre las que corresponden a recursos de indemnización, podemos destacar las siguientes por la importancia de sus argumentos y trascendencias de sus observaciones y resoluciones finales.

a) STPICE de 31 de enero de 2001, As. T-143/97, *Gerhardus van der Berg v. Consejo U.E. y Comisión CE*: el recurso de indemnización que se plantea en esta sentencia tuvo por objeto la reparación de los perjuicios sufridos por el demandante por el hecho de haberse impedido comercializar leche en virtud del Reglamento (CEE) 857/84 del Consejo, de 31 de marzo de 1984, sobre normas generales para la aplicación de la tasa contemplada en el artículo 5 del Reglamento (CEE) 804/68 en el sector de la leche y de los productos lácteos, en su versión completada por el Reglamento (CEE) 1371/84 de la Comisión, de 16 de mayo de 1984, por el que se establecen las modalidades de aplicación de la tasa suplementaria contemplada en el art. 7 del Reglamento 804/68.

En su apartado 58, el TPICE reitera que, el plazo de prescripción establecido en el art. 43 del Estatuto del Tribunal de Justicia, aplicable al procedimiento ante el TPI con arreglo al art. 46 del mismo Estatuto, “no puede comenzar a correr hasta que se cumplan todos los requisitos a los que está supeditada la obligación de reparación y, en especial, con respecto a los casos en que la responsabilidad resulte de un acto normativo, hasta que se hayan producido los efectos dañinos de dicho acto” (ver también la STPICE de 16 de abril de 1997, As. T.20/94, ap. 107, *Hartmann v. Consejo y Comisión*).

b) STPICE de 31 de enero de 2001, As. T-76/94, *Rendert Jansma v. Consejo U.E y Comisión C.E.*: hay que tener en cuenta que el objeto del recurso es el mismo que el indicado en la sentencia anterior.

Sirva para poner en antecedentes, que el TPICE que por lo que respecta a la situación de los productores de leche que suscribieron un compromiso de no comercialización, la

Comunidad incurrió en responsabilidad (véase la STJCE As. C-104/89, Mulder y otros v. Consejo y Comisión) frente a cada productor que haya sufrido un perjuicio indemnizable por habersele impedido entregar leche en virtud del Reglamento anteriormente citado 857/84.

De acuerdo con lo expuesto, el demandante, en el caso de autos, había vendido su explotación en 1987 a consecuencia de la falta de atribución de una cuota, una vez finalizado su compromiso de no comercialización en 1984. En 1985, el Sr. Jansma pidió al banco una financiación para reanudar la producción de leche, la cual fue concedida y calculada tomando como base los ingresos que “razonablemente” esperaba obtener de dicha producción a partir de 1985. Finalmente, la producción se mantuvo hasta 1987, momento en el que, como tenía que pagar tasas suplementarias, no pudo obtener ingresos suficientes para hacer frente a sus cargas económicas, y por consiguiente, se vio obligado a vender su explotación en 1987. Pues bien, en tales circunstancias, el TPICE entiende en su apartado 62, que “procede considerar que los daños sufridos por el demandante tras la venta de su explotación en 1987 no son imputables a una falta de previsión o a una mala gestión por su parte, sino a la negativa ilegal a concederle una cantidad de referencia en 1984 de conformidad con el Reglamento 857/84”.

Esta Sentencia aporta además un hecho importante en cuanto a la apreciación de la prescripción por parte del TPICE, ya que a los efectos de determinar el período durante el cual se sufrieron los daños, entiende que no se producen de manera instantánea. “Se produjeron, según se observa en el apartado 78, durante determinado período (...)” “Se trata de daños continuados, que se renovaban día a día. Por lo tanto, el derecho a indemnización se refiere a períodos consecutivos iniciados cada día que la comercialización no fue posible”.

c) **ATJCE de 13 de diciembre de 2000, As. C-44/00 P, Societé de distribución mécanique et d’automobiles, SA (Sodima) v. Comisión C.E.:** en el presente Auto, Sodima interpuso un recurso de casación contra la Sentencia del TPICE de 13 de diciembre de 1999 (As. ac. T-190/95 y T-45/96). El auto reitera la jurisprudencia de la Sentencia Bergadem y Goupil v. Comisión, de 4 de julio de 2000, As. C-352/98 P, de la cual se desprende que un recurso de casación debe indicar de manera precisa los elementos impugnados de la sentencia cuya anulación se solicita, así como los fundamentos jurídicos que apoyan de manera específica esta pretensión. De tal forma, no cumplirá este requisito el recurso de casación que se limite a reproducir los motivos y las alegaciones ya formuladas ante el TPICE.

En segundo lugar, la demandante reprocha que el TPICE ha cometido error de apreciación de hecho y de Derecho, ya que no tomó en consideración de forma adecuada el principio de confianza legítima al apreciar el carácter extemporáneo del recurso por omisión interpuesto por Sodima. Al respecto, el TJCE indica en su apartado 50 que “(...) para invocar el principio de confianza legítima con el fin de evitar la caducidad derivada del transcurso del plazo para interponer un recurso por omisión, el demandante debe poder referirse a esperanzas basadas en garantías concretas dadas por la Administración comu-

I. Derecho Comunitario

nitaria o a un comportamiento de esta Administración que haya podido provocar una confusión admisible en el ánimo de un justiciable de buena fe, que haya dado muestras de toda la diligencia exigible a un operador normalmente cuidadoso.

d) **STPICE de 12 de diciembre de 2000, As. T-11/00, Michel Hautem v. Banco Europeo de Inversiones:** el recurso en cuestión tiene por objeto obtener la reparación del perjuicio moral que el demandante considera haber sufrido como consecuencia de la negativa del Banco Europeo de Inversiones (en adelante BEI) a ejecutar la Sentencia del TPICE de 18 de septiembre de 1999, Hautem v. BEI, As. T-140/97.

La cuestión surge de la negativa del BEI a ejecutar la Sentencia mencionada, omisión que según la parte demandante, sería contraria a la buena administración de justicia, en la medida que dos apartados del fallo de dicha Sentencia han de ser aclarados por la Sentencia que dicte el TJCE en el asunto C-449/99 P.

Ahora bien, en el presente Asunto, el BEI no interpuso una demanda de medidas provisionales dirigida a obtener la suspensión de la ejecución de la sentencia impugnada. Por consiguiente, según se declara en el apartado 38, “no puede pretender que responde a la buena administración de justicia esperar a la Sentencia del TJCE, ya que corresponde únicamente al TJCE ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado”. Asimismo, la alegación que realiza el BEI sobre el hecho de la no ejecución de la Sentencia se basa en que teniendo en cuenta la jurisprudencia sobre la materia no le habría sido concedida dicha suspensión, puesto que un organismo como el BEI nunca podrá justificar la existencia de un perjuicio irreparable. En efecto, indica el TPICE en su apartado 39, en el presente caso, no concurre la suspensión de la ejecución, por lo que, en el supuesto de que se dictara una sentencia estimatoria de su recurso de casación, podría utilizar las vías legales de que dispone para recuperar cualquier cantidad eventualmente pagada a la demandante. En tales circunstancias, concluye el TPICE, el BEI adoptó deliberadamente un comportamiento destinado a obtener, de hecho, una suspensión de la ejecución que consideraba no poder conseguir por la vía legal y que, en consecuencia, su actuación constituye una violación de lo dispuesto en el Tratado.

Por otra parte, añade el TPICE en su apartado 41, el BEI tampoco puede invocar el hecho de que el plazo razonable, dentro del cual debe producirse la ejecución de la Sentencia Hautem, no haya expirado todavía. En efecto, aduce el TPICE, esta alegación sólo podría tenerse en cuenta si el BEI hubiera empezado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de dicha sentencia o si hubiera manifestado la intención de hacerlo, sin haber dispuesto todavía el tiempo necesario para ello por razones materiales o administrativas.

Finalmente, la demandante alega que sufrió un perjuicio moral como consecuencia de la falta de ejecución de la Sentencia debido a la situación de incertidumbre creada, alegando además que se encontraba en una situación importante de precariedad y que la falta de ejecución de la sentencia suscita dudas sobre su capacidad y honorabilidad profesionales. El TPICE responde a estas alegaciones señalando que constituye un menoscabo de la confianza que todo justiciable debe tener en el sistema comunitario. Por consiguiente, termina argumentando el TPICE, independientemente de cualquier perjuicio material

que pudiera derivarse de la falta de ejecución de una sentencia, la negativa expresa a ejecutarla implica, por sí sola, un perjuicio moral para la parte que ha obtenido una sentencia favorable.

D) y E) Cuestiones prejudiciales y medidas cautelares

Las líneas maestras perfiladas por el TJCE en anteriores sentencias, no han sufrido variaciones dignas de mención en el período que comprende esta crónica. No obstante, no deja de resultar llamativo el incremento que ha experimentado la referencia a la “cuestión hipotética”, como eventual motivo de inadmisión de las cuestiones prejudiciales.

Así es, sin perjuicio de su posterior análisis al hilo de la exposición de algunas de las sentencias que a continuación se comentan, resulta pertinente un breve comentario al respecto de la denominada “cuestión hipotética”.

Como es bien sabido, el TJCE mantuvo en un primer momento, una línea jurisprudencial, decididamente favorable a la admisión de cualesquiera cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Sin embargo, y debido a la propia “generosidad” mostrada por el TJCE en cuanto a la interpretación de los requisitos necesarios para su planteamiento, el número de las mismas aumentó considerablemente, hasta el punto de colapsar el funcionamiento del Tribunal Europeo. Debido a ello, el TJCE introduce algunos motivos que permitirían al TJCE acordar la inadmisión de las cuestiones prejudiciales, entre ellos, la denominada: “cuestión hipotética”.

La apreciación de este motivo de inadmisión resultará procedente en aquellos supuestos en los que: a) la cuestión planteada no guarde relación con el Derecho comunitario; o b) la cuestión planteada carezca de relevancia para la resolución del litigio principal.

Expuestos los caracteres generales de la “cuestión hipotética”, centrémonos ahora en el estudio y análisis de las sentencias del TJCE.

Cuestiones prejudiciales

En la STJCE, *As. Österreichischer Gewerkschaftsbund, C-195/98, de 30 de noviembre de 2000*, el Tribunal nos recuerda cuáles son los caracteres que debe reunir un órgano interno para ser considerado “órgano jurisdiccional” a los efectos del planteamiento de la cuestión prejudicial. Nunca está de más repasarlos, así:

“A este respecto, es jurisprudencia reiterada que para apreciar si el organismo remitente posee el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 177 del Tratado, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia.”

I. Derecho Comunitario

La STJCE, *As. Azienda Agricola Monte Arcosu*, C- 403/98, de 11 de enero de 2001, por su parte, declara como la necesidad de apreciar cuánto es o no pertinente el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde, siempre y en todos los casos, al juez nacional:

“A este respecto, procede recordar que, con arreglo a reiterada jurisprudencia, el procedimiento previsto en el artículo 177 del Tratado es un instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, a través del cual el primero aporta a los segundos los elementos de interpretación del Derecho comunitario que precisan para resolver los litigios de que conocen. De ello se deduce que incumbe únicamente a los órganos jurisdiccionales nacionales que conocen del litigio y que deben asumir la responsabilidad de la resolución judicial que se va a emitir apreciar, en función de las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder emitir su fallo como la pertinencia de las cuestiones que plantean al Tribunal de Justicia.”

En el mismo sentido, la STJCE, *As. Kofisa italia*, C- 1/99, de 11 de enero de 2001, cuando afirma que:

“Según reiterada jurisprudencia, el procedimiento previsto en el artículo 177 del Tratado es un instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales. De ello se deduce que los órganos jurisdiccionales nacionales que conocen el litigio y deben asumir la responsabilidad de la resolución judicial que ha de recaer son los únicos a quienes corresponde apreciar, en lo que respecta a las características especiales de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder pronunciarse como la procedencia de las cuestiones que plantean al Tribunal de Justicia.”

En todo caso, y volviendo sobre el argumento de la “cuestión hipotética”, es la STJCE, *As. Schnorbus*, C- 79/ 99, de 7 de diciembre de 2000, la que mejor refleja los postulados del Tribunal con relación a esta materia, así:

“En consecuencia, puesto que las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está obligado, en principio, a pronunciarse. Sólo puede ser de otra manera cuando resulte evidente que la interpretación solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, o cuando el problema es de naturaleza hipotética y el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas.”

En otro orden de cosas merecen especial atención la STJCE, *As. ac. Parfums Christian Dior*, C- 300/98 y C- 392/98, de 14 de diciembre, así como la STJCE, *as. Mac Quen*, C-108/ 96, de 1 de febrero de 2000.

En la primera, el Tribunal analiza su propia competencia como intérprete del art. 50 del Acuerdo ADPIC. La tesis del Tribunal a este respecto es la siguiente: el Acuerdo ADPIC, es la concreción del ejercicio de competencias compartidas entre la Comunidad y los Estados miembros; en razón de la naturaleza de este acuerdo, el TJCE posee una competencia general (la atribuida por los Tratados) y una competencia específica (relativa a la

interpretación del art. 50); el establecimiento de este acuerdo requiere de un intérprete que ofrezca una interpretación uniforme del mismo; en consecuencia:

“Al ser el artículo 50 del Acuerdo ADPIC una disposición procesal destinada a aplicarse del mismo modo en todas las situaciones comprendidas en su ámbito de aplicación, y que puede aplicarse a situaciones reguladas tanto por el Derecho nacional como por el Derecho comunitario, dicha obligación de cooperación exige, tanto por motivos prácticos como jurídicos, que las autoridades de los Estados miembros y de la Comunidad adopten una interpretación uniforme de dicha disposición.

Pues bien, sólo el Tribunal de Justicia, actuando en colaboración con los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en virtud del artículo 177 del Tratado, está en condiciones de garantizar dicha interpretación uniforme.”

En la segunda, **STJCE, As. Mac Quen, C-108/ 96, de 1 de febrero de 2000**, por el contrario, el Tribunal –acertadamente–, responde a la cuestión planteada, aclarando que la compatibilidad de dos normas internas, es una cuestión que debe ser resuelta por los órganos judiciales internos:

“A este respecto, es preciso hacer constar que, en una situación en la que existen o parecen existir divergencias de análisis entre las autoridades administrativas o judiciales de un Estado miembro en cuanto a la interpretación correcta de una normativa nacional, especialmente en lo que atañe a su alcance exacto, no corresponde al Tribunal de Justicia apreciar qué interpretación es conforme o cuál es la más conforme con el Derecho comunitario. Por el contrario, incumbe al Tribunal de Justicia interpretar el Derecho comunitario respecto de la situación fáctica y jurídica como está descrita por el órgano jurisdiccional de remisión, con el fin de proporcionar a éste los elementos útiles para la solución del litigio que se le ha sometido.”

La mención a la **STJCE, As. Analir y otros, C-205/99, de 20 de febrero de 2001**, resulta obligada en nuestro caso, pues se trata de la única cuestión prejudicial presentada por un órgano judicial español, en este período. La importancia de la STJCE de 20 de febrero deriva del propio hecho de su interposición (su contenido no es objeto de estudio en este apartado), pues tradicionalmente el Tribunal Supremo se ha mostrado extremadamente parco en el empleo de esta técnica.

En cuanto a las cuestiones prejudiciales de validez (cuantitativamente irrelevantes) simplemente hacer alusión a la **STJCE, As. NACHI Europe, C- 239/99, de 15 de febrero de 2001**.

Medidas cautelares

No deja de resultar curioso que el TJCE se ocupe de ellas, no en una sentencia específica sobre esta apasionante materia, sino al hilo, precisamente, del análisis de una cuestión prejudicial: la **STJCE, As. Siples, C- 226/99, de 11 de enero de 2001**. En esta ocasión el

I. Derecho Comunitario

Tribunal de Justicia reconoce la competencia de un órgano jurisdiccional interno para suspender la aplicación de un concreto acto, cuando tal posibilidad no le ha sido reconocida en el ámbito de ordenamiento interno:

“En lo que respecta, más en concreto, a la posibilidad de ordenar la suspensión de la ejecución de una decisión de la autoridad aduanera, ha de recordarse que el juez que conoce de un litigio regido por el Derecho comunitario debe estar facultado para conceder medidas provisionales que garanticen la plena eficacia de la resolución judicial que debe recaer acerca de la existencia de los derechos invocados sobre la base del Derecho comunitario.”

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

a) La prohibición del artículo 28 CE

a') Las restricciones prohibidas

Conforme a su jurisprudencia tradicional, el TJCE entiende que la prohibición de las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación, contenida en el art. 28 CE, no se encuentra sujeta al criterio de la discriminación, sino que se proyecta sobre toda medida de los Estados miembros que pueda obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario (STJCE de 11 de julio de 1974, As. 8/74, *Dassonville*, apartado 5). La diferencia entre los criterios relativos al carácter discriminatorio y al efecto restrictivo resulta especialmente subrayada en la STJCE de 5 de diciembre de 2000, As. C-448/98, *Guimont*, donde se llega incluso a afirmar que “una diferencia de trato entre mercancías que no pueda obstaculizar la importación o quebrantar la comercialización de tales mercancías no está comprendida en la prohibición establecida por dicho artículo” (apartado 15). En la sentencia citada el Tribunal entiende que constituye una medida de efecto equivalente la norma francesa que reserva la denominación *emmental* a los quesos que, entre otras propiedades, tengan una “corteza dura y seca de color amarillo dorado a marrón claro”. Dicha previsión representa un obstáculo a los intercambios, puesto que, aunque no excluye de modo absoluto la importación en el Estado miembro de que se trate de los productos originarios de otros Estados miembros, sí puede, no obstante, “hacer más difícil su comercialización”, al imponer a los productores la utilización de “denominaciones desconocidas o menos apreciadas por el consumidor” (apartado 26). Según la STJCE de 14 de diciembre de 2000, As. C-55/99, *Comisión c. Francia*, constituyen medidas de efecto equivalente las normas nacionales que establecen procedimientos de inscripción registral previos a la comercialización de mercancías, y la obligación de incorporar al etiquetado de cierto tipo de reactivos médicos el número de registro correspondiente al producto (apartados 18 y siguientes). La misma conclusión alcanza la STJCE de 16 de noviembre de 2000, As. C-217/99, *Comisión c. Bélgica*, en relación con la obligación de incorporar al etiquetado de nutrientes y de productos alimenticios que los contengan el número de la notificación que previamente ha debido practicarse. En efecto, a pesar de ser indistintamente aplicables este tipo de obligaciones pueden obligar al importador a adap-

tar la presentación de sus productos en función del lugar de comercialización y a soportar, en consecuencia, gastos adicionales de acondicionamiento y de etiquetado, pudiendo por tanto obstaculizar el comercio intracomunitario (apartado 17). Por otra parte, para poder ser comprendida en el concepto de medidas de efecto equivalente, una medida indistintamente aplicable debe aplicarse a situaciones relacionadas con la importación de mercancías en el comercio intracomunitario, y no referirse a una situación meramente interna. Sin embargo, el hecho de que en la práctica la norma no se aplique a productos importados (apartados 14 y siguientes), o que en el caso concreto todos los elementos se circunscriban al interior de un Estado miembro (apartados 18 y siguientes), no excluye que la medida sea susceptible de afectar al comercio intracomunitario.

b') Las restricciones justificadas por objetivos de interés general

Una norma nacional que, como las anteriores, tiene por objeto o efecto restringir los intercambios intracomunitarios, puede no resultar contraria al Derecho comunitario si constituye una medida necesaria y proporcionada que sirva a la protección de un objetivo de interés general (doctrina de las “exigencias imperativas”). La **STJCE de 5 de diciembre de 2000, As. C-448/98, Guimont**, recuerda que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una normativa nacional adoptada a falta de normas comunes o armonizadas, aplicable indistintamente a los productos nacionales y a los importados de otros Estados miembros en los que se fabrican y comercializan legalmente, puede ser compatible con el Tratado en la medida en que sea necesaria para satisfacer exigencias imperativas relativas, especialmente, a la lealtad de las transacciones comerciales y a la defensa de los consumidores, siempre que sea proporcionada al objetivo perseguido de este modo, y siempre que este objetivo no haya podido lograrse aplicando medidas que restrinjan en menor grado los intercambios intracomunitarios (apartado 27). En particular, los Estados miembros pueden reservar una denominación para un producto alimenticio e impedir su utilización en el caso de productos que no puedan considerarse pertenecientes a esa misma categoría. Sin embargo, en el caso de una diferencia de tan mínima importancia como la del litigio principal, una tal decisión resulta desproporcionada, puesto que aun suponiendo que la diferencia entre un *emmental* con y sin corteza pueda constituir un elemento suficiente para inducir a error al consumidor, bastaría que, manteniendo la denominación *emmental*, ésta fuera acompañada en el etiquetado de la información adecuada en lo que a dicha diferencia se refiere (apartados 30 y siguientes).

c') El artículo 28 CE y la regulación de las modalidades de venta

La **STJCE de 8 de marzo de 2001, As. C-405/98, KO**, vuelve a poner sobre la mesa el espinoso problema de las normas nacionales que incorporan límites a las modalidades de venta de los productos. Como es conocido, la línea abierta por la **STJCE de 24 de noviembre de 1993, As. Acumulados C-267 y 268/91, Keck**, constituye una fractura en la fórmula *Dassonville*: no es susceptible de obstaculizar el comercio entre los Estados miembros, en el sentido del art. 28 CE, la aplicación a productos procedentes de otros Estados miembros de disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta, siempre

que dichas disposiciones se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros. De este modo, las medidas nacionales que se proyecten sobre las modalidades de venta de los productos están sometidas al criterio de la discriminación y no al del efecto restrictivo. En la primera sentencia citada se analiza una norma sueca por la que se prohíbe, con algunas excepciones que son desdeñables, la prohibición a productores e importadores de bebidas alcohólicas de cualquier difusión de mensajes publicitarios dirigidos a los consumidores. Una restricción de las modalidades de venta como la señalada será contraria al art. 28 CE si impide el acceso al mercado de productos procedentes de otro Estado miembro, o lo dificulta en mayor medida que en el caso de productos nacionales (apartado 18). En principio no puede descartarse que una prohibición total e indistintamente aplicable, en un Estado miembro, de una forma de promoción de un producto que allí se vende legalmente, tenga un impacto más intenso sobre los productos procedentes de otros Estados miembros (apartado 19). Pues bien, según el Tribunal esto es lo que ocurre en el caso de la prohibición controvertida, toda vez que “en lo que se refiere a productos, como las bebidas alcohólicas, cuyo consumo está relacionado con prácticas sociales tradicionales y con hábitos y usos locales, una prohibición de toda publicidad destinada a los consumidores a través de anuncios en la prensa, la radio y la televisión, mediante envío directo de material no solicitado o por medio de carteles en la vía pública, puede dificultar en mayor medida el acceso al mercado de los productos originarios de otros Estados miembros que el de los productos nacionales, con los que el consumidor está espontáneamente más familiarizado” (apartado 21). Por esta razón el Tribunal concluye afirmando que la norma controvertida constituye una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación, y resulta por tanto prohibida por el art. 28 CE.

b) Las excepciones del artículo 30 CE

El Tribunal continúa manteniendo su jurisprudencia tradicional en relación con la diferente naturaleza de las medidas justificadas en base a objetivos de interés general y de las permitidas por el art. 30 CE. Mientras que las primeras escapan del concepto de medida de efecto equivalente y, por tanto, del supuesto de hecho del art. 28 CE, las segundas resultan permitidas excepcionalmente por aquél, una vez concluida la posibilidad de aplicar este precepto. Sin embargo, ni la consecuencia última ni el procedimiento de control utilizado por el Tribunal difieren sustancialmente en uno y otro caso. Sobre esta cuestión se ha pronunciado recientemente el Tribunal en las SSTJCE de 14 de diciembre de 2000, As. C-55/99, Comisión c. Francia; de 16 de noviembre de 2000, As. C-217/99, Comisión c. Bélgica; y de 5 de diciembre de 2000, As. C-477/98, Eurostock; y de 8 de marzo de 2001, As. C-405/98, KO. Presupuesto el carácter indistintamente aplicable de las normas analizadas, el primer elemento relevante es el relativo a la ausencia de una norma de armonización centralizada (STJCE de 14 de diciembre de 2000, As. C-55/99, Comisión c. Francia, apartado 27). En la STJCE de 5 de diciembre de 2000, As. C-477/98, Eurostock, se analiza la compatibilidad con el Derecho comunitario de una orden ministerial del Reino Unido por la que se prohíbe la importación en Irlanda del Norte de ciertos materiales específicos de riesgo en relación con la encefalopatía espongiiforme bovina. A pesar de que la Comisión había adoptado ya una Decisión que armonizaba el régimen de las

medidas nacionales, el Tribunal sostiene que, al no haber entrado ésta todavía en vigor, no existiría riesgo de conflicto entre las disposiciones comunitarias y las medidas de los Estados miembros, de forma que, en este caso, las segundas cumplirían este requisito (apartados 59 y 73). Por otra parte, en las cuatro sentencias citadas el objetivo del art. 30 CE relevante es el relativo a la protección de la salud pública. Así, por ejemplo, la **STJCE de 8 de marzo de 2001, As. C-405/98, KO**, recuerda que “una normativa que limita las posibilidades de hacer publicidad de bebidas alcohólicas, como medio de combatir el alcoholismo, responde a las preocupaciones de la salud pública” (apartado 27). Sin embargo, en esta sentencia el Tribunal renuncia, de manera incomprensible, a entrar a analizar la concurrencia en la medida controvertida de las exigencias de adecuación y proporcionalidad. No ocurre lo mismo en el caso de la **STJCE de 5 de diciembre de 2000, As. C-477/98, Eurostock**, donde el elevado riesgo de transmisión de la enfermedad, así como las recomendaciones de los científicos en el sentido de prohibir, no sólo la importación de materiales específicos de riesgo, sino también la de todo producto con probabilidades de contenerlos, conducen al Tribunal a afirmar la proporcionalidad de la prohibición de importación de cabezas de bovino, aun cuando en las mismas existan tejidos no calificados como materiales específicos de riesgo (apartados 77 y siguientes).

Las **SSTJCE de 14 de diciembre de 2000, As. C-55/99, Comisión c. Francia**, y de **16 de noviembre de 2000, As. C-217/99, Comisión c. Bélgica**, proporcionan una respuesta distinta a un problema similar. En ambos casos se plantea la compatibilidad con el Tratado de dos normas nacionales que establecen la obligación de incorporar al etiquetado de productos (reactivos médicos en el primer caso, nutrientes y productos alimentarios que los contienen en el segundo) el número de la inscripción registral y de la notificación que, respectivamente, se han tenido que practicar con carácter previo a su comercialización. Un tratamiento jurisprudencial diferente que, por cierto, evidencia la oscuridad de la jurisprudencia del Tribunal en relación con la interacción y el juego recíproco de los principios de adecuación y de proporcionalidad. En la **STJCE de 16 de noviembre de 2000, As. C-217/99, Comisión c. Bélgica**, el Tribunal parece afirmar que la medida ni siquiera resulta adecuada para proteger el objetivo relativo a la salud pública. En efecto, la presencia del número de notificación en el etiquetado únicamente garantiza al consumidor que el producto ha sido notificado al servicio de inspección, “sin que aporte en sí misma ninguna información adicional que permita proteger eficazmente la salud del consumidor”. En cambio, otras indicaciones contenidas en el etiquetado, como la denominación del producto, la identidad del fabricante o del distribuidor, el contenido en nutrientes, la fecha de caducidad o la cantidad de consumo recomendada, constituyen informaciones útiles a estos efectos. De ello se deduce, según el Tribunal, “que la obligación controvertida impuesta por el Real Decreto no es necesaria para la protección de la salud pública” (apartado 29). Sin embargo, parece que el problema que plantea la obligación, más que en la existencia de otras medidas menos restrictivas que protejan la salud pública, se concreta, tal y como señalaba la Comisión (apartado 23), en la falta de adecuación entre la obligación y el objetivo del art. 30 CE. Por el contrario, en la **STJCE de 14 de diciembre de 2000, As. C-55/99, Comisión c. Francia**, el Tribunal señala claramente que la incompatibilidad de la medida con el Tratado trae causa de su carácter desproporcionado. En par-

ricular, la medida pretende garantizar al usuario únicamente que el reactivo ha sido registrado ante la autoridad competente, y no proporciona ninguna información adicional destinada a proteger eficazmente la salud pública. Sin embargo, las demás indicaciones contenidas en el envase y el prospecto del reactivo son “suficientes para garantizar al usuario la posibilidad de localizar los reactivos” (apartado 43). De este modo, y habida cuenta de que existen medidas menos restrictivas, la obligación controvertida no satisface las exigencias del principio de proporcionalidad (apartado 45). Obsérvese que mientras en la primera sentencia la medida se reputa inadecuada para satisfacer la finalidad perseguida (la protección de la salud), en la segunda parece aceptarse su vinculación con otra finalidad relacionada pero distinta (la localización del reactivo por parte del consumidor), y se afirma su carácter desproporcionado debido a la existencia de otras medidas que, satisfaciéndolo igualmente, resultan menos restrictivas para los intercambios.

B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

a) La prohibición del artículo 49 CE

a’) Las restricciones prohibidas

La libertad reconocida por el art. 49 CE resulta de aplicación en aquellos casos en los que una empresa establecida en un Estado miembro presta servicios a terceros establecidos en otro Estado miembro (STJCE de 8 de marzo de 2001, As. C-405/98, KO, apartado 37). La prohibición que incorpora el señalado precepto “no sólo exige eliminar toda discriminación por razón de su nacionalidad en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro, sino suprimir también cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos” (STJCE de 20 de febrero de 2001, As. C-205-99, ANALIR, apartado 21). En el caso resuelto por la primera sentencia citada el Tribunal entiende que, habida cuenta del carácter internacional del mercado de la publicidad en la categoría de productos considerada por la prohibición, la norma sueca que prohíbe a las empresas de prensa establecidas en su territorio ofrecer espacios publicitarios en sus publicaciones a posibles anunciantes de bebidas alcohólicas establecidos en otros Estados miembros, a pesar de no tener carácter discriminatorio, constituye una restricción de la libre prestación de servicios (apartados 38 y 39). A la misma conclusión llega la STJCE de 20 de febrero de 2001, As. C-205-99, ANALIR, en relación con el Real Decreto 1446/1997, de 19 de septiembre (BOE núm. 226, de 22 de septiembre), por el cual se somete la prestación de servicios de cabotaje marítimo a la previa obtención de una autorización administrativa, ya que una tal medida puede obstaculizar o hacer menos atractiva la prestación de dichos servicios y constituye, por tanto, una restricción en el sentido del art. 49 CE (apartado 22).

b’) Las restricciones justificadas por razones imperiosas de interés general

La Sentencia sobre el Real Decreto 1446/1997 plantea asimismo el problema de las restricciones que, aún resultando prohibidas en principio de acuerdo con lo anterior, pue-

den resultar justificadas por razones imperiosas de interés general. En primer lugar, las normas nacionales que limiten la libre prestación de servicios sólo pueden justificarse de este modo si se proyectan sobre una materia que no haya sido objeto de una norma de armonización centralizada. En el caso de la prestación de servicios de cabotaje marítimo, el Reglamento 3577/92 del Consejo, de 7 de diciembre, establece la posibilidad de los Estados miembros de imponer obligaciones de servicio público como condición de la prestación de los mismos, pero no se pronuncia sobre la cuestión de si dicha imposición puede actualizarse a través de un sistema de autorización administrativa previa (apartado 24). Por esta razón el Tribunal entiende aplicable el criterio de control que se deriva del art. 49 CE, tal y como éste ha sido interpretado por el propio Tribunal, conforme al cual las restricciones sólo pueden actualizarse a través de normas que: (i) sean indistintamente aplicables; (ii) estén justificadas por razones imperiosas de interés general; (iii) resulten adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persigue, y (iv) no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo (apartado 25). El establecimiento de un régimen de autorización administrativa previa como el controvertido resulta indistintamente aplicable y puede en principio vincularse a una razón imperiosa de interés general, cual es la imposición de obligaciones de servicio público que garanticen la suficiencia de los servicios regulares de transporte marítimo con destino u origen en islas y entre islas (apartados 27 y siguientes). Sin embargo, la vinculación entre la medida y esta finalidad presupone que se haya podido demostrar la existencia de una necesidad de servicio público, comprobando “en trayectos concretos, la insuficiencia de los servicios regulares de transporte en el caso de que su prestación se dejase únicamente en manos de las fuerzas del mercado” (apartado 34). Por otro lado, en opinión del Tribunal un régimen de autorización administrativa previa puede en principio constituir “un medio adecuado que permita concretar el contenido de las obligaciones de servicio público que deben imponerse” a un concreto operador, o “controlar previamente la aptitud” del mismo para cumplirlas (apartado 36). No obstante, el órgano remitente de la cuestión prejudicial resuelta por la sentencia comentada debe examinar si la restricción es, además, necesaria y proporcionada, “de forma que no podría alcanzarse el mismo objetivo con medidas menos restrictivas de la libre circulación de servicios, en particular mediante un sistema de declaraciones a posteriori” (apartado 35). El Tribunal precisa además un criterio añadido a tener en cuenta por el órgano remitente, y que parece vincularse al principio de proporcionalidad. En su opinión, el régimen de autorización “no puede legitimar un comportamiento discrecional de las autoridades nacionales que prive de eficacia a las disposiciones comunitarias, y en particular, a las relativas a una libertad fundamental” (apartado 37). Debe rechazarse una interpretación apresurada de este pronunciamiento, en virtud de la cual se haga derivar del mismo una prohibición de configurar la autorización administrativa como discrecional. En efecto, no es al carácter reglado o discrecional de la potestad a lo que se refiere el Tribunal aquí, sino más bien a la necesidad de que el régimen que diseñe el Estado miembro se base en “criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano por las empresas interesadas, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, con el fin de que ésta no pueda utilizarse de manera arbitraria. De ahí que la naturaleza y el alcance de las obligaciones de servicio público que vayan a imponerse

mediante un régimen de autorización administrativa previa deban precisarse de antemano a las empresas de que se trate” (apartado 38).

b) La prohibición del artículo 43 CE

Como es conocido, en relación con la libertad de establecimiento la evolución de la jurisprudencia del TJCE desde el criterio de la discriminación hasta el del efecto restrictivo no ha sido tan decidida como en materia de mercancías o de libre prestación de servicios. En efecto, todavía en la actualidad la mayoría de los pronunciamientos del Tribunal se refieren a normas nacionales que incorporan algún tipo de discriminación [a’)]. Por el contrario, los supuestos en los que la prohibición del art. 43 CE se entiende aplicable a medidas nacionales restrictivas indistintamente aplicables son menos numerosos [b’)].

a’) La prohibición de medidas discriminatorias

La libertad de establecimiento se proyecta sobre el acceso y el ejercicio de actividades por cuenta propia en el territorio de un Estado miembro por parte de nacionales de otro Estado miembro. En la **STJCE de 18 de enero de 2001, As. C-162/91, Comisión c. Italia**, se declara que esta última ha incumplido las obligaciones que se derivan del art. 43 CE como consecuencia del mantenimiento de una norma nacional que, en relación con la inscripción de dentistas en el Colegio profesional correspondiente, prevé su cancelación en caso de traslado de su residencia a otro Estado miembro. Sin embargo, en ese mismo caso los dentistas de nacionalidad italiana sí podrían solicitar su mantenimiento. Una disposición de ese tipo contiene en sí misma una discriminación por razón de nacionalidad prohibida por el art. 43 CE (apartados 32 y 34).

La libertad de establecimiento, por otra parte, incluye la “constitución y gestión de empresas en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales”, y exige la supresión de las “restricciones a la creación de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro” (**STJCE de 8 de marzo de 2001, As. Acumulados C-397/98 y 410/98, Metallgesellschaft**, apartado 41). En relación con las sociedades, su domicilio sirve para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado, de modo que el art. 43 CE se opone a que un Estado miembro pueda aplicar un tratamiento diferente por el mero hecho de que el domicilio de una sociedad se halle en otro Estado miembro (apartado 42). En el supuesto resuelto por la sentencia citada se afirma que éste es el caso de una norma tributaria vigente en el Reino Unido, en virtud de la cual las sociedades filiales pueden quedar exentas o no de la obligación de realizar pagos a cuenta del impuesto de sociedades al pagar dividendos a su matriz, en función de que ésta tenga su domicilio en el territorio del Reino Unido o en el de otro Estado miembro (apartado 43).

La **STJCE de 14 de diciembre de 2000, As. C-141/99, AMID**, precisa que si bien según su tenor literal el art. 43 CE tiene por objeto, en especial, asegurar el trato nacional en el Estado miembro de acogida, también se opone a que “el Estado de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad

constituida de conformidad con su legislación” (apartado 21). El Tribunal se pronuncia en esta sentencia sobre un régimen belga que limita la posibilidad de deducir de los beneficios gravados por el impuesto de sociedades las pérdidas del año anterior en el caso de sociedades con domicilio social en Bélgica que cuentan con establecimientos permanentes situados en otros Estados miembros, y no en el caso de que todos sus establecimientos permanentes se encuentren exclusivamente en el territorio del Estado miembro donde tiene su domicilio social. Una medida de este tipo establece un tratamiento fiscal diferente y no justificado entre las sociedades belgas que sólo tienen establecimientos en el territorio nacional y las que disponen de establecimientos en otro Estado miembro, y resulta por ello contraria al art. 43 CE (apartados 23 y siguientes).

b') La prohibición de medidas con efecto restrictivo

La libertad de establecimiento en el territorio de un Estado miembro por parte de nacionales de otros Estados miembros no prejuzga en principio el sometimiento de estos últimos a las condiciones fijadas por la regulación del Estado de establecimiento para sus propios nacionales. De este modo, mientras no exista una regulación comunitaria los Estados pueden establecer normas que regulen el acceso y el ejercicio de actividades por cuenta propia, y aplicar dichas normas a aquellos no nacionales que ejerzan el derecho de establecimiento (**STJCE de 1 de febrero de 2001, As. C-108/96, Mac Quen**, apartado 25). Sin embargo, esta última sentencia recuerda que de la jurisprudencia del Tribunal se desprende igualmente que las medidas “que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado únicamente pueden justificarse si reúnen cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo” (apartado 26). En definitiva, en ciertos casos el Tribunal entiende que el art. 43 CE debe interpretarse de modo similar al art. 49 CE, y no como una mera prohibición de discriminación. Como ejemplos pueden señalarse el relativo al mantenimiento en Italia de normas nacionales que someten la posibilidad de que los dentistas se inscriban en el colegio correspondiente a la obligación de residir en el ámbito territorial propio del Colegio profesional (**STJCE de 18 de enero de 2001, As. C-162/91, Comisión c. Italia**, apartado 20), o el de la norma belga que reserva a los oftalmólogos la realización de exámenes objetivos en el marco de la corrección de defectos puramente ópticos de la vista del cliente, con exclusión por tanto de otros profesionales, y, en particular, de los ópticos que no sean médicos (**STJCE de 1 de febrero de 2001, As. C-108/96, Mac Quen**). En cuanto a la naturaleza jurídica de los motivos que, en este segundo supuesto, pueden llegar a justificar la medida restrictiva, la jurisprudencia del Tribunal no es tan clara como en materia de mercancías o de libre prestación de servicios. Así, por un lado, en la **STJCE de 18 de enero de 2001, As. C-162/91, Comisión c. Italia**, se barajan como motivos de interés general susceptibles de poder justificar restricciones a la libertad de establecimiento los relativos a la necesidad de “garantizar la observancia de las normas deontológicas”, o “la continuidad de la asistencia médica y la proximidad entre médico y paciente” (si bien en esta ocasión no

I. Derecho Comunitario

se estima su concurrencia porque el Estado demandado no la había alegado). Al menos en el primero de los casos el objetivo en cuestión es ajeno a los enumerados en el art. 46 CE, de modo que, al igual que ocurre en materia de mercancías y de libre prestación de servicios, el objetivo de interés general contribuiría aquí a delimitar el supuesto de hecho de la norma general prohibitiva contenida en el art. 43 CE. No ocurre así, por el contrario, en el caso de la STJCE de 1 de febrero de 2001, As. C-108/96, Mac Quen, por mucho que su tenor literal no contribuya a clarificar esta diferencia.

c) Las excepciones de los artículos 55 y 45 y siguientes CE

La protección de la salud pública constituye un interés público que puede justificar la excepción de la prohibición de las medidas contrarias al derecho de establecimiento (art. 46.1 CE) y a la libre prestación de servicios (art. 55, en relación con el art. 46.1 CE). Sobre esta cuestión se pronuncian la STJCE de 1 de febrero de 2001, As. C-108/96, Mac Quen, en el primer caso, y la STJCE de 8 de marzo de 2001, As. C-405/98, KO, en el segundo. La configuración del juicio de control es por lo demás similar a la que presenta el utilizado por el Tribunal en materia de mercancías, y en el marco de la doctrina de las razones imperiosas de interés general en relación con la libre prestación de servicios: presupuesto el carácter indistintamente aplicable de la restricción y la ausencia de normas de armonización centralizada, la medida debe ser adecuada para satisfacer el objetivo perseguido (en el caso de las sentencias citadas, la protección de la salud: SSTJCE de 1 de febrero de 2001, As. C-108/96, Mac Quen, apartado 30, y de 8 de marzo de 2001, As. C-405/98, KO, apartados 41 y siguientes, implícitamente), y satisfacer el principio de proporcionalidad (STJCE de 8 de marzo de 2001, As. C-405/98, KO, en el lugar señalado). En relación con esta última cuestión, la STJCE de 1 de febrero de 2001, As. C-108/96, Mac Quen, realiza dos observaciones interesantes. Por un lado, “el hecho de que un Estado miembro imponga disposiciones menos rigurosas que las aplicables en otro Estado miembro no significa que estas últimas sean desproporcionadas y, por lo tanto, incompatibles con el Derecho comunitario” (apartado 33). Por otro lado, la adopción, en su momento, de la decisión de reservar a los oftalmólogos la realización de los exámenes referidos descansa en una determinada evaluación de los riesgos que para la salud pública podrían resultar de conceder a otros profesionales, y en particular a los ópticos, la autorización para efectuar determinados exámenes de la vista; una evaluación, sin embargo, que puede modificarse en el curso de los años, en función, especialmente, del progreso científico y técnico. En la sentencia últimamente citada el Tribunal entiende por tanto que el órgano remitente de la cuestión prejudicial debe valorar si la evaluación señalada sigue constituyendo una base válida para fundamentar la proporcionalidad de la restricción (apartados 35 y siguientes).

C) Libre circulación de trabajadores

1. Ámbito de aplicación personal y material

El Tribunal de Justicia ha reiterado la jurisprudencia según la cual la excepción autorizada por el artículo 39.4 CE, los empleos en la Administración Pública, no se aplica a las actividades de los profesores o de los profesores ayudantes (STJCE de 30 de noviembre de 2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund, As. C-195/98).

2. Contenido jurídico

a) Igualdad de trato

Ya resaltamos en la crónica anterior que es jurisprudencia reiterada que las normas sobre igualdad no sólo prohíben las discriminaciones manifiestas, basadas en la nacionalidad, sino también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado. En este sentido, el Tribunal en el asunto *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, ya citado, se ha enfrentado a un supuesto en el que la normativa nacional austríaca, si bien computaba los períodos de empleo anteriores desempeñados en otros Estados miembros con el fin de determinar la retribución de los profesores y de los profesores ayudantes contratados, no se hacía del mismo modo automático en que se procedía si el empleo se había desempeñado en Austria. En este sentido, lo que diferencia a este supuesto de otros análogos (vid. las SSTJCE de 23 de febrero de 1994, Scholz, As. C-419/92, de 15 de enero de 19989, Schönig-Kougebetopoulou, As. C-15/96, y de 12 de marzo de 1998, Comisión/Grecia, As. C-187/96) es que la normativa nacional sí computa los períodos de empleo en otros Estados miembros, si bien sometiéndolos a unos requisitos que no se imponen si el empleo se había desarrollado en el Estado miembro en cuestión. El Tribunal concluye que esta legislación vulnera el artículo 39 CE, pues se produce una discriminación que no se justifica por motivos imperiosos de interés general ni se ajusta al principio de proporcionalidad (apartado 45). Así, ni el objetivo de movilidad profesional dentro de la Administración Pública austríaca requiere restringir de forma discriminatoria la movilidad de los trabajadores migrantes (apartado 47) ni las diferencias que existen entre las Administraciones Públicas austríacas y las de los demás Estados miembros permiten justificar una diferencia en cuanto a los requisitos de cómputo de los períodos de servicio anteriores (apartado 48). Además, se deben computar incluso los períodos de empleo cubiertos por dicho personal antes de la adhesión de la República de Austria a la Unión Europea, pues a falta de disposiciones transitorias en el Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Austria, de la República de Finlandia y del Reino de Suecia, dichas disposiciones deben considerarse inmediatamente aplicables y vinculantes para la República de Austria a partir de la fecha de su adhesión a la Unión Europea (apartado 55).

b) Prestaciones de Seguridad Social

Es jurisprudencia constante (vid. crónica del número anterior de esta Revista) que las disposiciones que impidan o disuadan a un nacional de un estado miembro de abandonar su país de origen para ejercer su derecho a la libre circulación constituyen obstáculos a dicha libertad. Por ello, los artículos 18, 39 y 42 del Tratado CE obligan a la institución competente de un Estado miembro a computar como períodos cubiertos en el territorio nacional, a efectos de la concesión de una pensión de vejez, los períodos dedicados a la crianza de un hijo cubiertos en otro Estado miembro —donde estos períodos no se computan para el cálculo de dicha pensión— por una persona que, en el momento del nacimiento del hijo, tenía la condición de trabajador fronterizo empleado en el territorio del

I. Derecho Comunitario

primer Estado miembro y residente en el segundo Estado miembro (STJCE de 23 de noviembre de 2000, *Elsen*, As. C-135/99).

Por otro lado, mediante una decisión prejudicial el Tribunal ha interpretado el artículo 95 bis del Reglamento 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia y los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, que establece que los interesados que hayan obtenido, antes del 1 de junio de 1992, la liquidación de una pensión podrán solicitar que sus derechos sean revisados, teniendo en cuenta las Disposiciones del Reglamento (CEE) 1248/92. Como es sabido, dicho Reglamento incorpora la jurisprudencia del TJCE según la cual el interesado tiene derecho a percibir de la institución competente de cada Estado miembro la cuantía más elevada calculada, sin perjuicio de la aplicación del conjunto de cláusulas de reducción, suspensión o supresión previstas por la legislación nacional. Pues bien, el artículo 95 bis en la redacción dada en 1992 establece que si la solicitud de revisión se presenta antes del plazo de dos años a partir de 1 de junio de 1992, los derechos nacidos en virtud de dicho Reglamento se adquirirán a partir de dicha fecha. Si la solicitud se presenta después del citado plazo, los derechos se adquirirán a partir de la fecha de solicitud. El Tribunal de Justicia, a la hora de interpretar dicho artículo, concluye que, en primer lugar, la aplicación del artículo 95 bis modificado no se limita a situaciones en las que se hubiere adoptado una resolución definitiva de concesión antes del 1 de junio de 1992, sino que también se extiende a los casos en que se interpuso un recurso ante un órgano jurisdiccional nacional antes de dicha fecha, y ello aunque no hubiese recaído una decisión definitiva sobre el recurso antes del 1 de junio de 1992. Por otro lado, se estima que incumbe al órgano jurisdiccional remitente, en primer lugar, verificar si la legislación nacional obliga a presentar una solicitud de revisión, bien ante la institución de Seguridad Social competente en el plazo señalado y en la forma establecida, o bien a través de una demanda ante el propio órgano jurisdiccional y, en segundo lugar, comprobar que tales exigencias no sean menos favorables que las aplicables a situaciones similares comprendidas en el ordenamiento jurídico nacional y que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos reconocidos a los interesados por el Reglamento 1408/71 modificado (STJCE de 22 de febrero de 2001, *Camarotto*, As. C-52/99).

En el plano de la legislación aplicable, la STJCE de 9 de noviembre de 2000, *Plum*, As. C-404/98, ha tenido que decidir qué derecho nacional debe aplicarse a los trabajadores de una empresa de construcción establecida en un Estado miembro que son destinados a trabajos de construcción en el territorio de otro Estado miembro en el que dicha empresa ejerce la totalidad de sus actividades, a excepción de las de gestión meramente internas. El Tribunal se pronuncia en el sentido de que tales trabajadores están sometidos a la legislación de Seguridad Social del Estado miembro en cuyo territorio ejercen efectivamente su actividad.

Por último, también ha tenido el Tribunal ocasión de pronunciarse sobre la entrada en vigor del ya citado Reglamento 1408/71 del Consejo, y su posible incidencia en los derechos adquiridos de los trabajadores en virtud de convenios de Seguridad Social entre Estados miembros anteriores a la entrada en vigor del mismo en algún Estado miembro

(en este caso se trataba de un convenio de Seguridad Social en Austria y Alemania). Como ya dijera el Tribunal en los supuestos de jubilación o de invalidez (SSTJCE de 7 de febrero de 1991, Rönfeldt, C-227/89, de 9 de noviembre de 1995, Thévenon, C-475/93 y de 9 de octubre de 1997, Naranjo Arjona y otros, As. Acumulados C-31/96, C-32/96 y C-33/96), ahora el Tribunal afirma en materia de prestaciones de desempleo que ha de aplicarse las disposiciones de un convenio entre Estados en materia de seguro de desempleo más favorables para el asegurado, cuando éste haya ejercido su derecho a la libre circulación antes de la fecha de entrada en vigor de dicho Reglamento (STSJ de 9 Noviembre de 2000, Telen, As. C-75/99).

3. Límites

En esta materia, la STJCE de 9 de noviembre de 2000, *Yiadam*, As. C-357/98, dictada en el marco de una cuestión prejudicial, interpreta los artículos 8 y 9 de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública. Dichos artículos se refieren a las garantías procesales mínimas que disponen los ciudadanos comunitarios cuando ven denegada su entrada o la residencia en otro Estado comunitario. La cuestión principal que se le plantea al Tribunal remitente, es la calificación jurídica de la denegación de entrada a un nacional de otro Estado miembro, cuando a dicha persona se le ha concedido la admisión temporal sin concederle la entrada con arreglo al Derecho nacional, hasta que las autoridades determinasen, como a la postre hicieron, que los hechos justifican medidas dirigidas a excluir a dicha persona del Estado miembro por razones de orden público. En este sentido, hay que indicar que las opciones eran calificar la medida como denegación de entrada o como denegación del permiso de estancia, gozando el ciudadano comunitario en este último supuesto de mayores garantías.

Pues bien, dado que las disposiciones que protegen a los nacionales comunitarios que ejercen la libertad de libre circulación de personas deben ser interpretadas en su favor (apartado 25) y que si el Estado acepta la presencia física del nacional comunitario en su territorio durante un período de tiempo que excede manifiestamente las exigencias de la verificación de su situación administrativa, procede considerar que también puede admitir la presencia de dicho nacional durante el tiempo necesario para que éste ejercite los medios de impugnación contemplados en el caso de denegación del permiso de estancia (apartado 41), la medida ha de considerarse como una denegación del permiso de estancia y no una mera denegación de entrada.

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) Recursos legalmente exigibles [art. 44.1.a) LOTC]: audiencia al rebelde. b) Recursos legalmente exigibles [art. 44. 1. a) LOTC]: incidente de nulidad de actuaciones.

c) Recursos legalmente exigibles [art. 44.1.a) LOTC]: razonable no exigencia del recurso de casación. d) Artículo 44.1.c): invocación del derecho fundamental a la tutela

judicial efectiva en apelación. e) Satisfacción extraprocesal de la pretensión: es de aplicación analógica el artículo 76 LJCA a la LOTC. f) Desaparición sobrevenida del objeto del amparo: el objeto y la pretensión sólo indirectamente pueden tener un alcance

económico. g) El emplazamiento previsto en el artículo 51.2 LOTC no permite por sí solo ostentar la condición de parte codemandante en el proceso constitucional. B) Control

de constitucionalidad de normas con rango de ley. a) Desaparición sobrevenida del objeto: distintos efectos de la derogación de las Leyes en cuestiones de inconstitucionalidad, en

recursos y controversias competenciales. b) Cosa juzgada en una cuestión de inconstitucionalidad. c) La legitimación activa del Defensor del Pueblo no tiene restricciones

por razón de la materia. C) Controversias competenciales. a) Artículo 84 LOTC: providencia poniendo de manifiesto a las partes, de oficio y antes de dictar Sentencia, la posible

incidencia en el conflicto de la jurisprudencia y legislación sobrevenida. D) Conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales. a) Objeto: la obsoleta invasión de atribu-

ciones y la vindicatio potestatis (STC 45/1986) se atempera con la garantía del ámbito de atribuciones. b) Objeto: la caducidad del proyecto de ley no enerva la controversia

competencial ni produce la desaparición del objeto conflictual. c) Objeto: no caben conflictos virtuales o hipotéticos. **3. Criterios de distribución de competencias.**

A) Concepto de normas básicas: el progresivo abandono del elemento formal en la definición del concepto de bases. B) Territorialidad de las competencias: uso implícito de un

principio elusivo. C) Comercio interior y planificación de la actividad económica: distribución de gases licuados del petróleo. D) Leyes autonómicas de presupuestos: aplicabilidad de los límites generales a las leyes de presupuestos. E) Potestad tributaria auto-

nómica: impuesto sobre instalaciones que afectan al medio ambiente. F) Condiciones básicas de igualdad de todos los ciudadanos (art. 149.1.1 CE): la garantía de los derechos fundamentales faculta al Estado para que adopte todas las medidas normativas e institucionales necesarias. G) Medio ambiente y ordenación del territorio: delimitación de competencias en los parques naturales. H) Conflicto de atribuciones: atribución para la declaración de urgencia de los proyectos de ley (art. 90.3 CE).

1. INTRODUCCIÓN

Se han analizado las sentencias que culminan el año 2000, comprendidas entre la 195 y la 312 del citado año, publicadas en los suplementos del BOE números 203 (de 24 de agosto), 251 (de 19 de octubre), 267 (de 7 de noviembre), 276 (de 17 de noviembre), 288 (de 1 de diciembre), 299 (de 14 de diciembre), 4 (de 4 de enero) y 14 (de 16 de enero). Interesa destacar los esfuerzos del Tribunal Constitucional que ha dictado este año una cincuentena de sentencias más que en pasados años.

Es de subrayar la STC 234/2000, de 3 de octubre, que resuelve un conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales que enfrentaba al Gobierno y al Senado. La segunda sentencia recaída en dos décadas en este casi insólito proceso constitucional. Un camino que por su muy restrictiva regulación legal, tanto en su legitimación (ausencia de las minorías parlamentarias y de Jueces y Tribunales) como en su objeto (se exige expresamente la invasión de la atribución y la correlativa *vindicatio potestatis*, y se excluye la ley), prácticamente nadie recorre. Sin duda, un déficit de protección de nuestro ordenamiento. Cuestión sólo en parte paliada, porque otras vías procesales (v.gr. la combinación del art. 23.2 CE y el art. 42 LOTC para los derechos de los parlamentarios) han asumido funciones de garantía análogas. Desde el punto de vista del fondo de la cuestión, se declara la ilegitimidad constitucional de una inaceptable decisión que sólo puede tener explicación desde una perspectiva política.

Respecto a las decisiones adoptadas en este período en los conflictos de competencias, son poco novedosas reiterando jurisprudencia ya asentada a lo largo de los años. Quizás se pueden apuntar como elementos más interesantes dos tendencias preocupantes. En primer lugar, la utilización de un concepto amplio de normas básicas prescindiendo, probablemente con más frecuencia de la deseable, del elemento formal de la noción de bases. En segundo lugar, resulta criticable el rechazo tajante y expreso al uso del criterio de territorialidad para atribuir competencias y su posterior e implícito uso en la resolución concreta de los conflictos.

II. Justicia Constitucional

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de amparo constitucional

a) Recursos legalmente exigibles [art. 44.1.a) LOTC]: audiencia al rebelde

La STC 218/2000, de 18 de septiembre, insiste en que la audiencia al rebelde es un cauce adecuado y previo al amparo constitucional, siempre que resulte posible, para que según la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 771, 772, y 779 LEC) los Tribunales competentes conozcan sobre las situaciones de indefensión provocadas por el incumplimiento de las garantías procesales exigibles en los emplazamientos y obtener la rescisión de una Sentencia firme (FJ 3º). No dilata artificialmente el plazo de ejercicio de la acción de amparo (art. 44.2 LOTC). La STC 268/2000, de 13 de noviembre, en cambio, aplicando el mismo criterio, resuelve que no era sostenible la audiencia al rebelde (art. 777 LEC) por el tiempo transcurrido entre la publicación por edictos de la Sentencia y la comparecencia del actor ante el Juez.

b) Recursos legalmente exigibles [art. 44.1.a) LOTC]: incidente de nulidad de actuaciones

La STC 222/2000, de 18 de septiembre, reitera que no produce la extemporaneidad del amparo haber prolongado la vía judicial previa mediante un expediente de nulidad de actuaciones (FJ 3º) que no era manifiestamente improcedente, ya que el Juzgado de Primera Instancia no declaró el cauce inadecuado sino que rechazó la pretensión por motivos de fondo. De forma complementaria, pero en sentido contrario, la STC 245/2000, de 16 de octubre, señala (FJ 2º) que la demanda de amparo es extemporánea por haberse intentado una demanda de nulidad de actuaciones “que necesariamente iba abocada al fracaso”, por trabarse frente a una resolución judicial firme antes de la reforma del art. 240 LOPJ operada en 1997; razón por la cual no interrumpió el plazo de caducidad de la acción constitucional ex art. 44.2 LOTC.

c) Recursos legalmente exigibles [art. 44.1.a) LOTC]: razonable no exigencia del recurso de casación

La STC 246/2000, de 16 de octubre, establece (FJ 2º) que la Sentencia impugnada omitió indicar si era firme y qué recursos cabían contra la misma (art. 248.4 LOPJ), omisión irrelevante dada la doctrina constitucional a este respecto y que el recurrente contaba con asistencia letrada. Sin embargo, el órgano judicial omitió fijar la cuantía del procedimiento. Y, dado que la Sentencia se dictó con posterioridad a la entrada en vigor de la LJCA de 1998, según el art. 87.2, se excluye del recurso aquellos asuntos que no excedan de 25 millones de pesetas. Siendo así “no parece irrazonable”, dadas las circunstancias concretas del caso, que la recurrente entendiera que la cuantía litigiosa no excedía de dicha cantidad.

d) Artículo 44.1.c): invocación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en apelación

La STC 201/2000, de 24 de julio, resume in extenso la jurisprudencia constitucional sobre la carga de invocar en segunda instancia la lesión supuestamente acaecida del derecho

fundamental a la tutela judicial efectiva en la primera, y desestima el amparo por este defecto procesal.

e) Satisfacción extraprocésal de la pretensión: es de aplicación analógica el artículo 76 LJCA a la LOTC

La **STC 203/2000, de 24 de julio**, recuerda –con cita de los precedentes– que la satisfacción extraprocésal de la pretensión, pese a no estar expresamente prevista en la LOTC, es uno de los supuestos de terminación del proceso de amparo, al aplicarse, por vía de analogía, lo dispuesto por el actual art. 76 LJCA. Tanto en casos en que la invocada lesión de los derechos constitucionales arranca de un acto de la Administración pública, como también en aquellas otras ocasiones que traen su origen en decisiones de los órganos del Poder Judicial. Sin embargo, en este caso, se estima que la mención a una satisfacción extraprocésal de la pretensión resulta improcedente, porque difícilmente permite el lenguaje calificar como “extraprocésal” la “ejecución de una sentencia”. Se rechaza la carencia sobrevenida de objeto ya que la pretensión no puede entenderse satisfecha.

f) Desaparición sobrevenida del objeto del amparo: el objeto y la pretensión sólo indirectamente pueden tener un alcance económico

La **STC 230/2000, de 2 de octubre**, rechaza (FJ 2º) la excepción procesal de los demandados relativa a que el actor carece de un “interés legítimo” para recurrir pues una resolución de la jurisdicción civil ya ha declarado compensados los créditos laborales del recurrente. Se matiza que lo que realmente se plantea es la desaparición sobrevenida del objeto, afirmándose que “la pretensión de amparo sólo indirectamente puede tener un alcance económico(...) versando esencialmente su objeto(...) en dilucidar si la Sentencia recaída(...) ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva(...)”.

g) El emplazamiento previsto en el artículo 51.2 LOTC no permite por sí solo ostentar la condición de parte codemandante en el proceso constitucional

La **STC 215/2000, de 18 de septiembre**, asevera que no todos los que fueron parte en el procedimiento de jurisdicción contable ante el Tribunal de Cuentas y luego resultaron emplazados para que comparecieran ante el Tribunal Constitucional, trámite previsto en el art. 51.2 LOTC, ostentan la condición de codemandantes y pueden ser tenidos como partes a esos efectos en el proceso constitucional (FJ 3º).

B) Control de constitucionalidad de normas con rango de ley

a) Desaparición sobrevenida del objeto: distintos efectos de la derogación de las leyes en cuestiones de inconstitucionalidad, en recursos y controversias competenciales

El Tribunal Constitucional ha tenido que enfrentarse a esta cuestión en diversos supuestos durante este trimestre. La jurisprudencia más clara es la contenida en la **STC**

II. Justicia Constitucional

290/2000, de 30 de noviembre, en la que se planteaba la pervivencia del objeto del proceso con motivo de la derogación de la LORTAD por la LOPD. En tal sentido recuerda (FJ 3º) su jurisprudencia sobre pérdida sobrevenida del objeto del recurso de inconstitucionalidad. En el caso de preceptos no impugnados en virtud de controversias competenciales el principio general es el de que la derogación produce la extinción del recurso. Excepto cuando el precepto, pese a su derogación, proyecte sus efectos sobre situaciones posteriores si así se desprende con toda evidencia de los términos en los que se produce la derogación. La razón de este principio es la finalidad del recurso de inconstitucionalidad que no es otra que la de depurar en abstracto el ordenamiento jurídico, al margen de los que pueda derivar de la aplicación concreta de los preceptos impugnados (por ese motivo decide considerar extinguido el objeto del recurso en lo referido a los preceptos impugnados por motivos sustanciales). Muy diferente es la situación y la jurisprudencia respecto a los preceptos impugnados por motivos competenciales. La regla general en este caso es que si la controversia pervive tras la derogación de la norma es procedente pronunciarse sobre el fondo. El criterio relevante para determinar la pérdida sobrevenida del objeto es si la expulsión de la norma ha provocado el fin de la controversia competencial, ya que la finalidad de estos recursos es precisamente terminar con tal controversia. A tal fin debe tenerse en cuenta el grado de identidad entre las normas impugnadas y las de la ley que las han derogado, puesto que una alteración sustancial de tales normas puede privar de objeto la reivindicación competencial y, con ello, del propio proceso (FJ 4º).

Respecto a las cuestiones de inconstitucionalidad la situación es similar a la planteada con las controversias competenciales. Así en la **STC 276/2000, de 16 de noviembre**, el Tribunal Constitucional, ante las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, considera que el objeto no ha desaparecido en la medida en que la normativa derogada resulta aplicable a los procesos pendientes en virtud de las citadas cuestiones. Por tanto, en la medida en que la norma derogada continúe teniendo vigencia para los procesos pendientes el proceso constitucional continuará teniendo objeto.

En la misma línea de estos principios generales pueden consultarse las **SSTC 273/2000, de 15 de noviembre** (FJ 3º, respecto a un recurso de inconstitucionalidad), **235/2000, de 5 de octubre**, (la derogación de una norma que no ha tenido aplicación efectiva conlleva la desaparición sobrevenida del objeto del recurso de inconstitucionalidad, FJ 2º), **274/2000, de 15 de octubre** y **223/2000, de 21 de septiembre** (en un conflicto positivo de competencias).

b) Cosa juzgada en una cuestión de inconstitucionalidad

La **STC 248/2000, de 19 de octubre**, en una cuestión de inconstitucionalidad respecto de unas leyes baleares de protección de áreas naturales, decide que no existe efecto de cosa juzgada, producido por la **STC 28/1987**, que examinó una de las leyes cuestionadas y por los mismos motivos, dado que se impugna ahora además una segunda ley y por motivos específicos, y que esta cuestión fue admitida cuando todavía no había sido resuelta la anterior.

c) La legitimación activa del Defensor del Pueblo no tiene restricciones por razón de la materia: posee la misma amplitud que la de los demás sujetos

La STC 274/2000, de 15 de noviembre, analiza un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo frente a una ley de presupuestos de Canarias. La defensa de la Comunidad Autónoma aduce la falta de legitimación activa, y el Tribunal Constitucional sostiene (FJ 2º) que el art. 161.2.1.a) CE y el art. 32.1 LOTC reconocen la legitimación de este órgano sin establecer limitaciones, aunque, a efectos dialécticos, en la anterior STC 150/1990, de 4 de octubre, se reconoció la afectación de un derecho previsto en el Título I CE. Debe reiterarse, no obstante que su legitimación “ha de entenderse en los mismos términos y con la misma amplitud que el resto de los sujetos contemplados conjuntamente” en dichos artículos.

C) Controversias competenciales

a) Artículo 84 LOTC: providencia poniendo de manifiesto a las partes, de oficio y antes de dictar Sentencia, la posible incidencia en el conflicto de la jurisprudencia y legislación sobrevinida

En la STC 275/2000, de 16 de noviembre, se utilizó el art. 84 LOTC para dictar una providencia poniendo de manifiesto a las partes, de oficio y antes de dictar Sentencia, la posible incidencia en el conflicto positivo de la jurisprudencia y legislación sobrevinida, abriendo un segundo trámite de alegaciones. Una práctica frecuente en estos procesos y que en ocasiones produce la terminación del proceso sin necesidad de una Sentencia de fondo. No ocurrió aquí, si bien el representante de la Comunidad Autónoma, curiosamente, formuló razonamientos favorables al desistimiento (antecedente 9º), aunque sin llegar a formalizarlo debidamente al no estar autorizado para ello. Luego la parte dispositiva de la Sentencia declaró la desaparición sobrevinida del objeto respecto de uno de los preceptos controvertidos.

D) Conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales

a) Objeto: la obsoleta invasión de atribuciones y la vindictio potestatis (STC 45/1986) se atempera con la garantía del ámbito de atribuciones

En la STC 234/2000, de 3 de octubre, el Tribunal se plantea (FJ 5º) si el Acuerdo de la Mesa del Senado de no admitir a trámite la declaración de urgencia del proyecto de ley efectuada por el Gobierno satisface el requisito de la “invasión de atribuciones” y la correlativa vindictio potestatis (STC 45/1986). Afirma que, “aunque en puridad” el Senado no pretendió apropiarse de la atribución controvertida su actuación “ha frustrado el ejercicio de una atribución que el Gobierno considera como propia ex art. 90.3 CE, haciendo imposible la misma”. Y, en consecuencia, “atemperando la delimitación de su objeto que se hizo” en la primera Sentencia recaída en esta vía, se considera el supuesto adecuado “a la estructura y función del conflicto de atribuciones toda vez que lo que se pretende es preservar el ámbito de atribuciones de uno de los órganos constitucionales”.

II. Justicia Constitucional

El Tribunal Constitucional culmina así una transición silenciosa, que no puede sino considerarse razonable y rompe el estrecho corsé en la delimitación del objeto conflictual que él mismo se impuso en 1986 y había sido denunciado por la doctrina científica.

b) Objeto: la caducidad del proyecto de ley no enerva la controversia competencial ni produce la desaparición del objeto conflictual

Allí mismo (FJ 6º) se resuelve que la caducidad del proyecto de ley por finalizar la Legislatura, al disolverse las Cámaras, no enerva la controversia competencial ni produce la desaparición del objeto conflictual, ya que este proceso tiene por finalidad “decisiva y principal” un pronunciamiento sobre la titularidad de la competencia antes que su “dimensión impugnatoria” de normas.

c) Objeto: no caben conflictos virtuales o hipotéticos

El Tribunal afirma (F.J. 14º) que no debe pronunciarse sobre el fondo del asunto bajo la hipótesis que suscita el Senado de que hubiera ocurrido si la declaración gubernamental se hubiera producido una vez ya iniciada la tramitación del proyecto en el Senado y abierto el plazo de presentación de enmiendas: “una eventualidad que en modo alguno se ha producido”.

3. CRITERIOS DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

A) Concepto de normas básicas: el progresivo abandono del elemento formal en la definición del concepto de bases

Se reitera, con amplia cita de las decisiones anteriores, la conocida doctrina constitucional sobre el concepto de bases o normas básicas. En tal sentido se recuerda que este concepto consta de un elemento material y de un elemento formal. Nada nuevo se dice respecto a ambos en las SSTC 230/2000, de 21 de septiembre (FJ 6º) 275/2000, de 16 de noviembre, (FJ 4º y 9º) y 306/2000, de 12 de diciembre.

Debe, sin embargo, resaltarse que el elemento formal en la definición de las bases se refiere a la necesidad de que las normas básicas sean establecidas en instrumentos legales, aceptándose sólo excepcionalmente su reconocimiento en normas reglamentarias y extendiéndose a actos de ejecución sólo cuando ello sea indispensable (STC 275/2000, de 16 de noviembre, FJ 4º). Pese a tales declaraciones generales, en este período se ha apreciado en las tres sentencias citadas, en las que se establecían normas básicas en instrumentos normativos infralegales e incluso se reservaban al Estado actos de ejecución en materias compartidas, que concurrían circunstancias excepcionales que derogaran el principio general de establecimiento de las bases en normas legales. Se declara por tanto constitucional el reconocimiento de normas básicas en el Reglamento de Cooperativas de Crédito (STC 275/2000); en el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales aprobado para el Parque Nacional de los Picos de Europa (STC 306/2000) y el Reglamento General de Gases Licuados del Petróleo (STC 223/2000). Cabe, pues, preguntarse, cuál es la utilidad del concepto formal de bases tantas veces reiterado por el Tribunal Constitucional.

B) Territorialidad de las competencias: uso implícito de un principio elusivo

Parecida situación a la reseñada para la noción formal de bases se ha producido respecto al uso del principio de territorialidad para atribuir competencias. Se declara con carácter general que este principio, por sí mismo, no implica la asunción por el poder central de todas las competencias que tengan efectos supraautonómicos (SSTC 223/2000, FJ 11º, y 306/2000, FJ 8º). Sin embargo, a la hora de enjuiciar los conflictos concretos se acaba determinando, en quizás demasiadas ocasiones, el carácter básico, y por tanto competencia del poder central, de aquellas cuestiones (incluidos actos de mera ejecución o, incluso, de simple información) que presenten elementos de supraterritorialidad.

Así la STC 223/2000, de 21 de septiembre, establece la competencia estatal para la autorización e inscripción de los operadores de gases licuados del petróleo porque las instalaciones de almacenamiento y garantía de las existencias de seguridad han de estar repartidas por todo el territorio nacional (FJ 11º), mientras que respecto a las empresas suministradoras de dichos gases la competencia es autonómica en la medida en que actúan en un ámbito territorial más reducido. Igualmente la STC 275/2000, de 16 de noviembre, recoge que las competencias relativas al registro de cooperativas de crédito cuyo ámbito de actuación rebasara los límites territoriales de la Comunidad Autónoma corresponden al Estado (FJ 4º), incluyéndose también en el ámbito de las competencias estatales, la autorización administrativa de las escisiones y fusiones que afectaran a más de una Comunidad Autónoma (FJ 5º). Por último la STC 306/2000, de 12 de diciembre, reconoce las competencias estatales para fijar las directivas para la ordenación de los recursos naturales y garantizar la coordinación de las medidas adoptadas para la declaración de un Espacio Natural protegido cuya extensión rebase los límites de una Comunidad Autónoma.

C) Comercio interior y planificación de la actividad económica: distribución de gases licuados del petróleo

En la STC 223/2000, de 21 de septiembre, se enjuicia la constitucionalidad del Reglamento de distribución de gases licuados del petróleo. Se alegan, por parte del Estado los arts. 149.1.25 (normativa básica en materia de régimen energético) y 149.1.13. Por parte de la Comunidad Autónoma: 10.1.5 (desarrollo legislativo y ejecución en materia de régimen energético) y 12.1.2 y 5 EAC (industria y comercio interior de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general). Se trata, por tanto, de un conflicto en el que la clave se encuentra en determinar qué aspectos del Reglamento pueden ser considerados básicos y cuáles no.

Este reglamento se enmarca en la eliminación del monopolio público en el gas natural y en los gases derivados de petróleo y fuelóleo. El sentido del Decreto es la necesidad de establecer un reglamento único de carácter básico para todos los operadores y empresas suministradoras, por un lado, y la garantía del régimen básico de abastecimiento energético, por el otro. La Sentencia, siguiendo el citado reglamento, diferencia entre Operadores (funcionan al por mayor sin relación directa con el consumidor y a nivel nacional) y empresas suministradoras (realizan la distribución al consumidor y operan en niveles territoriales más reducidos). A partir de tal diferenciación, como se ha apun-

II. Justicia Constitucional

tado en el apartado anterior de esta crónica, se establece el carácter básico de la normativa recogida en el Reglamento respecto a las operadoras y la naturaleza no básica (y por tanto inconstitucional) de las normas relativas a las empresas suministradoras.

D) Leyes autonómicas de presupuestos: aplicabilidad de los límites generales a las leyes de presupuestos

En la **STC 274/2000, de 15 de noviembre**, se resuelve un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo contra determinados preceptos de la Ley 5/1996 de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Canarias. El Tribunal Constitucional recuerda toda su jurisprudencia sobre la Ley de Presupuestos. El contenido eventual de la ley de presupuestos está sometido a límites estrictos sin poder desvirtuar su contenido primordial por lo que debe existir conexión y justificación de la materia con el contenido propio de la ley de presupuestos.

El problema competencial se centra en si la regulación del bloque de la constitucionalidad implica la aplicación de límites materiales para las leyes de presupuestos canarios análogos a los derivados del art. 134.2 CE para las leyes de presupuestos nacionales. Es decir, no son aplicables, sin más, tales límites, sino que debe establecerse su vigencia a partir del examen del bloque de la constitucionalidad integrado por los arts. 21 LOFCA, 13 y 61.1 EAC. Estas normas ponen de manifiesto una sustancial identidad entre las normas del bloque de la constitucionalidad aplicables a Canarias y lo dispuesto para el Estado en el art. 134.2 CE. Por ello, se concluye, deben considerarse vigentes los límites materiales al contenido normativo de las leyes de presupuestos del Estado también en la Comunidad canaria.

De este modo las previsiones relativas a materia de personal que incidan en las previsiones de gastos es materia propia de los presupuestos, no así las que se refieren a cuestiones de personal sin vinculación con la previsión de gastos y que se integrará dentro de la materia de función pública que debe ser objeto de una regulación específica (FJ 8º). Las normas cuya finalidad inmediata no es la retributiva sino que sólo tiene efectos indirectos o mediatos sobre la retribución no pueden considerarse objeto justificado de la ley de presupuestos. Sin embargo, cuando exista una indudable repercusión presupuestaria de la norma sí será incluíble dentro de los presupuestos (FJ 9º).

E) Potestad tributaria autonómica: impuesto sobre instalaciones que afectan al medio ambiente. Límites a la potestad tributaria por recaer sobre idéntico objeto que impuestos de las Corporaciones Locales (art. 6.3 LOFCA)

En la **STC 289/2000, de 30 de noviembre**, se resuelve la impugnación de una ley balear que gravaba determinadas instalaciones (referidas a diferentes actividades económicas) por considerarlas lesivas para el medio ambiente. Se trata de un tributo propio establecido por la Comunidad Autónoma. Potestad que se encuentra limitada por los apartados 2 y 3 del art. 6 LOFCA (recogidos en el art. 57.3 EAIB).

El Tribunal recuerda la importancia de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, los cambios producidos en este tema con la introducción del principio de *corresponsabilidad fiscal*, y que el poder tributario autonómico está también condicionado constitucionalmente en su ejercicio. Tales limitaciones confieren pleno sentido a los cita-

dos apartados 2 y 3 del art. 6 LOFCA. Igualmente recuerda la distinción realizada en la STC 37/1987 entre hecho imponible y la materia imponible a la que se refiere el art. 6.3 LOFCA. En definitiva lo que el conflicto debe resolver es si el impuesto balear grava materia imponible reservada a las Corporaciones Locales.

El tributo grava no la actividad contaminante (cosa que podría justificar su constitucionalidad) sino la titularidad de unas determinadas instalaciones, por lo que es un impuesto sobre elementos patrimoniales y no sobre elementos contaminantes. A diferencia de los casos de Extremadura y Andalucía (impuestos sobre fincas y tierras infrutilizadas declarados constitucionales en virtud de las SSTC 37/1987 y 186/1993) el impuesto balear no arbitra mecanismo alguno que se dirija a la consecución del fin protector del medio ambiente, sino que grava la capacidad económica pretendidamente sometida a imposición, como forma de contribuir al sostenimiento del gasto público generado por la indebida utilización del medio ambiente (manifestación concreta del principio de *quien contamina paga*).

Tal conclusión viene avalada porque no se tiene en cuenta el impacto ambiental en que incurren los sujetos gravados por el impuesto en la regulación de éste. A juicio del Tribunal lo verdaderamente gravado es la mera titularidad de determinados tipos de instalaciones lo que prohíbe el art. 6.3 LOFCA en la medida en que se produce la identidad en el objeto de gravamen entre el Impuesto sobre Bienes Inmuebles que corresponde a las Haciendas Locales y el Impuesto aprobado por la ley balear.

De esta conclusión disienten los magistrados García Manzano, González Campos y Casas Baamonde en tanto que consideran que no se produce por tanto, una coincidencia en las materias imponibles de uno y otro tributo. Además no se producía una minoración de los ingresos de las Corporaciones Locales.

F) Condiciones básicas de igualdad de todos los ciudadanos (art. 149.1.1 CE): la garantía de los derechos fundamentales faculta al Estado para que adopte todas las medidas normativas e institucionales necesarias

En la STC 290/2000, de 30 de noviembre, se enjuician diversos preceptos de la Ley Orgánica de Tratamiento Automatizado de Datos desde la perspectiva competencial. La Comunidad Autónoma recurrente había impugnado diversos preceptos de la citada ley por considerar que determinadas labores de ejecución en relación con la LORTAD debían considerarse instrumentales para el ejercicio de las competencias autonómicas. A partir de esta novedosa argumentación, la Comunidad Autónoma, consideraba que si en la materia, afectada por la ejecución de la LORTAD, la Comunidad Autónoma ostentaba competencias ejecutivas, tales labores no podían ser asumidas por el poder central.

El Tribunal recuerda que ha admitido el carácter instrumental de una actividad respecto a una materia objeto de un título competencial en virtud de la conexión entre ambas (v. gr. Actividad cartográfica y ordenación del territorio, STC 76/1984). Sin embargo, en este caso, la conexión no ha sido suficientemente justificada.

II. Justicia Constitucional

Sin embargo, el argumento clave utilizado por el Tribunal es que los recurrentes olvidan la función atribuida a los derechos fundamentales y en correspondencia la necesidad de que sean protegidos incluso en el ámbito del reparto competencial (art. 149.1.1 CE). Al considerar esta materia como instrumental respecto a otras materias se está desvirtuando cuál es el bien jurídico constitucionalmente relevante: la protección de los datos de carácter personal (FJ 11º). De este modo, los límites al uso de la informática han de ser idénticos en todo el territorio en virtud del art. 81 CE. Igualmente en virtud del art. 149.1.1, y pese a que su alcance es esencialmente normativo, cabe aceptar que las regulaciones estatales dictadas al amparo de este precepto también puedan contener una dimensión institucional, cuando sea imprescindible para garantizar la eficacia del derecho fundamental o la igualdad entre todos los españoles (FJ 14º). El art. 149.1.1, pues, faculta al Estado para adoptar garantías normativas y, en su caso, garantías institucionales.

G) Medio ambiente y ordenación del territorio: delimitación de competencias en los parques naturales

En la **STC 306/2000 de 12 de diciembre**, se enjuicia el Plan de Ordenación de Recursos Naturales (PORN) aprobado por el Gobierno para el Parque Nacional de los Picos de Europa. Los títulos competenciales alegados por las CCAA recurrentes son los de ordenación del territorio y desarrollo y ejecución en materia de protección del medio ambiente. Por parte del poder central el título competencial afectado es el de protección del medio ambiente contenido en el art. 149.1.23.

El Tribunal Constitucional recuerda su abundante jurisprudencia sobre el título estatal contenido en el art. 149.1.23. Así, destaca el carácter complejo del título relativo a medio ambiente que se muestra en su transversalidad. Por ello dentro de la materia debe incardinarse únicamente las *actividades encaminadas directamente a la preservación, conservación o mejora de los recursos naturales*. Por tanto, el citado título competencial habilita al Estado para proceder a un encuadramiento de una política global de protección ambiental habida cuenta del alcance nacional e internacional de esta materia y a la indispensable solidaridad colectiva (art. 45.2 CE). La legislación estatal no sólo cumple una función de uniformidad relativa, sino de *ordenación mediante mínimos* que han de ser respetados por las CCAA, pero que no impiden que éstas establezcan niveles de protección más amplios (FJ 6º).

El carácter transversal de la competencia para el establecimiento de la legislación básica sobre medio ambiente permite al Estado introducir un mandato de planificación de los recursos naturales incidiendo con ello sobre las competencias autonómicas de ordenación del territorio y de desarrollo y ejecución de la legislación ambiental asumidas por las CCAA. De lo expuesto se deduce que no corresponde al Estado la elaboración y aprobación de los PORN ya que el alto grado de detalle de este tipo de instrumentos no se compadece con el concepto de lo básico (FJ 7º).

Tras rechazar con carácter general que la supraterritorialidad no supone un criterio de atribución de competencias (FJ 8º) considera que el Estado mantiene las competencias referidas a la fijación de las Directrices para la Ordenación de los Recursos Naturales y a garantizar la coordinación de las medidas adoptadas para la declaración de un Espacio Natural Protegido cuya extensión rebase los límites de una Comunidad Autónoma.

Igualmente tampoco invaden competencia alguna los actos preparatorios de la creación de Parques Nacionales. En consecuencia, determinados aspectos del PORN son incluíbles en las competencias estatales por lo que no procede una declaración de inconstitucionalidad global del PORN, sino determinar qué aspectos deben ser declarados inconstitucionales y cuáles no (FJ 9º).

Los magistrados Jiménez de Parga, Mendizábal y Garrido Falla suscriben un voto particular en el que defienden la constitucionalidad del PORN por su singularidad y estrecha vinculación con las leyes declarativas de los parques nacionales, abonado, además, por el carácter supraautonómico de la zona afectada.

H) Conflicto de atribuciones: atribución para la declaración de urgencia de los proyectos de ley (art. 90.3 CE)

En la STC 234/2000, de 3 de octubre, se plantea un conflicto de atribuciones del que ya se ha dado noticia en el apartado anterior de esta crónica. Quizás lo más destacable de esta decisión es la triste actuación de la Mesa del Senado, provocando este conflicto, al contradecir de una forma tan clara el art. 90.3 CE que faculta al Gobierno, sin límites, para declarar la urgencia de un proyecto de ley.

El Tribunal Constitucional contesta a las alegaciones del Senado referidas a la presencia de límites temporales para la declaración de urgencia destacando que contra tal interpretación se yergue el tenor literal del propio art. 90.3 CE. Tampoco es deducible de un examen teleológico o finalista del precepto citado, puesto que su finalidad es hacer más rápido y ágil el procedimiento cuando aprecie esa necesidad el ejecutivo. Por último, la práctica parlamentaria muestra la presencia de numerosos precedentes parlamentarios en sentido contrario a la interpretación realizada por la mesa (FJ 12º). Igualmente rechaza los argumentos del Senado respecto a la autonomía de las cámaras, puesto que no puede dudarse de que la autonomía reglamentaria está limitada por las normas constitucionales, en este caso el art. 90.3 CE (FJ 13º), y respecto al libre ejercicio de la potestad legislativa en los términos del art. 66 CE porque las reducciones de los plazos para el debate senatorial es una consecuencia querida por el constituyente al redactar el art. 90.3. Además, concluye el Tribunal, la declaración de urgencia no elimina la potestad legislativa del Senado (FJ 14º). Declara por tanto la invasión de la atribución gubernamental por el acuerdo de la Mesa, aunque no declara su nulidad por ser innecesario una vez producida la caducidad del proyecto de ley por la disolución de las cámaras en 1996.

JAVIER GARCÍA ROCA

ISABEL PERELLÓ

PABLO SANTOLAYA

RAÚL CANOSA

ALFREDO ALLUÉ

RAFAEL BUSTOS

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

Humanos. A) Introducción. B) Tratos Inhumanos (art. 3). a) Varios supuestos de vulneración del Artículo 3 en el contexto de la lucha contra los Kurdos. b) Distinción entre tortura y tratos inhumanos y degradantes por razón de la intensidad. C) Ausencia de control judicial de la detención (art. 5.4). D) Inaplicación del artículo 6 a los procedimientos de extranjería. E) Limitación a la libertad de información en proceso judicial (art.10). F) Tratamiento discriminatorio en herencia por razón de nacimiento (art. 14). G) Derecho de propiedad del depuesto Rey de Grecia (art. 1, protocolo 1).

3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. A) Tutela judicial efectiva. a) El Tribunal de Cuentas como Juez ordinario predeterminado en la Ley. b) Acceso a los recursos y no aplicación del criterio de alternatividad en la presentación de escritos. c) La inexistencia de acción popular en el proceso militar no infringe el principio *pro actione*.

d) Apoderamiento de Letrado ante otro Tribunal: si es subsanable no ha de generar resolución *inaudita parte* pues produce indefensión. e) Procedimiento administrativo sancionador y notificación edictal. f) La negación de legitimación a la tutora de hija incapacitada para ejercer la acción de separación matrimonial vulnera el derecho de acceso a la justicia. g) La presencia de Procurador es requisito subsanable que no debe impedir el derecho al acceso de los recursos legalmente previstos. h) La tutela judicial no tiene para las personas jurídico-públicas el mismo alcance que para los ciudadanos.

i) La inadmisión del acceso a la jurisdicción por la incorrecta caracterización de los actos impugnados vulnera el principio *pro actione*. j) Inexistencia de indefinición en la formalización de recurso de casación. k) Derecho a la intangibilidad de resolución judicial firme. B) Igualdad. a) Esfuerzo físico como “criterio sospechoso” de discriminación por razón de sexo. b) La existencia de un derecho foral distinto al común obedece al ejercicio de libertad de configuración normativa y no vulnera el principio de igualdad.

C) Libertad personal. a) Habeas Corpus contra arrestos domiciliarios ordenados por mandos de la Guardia Civil (art. 17.4). b) Plazo máximo de detención preventiva (art. 17.2 y 4). c) Prórroga expresa de la prisión provisional mientras queden recursos pendientes contra la condena en la instancia (art.17.4). D) Derecho al honor. a) Menoscabo del prestigio profesional (art. 18.1). b) Libertad de información: determinación de expresiones insultantes [arts. 18.1 y 20.1.a) y d)]. E) Delimitación del concepto constitucional de domicilio: locales de hostelería y almacenes (art. 18.2). F) Libertad informática o Autodeterminación informativa: reserva de Ley en la fijación de los límites a su ejercicio (art.18.4). G) Derecho a la legalidad en la regulación de las sanciones tributarias (art. 25.1). H) Libertad sindical: reiteración de criterios jurisprudenciales.

4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. A) Derecho a la tutela judicial efectiva y legitimación. B) Derecho al honor, a la intimidad y libertad de información. C) Extranjería. a) Orden de expulsión y preferencia por razón de matrimonio en la obtención de permiso de residencia. b) Prueba de la condición de refugiado político. c) Permiso de residencia y matrimonio blanco. D) Derecho a la participación en asuntos públicos. E) Principio de publicidad de las actuaciones judiciales y libertad de información.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En esta crónica se analiza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada desde el 1 de octubre hasta el 31 de diciembre, la del Tribunal Constitucional publicada en el Boletín Oficial del Estado en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2000, desde la STC 167/2000, de 26 de junio, hasta la STC 312/2000, de 18 de septiembre y varias Sentencias de las Salas Primera y Tercera del Tribunal Supremo dictadas entre junio hasta noviembre de 2000.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Introducción

Entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre el TEDH ha dictado un total de 253 sentencias, de las que 56 consistieron en la aplicación del mecanismo de cancelación previsto en el artículo 37 del Convenio, y en 15 se apreciaron algún tipo de objeciones preliminares.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

De las Sentencias de fondo, y al igual que en trimestres anteriores, la mayor parte, 177 corresponde a vulneraciones del artículo 6.1 del Convenio en su aspecto de dilaciones indebidas. Son 14 los países condenados por este motivo, destacando una vez más Italia, con 130 condenas y Francia con 17. Vuelve a ser digno de mención el hecho de que no se haya producido todavía ninguna condena a España por este motivo. De las restantes conviene destacar las siguientes:

B) Tratos inhumanos (art. 3)

a) Varios supuestos de vulneración del artículo 3 en el contexto de la lucha contra los Kurdos

Una vulneración de los artículos 2, 3, 5, y 13 *Tas contra Turquía, de 14 de noviembre*, en el contexto de la lucha del Gobierno Turco contra los Kurdos que en gran medida reitera jurisprudencia ya sentada en supuestos similares, y que es preciso destacar desde la óptica del artículo 3, ya que vuelve a aplicar la doctrina establecida en el caso *Kurt contra Turquía, de 25 de mayo de 1998*, y considera que han existido tratos inhumanos y degradantes para un padre como consecuencia de la desaparición de su hijo.

Además de este hay otros tres supuestos de condena en este mismo contexto, *Satik y otros contra Turquía, de 10 de octubre de 2000*, *Büyükdag contra Turquía de 21 de diciembre* y *Bilgin c. Turquía, de 16 de noviembre*, destacando en especial este último, que considera que la destrucción de su casa y campos de cultivo del recurrente, que le obligan a abandonar la región han producido al recurrente sufrimientos de la suficiente gravedad para poder ser considerados malos tratos en el sentido del artículo 3 de la Convención, además de una vulneración del artículo 8, y del 1 del protocolo 1º en cuanto interferencia injustificada en el derecho del recurrente a una vida privada y familiar y al disfrute pacífico de sus posesiones.

b) Distinción entre tortura y tratos inhumanos y degradantes por razón de la intensidad

Egmez contra Chipre, de 21 de diciembre de 2000, un supuesto de malos tratos policiales en el que se desarrolla una interesante distinción –por su gravedad– considerando que en el caso concreto no ha existido tortura, pero sí tratos inhumanos y degradantes, con vulneración del artículo 3.

C) Ausencia de control judicial de la detención en investigación antiterrorista (art. 5.4)

Dos supuestos idénticos de vulneración del artículo 5.4 derivadas de la falta de control judicial de las condiciones de la detención de sospechosos de haber participado en un atentado terrorista, porque su detención no fue controlada judicialmente durante un período de 32 días *G.B. contra Suiza y M.B. contra Suiza, de 30 de noviembre de 2000*.

D) Inaplicación del artículo 6 a los procedimientos de extranjería

Sin duda una de las sentencias más relevantes del período es el asunto **Maaquia contra Francia, de 5 de octubre de 2000**, en el que por primera vez la Corte se pronuncia sobre la aplicación del artículo 6 a los procedimientos de extranjería haciendo suya la doctrina de la Comisión que negaba tal aplicación. El supuesto concreto son las dilaciones indebidas en la duración de un procedimiento de expulsión y prohibición de entrada en territorio francés, y la Corte considera que ese tipo de procedimiento ni es un litigio de carácter civil ni una acusación en materia penal, por lo que no se puede entender comprendidos los procedimientos de expulsión de extranjeros entre los cubiertos por las garantías del artículo 6, interpretación que se apoya además en el hecho de que el artículo 1 del Protocolo 7º (que aún no ha entrado en vigor) es el que contiene las garantías procedimentales aplicables en caso de expulsión, lo que a juicio de la Corte supone que los Estados han expresado claramente su voluntad de no incluir estos procedimientos en el campo de aplicación del 6.1.

E) Limitación a la libertad de información en proceso judicial (artículo 10)

En el asunto **Du Roy y Malaurie contra Francia, de 3 de octubre de 2000**, la Corte revisa, desde el punto de vista del art. 8 del Convenio, una sanción económica de 3.000 francos impuesta a una publicación que había informado sobre la apertura de un procedimiento penal contra los responsables de una empresa pública, instada por sus nuevos gestores, vulnerando una expresa prohibición legal que impide de manera absoluta cualquier información sobre este tipo de procesos hasta su admisión judicial. Siguiendo su línea jurisprudencial habitual en este tipo de asuntos, la Corte considera que la condena de los periodistas no es un medio razonablemente proporcionado a la finalidad perseguida, y que ha existido vulneración del artículo 10.

F) Tratamiento discriminatorio en la herencia por razón de nacimiento (artículo 14)

En **Camp y Bourini contra Holanda, de 3 de octubre de 2000**, la Corte considera contrario al artículo 14 en relación con el 8 una situación en la que una niña (póstuma) no puede heredar de su padre porque no obtuvo el reconocimiento de su relación familiar hasta la carta de legitimación, lo que supone una diferencia de trato injustificada con relación a los hijos nacidos en el matrimonio y a los reconocidos.

G) Derecho de propiedad del antiguo Rey de Grecia (artículo 1, protocolo 1)

El caso si no jurídicamente al menos socialmente más relevante del período es sin duda la Sentencia **El depuesto Rey de Grecia y otros contra Grecia, de 23 de noviembre de 2000**.

El trasfondo histórico del caso es que el depuesto Rey Constantino de Grecia, tras una primera colaboración con la dictadura de los Coroneles, abandona su país en 1973, fecha en la que se suprime la monarquía y confisca sus propiedades, estableciendo como com-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

pensación una determinada cantidad económica que no fue entregada. Restablecida la democracia, se celebró un referéndum el 8 de diciembre de 1974 en el que se instauró la República. En 1988 se alcanza un acuerdo de principios entre el depuesto Rey y el Gobierno relativo a las propiedades de la familia real que nunca fue ejecutado. En 1992 se llega, con el gobierno conservador, a un nuevo acuerdo indemnizatorio, que incluye la donación de determinadas tierras, el pago de impuestos y la renuncia a acciones judiciales, acuerdo que es anulado por una Ley de 1994 tras la recuperación del poder por los socialistas.

El depuesto Rey alega que se ha vulnerado el art. 1 del protocolo 1 (derecho de propiedad), y el primer problema que se plantea es si existe propiedad en el sentido del art. 1, ya que el Gobierno considera que se trata de una serie de bienes unidos a la institución de la Jefatura del Estado, por lo que no hay privación de propiedad alguna. La Corte no comparte la opinión del Gobierno de que los miembros de la familia real no tenían ninguna propiedad privada en Grecia, señala que al menos parte de sus propiedades habían sido adquiridas por la familia con fondos privados y transmitidas como tales, sobre las que incluso se pagaban impuestos entre 1973 y 1994, actos todos ellos que implican la propiedad, por lo que es de aplicación el art. 1 del protocolo. Realizando a continuación un inventario de bienes que tienen ese carácter.

Admitiendo que ha habido una interferencia en ese derecho de propiedad, y que su privación se ha producido en las condiciones previstas por la ley, el punto central de su análisis es la proporcionalidad de la medida de privación y su contraste con el interés general, y contrasta que en este caso la ley no prevé ningún tipo de compensación, lo que si bien por sí mismo no la convierte en contraria a la Convención (ver a contrario Papamichalopoulos y otros contra Grecia de 31 de octubre de 1995), hace preciso analizar si el expropiado ha sufrido una carga excesiva y desproporcionada y la Corte considera que el Gobierno griego no ha dado una explicación convincente y objetiva para la ausencia de compensaciones por la expropiación, a pesar de admitir que circunstancias excepcionales pueden legitimar una medida de ese tipo... por lo que la falta de toda compensación por la privación de sus derechos rompe el adecuado balance entre la protección de la propiedad y los requerimientos del interés público, con violación del art. 1 del protocolo 1, si bien no se está en condiciones de determinar la cuantía de la indemnización a la que hubiera lugar, por lo que remite el asunto a un procedimiento posterior y delega en el Presidente de la Gran Cámara el poder para fijarla si es necesario.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Tutela judicial efectiva

a) Tutela judicial y reconocimiento del Tribunal de Cuentas como juez ordinario predeterminado por la Ley

La STC 215/2000, de 18 de septiembre, Sala Segunda, deniega recurso de amparo contra los Autos de la Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo del TS que declaran

inadmisible el recurso deducido contra la Sentencia del Tribunal de Cuentas que detectó irregularidades contables en el capítulo de gastos de representación de personal directivo de la Obra de Protección de Menores. Para el recurrente, la tutela judicial no ha de enfocarse en su vertiente de acceso a los recursos, sino la de la fiscalización por los órganos judiciales de una resolución dictada por un órgano no integrado en el Poder Judicial. El TC desestima la pretensión, pues el Tribunal de Cuentas es una jurisdicción, tal y como se expresa en el art. 136.2 CE, ya que “el constituyente ha querido que dicha institución, cuando actúe en el ejercicio de su tradicional función jurisdiccional de enjuiciamiento contable (...) queda sometida a las garantías que la Constitución establece. Esto es, las derivadas del art. 24 CE (...) de suerte que el ejercicio de la función jurisdiccional de enjuiciamiento contable por el Tribunal de Cuentas no es en sí mismo contrario al derecho fundamental de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues es la propia Constitución la que permite la atribución de funciones jurisdiccionales a dicho órgano” (FJ 6º). En su FJ 7º. b), el TC asevera “que el reconocimiento al Tribunal de Cuentas de una jurisdicción propia, como hace el art. 136 CE, no contradice lo establecido en el art. 117.3 CE, al tiempo que hace del mismo juez ordinario predeterminado por la ley. Esto último, justamente porque la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, como hemos expuesto ya en la citada STC 187/1998, lo configura en cuanto a su función de enjuiciamiento contable, único en su orden, abarcando su jurisdicción, que tiene el carácter de exclusiva y plena, todo el territorio nacional”.

b) Tutela judicial y acceso a los recursos: alternatividad en la realización de los trámites

La STC 260/2000, de 30 de octubre, Sala Primera, deniega el amparo interpuesto contra Autos de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS declarando desierto por extemporaneidad recurso de casación presentado en el Juzgado de guardia antes del último día de plazo. Reiterando la anterior jurisprudencia acerca del derecho a acceder a la justicia, el TC, en su FJ 3º, considera que la presentación de escritos en el Juzgado de guardia constituye una excepción flexibilizadora de la norma general sobre el lugar de presentación de los documentos. En este sentido, sólo es eficaz la presentación en el Juzgado de guardia cuando se presente el escrito de interposición el último día de plazo y en horas en que no se halle abierto el registro de entrada en el órgano destinatario (en este caso, el TS). Consecuentemente no puede tildarse de irrazonable la interpretación hecha en los Autos recurridos del art. 41.1 del Reglamento del Consejo General del Poder Judicial, “sin que por ello pueda aducir una pretendida infracción del derecho a la tutela judicial efectiva. Tanto más cuanto que este derecho no autoriza a convertir, a partir de lo dispuesto en una norma de rango reglamentario, una regla excepcional establecida en garantía de la plenitud de los plazos de que disponen las partes para el cumplimiento de los trámites procesales, en un criterio de alternatividad acerca del lugar de realización de dichos trámites” (FJ 5º).

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

c) La inexistencia de una acción popular en el proceso militar no vulnera el principio *pro actione*

En la STC 280/2000, de 27 de noviembre, Sala Segunda, se desestima amparo interpuesto por la Asociación de Información para la Defensa de los Soldados contra Auto de la Sala 5ª del TS que inadmite recurso de casación contra el dictado por el Tribunal Militar Tercero que deniega petición de personación en causa penal. Para el TC (FJ 2º) la referencia a la acción popular en el art. 125 CE abre a la ley un amplio espacio de configuración, siendo perfectamente adecuado a dicho precepto constitucional que en determinados procesos no exista tal acción, pues ésta sólo existe cuando la ley lo establece, sin que su existencia venga inexorablemente a un imperativo del derecho de tutela judicial efectiva, pues corresponden al ámbito de la legalidad ordinaria las cuestiones relativas a si en el marco del proceso penal militar, regido por las Leyes Orgánicas 4/1987 y 2/1989, tiene o no cabida dicha acción.

d) Apoderamiento de Letrado ante otro Tribunal. Si es subsanable no ha de generar resolución *inaudita parte* pues produce indefensión

La STC 285/2000, de 27 de noviembre, Sala Segunda, otorga amparo interpuesto contra Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León. El Juzgado de lo Social inadmitió la representación otorgada por la demandante en amparo al letrado por entender que su apoderamiento, otorgado por el Juzgado de lo Social de Barcelona, no era válido en virtud de lo dispuesto en el art. 281.3 LOPJ, que establece que la representación podrá conferirse mediante comparecencia ante el secretario del juzgado o tribunal que ha de conocer del asunto (Juzgado de lo Social núm. 3 de Valladolid). En consecuencia, se tuvo a la demandante de amparo por no comparecida, siendo dictada Sentencia recaída *inaudita parte*. El TC, en su FJ 4º, considera que “los órganos judiciales deben ponderar la entidad real de los defectos que advierten en los actos procesales de las partes en relación con el cierre del proceso y el acceso a la jurisdicción, guardando la debida proporcionalidad entre el defecto cometido y la sanción que debe acarrear y procurar siempre que sea posible su subsanación, al objeto de favorecer la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para garantizar la efectividad de la tutela judicial (...) si el órgano judicial no hace posible la subsanación del defecto procesal que pudiera considerarse como subsanable o impone un rigor en las exigencias formales más allá de la finalidad a que las mismas responden, la resolución judicial que cierra la vía del proceso e impide el acceso al mismo será incompatible con la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva”.

e) Derecho a la defensa en el procedimiento administrativo sancionador: la notificación edictal no puede considerarse bastante a efectos de garantizar la defensa

En la STC 291/2000, de 30 de noviembre, Pleno (y en el mismo sentido las SSTC 307/2000 y 312/2000), se estima el amparo y, de acuerdo con el art. 55.2, elevan la cuestión de inconstitucionalidad del art. 61.2, párrafo segundo, de la Ley General Tributaria, en su redacción de la Ley 18/1991. El TC distingue entre la ausencia de notificación personal de liquidación de la administración tributaria que no tiene relevancia

constitucional, salvo que el acto impugnado tenga efectivamente naturaleza sancionadora en relación a la indefensión, y la falta de notificación personal en el inicio de la vía de apremio que sí puede tener relevancia constitucional cualquiera que sea la naturaleza del acto impugnado, ya que la ausencia de notificación ha podido impedir que el recurrente se opusiera al procedimiento de apremio recurriendo judicialmente los actos dictados en el mismo, lo que podría determinar una lesión del derecho de acceso a la tutela judicial, lo que ocurre en este caso (FFJJ 4º y 5º). En relación a la posible vulneración del art. 24.2 (derecho a la defensa) hay que analizar, como hemos dicho, si el recargo tiene naturaleza sancionadora y se haya impuesto sin las garantías procesales de contradicción y defensa, tal y como viene determinado en el art. 61.2 LGT (50 por ciento). Para el TC el recargo cumple una función indemnizatoria y de estímulo positivo que se excluye en su función un carácter sancionador, lo que permite resolver (FJ 13º) que la falta de notificación personal de la liquidación cuyo pago fue requerido a través del procedimiento enjuiciado impidió al recurrente su cumplimiento voluntario y con ello le privó de la posibilidad de defenderse contra una de las consecuencias que se derivan de dicho acto de contenido sancionador: su ejecución forzosa. Se acompaña **Voto Particular** concurrente del Magistrado Rafael Mendizábal Allende.

f) La negación de legitimación a la tutora de hija incapacitada para ejercer acciones de separación matrimonial vulnera el derecho al acceso a la justicia

La **STC 311/2000, de 18 de diciembre**, Sala Segunda, otorga el amparo a la recurrente, pues la negativa de legitimación de la madre o tutora de hija incapaz para el ejercicio de la acción de separación matrimonial de ésta, tal y como se determina en las Sentencias recurridas de la Audiencia Provincial de Oviedo –recaídas en apelación de las dictadas por el Juzgado de Primera Instancia de dicha localidad–, “determina de modo inexorable el cierre desproporcionado por su rigorismo, del acceso de interés legítimo de ésta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general del posible ejercicio de acciones, dado lo dispuesto en el art. 2 LEC, el ejercicio de la separación sólo puede verificarse por medio de su tutor, con lo que, si a éste se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia. Y puesto que ésta se ha producido en el presente caso, resulta claro que se ha producido en él la violación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)” (FJ 4º).

g) La presencia de Procurador es requisito subsanable que no debe impedir el derecho al acceso de los recursos legalmente previstos

En la **STC 221/2000, de 18 de septiembre**, Sala Primera, se estima el amparo del recurrente, al cual, mediante Auto, la Sala de lo Militar del TS declaró desierto el recurso de casación interpuesto por él al haber transcurrido el término del emplazamiento sin que hubiera comparecido, cuando se hallaba todavía pendiente de que se le notificare su designación por el turno de oficio del Colegio de Madrid, por lo que el plazo de personación se encontraba en suspenso en tanto no se proveyera su solicitud. El TC, en su FJ 2º, considera que “el derecho a asistencia letrada incluye el haz de garantías que inte-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

gran el derecho a un juicio justo, garantías que cobran proyección especial en el proceso penal. Cuando la ley exige representación por Procurador, aunque este requisito no sea de idéntica naturaleza a la exigencia de dirección letrada, tiende como ésta a garantizar la corrección técnica de los actos procesales (...) Ahora bien, tanto la presencia del Procurador como la del Letrado son requisitos de cumplimiento subsanable y sólo cuando no hayan sido subsanados tras haberse dado a la parte la oportunidad para ello podrán servir como motivos de inadmisibilidad sin lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva”, lo que no ocurre en este caso.

h) El derecho a la tutela judicial no tiene para las personas jurídico-públicas el mismo alcance que para los ciudadanos

La STC 237/2000, de 16 de octubre, Sala Segunda, desestima amparo promovido por la Junta de Andalucía contra Sentencia de la Sala de lo Social del TS estimatoria del recurso de casación para unificación de la doctrina y revocadora de la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía. Para la Administración Autonómica, la Sentencia impugnada inaplicó de manera explícitamente consciente una ley andaluza por entender que prevalecía la norma estatal, lo que a su juicio significa una selección arbitraria e irracional de la norma aplicable, desconocimiento del deber inexcusable de resolver atendiendo al sistema de fuentes establecido. Para el TC, en su FJ 3º, no resulta atendible la pretendida lesión del art. 24.1, ya que para el citado precepto constitucional no tiene el mismo alcance para las personas jurídico-públicas que para los ciudadanos, “dado que únicamente tiene en relación con aquéllas una dimensión procesal (...) el de ostentar facultades inherentes a la condición de parte en el proceso”. En este caso no hay relevancia constitucional “al no constituir una indefensión procesal susceptible de vulnerar los únicos derechos fundamentales que se deducen del art. 24.1 CE sin perjuicio que en el curso de su defensa la administración tenga el derecho fundamental a no sufrir indefensión y a que, consiguientemente, sean respetados sus derechos estrictamente procesales.

i) La inadmisión del acceso a la jurisdicción por incorrecta caracterización de la naturaleza de los actos impugnados vulnera el principio *pro actione*

La STC 259/2000, de 30 de octubre, Sala Primera, otorga un amparo a miembros expulsados de un club deportivo a los cuales se les había negado la demanda civil por no haber agotado los recursos en vía disciplinaria de la federación deportiva a la cual estaba adscrita dicha asociación deportiva así como de la Comunidad Autónoma Balear, siendo estos recursos, según el Auto impugnado, de preceptiva utilización. Para el TC es improcedente la vía disciplinaria deportiva, ya que ésta se vincula a las competiciones, reglas de juego y normas de conducta deportiva, ámbito ajeno al de las relaciones entre Club y sus socios, que son de índole no deportiva. No se aprecia, por lo tanto, existencia de fundamento alguno en la sanción disciplinaria impuesta por la Junta Directiva del Club que puedan ser consideradas sanciones de naturaleza deportiva, luego hay una incorrecta perjuicio material resultante del accidente.

j) No es exigible el preceptivo examen de las actuaciones para la formalización del recurso de casación en el orden contencioso-administrativo, desde la perspectiva de las exigencias derivadas del artículo 24.1 CE

En la **STC 277/2000**, de 27 de noviembre, Sala Segunda, se desestima recurso de amparo. En este supuesto, el recurrente alegaba indefensión por no haber sido admitida la petición de conocimiento de los autos y ampliación del plazo de formalización del recurso por la imposibilidad del Letrado de instruirse en el proceso en el plazo que la ley concede, principalmente por tres motivos: el extravío de los autos en el propio TS durante un año, el cambio de Letrado defensor y lo voluminoso de las concretas actuaciones procesales. Para el TC, el extravío de los autos es de nula trascendencia si antes no se despeja la cuestión relativa a la necesidad de examen de los mismos. Para el Alto Tribunal (FJ 4º), no hay previsión legal al respecto (LJCA de 1956 y actual redacción de 1998) por lo que no parece tratarse especialmente de una omisión inadvertida, sino un trámite que la ley especialmente no prevé como necesario para tal fase del proceso; por lo que la interpretación del órgano judicial no puede considerarse irrazonable, arbitraria o carente de sentido.

k) Derecho a la intangibilidad de resolución judicial firme

En la **STC 286/2000**, de 27 de noviembre, Sala Segunda, se otorga un amparo contra un Auto dictado en aclaración por la Audiencia Provincial de Lugo el cual modifica sustancialmente un fallo (en concreto, modificación en un 75 por ciento de la cuantía de indemnización a la viuda de una fallecido en accidente de tráfico) y causando indefensión. El TC reitera su doctrina en el FJ 2º al considerar que “la figura de la aclaración queda necesariamente sujeta a una interpretación restrictiva y, en todo caso, debe distinguir entre lo que sea salvar un mero desajuste o contradicción patente, al margen de todo juicio de valor o apreciación jurídica, entre la fundamentación jurídica y el fallo de la resolución judicial; lo que no ha ocurrido en este caso, pues se ha fallado nuevamente sobre el fondo, pero al margen de toda previsión legal, de conformidad con el resultado de una nueva valoración del perjuicio material resultante del accidente.

B) Igualdad

a) El esfuerzo físico como “criterio sospechoso” de discriminación por razón de sexo (artículo 14)

STC 250/2000, de 30 de octubre, Sala Segunda. Recurso de amparo interpuesto contra resoluciones judiciales que no consideraron el carácter pretendidamente discriminatorio de las tablas salariales correspondientes a las categorías de “marcadoras, triadoras y encajadoras” en relación con las de “cargadores, descargadores y apiladores”. La tacha clave consiste en la utilización del esfuerzo físico como criterio diferencial del valor atribuido a unos y otros trabajos, lo que a juicio del sindicato recurrente en amparo sería discriminatorio.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

El TC aplica su doctrina consolidada acerca del “carácter sospechoso” del factor del esfuerzo físico como criterio único de valoración por lo que tiene de cualidad predominantemente masculina, lo que presupone, en principio, que no es criterio neutral e implica una ventaja injustificada. Sin embargo, puede ser legítimo el uso de este criterio con dos condiciones: primera, que no sea el único empleado para valorar los puestos de trabajo, y, segunda, que se haya justificado convincentemente la funcionalidad atribuida al esfuerzo físico en los distintos puestos. En el caso planteado se dan estas dos condiciones apreciadas por la jurisdicción ordinaria; ello supone que las diferencias apuntadas entre las tablas salariales no conllevan discriminación por razón de sexo.

El extenso Voto particular, sin discrepar del fallo, entiende que la sentencia aplica con cierto automatismo la doctrina jurisprudencial sin reparar en las circunstancias del caso. Resalta que algunos trabajos elementales requieren del esfuerzo físico, convertido entonces, con toda naturalidad, en criterio de su valoración principal.

b) La existencia de un derecho foral distinto al común obedece al ejercicio de libertad de configuración normativa y no vulnera el principio de igualdad

La **STC 326/2000, de 16 de octubre**, Sala Segunda, deniega un amparo contra Sentencias del TSJ de Navarra recaídas en casación foral contra la dictada por la Audiencia Provincial sobre juicio de declaración de paternidad o maternidad no matrimonial, a diferencia en aplicación del Código Civil, donde sí estaría legitimado. El TC, en su FJ 4º, no reconoce en este tipo el proceso de amparo, ya que no es ésta la vía adecuada para la impugnación directa de leyes y, sobre todo, “porque, en definitiva, no estamos ante supuestos sustancialmente idénticos sino, como se ha dicho, ante realidades históricas y legislativas plurales y diferenciadas que han encontrado apoyo, en todo caso, en la vigente Constitución, la cual justifica la posibilidad de que exista en esta materia un tratamiento específico, aunque sea como aquí, más restrictivo”.

c) Libertad personal

a) Habeas Corpus contra arrestos domiciliarios ordenados por mandos de la Guardia Civil (artículo 17.4)

Tres Sentencias (la **STC 253/2000, de 30 de octubre**, Sala Segunda, y las **SSTC 263/2000, de 30 de octubre**, y **287/2000, de 27 de noviembre**, ambas de la Sala Primera) otorgan el amparo en recursos presentados por inadmisión de *habeas corpus* solicitados por personas efectivamente privadas de libertad. Se trata de arrestos domiciliarios ordenados por mandos de la Guardia Civil. En los tres casos se aplica la doctrina sentada en las **SSTC 208/2000 y 209/2000**, ambas de 24 de julio. Se recuerda que el *habeas corpus* es una garantía adicional, única y específica y que, como tal, el juez no puede en el auto de inadmisión anticipar el fondo del proceso sin permitir al solicitante del *habeas corpus* formular alegaciones y proponer medios de prueba. En los supuestos enjuiciados los jueces no ejercitaron de manera eficaz el control de la privación de libertad desconociendo la naturaleza y función constitucional de este proceso.

b) Plazo máximo de la detención preventiva (artículo 17.2 y 4)

A diferencia de los casos anteriores en los que el TC no se pronuncia sobre la legitimidad de la privación de libertad al haber todavía recursos contra las resoluciones administrativas que las ordenaban, en el supuesto ventilado en la **STC 288/2000, de 27 de noviembre**, Sala Segunda, el TC da por agotada la vía judicial y entra a valorar la legitimidad de la privación de libertad.

Sobre el fondo, considera el TC que la detención del menor por un presunto robo de teléfonos móviles, aun en la hipótesis de que la detención hubiera sido plenamente lícita en su origen, habría devenido contraria al art. 17.2 CE por haberse superado el límite relativo previsto en dicho precepto. El TC recuerda su distinción entre límite absoluto (las setenta y dos horas) y el límite relativo (el “tiempo estrictamente necesario para hacer las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos”), ambos recogidos en el art. 17.2 CE. Se habría superado el segundo y lesionado, pues, el derecho.

Pero también se vulneró el art. 17.4 CE cuando el juez inadmitió la solicitud de *habeas corpus*, como en los casos de las sentencias antes comentadas, entrando en el fondo en el auto de inadmisión.

c) Prórroga expresa de la prisión provisional mientras quedan recursos pendientes contra la condena en instancia (artículo 17.4)

En dos breves sentencias, **STC 231/2000, de 2 de octubre**, Sala Segunda, y **STC 272/2000, de 13 de noviembre**, Sala Primera, el TC reitera con energía su conocida jurisprudencia según la cual el plazo máximo de dos años para la prisión provisional (previsto en el art. 504.4 LECrim) requiere prórroga expresa mientras pendan recursos contra la condena en instancia. Es pues contraria al art. 17.4 CE la prolongación automática.

D) Derecho al honor**a) Honor y menoscabo del prestigio profesional (artículo 18.1)**

En la **STC 282/2000, de 27 de noviembre**, Sala Primera, se desestima la alegada lesión del derecho al honor de un despedido de su trabajo por la difusión, entre los empleados, de una circular donde la empresa explicaba los hechos, las razones del despido y su valoración de lo acontecido y de la conducta del despedido. Según el recurrente, su prestigio profesional fue menoscabado por esa circular. El TC recuerda su doctrina según la cual el prestigio profesional queda inscrito en el contenido constitucional del honor, pero matiza que no toda crítica de la actividad profesional de una persona es atentatoria contra su honor sino sólo cuando se usen para ello “expresiones formalmente insultantes o injuriosas”. No hay este tipo de expresiones en la controvertida circular empresarial. Por otra

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

parte, el que la jurisdicción social declarase el despido improcedente, al no considerar probada intención perjudicial para la empresa en el comportamiento del despedido, en nada altera el contexto donde se produce el enjuiciamiento constitucional, pues éste no depende del resultado del litigio laboral. Se desestima el amparo.

b) Honor y libertad de información: expresiones insultantes

En su **STC 297/2000, de 11 de diciembre**, Sala Segunda, el TC recuerda su reiterada jurisprudencia a propósito de este ya clásico conflicto entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor. En este caso los hechos eran relevantes y fueron comprobados con la diligencia debida, y el personaje del que se informaba era público. Acerca de las expresiones que acompañaban la narración de los hechos en el artículo controvertido el TC recuerda que:

“Así hemos estimado constitucionalmente ilícitos los apelativos o las frases formalmente injuriosas o las frases de descalificación personal en supuestos en que resultaban innecesarios para la labor informativa, esto es, en casos en los que no resultaban meras repeticiones abreviadas de los hechos declarados veraces sino que añadían un plus lesivo del honor” (FJ 10º)

“En este caso las expresiones utilizadas no son sino interpretaciones de los hechos declarados veraces, carentes de sustantividad que pudiera, más allá de la imputación de los hechos realizada, vulnerar el derecho al honor” (FJ 10º). Se estima el amparo.

E) Inviolabilidad de domicilio. Delimitación del concepto constitucional de domicilio. Locales de hostelería y almacenes (artículo 18.2)

STC 283/2000, de 27 de noviembre, Sala Primera. Aunque el art. 87.2 LOPJ no se refiere sólo a la entrada en domicilio sino, también, a los restantes edificios o lugares de acceso dependientes del consentimiento de sus titulares, en este caso la clausura de un local de hostelería y de un almacén anejo no constituye lesión de la inviolabilidad de domicilio, pues nada ha alegado el recurrente que acredite que ambos locales formasen parte de su ámbito espacial de vida íntima o familiar. El propio recurrente se refiere a ellos como “locales”, “bar” o “almacén”, existiendo, pues, la presunción de que no son domicilios en el sentido expresado y protegido por el art. 18.2 CE.

F) Autodeterminación informativa: reserva de ley en la fijación de límites a su ejercicio (artículo 18.4)

Dos Sentencias del Pleno se ocupan de la libertad informática o derecho a la autodeterminación informativa. La primera de ellas, la **STC 290/2000, de 30 de noviembre**, se pronuncia sobre controversias competenciales, toda vez que sobre los aspectos sustantivos se produjo una pérdida sobrevenida del objeto del recurso, al quedar derogada la norma impugnada, la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Informatizado de Datos Personales (LORTAD). Hay que destacar, empero, que la senten-

cia mantiene la autonomía de la libertad informática fundada en el art. 18.4 CE. El Voto Particular del Magistrado Jiménez de Parga, respaldado por el Magistrado Mendizábal Allende, sin discrepar del fallo, entiende que el art. 18.4 CE no es soporte normativo suficiente para basar en él un derecho autónomo sino que la libertad informática se sustenta, también, en otros preceptos constitucionales y, fundamentalmente, en el art. 10.1, abriéndose así la puerta a la creación jurisprudencial del nuevo derecho.

Es en la **STC 292/2000, de 30 de noviembre**, donde se abordan de lleno infracciones del contenido del derecho, al resolver el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo contra varios incisos de los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD). El TC acoge por entero las pretensiones del recurrente y anula los incisos impugnados junto a otros en conexión con ellos.

El TC parte de su doctrina, asentada ya en varias sentencias anteriores, según la cual el art. 18.4 CE contiene un instrumento de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y al pleno disfrute de los derechos (sean o no constitucionales) y además es en sí mismo un derecho fundamental, la libertad informática. Derecho distinto, de radio más amplio, que el derecho a la intimidad, pues protege no sólo los datos íntimos de la persona sino cualquier dato personal, íntimo o no, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a los derechos del titular.

El contenido de este derecho consiste en un poder de disposición o de control sobre los datos personales que se descompone en un haz de facultades concretas. Pero como los demás derechos, el de autodeterminación informativa no carece de límites, pero éstos no pueden imponerse sino mediante la ley y deben justificarse en otros derechos y bienes constitucionales, además de ser su imposición proporcional.

De conformidad con su doctrina, el TC aprecia en los artículos impugnados las tachas de inconstitucionalidad señaladas por el Defensor del Pueblo. Así, el art. 21.1 LOPD permitía que los datos personales fueran comunicados a otras Administraciones Públicas para el ejercicio de diferentes competencias “cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposiciones de superior rango que regulen su uso”. Se hace excepción del nuevo consentimiento que, en puridad, debería prestar el titular de los datos para su uso por la Administración receptora para otros fines distintos de los autorizados en el primer consentimiento. Esta limitación sólo sería legítima si se justificara en la atención de otros bienes de relevancia constitucional y viniera prevista en la ley. Sin embargo, el precepto impugnado permitía que una norma reglamentaria pudiera facultar esa cesión de datos personales entre Administraciones, imponiendo un límite al ejercicio de una de las facultades que componen el derecho (el consentimiento) al margen de la reserva de ley prevista en el art. 53.1 CE, pues únicamente se identifica la norma infralegal que puede hacerlo en lugar de la ley.

El inciso impugnado del art. 24.1 LOPD permitía la no aplicación de lo dispuesto en el art. 5 LOPD, apartado primero (que regula el derecho a ser informado de la existencia

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

del fichero, de la obligatoriedad o no de aportar los datos, de las consecuencias de la aportación o de la negativa, de la posibilidad de ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición y de la identidad y dirección del responsable del fichero) y apartado segundo (que impone la inclusión “claramente legible” de la información prevista en el apartado primero) habilitando a la Administración para restringir estos derechos fundamentales invocando las “funciones de control y verificación” si su ejercicio impidiese o dificultase gravemente el cumplimiento de tales funciones. Se apodera a la Administración Pública para fijar ella misma los límites que sólo la ley debería precisar. Tampoco son admisibles esas limitaciones cuando vienen amparadas en la persecución de las “infracciones administrativas” (art. 24.1 LOPD), pues resultan desproporcionadas.

El art. 24.2 LOPD abandona también a la decisión administrativa la fijación de límites permitiéndole denegar los derechos de acceso a los datos (art. 15.1 y 2 de la LOPD) y los de rectificación y cancelación (art. 16.1 LOPD) si “ponderados los intereses en presencia, resultase que los derechos que dichos preceptos conceden al afectado hubieran de ceder ante razones de interés público o ante intereses de terceros más dignos de protección”. Según el TC:

“Los motivos de limitación adolecen de tal grado de indeterminación que deja excesivo campo de maniobra a la discrecionalidad administrativa incompatible con las exigencias de la reserva legal en cuanto constituye una cesión en blanco del poder normativo” (FJ 18°).

Además se trata de límites:

“(…) cuya fijación y aplicación no viene prevista en la LOPD sino que se abandona a la entera discreción de la Administración Pública responsable del fichero en cuestión” (FJ 18°).

G) Derecho a la legalidad en la regulación de las sanciones tributarias (artículo 25.1)

La STC 276/2000, de 16 de noviembre, Pleno, resuelve cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas planteadas por el TSJ de Cataluña respecto del art. 61.2 de la Ley General Tributaria (LGT) que imponía un recargo del 50 por ciento para ingresos y auto-liquidaciones presentadas fuera de plazo. Considera el TC que no hay vulneración del derecho a la legalidad (art. 25.1 CE) aunque recuerda su constante doctrina según la cual este derecho se proyecta en el orden administrativo sancionador. Y aunque el art. 61.2 LGT no se halla en el capítulo de la ley dedicado a las sanciones, su ubicación es irrelevante si en la ley hay suficiente grado de certeza en la regulación de la conducta sancionable y en la tipificación de la sanción. Sin embargo, la norma impugnada vulnera el art. 24.2 CE al no reconocerse a los afectados la posibilidad de defensa. Se anula el precepto.

H) Libertad sindical: reiteración de diversos criterios jurisprudenciales (artículo 28.1)

Como recuerda la STC 224/2000, de 2 de octubre, Sala Segunda, la negociación colectiva forma parte del la libertad sindical, pero esto no excluye la configuración legal del derecho negocial restringiendo la legitimación para formar parte de las mesas de nego-

ciación. En el presente caso se ha aplicado el art. 31 de la Ley 9/1987 que fija los niveles de representatividad en los ámbitos estatal y autonómico. En el presente caso el sindicato recurrente no prueba haber solicitado formar parte de la mesa de negociación ni acredita reunir la representatividad exigida. Se deniega el amparo.

La **STC 257/2000, de 30 de octubre**, Sala Segunda, aprecia vulneración del derecho a la libertad sindical en la denegación a un sindicato de la participación, como coadyuvante, en un litigio por conducta antisindical suscitado por un trabajador. Es la dimensión colectiva del litigio suficiente motivo para justificar la presencia del sindicato que institucionalmente ostenta la representación y defensa de los intereses y derechos que la libertad sindical comprende.

La **STC 265/2000, de 13 de noviembre**, Sala Segunda, otorga el amparo por vulneración del derecho a la libertad sindical al haber denegado la Tesorería General de la Seguridad Social al recurrente un puesto de trabajo porque ostentaba la condición de “liberado sindical”. Se aplica la doctrina sentada en la STC 70/2000 (vid. núm. 8 de esta revista).

Por su parte, la **STC 269/2000, de 13 de noviembre**, Sala Primera, reitera lo dicho en la STC 132/2000 (vid. núm. 9 de esta revista) en el sentido de que no hay vulneración de la libertad sindical cuando no se mantiene un crédito horario unilateralmente reconocido por un anterior empresario cuando la retirada del beneficio ni incurre en discriminación ni tiene móvil antisindical.

Por último, la **STC 308/2000, de 18 de diciembre**, Sala Segunda, recuerda que para operar el desplazamiento de la carga de la prueba al demandado no basta con la mera invocación de la lesión del derecho, el actor ha de acreditar la existencia de indicios que generen la razonable sospecha de conducta antisindical. Pero en este caso ninguna de las circunstancias alegadas por el recurrente ni individualmente consideradas ni valoradas en su conjunto alcanzan la categoría de indicios racionales de una actitud discriminatoria de la empresa con el actor por su condición de representante sindical, más bien se justifica por la reducción de la plantilla en un taller.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Derecho a la tutela judicial efectiva y legitimación

STS de 23 de noviembre de 2000, Sala Tercera, Sección Séptima, Ponente Sr. Martín González.

Impugnación de la resolución del Acuerdo del Consejo de Ministros que acuerda autorizar la venta por concierto directo con la Sociedad Prisa del 25 por ciento del capital social de la Sociedad Española de Radiodifusión. Aplicación de un concepto amplio de legitimación al identificarlo con la existencia de interés legítimo lo que lleva a reconocer al demandante un cierto grado de interés legítimo en la medida que la declaración de nuli-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

dad de las enajenaciones que solicita pudiera dar lugar a la convocatoria del concurso que postula, y su intervención en el mismo. Tampoco se aprecia la lesión del derecho a la igualdad ni del derecho a la libertad de expresión.

B) Derecho al honor, a la intimidad y libertad de información

La Sala Primera ha dictado en el período examinado diversas Sentencias en las que resuelve conflictos entre el derecho a la información, por un lado y al honor y a la intimidad personal en el otro lado. Entre las más relevantes, por cuanto tiene su origen en un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, STC 115/2000, que corrigió la ponderación realizada por el TS, es la **STS de 20 de julio de 2000**, Ponente Sr. Sierra Gil de la Cuesta. Esta resolución trae su origen de una anterior STS de 1996, en la que la Sala no apreció la existencia de vulneración del derecho a la intimidad de D^a Isabel Preysler por un reportaje publicado en una revista del corazón en la que una empleada del hogar relataba ciertos aspectos de su vida privada. El TC considera que la valoración de los derechos en conflicto efectuada por el Tribunal Supremo es incorrecta, ya que prevalecía el derecho a la intimidad sobre el de información, de manera que otorga el amparo solicitado y anula la Sentencia del TS. La Sala Primera, en virtud de lo dispuesto en el art 5.1 LOPJ, dicta la Sentencia que se reseña proclamando la lesión del derecho a la intimidad, y señala que la responsabilidad pecuniaria derivada de tal lesión constitucional está determinada por la gravedad atentatoria de dicho ataque, así como por la difusión de la noticia y las ventajas económicas obtenidas con ella. Al estimar insignificantes las frases publicadas, dada la enorme proyección pública de la afectada, valora el daño moral producido en 25.000 pesetas. Frente a esta Sentencia doña Isabel Preysler plantea ante el TC un incidente de ejecución de su Sentencia 115/2000 y, subsidiariamente, un recurso de amparo, por estimar que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha ignorado el contenido de la Sentencia constitucional y las consecuencias que se siguen por la lesión del derecho a la intimidad declarada por el TC. El asunto está actualmente pendiente de decisión sobre la admisión.

La **STS de 26 de julio de 2000**, del mismo Ponente, aborda otro conflicto entre los derechos a la información y al honor, y lo resuelve aplicando la doctrina del **reportaje neutral**. La noticia publicada en el año 1993 en el diario El Mundo consistía en un organigrama organizativo de la entidad terrorista ETA, que situaba al recurrente, un sacerdote del País Vasco, en el aparato económico del mismo. La Sala considera que no existió vulneración constitucional imputable al periódico por cuanto se limitó a reproducir el informe gráfico tal y como lo había publicado con anterioridad su fuente de información, el Diario ABC, sin añadir comentarios ni valoración alguna, información que fue contrastada con la citada noticia de ABC, publicación contra la que no reaccionó el demandante. En la **STS de 19 de septiembre de 2000**, la Sala examina un caso de información inveraz, consistente en la publicación de una noticia sobre el supuesto acoso sexual del demandante, un guardia de seguridad, sobre una monitora de natación, TS sostiene que el redactor de la noticia opta por la interpretación periodística más atractiva, sin contrastar la información con la propia interesada que hubiera sido la forma más razonable en el ejercicio de un periodismo serio y responsable, sobre todo si se toma en consideración que, en el caso contemplado, la búsqueda de la verdad no resultaba com-

pleja o difícil. Si el informador quiere situarse bajo la protección del art 20.1.d) —sostiene el TS—, tiene el deber de comprobar la veracidad de los hechos mediante las oportunas averiguaciones y empleando la **diligencia exigible en un profesional**, siendo evidente, por lo demás, el daño causado al recurrente por suponer un menoscabo en su estimación como persona. Otros supuestos de colisión de los derechos al honor y a la libertad de información son los examinados y resueltos en las **SSTS de 13 de octubre de 2000**, Ponentes Sres. Marín Castán y Martínez-Pereda. En la primera, se enjuiciaba la publicación de un libro en cuya portada aparecía el demandante vestido de uniforme de Coronel de la Guardia Civil, en cuyo texto se le vinculaba con la dirección de una red mafiosa dedicada al narcotráfico, al contrabando y al proxenetismo, garantizando su impunidad a cambio de la colaboración con la lucha antiterrorista. El TS afirma que el objetivo primordial del libro era dar a conocer la implicación del recurrente con las actividades delictivas reprobables, dada la condición del demandante de mando de la Guardia Civil. El libro da por cierta tal información que implica al demandante en las actividades ilícitas, presentando fuentes cuya existencia no se ha demostrado y atribuyendo al informe Navajas un contenido no acreditado, lo que supone desbordar ampliamente el contenido constitucionalmente reconocido del derecho a transmitir información. En la segunda Sentencia, la noticia que se analizaba consistía en una información publicada en un periódico vasco en el que se manifestaba que se había adjudicado a los recurrentes la concesión de obras de reforma de un edificio municipal, por su pertenencia a un partido político y debido al “compincheo y favoritismo”, afirmando que los demandantes tenían todos los boletos del sorteo del contrato público. La Sala estima que con tales expresiones se estaba atacando y ofendiendo a los recurrentes, haciéndoles desmerecer en el aprecio público, en su ámbito profesional y social, y tales hechos difundidos presentaban una carga claramente desvalorativa para los mismos a diferencia de la anterior, en la **STS de 18 de octubre de 2000**, Ponente Sr. Sierra Gil de la Cuesta, la Sala otorga primacía al derecho de información sobre el del honor del demandante en este caso, se trataba de una información publicada por un diario regional de que un Ayuntamiento iba a presentar una querrela contra el Fiscal por las presuntas amenazas a miembros de la Corporación Municipal vertidas en relación con la paralización de unas obras en que podía tener interés. El TS considera que el periodista que hizo el reportaje en cuestión se limitó a publicar una noticia contrastada, incluso citando la fuente de procedencia, noticia que, además, estima de interés general desde el enfoque de un Municipio de mediana entidad y que afecta a personalidades públicas, como funcionarios, autoridades y profesionales que desarrollan su actividad en tal demarcación. En definitiva, existió transmisión de información veraz relativa a asuntos de interés general o de relevancia pública que afectaba a concretas personalidades. Finalmente, cabe destacar la **STS de 25 de octubre de 2000**, Ponente Sr. Martínez-Pereda, esta vez, sobre el derecho a la propia imagen en una discutible ponderación, el TS considera que no existió vulneración de este derecho por la toma de fotografías en la vía pública de una funcionaria de la policía local que había participado en diferentes concursos de belleza. La Sala considera que no existió lesión del derecho al valorar tanto la veracidad de la información como el interés de la noticia, y concluye que se trata de una información protegida por referirse a persona que ejerce o desempeña cargo público o una profesión con notorie-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

dad o proyección pública y por cuanto las imágenes fueron captadas durante el desarrollo de diferentes actos públicos.

C) Extranjeros

a) Expulsión y preferencia del permiso de residencia por razón de matrimonio

STS de 1 de julio de 2000, Sala Tercera, Sección Sexta, Ponente Sr. Peces Morate. El TS anula una Orden de expulsión de territorio nacional a extranjera con prohibición de entrada durante tres años, a pesar de estar casada con ciudadano español. El TS considera que la Sala de instancia debió comprobar si se concedió a la recurrente la posibilidad de obtener permiso de residencia y si se respetó por la Administración demandada la preferencia para la obtención del permiso de residencia. Al no hacerlo así, infringió el RD 1119/1986 que recoge el principio constitucional de protección de la familia.

b) Reconocimiento de la condición de refugiado político, carga de la prueba e indicios

STS de 1 de junio de 2000, Sala Tercera, Sección Séptima, Ponente Sr. Trillo Torres. Solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado político alegando que el recurrente se vio obligado a abandonar el Senegal por causa de las constantes violaciones de los derechos humanos y la situación de enfrentamientos internos en tal estado, cuya existencia, se afirma, es notoria. El TS recuerda su doctrina consolidada en el sentido de que existe una atenuación de la carga de la prueba en aquellos supuestos en que no puede exigirse una prueba acabada o plena de los hechos en que se basa la petición, sino que basta con la acreditación de indicios suficientes o elementos de juicio de los que poder articular una presunción lógica acerca de la realidad de la situación que se examina, sin que sea bastante la mera alegación de simples sospechas sobre la situación social o económica del país de origen.

c) Permiso de residencia y matrimonio en blanco

STS de 3 de octubre de 2000, Sala Tercera, Sección Sexta, Ponente Sr. Mateos García. Denegación de tarjeta de residencia solicitada por la recurrente, súbdita brasileña, con fundamento en el matrimonio celebrado con ciudadano español. El TS desestima el recurso contencioso al comprobar, a través de informaciones policiales, que el matrimonio era de los denominados “en blanco”, ya que se celebró a los únicos y exclusivos efectos de obtener la residencia en España, toda vez que no existió convivencia del matrimonio y el esposo tenía su domicilio en una localidad donde nunca residió aquélla, existiendo, pues, una separación de hecho.

D) Derecho a participar en los asuntos públicos

STS de 25 de septiembre de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, Ponente Sr. Trujillo Marey. Un Sindicato de Regantes solicita a la Administración el reconocimiento del derecho de los usuarios de las aguas trasvasadas a estar representados ante la Comisión central de explotación del Acueducto Tajo-Segura, solicitud basada en el principio de parti-

cipación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social con apoyo en los arts. 9 y 105 CE y en la Ley de Aguas. El TS estima el recurso formulado por el Abogado del Estado contra la Sentencia estimatoria dictada por la Audiencia Nacional, al considerar que el invocado principio de participación se encuentra suficientemente satisfecho en la Comisión Central a través de la representación asumida por los Organismos de cuenca, si se tiene en cuenta tanto la finalidad como la composición de los órganos de Gestión.

E) Principio de publicidad de las actuaciones judiciales y libertad de información

STS de 15 de noviembre de 2000, Sala Tercera, Sección Séptima, Ponente Sr. Martín González. Legalidad del Acuerdo del Pleno del CGPJ que desestima los recursos contra el Acuerdo de la Sala de Gobierno que deniega la solicitud de acceso al interior de los edificios de la Audiencia Nacional de los profesionales de la información portando cámaras de captación de imágenes, sin perjuicio de las facultades de los Magistrados titulares para autorizar en cada caso el acceso a las Salas de Vistas. El TS considera que no existe vulneración del derecho a la libre información por cuanto se trata de una limitación concreta derivada de la necesidad prevalente de garantizar el fin constitucional de prestar una tutela judicial efectiva. Satisfecho suficientemente en el acuerdo el derecho a la información de la prensa escrita, el debido cumplimiento por el Tribunal de sus ordinarias tareas específicas no aconseja extender la publicidad más allá de lo necesario para que cumpla su doble finalidad, esto es, proteger a las partes de una justicia sustraída al control público y mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos el principio de publicidad una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA

ISABEL PERELLÓ

RAÚL CANOSA

ALFREDO ALLUÉ

RAFAEL BUSTOS

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

1. Consideración preliminar. 2. Bases. A) La regulación básica puede ser modificada. B) La competencia sobre las bases puede abarcar el ejercicio de facultades de carácter ejecutivo sólo con carácter excepcional; la regulación básica no puede tener un grado de detalle que impida el desarrollo normativo por parte de la Comunidad Autónoma. C) En materia de medio ambiente las bases constituyen un mínimo que deben respetar las Comunidades Autónomas. D) Aplicación de la normativa básica estatal con carácter supletorio en defecto de normativa autonómica aplicable, con base en el art. 149.3 CE. E) Constitucionalidad de la regulación básica incluida en un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN), sin perjuicio de que la competencia para su aprobación sea autonómica. **3. Ley Orgánica: junto al desarrollo de las facultades que integran el derecho fundamental, la regulación de la dimensión institucional del mismo puede exigir la creación de un órgano o entidad al que la Ley Orgánica encomiende la ejecución de sus preceptos. 4. Ley ordinaria.** A) Reserva de Ley. a) En materia de autonomía universitaria: la Ley define el contenido de la autonomía universitaria. b) En materia de sanciones administrativas: no incluye la regulación de la prescripción; ni el *nomen iuris* empleado por la Administración o asignado por la Ley, ni la clara voluntad del legislador de excluir una medida del ámbito sancionador constituyen un dato decisivo para la aplicación del art. 25.1 CE; se admite una cierta colaboración del reglamento al integrar los tipos de infracción administrativa y señalar las correspondientes sanciones. c) En materia de estatuto de los funcionarios: la regulación de la edad para ingresar en el Cuerpo de Bomberos es materia reservada a la Ley; la determinación de los méritos específicos para la provisión mediante concurso de los puestos de trabajo reservados a funcionarios locales no constituye materia sometida a reserva de Ley. d) En materia de límites de los derechos fundamentales: la remisión a la Administración de la regulación de los límites del derecho fundamental a la protección de datos personales vulnera el contenido de este derecho fundamental; el restablecimiento de la regla *solve et repete*

como requisito para la admisión de recursos administrativos implica un límite al derecho a obtener la tutela judicial efectiva que debe ser regulado por Ley. B) Ley de Presupuestos autonómica: se aplican los mismos límites materiales que a la Ley de Presupuestos estatal. C) Procedimiento legislativo: competencia del Gobierno para declarar la urgencia del proyecto de Ley Orgánica sobre la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo a efectos de su tramitación en el Senado. D) Límites de la potestad legislativa. a) Vulneración del art. 33.3 CE: no se produce por la falta de referencia expresa a la indemnización expropiatoria ya que se entiende aplicable la normativa general sobre responsabilidad patrimonial. b) Vulneración del art. 24.1 CE: no se produce por el solo hecho de que una materia sea regulada por norma con rango legal y, por lo tanto, resulte jurisdiccionalmente inmune. c) La Constitución no establece ningún límite material a la potestad legislativa, por lo que la ley puede regular materias anteriormente reguladas por reglamento. E) Interpretación de la Ley: aplicación ponderada de los criterios establecidos por el art. 3.1 del Código Civil. F) Control de la constitucionalidad de la Ley: la derogación de una Ley no elimina la exigencia de resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la misma cuando se trata de una controversia competencial que también se plantea en relación con la Ley que la ha derogado. G) Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley: produce generalmente efectos *ex nunc*, no permitiendo revisar los actos firmes dictados al amparo de la misma, pero puede dar lugar a indemnización en virtud de “la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal en el ejercicio de la potestad legislativa”. **5. Reglamento.** A) Distinción acto-norma: los Planes Generales de Ordenación Urbana tienen naturaleza normativa; los Planes Hidrológicos de Cuenca tienen naturaleza normativa; el Decreto del Concejal-Presidente de la Junta Municipal por el que se concede licencia para actividad de colegio de EGB no tiene naturaleza normativa. B) Elaboración de disposiciones de carácter general. a) Concurrencia de estudios e informes previos que garanticen la legalidad, acierto y oportunidad de la elaboración de las disposiciones generales: la emisión de un anteproyecto de la norma impugnada presume la suficiencia de un informe emitido por el Asesor jurídico de la Consellería de Sanidad y otro del Secretario General Técnico para cumplir con este límite. b) Dictamen del Consejo de Estado: se limita a los reglamentos ejecutivos.

IV. Fuentes del Derecho

c) Trámite de audiencia: carácter obligatorio en relación con las Entidades que representen intereses de carácter general o corporativo. C) Límites de la potestad reglamentaria. a) Principio de legalidad: el reglamento debe respetar lo dispuesto por la Ley. b) Principio de interdicción de la arbitrariedad: la formulación genérica de determinados requisitos en una normativa básica no lo infringe. c) Principio de irretroactividad de las normas: no lo infringe el establecimiento de nuevas condiciones que se aplican a partir de la entrada en vigor de la norma que las regula. D) Impugnación de disposiciones de carácter general: diferencia de efectos según se trate de un recurso directo o indirecto contra disposiciones generales. E) Control de la potestad reglamentaria: la inactividad u omisión reglamentaria sólo tiene trascendencia en los casos en que determina situaciones contrarias a la Ley; prohibición de que los Jueces dicten un reglamento con un contenido determinado. **6. Principios Generales.** A) Principio de seguridad jurídica. a) No se vulnera por la posibilidad de que la norma en cuestión pueda ser arbitrariamente aplicada. b) No lo infringen las simples omisiones o deficiencias técnicas. c) No es un principio absoluto sino que puede ceder ante otros bienes o derechos constitucionales.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, por lo que se refiere a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, hasta la referencia Ar. 8200 del año 2000, y respecto de las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, hasta la referencia Ar. 1651. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la STC 9/2001, de 18 de enero (BOE de 8 de febrero).

Existen en esta entrega de jurisprudencia en materia de fuentes numerosos temas de interés entre los que caben destacar los siguientes: la progresiva precisión por el Tribunal Constitucional del carácter excepcional de la inclusión de los reglamentos estatales y de la atribución de facultades ejecutivas al Estado como elementos integrantes del título competencial sobre las bases en relación con una determinada materia; el asentamiento en la jurisprudencia constitucional del análisis técnico-jurídico de la dimensión institucional de los derechos fundamentales cuyo desarrollo corresponde al legislador; la infracción de la reserva de ley en materia de derechos fundamentales como vulneración del contenido esencial; la competencia del Gobierno para declarar la urgencia de un proyecto de ley una vez iniciada su tramitación parlamentaria, que ha dado lugar al segundo conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales que ha sido planteado ante

el Tribunal Constitucional; la responsabilidad patrimonial del legislador derivada de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley; los problemas derivados de la inactividad reglamentaria o de las omisiones de los reglamentos.

2. BASES

A) La regulación básica puede ser modificada

En la STC 235/2000, de 5 de octubre (BOE de 7 de noviembre), el Tribunal Constitucional admite que el Estado en virtud de su competencia *ex art. 149.1.18 CE* puede modificar el monopolio del sistema de concurso como modo de provisión de los puestos reservados a los funcionarios locales con habilitación de carácter nacional incorporando el sistema de libre designación como modo excepcional de provisión para determinados casos: el art. 2 de la Ley 10/1993 ha modificado la regulación del art. 99.2 de la Ley 7/1985. El Tribunal afirma que “nada impide que el legislador de lo básico pueda modificar el contenido de lo formalmente calificado como tal” (FJ 9º).

B) La competencia sobre las bases puede abarcar el ejercicio de facultades de carácter ejecutivo sólo con carácter excepcional; la regulación básica no puede tener un grado de detalle que impida el desarrollo normativo por parte de la Comunidad Autónoma

En la STC 275/2000, de 16 de noviembre (BOE de 14 de diciembre) el Tribunal aborda el análisis del concepto de “bases” como criterio de atribución competencial al resolver el conflicto de competencias promovido por el Gobierno valenciano contra diversas disposiciones del Reglamento de Cooperativas de Crédito aprobado por el Real Decreto 84/1993, de 22 de enero. El Tribunal Constitucional reitera su jurisprudencia sobre esta materia al analizar la competencia del Estado para fijar las bases de la ordenación del crédito declarando que “estas competencias no se agotan con las propias legislativas, pues cuando la preservación de un tratamiento uniforme reclame el complemento reglamentario, y aun el ejecutivo, se justifica la reserva de estas competencias en la medida indispensable”. El Tribunal admite el carácter básico de la competencia para el otorgamiento de la autorización administrativa para las escisiones y fusiones de las cooperativas de crédito “cuando la Comunidad valenciana carezca de competencias sobre todas las entidades afectadas, el ámbito operativo de las sociedades resultantes sobrepase el territorio autonómico o el proceso afecte también a entidades radicadas en otras Comunidades Autónomas” (FJ 5º). También se admite el carácter básico de la competencia del Ministro de Hacienda para constituir una cooperativa de crédito “por su incidencia en la política financiera en todo el territorio nacional” (FJ 6º), y de la competencia del Banco de España para autorizar los cambios significativos en las aportaciones societarias en las citadas cooperativas porque inciden “de manera inmediata en la estabilidad y buen funcionamiento del sistema financiero en su conjunto, cuyo garante es el Banco de España” (FJ 6º).

IV. Fuentes del Derecho

Sin embargo, el Tribunal rechaza el carácter básico de la determinación de los miembros del Consejo Rector puesto que se trata de “la regulación de la composición interna de ese órgano con un grado excesivo de detalle, que invade el espacio confiado constitucionalmente a la potestad de desarrollo normativo de la Comunidad Valenciana” (FJ 9°).

En la **STC 223/2000, de 21 de septiembre** (BOE de 19 de octubre) se resuelve el conflicto positivo de competencias planteado por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña respecto del Real Decreto 1085/1992, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la actividad de distribución de gases licuados del petróleo. El Tribunal declara que “la intervención del Reglamento en la delimitación de lo básico se justifica por el carácter marcadamente técnico o por la naturaleza cambiante y coyuntural que es objeto de la misma” (FJ 9°).

Sin embargo, el conflicto se centra en determinar la conformidad con la Constitución de la atribución al Estado de una serie de funciones ejecutivas de carácter básico referidas a los Operadores y Empresas suministradoras, que son los sujetos encargados de la distribución y suministro de los gases licuados del petróleo. La atribución de dichas facultades ejecutivas al Estado tiene carácter excepcional, “ya que sería suficiente extender los efectos de una medida de carácter ejecutivo a todo el territorio nacional para que se generase sin mayor justificación, una modificación del orden constitucional de competencias” (FJ 11°). En este sentido, no constituye fundamento suficiente para dicha atribución el efecto supraterritorial de la medida “sino que además del alcance territorial superior al de una Comunidad Autónoma del fenómeno objeto de la competencia, la actividad pública que sobre él se ejerza no sea susceptible de fraccionamiento y aun en este caso, dicha actuación no pueda llevarse a cabo mediante mecanismos de cooperación y coordinación, sino que requiera un grado de homogeneidad que sólo pueda garantizar su atribución a un solo titular, que forzosamente debe ser el Estado, o cuando sea necesario recurrir a un ente con capacidad de integrar intereses contrapuestos de varias Comunidades Autónomas” (FJ 11°). En el mismo sentido, la **STC 306/2000, de 12 de diciembre** (BOE de 16 de enero de 2001) rechaza que la aprobación de los PORN (Plan de Ordenación de los Recursos Naturales) que afecten a más de una Comunidad Autónoma pueda considerarse una facultad ejecutiva de carácter básico (FJ 7°). Sobre esta sentencia, *infra* C) y E).

La aplicación de estos criterios en la STC 223/2000 tiene como fundamento la distinción entre los Operadores de gases licuados del petróleo que realizan la distribución al por mayor y que operan en el conjunto del territorio nacional y las Empresas Suministradoras de gases licuados del petróleo, que lo hacen al por menor y en relación con un territorio determinado; la condición de Operadores y de Empresas suministradoras sólo se adquiere tras la correspondiente autorización administrativa y la subsiguiente inscripción en un Registro administrativo estatal. La jurisprudencia constitucional sobre Registros permite en todo caso “la creación de un Registro único para todo el Estado que garantice la centralización de todos los datos a los estrictos efectos de información y publicidad”, si bien “el Estado debe aceptar como vinculantes las propuestas de inscripción y de autorización o de cancelación y revocación que efectúen las Comunidades Autónomas que ostentan las competencias ejecutivas en la materia” (STC 197/1996, FJ 12°, (FJ 9°).

El Tribunal reconoce al Estado la competencia para conceder la correspondiente autorización e inscripción registral respecto de los Operadores de gases licuados del petróleo, dado que, “si bien la realización del suministro en todo el territorio nacional por parte de los Operadores no reclama por sí sola la autorización registral centralizada (...) sin embargo existen otros requisitos condicionantes de la autorización, que se proyectan sobre territorios de distintas Comunidades Autónomas, reclamando actuaciones ejecutivas de supervisión y control a cargo de estas últimas”, “lo que exigiría intervenciones de varias Comunidades Autónomas en el procedimiento, las cuales pudieran tener, incluso, intereses contrapuestos” (FJ 11º). Por lo que se refiere a las Empresas suministradoras, la autorización e inscripción registral se reconoce a la Comunidad Autónoma dado que en este ámbito la intervención estatal no resulta imprescindible “para asegurar el cumplimiento de la normativa básica, cuya finalidad no es otra que la garantía de la distribución de los gases licuados del petróleo en un territorio concreto, ya que el abastecimiento puede ser plenamente garantizado por la Comunidad Autónoma correspondiente al ámbito de la actividad de la empresa, la cual puede autorizar la inscripción y realizar las actuaciones de supervisión previas o posteriores a dicha inscripción sin perturbación alguna, habida cuenta además del carácter reglado de tales actuaciones” (FJ 12º). El Tribunal precisa que la simple inscripción de las Empresas suministradoras en un Registro Central a la que anteriormente se hizo alusión no invadiría las competencias de la Comunidad Autónoma “si dicha inscripción se limitase a los solos efectos de publicidad e información general de las autorizaciones otorgadas por aquélla” (FJ 12º).

En la **STC 9/2001, de 18 de enero** (BOE de 8 de febrero), el Tribunal rechaza la atribución a la Comunidad Autónoma de Galicia para tramitar ante la Administración del Estado “autorizaciones de desplazamiento de los barcos que habitualmente faenasen en las zonas de la Comunidad Autónoma de Galicia afectadas por vedas a otras Comunidades Autónomas”. A juicio del Tribunal se justifica la competencia del Estado para autorizar el desplazamiento de los barcos desde sus bases en Galicia a otras Comunidades Autónomas en el carácter básico de la misma. Este carácter básico se justifica porque se trata de una medida que posee una dimensión supraautonómica por razón del territorio, así como por la movilidad del recurso pesquero que determina la unidad de los caladeros; se trata de una facultad ejecutiva de carácter básico, “al no ser susceptible de fraccionamiento, ni apta para ser llevada a cabo mediante mecanismos de cooperación y coordinación” (FJ 12º).

C) En materia de medio ambiente las bases constituyen un mínimo que deben respetar las Comunidades Autónomas

La **STC 306/2000, de 12 de diciembre** (BOE de 16 de enero de 2001) resuelve los conflictos de competencia planteados en relación con el Real Decreto 640/1994, de 8 de abril, por el que se aprueba el plan de ordenación de los recursos naturales de Picos de Europa. En esta Sentencia el Tribunal Constitucional recuerda el contenido específico de la normativa básica en materia de medio ambiente que “no cumple sólo una función de uniformidad relativa, sino también de ordenación mediante mínimos que deben ser res-

IV. Fuentes del Derecho

petados en todo caso, pero que pueden permitir que las Comunidades Autónomas en la materia establezcan niveles de protección más altos, que no entrarían, por ese solo hecho, en contradicción con la normativa básica del Estado”, y precisa que en este ámbito (art. 149.1.23 CE), “las bases estatales son de carácter mínimo y, por tanto, los niveles de protección que el Estado establezca en desarrollo del mismo pueden ser elevados o mejorados por la normativa autonómica” (FJ 6°).

D) Aplicación de la normativa básica estatal con carácter supletorio en defecto de normativa autonómica aplicable con base en el artículo 149.3 CE

La STS de 26 de junio de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Ar. 7709 (recurso de casación en interés de ley) casa las SSTSJ del País Vasco de 15 y 23 de octubre de 1998, que reconocieron el derecho de los funcionarios del Gobierno vasco a percibir las cantidades correspondientes a un complemento específico de especial dedicación, considerando que las peticiones formuladas por los funcionarios resultaron estimadas por silencio administrativo positivo en aplicación del art. 43.2.c) LRJPAC, ante la inexistencia de una norma autonómica que regulara el carácter del silencio en el procedimiento administrativo correspondiente.

Interpuesto recurso de casación en interés de ley por el Gobierno vasco, se solicita del Tribunal que se declare como doctrina legal, la aplicación supletoria de la normativa estatal en ausencia de normativa específica autonómica, con base en el art. 149.3 CE. Consiguientemente, se considera que el carácter del silencio administrativo en el asunto concreto, debería haber sido desestimatorio con base en el RD 1777/1994, de 5 de agosto, de adecuación de las normas reguladoras de los procedimientos de gestión de personal a la Ley 30/1992 (en aplicación de la Disposición Adicional Tercera LRJPAC).

El TS considera que, si bien la petición del Gobierno vasco es excesivamente general, su pretensión es correcta en lo que hace a la aplicación del RD 1777/1994: “En defecto de normativa autonómica debe aplicarse al supuesto enjuiciado la eficacia desestimatoria del silencio administrativo prevenida por el art. 2.k) del RD 1777/1994. Así resulta de la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal respecto al Derecho autonómico establecida en el art. 149.3 de la Constitución”.

E) Constitucionalidad de la regulación básica incluida en un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN) sin perjuicio de que la competencia para su aprobación sea autonómica

En su Sentencia 306/2000, de 12 de diciembre (BOE de 16 de enero de 2001) el Tribunal Constitucional rechaza la competencia del Estado para aprobar los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales de Picos de Europa, pero declara que ello no impide la validez de su contenido, en cuanto sea posible enmarcarlo en la competencia estatal en materia de medio ambiente (art. 149.1.23 CE), “ya que el contenido constitucional de la materia de medio ambiente no puede ser definido por categorías legales, en este caso por el contenido de los Planes de Ordenación de Recursos Naturales” (FJ 9°).

3. LEY ORGÁNICA: JUNTO AL DESARROLLO DE LAS FACULTADES QUE INTEGRAN EL DERECHO FUNDAMENTAL, LA REGULACIÓN DE LA DIMENSIÓN INSTITUCIONAL DEL MISMO PUEDE EXIGIR LA CREACIÓN DE UN ÓRGANO O ENTIDAD AL QUE LA LEY ORGÁNICA ENCOMIENDE LA EJECUCIÓN DE SUS PRECEPTOS

La STC 290/2000, de 30 de noviembre (BOE de 4 de enero de 2001) resuelve los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra diversos artículos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter personal (LORTAD), en la actualidad derogada por la Ley Orgánica 15/1999, de 23 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal (LOPD). La LORTAD es “la ley dictada en cumplimiento del mandato del art. 18.4 CE de limitar el uso de la informática” pero es también “la ley que ha desarrollado el derecho fundamental a la protección de datos personales” (FJ 13º) derecho que deriva de los arts 18.1 y 18.4 CE. El Tribunal Constitucional ha destacado que la dimensión institucional de este derecho fundamental ha exigido la creación de un ente de Derecho público, la Agencia de Protección de Datos, cuyas funciones consisten en garantizar “el ejercicio por los ciudadanos del haz de facultades que integra el contenido del derecho fundamental” (FJ 13º). En este sentido, no resulta infrecuente que la Ley Orgánica que regula el derecho “haya establecido un órgano o entidad al que encomienda la ejecución de sus preceptos”: así por ejemplo, el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, la propia Agencia de Protección de Datos o la Oficina del Censo electoral.

4. LEY ORDINARIA

A) Reserva de Ley

a) En materia de autonomía universitaria: la Ley define el contenido de la autonomía universitaria

La STS de 11 de abril de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Ar. 4820, señala que el reconocimiento constitucional de la autonomía universitaria se realiza en los términos que la ley establezca, “lo que significa que es un derecho de estricta configuración legal o que, por imperativo de la norma constitucional, corresponde al legislador precisar y desarrollar esa autonomía, determinando y reconociendo a las Universidades las facultades precisas que aseguren la libertad académica, esto es, el espacio de efectividad de la función esencial y consustancial a la institución universitaria, consistente, según el art. 1.2.a) de la LRU en la creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura” y que el art. 3 LRU ha precisado concretando “el conjunto de facultades que dotan de contenido a la autonomía”.

IV. Fuentes del Derecho

- b) En materia de sanciones administrativas: no incluye la regulación de la prescripción; ni el nomen iuris empleado por la Administración o asignado por la Ley, ni la clara voluntad del legislador de excluir una medida del ámbito sancionador constituyen un dato decisivo para la aplicación del artículo 25.1 CE; se admite una cierta colaboración del reglamento al integrar los tipos de infracción administrativa y señalar las correspondientes sanciones**

Siguiendo una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, la STS de 24 de julio de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 5228, confirma que “lo que prohíbe el art. 25.1 de la Constitución es la remisión al reglamento que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, pero no excluye la colaboración reglamentaria de la normativa sancionadora”. A ello se añade, que del art. 25.1 CE no se deriva “la necesidad de reserva de ley en la regulación de la prescripción, de suerte que la exigencia del principio de legalidad en esta materia queda cumplida mediante el establecimiento de plazos de prescripción específicos por la vía de una norma reglamentaria, asumiendo así la tesis de que estamos ante una materia secundaria, en la forma de denominarla la Sentencia de 6 de abril de 1990, Ar. 8440, a salvo lo dispuesto en la Ley 30/1992, y existiendo esa regulación específica sectorial”. Finalmente, el Tribunal considera que en los casos en los que existe una relación de sujeción especial (en el caso se trataba de expendedores de tabaco), el rigor de la reserva de ley en el Derecho administrativo sancionador se atenúa, de conformidad con las SSTC 2/1987, 42/1987, 3/1988 y 102/1988.

En la STC 276/2000, de 16 de noviembre (BOE de 14 de diciembre) se plantea la aplicación del principio de legalidad en materia sancionadora en relación con el art. 61.2 de la Ley General Tributaria –hoy derogado– que imponía “un recargo del 50 por ciento, con exclusión del interés de demora y de las sanciones que pudieran ser exigibles” a los ingresos correspondientes a declaraciones, liquidaciones o autoliquidaciones realizadas fuera de plazo sin requerimiento previo, recargo que será del “10 por ciento si el ingreso se efectúa dentro de los tres meses siguientes al término del plazo voluntario de presentación e ingreso”. El Tribunal Constitucional descarta que el recargo del 10 por ciento tenga carácter sancionador “al no ser su función represiva (esto es, al no estar diseñados como castigos del ilícito cometido), sino que, además de justificarse –al menos en parte– como resarcimiento inmediato, cumplían una función “coercitiva, disuasoria o de estímulo” “semejante a la de las medidas coercitivas respecto al pago de la deuda tributaria” (FJ 3º). Sin embargo, el recargo del 50 por ciento de la deuda “en tanto que supone una medida restrictiva de derechos que se aplica en supuestos en los que ha existido una infracción de la Ley y desempeña una función de castigo, no puede justificarse constitucionalmente más que como sanción” (FJ 5º). A efectos del art. 25 CE no tiene relevancia que el presupuesto de aplicación y la cuantía del recargo se encuentren regulados en el Capítulo de la Ley correspondiente al pago de la deuda tributaria en lugar de en el Capítulo sobre infracciones y sanciones tributarias (FJ 6º), ya que la Ley define perfectamente la conducta que determina la imposición del recargo así como el recargo mismo.

En la **STC 291/2000, de 30 de noviembre** (BOE de 4 de enero de 2001), el Tribunal Constitucional resuelve un recurso de amparo avocado al Pleno al plantearse una cuestión interna de inconstitucionalidad en relación con el último inciso del párrafo segundo del art. 61 de la Ley General Tributaria que no había sido analizado en la STC 276/2000. En el citado precepto se dispone que “cuando los obligados tributarios no efectúen el ingreso al tiempo de la presentación de las declaraciones, liquidaciones o autoliquidaciones extemporáneas sin solicitar expresamente el aplazamiento o el fraccionamiento del pago, se les exigirá en vía de apremio con un recargo único del 100 por ciento”.

Aunque el legislador no califique formalmente dicho recargo como sanción, ni prevea expresamente para su imposición el procedimiento sancionador que recogen los arts. 77 y siguientes de la Ley General Tributaria, el Tribunal concluye en atribuir al mismo carácter sancionador ya que cumple fundamentalmente con la finalidad de castigo que define la naturaleza jurídica de las sanciones: “si en aquel caso (STC 276/2000) consideramos que al tener el recargo una cuantía del 50 por ciento no podía considerarse que este recargo cumpliera una función de estímulo positivo –la cuantía de la sanción coincidía exactamente con la sanción mínima prevista en el art. 87.1 LGT–, en este supuesto, en el que la cuantía del recargo es del 100 por ciento, tampoco cabe apreciar que cumpla una función de estímulo que excluya su carácter sancionador, ni se trata de un medio para constreñir al cumplimiento de una obligación, ni por supuesto tiene naturaleza tributaria” (FJ 10º). Esta regulación tampoco vulnera las exigencias del art. 25.1 CE ya que aunque determine la imposición de una sanción objetiva y de carácter fijo, “ni el art. 25.1 CE consagra un derecho a la graduación de la sanción, ni de este precepto legal puede deducirse que, en la aplicación del recargo, no deban tenerse en cuenta las exigencias del principio de culpabilidad” (FJ 11º).

En la **STS de 11 de julio de 2000**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 6468, se impugna un Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se impuso una sanción por una infracción en materia de Denominación de Origen Rioja con base en la falta de cobertura legal de la regulación de infracciones y sanciones del Reglamento del Consejo Regulador de la Denominación de Origen Calificada Rioja aprobado por Orden Ministerial de 3 de abril de 1991. La Ley 25/1970, de 2 de diciembre, que regula el Estatuto del Vino no tipifica conductas infractoras específicamente en materia de denominación de origen y tampoco lo hace el Decreto 835/1972 dictado en desarrollo de la citada Ley, que constituyen el marco normativo que complementa la citada OM de 3 de abril de 1991. En virtud de la misma doctrina que había formulado en relación con un caso idéntico de sanciones en aplicación del Reglamento del Cava (STS de 20 de diciembre de 1999, Ar. 9630) el Tribunal declara la legalidad de los preceptos impugnados afirmando que “resulta admisible la norma reglamentaria que se limita, sin innovar las infracciones y sanciones en vigor, a aplicar éstas a una materia singularizada incluida en el ámbito genérico del sistema preestablecido”, en este caso, en la Ley reguladora del Estatuto del Vino y el Decreto que la desarrolla.

IV. Fuentes del Derecho

Por otro lado, el Tribunal Supremo también afirma la conformidad a Derecho del precepto que dispone en el Reglamento de la Denominación de Origen Rioja aprobado por Orden Ministerial un margen de error de hasta el 1 por ciento, menor o más estricto que el fijado con carácter general en el Reglamento de desarrollo del Estatuto del Vino aprobado por Decreto 835/1972, que es de hasta el 5 por ciento. Para el Tribunal “hay razones objetivas para alterar ese régimen general, que además, trata de extremar la exigencia para un fin concreto, la protección del uso de la Denominación de Origen Calificada de Rioja, en beneficio, no ya de los consumidores sino de los propios productores y esa previsión no es ajena a la propia Ley del Vino y al Decreto 835/1972 que lo desarrolla, que dedican una especial protección a la calidad y a la Denominación de Origen”.

c) En materia de estatuto de los funcionarios: la regulación de la edad para ingresar en el Cuerpo de Bomberos es materia reservada a la Ley; la determinación de los méritos específicos para la provisión mediante concurso de los puestos de trabajo reservados a funcionarios locales no constituye materia sometida a reserva de Ley

La STSJ de Navarra de 15 de junio de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única, Ar. 1478, declaró nula la referencia al Cuerpo de Bomberos del art. 6.a) inciso segundo del Decreto Foral 113/1985, de 5 de junio, que regula el ingreso en las Administraciones públicas de Navarra, por inobservancia de la reserva de ley prevista en el art. 103.3 CE. En concreto, este precepto disponía que la edad máxima para ingresar en el cuerpo de bomberos era la de 35 años.

El Tribunal reconoce que en materia de función pública los reglamentos pueden venir a colaborar y complementar a la ley, siempre y cuando ello no suponga una remisión total del legislador al Gobierno que desvirtúe la reserva de ley. Ahora bien, en todo caso, considera que en la regulación de la situación personal de los funcionarios y de su relación de servicio o régimen estatutario, a que hace referencia el primer inciso del art. 103.3 CE, ha de entenderse comprendida la regulación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de ingreso y promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración de cuerpos y escalas funcionariales y la provisión de puestos de trabajo. En concreto, precisa que “habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servicios públicos (art. 103.3) habrá de ser también la ley la que determine en qué casos y con qué condiciones puede articularse el acceso al servicio de la Administración pública”. De ahí que se anule el precepto cuestionado, en la medida en que regula una materia reservada a la ley y no se limita a completar o desarrollar las previsiones legales.

Según la STC 235/2000, de 5 de octubre (BOE de 7 de noviembre de 2000) el modo de provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública es materia reservada a la Ley. Sin embargo, “no conculca las exigencias de la reserva de ley” la remisión a la potestad reglamentaria de los entes locales de “la determinación de los méritos específicos que han de ser tomados en consideración para la provisión mediante concurso de los puestos de trabajo reservados a funcionarios locales (aunque razonablemente limitada al 25

por 100 de la puntuación) con las singularidades de las Corporaciones Locales en las que se sitúan los concretos puestos de trabajo sacados a concurso” (FJ 5º).

d) En materia de límites de los derechos fundamentales: la remisión a la Administración de la regulación de los límites del derecho fundamental a la protección de datos personales vulnera el contenido de este derecho fundamental; el restablecimiento de la regla *solve et repete* implica un límite al derecho a obtener la tutela judicial efectiva que debe ser regulado por Ley

En la STC 292/2000, de 30 de noviembre (BOE de 4 de enero de 2001) el Tribunal entiende vulnerado el derecho fundamental a la protección de datos personales por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal (LOPD) al remitir a la Administración las decisiones sobre obtención, almacenamiento, tratamiento, uso y cesión de datos personales en los casos que estime conveniente.

Esta vulneración del derecho fundamental no se produce porque la regulación sustantiva infrinja su contenido esencial, sino porque la definición de los límites del derecho se atribuye a la Administración en contra de la reserva de ley que establece el art. 53.1 CE. Para el Tribunal se ha infringido “la función de garantía propia de toda reserva de ley relativa a derechos fundamentales al renunciar a fijar por sí misma esos límites, dado que la reserva de ley impone al legislador, además de promulgar esa ley, regular efectivamente en ella la materia objeto de la reserva”; “la fijación de los límites de un derecho fundamental (...) no es un lugar idóneo para la colaboración entre la Ley y las normas infralegales, pues esta posibilidad de colaboración debe quedar reducida a los casos en que, por exigencias prácticas, las regulaciones infralegales sean las idóneas para fijar aspectos de carácter secundario y auxiliares de la regulación legal del ejercicio de los derechos fundamentales, siempre como sujeción, claro está, a la ley pertinente” (FJ 11º). Además, como precisa el Tribunal, en todo caso sería necesario fijar “cuáles son los objetivos que la reglamentación ha de perseguir”, pues, en otro caso, el legislador no haría sino “deferir a la normación del Gobierno el objeto mismo reservado”; “la remisión a la regulación reglamentaria de materia ligada a la reserva de ley es preciso, pues, que se formule en condiciones tales que no contraríe materialmente la finalidad de la reserva” (FJ 14º). En este sentido no es admisible que la regulación de los motivos de limitación del derecho se atribuya al ámbito de la discrecionalidad administrativa.

El Tribunal, en consecuencia, declara la inconstitucionalidad de determinados párrafos de los arts. 21.1 y 24.1.2 LOPD que implican la regulación reglamentaria de la cesión de los datos personales entre las Administraciones Públicas para fines distintos de los que justificaron su recogida sin previo consentimiento del interesado, la posibilidad de no informar al afectado cuando esta actuación impida o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones Públicas o la subordinación del ejercicio de las facultades que integran el derecho a la protección de datos a la necesaria ponderación en relación con el interés público y los intereses de terceros.

IV. Fuentes del Derecho

La STS de 25 de septiembre de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 8185, reitera la declaración de nulidad del art. 33.3 del RD 928/1998, realizada por la STS de 21 de julio de 2000, en la medida en que supone el restablecimiento de la regla *solve et repete* con un carácter absoluto, exigiendo aval bancario suficiente o de consignación del importe o de la garantía requerida para la admisión de recursos en vía administrativa, ya que supone un obstáculo efectivo para el acceso a los Tribunales y, consecuentemente, una restricción indebida del derecho reconocido en el art. 24 CE.

Por otro lado, considera que una carga como la que impone la regla *solve et repete*, conciliadora con el respeto a los derechos a la tutela judicial efectiva y a la igualdad de armas en el proceso, sólo podría ser impuesta por una norma con rango de ley, en la medida en que “no puede alterarse o condicionarse el régimen legal de los recursos administrativos, que constituyen, a su vez, un requisito previo para acudir a la vía jurisdiccional, mediante el establecimiento reglamentario de una carga, como la contemplada, cuyo cumplimiento se erige en requisito imprescindible para el válido ejercicio de la acción impugnatoria”. Y ello, no sólo con base en el principio de jerarquía, sino también en el hecho de que una carga de estas características implica un límite al derecho a obtener la tutela judicial efectiva, puesto que condiciona con una carga estrictamente económica el acceso del administrado a la revisión jurisdiccional del asunto.

B) Ley de Presupuestos autonómica: se aplican los mismos límites materiales que en la Ley de Presupuestos estatal

El art. 134 CE no es directamente aplicable a los Presupuestos autonómicos ya que se refiere expresamente a los Presupuestos Generales del Estado. Sin embargo, de la jurisprudencia constitucional relativa a las Comunidades Autónomas de Aragón, Cantabria y La Rioja en esta materia (SSTC 179/1998, 130/1999 y 180/2000), se deduce que a partir de las normas que integran el bloque de la constitucionalidad los límites materiales de las Leyes de Presupuestos autonómicas son los mismos que se aplican en relación con las Leyes de Presupuestos estatales. En consecuencia, la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias “ha de adecuarse a la función institucional que le es propia, sin que puedan incluirse en ella normas que no guarden relación directa con el programa de ingresos y de gastos o con los criterios de política económica en que se sustentan, o que no sean un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del Presupuesto” (STC 274/2000, de 15 de noviembre, BOE de 14 de diciembre, FJ 6°).

En este contexto, el Tribunal Constitucional declara que tanto las medidas tendentes a la restricción del personal de nuevo ingreso en el sector público, como la fijación de las condiciones básicas de procedimientos selectivos para adquirir la condición de personal laboral fijo que excepcionalmente se realicen durante el ejercicio presupuestario de 1997 están directamente vinculadas “con la política económica del Gobierno de Canarias sobre la materia, siendo su inserción en la Ley de Presupuestos necesaria para la mejor inteligencia y ejecución de la misma” [FJ 4°.b)]. También tiene repercusión presupuestaria la posibilidad de acceso de determinados funcionarios a la situación de servicios especiales en el caso de ser elegidos miembros del Parlamento de Canarias que supone continuar

percibiendo sus retribuciones en la Administración de origen, lo que exige la creación de una partida ampliable que deberá establecerse anualmente [FJ 9º.c)].

Por el contrario, infringen los límites materiales de la Ley de Presupuestos, las normas que regulan la movilidad interadministrativa de los funcionarios de las distintas instituciones públicas de la Comunidad Autónoma de Canarias, la regulación de la deducción de haberes en caso de que se incumpla injustificadamente la jornada de trabajo en la Administración, la adscripción definitiva de los funcionarios de carrera de determinados cuerpos a los puestos que ocupaban provisionalmente, etc., dado que se trata de normas de mero contenido funcional.

C) Procedimiento legislativo: competencia del Gobierno para declarar la urgencia del Proyecto de Ley Orgánica sobre la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo a efectos de su tramitación en el Senado

La STC 234/2000, de 3 de octubre (BOE de 7 de noviembre) resuelve el segundo conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales que se ha planteado ante el Tribunal Constitucional (el primero fue resuelto por la STC 45/1986, de 17 de abril). En el presente caso el conflicto se plantea entre el Gobierno y el Senado en relación con la posibilidad de que el Gobierno pueda declarar urgente la tramitación de un proyecto de ley a efectos de su tramitación en el Senado. El Senado entiende que no puede producirse dicha declaración una vez que el proyecto haya entrado en el Congreso de los Diputados. El Tribunal Constitucional mantiene que la facultad que el art. 90.3 de la Constitución atribuye al Gobierno para declarar urgente la tramitación de los proyectos de ley no está sometida a límite temporal alguno, por lo que puede producirse iniciada ya la tramitación parlamentaria del mismo, como consecuencia de cambios de circunstancias, por lo que debió ser admitida a trámite en el caso objeto de conflicto por la Mesa del Senado. El ejercicio de esta facultad no afecta a la autonomía reglamentaria de la Cámara, que está subordinada a lo dispuesto por la Constitución (en este caso, en concreto a lo dispuesto por el art. 90.3 CE) ni a la atribución a las Cortes del ejercicio de la función legislativa (art. 66 CE) “al incidir el mecanismo conferido al Gobierno sobre la cronología del procedimiento pero no sobre el contenido del proyecto”, ni tampoco sobre “los principios constitucionales que han de informar el procedimiento legislativo en cuanto procedimiento de formación de la voluntad del órgano” (FJ 13º).

D) Límites de la potestad legislativa

a) Vulneración del artículo 33.3 CE: no se produce por la falta de referencia expresa a la indemnización expropiatoria ya que se entiende aplicable la normativa general sobre responsabilidad patrimonial

El hecho de que las Leyes 1/1984, de 14 de marzo, de Ordenación y Protección de Áreas Naturales de Interés Especial y 8/1985, de 17 de julio, de declaración de “S'a Punta de N'amer” como Área Natural de Especial Interés, ambas de Baleares, no contengan una específica referencia a la obligación de indemnizar, de acuerdo con la legislación de

IV. Fuentes del Derecho

expropiación forzosa, las lesiones en bienes, derechos e intereses patrimoniales legítimos derivadas de estas declaraciones, no supone vulneración del art. 33.3 CE. El Tribunal Constitucional en su **Sentencia 248/2000, de 19 de octubre** (BOE de 17 de noviembre) expone que el silencio de la Ley “no puede considerarse una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el art. 33.3 CE sino que ha de entenderse que ese extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos” (FJ 4º).

b) Vulneración del artículo 24.1 CE: no se produce por el solo hecho de que una materia sea regulada por norma de rango legal y, por lo tanto, resulte jurisdiccionalmente inmune

El Tribunal Constitucional declara que pertenece a la propia naturaleza de la Ley “el no poder ser enjuiciada por los jueces y tribunales ordinarios”. Además “nuestro modelo de jurisdicción concentrada permite acudir a los Jueces y Tribunales ordinarios para defender cualquier clase de derechos e intereses legítimos, y pone a disposición de éstos un instrumento, la cuestión de inconstitucionalidad, destinado a asegurar que la actuación del legislador se mantiene dentro de los límites de la Constitución”. Por tanto la regulación por Ley de derechos y deberes de los ciudadanos –aunque se trate de una Ley singular– no infringe el art. 24.1 CE.

La declaración por Ley de Área Natural de Especial Interés constituye aplicación de una Ley previa (art. 7 de la Ley Balear 1/1984) que aunque al regular el régimen aplicable a un determinado territorio contiene un elemento de singularidad, no resulta ni discriminatorio ni arbitrario ni infringe el art. 24.1 CE (**STC 248/2000, de 19 de octubre**, BOE de 17 de noviembre, FJ 5º).

c) La Constitución no establece ningún límite material a la potestad legislativa, por lo que la ley puede regular materias anteriormente reguladas por reglamento

En la **STC 273/2000, de 15 de noviembre** (BOE de 14 de diciembre), el Tribunal Constitucional declara que “no resulta contrario a la Constitución que el legislador asuma una tarea que anteriormente había encomendado al poder reglamentario, pues nuestro sistema constitucional desconoce algo parecido a una reserva reglamentaria inaccesible al legislativo” (FJ 13º).

E) Interpretación de la Ley: aplicación ponderada de los criterios establecidos por el artículo 3.1 del Código Civil

La Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 24/1988, de 28 de julio, Reguladora del Mercado de Valores utiliza como criterio para adjudicar las plazas de Corredor de Comercio a los Agentes de Cambio y Bolsa que ostentan un derecho preferente en Madrid, Barcelona, Bilbao y Valencia, “la mayor antigüedad en el cargo”.

El Tribunal Supremo en **Sentencia de 10 de julio de 2000**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 6159, interpreta este criterio en el sentido de que la

adjudicación deberá realizarse a favor de aquel que acredite “más tiempo en el desempeño del oficio o empleo, cargo, en la plaza a que estén adscritos cuando concursen al Cuerpo de Corredores de Comercio”. A esta interpretación se llega tanto por el propio tenor literal de los términos empleados en la norma, como por el sentido lógico de la expresión, el elemento sistemático, los antecedentes históricos y la propia finalidad perseguida por la norma en el contexto en que la misma se produce. De esta forma, con la interpretación señalada se evita la consecuencia de que aquellos Agentes que opten por continuar ejerciendo la fe pública como Corredores deban trasladarse a una plaza distinta de aquélla en la que ya han realizado las inversiones necesarias para el ejercicio de su actividad profesional y en la que cuentan con unas relaciones de clientela, otorgando la preferencia a quien llegó antes a esa plaza, lo que resulta perfectamente congruente con la finalidad y el espíritu de la norma.

F) Control de la constitucionalidad de la Ley: la derogación de una Ley no elimina la exigencia de resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la misma cuando se trata de una controversia competencial que también se plantea en relación con la Ley que la ha derogado

En los casos en que los preceptos objeto de un recurso de inconstitucionalidad se impugnan por motivos distintos de los referidos al orden de reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, la regla general es que su derogación al tiempo de resolver dicho recurso produce la extinción del mismo por pérdida sobrevenida de su objeto. El Tribunal formula en este caso la reserva de que un determinado precepto pese a su derogación pudiera continuar proyectando sus efectos sobre situaciones posteriores a ese momento si así se desprende con toda evidencia de los términos en los que tal derogación se ha producido por la ley posterior (FJ 3º). En el caso de que se trate de una controversia competencial tramitada por la vía del recurso de inconstitucionalidad o del conflicto de competencias el problema se plantea en otros términos ya que “el criterio relevante para estimar en estos casos si se ha producido la pérdida sobrevenida de objeto no es tanto si la norma impugnada ha sido expulsada del Ordenamiento por el legislador como determinar si con esta expulsión ha cesado o no la controversia existente”, “a cuyo fin ha de atenderse al grado de identidad existente entre el contenido de las normas de la Ley impugnada y las de la Ley que la ha derogado”. Si los preceptos que se suceden en el tiempo muestran “identidad sustancial” entonces la controversia “sigue viva y requiere un pronunciamiento de este Tribunal” (FJ 4º) STC 290/2000, de 30 de noviembre (BOE de 4 de enero de 2001).

G) Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley: produce generalmente efectos *ex nunc*, no permitiendo revisar los actos firmes dictados al amparo de la misma, pero puede dar lugar a indemnización en virtud de “la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal en el ejercicio de la potestad legislativa”

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 173/1996, de 31 de octubre, declaró inconstitucional y nulo el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre Medidas en materia Presupuestaria, Financiera y Tributaria que regulaba un gravamen complementario

IV. Fuentes del Derecho

sobre la tasa fiscal que gravaba los juegos de suerte, envite o azar de aplicación a las Máquinas recreativas tipo B. El Tribunal Supremo en su **Sentencia de 13 de junio de 2000**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Ar. 5939, reconoce a los recurrentes que durante el período de vigencia de la Ley habían satisfecho la citada tasa una indemnización en virtud de “la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal en el ejercicio de la función legislativa”, en aplicación de la regulación de los arts. 40 y siguientes LRJAE, normativa en vigor en el momento de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley.

El fundamento de la responsabilidad en este caso radica en que los recurrentes sufrieron un daño que no tenían el deber jurídico de soportar, y que obliga al Estado a indemnizar. Este planteamiento es ajeno a la firmeza de los actos de autoliquidación en virtud de los cuales se realizó el pago y a la prescripción del plazo para la devolución de ingresos indebidamente cobrados por la Administración tributaria. El Tribunal aplica los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración y considera *dies a quo* para el cómputo del plazo de la acción la fecha de la publicación de la Sentencia constitucional.

5. REGLAMENTO

A) Distinción acto-norma: los Planes Generales de Ordenación Urbana tienen naturaleza normativa; los Planes Hidrológicos de Cuenca tienen naturaleza normativa; el Decreto del Concejal-Presidente de la Junta Municipal por el que se concede licencia para actividad de colegio de EGB no tiene naturaleza normativa

La naturaleza normativa de los Planes Generales de Ordenación Urbana impide aplicar la técnica de la convalidación y exige que la retroactividad deba ser expresamente prevista. (STS de 22 de junio de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 6383).

La STS de 25 de septiembre de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 7667, a la sazón de la resolución del litigio planteado contra el RD 1664/1998, de 24 de julio, que aprueba los Planes Hidrológicos de Cuenca, por una supuesta vulneración de aprovechamientos de aguas preexistentes a la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985, reconocidos por Sentencia del TSJ de Murcia de 14 de junio de 1997, se pronuncia sobre la naturaleza jurídica y contenido de los Planes Hidrológicos de Cuenca. A este respecto, el Tribunal realiza una serie de afirmaciones de interés:

“En una primera aproximación a este tema, hay que decir que el Plan, desde el punto de vista de su estructura, incluye no sólo aquellas determinaciones específicas de naturaleza normativa que configuran la parte estrictamente dispositiva del Plan, sino también aquellos otros contenidos informativos y técnicos (memoria, anejos, esquemas, planos, estadísticas, cálculos, etc.), no estrictamente normativos, pero que fundamentan las antedichas disposiciones normativas.”

Más adelante el Tribunal se pronuncia sobre la alegación relativa a una supuesta vinculación del RD 1664/1998 a la STSJ de Murcia que reconoció el derecho a los aprovecha-

mientos hidráulicos, con base en la afirmación que el mismo TSJ de Murcia realizó, al declarar tales aprovechamientos como “regadíos tradicionales”, a efectos de que fueran tenidos en cuenta en la ordenación y aprovechamiento de aguas para riegos en la cuenca del río Segura. Sobre esta cuestión el TS afirma lo siguiente:

“Los elementos de naturaleza normativa (de los Planes Hidrológicos de Cuenca, se entiende), no se encuentran vinculados por situaciones surgidas con anterioridad a su vigencia, que pueden ser variadas, incluso desconocidas, si así lo exigiese el interés general que a través de la norma se trata de satisfacer. Por tanto, sus límites no hay que buscarlos en la sentencia ni en su ejecución, sino en los que son propios de la potestad reglamentaria, especialmente en los derivados del principio de jerarquía normativa; límites contenidos en esta ocasión en la legislación estatal, no en la autonómica, al tratarse la del Segura de una cuenca intercomunitaria que abarca territorios de varias CCAA.”

Concluye la sentencia, a este respecto, afirmando que a la luz de la Ley de Aguas de 1985, y del RD 927/1988, de 29 de julio, que aprueba el reglamento de la Administración pública del agua y de la planificación hidrológica, ni la STSJ de Murcia ni la STS de 12 de junio de 2000, que resolvió el recurso de casación contra la Sentencia del Tribunal de Murcia, podrían conllevar más vinculación, al momento de la aprobación del Plan Hidrológico de la Cuenca del Segura, que la mera consideración del contenido y alcance de las sentencias, dada “la discrecionalidad técnica de la Administración para regular los usos en el Plan conforme a los criterios indicados en el reglamento”.

Distinta consideración merecen los otros elementos desgajados de la norma que forman parte del plan. Para dar solución a esta cuestión, el Tribunal afirma que se ha de recurrir al valor que a los mismos atribuye el propio plan, a los efectos de poder precisar si afectan o no a situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad, lesionando derechos adquiridos o, por el contrario, “se trata de meros estudios técnicos sin ningún valor vinculante”.

Es el propio anejo 3 del plan el que considera que “las determinaciones que aquí se incluyen son, pues, estrictamente técnicas, y no producen por sí mismas efecto administrativo alguno en relación con los volúmenes de agua asignables a cada regadío”. Por ello, concluye el TS que no cabe hablar de lesión de derechos, los cuales quedarán conformados del modo que resulte de procesos judiciales posteriores.

En relación con el citado Decreto del Concejal-Presidente de la Junta Municipal por el que se concede licencia para actividad de Colegio de EGB no es aplicable el principio de jerarquía normativa ni el principio de legalidad en materia sancionadora ya que el acto impugnado no es una disposición sino un acto administrativo (STS de 24 de julio de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 6991).

IV. Fuentes del Derecho

B) Elaboración de disposiciones de carácter general

- a) **Concurrencia de estudios e informes previos que garanticen la legalidad, acierto y oportunidad de la elaboración de las disposiciones generales: la emisión de un anteproyecto de la norma impugnada presume la suficiencia de un informe emitido por el Asesor jurídico de la Consellería de Sanidad y otro del Secretario General Técnico para cumplir con este trámite**

El art. 129.1 LPA disponía que la elaboración de disposiciones de carácter general debía ser iniciada por el Centro directivo correspondiente con los estudios e informes previos que garantizaran la legalidad, acierto y oportunidad de aquéllas.

El Tribunal Supremo rechaza la tesis de la sentencia de instancia que, citando la STS de 28 de marzo de 1977, Ar. 1446, afirma que “el procedimiento para la elaboración de disposiciones generales se impone como mandato imperativo jurídicamente insoslayable, por lo que sus preceptos no deben entenderse como meras orientaciones para la actuación administrativa, sino como normas de obligado cumplimiento”, en la **STS de 29 de mayo de 2000**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 5125. Atendiendo al contenido de la norma impugnada (se trataba de la aprobación del Decreto 379/1991, de 7 de noviembre, por el que se creaban los Consejos Asesores Técnicos de la Consellería de Sanidad de la Xunta de Galicia), el Tribunal considera que “en estos casos el acierto y legalidad de la disposición se garantizan por la misma elaboración del anteproyecto y por los demás trámites, informes y dictámenes que se emitan, los cuales se formalizan sin duda tras el estudio correspondiente”. Y, en este sentido, añade: “ya se ha dicho que en el expediente administrativo en cuestión constan un informe emitido por el Asesor jurídico de la Consellería de Sanidad y otro del Secretario General Técnico”.

b) **Dictamen del Consejo de Estado: se limita a los reglamentos ejecutivos**

Citando las SSTS de 2 de septiembre de 1992, Ar. 6868, 16 de enero de 1993, Ar. 342, y de 3 de junio de 1998, Ar. 5520, la **STS de 11 de abril de 2000**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Ar. 4820, reitera la doctrina tradicional del Tribunal Supremo en relación con el deber de consulta al Consejo de Estado previsto en el art. 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado. En este sentido, considera que este trámite “se circunscribe a los reglamentos ejecutivos en contraste con los denominados independientes, autónomos y organizativos”.

c) **Trámite de audiencia: carácter obligatorio en relación con las Entidades que representen intereses de carácter general o corporativo**

En la **STS de 11 de abril de 2000**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Ar. 4820, el Tribunal Supremo desestima la pretensión del recurrente relativa a la nulidad del Decreto 133/1992, del Departamento de Enseñanza de la Generalidad de Cataluña, por el que se regula la integración de la Universidad de Lérida, fundamentada en su ausencia en el trámite de audiencia practicado en la elaboración de la mencionada disposición, cuya exigencia se restringe a asociaciones o Colegios profesionales que no

sean de carácter voluntario y representen intereses de carácter general o corporativo”, cualidades que no ostentaba la recurrente.

Por su parte, la **STS de 29 de mayo de 2000**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 5125, declara la nulidad del Decreto 379/1991, de 7 de noviembre, que creaba los Consejos Asesores Técnicos de la Consellería de Sanidad de la Xunta de Galicia, por omisión del trámite previsto en el art. 130.4 LPA, al tratarse de un vicio esencial que provoca la invalidez de la mencionada norma. El Tribunal señala que la exigibilidad de este trámite no es discrecional: “es preceptivo el informe cuando se trate de disposiciones que ‘afectan’ seriamente a los intereses de los administrados, a menos que el trámite no resulte ‘posible’ o se opongan a ello ‘razones de interés público’ debidamente consignadas”. La omisión del trámite de audiencia en relación con el Colegio Oficial de Médicos de La Coruña, en atención a la finalidad de la disposición impugnada, determina la nulidad de la misma.

La **STS de 28 de junio de 2000**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 5565, considera que el ejercicio por la Administración de su potestad de homologación de los títulos de la Universidad privada Alfonso X el Sabio, no afecta a los intereses específicos de los Colegios Profesionales, por lo que la omisión del trámite de audiencia en relación con los citados Colegios no afecta a la validez de la disposición.

C) Límites de la potestad reglamentaria

a) Principio de legalidad: el reglamento debe respetar lo dispuesto por la Ley

La **STS de 14 de julio de 2000**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Ar. 8144, resuelve la pretensión de nulidad contra el art. 2.3 del RD 1086/1989 por una supuesta vulneración del art. 23 de la Ley 30/1984. El TS desestima la pretensión al considerar justificada la diferente percepción de los complementos específicos por Catedráticos y Profesores Titulares de Universidad, a la vista de que los trabajos desempeñados por unos y otros presentan diferencias, que no sólo consisten en la clase de cometidos asignados a tales puestos, sino también en el distinto nivel científico y académico con el que son realizados.

b) Principio de interdicción de la arbitrariedad: la formulación genérica de determinados requisitos en una normativa básica no lo infringe

No infringe el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos la formulación genérica en una normativa estatal de carácter básico de los requisitos del personal competente para atender las ambulancias asistenciales. La referencia genérica a “personas con formación adecuada” constituye una regulación mínima que permite a las Comunidades Autónomas formular el correspondiente desarrollo normativo precisando

IV. Fuentes del Derecho

los requisitos que estimen convenientes en relación con el personal destinado a prestar estos servicios (STS de 22 de mayo de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 6512).

c) Principio de irretroactividad de las normas: no lo infringe el establecimiento de nuevas condiciones que se aplican a partir de la entrada en vigor de la norma que las regula

La STS de 5 de octubre de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 8155, reitera la jurisprudencia constitucional y del TS sobre la irretroactividad de las normas. En este sentido, afirma que “la prohibición constitucional de retroactividad sólo es aplicable a derechos consolidados asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los futuros, condicionados ni a las expectativas”, añadiendo que “si bien es cierto que la irretroactividad de la ley tiene su fundamento y su límite en el respeto de los derechos adquiridos, no se comprenden en ellos las facultades legales y las simples expectativas que sí pueden regirse por la nueva ley, dado que solamente los primeros han entrado definitivamente en el patrimonio de la persona cuando nace la norma nueva y por derechos adquiridos se entiende que son aquellos que son consecuencia de hechos idóneos para producirlos, cumpliendo todos y cada uno de los requisitos que previene la norma jurídica derogada, habiendo entrado seguidamente en el patrimonio de la persona que los detenta”.

La Orden de 3 de abril de 1991 por la que se otorga el carácter de calificada a la denominación de origen La Rioja “no impone necesariamente la pérdida de calidad de los productos vinícolas ya elaborados con arreglo a la normativa antigua, sino que prevé las condiciones específicas a las que se han de ajustar en lo sucesivo dichos productos para ostentar la denominación de origen calificada que se introduce –no olvidemos– ex novo por el nuevo Reglamento”. Por otro lado, “ninguna razón apoya la conclusión de que la limitación que dicho artículo (el 27.4) autoriza a introducir por los respectivos Consejos en la elaboración de mostos, sangrías y vermouths, reduciéndola a la utilización de vinos descalificados o que no hubiesen obtenido la calificación haya de afectar a los que ya hubiesen sido elaborados sin esa limitación”. En consecuencia, el Tribunal descarta la infracción del principio de irretroactividad de las normas en ambos casos (STS de 15 de junio de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 6742).

D) Impugnación de disposiciones de carácter general: diferencia de efectos según se trate de un recurso directo o indirecto contra disposiciones generales

Reiterando su jurisprudencia (al respecto, por ejemplo, SSTS de 14 de abril, 17 de abril, 10 de mayo, 12 de mayo y de 18 de mayo de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 3779, 3780, 3782, 3793, 3795 y 3796, citadas en el número 9 de esta revista), el Tribunal Supremo distingue dos tipos de efectos según la forma en que se impugnen las disposiciones de carácter general:

– En el recurso directo, la nulidad de una disposición de carácter general implica la nulidad de todos los actos dictados en ejecución de la misma, sin perjuicio de que subsistan los actos firmes (STS de 10 de abril de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 4927).

– En el recurso indirecto, la nulidad del acto impugnado no implica la de la disposición cuya ilegalidad funda la anulación del acto administrativo, ni tampoco la de los demás actos dictados en ejecución de esa disposición. En este sentido, las SSTs de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Sección Segunda, de 17 de febrero, Ar. 4682 y 4683, 24 de febrero, Ar. 4696, 30 de junio, Ar. 4710, 21 de junio, Ar. 6843, 6844 y 6845, 24 de junio, Ar. 6847, 28 de junio, Ar. 6851, 1 de julio, Ar. 6855.

E) Control de la potestad reglamentaria: la inactividad u omisión reglamentaria sólo tiene trascendencia en los casos en que determina situaciones contrarias a la Ley; prohibición de que los jueces dicten un reglamento con contenido determinado

La STS de 15 de junio de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 6742, analiza la OM de 3 de abril de 1991 por la que se otorga el carácter de calificada a la Denominación de origen La Rioja y se aprueba el Reglamento de la misma y su Consejo Regulador. Este Reglamento no introduce ninguna referencia a la posibilidad que establece el Estatuto del Vino de 2 de diciembre de 1970 de que los Reglamentos de este tipo impidan la aplicación de los nombres comerciales, marcas, símbolos o leyendas publicitarias propios de la Denominación de Origen en la comercialización de otros artículos de la misma especie.

El Tribunal Supremo declara que, “si bien es admisible el control judicial de la inactividad u omisión reglamentaria, en el ejercicio de dicho control es preciso distinguir entre aspectos discrecionales y reglados; de suerte que la posibilidad de sustitución por vía judicial de la potestad administrativa ha de quedar subordinada a aquellos supuestos en que, o bien la Administración haga dejación de sus facultades competenciales atribuidas con carácter imperativo por la normativa legal, o bien cuando el silencio de la disposición reglamentaria suponga la creación implícita de una situación contraria a las leyes o a la Constitución”. Dado que en el supuesto analizado no se planteaba ninguna de estas dos circunstancias el Tribunal no anula el precepto del reglamento al que se imputaba la omisión de consignar la citada prohibición.

Evidentemente, como el propio Tribunal indica, en ningún caso el órgano judicial hubiera podido asumir una nueva redacción del precepto impugnado en virtud de lo dispuesto por el art. 71.2 LJCA de 1998.

6. PRINCIPIOS GENERALES

A) Principio de seguridad jurídica

a) No se vulnera por la posibilidad de que la norma en cuestión pueda ser arbitrariamente aplicada

La mera eventualidad del posible uso arbitrario por parte de la Administración del sistema de libre designación de funcionarios locales no vulnera el principio de seguridad jurídica, ya que la normativa establecida aparece redactada con la suficiente claridad. El “eventual uso torticero” de esta regulación, o “una aplicación de ella que incurra en desviación de poder” no genera *per se* la inconstitucionalidad del precepto, ya que en su caso tiene “en la jurisdicción contencioso-administrativa su cauce ordinario de control” (STC 235/2000, de 5 de octubre, BOE de 7 de noviembre, FJ 7º).

b) No lo infringen las simples omisiones o deficiencias técnicas

La Disposición Adicional Segunda de la Ley 17/1987, de 13 de julio, de la Administración Hidráulica de Cataluña elevó a rango legal las disposiciones reglamentarias reguladoras del incremento de la tarifa y del canon de saneamiento que debían ser aplicadas a los supuestos producidos antes de la entrada en vigor de la citada Ley. Esta Disposición suscita por su formulación genérica el problema de la identificación de los concretos preceptos reglamentarios que quedan integrados en el texto de la mencionada Ley; los recurrentes alegan que dicha indefinición vulnera el principio de seguridad jurídica. El Tribunal entiende que no se ha vulnerado el principio de seguridad jurídica porque la posible indefinición del alcance de la elevación del rango normativo no ha sido óbice en el presente caso para su identificación por parte de las partes personadas en la cuestión de inconstitucionalidad. En este caso no se ha producido por tanto infracción de la certeza como elemento que define el principio de seguridad jurídica (STC 273/2000, de 15 de noviembre, BOE de 14 de diciembre, FJ 10º).

c) No es un principio absoluto sino que puede ceder ante otros bienes o derechos constitucionales

Por Ley se eleva retroactivamente el rango de unos reglamentos reguladores del incremento de la tarifa y del canon de saneamiento de las aguas en Cataluña. Posteriormente estos reglamentos son anulados por el Tribunal Supremo por un vicio de procedimiento, en concreto por omisión del informe de la Secretaría General Técnica. La derogación posterior de estos reglamentos no afecta al principio de seguridad jurídica, ya que dicha anulación no incidió negativamente en la conducta de los ciudadanos, quienes pudieron ajustar su conducta a la legislación vigente. Aunque de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos puede deducirse un deber de los poderes públicos de observar los trámites esenciales para la elaboración de las normas jurídicas, “tales principios constitucionales, no cubren una eventual expectativa de que los poderes públicos permanezcan pasivos ante la concurrencia de un vicio procedimental que afecte a una norma cuya aplicación pueda favorecer la consecución de un

interés general”. En este sentido, el Tribunal destaca que el legislador autonómico con su actuación “ha tratado de garantizar la efectiva consecución de un interés de relevancia constitucional, como es la mejora de la calidad ambiental de las aguas”. En este caso este interés prevalece sobre el principio que garantiza la adecuación del procedimiento de elaboración de las normas al ordenamiento (art. 45 CE) (FJ 12º) (STC 273/2000, de 15 de noviembre, BOE de 14 de diciembre, FJ 12º).

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) La delimitación de una Unidad de Actuación es un acto administrativo y no una disposición general. **3. Procedimiento Administrativo.** A) La finalidad del expediente administrativo es permitir la participación de todo sujeto interesado para que, de forma contradictoria, se adopte la resolución final. B) No se produce la caducidad del procedimiento cuando está paralizado por causas ajenas a la voluntad del interesado. **4. Eficacia y ejecución forzosa.** A) Incorrección de notificación edictal. B) La ausencia de una notificación determina la ineficacia de la resolución administrativa, no su invalidez. C) Retroactividad. D) La autorización de entrada en el domicilio debe controlar el acto administrativo de cobertura, sin que pueda otorgarse de manera automática. **5. Invalidez del acto administrativo.** A) Notas características de la desviación de poder. La desviación de poder es una ilegalidad o irregularidad en sí misma, y puede darse el caso de que no sea acompañada por otro vicio. B) Nulidad de pleno de un acto dictado por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia. C) Principio de conservación de los actos: la invalidez de un acto no implica la invalidez de los actos sucesivos cuando éstos son independientes del primero. **6. Eliminación del acto administrativo.** A) Distinción entre “error material o de hecho” y “error de derecho”: el primero se caracteriza por poseer una realidad independiente de lo opinable y ser evidente.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre septiembre y diciembre de 2000 (marginales 4550 a 8200) respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y septiembre a noviembre de 2000 (marginales 767 a 1652) 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) La delimitación de una Unidad de Actuación es un acto administrativo y no una disposición general

La STS de 4 de julio de 2000, Sala Tercera, Sección Quinta, FD 5º, Ar. 7005, recoge la doctrina dominante en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que adopta el denominado criterio ordinamentalista para distinguir entre norma (disposiciones de carácter general) y acto administrativo, y sostiene que la delimitación de una Unidad de Actuación es un acto administrativo y no una norma, pues “(...) la delimitación de una Unidad de Actuación o su modificación, para su ejecución, y las determinaciones que efectúa al efecto el Plan, carecen de los elementos necesarios que permitan calificar a tal Delimitación como una verdadera norma o disposición administrativa de carácter general, sino más bien, siendo concretos y determinados sus destinatarios y su vigencia no indefinida sino referida a un concreto período de ejecución, la calificación adecuada debe ser la de acto administrativo singular (...)”.

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) La finalidad del expediente administrativo es permitir la participación de todo sujeto interesado para que, de forma contradictoria, se adopte la resolución final

La STS de 24 de abril de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 4901, tras precisar la naturaleza intrínsecamente contradictoria del procedimiento administrativo, niega que tenga carácter de interesado en el procedimiento por el que se establecen las normas generales técnicas para la construcción de un gaseoducto a un sujeto al que se le impondrá una servidumbre.

B) No se produce la caducidad del procedimiento cuando está paralizado por causas ajenas a la voluntad del interesado

Como señalan las SSTs de 1 de junio de 2000, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 6732, y 2 de junio de 2000, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 6734, la caducidad del procedimiento regulada en el art. 99.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 sólo se producía cuando la misma hubiese sido imputable a la conducta del interesado, máxime cuando la Administración no realizó ningún requerimiento.

4. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

A) Incorrección de notificación edictal

La STS de 17 de julio de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 7078, reitera nuevamente que la notificación edictal de una resolución administrativa sólo es posible en aquellos casos en que no pueda procederse a la notificación personal, lo que ocurrirá cuando el destinatario de la resolución actúe de forma que obstaculice y haga fracasar el éxito de la comunicación personal.

B) La ausencia de una notificación determina la ineficacia de la resolución administrativa, no su invalidez

En la STS de 20 de julio de 2000, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 6984, se pone de relieve una vez más la confusión existente en relación a los efectos de la falta de notificación de una resolución administrativa (cuyo contenido material en este caso concreto conocía el recurrente por lo que se desestima el recurso). Se solicita la nulidad de la resolución por suponer un defecto formal que provoca la indefensión del destinatario, aun cuando lo correcto hubiera sido señalar la ineficacia de la resolución por la falta de notificación.

La notificación de una resolución sin incorporar el contenido de los informes técnicos a los que se remite la resolución para su fundamentación no determina la nulidad del acto, simplemente se produce una notificación defectuosa que afecta a la eficacia de la resolución y que queda subsanada por la interposición del recurso administrativo procedente, como señala la STS 12 de abril de 2000, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 4934.

C) Retroactividad

La STS de 10 de abril de 2000, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 4931, considera correctamente que la publicación de un Plan de urbanismo 6 meses después del otorgamiento de una licencia no puede suponer que aquél tenga eficacia retroactiva bajo la cobertura del art. 45.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo (art. 57 LRJPAC), puesto que en el caso concreto existían terceros que podían ver perjudicados sus intereses, en concreto los recurrentes. Tampoco la STS de 4 de julio de 2000, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 5714, admite la retroactividad del Real Decreto que aprueba el Padrón municipal de habitante, puesto que en la fecha que se pretende no concurría la condición de residentes de todas las personas que aparecen inscritas en el Padrón del año posterior.

D) La autorización de entrada en el domicilio debe controlar el acto administrativo de cobertura, sin que pueda otorgarse de manera automática

Ante la necesidad de entrada en el domicilio de un sujeto para proceder a la ejecución subsidiaria de desalojo, la autorización del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo debe comprobar, como señala la STSJ de Andalucía, Sala de Granada, de 3 de octubre de 2000, Ar. 1519, si el destinatario ha recibido la notificación del acto de cobertura que le permita tener constancia formal e inequívoca de su contenido, teniendo un plazo adecuado para

proceder a su cumplimiento voluntario, analizando la legalidad aparente de la resolución y garantizando que la irrupción se produzca en los términos estrictamente necesarios. En el supuesto analizado, el Juzgado actúa correctamente al comprobar simplemente que la orden de desalojo encuentra su fundamento en el vigente plan de urbanismo.

5. INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Notas características de la desviación de poder. La desviación de poder es una ilegalidad o irregularidad en sí misma, y puede darse el caso de que no sea acompañada por otro vicio

La STS de 5 de abril de 2000, Sala Tercera, Sección Quinta, FD 7º, Ar. 6140, declara la existencia del vicio de desviación de poder y resume las notas que la doctrina y la jurisprudencia vienen predicando de dicha figura legal, en las siguientes:

“(…) a) El ejercicio de potestades administrativas abarca subjetivamente toda la diversidad de órganos de la Administración Pública, en la extensión que a este concepto legal le reconoce la ley.

b) La actividad administrativa tanto puede consistir en un hacer activo como en una deliberada pasividad, cuando concurre en el órgano administrativo competente una obligación específica de actuación positiva, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta Sala (...).

c) Aunque el terreno más apropiado para su prolífico desarrollo es el de la llamada actividad discrecional de la Administración, no existe obstáculo que impida, apriorísticamente, su aplicación a la actividad reglada, pues si el vicio de desviación de poder es más difícil aislarlo en el uso de las potestades o facultades regladas, no lo es menos que nada se opone a la eventual coexistencia genérica con tales elementos reglados del acto, para encubrir una desviación del fin público específico asignado por la norma.

d) En cuanto a la prueba de los hechos en la desviación de poder, siendo genéricamente grave la dificultad de una prueba directa, resulta viable acudir a las presunciones que exigen unos datos completamente acreditados al amparo del artículo 1249 del Código Civil, con un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano y a tenor del artículo 1253 del Código Civil se derive en la persecución de un fin distinto del previsto en la norma la existencia de tal desviación (...).

e) Finalmente, la necesaria constatación de que en la génesis del acto administrativo se ha detectado la concurrencia de una causa ilícita, reflejada en la disfunción manifiesta entre el fin objetivo que emana de su naturaleza y su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio, se erigen como elementos determinantes para su estimación, en la forma que vienen declarando reiteradas sentencias de esta Sala (...) al insistir en que el vicio de desviación de poder, consagrado a

V. Actos, Procedimiento y Contratos

nivel constitucional en el art. 106.1, precisa para poder ser apreciado que quien lo invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde, los pruebe cumplidamente, no se funde en meras opiniones subjetivas ni suspicacias interpretativas, ni tampoco se base en una oculta intención que lo determine (...).”

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 30 de junio de 2000, Sala Tercera, Sección Séptima, FD 5º, Ar. 4776.

Además, la referida Sentencia de 5 de abril de 2000, en su FD 8º, rechaza la afirmación de que “en todos los casos en que la jurisprudencia aprecia desviación de poder se constata una ilegalidad o irregularidad del acto”, ya que entiende que “(...) la desviación de poder es una ilegalidad o irregularidad en sí misma, y puede darse el caso de que no sea acompañada por otro vicio. Esto último será poco frecuente, ya que si la Administración puede servirse aparentemente del Derecho para conseguir finalidades torcidas no será normal que además adorne su actuación con otras ilegalidades. Pero esto no obsta a que, ontológicamente, y dejando aparte dificultades de prueba, la desviación de poder pueda ser en ciertos casos el único vicio que haga a un acto administrativo disconforme a Derecho (...)”.

En esta materia téngase también en cuenta la STS de 14 de julio de 2000, Sala Tercera, Sección Séptima, FFDD 2º y 3º, Ar. 7714.

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

La STS de 5 de junio de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, FFDD 2º y 3º, Ar. 4910, reitera la doctrina que viene manteniendo nuestro Alto Tribunal y declara 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) LRJPAC: 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 de la 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 y 10 de esta revista.

C) Principio de conservación de los actos: la invalidez de un acto no implica la invalidez de los actos sucesivos cuando éstos son independientes del primero

La STS de 27 de junio de 2000, Sala Tercera, Sección Séptima, FFDD 4º, 5º y 6º, Ar. 5691, establece que —en aplicación del principio de conservación de los actos contenido en el art. 66 LRJPAC (antiguo art. 50.1 LPA)—, la ejecución de la Sentencia por la que se anula el acuerdo de adjudicación del Servicio de Recaudación Municipal a favor de don A.T. “(...) no debe comprender la nulidad de todos los actos nacidos al amparo del Acuerdo

de Adjudicación, tales como requerimientos de pago, embargos, vías de apremio y demás actos ejecutivos que implicaran ejercicio de autoridad, realizados por el señor T. desde el día de su nombramiento como recaudador municipal, por ser actos que no son consecuencia del anulado, ya que, si bien la naturaleza del procedimiento exige una combinación de actos, ésta no se produce cuando la invalidez del acto no implica, en los términos del art. 50.1 LPA (...) la invalidez de los actos sucesivos del procedimiento cuando son independientes del primero, lo que ha sucedido en este caso, pues el acuerdo de adjudicación afecta al *status* profesional del designado y los actos posteriores tienen carácter independiente y se insertan en el procedimiento recaudatorio (...) a) La ineficacia no se transmite, en este caso, a los actos posteriores que no son consecuencia de los anulados, por no darse la necesaria causalidad con los anteriores. b) El cambio de titular puede implicar o no un posible cambio de criterio al volver a hacer un acto o cumplir un trámite, pero la eficacia de los actos posteriores de contenido económico (requerimientos de pago, embargos, vías de apremio, etc.) subsistirán con plena validez, salvo que se utilice la revisión de oficio, por tratarse de actos declarativos de derecho, o se haga uso de los recursos procedentes (...).”

6. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Distinción entre “error material o de hecho” y “error de derecho”: el primero se caracteriza por poseer una realidad independiente de lo opinable y ser evidente

La STS de 13 de junio de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, FD 3º, Ar. 6531, mantiene, en consonancia con la precedente jurisprudencia del TS, sobre el concepto de “error material o de hecho” en que puede incurrir una resolución administrativa, art. 105.3 LRJPAC (antiguo art. 111 LPA), que “(...) al enfrentarnos al problema capital que surge en relación a aquella noción, cual es el de marcar la frontera o las diferencias entre el error material, de hecho o aritmético y el error de derecho, hemos negado que estemos en presencia del primero siempre que su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica, entendiendo que aquél, el error material, de hecho o aritmético, se caracteriza por poseer una realidad independiente de lo opinable; por ser evidente; hasta el punto de negar la facultad de rectificación prevista en aquellos preceptos en los casos de duda o cuando la comprobación del error exija acudir a datos de los que no hay constancia en el expediente administrativo. Se trata, en fin, de una interpretación especialmente rigurosa de aquella noción, exigible para evitar que a través de una actuación no sujeta a formalidad alguna ni a límite temporal se modifique en lo más mínimo el significado jurídico de los actos administrativos (...).”

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

Contratos de las Administraciones Públicas

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Ámbito de aplicación. A) No es conforme a derecho la contratación de una empresa particular para una función como la de gestión recaudatoria.

3. Contratos administrativos y contratos privados de la Administración. A) La relación jurídica entre el propietario de un vehículo y el Ente público AENA como titular del parking del aeropuerto es la de un contrato administrativo atípico. B) No tiene naturaleza administrativa el cuasi contrato de gestión de negocios ajenos entre una Corporación Local y una sociedad mercantil. C) Tiene naturaleza administrativa la enajenación por un Ayuntamiento de parcelas a una sociedad mercantil que queda condicionada a la construcción de viviendas acogidas al Plan Nacional de Viviendas. **4. Actos preparatorios y requisitos de**

los contratos. A) De carácter personal. a) Técnico competente para redactar el proyecto de obras de construcción de un pabellón polideportivo. b) Clasificación administrativa del contratista: su exigencia no restringe la libre competencia y, aunque sustituye a la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, es un factor que influye en la decisión de los órganos de contratación. B) De carácter real. a) La inclusión de un proyecto de obras municipales en un Plan Provincial de Obras y Servicios sirve para acreditar que el municipio encargó la redacción del proyecto y que tiene por ello el deber de abonarlo. b) Impugnación de acuerdo municipal de ejecución de obras sin la necesaria consignación presupuestaria y con una referencia al suelo sobre el que se van a realizar las obras contraria con su clasificación urbanística. **5. Formas de adjudicación.** A) Concurso. a) La necesidad de motivar la decisión. b) Límites a la discrecionalidad administrativa y a su control judicial. c) Nulidad del concurso en el que los criterios de adjudicación carecían de concreción. d) No es conforme a derecho la adjudicación de un contrato por cuatro años cuando los Pliegos de cláusulas administrativas particulares establecían dos años renovables por otros dos bajo una serie de condiciones. e) Aclaraciones de las ofertas realizadas en la fase previa a la selección de los contratistas que suponen una modificación de las propuestas inicialmente presentadas no constituyen un procedimiento negociador que transforme la adjudicación por concurso en adjudicación directa. f) Anulación de pliego de condiciones que contiene una cláusula

limitativa y exclusiva: vulneración del principio de libre concurrencia. B) Procedimiento negociado. a) En este procedimiento está legitimada a impugnar el resultado de la adjudicación cualquier persona que tenga o hubiera podido tener interés en la adjudicación del contrato, con independencia de su participación previa en el mismo. b) La contratación directa ostenta un carácter absolutamente excepcional. c) La LCAP ha establecido la posibilidad y no la obligación de utilizar los procedimientos de contratos menores y del procedimiento negociado sin publicidad. **6. Régimen jurídico de los contratos.** A) Prerogativas de la Administración. a) Facultad de modificación. B) Técnicas de garantía del equilibrio financiero. a) Imposibilidad de indemnización al contratista por suspensión temporal de las obras debido a la interposición por tercero de interdicto de obra nueva. Riesgo y ventura del contratista. b) Doctrina del enriquecimiento injusto: su aplicación exige como requisito imprescindible una relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento. c) Cláusula contractual en la que se concretan las causas que pueden dar lugar al incremento del precio del contrato. d) Cláusula contractual que excluye la revisión de precios: ha de venir motivada. C) No es conforme a derecho la cláusula contractual que introduce una nueva penalidad al margen de las previsiones legales. D) Resolución de los contratos. a) Por suspensión de pagos. b) Audiencia al avalista en la resolución de los contratos. **7. Contratos administrativos típicos.** A) Contrato de obra. a) El plazo de garantía en los contratos cumple la finalidad de comprobación del estado real de la obra, interrumpiéndose cuando se descubren vicios o defectos. b) Supuesto de prórroga tácita. c) Exceso en la obra ejecutada. d) Exceso de obra a instancia del Ayuntamiento contratante: enriquecimiento injusto. e) Ejecución de obras municipales por la propia Administración. f) Endoso de las certificaciones de obras: legitimación del endosante perjudicado para solicitar intereses moratorios de la certificación. B) Contrato de suministro. a) No procede la bonificación por pronto pago.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca los meses de mayo, junio y julio de 2000, por lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En el caso de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia se analizan las sentencias de febrero a mayo.

Son numerosas las sentencias recaídas durante este período en materia de contratación administrativa. Destacan aquellas que anulan los contratos adjudicados para la recaudación

de tributos, con independencia de que el objeto contractual se limite a la prestación de asistencia técnica y material a la Administración. También son de interés las sentencias sobre la actividad discrecional de la Administración en el concurso, en el que se aprecian líneas jurisprudenciales contradictorias a la hora de establecer el alcance del control judicial.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

A) No es conforme a derecho la contratación de una empresa particular para una función como la de gestión recaudadora

Éste es el pronunciamiento de la STS de 27 de junio de 2000, Ar. 5495, en la que se declara nula la adjudicación del contrato, considerando que al ser la recaudación de los recibos por recogida de residuos sólidos y alcantarillado una función pública, no cabe su ejercicio por particulares.

La misma doctrina mantiene la STS de 13 de junio de 2000, Ar. 4778, a pesar de que la recurrente, la empresa particular a la que se le adjudicó el contrato cuyo objeto era la gestión de los ingresos municipales por impuestos, tasas, precios públicos y sanciones e infracciones, sostenía que el contrato debía ser calificado como contrato de asistencia.

3. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS DE LA ADMINISTRACIÓN

A) La relación jurídica entre el propietario de un vehículo y el Ente público AENA como titular del parking del aeropuerto es la de un contrato administrativo atípico

Ésta es la doctrina que sienta la STSJ de Madrid de 5 de abril de 2000, Ar. 1187, que sigue en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1996, Ar. 7238, que, en un supuesto similar, configuró la relación entre el propietario del vehículo y la entidad titular del parking del mismo modo, al considerar que la obligación del usuario es la de pagar el canon y las del titular las de tener libre una plaza que aparece como disponible y la restitución del vehículo cuando el cliente ha pagado y se dispone a retirarlo.

Para llegar a esta consideración el Tribunal califica la actuación de AENA de gestión y explotación de los parking del Aeropuerto Madrid/Barajas, instalados en terrenos de dominio público, como una actividad prestacional de la Administración enmarcada dentro del ámbito de la explotación y gestión de los servicios de tránsito aéreo, como servicio auxiliar a éste.

B) No tiene naturaleza administrativa el cuasi contrato de gestión de negocios ajenos entre una Corporación Local y una sociedad mercantil

Así lo declara la STS de 22 de mayo de 2000, Ar. 4815, respecto de la relación existente entre un Ayuntamiento y una empresa privada, en virtud de la cual aquél viene obligado a responder por los gastos que origina a dicha empresa la decisión de la Junta de

Puerto de cambiar el destino de los terrenos anteriormente cedidos a aquélla y que ahora van a ser utilizados por el Ayuntamiento como recinto ferial.

C) Tiene naturaleza administrativa la enajenación por un Ayuntamiento de parcelas a una sociedad mercantil que queda condicionada a la construcción de viviendas acogidas al Plan Nacional de Viviendas

Esto sostiene la STS de 30 de mayo de 2000, Ar. 5153, aunque se trate de un contrato de compraventa. El Tribunal, siguiendo jurisprudencia anterior, deriva tal carácter de la circunstancia del fin público a cuya satisfacción se orienta el contrato, y que se pone de manifiesto, entre otras cosas, por el compromiso del Ayuntamiento de correr con los gastos de la urbanización y de las demás condiciones del acuerdo, que parecen requerir, en su conjunto, la especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato y porque, además, dicha finalidad de la compraventa se enmarca dentro de las competencias municipales.

4. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

A) De carácter personal

a) Técnico competente para redactar el proyecto de obras de construcción de un pabellón polideportivo

En la STSJ de Extremadura de 14 de abril de 2000, Ar. 1078, se hace referencia de forma profusa a la doctrina del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia sobre la delimitación de competencias de los técnicos titulados por las distintas escuelas universitarias. El tribunal extremeño llega a la conclusión de que no existe una jurisprudencia clara en orden a atribuir a uno o a otro colectivo profesional —en el caso enjuiciado, arquitectos e ingenieros de caminos— la elaboración y ejecución del proyecto de obra de un edificio, que, aunque no esté destinado a vivienda, sí que soportará una importante afluencia humana. Además, el objeto constructivo no es sólo la construcción del edificio sino también la urbanización de la parcela y sus accesos perimetrales. Este dato, unido a que existe jurisprudencia que permite la participación de los ingenieros de caminos cuando la redacción del proyecto, como es el caso, se atribuye a un equipo pluridisciplinar, le lleva a declarar no conforme a derecho el concurso abierto para la contratación del proyecto y ejecución del pabellón debido a que en él no se otorgaba expresamente posibilidad de participar a los ingenieros de caminos.

b) Clasificación administrativa del contratista: su exigencia no restringe la libre competencia y, aunque sustituye a la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, es un factor que influye en la decisión de los órganos de contratación

Así lo aprecia la STSJ de Galicia de 18 de mayo de 2000, Ar. 1497, que aplica la Orden de 28 de marzo de 1968, por la que se dictan normas complementarias para la clasificación de contratistas de obras del Estado, y en la que se exige una especial clasificación

V. Actos, Procedimiento y Contratos

cuando la obra presenta ciertas peculiaridades, lo que se entiende probado en el caso enjuiciado (construcción de la Facultad de Ciencias que presenta unas características específicas en comparación con otros edificios para usos docentes universitarios, como estudio de radio, platós de televisión y cine, etc.)

En la misma sentencia se aclara que, si bien es cierto que la exigencia de clasificación sustituye a la solvencia económica, financiera y técnica o profesional en el momento de la admisibilidad, puede ser un factor utilizado posteriormente para decidir la contratación.

B) De carácter real

a) La inclusión de un proyecto de obras municipales en un Plan Provincial de Obras y Servicios sirve para acreditar que el municipio encargó la redacción del proyecto y que tiene por ello el deber de abonarlo

Ésta es la conclusión a la que llega el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en STSJ de Galicia de 17 de febrero de 2000, Ar. 1027, con respecto a dos proyectos de obras municipales en relación a los cuales se reclaman los honorarios aunque no consta una formal adjudicación de su redacción al reclamante.

b) Impugnación de acuerdo municipal de ejecución de obras sin la necesaria consignación presupuestaria y con una referencia al suelo sobre el que se van a realizar las obras contraria con su clasificación urbanística

La STS de 23 de mayo de 2000, Ar. 5151, considera que no cabe anular dicho acuerdo municipal debido a que fue aprobado bajo condición de que su inicio quedaría subordinado a que el inminente presupuesto que iba a ser aprobado incluyera el crédito necesario, y a que se tramitara la modificación del planeamiento que resultaba necesaria para lograr una clasificación del suelo que permitiera las obras.

Idéntica solución recibe el supuesto de la STS de 16 de junio de 2000, Ar. 6022, en la que el contrato se adjudicó con base en un plan que se encontraba sólo en fase de tramitación y no había adquirido aún vigencia.

5. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

A) Concurso

a) La necesidad de motivar la decisión

El Tribunal Supremo en las Sentencias de 30 de mayo de 2000, Ar. 5154 y de 20 de julio de 2000, Ar. 7450, considera que, aunque en la forma de adjudicación de concurso la Administración goza de un cierto margen de discrecionalidad, esto no puede confundirse con una facultad de elección totalmente libre, por lo que es imprescindible la motivación de la decisión para el control de la actuación administrativa. Dicha motivación, como refiere la STS de 13 de junio de 2000, Ar. 4777, ha de realizarse bajo el

entendimiento de que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso se establecen los criterios que han de servir de base para la adjudicación, y señalando en cada caso cuáles son los criterios empleados.

En aplicación de esta doctrina, la **STS de 16 de mayo de 2000**, Ar. 4812, considera conforme a derecho la actuación de la Administración portuaria que declara desierto un concurso para adjudicar la explotación de unas naves como almacenes portuarios al presentarse una única oferta para utilizarlas como centro de exposición de obras de arte.

Asimismo en la **STSJ de Murcia de 17 de mayo de 2000**, Ar. 848, se hace especial hincapié en la necesidad de motivar el acuerdo por el que la Administración declara el concurso desierto, máxime cuando, conforme al art. 58 de la Ley de Bases de Régimen Local 7/1985, de 2 de abril, puede hacerlo aunque existan participantes que reúnan las condiciones exigidas en el pliego por el que se rige.

b) Límites a la discrecionalidad administrativa y a su control judicial

En relación con esta cuestión, la **STS de 21 de julio de 2000**, Ar. 7095, reitera consolidada doctrina jurisprudencial, conforme a la cual el juicio de la Administración será discrecional “si la ley o la convocatoria no determinasen motivos de preferencia, por lo que esta discrecionalidad ha de ser apreciada teniendo en cuenta el concepto del interés público y la elección entre varias soluciones, atendiendo no a criterios estrictamente subjetivos de la Administración, puesto que su decisión puede quedar sometida al control jurisdiccional cuando esa elección se ha producido conculcando el interés público para cuya defensa fue concebida la discrecionalidad”.

Separándose de esta tradicional línea jurisprudencial, una nueva corriente, de la que son exponente las **SSTS de 30 de mayo de 2000**, Ar. 5154, **de 13 de junio de 2000**, Ar. 4777, y **de 19 de julio de 2000**, Ar. 7428, se inclina por un control más intenso de la decisión administrativa basado en que la expresión proposición “más ventajosa” es un concepto jurídico indeterminado “que actúa como un mecanismo de control que permite llegar a que sólo una decisión sea jurídicamente posible, siendo injustas o contrarias al ordenamiento jurídico las restantes”.

Asimismo, en la citada Sentencia de 21 de julio de 2000, se afirma, siguiendo constante jurisprudencia —recientemente la **STSJ de Murcia de 17 de mayo de 2000**, Ar. 848—, que nunca los Tribunales de Justicia sustituirán a la Administración en la determinación de los elementos de oportunidad y conveniencia tenidos en cuenta a la hora de decidir la adjudicación.

c) Nulidad del concurso en el que los criterios de adjudicación carecían de concreción

Así lo estima la **STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de marzo de 2000**, Ar. 437, que considera que la determinación de tales criterios es una exigencia legal derivada del art. 87 LCAP, que se refiere:

V. Actos, Procedimiento y Contratos

“Primero, a criterios objetivos, y difícilmente lo serán si su indeterminación impide una aplicación mínimamente reglada de los mismos. Y, además, en segundo lugar, da ejemplos concretos y específicos de criterios a considerar, que demuestran que los mismos han de tener una mínima concreción y tangibilidad, y no ser agrupados bajo fórmulas genéricas que sólo propician la posibilidad de arbitrariedad.”

Sobre esta misma cuestión vid. *Justicia Administrativa*, núm. 10, Crónica V.

d) No es conforme a derecho la adjudicación de un contrato por cuatro años cuando los Pliegos de cláusulas administrativas particulares establecían dos años renovables por otros dos bajo una serie de condiciones

Es el supuesto del que conoce la STS de 23 de junio de 2000, Ar. 6024.

e) Aclaraciones de las ofertas realizadas en la fase previa a la selección de los contratistas que suponen una modificación de las propuestas inicialmente presentadas no constituyen un procedimiento negociador que transforme la adjudicación por concurso en adjudicación directa

Así lo entiende la STS de 16 de junio de 2000, Ar. 6022, en la que el objeto del contrato era la ejecución de un plan parcial por el sistema de expropiación forzosa, que no versaba sobre un concreto y predeterminado resultado edificatorio, sino que, dentro de las opciones posibles permitidas por las determinaciones del planeamiento, se permitía a las ofertas que definieran la concreta opción edificatoria que presentaban al concurso.

f) Anulación de pliego de condiciones que contiene una cláusula limitativa y exclusiva: vulneración del principio de libre concurrencia

La STS de 19 de septiembre de 2000, Ar. 7976, confirma la sentencia recurrida, que anula de las cláusulas administrativas una frase que constituye, en opinión del Tribunal, “una cláusula limitativa y exclusiva que si bien avala una garantía en el suministro, procediendo a fijar unas características técnicas óptimas, la consecuencia que se extrae de dicha valoración es que la cláusula (...) vulnera el principio de libre concurrencia (...)” (FJ 7º). En concreto, la mencionada cláusula exige que, si el licitador fuera distribuidor o representante oficial de una determinada firma, debe acreditar y hacer constar el certificado acreditativo de que está en posesión de las características y la autorización de la empresa para efectuar el suministro directo de los repuestos objeto del contrato (FJ 2º).

B) Procedimiento negociado

a) En este procedimiento está legitimada a impugnar el resultado de la adjudicación cualquier persona que tenga o hubiera podido tener interés en la adjudicación del contrato, con independencia de su participación previa en el mismo

Esto afirma la STSJ de Cantabria de 12 de mayo de 2000, Ar. 1184, teniendo en cuenta que, a diferencia de los procedimientos de adjudicación de contratos mediante concur-

so o subasta, en los que la participación en los mismos es abierta, de tal manera que sólo resultan legitimados para impugnar la adjudicación quienes han intervenido como participantes, este otro tipo de procedimiento no es público ni abierto, debido a que se excluyen del mismo todas las personas no directamente seleccionadas por la Administración.

b) La contratación directa ostenta un carácter absolutamente excepcional

Esta afirmación se contiene en la STS de 30 de mayo de 2000, Ar. 5152, en la que se anula una adjudicación del arrendamiento de unos bienes propios de una Corporación local.

c) La LCAP ha establecido la posibilidad y no la obligación de utilizar los procedimientos de contratos menores y del procedimiento negociado sin publicidad

Así lo estima la STSJ de Galicia de 14 de abril de 2000, Ar. 1329, que, en este sentido, afirma:

“la utilización del contrato menor como la del procedimiento negociado por razón de la cuantía son meras posibilidades que, para agilizar la contratación administrativa, se incorporan a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, (...) y, que aun en los supuestos de cuantías inferiores que autorizarían la celebración de un contrato menor o la utilización del procedimiento negociado, el órgano de contratación, para someter su actividad contractual a un mayor control y para favorecer en definitiva la libre concurrencia y la transparencia en la contratación pública, puede acordar la celebración de contratos de cuantía inferior con sujeción a procedimientos abiertos o restringidos, es decir a licitación pública, sin necesidad de acudir para justificar tal posibilidad más que a los principios de publicidad y concurrencia, básicos en la contratación administrativa, y al carácter excepcional de su no aplicación (art. 11 LCAP)”.

6. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS

A) Prerogativas de la Administración

a) Facultad de modificación

Para modificar una cláusula contractual, la Administración no ha de recurrir al procedimiento de revocación de sus propios actos, por lo que no ha de realizar una previa declaración de lesividad o impugnarlos judicialmente. Esta doctrina se contiene en la STS de 26 de junio de 2000, Ar. 6702.

En la STSJ de la Rioja de 8 de mayo de 2000, Ar. 1200, se declara sobre esta facultad administrativa:

V. Actos, Procedimiento y Contratos

“hay que rechazar la idea de que el contrato se celebra ‘a riesgo y ventura del contratista’ implique que recaigan sobre éste las consecuencias perjudiciales de una modificación de las condiciones contractuales que se deba a voluntad propia y exclusiva del contratante, aunque se trate de la propia Administración”.

B) Técnicas de garantía del equilibrio financiero

a) Imposibilidad de indemnización al contratista por suspensión temporal de las obras debido a la interposición por tercero de interdicto de obra nueva. Riesgo y ventura del contratista

Ésta es la doctrina que se sienta en la STS de 16 de mayo de 2000, Ar. 4811, que sigue en este punto a la STS de 3 de febrero de 2000, Ar. 1587. Sobre este último pronunciamiento *vid.* Justicia Administrativa, núm. 10, Crónica V.

b) Doctrina del enriquecimiento injusto: su aplicación exige como requisito imprescindible una relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento

Así se expresa el Tribunal Supremo en STS de 12 de junio de 2000, Ar. 4773, en la que se desestiman las pretensiones resarcitorias de una empresa que había concertado con otra la ejecución de unas obras para las que sólo esta última había sido contratada por un Ayuntamiento. El Tribunal fundamenta su decisión en que no existía ninguna relación jurídica entre la Administración y la empresa reclamante.

c) Cláusula contractual en la que se concretan las causas que pueden dar lugar al incremento del precio del contrato

La STSJ de Galicia de 18 de mayo de 2000, Ar. 1497, entiende que una cláusula de este tipo por la que no se permite el incremento del precio a lo largo de la vigencia del contrato “excepto por exceso de mediciones en las cementaciones o cambios necesarios en las mismas” no vulnera los artículos 102 y 146 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones públicas.

d) Cláusula contractual que excluye la revisión de precios: ha de venir motivada

Encuentra su fundamento en el art. 104 de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas. Así lo aprecia el Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, en STSJ de 8 de mayo de 2000, Ar. 1200.

C) No es conforme a derecho la cláusula contractual que introduce una nueva penalidad al margen de las previsiones legales

La STSJ de la Rioja de 8 de mayo de 2000, Ar. 1200, anula la previsión contractual conforme a la cual se autoriza una indemnización de 100.000 pesetas por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar el retraso imputable al contratista, al considerar además

que no respondería del montante real de los daños y perjuicios que efectivamente se hubieren irrogado con el retraso a la Administración contratante.

D) Resolución de los contratos

a) Por suspensión de pagos

En la SAN de 23 de marzo de 2000, Ar. 601, se recurre el acuerdo de la Administración por la que se incauta de la fianza del contratista ante el incumplimiento contractual de éste. A este respecto el Tribunal afirma “que carece de virtualidad la suspensión de pagos porque sólo afectó a una de las empresas que formaban la Unión Temporal de empresas a la que la Administración había adjudicado el contrato”, y porque esta situación legal “sólo determina efectos jurídicos en relación con la intervención judicial de las operaciones a efectuar en el tráfico jurídico-comercial por la entidad suspensa, pero no afecta al cumplimiento de las obligaciones nacidas de los contratos por ella concertados, de modo que esta situación no afecta a su obligación, conforme a lo pactado, de subsanar las deficiencias y anomalías detectadas al tiempo de la recepción definitiva de las obras, cuyo incumplimiento contractual genera el derecho de la Administración de proceder a la incautación de la fianza definitiva prestada, al amparo del art. 115 de la Ley de Contratos del Estado”.

b) Audiencia al avalista en la resolución de los contratos

El avalista del adjudicatario, a tenor de constante doctrina jurisprudencial, goza de interés legítimo en el procedimiento contradictorio de incautación definitiva de la fianza por el incumplimiento contractual del contratista, como recuerda la SAN de 23 de marzo de 2000, Ar. 601, en la que se considera que “aunque la legislación de contratos entonces vigente –Ley de Contratos del Estado– no exige la notificación ni audiencia del avalista, ésta se deriva de los artículos 24 y 105 de la Constitución, y artículos 34 y concordantes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”. No obstante, finalmente la sentencia no anula la resolución por falta de audiencia, pues sostiene que al no tratarse de un procedimiento sancionador la infracción de audiencia al interesado no es determinante de la nulidad o anulabilidad del acto administrativo, sobre todo teniendo en cuenta que la entidad recurrente había procedido a interponer el correspondiente recurso administrativo contra la resolución que le perjudicaba.

7. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

A) Contrato de obra

a) El plazo de garantía en los contratos cumple la finalidad de comprobación del estado real de la obra, interrumpiéndose cuando se descubren vicios o defectos

En la STS de 30 de mayo de 2000, Ar. 4768, se afirma que cuando se produce tal cosa la Administración procede a la denegación de la recepción provisional, de modo que sigue

subsistiendo la relación jurídica contractual con la obligación por parte del contratista de llevar a cabo las reparaciones necesarias para la correcta realización de la prestación en el plazo que señala el artículo 174 del Reglamento General de Contratación del Estado.

b) Supuesto de prórroga tácita

El Tribunal Superior de Justicia de la Rioja en la **STSJ de 10 de abril de 2000**, Ar. 988, considera que el retraso en la ejecución de la obra no exonera a la Administración del cumplimiento de sus obligaciones contractuales cuando no se ha protestado contra él y se ha producido la recepción provisional de la obra. La opción que permite el art. 137 del Reglamento General de Contratación entre pedir la resolución del contrato con pérdida de fianza o imponer penalidades ha de ejercitarse en el momento en el que el contratista incumpla su obligación de ejecutar la obra en los plazos pactados y no años después.

c) Exceso en la obra ejecutada

El coste del exceso de obra sólo podrá ser imputado a la Administración cuando haya sido pactado entre ella y el contratista pues, en otro caso, quedaría a la libre voluntad del constructor el volumen de la obra. Esto sostiene la **STSJ de Madrid de 21 de febrero de 2000**, Ar. 1146, en la que el Tribunal aprecia que en el caso examinado el exceso de obra fue pactado entre ambas partes o que, en cualquier caso, la Administración dio su consentimiento a las obras realizadas fuera de proyecto pues, en otro caso, no se entiende que las recibiera sin oponer reparo alguno. Esto concluye la sentencia, toda vez que, aunque no hubiera prueba documental que acreditase tal convenio, los hechos, recepción provisional y definitiva de las obras, indicaban que la Administración estaba de acuerdo con la obra entregada, de lo que cabía deducir que, al menos tácitamente, aceptó el referido exceso.

d) Exceso de obra a instancia del Ayuntamiento contratante: enriquecimiento injusto

La **STS de 21 de julio de 2000**, Ar. 7759, sostiene que el Ayuntamiento demandado es el responsable del exceso de obra litigioso y, a partir de este hecho, la sentencia de instancia justificó el derecho del contratista a que le fuera abonado ese exceso mediante la aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa (FJ 1º).

La teoría del enriquecimiento sin causa es de aplicación “cuando concurren estos requisitos: un enriquecimiento o ventaja patrimonial por parte de alguien (en este caso el Ayuntamiento demandado en el proceso de instancia); un paralelo empobrecimiento por parte de otra persona (en este caso la mercantil recurrente), y la ausencia de causa o justificación jurídica en ese enriquecimiento” (FJ 3º).

e) Ejecución de obras municipales por la propia Administración

En la citada **STS de 23 de mayo de 2000**, Ar. 5151, el Tribunal Supremo anula un acuerdo municipal que decide ejecutar los trabajos por el sistema de administración directa, en la medida que en él no se consigna ni detalla cuáles son los elementos auxiliares de que dispone el Ayuntamiento cuya utilización sería determinante de esa celeridad. En

definitiva, el Ayuntamiento no acaba de demostrar en el caso enjuiciado la triple exigencia que deriva del art. 60 de la Ley de Contratos del Estado para proceder a la ejecución directa.

f) Endoso de las certificaciones de obras: legitimación del endosante perjudicado para solicitar intereses moratorios de la certificación

La STS de 25 de julio de 2000, Ar. 7454, consolida la doctrina, sentada por la STS de 28 de septiembre de 1993, Ar. 6627, según la cual el endosante es el que se ve perjudicado por la demora en el pago de la certificación aun cuando el mismo se realice a la entidad endosataria ya que ésta descuenta una cantidad de dinero variable en función de la cuantía de la certificación y del tiempo de demora, resultando así que el perjuicio por el retraso en el pago de las certificaciones recae en el endosante y no en el endosatario. Desde esta perspectiva el verdadero perjudicado por la posible demora en el pago de las certificaciones de obras es el endosante, no la entidad endosataria, por lo que dicho endosante tiene un interés legítimo directo en la reclamación de los posibles intereses devengados por la demora en el pago de la certificación, ya que van a paliar los perjuicios sufridos por tal retraso, pese a que la certificación haya sido endosada.

B) Contrato de suministro

a) No procede la bonificación por pronto pago

En el supuesto enjuiciado en la STSJ de Murcia de 15 de marzo de 2000, Ar. 449, se deniega al contratista el abono de la bonificación pactada “por pronto pago”, toda vez que se entiende que la oferta, única presentada al concurso de suministro de instrumentos musicales, había sido admitida porque, aunque no se ajustaba a las condiciones económicas establecidas en el Pliego, podía cumplirlas si se les aplicaba desde el inicio la bonificación pactada sin necesidad de esperar al cumplimiento del contrato.

JULIA ORTEGA BERNARDO

MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Administración local. A) Las competencias de las Entidades Locales Menores. B) Servicios de las Corporaciones Locales: obligación de los Ayuntamientos de prestar el servicio de abastecimiento de aguas potables. C) Las facultades de coordinación y cooperación en los convenios administrativos celebrados por Entes Locales Supramunicipales. D) Régimen de funcionamiento de las Entidades Locales. a) Determinación del cese efectivo de la condición de Concejal por renuncia. b) La imposibilidad de la delegación de la potestad sancionadora. E) El Control de los Entes Locales: la impugnación de los actos y acuerdos de las Entidades Locales por el Estado: artículos 65 y 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. **3. Colegios profesionales y titulaciones.** A) Convalidación del título de Odontólogo dominicano. B) La inscripción en el Registro de Economistas Auditores requiere el título de Economista Auditor.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

De las sentencias sobre organización administrativa dictadas por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en los últimos meses hemos seleccionado algunas que introducen matices interesantes en la doctrina jurisprudencial consolidada sobre competencias de las Entidades Locales Menores, servicios, régimen de funcionamiento y control de las Entidades locales, coordinación y cooperación en convenios administrativos y colegios profesionales y titulaciones.

2. ADMINISTRACIÓN LOCAL**A) Las competencias de las Entidades Locales Menores**

En la STS de 23 de febrero de 2000, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 7066, que desestimó el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, el Tribunal Supremo hizo algunas reflexiones importantes en orden a establecer cuáles son las competencias de las Entidades Locales Menores,

que comprenden exclusivamente, y salvo que la legislación autonómica disponga lo contrario, sólo las determinadas por el artículo 38 del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local de 18 de abril de 1986. Por ello, en el caso que nos ocupa, la pretensión de la Entidad Local Menor demandante de que le fueran incrementados los recursos integrantes de su hacienda mediante la asunción de ciertas competencias que no le correspondían conforme al artículo 38, no puede prosperar, pues los Ayuntamientos no tienen más obligaciones respecto de las Entidades Locales Menores en el orden económico que la asignación a las mismas de aquellos recursos que resulten necesarios para que den cumplimiento a las competencias que el artículo 38 les otorga.

B) Servicios de las Corporaciones Locales: obligación de los Ayuntamientos de prestar el servicio de abastecimiento de aguas potables

La STS de 17 de julio de 2000, Sala Tercera, Ar. 7791, confirmatoria de la Sentencia de instancia, procedió a anular los acuerdos municipales de un Ayuntamiento en virtud de los cuales se denegaba la solicitud de suministro domiciliario de agua al titular de una vivienda unifamiliar.

El Ayuntamiento alegó en su defensa que al construirse la citada vivienda en suelo urbanizable no programado, eran los vecinos de la zona entre los que se encontraba el recurrente, los obligados al abono de las obras de urbanización en aplicación de las normativa urbanística, por lo que mientras no se aprobase el instrumento de actuación urbanística correspondiente aplicable a la vivienda unifamiliar no podía proporcionarse el suministro de agua.

Desde siempre se ha considerado el Servicio público de Distribución de aguas como una cuestión de competencia municipal: así lo recogió el artículo 6.2 de la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 (“son de cargo de los Municipios (...) 2º. las obras de abastecimiento de aguas a las poblaciones”), o la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, que en sus artículos 164 y siguientes regulaba el “aprovechamiento de las aguas públicas para el abastecimiento de poblaciones”. En este mismo sentido también lo entendió el artículo 103.a) de la Ley de Régimen Local (Texto articulado y refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y de 3 de diciembre de 1953, aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955), que además calificaba el servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable como una obligación (término que emplea la jurisprudencia: STS de 6 de octubre de 1986) municipal mínima en los municipios de más de 5.000 habitantes.

De un modo más actual, pero en la misma línea citada, la Ley 7/1985 de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local señala en su artículo 25.I) que corresponde a los Municipios la prestación del servicio de abastecimiento de agua potable.

Todas estas razones son las que han llevado históricamente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecer la obligación de garantizar el suministro de agua por los

VI. Organización Administrativa

Ayuntamientos, y debido a ello, en el caso que nos ocupa, el Alto Tribunal también ha establecido la obligación del citado Ayuntamiento de proporcionar el suministro domiciliario de agua, considerando como una cuestión diferente la relativa de a quien le corresponde satisfacer el coste de las obras de urbanización.

C) Las facultades de coordinación y cooperación en los convenios administrativos celebrados por entes locales supramunicipales

La STS de 11 de julio de 2000, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 7092, desestimó el recurso de casación interpuesto por la Entidad Metropolitana de Transporte de Barcelona frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que anuló dos Acuerdos de dicha Entidad por no ser conformes a derecho debido a su no sujeción a la Ley Municipal Catalana (Ley 8/1987, de 15 de abril), ni a la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local.

La razón de esta nulidad es que estas leyes no atribuyen facultades de coordinación a las mancomunidades intermunicipales haciendo en consecuencia ilegítima cualquier declaración de voluntad de los órganos de gobierno de un ente local que pretenda trasladar competencias atribuidas por ley a otra entidad pública.

Sin embargo, esta Sentencia, al margen del supuesto de hecho que la misma contempla, es especialmente interesante en cuanto analiza sistemáticamente las facultades de coordinación y cooperación que deben regir las relaciones entre las Administraciones, y en su caso, las de cooperación entre entes supramunicipales como son las entidades metropolitanas. Así respecto de la coordinación y la cooperación, el Tribunal Constitucional ha considerado como sus notas caracterizadoras más importantes las siguientes: (STC 32/1983, de 28 de abril, 214/1989):

1. El ejercicio de medidas de coordinación exige la concurrencia de un título competencial concreto al contrario de la colaboración que forma parte de la esencia del sistema de organización territorial y no necesita fundarse en precepto concreto.
2. La coordinación constituye un límite al ejercicio de las competencias de los entes coordinados, mientras que la colaboración o cooperación no puede ser utilizada para limitar el ejercicio de las competencias de los entes territoriales.
3. Cuando existe la atribución de una competencia de coordinación, es posible establecer medidas necesarias y suficientes para lograr los objetivos que la coordinación persigue, extremo que con relación a la colaboración, no permite la adopción de medidas coercitivas.

Por otra parte, también señala el Tribunal Supremo que son los consorcios y convenios administrativos donde estas técnicas juegan un papel esencial a la hora de articular las relaciones entre administraciones, resaltando, y esto es muy importante, que no cabe mediante la técnica del convenio la transferencia de competencias de las entidades locales a otros entes supramunicipales, como las entidades metropolitanas, que resulten indisponibles según la ley.

D) El Régimen de funcionamiento de las Entidades Locales**a) Determinación del cese efectivo de la condición de Concejal por renuncia**

La STS de 9 de junio de 2000, Sala Tercera, Ar. 7097, ha venido a resolver la controvertida cuestión relativa al momento jurídico en que debe considerarse el cese efectivo de la condición de Concejal, existiendo dos posibilidades al respecto. La primera, que consiste en entender que éste se produce en el momento de presentación de la renuncia ante el Registro del Ayuntamiento, y la segunda, en considerar, que el cese, sólo se puede producir desde el momento en que el Pleno Municipal toma en consideración la renuncia.

En el caso planteado por la Sentencia estudiada, nos encontramos ante un Concejal que renuncia a su condición retractándose con posterioridad antes de que el Pleno Municipal tomara conocimiento de ella.

En efecto, el Tribunal Supremo siguiendo la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional (STC 214/1998), y en contra de las SSTC 81/1994 y 185/1993 y del Auto 7/1984 que recogían el “pleno automatismo” de la declaración de renuncia al cargo del Concejal, ha considerado que una interpretación correcta del artículo 23.2 de la Constitución, exige que el acceso a los cargos públicos, derecho que no se proyecta únicamente durante el momento inicial del acceso sino que se prolonga durante todo el mandato, se interprete en el sentido de que el cese de la condición de concejal no se produce cuando la renuncia se presenta en el registro de la Corporación Municipal, sino cuando registrada en el Ayuntamiento dicha renuncia es llevada al Pleno y éste toma conocimiento de aquélla siendo posible por tanto su revocación si el Pleno aún no ha entrado a conocer de la misma.

b) La imposibilidad de delegación de la potestad sancionadora

La STS de 30 de junio de 2000, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 6957, estimó el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que anuló dos sanciones urbanísticas impuestas por un Ayuntamiento sobre la base de que el Alcalde de dicha localidad no avocó para sí el conocimiento de los expedientes sancionadores en los términos previstos en el artículo 14 de la Ley 30/1992, de 25 de noviembre (LRJ-PAC), y por tanto, se debían anular las resoluciones sancionadoras por ser dictadas por órgano manifiestamente incompetente.

En contra de esta argumentación del Tribunal de Instancia, el Supremo consideró que la citada Sentencia había infringido el artículo 127.2 de la referida Ley 30/1992 que dispone que: “el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario, sin que pueda delegarse en órgano distinto”.

Esto quiere decir, en el caso que nos ocupa, que por mucho que hubiera existido una delegación genérica en materia de urbanismo a favor del concejal de dicha competencia

VI. Organización Administrativa

como señalaban los demandantes, ésta nunca podía comprender la delegación de la potestad sancionadora, pues dicha potestad es indelegable, y sólo puede ser ejercitada por el órgano que expresamente la tenga atribuida en virtud de una disposición legal o reglamentaria. Por tanto, el ejercicio de la potestad sancionatoria sólo podía corresponder al Alcalde, sin posibilidad de su delegación en otro órgano distinto, aunque sí se hubiera delegado la competencia genérica en materia de urbanismo a un concejal.

E) El control de las Entidades Locales: la impugnación de los actos y acuerdos de las Entidades locales por el Estado: artículos 65 y 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local

La STS de 28 de febrero de 2000, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 7069, estimó el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

El presente recurso tiene su origen en la celebración de un pleno extraordinario y urgente en el que se desestimó la moción de censura presentada frente al Alcalde de dicha localidad. Ante dicho acto la Administración del Estado dirigió requerimiento al municipio por entender que la adopción del acuerdo en las condiciones del caso, infringía el ordenamiento jurídico según el artículo 65 de la Ley 7/1985. Desatendido el mismo se interpuso recurso contencioso-administrativo, en el que la parte demandada, en este caso el Ayuntamiento, alegó que el citado recurso era inadmisibile por falta de legitimación de la Administración central del Estado, lo que es incorrecto según el Tribunal Supremo pues el artículo 65 de la Ley de Régimen Local 7/1985, de 2 de abril, reconoce al Estado la facultad de actuar cuando se vulnera la normativa local de aplicación común, por ello tampoco se puede sostener como había hecho el Tribunal de Instancia que el ejercicio de la acción procesal en este supuesto correspondía ejercerla a los concejales de los grupos políticos de oposición al gobierno local.

Pero aún hay más, pues tal y como sostiene el Abogado del Estado y confirma la Sentencia del Supremo, el Tribunal *a quo* declaró que a tenor del ordenamiento jurídico y de acuerdo con la autonomía local y la potestad de autoorganización de los Entes Locales, la cuestión enjuiciada debe regirse por la Ley de la Comunidad Autónoma, que al no existir en este caso, abre la posibilidad a que sea la normativa propia del Ayuntamiento la que regule la cuestión, es decir, el Reglamento Orgánico Municipal, el problema entonces es que dicho Reglamento no regula las mociones de censura, con lo que concluye el Tribunal que a la vista de la práctica del Ayuntamiento no es contrario a Derecho que aquella moción de censura se resuelva en una sesión de Pleno convocada como extraordinaria y urgente.

A todo esto responde el Tribunal Supremo que el Tribunal de Instancia obvió el artículo 197 de la Ley de Electoral General que regula las mociones de censura y que no fue tenido en cuenta por la sentencia del citado tribunal, y además, afirma también que aún en el caso de que hubiera sido de aplicación el Reglamento Orgánico Municipal al no regular éste las mociones de censura se debió tener en consideración el artículo 107 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales, que también resultó vulnerado.

En los mismos términos de esta Sentencia se expresa la STS de 1 de febrero de 2000, Ar. 7077, en la que el Tribunal Supremo interpreta el Capítulo III del Título V de la Ley 7/1985 relativo a la impugnación de actos y acuerdos de las Entidades Locales. En tal sentido afirma el Alto Tribunal, que cuando éstos infrinjan el Ordenamiento Jurídico existen dos opciones de impugnación posibles, la prevista en el artículo 65 que establece una primera vía consistente en el requerimiento motivado o impugnación directa ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y la del artículo 66, que establece una segunda vía respecto de los actos y acuerdos que impliquen menoscabo e interferencia en competencias ajenas, que podrán ser impugnados directamente ante dicha Jurisdicción “sin necesidad de previo requerimiento”, y resulta que en el presente supuesto la Administración optó por la primera vía, y el Abogado del Estado por la del artículo 66, pero también previo requerimiento, que sin ser necesario sí era posible. Pues bien, como confirma el Tribunal Supremo sea cual fuere el artículo invocado, una interpretación acorde con el artículo 24.1 de la Constitución, sobre tutela judicial efectiva y prohibición de indefensión, obliga a entender que sólo procede la inadmisión del recurso “cuando constare de modo inequívoco y manifiesto” la concurrencia de algunos de los supuestos mencionados en el artículo 62 de la Ley de la Jurisdicción lo que no se da en el caso presente.

3. COLEGIOS PROFESIONALES Y TITULACIONES

A) Convalidación del título de Odontólogo dominicano

La STS de 18 de abril de 2000, Sala Tercera, Ar. 7054, estimó el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que resolvió afirmativamente el recurso de una súbdita dominicana contra la desestimación de su reclamación frente a la Resolución del Ministerio de Educación y Ciencia que condicionaba la homologación del título de Doctor en Odontología obtenido en Santo Domingo al título español de Licenciado en Odontología, a la previa obtención de una prueba de conjunto.

Para llegar a ello, el Tribunal Supremo tiene en cuenta las siguientes consideraciones:

1. Que la Ley 10/1986 estableció que para ejercer la profesión de Odontólogo se requiere el título universitario, estableciendo además dicha Ley que “las titulaciones, planes de estudio, régimen de formación y especialización de los Odontólogos se acomodarán a los contenidos, niveles y directrices establecidos en las normas de la CEE”, siendo el RD 970/1986 el que determinó las directrices generales para la obtención del título.
2. Que en 1948 se dejaron de impartir las enseñanzas para la obtención del viejo título de Odontólogo, por lo que tal título ya no existe en España.
3. Que para la recta aplicación del art. 3 en relación con la Disposición Transitoria del Convenio Cultural celebrado entre España y la República Dominicana, no se puede pres-

VI. Organización Administrativa

cindir de la normativa interna acorde con las Directivas Comunitarias a que se ha hecho mención. Por ello, la homologación solicitada exige que la Administración lleve a cabo un control de equivalencia del título extranjero respecto del título español al que se pretende homologar.

4. Que el título de Doctor en Odontología obtenido por la recurrente en la República Dominicana no es equivalente al nuevo título de Odontólogo al que se refieren la Ley 10/1986, de 17 de marzo, y el Real Decreto 970/1986, de 11 de abril, que cumplieran lo dispuesto en la Directiva 78/686/CEE, de 25 de julio, ya que los estudios españoles que permiten acceder a la obtención del título de Licenciado en Odontología para ejercer la profesión de Odontólogo son estudios superiores a los exigidos para la obtención del mencionado título de Doctor en Odontología obtenido en la República Dominicana.

Por último, como hemos ido viendo en números anteriores de la Revista existen diversas Sentencias del Tribunal Supremo análogas a la comentada, entre otras: SSTs de 6 de abril de 2000, Ar. 7050, 7 de abril de 2000, Ar. 7051, 14 de abril de 2000, Ar. 7052, y 28 de abril de 2000, Ar. 7056.

B) La inscripción en el Registro de Economistas Auditores requiere el título de Economista Auditor

La STS de 17 de julio de 2000, Sala Tercera, Ar. 7683, desestima el recurso de casación interpuesto por el Consejo General del Colegio de Economistas de España contra Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que estimó el recurso interpuesto por el Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España contra el Reglamento del Registro de Economistas Auditores.

En este sentido, la Sentencia del Supremo confirma la anulación efectuada por el Tribunal Contencioso-Administrativo por ser contrario al Ordenamiento Jurídico el artículo 3, párrafos 2 y 4, y la Disposición Transitoria Primera del citado Reglamento, ya que para inscribirse en el Registro de Economistas Auditores se requiere ser Economista Auditor sin que exista posibilidad de inscripción para quienes siendo Auditores no sean Economistas pues lo contrario sería infringir y vulnerar la Normativa que rige la naturaleza y finalidad de los Colegios Profesionales y especialmente del Colegio de Economistas ya que accederían al Registro quienes no son Economistas.

Por otra parte, el hecho de que el artículo 5 de la Ley reguladora de los Colegios Profesionales establezca como función de los Colegios “ejercitar cuantas funciones les sean encomendadas por la Administración” y la “colaboración con ésta (...)” no puede entenderse en el sentido de permitir la incorporación a un Colegio Profesional de todas aquellas personas que carezcan de la titulación requerida.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
LUIS CESTEROS DAPENA
PEDRO ANTONIO MARTÍN PÉREZ

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**Sumario:**

1. Concepto de sanción. A) Contenido aflictivo y finalidad de la sanción. B) Actos que no constituyen sanción. C) Aplicación de los principios del derecho administrativo sancionador a otras medidas de gravamen no sancionadoras: expulsión de extranjero de territorio nacional. **2. Concepto de infracción: elementos.** **3. Reserva de ley, tipicidad de las infracciones y predeterminación de las sanciones.** A) Reglamento sin cobertura legal. B) Flexibilidad de la reserva de Ley en las relaciones de sujeción especial. C) Principio de legalidad, igualdad y potestad sancionadora. D) Principio de tipicidad. Concepto. E) Interpretaciones extensivas. **4. Retroactividad de la norma sancionadora más favorable: puede apreciarse en fase jurisdiccional.** **5. Elementos subjetivos de las infracciones. Culpabilidad.** A) Extensión del deber de diligencia. B) Error de prohibición. Inexistencia. C) Caso fortuito. Inexistencia. D) Exclusión por confianza legítima. E) Una práctica habitual contraria a una norma no excluye la culpabilidad. **6. Sujetos responsables.** A) La responsabilidad solidaria y subsidiaria exigen, al menos, culpa. B) Responsabilidad del empresario por sus trabajadores. C) La Administración como sujeto responsable de infracciones administrativas. **7. Concurrencia de infracciones y non bis in idem.** A) Sanciones administrativas por la comisión de infracciones penales. B) Non bis in idem en las infracciones continuadas y permanentes. C) Concursos de normas: criterio de la especialidad. **8. Procedimiento sancionador.** A) Denunciantes e interesados. B) Actuaciones previas al procedimiento sancionador. Garantías. C) La omisión de trámites esenciales del procedimiento o su notificación defectuosa genera indefensión. D) Garantías en el procedimiento disciplinario. **9. En especial: prueba y presunción de inocencia.** A) Consecuencias de que la carga de la prueba corresponda a la Administración. B) Prueba indiciaria: aceptación y requisitos. C) Valor probatorio de las actas de inspección, de los informes administrativos y de las denuncias. D) Prueba testifical: intervención del expedientado en su práctica. **10. La resolución del procedimiento sancionador.** A) Sanción nula por inexistencia de la resolución sancionadora. B) Forma escrita y motivación. C) Discrepancia con la propuesta de

resolución. **11. Extensión de la sanción procedente en cada caso.** A) La determinación de la sanción como un proceso reglado. B) Principio de proporcionalidad, motivación de la extensión de la sanción y control judicial. C) No cabe apreciar circunstancias agravantes que no estén expresamente tipificadas. **12. Extinción de la responsabilidad.** A) La prescripción no está amparada por la reserva de ley. B) La prescripción: carga de la prueba. C) Prescripción de las infracciones continuadas o permanentes. D) Solidaridad y muerte. **13. Ejecución de las sanciones. 14. Control contencioso-administrativo de las sanciones.**

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

A) Contenido aflictivo y finalidad de la sanción

La STC 276/2000, de 16 de noviembre, destaca la “finalidad represiva, retributiva o de castigo” como función específica de las sanciones administrativas. En la misma línea, la STS de 19 de septiembre de 2000, Sección Séptima, Ar. 7979, en recurso de casación en interés de Ley, resuelve que la sanción de suspensión de funciones prevista en el reglamento disciplinario de policía incluye la pérdida de remuneración durante el mismo período de tiempo, aunque nada se diga expresamente e incluso aunque haya otras sanciones en las que sí se diga, pues de lo contrario “un importante número de sanciones quedarían sin el contenido aflictivo propio de ellas, con la consiguiente pérdida de las funciones de retribución, de ejemplarización y de corrección que, sin duda, han de ser características propias de aquéllas”.

B) Actos que no constituyen sanción

Recargos tributarios

Son numerosas las sentencias del TC que en el período analizado, a partir de la doctrina establecida en la STC 164/1995, de 8 de noviembre, se enfrentan a la cuestión de la naturaleza sancionadora de ciertos recargos tributarios. La primera de ellas, es la STC 276/2000, de 16 de noviembre, donde el Pleno del TC resuelve varias cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas sobre el recargo del 50 por ciento sobre los ingresos correspondientes a declaraciones, liquidaciones o autoliquidaciones realizadas fuera de plazo sin requerimiento previo recogido en el hoy derogado art. 61.2 LGT.

A la hora de analizar la naturaleza de este recargo, considera que no son criterios determinantes “ni el *nomen iuris* empleado por la Administración o asignado por la Ley, ni la clara voluntad del legislador de excluir una medida del ámbito sancionador (...), (ni) que se imponga como consecuencia de un incumplimiento previo de las obligaciones

VII. Derecho Administrativo Sancionador

derivadas de la relación jurídica existente entre el ciudadano y la Administración, o que la reacción del Estado ante dicho incumplimiento consista en un acto restrictivo de derechos”; puesto que “el carácter sancionador de un acto (...) depende, además, de la función que a través de la imposición de la medida restrictiva en la que el acto consiste pretende conseguirse”.

En este sentido, el TC considera que, sin perjuicio de otras finalidades como la disuasoria, “no existiendo una diferencia importante entre la cuantía de este recargo y la de las sanciones debemos llegar a la conclusión de que este recargo cumple (...) la misma función de castigo que es propia de los actos sancionadores”. En definitiva, “en tanto que supone una medida restrictiva de derechos que se aplica en supuestos en los que ha existido una infracción de Ley y desempeña una función de castigo, no puede justificarse constitucionalmente más que como una sanción”. Y, en consecuencia, “la previsión de un recargo del 50 por ciento, con exclusión del interés de demora, establecida en el art. 61.2 LGT, en aquellos casos en los que los contribuyentes ingresen la deuda tributaria fuera de plazo, tiene consecuencias punitivas que, al aplicarse sin posibilidad de que el afectado alegue lo que a su defensa considere conveniente y al obviar la declaración de culpabilidad en un procedimiento sancionador (...), conduce derechamente a la declaración de inconstitucionalidad del mandato normativo impugnado por vulneración del art. 24.2 CE”.

Esta doctrina se reitera en los recursos de amparo resueltos en las SSTC 307 y 312/2000, de 18 de diciembre; 23, 25 y 26/2001, de 29 de enero. A la misma solución llega el TC, en relación con el recargo de 100 por ciento previsto por ese mismo precepto de la LGT, en el recurso de amparo resuelto en la STC 291/2000, de 30 de noviembre.

Pérdida de licencias y otros actos de contenido favorable por incumplimiento de requisitos exigibles

A propósito de la caducidad de una licencia de taxi acordada por haber arrendado su titular la explotación a otra persona, la STS de 7 de marzo de 2000, Sección Cuarta, Ar. 7072, estima que no es una sanción, pues tal conducta no está prevista como infracción, tratándose sólo de un supuesto de “extinción del derecho a la explotación de la licencia por la concurrencia de una causa legal de revocación”. En la misma línea, la STSJ de Extremadura de 8 de junio de 2000, Ar. 983, en relación con la revocación de una licencia de apertura de un café-bar, establece que si la revocación se basa en el mero incumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento para desarrollar la actividad pretendida, “no cabe afirmar que se esté ante una medida sancionadora, sino de simple aplicación de ese ordenamiento por la Administración”. Así mismo, la STSJ de Extremadura de 27 de julio de 2000, Ar. 1657, ante la decisión administrativa de no renovación de la concesión para la explotación de una emisora.

Reintegro de subvenciones

La STS de 24 de julio de 2000, Sección Tercera, Ar. 6173, mantiene que el reintegro de una subvención por el incumplimiento de las obligaciones impuestas al beneficiario,

constituye “una consecuencia propia del funcionamiento de la relación jurídico-administrativa en que la subvención consiste, y con el carácter de una donación modal (...), el incumplimiento de las condiciones impuestas determina la necesidad de su devolución”.

Restauración de la legalidad urbanística

La STS de 30 de junio de 2000, Sección Quinta, Ar. 6954, tras recordar que la coercibilidad de la norma urbanística se disocia en dos mecanismos de protección conectados entre sí y compatibles entre ellos, como son las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística y el régimen sancionador, concluye que una orden municipal de demolición se inserta en el primero de estos mecanismos, no constituyendo una sanción. Igualmente, la STS de 3 de abril de 2000, Sección Quinta, Ar. 4919.

C) Aplicación de los principios del derecho administrativo sancionador a otras medidas de gravamen no sancionadoras: expulsión de extranjero de territorio nacional

Las SSTs de 3 de junio y 15 de julio de 2000, Sección Sexta, Ar. 5988 y 6125, aplican los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad y presunción de inocencia a una orden de expulsión de una extranjera del territorio español por carecer de medios de vida.

2. CONCEPTO DE INFRACCIÓN: ELEMENTOS

Afirma la STS de 23 de febrero de 2000, Sección Tercera, Ar. 7047, que:

“para que una determinada acción u omisión pueda ser objeto de sanción es necesario que sea típica, antijurídica y culpable; presupuestos que quedan eliminados por la concurrencia de causas de justificación o excluyentes de la culpabilidad o antijuridicidad”.

3. RESERVA DE LEY, TIPICIDAD DE LAS INFRACCIONES Y PREDETERMINACIÓN DE LAS SANCIONES

A) Reglamento sin cobertura legal

La STSJ de Asturias de 17 de marzo de 2000, Ar. 578, establece que una norma reglamentaria autonómica que había previsto una infracción sobre la base de la Ley General de Sanidad carece de cobertura legal suficiente, lo que no deja de causar extrañeza ante las amplísimas habilitaciones a la potestad reglamentaria contenidas en el régimen sancionador de esta Ley.

B) Flexibilidad de la reserva de Ley en las relaciones de sujeción especial

Afirma la STS de 22 de julio de 2000, Sección Tercera, Ar. 6503, a propósito de una sanción a un expendedor de tabaco, que “el art. 25 CE tiene un alcance diferente, al menos,

VII. Derecho Administrativo Sancionador

en lo que se refiere a la tipificación del ilícito, cuando se trata de la determinación de contravenciones (faltas), en el seno de una relación de sujeción especial”.

C) Principio de legalidad, igualdad y potestad sancionadora

La STC 27/2001, de 29 de enero, en un recurso de amparo, reitera que no hay vulneración del art. 14 CE en la sanción impuesta a un sujeto por el hecho de que acciones idénticas de otros no hayan sido sancionadas por la Administración, ya que “la equiparación en la igualdad ha de ser dentro de la legalidad (...). En definitiva, no existe un derecho a que se dispense un trato igualitario en la ilegalidad, pues el carácter individual e intransferible de la responsabilidad disciplinaria exige que cada cual responda por su propia conducta con independencia de lo que haya de suceder con otros”.

D) Principio de tipicidad. Concepto

La STS de 11 de julio de 2000, Sección Cuarta, Ar. 6468, entiende que la tipicidad tiene un contenido propio, “como modo especial de realización del principio de legalidad”, pues la legalidad se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley, pero para la tipicidad se requiere algo más:

“La garantía que está llamada a desempeñar el tipo de infracción se cumple cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra.”

E) Interpretaciones extensivas

Interesa destacar de la STSJ de Cataluña, de 27 de junio de 2000, Ar. 1702, el voto particular que, con un planteamiento distinto aunque no opuesto a lo razonado en la sentencia, mantiene, con gran agudeza, que:

“la interpretación extensiva supone otorgar al precepto un alcance mayor que el derivado de la lectura estricta de la letra de la Ley. En el Derecho sancionador tal tipo de interpretación se atiene al sentido objetivo de la Ley, conforme al criterio teleológico, atento al fin de protección de la norma. Esta interpretación es plenamente admisible a diferencia de la analogía que crea la infracción y la sanción allí donde la norma no ha tipificado ilícito alguno”.

4. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE: PUEDE APRECIARSE EN FASE JURISDICCIONAL

La STSJ de Baleares de 9 de junio de 2000, Ar. 1472, sin perjuicio de la existencia de una cierta jurisprudencia contradictoria de la que dimos cuenta en el número anterior, se acoge a la línea mayoritaria, al establecer que “el apelante (extranjero sancionado por estancia ilegal en territorio español) tiene derecho a la aplicación retroactiva de la disposición sancionadora más favorable (...), aun después de la sanción, (...) sea en la fase de recurso en la vía administrativa, o sea en sede jurisdiccional, en cualquiera de sus instancias”.

5. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

A) Extensión del deber de diligencia

STS de 17 de julio de 2000, Sección Tercera, Ar. 6164. Una entidad mercantil es sancionada por “obras (...) en el lugar donde se haya producido un hallazgo casual de objetos arqueológicos que no hubiera sido comunicado inmediatamente a la Administración competente”. La sentencia de instancia, confirmada en casación, afirmaba que no concurría en tal entidad ni dolo ni culpa, “pues ésta contrató la obra de excavación del solar con otra empresa, siendo con ocasión de los trabajos de una máquina retro excavadora propiedad de ésta cuando se produjeron los daños, debiendo también descartarse la responsabilidad de aquélla por culpa *in eligendo* o *in vigilando*, pues su deber de diligencia por la ejecución de obras en un lugar donde era presumible que existieran restos arqueológicos quedó cubierto con la preceptiva autorización del Patronato de la Ciudad Monumental de Mérida, el cual realizó catas en el solar sin advertir mayor cuidado en cuanto a su existencia”.

B) Error de prohibición. Inexistencia

En la STSJ de Cataluña de 28 de marzo de 2000, Ar. 593, la parte actora, sancionada por la tenencia de arma prohibida, fundamenta su defensa “en el desconocimiento de la prohibición de portar spray de defensa”, debido a la reciente publicación del reglamento de armas y escasa difusión del mismo, “procediendo la aplicación del artículo 6 bis.a) del Código Penal referido al error de prohibición”. El Tribunal razona que no cabe aplicar el error de prohibición alegado, “no sólo porque los hechos imputados pueden ser sancionados aún a título de simple inobservancia, sino porque a la recurrente le era exigible una mínima diligencia en comprobar si el spray que portaba era un arma prohibida o, por el contrario, era lícito llevarla, sin que para ello se requieran especiales conocimientos jurídicos, bastando un elemental sentido de prudencia”.

C) Caso fortuito. Inexistencia

Se sanciona a la recurrente por la reiterada activación infundada de los sistemas de seguridad instalados en locales de su propiedad. La parte actora alega caso fortuito, en concreto, la existencia de pájaros en el interior de los almacenes, que podrían ser los causantes de la activación de la alarma. Sin embargo, la STSJ de Murcia de 29 de marzo de 2000, Ar. 615, considera que “concorre culpa en la conducta descuidada de la recurrente”, puesto que si eran los pájaros los que activaban la alarma le incumbía la obligación de impedir que habitasen en el interior de las instalaciones, y le incumbía además el deber de ser diligente a la hora de que por la empresa de mantenimiento de la alarma se determinase el origen del problema a la mayor brevedad”.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

D) Exclusión por confianza legítima

En la STS de 23 de febrero de 2000, Sección Tercera, Ar. 7047, se impugnaba una sanción impuesta a una asociación de editores de libros de texto y a los mismos editores por una conducta contraria a la libre competencia al haber hecho o aceptado una recomendación sobre la elevación del precio de los libros. Pero según la sentencia, desde el mismo Ministerio de Educación y Ciencia se había insistido en la necesidad de moderar la elevación de precios y quizá se había hecho entender a los editores que un acuerdo como el que hicieron no era ilegal. Por eso la sentencia dice que los sancionados obraron “en la legítima confianza de que actuaban de forma correcta” y que “sería absurdo sancionar una conducta que la propia Administración sancionadora aconsejaba”. Invoca en esta línea el principio de protección de la confianza legítima que “ha de ser aplicado (...) cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad”. Sin embargo, lo que verdaderamente explica tanto el razonamiento como el fallo no es la apreciación de este principio de confianza legítima, sino la ausencia de culpabilidad.

E) Una práctica habitual contraria a una norma no excluye la culpabilidad

La STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de julio de 2000, Ar. 1159, afirma que un uso habitual o una forma de proceder contraria a una norma (en el caso de autos, retenciones no practicadas a Notarios y Registradores de la Propiedad por retribuciones abonadas a los mismos) no equivale “al concepto de interpretación razonable de la norma tributaria, que era clara y (...) no ofrecía duda”. Por tanto, no excluye la culpabilidad, pues “no elimina, cuando menos, la diligencia exigible a un empresario o persona jurídica dedicada al tráfico jurídico y económico”.

6. SUJETOS RESPONSABLES

A) La responsabilidad solidaria y subsidiaria exigen, al menos, culpa

La STSJ de Cantabria de 21 de marzo de 2000, Ar. 471, considera responsables subsidiarios a los administradores de una sociedad por las infracciones tributarias graves, relativas al Impuesto sobre Sociedades, cometidas por tal persona jurídica. En el razonamiento de la Sala queda patente la necesidad de culpabilidad en estos administradores para declarar su responsabilidad aun a título subsidiario, si bien parece establecerse una inversión de la carga de la prueba. En la misma línea, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de mayo de 2000, Ar. 1322, afirma que “también en los casos de responsabilidad solidaria se requiere la concurrencia de dolo o culpa aunque sea leve”.

B) Responsabilidad del empresario por sus trabajadores

La STS de 31 de mayo de 2000, Sección Tercera, Ar. 4908, a propósito de la sanción a una empresa concesionaria de suministro de combustible con la caducidad de la concesión, entiende que:

“no cabe apreciar como circunstancia atenuante el desconocimiento de la empresa de lo hecho por sus empleados para perjudicarlo. Esto podría tener trascendencia a efectos de eludir responsabilidades penales, pero no en el ámbito sancionador administrativo, pues (...) la responsabilidad de los concesionarios ha de extenderse a los actos realizados por sus empleados, cuya diligencia debe ser vigilada por aquéllos, lo que equivale a sancionar la responsabilidad directa de los concesionarios que deben vigilar el buen estado de los aparatos surtidores y responder de los daños que puedan producirse por la actuación de aquéllos”.

C) La Administración como sujeto responsable de infracciones administrativas

La STSJ de La Rioja de 22 de mayo de 2000, Ar. 1204, admite una peculiar responsabilidad, que la Sala califica de “subsidiaria”, de un Ayuntamiento por una infracción en materia de aprovechamiento cinegético, impuesta por la Administración autonómica.

7. CONCURRENCIA DE INFRACCIONES Y *NON BIS IN IDEM*

A) Sanciones administrativas por la comisión de infracciones penales

Cometidas por extranjeros

Se impone una sanción administrativa de expulsión del territorio español a un nacional egipcio como consecuencia de una condena penal. El actor alega una infracción del *non bis in idem*, a lo que la STSJ del País Vasco de 1 de junio de 2000, Ar. 803, responde que este principio no imposibilita la sanción de un mismo hecho por autoridades de distinto orden y que lo contemplan, por ello, desde perspectivas diferentes, “cuando las sanciones distintas vengan justificadas por la necesidad de una protección adicional dirigida a la preservación de distintos bienes jurídicos”. En concreto, considera el Tribunal que el bien jurídico protegido por la sanción administrativa es “preservar el cumplimiento de las obligaciones legalmente impuestas a los extranjeros en España”, y, por tanto, no se corresponde con el protegido por el delito penal.

Cometidas por funcionarios

El régimen disciplinario de los funcionarios prevé como infracción la comisión de ciertos delitos. Sin embargo, “para entender justificada una doble sanción al mismo sujeto por unos mismos hechos no basta simplemente con la dualidad de norma. Es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo” (STS de 30 de mayo de 2000, Sección Séptima, Ar. 5155). Al respecto, de la jurisprudencia analizada en este período, podemos distinguir los siguientes supuestos:

VII. Derecho Administrativo Sancionador

– La condición de funcionario no es elemento constitutivo del tipo penal. Ésta es la situación analizada por la SAN de 3 de abril de 2000, Ar. 738, que concluye que “en ningún caso cabe la aplicación a este supuesto del invocado principio *non bis in idem*”. Sorprendentemente, la STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de junio de 2000, Ar. 1431, ante un supuesto similar, aprecia que sí hay una identidad de fundamentación y bien jurídico protegido y considera conculcado el *non bis in idem*.

– La condición de funcionario es un elemento constitutivo del tipo penal. A esta situación se refiere la mencionada STS de 30 de mayo de 2000, donde, tras un extenso análisis de las consecuencias del *non bis in idem* en este tipo de sanciones disciplinarias, se afirma que “la existencia de esta relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma para justificar esa dualidad de sanciones” y sitúa el debate en los siguientes términos: si el hecho de que la condición de funcionario público del sujeto activo haya sido considerada en la calificación penal determina, necesariamente, que el bien jurídico protegido por la infracción penal sea el buen funcionamiento de la Administración pública y, por dicha razón, excluye la aplicación de una sanción disciplinaria adicional.

La Sala estima que en ocasiones “la condición de funcionario no opera en el ámbito penal como elemento expresivo de la protección de un determinado interés que es propio o exclusivo de la Administración Pública, sino como factor demostrativo de una superior culpabilidad, o de una mayor perversidad moral, en esas acciones que serían delictivas aunque las hubiera realizado un sujeto no funcionario, y hace que esas acciones sean merecedoras de una mayor penalidad”. Esto es lo que se considera que concurra en el caso concreto y, por tanto, la imposición de una serie de sanciones disciplinarias adicionales no conculca el *non bis in idem*.

B) *Non bis in idem* en las infracciones continuadas y permanentes

Afirma la SAN de 8 de febrero de 2000, Ar. 754, que “es consustancial a la infracción permanente y a su perseguibilidad –como lo es, también, para las infracciones continuadas– la posibilidad de que la Administración pueda reiterar el ejercicio de la potestad sancionadora en tanto no cese la situación de permanente ilicitud que resulta ser el objeto de la infracción”. Como la infracción se comete de modo estable y duradero, mientras persista y no sea modificada o revocada la situación creada, “ello significa que, si una vez iniciado un procedimiento sancionador, la infracción permanece, lo que procedería sería la incoación de un nuevo expediente, no la acumulación del hecho nuevo constatado –o la persistencia del hecho común– al procedimiento en curso”. Y ello, según el Tribunal, porque a propósito de las infracciones permanentes, no incurre en la prohibición del *non bis in idem* la actuación sancionadora de la Administración que sanciona hechos permanentes ya objeto de sanción mientras persista el hecho motivador.

No obstante, no parece clara la congruencia de esta jurisprudencia con lo previsto en el art. 4.6 del RD 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

C) Concursos de normas: criterio de la especialidad

La STS de 1 de junio de 2000, Sección Tercera, Ar. 7058, declara que:

“La aparente antinomia debe ser resuelta conforme a los criterios establecidos en el orden punitivo general para los concursos de normas, esto es, aplicando el precepto especial con preferencia sobre el general.”

8. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR**A) Denunciantes e interesados**

En el ámbito urbanístico, tanto la STS de 19 de abril de 2000, Sección Quinta, Ar. 4946, como la STSJ de Navarra de 25 de mayo de 2000, Ar. 1669, ante la desestimación de la petición de incoación de un procedimiento sancionador formulada en una denuncia, condenan a sendos Ayuntamientos a la iniciación, tramitación y resolución de una serie de expedientes sancionadores.

Por otra parte, siguiendo una línea jurisprudencial de la que ya hemos dado cuenta en crónicas anteriores, la STS de 11 de julio de 2000, Sección Séptima, Ar. 5695, admite la legitimación de la denunciante para recurrir los Acuerdos de archivo del Consejo General del Poder Judicial. Y se reconoce un interés legítimo cuando el denunciante no sólo pretende una sanción disciplinaria contra el Juez o Magistrado denunciados, sino que solicita también otros pronunciamientos (en el caso de autos, “que se tome cartas en el asunto”, refiriéndose a presuntas irregularidades en un proceso penal). Sin embargo, generalmente —como ocurre aquí—, esos otros pronunciamientos son de índole jurisdiccional y ajenos a las competencias del CGPJ, por lo que el fallo acaba confirmando el Acuerdo de archivo.

B) Actuaciones previas al procedimiento sancionador. Garantías

La STSJ de Andalucía (Granada) de 20 de marzo de 2000, Ar. 574, considera que genera indefensión la falta de notificación en el acto al presunto responsable de una infracción de tráfico, sin que la fórmula reproducida en tampón o estampilla contenida en la posterior notificación de la denuncia justificando que “no se procedió a la detención del vehículo por encontrarse la fuerza denunciante interviniendo con otros usuarios (...), pueda ser causa justificativa de la eximente de notificar en el acto el hecho denunciado a su autor”, pues “este modo de proceder, desvirtúa la posición fedataria de los agentes de la autoridad en relación con los hechos apreciados”. En el mismo sentido, la STSJ de Galicia de 7 de abril de 2000, Ar. 1322.

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

La STSJ de Navarra de 13 de abril de 2000, Ar. 853, declara nula de pleno derecho la resolución sancionadora ya que se ha prescindido total y absolutamente del procedi-

VII. Derecho Administrativo Sancionador

miento establecido, pues no consta ningún acto administrativo entre la denuncia y la resolución, sin haberse siquiera notificado la iniciación del procedimiento. Además, aclara el Tribunal que el supuesto previsto en el art. 62.1.e) LAP “no hay que identificarlo con ausencia de todo procedimiento. Siempre hay unas ciertas formas, un cierto iter procedimental, por rutinario que éste sea en el actuar de los órganos administrativos”, sino que “hay que referirlo pues a la omisión de los trámites esenciales integrantes de un procedimiento determinado (...), (o cuando) la Administración ha observado un procedimiento, pero no el concreto establecido en la ley”. Así mismo, la STSJ de Navarra de 12 de mayo de 2000, Ar. 1315.

Esto también se mantiene cuando no es que se haya omitido el trámite, sino que éste no se ha notificado con los requisitos exigibles (STSJ de Cataluña de 13 de diciembre de 1999, Ar. 4443, relativa a una notificación defectuosa del ofrecimiento por la Administración al presunto infractor de estar presente en la práctica de un análisis inicial y de poder posteriormente realizar otro contradictorio en el ámbito de las infracciones agroalimentarias).

Posiblemente, la utilización más usual de estos razonamientos se haga a propósito de la omisión o notificación defectuosa de la propuesta de resolución. Así, la STS de 8 de junio de 2000, Sección Cuarta, Ar. 6736; STS de 9 de octubre de 2000, Sección Tercera, Ar. 8159; STSJ de Murcia de 30 de diciembre de 1999, Ar. 4465. Especialmente clara es la STSJ de Murcia de 17 de diciembre de 1999, Ar. 4464, que reitera que “la omisión de la propuesta de resolución (...) es suficiente para determinar la invalidez de los actos impugnados por originar indefensión al interesado, ya que supone privar a éste de la posibilidad de conocer los hechos que, una vez examinadas las alegaciones formuladas por el mismo y practicadas las pruebas de cargo oportunas, se le imputan, así como de las sanciones que se proponen, impidiéndole hacer las alegaciones que sobre unos y otras convengan a su derecho”.

D) Garantías en el procedimiento disciplinario

La SAN de 3 de abril de 2000, Ar. 738, establece que “en el ámbito del derecho disciplinario rigen todas las garantías previstas para el resto del ordenamiento punitivo del Estado, si bien el TC viene indicando que ha de admitirse una cierta matización de esas garantías, en base a la especial relación de sujeción y a la finalidad de garantizar el concreto funcionamiento del aparato administrativo, que sirven de fundamento al derecho disciplinario”.

9. EN ESPECIAL: PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) Consecuencias de que la carga de la prueba corresponda a la Administración

El hecho de que la carga de la prueba recaiga sobre la Administración tiene como consecuencias que la no práctica de una prueba solicitada por el presunto infractor no pueda perjudicar a éste (STS de 23 de febrero de 2000, Sección Tercera, Ar. 7047) y que la incomparecencia de la Administración sancionadora en el contencioso-administrativo,

existiendo dudas sobre la comisión de la infracción por el recurrente, refuerza la presunción de inocencia (STSJ de Extremadura de 16 de junio de 2000, Ar. 985).

Sin embargo, en la STSJ de Cantabria de 21 de marzo de 2000, Ar. 471, ante un supuesto de responsabilidad subsidiaria de los administradores de una sociedad, entiende que eran éstos los que debieron probar “la ausencia de total culpabilidad (...) en la comisión de aquéllas (infracciones tributarias)”. Igualmente, parece observarse una matización a la carga de la prueba en lo relativo a prescripción en la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 11 de mayo de 2000, que recogemos en el punto 12.

B) Prueba indiciaria: aceptación y requisitos

Lo anterior no es óbice para la admisión de la prueba indiciaria. Así, la STS de 6 de marzo de 2000, Sección Tercera, Ar. 7048, no sólo acepta la prueba indiciaria sino que afirma que ha de tener “mayor operatividad” en ámbitos, como el de la defensa de la competencia, en los que “difícilmente los autores de los actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones”. Por lo que se refiere a sus requisitos para desvirtuar la presunción de inocencia se reitera la doctrina habitual —como también hace la STSJ de Andalucía (Granada) de 29 de mayo de 2000, Ar. 1180—:

“Los indicios han de estar plenamente probados (...) y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo.”

C) Valor probatorio de las actas de inspección, de los informes administrativos y de las denuncias

La STSJ de Andalucía (Málaga) de 11 de febrero de 2000, Ar. 765, recuerda una jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual, con un discutible exceso terminológico, “las Actas de Inspección de Tributos gozan de la presunción de certeza y objetividad en tanto no se demuestre lo contrario, encontrándose la base de tal presunción en la imparcialidad y especialización que, en principio, debe reconocerse al inspector actuante”. Esta presunción sólo puede destruirse mediante prueba en contrario, “que ineludiblemente corresponde al interesado, acreditando con las pruebas precisas que no se ajustan a la realidad los hechos descritos por la Inspección”. En cualquier caso, esta referencia a una “presunción de certeza” y no a un “valor probatorio” —que es lo que hace el art. 137.3 LAP—, no puede significar una inversión de la carga de la prueba contraria a la presunción de inocencia como una reiterada jurisprudencia ha reconocido.

Algo más allá va la STSJ de Cataluña de 30 de marzo de 2000, Ar. 586, que tras conferir presunción de veracidad a las actas de inspección de trabajo, añade, en una interpre-

VII. Derecho Administrativo Sancionador

tación más que discutible, que tal presunción “está actualmente contemplada con un carácter general en el art. 137.3 de la Ley 30/1992”.

En cuanto a las denuncias de los controladores de la ORA, la STSJ de Madrid de 7 de septiembre de 2000, Ar. 1768, reitera que “el testimonio de un particular como es el controlador de la ORA es una prueba legítima, que en principio, aunque no goce de la presunción de veracidad (...), puede tener eficacia probatoria y sobre todo, si la otra parte no prueba hechos, contradictorios con los denunciados”. Añade, que “existen infracciones en las cuales no es posible obtener otro medio probatorio diferente a la denuncia (por ejemplo, un adelantamiento prohibido). En estos casos debe bastar como prueba la declaración testifical o ratificación del agente. Pero hay infracciones (...) como los estacionamientos en zonas en los que exista una señal vertical u horizontal de prohibición de estacionamiento en que son perfectamente obtenibles otras pruebas, tales como una fotografía. En estos casos, teniendo en cuenta lo establecido en el art. 1248 del Código Civil, ha de negarse el carácter de prueba plena a la sola declaración testifical”.

La STSJ del País Vasco de 8 de junio de 2000, Ar. 804, no confiere valor probatorio al informe del Coordinador de Seguridad de un partido de fútbol por no haberse ratificado en el procedimiento sancionador una vez negados los hechos por la recurrente. Con este razonamiento la Sala consigue declarar no probados hechos notorios cuales fueron la ubicación muy próxima en el Estadio de San Mamés a las aficiones del Frente Atlético y Herri Norte.

D) Prueba testifical: intervención del expedientado en su práctica

La STS de 15 de julio de 2000, Sección Séptima, Ar. 8141, ante ciertas exclusiones y limitaciones a la intervención de un juez en la práctica de pruebas testificales en el seno del procedimiento disciplinario seguido contra él, sobre la base de lo previsto expresamente en el art. 425.1 LOPJ (de contenido similar a lo establecido en el art. 81 LAP), establece que son irregulares y que, en principio, podría conducir a declarar la anulación de la sanción.

10. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) Sanción nula por inexistencia de la resolución sancionadora

La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 11 de abril de 2000, Ar. 944, declara que “una resolución dictada por la Autoridad competente resulta evidente que no existió, pues no hay constancia de dicho original, y si tras denunciar dicha omisión no se ha aportado, no puede ser más que porque la autoridad competente nunca la dictó (...)”, por lo que procede la anulación de la sanción.

B) Forma escrita y motivación

La STSJ de Murcia de 17 de diciembre de 1999, Ar. 4464, partiendo del principio de que la resolución sancionadora debe dictarse por escrito, a propósito de las resoluciones

verbales, añade que “solamente de haberse constatado la resolución verbal por escrito de forma motivada (y cumpliendo con el contenido mínimo del art. 20.4 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora) cabría plantearse su validez”. En esta línea, aunque sin esta última matización, la **STSJ de Navarra de 13 de abril de 2000**, Ar. 853.

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 11 de abril de 2000**, Ar. 944, entiende que no es motivación suficiente “una mera fórmula rituarial, (...) pues aun coincidiendo ésta con la propuesta formulada, resulta imprescindible plasmar en la resolución de manera real y efectiva los criterios y factores que han llevado a dictarla en dicho sentido, sin que pueda sustituirse la eficacia de los actos jurídicos por meras formas rituales” que originan la indefensión del interesado.

C) Discrepancia con la propuesta de resolución

La **SAN de 3 de abril de 2000**, Ar. 738, admite que la resolución cambie la sanción propuesta por una más gravosa, en concreto, de suspensión de funciones a separación del servicio. Declara que el único límite es el respeto a la relación de hechos probados de la propuesta de resolución.

11. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO

A) La determinación de la sanción como un proceso reglado

En el mismo sentido que otras sentencias, aunque discutible y con algunos pronunciamientos contrarios, la **STSJ de Murcia de 15 de marzo de 2000**, Ar. 611, reitera que el Tribunal Supremo al estudiar el principio de proporcionalidad de las sanciones ha considerado que “el carácter reglado de la potestad sancionadora impide que la administración pueda tener libertad para elegir soluciones distintas, pero igualmente justas (...). La Administración a través de un proceso reglado, que puede ser controlado por los Tribunales, debe (...) buscar la sanción justa y proporcionada a la infracción cometida, lo que comporta que en el supuesto de que como consecuencia de dicha búsqueda reglada llegue a la conclusión de imponer una determinada sanción, debe expresar las circunstancias que ha tenido en cuenta al respecto para hacer posible el control referido por parte de los Tribunales”.

B) Principio de proporcionalidad, motivación de la extensión de la sanción y control judicial

En esta línea, siguen siendo habituales, con mayor o menor razonamiento, las sentencias que o reducen la extensión de la sanción a su grado mínimo o anulan ciertas sanciones adicionales, bien porque consideran simplemente que éstas no son proporcionadas a los hechos (entre otras, la **STSJ de Murcia de 15 de marzo de 2000**, Ar. 611; **STSJ de Extremadura de 9 de mayo de 2000**, Ar. 1444; **STSJ de La Rioja de 30 de junio de**

VII. Derecho Administrativo Sancionador

2000, Ar. 1557) o bien porque la Administración no ha motivado expresamente la extensión de la sanción, por lo que el juicio de proporcionalidad no es posible (STSJ de Murcia de 7 de diciembre de 1999, Ar. 4457, donde se rechaza la referencia a criterios puramente genéricos; STSJ de Andalucía (Granada) de 14 de marzo de 2000, Ar. 573; STSJ de Murcia de 17 de diciembre de 1999, Ar. 4462).

C) No cabe apreciar circunstancias agravantes que no estén expresamente tipificadas

Esto es lo que establece la STSJ de Cataluña de 24 de marzo de 2000, Ar. 587.

12. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

A) La prescripción no está amparada por la reserva de ley

La STS de 24 de julio de 2000, Sección Tercera, Ar. 5228, reitera que la regulación de la prescripción de las infracciones, por no estar incluida en la reserva de ley, puede hacerse por reglamento.

B) La prescripción: carga de la prueba

STSJ de Canarias (Las Palmas) de 11 de mayo de 2000, Ar. 1665: es el infractor que alega la prescripción el que ha de probarla. Así se afirma ante la realización de una obra sin licencia porque “quien voluntariamente se ha colocado en una situación de clandestinidad en la realización de unas obras, (no) puede obtener ventajas de las dificultades probatorias originadas por esa ilegalidad”.

C) Prescripción de las infracciones continuadas o permanentes

La STS de 6 de marzo de 2000, Sección Tercera, Ar. 7048, reitera la jurisprudencia conforme a la que no prescribe durante el procedimiento, por paralización de éste, la infracción continuada que se siguió realizando mientras se tramitaba. Doctrina contraria es la recogida en la SAN de 8 de febrero de 2000, Ar. 754, que siguiendo otra línea jurisprudencial de la que también hemos dado cuenta en crónicas anteriores, mantiene que “la prescripción (de la infracción continuada) se produce a favor del sancionado aun cuando éste persista en la comisión del hecho (...), ya que tal conducta antijurídica no impedirá a la Administración perseguir el hecho nuevo en un procedimiento diferente, pero no puede beneficiar a aquélla cuando incumple directa y abiertamente sus deberes de dictar resolución en plazo”.

D) Solidaridad y muerte

La STS de 25 de mayo de 2000, Sección Segunda, Ar. 4868, entiende que la muerte extingue la responsabilidad incluso en los supuestos de multas solidarias. Se trataba de una sanción como consecuencia de una declaración conjunta del IRPF, y muerto uno de los cónyuges sólo se mantiene la mitad correspondiente al cónyuge superviviente.

13. EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES

La STS de 28 de junio de 2000, Sección Tercera, Ar. 5219, mantiene la suspensión acordada por el Tribunal de instancia de una sanción de dos años de suspensión de la licencia federativa a un ciclista por utilización indebida de sustancias prohibidas. La Sala entiende que “para impedir la suspensión no basta alegar la trascendencia social que tiene la potestad sancionadora en materia de dopaje en el deporte (...), es precisa una lesión más específica al interés general (...). Nada de ello se desprende del motivo del recurso, pues aunque se hace referencia a la corta vida deportiva de los ciclistas de élite, no hay constancia de que ello sea así en el supuesto de autos, ni que sea tan efímera que no permita su ejecución en un momento posterior”.

Un criterio más restrictivo a la hora de admitir la suspensión, se observa respecto a las multas. Así, el ATS de 19 de septiembre de 2000, Sección Sexta, Ar. 7655: sólo excepcionalmente procederá la suspensión de las sanciones de multa porque los daños se repararán sin dificultad devolviendo el dinero pagado y porque debe “primar el principio de la eficacia de la actuación administrativa (art. 103.1 CE) y la presunción de legalidad de que se benefician los actos administrativos, determinante de su ejecutoriedad”. En la misma línea, la STS de 1 de junio de 2000, Sección Sexta, Ar. 5985, que, no obstante, apunta la posibilidad de su admisión en el supuesto de que de la ejecución se derivara una situación de inestabilidad económica para el sancionado. En este sentido, el ATS de 14 de julio de 2000, Sección Cuarta, Ar. 7001, acepta la suspensión de una sanción de multa por “las dificultades financieras de la recurrente, dado su alto nivel de endeudamiento”.

14. CONTROL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LAS SANCIONES

Ante un vicio de procedimiento, la STS de 9 de octubre de 2000, Sección Tercera, Ar. 8159, anula la sanción –consistente en la pérdida de una Administración de Lotería– y ordena la retroacción del expediente al momento del defecto procedimental. Sin embargo, sorprendentemente, desestima las pretensiones de la sancionada en cuanto a su derecho a ser repuesta en la mencionada Administración y en la indemnización que pudiera corresponderle por los daños ocasionados con el cierre. Además, declara que sólo después de resuelto correctamente el expediente “si no apareciese debidamente acreditada la comisión de la infracción o sus circunstancias” procederá “a pronunciarse sobre el resto de las pretensiones de la actora”.

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR
MANUEL IZQUIERDO CARRASCO
MANUEL REBOLLO PUIG

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Procedimiento expropiatorio. A) Efectos expropiatorios de un Plan Parcial que contiene una relación detallada de propietarios afectados y de bienes o derechos a expropiar. B) Supuestos en los que es preceptiva la notificación del acuerdo de necesidad de ocupación en expropiaciones urgentes. C) Aplicación de la técnica del silencio administrativo al procedimiento de fijación del justiprecio por el Jurado Provincial de Expropiación: competencias del Tribunal juzgador para fijar el justiprecio ante la inactividad del Jurado. D) Composición del Jurado de Expropiación: criterios de idoneidad del vocal técnico. **3. Determinación del justiprecio y otros conceptos indemnizables.** A) Criterios de valoración en expropiaciones urbanísticas: cuestiones diversas. B) Efectos del mutuo acuerdo sobre el pago de los intereses de demora; C) Doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza, alcance, sujeto obligado, competencia y procedimiento para declarar los intereses por la demora en la fijación y pago del justiprecio. **4. Garantías sustanciales.** A) Vinculación especial e indefinida de los terrenos expropiados para zonas regables a un fin agrario: el acceso a la titularidad de los mismos por los beneficiarios iniciales no impide la reversión. B) La retasación instada no puede enervarse por la puesta a disposición del expropiado del justiprecio impagado en una cuenta de la Administración expropiante, que no es forma legal de pago o consignación. C) Interdicción de la retasación interna aunque concurren circunstancias excepcionales de retraso en la fijación del justiprecio.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Destaca el cuantioso volumen de asuntos recaídos en materia expropiatoria en el período contemplado, que comprende 125 pronunciamientos dictados entre los meses de mayo y octubre de 2000. No obstante, un número considerable de las sentencias analizadas son reiterativas de otras anteriores recaídas sobre los mismos hechos y que ya fueron comentadas por nosotros en esta Revista. Merece destacarse, sin embargo, la novedosa doctrina sentada por la STS de 23 de mayo de 2000, que salva resueltamente las dificultades que presenta la aplicación de la técnica del silencio administrativo a las reso-

luciones del Jurado de Expropiación (dificultades que han sido señaladas incluso por el propio Tribunal Constitucional), y por la STS de 10 de mayo de 2000 que, al analizar en casación una petición reversional, elabora en el plano teórico de las limitaciones legales del derecho de propiedad una interesantísima doctrina sobre la aplicación de la teoría de las “vinculaciones especiales de la propiedad”.

2. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

A) Efectos expropiatorios de un Plan Parcial que contiene una relación detallada de propietarios afectados y de bienes o derechos a expropiar

La STS de 24 de junio de 2000, Ar. 6360, resuelve un recuso de casación para la unificación de doctrina basado en la contradicción entre dos sentencias dictadas por la misma Sala de instancia al conocer los recursos planteados contra sendos acuerdos de un Jurado Provincial de Expropiación que valoraban ciertas fincas expropiadas en el marco de la misma actuación urbanística. Una sentencia consideró inaplicable el régimen de valoración de la Ley 8/1990, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, por haber entrado en vigor esta Ley después de la aprobación del Plan Parcial que contenía la relación detallada de los propietarios y terrenos afectados y legitimaba la expropiación de los mismos. La otra sentencia, ahora recurrida en casación, entendió aplicable la Ley 8/1990 a otra expropiación igualmente contemplada en dicho Plan Parcial, por entender que no se había aún aprobado definitivamente la relación de bienes y derechos a expropiar, con designación nominal de los interesados, declarando conforme a Derecho el acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación que reducía a un 50 por ciento el aprovechamiento aplicable a los terrenos.

Como puede deducirse, la contradicción entre una y otra sentencia no está tanto en la valoración conforme a los parámetros de la Ley 8/1990 como en el distinto criterio que una y otra sostienen para entender aplicable el sistema de valoraciones de dicha Ley: mientras que la primera sentencia considera que la aprobación del Plan Parcial cubre suficientemente el requisito de la declaración de necesidad de la ocupación, la segunda sostiene justamente lo contrario. Planteada así la controversia, el Tribunal Supremo recuerda su reiterada doctrina sobre los efectos expropiatorios de la aprobación de un Plan Parcial, según la cual, la aprobación de éste implica la de la necesidad de ocupación de los terrenos a expropiar siempre y cuando el Plan en cuestión contenga la relación de propietarios y la descripción de los bienes o derechos afectados. Aplicando esta doctrina al caso de autos, el Tribunal Supremo declara la corrección del pronunciamiento de contraste y casa la sentencia impugnada, declarando, al mismo tiempo, la procedencia de valorar los terrenos afectados de acuerdo con el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976.

VIII. Expropiación Forzosa

B) Supuestos en los que es preceptiva la notificación del acuerdo de necesidad de ocupación en expropiaciones urgentes

El art. 52 de la LEF no exige la notificación personal de los interesados de la declaración de urgente ocupación de los bienes afectados por la expropiación, ya que la regla 2ª de dicho precepto se limita a exigir la notificación a los interesados afectados del “día y hora en que ha de levantarse el acta previa a la ocupación”. No obstante, como recuerda la **STS de 11 de julio de 2000**, Ar. 6370, el Tribunal Supremo tiene declarado que la notificación personal de la declaración de la urgente ocupación debe producirse en los supuestos en los que, de conformidad con la regla 1ª del art. 52 LEF, dicha declaración cumple la función de declaración de necesidad de ocupación (dado que para ésta el art. 21.3 LEF exige específicamente notificación personal) y existen interesados cuyo domicilio es conocido.

En aplicación de esta excepción, la sentencia referida declara que hubiera procedido la notificación personal en el caso examinado, por cuanto el interesado se personó en el procedimiento expropiatorio y presentó alegaciones a la relación provisional de propietarios y bienes afectados que la Administración expropiante formuló con anterioridad a la declaración de urgencia de la expropiación. Por lo tanto, la publicación oficial de la relación definitiva de propietarios y bienes afectados no es modo suficiente ni válido de notificación en este caso y, a falta de la procedente notificación personal, la fecha de publicación de la referida relación no puede ser el *dies a quo* para el cómputo del plazo de recurso, pues dicha notificación, por defectuosa, sólo surte efectos desde que el interesado acredita mediante alguna actuación que tiene conocimiento del contenido y alcance de la misma.

C) Aplicación de la técnica del silencio administrativo al procedimiento de fijación del justiprecio por el Jurado Provincial de Expropiación: competencias del Tribunal juzgador para fijar el justiprecio ante la inactividad del Jurado

La fuerza expansiva del principio de tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 de la CE impide que la paralización del procedimiento de fijación del justiprecio ante el Jurado Provincial de Expropiación se traduzca, por ausencia de acto previo, en un impedimento para que el expropiado pueda discutir ante los Tribunales la legalidad del justiprecio. Así, la STC 136/1995, de 25 de septiembre, declaró que el Jurado de Expropiación que rebasa con creces el plazo para resolver sin justificar las causas del retraso incumple una obligación legalmente impuesta (art. 34 de la LEF) que lesiona el art. 24 de la CE. No obstante, consciente de la dificultad de aplicar la técnica del silencio administrativo a las actuaciones de los Jurados de Expropiación, dicho pronunciamiento constitucional se limitó a declarar que para satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva, a los Tribunales “les puede bastar con ponderar, en cada supuesto, las circunstancias causantes de la inactividad administrativa en relación con los perjuicios que de aquélla se puedan derivar para los derechos e intereses legítimos del administrado, reconociendo, en su caso, su derecho a que el Jurado de Expropiación resuelva en plazo, y adoptando, en el trámite de ejecución de la sentencia, las medidas necesarias para reparar esa inactividad de la Administración”.

Citando expresamente esta doctrina, el TSJ de la Comunidad Valenciana desestimó un recurso interpuesto contra la pasividad del Jurado, decidiendo no entrar a conocer sobre el fondo del asunto. Frente a este abstencionismo, la **STS de 23 de mayo de 2000, Ar. 7370**, que resuelve el recurso de casación interpuesto contra la mencionada sentencia de instancia, salva las dificultades que la técnica del silencio administrativo tiene al ser aplicada a la actividad de los Jurados esgrimiendo un razonamiento que merece ser íntegramente transcrito por su relevancia:

“Las dificultades inherentes a la ausencia de acto previo dimanante de la paralización de la actividad del Jurado (...) pueden ser perfectamente salvadas si se advierte que la jurisdicción contencioso-administrativa, tal como es concebida por su Ley reguladora, no es una jurisdicción a la que compete la mera revisión de la actuación administrativa, llevando la prerrogativa del acto previo más allá de lo permitido por la efectividad del principio de tutela judicial efectiva. La ausencia de actuación administrativa formal previa no impide a los Tribunales pronunciarse sobre el fondo de la pretensión planteada cuando es posible disponer de los medios de juicio adecuados para juzgar sobre la procedencia o improcedencia de la misma. La regulación en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de la impugnación de la inactividad de la Administración, de la vía de hecho o de las medidas cautelares anticipadas son manifestaciones concretas pero sumamente expresivas de esta concepción que palpita en nuestra legislación positiva.

La posibilidad de acordar, incluso de oficio, la práctica de prueba permite al Tribunal disponer del auxilio técnico necesario para pronunciarse con conocimiento de causa sobre el adecuado justiprecio que debe corresponder a los bienes expropiados aun cuando previamente no haya resuelto el Jurado de expropiación sobre tal extremo.

Basta con este enunciado para advertir que el motivo de casación debe ser estimado, pues la sentencia recurrida considera, ateniéndose a consideraciones formuladas con carácter hipotético en la sentencia del Tribunal Constitucional en el plano de la legalidad ordinaria, y por lo tanto sin carácter vinculante para los Tribunales ordinarios, que no cabe una resolución estimatoria en cuanto al fondo de las pretensiones del actor sobre revisión del justiprecio hasta tanto no exista un concreto pronunciamiento del Jurado fijando el mismo, al cual sí que podrá ser objeto de revisión por la jurisdicción. Con ello, sin embargo, se merma a juicio de esta Sala el principio de efectividad de la tutela, pues la plenitud de derechos del interesado conduce a entender que no basta con la posibilidad de fiscalizar jurisdiccionalmente los actos del Jurado y de impulsar la actividad del mismo para satisfacer el derecho a la tutela cuando la legislación procesal aplicable al orden contencioso-administrativo permite al Tribunal resolver la cuestión planteada, aun sin acto previo, cuando existen o pueden aportarse al proceso los elementos adecuados para ello.”

En consonancia con lo expuesto, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto y anula la sentencia impugnada ordenando acordar el justiprecio en fase de ejecución de la sentencia.

VIII. Expropiación Forzosa

D) Composición del Jurado de Expropiación: criterios de idoneidad del vocal técnico

Según se desprende del art. 32.1.b) de la LEF, la cualificación profesional del vocal técnico del Jurado de Expropiación varía según la naturaleza de los bienes o derechos objeto de expropiación. En otros números de esta Revista ya hemos hecho referencia a los criterios jurisprudenciales que sirven para determinar la idoneidad del vocal técnico en función del carácter de la expropiación (núm. 2, pág. 148; núm. 4, pág. 130; núm. 8, pag. 158, y núm. 10, pág. 141), por lo que debemos reseñar un par de pronunciamientos que abordan nuevos supuestos de capacitación pericial de estos miembros del Jurado.

La STS de 16 de mayo de 2000, Ar. 5588, afirma que los agentes de la propiedad inmobiliaria (API), en su calidad de mediadores profesionales en transacciones comerciales, “están plenamente capacitados por su experiencia y conocimiento de las situaciones del mercado inmobiliario en cada momento, para intervenir como peritos en expropiaciones de carácter ordinario, en las que no es necesario aplicar técnicas o especiales conocimientos como acontece en las expropiaciones urbanísticas”, con lo que su designación para estas últimas está vedada. Por su parte, la STS de 27 de mayo de 2000, Ar. 7372, aún reconociendo la idoneidad de un técnico militar para ser designado como vocal técnico del Jurado cuando se expropian bienes o derechos destinados a necesidades militares (tal y como establece el art. 100 de la LEF), declara que dicha idoneidad desaparece cuando de lo que se trata es de valorar a efectos reversionales bienes que han quedado desafectados de los fines de defensa por los que fueron inicialmente expropiados. Sin embargo, como quiera que el Tribunal Supremo tiene declarado que dicho defecto de composición constituye un mero vicio de forma que sólo conlleva la anulación del acto cuando impide a éste alcanzar su fin o produce indefensión, la sentencia declara la improcedencia de retrotraer las actuaciones al momento de constitución del Jurado, pues a la vista de las pruebas practicadas y de los elementos de juicio barajados para determinar el justiprecio, no cabe decir en este caso que la defectuosa composición del Jurado mermase los derechos e intereses de las partes afectadas.

3. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO Y OTROS CONCEPTOS INDEMNIZABLES

A) Criterios de valoración en expropiaciones urbanísticas: cuestiones diversas

En el período analizado hay una veintena de sentencias que reiteran la doctrina sentada por la STS de 1 de abril de 2000 (comentada en el núm. 10 de esta Revista, pág. 144), todas ellas referidas a actuaciones expropiatorias para la ejecución del Plan urbanístico sectorial del “Campus de la Universidad Pública de Navarra” (de las que cabría destacar las SSTS de 22 de mayo, Ar. 5593, 2 de junio, Ar. 5497, 1 de julio, Ar. 6363, y 26 de septiembre de 2000, Ar. 7657). Aparte de recordar la doctrina ya conocida sobre la inaplicabilidad de los criterios de valoración de la Ley 8/1990 y de su régimen transitorio (invalidado por la STC 61/1997 sobre la Ley del Suelo) a las expropiaciones iniciadas con anterioridad a la aprobación de dicha Ley pero cuyo expediente de justiprecio se incoa tras su entrada en vigor (doctrina que sentó la importante STS de 10 de mayo de 1999, comentada por nosotros en el núm. 7 de esta Revista, págs. 165 y 166), las sen-

tencias referidas se pronuncian de nuevo sobre la procedencia de valorar el suelo dotacional destinado a sistemas locales o generales que se obtengan por expropiación como si de suelo urbanizable programado se tratase, con independencia de que su calificación formal sea la de no urbanizable, pues de lo contrario no podría satisfacerse la obligación de equidistribuir las cargas y deberes derivados del planeamiento.

Junto a ello, y siguiendo la STS de 29 de mayo de 1999 (también comentada en el núm. 7, pág. 164), estas sentencias declaran la aplicación de los criterios del TRLS de 1976 para valorar dichos terrenos dotacionales tras haber sido anulados los preceptos correspondientes al TRLS de 1992 por la mencionada STC 61/1997, de forma que —al no existir un valor fiscal del suelo expropiado que haya de considerarse preferente— procede valorar los terrenos con referencia al aprovechamiento urbanístico una vez deducidos los terrenos de cesión obligatoria y los costes de urbanización. Como también tiene declarado el Tribunal Supremo, dicho valor urbanístico puede obtenerse de conformidad con las reglas que fija la normativa sobre módulos para la venta de viviendas de protección oficial (VPO), pero sin que sea preciso deducir los gastos de urbanización, ya que, como explican estas sentencias, la normativa sobre VPO presupone que este tipo de viviendas se construyen sobre un suelo previamente urbanizado, de forma que los costes de urbanización se incluyen ya en el porcentaje de repercusión del suelo aplicable en estos casos (15 por ciento).

Otra serie de sentencias que merece reseñarse en este apartado es la referida a las actuaciones expropiatorias seguidas para la instalación del tarraconense “Parc Aventura” en el marco de la Ley de Centros Recreativos Turísticos de Cataluña (SSTS de 20 de junio, Ar. 6356, 10 de julio, Ar. 6799, 17 de julio, Ar. 6009, y de 18 de julio de 2000, Ar. 6373, sobre las que el Tribunal Supremo ya se pronunció en su STS de 8 de octubre de 1999, que en su día comentamos bajo la perspectiva de la competencia autonómica para la determinación de la *causa expropriandi* (núm. 8, págs. 156 y 157).

Desde el punto de vista de los criterios de valoración aplicables, la cuestión que abordan estas sentencias es si la tasación del suelo afectado debe realizarse teniendo en cuenta las edificabilidades otorgadas en la mencionada Ley catalana o con arreglo al valor rústico o inicial del terreno, que es el que se desprendería de su calificación como suelo no urbanizable por el planeamiento urbanístico municipal. Esta última fue la solución aplicada por el TSJ de Cataluña, que no tuvo en cuenta las edificabilidades de la Ley catalana de Centros Recreativos porque ello vulneraría el mandato del art. 36 de la LEF (que proscribe aplicar las plusvalías que sean consecuencia directa del plano o proyecto de obras que dan lugar a la expropiación, así como otras plusvalías futuras que sean previsibles). El Tribunal Supremo corrige esta interpretación inclinándose por la aplicación de las edificabilidades establecidas por la mencionada Ley. La cuestión es, según el Tribunal Supremo, que al tratarse de expropiaciones urbanísticas el suelo debe valorarse de acuerdo con las condiciones de edificabilidad que resulten del instrumento planificador vigente en el momento de iniciación del expediente de justiprecio individualizado, que en el presente caso no era sino la propia Ley catalana de Centros Recreativos y el Decreto que

VIII. Expropiación Forzosa

la desarrolla. Así, aunque los entes locales afectados debían adaptar el planeamiento a la referida Ley y Decreto, ello no excluye que estando suficientemente definidos en la Ley los nuevos usos y aprovechamientos y la nueva clasificación de los terrenos puedan dichos aprovechamientos ser tenidos en cuenta al fijar los justiprecios. De esta forma, la clasificación de los terrenos en el planeamiento municipal como suelo no urbanizable no impone necesariamente su valoración en función de su aprovechamiento agrario si de la Ley se desprende que a dichos terrenos les corresponderá un uso de otro orden, “pues la clasificación del terreno no depende sólo del título que formalmente se le atribuya como no urbanizable (...), sino también de los usos a los que con carácter sectorial pueda ser destinado”. Con ello, el Tribunal Supremo viene a decir que las edificabilidades otorgadas por la Ley catalana no son “plusvalías” derivadas del proyecto que da lugar a la expropiación a los efectos del art. 36 de la LEF, sino que son determinaciones sustantivas que han de ser ponderadas para determinar el aprovechamiento urbanístico en tanto que la mencionada Ley opera directamente como instrumento de planificación sectorial.

B) Efectos del mutuo acuerdo sobre el pago de los intereses de demora

Como recuerda la **STS de 20 de junio de 2000**, Ar. 6355, el Tribunal Supremo tiene declarado que cuando el justiprecio se fija por mutuo acuerdo o convenio es distinto el régimen de los intereses de demora en la fijación del justiprecio, por un lado, y en el pago del mismo, por otro. Así, los intereses por demora en la fijación del justiprecio por mutuo acuerdo no se producen por vía del art. 56 de la LEF, ya que las partes conocen el momento de iniciación del expediente y pueden convenir el alcance de los intereses ya devengados al acordar el montante de la indemnización expropiatoria (art. 26 REF), por lo que en todo caso habrá de estarse a lo que disponga el acuerdo o convenio sobre este parecer. Y si nada dice éste habrá que entender que las partes han renunciado a estos intereses.

En cuanto a los intereses por demora en el abono del justiprecio fijado mediante mutuo acuerdo, la jurisprudencia viene afirmando que la renuncia a los mismos debe aparecer documentada y autorizada por éstas de forma que conste expresamente la renuncia, o que de un modo inequívoco resulte ésta de la aceptación por parte del expropiado de recibir una cantidad alzada que incluya todos los conceptos indemnizables que derivan de la expropiación. Con lo que, a diferencia de lo que sucede con los intereses por demora en la fijación del justiprecio, aquí no puede entenderse excluida la obligación legal de abonar los intereses por la mera omisión de los mismos en el convenio que fija el justiprecio. Como razona la sentencia comentada, tal renuncia debe ser expresa por cuanto en el momento de la celebración del acuerdo o convenio no se conoce ni cabe presumir que vaya a existir incumplimiento alguno de la obligación de pago.

C) Doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza, alcance, sujeto obligado, competencia y procedimiento para declarar los intereses por la demora en la fijación y pago del justiprecio

Merece resaltarse especialmente la **STS de 23 de mayo de 2000**, Ar. 7371, que resume a modo de compendio casi toda la doctrina jurisprudencial recaída sobre la diversidad de problemas que entraña la cuestión de los intereses por la demora en la fijación y pago

del justiprecio. Uno de esos encomiables pronunciamientos que, pese a no sentar doctrina verdaderamente novedosa, sintetizan e ilustran —casi pudiera decirse que con vocación docente— el estado de la cuestión sobre un determinado orden de problemas. Comienza el Tribunal Supremo por recordar la importantísima doctrina de las SSTs de 15 de febrero, 11 de marzo y 22 de septiembre de 1997 (comentadas por nosotros en el núm. 1 de esta Revista, págs. 140 y 141) sobre la obligación de satisfacer intereses por el retraso en el abono de los intereses de demora, que no puede considerarse un supuesto de anatocismo, sino una indemnización de daños y perjuicios que imponen los arts. 1101 y 1108 del CC a quienes incurren en mora en el cumplimiento de sus obligaciones (en estos casos, de la obligación de pago de los intereses que figuran como un crédito accesorio de la obligación líquida de pago que constituye el justiprecio).

La sentencia sintetiza a continuación la doctrina jurisprudencial sobre la imputación de los pagos parciales conforme a los criterios generales de preferencia en el abono de los pagos, señalando, en este punto, que la regla del art. 1173 del CC que atribuye la imputación preferente de los pagos parciales a los intereses frente al capital no es obstáculo para que deban imputarse a éste cuando así lo exige el tenor de la obligación (art. 1258 CC) o así se desprende del acuerdo con el acreedor en el momento del pago (art. 1172.2 CC). De hecho, dado que el pago o depósito del justiprecio es requisito necesario para ocupar los bienes, sin necesidad de incluir los intereses, cabe entender que la Administración puede imputar los pagos al justiprecio y no a aquéllos. En este sentido, denotan la voluntad inequívoca de la Administración de imputar los pagos parciales al justiprecio, entre otras circunstancias, el hecho de que aquéllos se formulen y verifiquen por tal concepto; de que así se desprenda de las liquidaciones preparatorias; o incluso el hecho revelador de que de que las cantidades satisfechas o depositadas asciendan precisamente a la cantidad que resulta de descontar del total del justiprecio el depósito previo y los pagos ya efectuados.

Seguidamente se pronuncia la sentencia sobre todas las posibilidades que pueden darse en relación a la determinación del sujeto llamado al pago de los intereses en función de la culpa en la tardanza que, según qué casos, podrá ser el beneficiario, la Administración expropiante o el Jurado (debe tenerse en cuenta la **STS de 6 de junio de 2000**, Ar. 6349, que sintetiza muy claramente los supuestos de responsabilidad del Jurado y de exoneración del mismo en la obligación de pago de los intereses). También da cuenta la sentencia de los casos de imputabilidad compartida, de los supuestos de exoneración o minoración de la responsabilidad cuando la tardanza es imputable al propio expropiado y de las especialidades que presentan estas reglas de imputabilidad de la tardanza en el ámbito de las expropiaciones de urgencia. Finalmente, se resumen y precisan las reglas de competencia y procedimiento que han de aplicarse para declarar la responsabilidad por demora en virtud de quienes sean los sujetos responsables.

4. GARANTÍAS SUSTANCIALES

A) Vinculación especial e indefinida de los terrenos expropiados para zonas regables a un fin agrario: el acceso a la titularidad de los mismos por los beneficiarios iniciales no obsta la posibilidad de reversión

La importante STS de 10 de mayo de 2000, Ar. 5585, resuelve un recurso de casación planteado contra una sentencia del TSJ de Extremadura en la que se denegaba la reversión de unos terrenos de alto interés agrícola que fueron expropiados en el marco de la Ley de colonización de zonas regables de 1949. Refiriendo muy sintéticamente los hechos analizados, cabe decir que los terrenos expropiados pasaron a la titularidad de los colonos beneficiados una vez transcurridos ocho años de la fase “concesional” que preveía la mencionada legislación de zonas regables. Andando el tiempo, algunos de dichos propietarios vendieron sus terrenos a una empresa que construyó sobre los mismos una planta siderúrgica. A raíz de ello, los herederos de los propietarios originariamente expropiados instaron a la Junta de Extremadura la reversión de los terrenos que habían sido expresamente desafectados del fin que motivó su expropiación.

Las razones que llevaron a la desestimación del recurso ante la Sala de instancia se fundamentan, básicamente, en la constatación de la transferencia de dominio que se había producido en favor de los colonos beneficiarios conforme al régimen de compraventa que la propia Ley de zonas regables preveía, lo que prueba, a juicio del Tribunal *a quo*, la inexistencia de una vinculación *ad aeternum* de los terrenos expropiados a un destino exclusivamente agrario. De hecho, según argumenta la sentencia de instancia, una vez producida esa compraventa no estaba en la mano de la Administración expropiante —en la que queda subrogada la Administración autonómica— evitar la alteración de la *causa expropriandi*, hasta el punto de afirmar que en el momento en que se otorgaron los títulos de propiedad a favor de los colonos beneficiarios ya se había consumado la *causa expropriandi* (que sería, así, la distribución en parcelas de la tierra), lo que a la postre determina la improcedencia de la reversión que se insta sobre unos bienes que son, y esto es lo verdaderamente relevante para la Sala de instancia, de propiedad privada.

Frente a ello, la sentencia que comentamos comienza advirtiendo que no es la titularidad de los bienes el hecho relevante a efectos reversionales, sino el mantenimiento o no de la afección de los mismos al fin para el que fueron expropiados. Por ello, lo verdaderamente relevante es determinar “la condición jurídica de los propietarios de las parcelas de regadío, así como la naturaleza de la titularidad *en propiedad* que ostentan aquéllos sobre sus respectivas parcelas”. En este punto la sentencia reelabora y actualiza conforme a nuestros parámetros constitucionales la teoría italiana de la “propiedad vinculada” que fue expuesta entre nosotros por los profesores BASSOLS COMA y GÓMEZ FERRER en su celebrada ponencia al V Congreso Ítalo-español de Profesores de Derecho Administrativo de 1975, que el propio Magistrado Ponente cita (no en vano se trata del Catedrático de Derecho Administrativo D. Francisco GONZÁLEZ NAVARRO). Dicha teoría sostiene la especialidad de ciertos *status proprietatis* en los que la propiedad está afectada por una singular vinculación a un fin público específico que justifica delimitaciones en el contenido del derecho de propiedad particularmente intensas, como sucedería, por ejemplo, con los bienes del concesionario de servicio público afectos al servicio, con la propiedad pri-

vada incluida en Parques naturales, o con las especiales limitaciones de uso y destino que tradicionalmente han gravado el régimen de las viviendas de protección oficial. Este razonamiento sirve al Tribunal Supremo para afirmar que, aunque ciertamente no pueda hablarse de vinculación *ad aeternum* a un destino exclusivamente agrario de los terrenos expropiados, sí hay una vinculación “indefinida” de los mismos a dicho fin. Se trata, así, de una vinculación establecida por la Ley que determina la “afectación de determinados bienes a un régimen excepcional y derogatorio del Derecho de Propiedad previsto y configurado en el Código Civil” (que, como es sabido y explica largamente la sentencia, quiso romper con el concepto de vinculaciones especiales, fideicomisos y mayorazgos de la propiedad). Esta vinculación administrativa de los bienes originariamente expropiados

“supone una afectación de las parcelas a esa finalidad agraria, y que esa afectación es por tiempo indefinido es tan evidente que lo sorprendente es que pueda pretenderse que transcurridos los ocho años de la fase ‘concesional’ –fase durante la cual la Administración ha llevado a cabo una intervención costosísima para realizar las obras de acequias y traída de aguas a pie de parcela, así como una complejísima operación jurídica de distribución de la propiedad–, y una vez inscritas las parcelas en el Registro de la Propiedad a nombre de los respectivos colonos que devienen así titulares en propiedad de las mismas, pueden ya, cada uno, hacer de ellas lo que les competa. Admitir tal cosa choca no sólo con ese deber de conservación que establece la Ley de 1949 (y que en términos análogos reproduce la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario), sino también con lo que dicta el sentido común, y, en consecuencia es contrario a la razón. Y una interpretación irrazonable de la ley es rechazable porque resulta arbitraria y, en cuanto tal, antijurídica (...).

Puede admitirse que hay dos fines: puesta en riego de unas tierras y distribución de esas tierras de regadío entre pequeños propietarios. Pero esos fines son indisolubles, en el sentido de recíprocamente dependientes el uno del otro; porque esos dos fines no se entienden el uno sin el otro, ya que en el espíritu de la norma está el que funcionen uno y otro como subsistemas de un sistema que los engloba: la reforma agraria. Y el sistema se rompe (...) cuando se procede a unir cuatro parcelas –con lo que quiebra el principio de la propiedad de pequeñas parcelas– para construir una siderurgia –con lo que quiebra la esencia misma de lo que es una zona regable [ya que] la zona sufre periódicamente déficits de agua, mientras que la siderurgia consume, siempre y necesariamente, agua–”.

Sentado lo anterior, la sentencia afirma que, *mutatis mutandi*, cabría entender que la creación de una siderurgia en una zona de pequeños regadíos es equivalente a la conversión de todo o parte de un polígono industrial en zona residencial, alteración que, como tiene sobradamente declarado el propio Tribunal Supremo:

“comporta un cambio o alteración de las ‘reglas de juego’ fijadas en el plan de urbanismo y que, al margen de que ello se haya hecho cumpliendo la normativa para la modificación o para la revisión de dicho plan, determinan el reconocimiento del derecho de reversión a los originarios propietarios de los terrenos expropiados para ese polígono, porque se habría producido una desafectación, en suma, una desvinculación del fin legítimamente de la expropiación”.

VIII. Expropiación Forzosa

No encuentra dificultad la Sala para aplicar esta doctrina al caso examinado, dándose el caso, además, que en éste se había producido una desafectación, no sólo de hecho, sino expresa, por cuanto la Junta de Extremadura llevó a cabo un acto formal de desafectación, lo que:

“hace todavía menos comprensible el esfuerzo argumental (...) de la Sala de instancia para negar la reversión solicitada, tan claramente procedente, además, que los propios servicios jurídicos de la Junta extremeña advertían ya que esta consecuencia se produciría de seguir adelante con el polémico proyecto de instalar una siderurgia en el seno de una zona de pequeños regadíos declarados de ‘alto interés nacional’ por el Decreto que los creaba en ejecución de la Ley de 1949”.

Por lo tanto, la Sala de instancia no pudo desconocer, como lo hizo, el hecho de la desafectación, vulnerando en consecuencia los arts. 54 de la LEF y 63 del REF, “montando una argumentación carente de sentido y sin base jurídica alguna mediante la que, de facto, provoca una derogación singular de aquellos preceptos legales y reglamentarios”. Lo arbitrario de la sentencia de instancia hace aplicable de lleno —dice el Tribunal Supremo— la doctrina del la STC de 16 de noviembre de 1992, según la cual, “una aplicación de la legalidad que sea arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable, no puede considerarse fundada en Derecho y lesiona, por ello, el derecho a la tutela judicial efectiva”.

Como resultado de esta densa argumentación, el Tribunal Supremo acaba declarando que hay lugar al recurso de casación y, en consecuencia, a la reversión de los bienes, ordenando la iniciación del procedimiento de valoración previsto al efecto.

B) La retasación instada no puede enervarse por la puesta a disposición del expropiado del justiprecio impagado en una cuenta de la Administración expropiante, que no es forma legal de pago o consignación

Como se deduce de los arts. 50.1 y 58 de la LEF la retasación puede enervarse si la Administración expropiante acredita haber pagado consignado en tiempo y forma el justiprecio, aun en el supuesto de que el propietario rehúse recibirlo. Pero, como declara la **STS de 2 de junio de 2000**, Ar. 5986, este efecto enervante de la retasación no puede provocarlo la mera puesta a disposición del propietario en una cuenta de la Administración expropiante de la cantidad aún no percibida del justiprecio, porque dicho ingreso no tiene eficacia liberatoria del pago del justiprecio ni es una forma legal de consignación. En caso de haberse rechazado el pago, la consignación debía haberse realizado, por el contrario, del modo previsto por el art. 50.1 de la LEF o en la forma que prevé el art. 1178 del CC. Tampoco las normas civiles reguladoras del pago de las obligaciones y de la consignación esgrimidas por la Administración expropiante permiten entender que dicho ingreso o puesta a disposición de la parte no satisfecha del justiprecio en una cuenta bancaria sea equivalente al pago o a la consignación, que deben hacerse a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación u a otra autorizada para recibirlo en su nombre (art. 1162 CC).

Junto a ello, la Administración expropiante fundaba la improcedencia de retasar los bienes en que el expropiado recibió la totalidad del justiprecio y de los intereses después de

instada la retasación, alegando que efectuado el pago y aceptado por el expropiado sería contrario a Derecho que éste pretendiese la retasación, porque eso vulneraría el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos. Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que la Administración expropiante no puede derivar de ese extemporáneo pago que la retasación esté ya vedada. Frente a ello la sentencia declara que habiendo sido pedida la retasación con anterioridad al pago total de lo debido no es aplicable la doctrina de los actos propios para denegarla, sin que el efectivo cobro del justiprecio precise tampoco de reserva alguna al haberse interesado previamente la retasación.

C) Interdicción de la retasación interna aunque concurren circunstancias excepcionales de retraso en la fijación del justiprecio

El Tribunal Supremo ha declarado en innumerables ocasiones que para que proceda retasar los bienes expropiados tiene que darse en todo caso el presupuesto de hecho que prevé el art. 58 de la LEP: que se haya fijado el justiprecio y, transcurridos al menos dos años, éste no haya sido pagado o legalmente consignado. La ausencia de este presupuesto descarta, en consecuencia, la llamada “retasación interna” de los bienes (volver a valorar los bienes cuando transcurren más de dos años desde que se inició el expediente de justiprecio sin que éste haya sido fijado). De modo que el único mecanismo legal que sirve para corregir la descompensación entre el precio fijado como justiprecio frente a la inflación es el abono de los intereses por la demora en la fijación y pago del justiprecio.

La STS de 11 de julio de 2000, Ar. 6367, resuelve un recurso de casación interpuesto contra una sentencia del TSJ de Andalucía que entiende aplicable la retasación interna a un caso de excepcional retraso en la determinación del justiprecio por causas imputables a la Administración. La sentencia de instancia, aún reconociendo que la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo es contraria a la aplicación de la retasación interna, apoya la aplicación de este mecanismo en tres sentencias del Tribunal Supremo con más de veinte años de antigüedad. Sin embargo, reafirmando su más reciente jurisprudencia, el Tribunal Supremo casa y anula el fallo de instancia por incurrir en infracción del art. 58 de la LEP tal y como éste ha sido interpretado en una doctrina que, salvo algunas excepciones como las que esgrime la Sala de instancia, puede considerarse constante y plenamente consolidada.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**Sumario:**

- 1. Consideración preliminar. 2. Imputabilidad.** A) Responsabilidad subsidiaria del Estado derivada de ilícito penal cometido por sus agentes o por personas bajo su cuidado. B) Daños causados por contratistas. **3. Causalidad.** A) Prueba de la relación de causalidad. Facultades del TS para casar la valoración de la prueba tasada y de la prueba libre llevada a cabo por el Tribunal de instancia. B) Concepto civil del caso fortuito y de la fuerza mayor. C) Contagio de hepatitis C y VIH antes del aislamiento del virus. Consideración como supuesto de fuerza mayor por parte de la jurisdicción social.
- 4. Acción de responsabilidad. Distinción por parte del juez civil entre actos de imperio y actuaciones de Derecho privado en orden a determinar la jurisdicción competente.**
- 5. Responsabilidad del legislador.** A) Doctrina general en torno a la responsabilidad por leyes inconstitucionales. B) Responsabilidad del Estado por concesión de beneficios fiscales sobre tributos locales. C) Congelación de alquileres en aplicación de la LAU de 1964. **6. Responsabilidad del poder judicial. Relación entre error judicial y funcionamiento anormal.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se ofrece en la presente crónica un muestrario de sentencias significativas que permiten esquematizar los supuestos posibles de responsabilidad subsidiaria de la Administración, derivada de causas penales, por hechos dañosos producidos por sus autoridades o agentes y también por otras personas dentro de establecimientos públicos. Resulta igualmente interesante contrastar las distintas soluciones habidas en casos de daños producidos por contratistas de la Administración. Pero sobre todo consideramos de suma importancia la doctrina que se expone sobre responsabilidad del legislador, concretamente por leyes inconstitucionales.

2. IMPUTABILIDAD

A) Responsabilidad subsidiaria del Estado derivada de ilícito penal cometido por sus agentes o por personas bajo su cuidado

En el período considerado la Sala de lo Penal ha dictado varias sentencias que se pronuncian acerca de la responsabilidad subsidiaria del Estado por daños relacionados con la comisión de infracciones penales, lo que nos brinda la ocasión, al hilo de los supuestos, de sintetizar la doctrina jurisprudencial sobre la materia contenida en dichas sentencias.

Como es sabido, el art. 121 CP de 1995 establece que:

“El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.”

Esta previsión específica incorporada en el CP de 1995 se suma a lo establecido en el art. 120.3 CP, que, retomando el contenido del anterior art. 21 CP de 1973, establece la responsabilidad civil subsidiaria de:

“Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.”

La jurisprudencia interpreta que ambos preceptos son autónomos e independientes:

“Los artículos 120.3º y 121 del CP no son incompatibles entre sí y permiten una interpretación armónica. No existe antinomia entre ellos porque se refieren a situaciones distintas y conductas diferentes. En el art. 121 del hecho punible con el Estado por cualquier título, administrativo o laboral, con independencia de cualquier consideración local o

IX. Responsabilidad Administrativa

territorial. En el art. 120.3º, por el contrario, lo decisivo es el lugar donde el hecho punible se comete (...) Las tipicidades descritas en ambos preceptos son autónomas y bien diferenciadas y pueden generar, cada una en su ámbito, la correspondiente responsabilidad civil subsidiaria del Estado.”

De cualquier modo, y con el fin de unificar criterios y despejar dudas, el Pleno de la Sala de lo Penal aprobó el 28 de mayo de 2000 un texto interpretativo de ambas previsiones, cuyo tenor es el siguiente:

“El art. 121 del nuevo Código Penal no altera la jurisprudencia de esta Sala relativa a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos en establecimientos sometidos a su control, cuando concurren infracciones reglamentarias en los términos del art. 120.3º del Código Penal.”

Diversas sentencias dictadas en el período que abarca esta crónica permiten observar cómo se aplican estos principios.

– En la **STS 28 de junio de 2000**, Ar. 5649, se enjuicia el homicidio de un recluso a manos de otro. El demandante reclama la responsabilidad subsidiaria del Estado y el TS la acepta. La Sala estima que no es de aplicación el art. 121 CP, pues no se trata de un daño provocado por un agente de la Administración, sino de una persona vinculada a ella por una relación de sujeción especial, la cual convierte a los funcionarios competentes para la organización de la seguridad en la cárcel en garantes de la vida y la integridad corporal de los internos, como establece la normativa penitenciaria. Pero la falta de detección de la existencia del arma homicida supuso una omisión culposa por parte de los funcionarios que influyó causalmente en el resultado. En consecuencia, se genera la responsabilidad administrativa ex art. 120.3º CP. En la **STS de 20 de julio de 2000**, Ar. 6616, el supuesto y la solución son similares.

– Por el contrario, en la **STS de 30 de junio de 2000**, Ar. 6603, se descarta la responsabilidad subsidiaria del Estado por las lesiones sufridas por una persona al escapar de una oficina del INEM incendiada por el condenado, en defecto de infracción reglamentaria alguna imputable a la Administración.

– Finalmente, la **STS de 19 de noviembre de 1999**, Sala de lo Militar, Ar. 5362, declara la responsabilidad subsidiaria del Estado en un supuesto de lesiones sufridas por un militar a consecuencia de un disparo proveniente del arma de un mando, condenado por imprudencia. En este caso, la responsabilidad se establece a la luz del art. 121 CP en conexión con el art. 48 CP Militar, según el cual el “Estado es responsable civil subsidiario por los delitos que hubiesen cometido los militares en ocasión de ejecutar un acto de servicio, apreciado como tal en la sentencia”.

La responsabilidad subsidiaria del Estado derivada de infracción penal puede confrontarse con la responsabilidad directa de la Administración exigible en vía contencioso-admini-

nistrativa conforme al sistema de responsabilidad objetiva. En la STS de 15 de abril de 2000, Ar. 6255, se condena al Estado a indemnizar por el fallecimiento de un recluso a manos de otro, siendo así que era conocida la personalidad violenta de este último, que exigía especiales medidas de atención y vigilancia, a pesar de lo cual tenía en su poder unas tijeras utilizadas en la agresión y había sido ubicado con el resto de los reclusos.

B) Daños causados por contratistas

La STS de 8 de julio de 2000, Sala de lo Contencioso, Ar. 7156, muestra una línea inequívocamente garantizadora para el reclamante en la interpretación del alcance de la obligación de responder por daños causados directamente por contratistas. Se reclama a una Confederación Hidrográfica por los daños en las cosechas derivados de la suspensión del suministro de agua en el curso de unos trabajos de conducción llevados a cabo por una empresa contratista, suspensión que no traía causa de una orden de la Administración o de una cláusula de la concesión. El TS comienza sentando la competencia del orden contencioso-administrativo. De acuerdo con el art. 134 del Reglamento General de Contratación de 1975, el procedimiento a seguir en estos casos consiste en formular reclamación a la Administración, que ha de resolver tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla, decisión que deja abierta la vía contencioso-administrativa al particular o al contratista. En el caso de autos, la Confederación había desestimado la petición, entendiendo que la obligación de garantizar el suministro correspondía al contratista. El particular había reclamado sólo contra la Confederación en vía judicial, y no contra el contratista. En su defensa, la Confederación alegaba que según una cláusula del pliego de condiciones, el contratista se había comprometido a sustituir provisionalmente la toma primitiva por un sistema de riego por bombeo. El TS, sin embargo, estima que el deber de la Confederación de mantener los derechos de los usuarios no se extingue en virtud de una cláusula tal, y que de una falta de suministro debe responder la Confederación, sin perjuicio de que en virtud de la mentada cláusula contractual pueda repetirse contra la empresa contratista. En la solución ha podido influir, probablemente, la circunstancia de que la empresa contratista no fue traída al proceso, lo que colocaba a la Administración en una posición más vulnerable. Esto parece desprenderse del argumento de la Sala alusivo a que “obligaría a reponer lo actuado al momento de ser emplazada [la empresa contratista] para seguir el proceso también contra ella como codemandada”.

Por nuestra parte, podemos añadir que, como es sabido, el art. 97 del Texto Refundido sobre Contratos de las Administraciones Públicas ha mantenido el procedimiento diseñado en el Reglamento de 1975, establecido desde 1995 como facultativo, pero ha suprimido la referencia a dicho procedimiento como interruptivo de la acción “civil” a la que se refería la LCAP de 1995, dejando, pues, indeterminado ante qué jurisdicción habrá de procederse, en su caso, contra el contratista.

Por el contrario, –repárese en el contraste– la STS de 24 de julio de 2000, Sala de lo Civil, Ar. 6474, exculpa a la Administración, e imputa el daño en exclusiva al contratista.

IX. Responsabilidad Administrativa

La acción indemnizatoria se dirige contra el contratista y contra la Administración, por daños ocasionados al explotar sustancias peligrosas negligentemente abandonadas en una obra. El TS estima que la “superior dirección facultativa” que corresponde a la Administración no supone que ésta se reserve participación en los trabajos, ni que incumba a dicha dirección comprobar la adopción por el contratista de las correspondientes medidas de seguridad en el trabajo ni responder de cualquier conducta que exceda del ámbito puramente contractual. En un caso como éste, no existe una relación de dependencia entre la Administración y las empresas ejecutoras de los trabajos, ni resulta acreditado que su dirección facultativa conociera y, menos, creara la situación de riesgo que dio origen al evento dañoso.

3. CAUSALIDAD

A) Prueba de la relación de causalidad. Facultades del TS para casar la valoración de la prueba tasada y de la prueba libre llevada a cabo por el Tribunal de instancia

Las facultades de revisión del TS en los asuntos de responsabilidad están condicionadas por los límites de la casación, de forma que la determinación de los hechos y la valoración de la prueba corresponde en principio a la Sala de instancia. El TS sólo controla la posible infracción de alguna de las normas por las que se rige la prueba tasada, o en el caso de las pruebas sometidas a las reglas de la sana crítica, los supuestos de valoración arbitraria o irrazonable.

Esta doctrina general es aplicable a la prueba pericial o a la indiciaria y su aplicación al supuesto de autos lleva a descartar la infracción del art. 1253 CC. Se trataba de la muerte de animales que pretendía relacionarse con unos vertidos a los que la Administración no había puesto fin, y el dictamen pericial sólo establecía una posible conexión causal. El Tribunal de instancia no entendió acreditada la causalidad, y el TS estima que no concurren las condiciones para casar dicha valoración. El art. 1253 CC exige, para llegar a una conclusión probatoria por vía indiciaria, un enlace preciso y directo entre el hecho inferido y los hechos que, con el carácter de indicios, constituyen la base sobre la que se construye la inferencia lógica efectuada por el juzgador. Ahora bien, como señala la **STS de 17 de octubre de 2000**, Ar. 7806, ello no equivale a imponer una determinada conclusión probatoria cuando concurren aquellos indicios, pues la valoración constituye en estos casos una facultad de libre apreciación por el Tribunal de instancia, de tal modo que:

“(…) sólo quebrantaré las reglas sobre la prueba presuntiva en el supuesto de que se funde en meros indicios para obtener conclusiones faltas del debido fundamento lógico, pero no cuando se abstenga de dar relevancia suficiente a éstos por entender que carecen de la necesaria fuerza de convicción, al menos si no aparece de modo rotundo la existencia de un enlace lógico necesario entre el hecho base y su consecuencia” (FJ 6°).

B) Concepto civil del caso fortuito y de la fuerza mayor

En la **STS de 20 de julio de 2000**, Sala de lo Civil, Ar. 6754, el daño deriva de una práctica de anestesia no acomodada a la *lex artis ad hoc*, por ello, se declara la responsabili-

dad por negligencia, y se descarta que concurra un supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor. Traemos aquí esta sentencia por cuanto aporta una definición general del entendimiento del juez civil sobre el significado de ambos conceptos:

“Para apreciar concurrencia de caso fortuito ha de tratarse de un evento imprevisible dentro de la normal y razonable previsión que se exija adoptar en cada supuesto concreto, y no procede ante un comportamiento negligente con dotación suficiente de causalidad, en cuanto a no haber aportado los medios y previsiones que la ciencia médica facilitaba para evitar el empeoramiento del paciente en este caso (...)”

“Tampoco se puede considerar y, menos aún, estado de fuerza mayor, la que actúa imponiendo inevitablemente el resultado dañoso ocasionado, es decir, que ha de tratarse de una fuerza superior a todo control y previsión y que excluya toda intervención de culpa alguna por los recurrentes (...)” (FJ 3º).

Ambos conceptos, caso fortuito y fuerza mayor –cuya distinción es más bien doctrinal que legal– constituyen causas de exoneración de la responsabilidad civil, lo que es importante tener en cuenta dado que en el ámbito de la responsabilidad administrativa excluye la responsabilidad *la vis maior*, mas no el concepto de caso fortuito que se maneja, dada la absorción de riesgos propia del sistema de responsabilidad objetiva, en concurrencia con el “servicio” como centro de imputación.

C) Contagio de hepatitis C y VIH antes del aislamiento del virus. Consideración como supuesto de fuerza mayor por parte de la jurisdicción social

El ATS de 5 de julio de 2000, Sala de lo Social, Ar. 7198, inadmite un recurso de casación para unificación de doctrina contra una sentencia que entendió que el contagio de virus antes de su detección a nivel mundial se inscribe en los supuestos de fuerza mayor. La Sala de lo Social recuerda que es precisamente ésta la calificación que le ha merecido el supuesto en sentencias anteriores (las de 22 de diciembre de 1997, Ar. 737, y de 3 de diciembre de 1999, Ar. 9349, comentadas, respectivamente, en los números 6 y 8 de esta Revista; a las que podemos añadir la de 5 de abril de 2000, Ar. 3284, comentada en el número 10).

Aunque citada doctrina de la Sala de lo Social supuso un avance en la definición de estos “riesgos del desarrollo”, hay que notar la superación de esta doctrina por la de la Sala de lo contencioso de 31 de mayo de 1999 que, incardinando estos supuestos en el nuevo artículo 141.1 de la Ley 30/1992 los define, correctamente a nuestro juicio, como supuestos en los que se halla ausente la antijuridicidad. Puede verse al respecto nuestro comentario a dicha Sentencia en el núm. 7, abril 2000, de esta misma Revista y nuestro trabajo “Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. Un paso adelante en la definición del sistema”, en el núm. 36, 1999, de la Revista Andaluza de Administración Pública.

IX. Responsabilidad Administrativa

4. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD. DISTINCIÓN POR PARTE DEL JUEZ CIVIL ENTRE ACTOS DE IMPERIO Y ACTUACIONES DE DERECHO PRIVADO EN ORDEN A DETERMINAR LA JURISDICCIÓN COMPETENTE

La STS de 20 de junio de 2000, Sala de lo Civil, Ar. 5734, vuelve sobre una distinción que parecía ya desterrada: el binomio actos de imperio-actos de gestión como determinante de la atribución de competencia para conocer de acciones de responsabilidad a la jurisdicción administrativa y civil, respectivamente. Tiene como presupuesto el daño físico sufrido por un viandante cuando recibió el impacto de un cristal que se desprendió de un edificio público. Estima que en este caso se trata de daños causados por la Administración en una actuación de derecho privado, pues el daño no deriva del funcionamiento de un servicio público.

La Sentencia se presta a un comentario no precisamente breve. Pero estos pronunciamientos tampoco deben ser enjuiciados sin perder de vista la necesidad en la que pueden encontrarse los Tribunales de resolver sin más dilaciones conflictos ya añejos —el hecho dañoso tuvo lugar en agosto de 1983 (¡)— y en esta clave puede comprenderse la búsqueda de alguna interpretación extensiva de su propia competencia. Es un hecho que la unidad de fuero jurisdiccional en favor del contencioso no ha sido observada por los Tribunales civiles —en buena parte por la conocida inercia de los propios demandantes a acudir a esta jurisdicción— como también lo es que, a veces, el peso del tiempo perdido en ese peregrinar ha sido un factor disuasorio de un rechazo a entrar en el fondo del asunto con remisión de las actuaciones a la jurisdicción competente.

5. RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR

A) Doctrina general en torno a la responsabilidad por leyes inconstitucionales

En el período de esta crónica, se han dictado importantes sentencias que contribuyen de forma notable a perfilar lo que ya puede afirmarse que constituye todo un sistema completo y avanzado de responsabilidad legislativa, cuyo gran artífice ha sido el Tribunal Supremo, frente a la exigua —y por lo demás ciertamente polémica— regulación contenida en el art. 139.3 LPC.

No existe un solo régimen de responsabilidad del legislador, sino que, por el contrario, pueden distinguirse diversas hipótesis. En efecto, la indemnización por actos legislativos procede en las siguientes hipótesis: leyes materialmente expropiatorias o que, sin tener tal carácter, imponen una limitación singular y anormal al derecho de propiedad (véase el supuesto comentado en la crónica 5); leyes que, siendo constitucionales, imponen un sacrificio anormal y singular de forma imprevisible, quebrando así la confianza legítima y la buena fe de los afectados (así, por ejemplo, los casos comentados en la crónica 1); y, finalmente, leyes inconstitucionales.

Este último supuesto fue objeto de nuestra atención en la crónica precedente, y sobre él versan las SSTS de 13 de junio de 2000, Ar. 5939 y de 15 de julio de 2000, Ar. 7423, que tienen su antecedente en la de 29 de febrero de 2000, Ar. 2730, que fue comentada

en la crónica anterior. En aquel caso el asunto tenía como objeto el daño derivado del establecimiento por la Ley 5/1990 de un gravamen complementario sobre la tasa fiscal que gravaba los juegos de suerte, envite o azar. En el caso resuelto en aquella sentencia, los demandantes habían impugnado sin éxito la imposición del gravamen en vía judicial. Posteriormente, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la ley. El Tribunal Supremo estimó que lo dispuesto en el art. 40.1 LOTC (de acuerdo con el cual, la declaración de inconstitucionalidad no permite revisar procesos fenecidos por sentencia con fuerza de cosa juzgada, salvo cuando suponga una reducción de una pena o de una sanción, o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad), no impedía que la acción de responsabilidad pudiera prosperar, puesto que el reconocimiento de responsabilidad no atenta contra el principio de cosa juzgada ni el de seguridad jurídica, aun cuando sus efectos se asemejen a los que hubiera producido una sentencia estimatoria de la pretensión inicial de anulación del acto de aplicación de la ley después declarada inconstitucional. De esta forma, reconoció el derecho a obtener indemnización por el importe de lo indebidamente recaudado.

Pues bien, el elemento diferencial en las sentencias que ahora comentamos radica en que algunas de las actuales demandantes no habían impugnado en su día la liquidación. El TS comienza reafirmando la admisión del principio de responsabilidad por daños derivados de leyes inconstitucionales, que estima ajeno en todo caso a la hipótesis prevista en el art. 139.3 LPC, pues,

“(…) por definición, la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado, el cual no podía ser establecido *a priori* en su texto”.

El dato diferencial de que los actos de liquidación no fueran recurridos en casación no conlleva la obligación de soportar el perjuicio, pues no puede exigirse a los particulares que recurran un acto adecuado a una ley alegando que ésta es inconstitucional. La argumentación del propio TS resulta, a nuestro juicio, plenamente convincente:

“La Ley, en efecto, goza de una presunción de constitucionalidad y, por consiguiente, dota de presunción de legitimidad a la actuación administrativa realizada a su amparo. Por otra parte, los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de la ley, sino que únicamente pueden solicitar del Tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad con ocasión, entre otros supuestos, de la impugnación de una actuación administrativa. Es sólo el tribunal el que tiene facultades para plantear ‘de oficio o a instancia de parte’ al Tribunal Constitucional las dudas sobre la constitucionalidad de la ley relevante para el fallo (artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).”

“La interpretación contraria supondría imponer a los particulares que pueden verse afectados por una ley que reputen inconstitucional la carga de impugnar, primero en vía administrativa (en la que no es posible plantear la cuestión de inconstitucionalidad) y luego

IX. Responsabilidad Administrativa

ante la jurisdicción contencioso-administrativa, agotando todas las instancias y grados si fuera menester, para agotar las posibilidades de que el tribunal plantease la cuestión de inconstitucionalidad. Basta este enunciado para advertir de lo absurdo de las consecuencias que resultarían de dicha interpretación, cuyo mantenimiento equivale a sostener la necesidad jurídica de una situación de litigiosidad y por ello inaceptable.”

Asimismo, descarta que el deber de soportar el daño pueda derivar en estos casos del transcurso del plazo de prescripción para reclamar los ingresos indebidos o para impugnar las liquidaciones. Habida cuenta de que la reclamación indemnizatoria tiene un fundamento distinto, el plazo a considerar es el de la propia acción de responsabilidad. En aplicación de la teoría de la *actio nata*, el momento inicial de su cómputo es el de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional que, al declarar la inconstitucionalidad de la ley, permite por primera vez tener conocimiento pleno de los elementos que integran la pretensión indemnizatoria, y, por consiguiente, hacen posible el ejercicio de la acción.

Finalmente, el principio de seguridad jurídica, que justifica en la jurisprudencia constitucional el mantenimiento de los tributos recaudados en aplicación de una ley posteriormente declarada constitucional, no se quiebra por la posibilidad de obtener indemnización en estos supuestos. En este punto, el TS añade un argumento: si la Administración obligada a la devolución de tributos es aquella que la gestiona, la responsabilidad, por el contrario, habrá de exigirse del legislador estatal. La sentencia cuenta con un voto particular del propio ponente, Xiol Ríos, para quien, contrariamente, la seguridad jurídica obliga en estos casos, como criterio general, a soportar el daño y se opone al reintegro de ingresos tributarios, también por la vía indirecta de la responsabilidad. La excepción serían los supuestos como el de la precedente STS de 29 de febrero de 2000, Ar. 273, en que el particular ha intentado sin éxito impugnar la exacción y lograr el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. En estos casos, existe un error judicial objetivo y sobrevenido, consistente en aplicar una ley luego declarada inconstitucional, error que constituye uno de los supuestos de excepción a la eficacia de la cosa juzgada en el ámbito de la responsabilidad patrimonial. En definitiva, el dato diferencial de la ausencia de actividad del damnificado para impugnar en su momento el tributo y solicitar su devolución tiene, para el Magistrado, una importancia decisiva que la sentencia no le reconoce.

La STS de 15 de julio de 2000, Ar. 7423, resuelve un supuesto idéntico y, llevada sin duda por la voluntad de apuntalar esta doctrina ante la existencia del voto particular precedente, abunda en la cuestión relativa a los efectos invalidantes que sobre las disposiciones y los actos administrativos tiene la declaración de inconstitucionalidad de la ley a cuyo amparo se dictaron. En concreto, entra a considerar cuál es el sentido del art. 40.1 LOTC. El citado precepto establece que:

“Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar 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 en que, como consecuencia de la nulidad de la

norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.”

Para el TS, esta previsión implica que cabe la revisión de los actos de aplicación de una ley inconstitucional cuando no se ha producido el efecto de cosa juzgada, o bien cuando, habiéndose producido, se trata de materia penal o sancionadora y los efectos son favorables a la persona. De esta manera,

“(…) cuando la sentencia del TC no contiene pronunciamiento alguno al respecto, corresponde a los jueces y tribunales, ante quienes se suscite tal cuestión, decidir definitivamente acerca de la eficacia retroactiva de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad en aplicación de las leyes y los principios generales del derecho interpretados a la luz de la jurisprudencia, de manera que, a falta de norma legal expresa que lo determine y sin un pronunciamiento concreto en la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad, han de ser los jueces y tribunales quienes, en el ejercicio pleno de su jurisdicción, resolverán sobre la eficacia ‘ex tunc’ o ‘ex nunc’ de tales sentencias declaratorias de inconstitucionalidad” (FJ 2º).

En todo caso, es compatible el mantenimiento de un acto dictado en aplicación de una normativa inválida y el reconocimiento del derecho a indemnización, muestra de lo cual sería lo previsto en el art. 102.4 LPC respecto a la revisión de oficio de los reglamentos.

La aplicación de esta doctrina al caso en cuestión lleva al TS a distinguir dos hipótesis:

a) Por una parte, los afectados que impugnaron la imposición del gravamen y que obtuvieron una sentencia firme desestimatoria de la pretensión de anulación de las liquidaciones. En este caso, el art. 40.1 LOTC sólo deja como alternativa el otorgamiento de indemnización.

b) Por otra, los que no impugnaron el tributo. A ellos les cabe solicitar la revisión de oficio ex art. 102 LPC en cualquier momento, pues el acto dictado en aplicación de una ley inconstitucional ha de reputarse nulo. Simultánea o sucesivamente, pueden exigir responsabilidad. Ahora bien, también pueden optar por exigir directamente dicha responsabilidad, sin que pese sobre ellos la carga de instar en todo caso la revisión de oficio.

No cabe duda de la trascendencia de estos pronunciamientos, que diseñan un sistema completo de responsabilidad del legislador por leyes inconstitucionales. Sus notas características son:

– La primacía de la autonomía de la acción de responsabilidad, de tal manera que su viabilidad es independiente de que el particular haya o no impugnado el acto de aplicación de la ley, pues en ningún caso está obligado a reaccionar frente a un acto que, hasta la posterior declaración de inconstitucionalidad, goza de la presunción de legalidad con que cuenta la propia ley de la que es aplicación. Esta jurisprudencia, por cierto, entron-

IX. Responsabilidad Administrativa

ca con la doctrina comunitaria en torno a la autonomía de la acción de responsabilidad ex art. 288.2 del Tratado de las Comunidades Europeas, respecto de las acciones de nulidad contra disposiciones de alcance general o actos dictados en su aplicación.

– Asimismo, la autonomía de la acción de responsabilidad respecto a la posibilidad de instar la revisión de oficio del art. 102 LPC, posibilidad con que cuentan los interesados siempre que el acto no haya sido confirmado por sentencia firme.

– El plazo para interponer la acción de responsabilidad por leyes inconstitucionales, en aplicación de la doctrina de la *actio nata*, y con fundamento en la presunción de constitucionalidad de las leyes, es de un año a contar desde la publicación de la sentencia del TC que declara la inconstitucionalidad de la ley.

B) Responsabilidad del Estado por concesión de beneficios fiscales sobre tributos locales

El supuesto de la **STS de 28 de mayo de 2000**, Ar. 6272, es el siguiente. La Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje en régimen de concesión dispone que los concesionarios pueden disfrutar de beneficios tributarios, entre ellos de una reducción sustancial de la contribución territorial urbana sobre los aprovechamientos destinados a autopistas de peaje. En aplicación de dicha Ley, el Estado concedió en 1975 a un concesionario dicho beneficio por un período de 46 años. La Ley de Haciendas Locales de 1988 previó que este tipo de beneficios se mantendrían para quienes ya lo disfrutaran al entrar en vigor el impuesto sobre bienes inmuebles. Un Ayuntamiento reclama por la cantidad dejada de percibir. Se apoya en la Ley de Régimen Local de 1955, que preveía que las exenciones que otorgase el Estado sobre tributos locales implicarían su subrogación en la obligación de abono a las Entidades locales de las cantidades correspondientes, previsión retomada por la propia Ley de Haciendas Locales de 1988, respecto a los tributos locales que se establecieran en el futuro. Hay que precisar que la contribución pasó a ser un tributo local el 1 de enero de 1979. De este modo, se descarta la reclamación pues, cuando se instituyó el beneficio, la contribución no era un tributo local y, por tanto, no era de aplicación lo previsto en la LRL de 1955. Por otra parte, cuando la LHL de 1988 dejó subsistentes los beneficios fiscales que disfrutaban los sujetos de la contribución y la previsión de subrogación se establecía para tributos que se establecieran en el futuro. De esta forma, el Ayuntamiento no puede acreditar un perjuicio efectivo respecto de una cantidad a la que nunca tuvo derecho.

C) Congelación de alquileres en aplicación de la LAU de 1964

La **STS de 29 de mayo de 2000**, Ar. 6551, enjuicia el conocido tema de la congelación de rentas prevista por la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 (que vino a paliar parcialmente la LAU de 1994). Trataremos de sintetizar el supuesto en sus líneas maestras. La LAU de 1964 previó la adaptación bianual a las variaciones del coste de la vida mediante Decreto. Esta obligación legal del Gobierno se convirtió en una mera facultad por Decreto-ley de 1967, y, tras algunas vicisitudes legislativas, se mantuvo como tal en el período posterior. El asunto fue ya resuelto por STS de 6 de noviembre de 1984,

Ar. 5758, que estimó que se trataba de un acto político que el TS no podía entrar a conocer y a sustituir. En la sentencia que ahora comentamos, el TS se aparta de esta última consideración, en lo que hace a la configuración del acto político como categoría *per se* excluida del control judicial. Ahora bien, con esta matización, retoma la solución acogida por dicha sentencia, entendiendo que la actualización era una mera facultad discrecional del Gobierno y que, por ello, éste no incurrió en ilegalidad alguna al no llevarla a cabo, ni, por tanto, cabe establecer su responsabilidad patrimonial.

6. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL. RELACIÓN ENTRE ERROR JUDICIAL Y FUNCIONAMIENTO ANORMAL

La STS de 18 de abril de 2000, Ar. 5483, analiza, al hilo del supuesto en cuestión, la diferencia conceptual y de régimen jurídico entre error judicial y funcionamiento anormal, y tiene un apreciable valor pedagógico, por lo que reproducimos literalmente el siguiente párrafo:

“El error judicial consiste (...) en la desatención del juzgador a datos de carácter indiscutible en una resolución que rompe la armonía del orden jurídico o en la decisión que interpreta equivocadamente el ordenamiento jurídico, si se trata de una interpretación no sostenible por ningún método interpretativo aceptable en la práctica judicial (...). El funcionamiento anormal abarca, por su parte, cualquier defecto en la actuación de los Juzgados y Tribunales, concebidos como complejo orgánico en el que se integran diversas personas, servicios, medios y actividades. Del funcionamiento anormal se extrae un supuesto específico, el de error judicial, para seguir un tratamiento jurídico separado.”

“(...) el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia está sujeto en nuestro ordenamiento jurídico a un tratamiento diferenciado respecto del error judicial. Mientras la indemnización por causa de error debe ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca, a tenor del artículo 293.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la reclamación por los daños causados como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia no exige una previa declaración judicial, sino que se formula directamente ante el Ministerio de Justicia, en los términos prevenidos en el artículo 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial” (FJ 5°).

En este caso, se trataba de la falta de resolución judicial sobre determinados escritos, que, pese a haber sido presentados en el juzgado, no llegaron a manos del juez a tiempo para evitar que se produjera un perjuicio al reclamante, perjuicio que no hubiera tenido lugar de no mediar retraso. El supuesto es subsumible en el funcionamiento anormal, y da origen a responsabilidad.

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO
EMILIO GUICHOT REINA

X. FUNCIÓN PÚBLICA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Cuestiones generales. Reserva de ley para la determinación de los aspectos que inciden en el Estatuto de los funcionarios públicos.

3. La oferta de empleo público debe ceñirse a las plazas que no han podido ser cubiertas con los efectivos de personal existente. 4. Relaciones de puestos de trabajo.

A) La incorporación del requisito de una determinada titulación para acceder a un puesto constituye una modificación de la relación de puestos de trabajo y no una simple corrección de errores. B) La opción por el sistema de provisión por libre designación debe justificarse por la especial naturaleza de los puestos a cubrir. **5. Igualdad en el**

acceso a los empleos públicos. A) Determinación de requisitos de aptitud física, altura mínima y edad mínima y máxima. B) Los familiares de españoles tienen derecho a acceder a los empleos públicos en las mismas condiciones que éstos y el resto de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, con independencia de su nacionalidad. **6. Carrera administrativa.**

A) Provisión de puestos de trabajo. a) Provisión por el sistema de libre designación de los puestos reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional. b) Comisión de servicios. c) Concursos de traslado. B) Supresión de puestos de trabajo. **7. Derechos económicos y colectivos.** A) Derechos económicos.

a) Complemento específico: el catálogo de puestos de trabajo puede establecer puestos distintos con diferentes retribuciones en razón a las diversas funciones que a cada uno le están asignadas, pero ello no impide que se vulnere el principio de igualdad si tal diferenciación de tareas no se produce y si todos realizan los mismos cometidos, despareciendo la causa justificativa del trato retributivo diverso. b) Complemento de destino: es lícito que una nueva regulación pueda establecer distinciones retributivas, justificándose dicha distinción en el mero devenir del ordenamiento jurídico. c) Complemento de destino: su percepción por los funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Maestros se fija en virtud del Cuerpo del que forman parte y no en razón del puesto de trabajo que desempeñan. d) Complemento de destino: su carácter objetivo hace que dicho complemento venga establecido para el puesto concreto, con independencia de las característi-

cas de cada funcionario. e) Trienios: el tiempo de servicios en las Fuerzas Armadas correspondiente a la duración del servicio militar obligatorio no computa para devengo de trienios. B) Derechos colectivos. a) La negociación colectiva en la Función Pública no puede constitucionalmente asimilarse a la negociación colectiva en el ámbito laboral. b) Las cuestiones relativas al incremento de las retribuciones deben ser objeto de negociación colectiva, existiendo una obligación por parte de la Administración de negociar de buena fe, sin que la misma pueda ser excluida de la negociación unilateralmente. **8. Deberes.** A) En los supuestos de faltas de asistencia no justificadas que no constituyen infracciones disciplinarias procede la deducción proporcional de retribuciones. B) Habilitación para la práctica de una diligencia. Instrucción funcional propia del servicio que no precisa de la tramitación de un procedimiento específico ni de mayor justificación. **9. Régimen disciplinario. Delitos cometidos por funcionarios e infracciones disciplinarias que sancionan “cualquier conducta constitutiva de delito doloso”.** Es posible la doble sanción penal y administrativa.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica incluye una selección de resoluciones del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, especialmente numerosas e interesantes en lo relativo a acceso, provisión de puestos de trabajo y derechos colectivos.

2. CUESTIONES GENERALES. EXISTE RESERVA DE LEY PARA LA DETERMINACIÓN DE LOS ASPECTOS QUE INCIDEN EN EL ESTATUTO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

La STSJ de Navarra de 15 de junio de 2000, Ar. 1478, enjuicia el recurso interpuesto contra la Resolución que aprobó la convocatoria para la provisión mediante oposición de plazas de bomberos al servicio de la Administración de la Comunidad Foral. El demandante alega en su recurso que el límite de edad (no haber cumplido 36 años) establecido en la convocatoria no se encuentra contemplado por el Estatuto, Decreto Foral Legislativo 251/1993 (Texto Refundido del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra) sino en el Decreto Foral 113/1985 (Reglamento de Ingreso en las Administraciones Públicas de Navarra).

La Sentencia comentada declara la nulidad del art. 6.a) inciso segundo del Decreto Foral 113/1985 (Reglamento de Ingreso en las Administraciones Públicas de Navarra), exclusivamente en cuanto a la referencia a la edad máxima para el ingreso en el Cuerpo de Bomberos, concluyendo en los siguientes términos:

X. Función Pública

“(…) que la regulación reglamentaria que hace el Decreto Foral 113/1985 en su art. 6 apartado a) inciso segundo en la referencia que hace al Cuerpo de Bomberos, es nula de pleno derecho puesto que regula una materia reservada a la Ley sin que se limite a completar o desarrollar las previsiones legales; y es que el establecimiento de tal requisito específico de ingreso que recoge el artículo mencionado no tiene cobertura legal alguna que ampare tal regulación reglamentaria, incidiendo en el estatuto básico de los funcionarios públicos (pues los requisitos de ingreso en la función pública inciden sustancialmente en tal estatuto) que exige su regulación por Ley y no por Reglamento (...). Y es que el Decreto Legislativo no sólo no contiene los criterios objetivos que pudieran servir al Reglamento para su desarrollo (en cuyo caso podría discutirse su alcance, ámbito y límites, esto es si pudiera tratarse de una remisión no objetiva, incondicionada y/o determinada proscrita o de una deslegalización) sino que simplemente no contiene criterio, referencia ni habilitación alguna a ese requisito limitativo de ingreso. Esto es la administración puede regular materias que inciden en el Estatuto básico de los funcionarios sobre la base de una regulación legal sustantiva que el legislador establezca, ya que en caso contrario (y tal es el presente caso) la regulación efectuada desborda la potestad reglamentaria incidiendo en materias reservadas a Ley”.

3. LA OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO DEBE CEÑIRSE A LAS PLAZAS QUE NO HAN PODIDO SER CUBIERTAS CON LOS EFECTIVOS DE PERSONAL EXISTENTE

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 9 de mayo de 2000, Ar. 1598, estima el recurso interpuesto contra la Orden que aprobó e hizo pública la relación definitiva de aprobados en las pruebas de acceso al Cuerpo de auxiliares facultativos de la Administración de Castilla y León, ofertando al mismo tiempo las vacantes correspondientes.

En virtud del Decreto Legislativo Autonómico 1/1990, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Administración de Castilla y León, la sentencia citada señala que sólo pueden formar parte de la oferta de empleo público las plazas que no hubiesen sido cubiertas por los procedimientos de provisión convocados y resueltos con anterioridad. En consecuencia, los funcionarios de nuevo ingreso no pueden acceder a plazas que no han sido ofertadas previamente a funcionarios del mismo cuerpo y escala, y que ya formaban parte de la función pública autonómica.

4. RELACIONES DE PUESTOS DE TRABAJO

A) La incorporación del requisito de una determinada titulación para acceder a un puesto constituye una modificación de la relación de puestos de trabajo y no una simple corrección de errores

La Orden de 30 de mayo de 1997 de la Consejería de Presidencia de la Región de Murcia aprobó la Relación de Puestos de Trabajo de dicha Administración. Dicha Relación contemplaba un puesto de Técnico Especializado en Telecomunicaciones, Grupo B, a proveer por concurso de méritos, perteneciente a la Dirección General de Transportes y Comunicaciones (Consejería de Política Territorial y Obras Públicas). La Orden mencionada fue corregida por otra Orden de 25 de septiembre de 1997, que modificó el puesto señalado añadiendo la exigencia de titulación de Ingeniero Técnico en Telecomunicaciones. Esta modificación fue impugnada por entender el actor que, lejos de tratarse de una mera

corrección de errores, constituía una modificación del puesto y de la Relación de Puestos de Trabajo, ya que la titulación requerida para esa plaza no debe ser la específica de Ingeniero Técnico en Telecomunicaciones sino la genérica de Diplomado Universitario, Arquitecto Técnico, FP3 o equivalente.

La STSJ de Murcia de 7 de junio de 2000, Ar. 1575, comienza recordando la consolidada jurisprudencia relativa a la elaboración y la modificación de las relaciones de puestos de trabajo como un instrumento de política de personal en manos de la Administración, que deben ser realizadas de acuerdo con las normas de Derecho administrativo determinantes de su confección, aprobación y publicidad. Partiendo de esta base la STSJ de Murcia estima el recurso por considerar que, en este caso, no se trata de una simple corrección de errores, sino de una verdadera modificación del puesto de trabajo y de la Orden que aprobó la Relación de Puestos, sin que se haya observado el procedimiento establecido para la tramitación de la propuesta de actualización y modificación de las Relaciones de Puestos de Trabajo.

B) La opción por el sistema de provisión por libre designación debe justificarse por la especial naturaleza de los puestos a cubrir

La STSJ de Cantabria de 14 de junio de 2000, Ar. 772, estima el recurso interpuesto contra el Decreto que modificó la Relación de Puestos de Trabajo del Personal Funcionario de la Consejería de Educación y Juventud de esa Diputación Regional.

La STSJ de Cantabria estima que dicha modificación vulnera los principios de igualdad, mérito y capacidad que ordenan la carrera administrativa, ya que realiza una determinación aleatoria de los puestos de libre designación, que no responde a la naturaleza de sus funciones y a la especial relación de confianza y responsabilidad que debe caracterizar a aquéllos.

5. IGUALDAD EN EL ACCESO A LOS EMPLEOS PÚBLICOS

A) Determinación de requisitos de aptitud física, altura mínima y edad mínima y máxima

La STSJ de Cataluña de 7 de abril de 2000, Ar. 788, enjuicia la impugnación de varias bases de una convocatoria para la provisión de cuatro plazas de Inspector del Cuerpo de Mossos d'Esquadra.

En primer lugar, se impugna la base que establece como requisito para participar en la convocatoria una edad mínima de 21 años y máxima de 40. Si bien el legislador concede un margen de discrecionalidad a la Administración para la determinación de la edad mínima o máxima de las convocatorias, la concreción de este requisito debe responder siempre a un fundamento razonable. En este caso, la Administración convocante no ha expresado el fundamento de las limitaciones de edad ni éstas derivan necesariamente de las funciones a realizar por los Inspectores. La determinación de la edad máxima es innecesaria, puesto que el proceso de selección incluye pruebas físicas y médicas que, en su caso, pueden ser reveladoras de la incapacidad para desempeñar las funciones de los puestos convocados, con independencia de la edad. Otro tanto ocurre con la edad míni-

X. Función Pública

ma, que no puede ampararse en la finalidad de permitir el acceso de quienes hayan adquirido una experiencia mínima para desempeñar estas funciones, puesto que la citada experiencia ha de ser valorada en la fase de concurso, al margen de la edad. De ahí que la STSJ de Cataluña anule la citada base de la convocatoria, discriminatoria por carecer de cualquier justificación objetiva y razonable.

En segundo lugar, el recurso se dirige también contra la base que exige una altura mínima de 1,65 para las mujeres y de 1,70 para los hombres. La alegación de discriminación es doble en este caso: en cuanto a la determinación misma de una altura mínima y en cuanto a la diferencia entre la altura exigida a hombres y mujeres. En este sentido, la STSJ de Cataluña recuerda que los requisitos establecidos para el acceso a los empleos públicos han de tener siempre la consideración de mérito o capacidad para el desempeño de las funciones propias de los puestos convocados. Así, es habitual que las convocatorias para el acceso a los Cuerpos policiales contemplen la exigencia de una altura mínima. Si bien este requisito no aparece previsto en ninguna norma con rango de ley ni en la Declaración sobre Policía aprobada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (Resolución 690/1979), obedece a una finalidad razonable que no puede ser tachada de discriminatoria sin más. Es evidente que el desempeño de las funciones policiales requiere una cierta complejión física. Asimismo, es razonable distinguir entre la altura exigida a hombres y mujeres, pues se parte de situaciones de hecho diferentes, con medias de altura distintas entre los dos sexos. Ahora bien, esta exigencia de altura mínima que resulta justificada y proporcionada para el acceso a las escalas policiales inferiores, que tienen atribuidas funciones de naturaleza eminentemente ejecutiva, no lo es para el desempeño de las tareas propias del Cuerpo de Inspectores, donde predominan las funciones técnicas y de mando. La exigencia de una altura mínima resulta aquí discriminatoria, ya que la aptitud para el desempeño de estas funciones técnicas, de gestión y de mando deriva de otros requisitos físicos y de la titulación exigida (la correspondiente al grupo B de funcionarios) para el acceso al Cuerpo de Inspectores.

Se impugna también la base de la convocatoria relativa a las pruebas físicas para el acceso, en la medida en que no establece ningún requisito mínimo para entender superadas dichas pruebas. En este aspecto, el TSJ de Cataluña distingue dos tipos de pruebas dentro del proceso de selección: por un lado, las pruebas físicas o médicas que permiten comprobar una aptitud mínima para el desempeño de los puestos convocados y, por otro lado, otras pruebas realizadas en concurrencia competitiva que han de ser valoradas en la fase de concurso. Respecto de las primeras, por su carácter objetivo, es necesario que la convocatoria fije los requisitos de la aptitud física mínima para el desempeño de las funciones. De otro modo, si las aptitudes físicas exigidas no tuviesen relación con las funciones a desarrollar, resultaría afectado el principio de igualdad de oportunidades en el acceso. En el caso de las segundas, por su carácter competitivo, no hay obstáculo para que la Administración actúe con cierta discrecionalidad al valorar los méritos de cada uno de los aspirantes.

Sin embargo, la STSJ de Navarra de 15 de junio de 2000, Ar. 1478, entiende que no existe discriminación en la fijación de una edad máxima para el acceso al Cuerpo de Bomberos, pues dicha exigencia resulta idónea para el adecuado desempeño de las funciones propias del Cuerpo mencionado.

B) Los familiares de españoles tienen derecho a acceder a los empleos públicos en las mismas condiciones que éstos y el resto de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, con independencia de su nacionalidad

La STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de abril de 2000, Ar. 1194, anula la resolución que declaró la exclusión de la actora de la lista de aspirantes a funcionarios interinos de la Escala Técnica de Sanitarios Locales, por ostentar la misma nacionalidad iraní. La sentencia señalada declara el derecho de la actora a ser incluida en la lista de la Bolsa de Trabajo, ya que siendo cónyuge de español, es de aplicación lo dispuesto en el RD 766/1992 y en el art. 1 de la Ley 17/1993 en la redacción dada por la Ley 55/1999, que extiende el derecho de acceso a los empleos públicos en igualdad de condiciones que los españoles, además de a los nacionales del resto de los Estados miembros de la Unión Europea, a los cónyuges de españoles y de los citados nacionales, así como a sus descendientes y a los del cónyuge.

6. CARRERA ADMINISTRATIVA

A) Provisión de puestos de trabajo

a) Provisión por el sistema de libre designación de los puestos reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional

La STC 235/2000, de 5 de octubre, desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el párrafo 1 del art. 99 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, en la redacción dada por el art. 2 de la Ley 10/1993, de 21 de abril, de modificación del régimen de puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional. El precepto señalado contempla el concurso como sistema ordinario de provisión de los puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional y, con carácter excepcional, el sistema de libre designación. El recurso de inconstitucionalidad se encamina a combatir ambos sistemas de provisión.

En lo que respecta al sistema de concurso, la impugnación señala la conculcación de la debida reserva de ley establecida por el art. 103 CE, ya que el art. 99.1 de la Ley 7/1985 no contiene elemento alguno que permita precisar el contenido del 25 por ciento de la puntuación total que las Corporaciones Locales pueden atribuir a los méritos específicos que establezcan. Sin embargo, el Tribunal Constitucional desestima el motivo invocado y entiende acertada la remisión a la potestad reglamentaria de los entes locales de la fijación de este 25 por ciento de los méritos específicos que han de ser tomados en cuenta para la provisión mediante concurso de los puestos reservados a funcionarios locales con habilitación de carácter nacional, pues permite que los méritos a valorar tengan conexión con las singularidades de las Corporaciones Locales en las que se sitúan los puestos de trabajo sacados a concurso.

En lo relativo al sistema de libre designación, las dudas de constitucionalidad surgen de la pretendida incompatibilidad de este sistema con la finalidad última a la que responde la reserva de las funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones locales a funcionarios con habilitación de carácter nacional; la garantía de la objetividad, imparcialidad e

X. Función Pública

independencia en el ejercicio de la función: a) la vulneración de los principios de legalidad y seguridad jurídica; b) la ilegitimidad constitucional del sistema de libre designación, ya sea desde la perspectiva del carácter básico del concurso, ya desde la perspectiva de la garantía de un tratamiento común a los administrados; c) la inadecuación de dicho sistema a las exigencias de la Carta Europea de la Autonomía Local; d) el quebrantamiento por el mencionado sistema de los principios de mérito y capacidad en el desempeño de las funciones públicas, así como de los de objetividad de la Administración y de imparcialidad en el ejercicio de aquellas funciones, y e) la incompatibilidad del sistema de libre designación con los derechos al cargo y a la inamovilidad de la residencia.

El Tribunal Constitucional rechaza la existencia de vulneración de los principios de legalidad y seguridad jurídica. Tampoco la STC realiza ningún reproche de inconstitucionalidad a la decisión del legislador de introducir, junto al sistema de concurso, el de libre designación, aun con carácter excepcional. Igual suerte corre la alegación relativa a la inadecuación del sistema de libre designación a la Carta Europea de Autonomía Local, ya que este sistema respeta los principios de mérito y capacidad, pues queda reservado para la provisión de puestos de especial relevancia en la Administración Local (Secretaría, Intervención-Tesorería y Secretaría-Intervención, distinguiéndose en las dos primeras las categorías de entrada y superior. Por ejemplo, son Secretarías de primera clase las de las Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos Insulares, Ayuntamientos que sean capitales de Comunidad Autónoma y de Provincia, y Municipios con población superior a 20.000 habitantes). Tanto el concurso como la libre designación sirven a la misma finalidad de atribuir los puestos de trabajo a los funcionarios que reúnen las mejores condiciones de cualificación e idoneidad. A tal efecto, es indiferente que la adjudicación se haga, en el caso del concurso, mediante la baremación, más o menos automática, de los méritos aportados, o mediante la apreciación que el órgano decisor se haya forjado a la vista de historial profesional de los aspirantes en el caso de libre designación. La confianza que puede predicarse de la libre designación es la que se deriva de la aptitud profesional del candidato, puesta de manifiesto en los méritos aportados.

En base a todo lo anterior, el Tribunal Constitucional concluye que el sistema de libre designación para puestos de indudable relevancia para su carácter directivo y especial responsabilidad no es, en abstracto, contrario al art. 103.3 CE, ni tampoco en el caso estudiado, pese a la importancia de las funciones de asesoramiento legal y económico, o de control, financiero o presupuestario encomendadas a los funcionarios con habilitación nacional, queda comprometida la imparcialidad necesaria para el ejercicio de las funciones públicas. Son también desestimados los alegatos relativos a la vulneración de los derechos al cargo y a la inamovilidad de la residencia por el libre cese que procede en los casos de libre designación.

b) Comisión de servicios

a') La comisión de servicios no permite consolidar el grado personal

La STSJ de Cantabria de 8 de mayo de 2000, Ar. 1243, estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto anulando una Resolución del Director General de la Función Pública que denegaba la solicitud relativa a abono de diferencias salariales en el

Complemento de Destino y Consolidación del grado personal como consecuencia del efectivo desempeño de los puestos de trabajo como Jefe de Negociado de Personal y Organización del recurrente. No obstante, no se reconoce la consolidación del grado personal porque la legislación vigente distingue, “a los efectos de consolidación del grado personal, entre el desempeño definitivo o en posesión de un puesto de trabajo obtenido mediante un mecanismo normal de provisión, que permite asegurar el grado, y el ejercicio provisional de un puesto de trabajo a través de la comisión de servicio, insuficiente para consolidar el grado personal” (FJ 5°).

b') Cese en comisión de servicios

La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 21 de enero de 2000, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un funcionario del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias que fue cesado como educador, puesto que desempeñaba en comisión de servicios, debido a la postura adoptada por él ante un plante de los internos del Centro Penitenciario de Cádiz-Puerto II. La Sala señala que la comisión de servicios como educador en un centro penitenciario es una propuesta discrecional de la Administración, cuyo desempeño exige prudencia y discreción y, cuyo cese, al no ser reglado, puede acontecer en cualquier momento.

c) Concursos de traslado para la provisión de vacantes

La STSJ de País Vasco de 10 de abril de 2000, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Orden de 30 de diciembre de 1996 del Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco que convocó concurso de traslados de funcionarios del Cuerpo de Agentes de la Administración de Justicia para la provisión de vacantes en Juzgados y Tribunales de la Comunidad Autónoma, sin incluir en el mismo todas las vacantes existentes en la citada fecha. La Sala señala que del ordenamiento jurídico vigente no se desprende que en todos los concursos de traslados deban incluirse la totalidad de las vacantes existentes en ese momento; “pero el margen de decisión administrativa está limitada entre la obligación de convocar pruebas selectivas al menos una vez al año, en la que deben incluirse todas las vacantes no cubiertas por el de concurso de traslados, y por la posibilidad de no incluir vacantes que vayan a ser amortizadas o modificadas, lo que explica el mecanismo de colaboración administrativa (previo acuerdo) que establece el art. 54.1 párrafo 2 in fine, del ROOAA, en cuanto a la determinación de las vacantes que deben incluirse en la convocatoria (se determinan por la Comunidad Autónoma, previo acuerdo con el Ministerio de Justicia)”.

B) Supresión de puestos de trabajo

La STSJ de La Rioja de 21 de junio de 2000, Ar. 1554, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución del Consejero de Desarrollo Autonómico, Administraciones Públicas y Medio Ambiente de 20 de diciembre de 1996, por la que cesaba al recurrente con motivo de la supresión del puesto de Jefe de Servicio de Coordinación y Gestión de Medios de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Industria, Trabajo, Turismo y Comercio. El recurrente solicita la anulación de la citada Resolución porque considera que se ha producido una remoción de su puesto de traba-

X. Función Pública

jo sin seguir el procedimiento establecido en el art. 20.1.e) de la Ley 30/1984, es decir, sin previo expediente contradictorio, mediante resolución motivada del órgano que realizó el nombramiento, una vez oída la Junta de Personal correspondiente.

La Sala consideró que no se trataba de una remoción ya que “no estamos ante una alteración en el contenido del puesto de trabajo que venía desempeñando”, sino ante una supresión de un puesto de trabajo mediante la oportuna modificación de la Relación de Puestos de Trabajo, motivada por una nueva reorganización de Consejerías con servicios diferentes a los anteriores, por lo que es exigible el procedimiento establecido para proceder a la remoción.

7. DERECHOS ECONÓMICOS Y COLECTIVOS

A) Derechos económicos

a) Complemento específico: el catálogo de puestos de trabajo puede establecer puestos distintos con diferentes retribuciones en razón a las diversas funciones que a cada uno le están asignadas, pero ello no impide que se vulnere el principio de igualdad si tal diferenciación de tareas no se produce y si todos realizan los mismos cometidos, desapareciendo la causa justificativa del trato retributivo diverso

La STS de 17 de diciembre de 1999, Ar. 10054, se pronuncia sobre la libertad que tienen las relaciones de puestos de trabajo de establecer distinciones entre los distintos puestos, con las correspondientes repercusiones en cuanto a niveles y complementos retributivos, recogiendo la jurisprudencia sentada, entre otras, en su Sentencia de 14 de diciembre de 1990, Ar. 10163. En este caso, en el catálogo de puestos de trabajo que aprueba la Orden Ministerial de 26 de mayo de 1986, no aparece distinción alguna de tareas entre los subinspectores de Hacienda adscritos a las categorías “A” y “B”. A partir de ahí, deducirá la Sala que la no percepción del complemento específico por parte de los subinspectores de la categoría “B” constituye una discriminación injustificada que está proscrita por el artículo 14 de la Constitución: los catálogos de trabajo pueden establecer distinciones entre los distintos puestos, con las correspondientes repercusiones en el nivel del puesto y en los complementos, “si bien no de modo absolutamente discrecional, sino en función de una diferente definición de los contenidos laborales de los distintos puestos”, de tal forma que “al no haber norma alguna que atribuya cometidos diferentes entre los subinspectores, la eventual distinción en su tratamiento económico sólo podría justificarse por una organización del servicio del que resultase que los que ocupan los puestos catalogados “A” desarrollaran funciones determinadas o conocieran de asuntos diferentes por cualquier razón o incluso más numerosos que los atribuidos al conocimiento de los clasificados “B”.

b) Complemento de destino: es lícito que una nueva regulación pueda establecer distinciones retributivas, justificándose dicha distinción en el mero devenir del ordenamiento jurídico

La Asociación Nacional de Policía Uniformada interpuso un recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 1847/1996, de 26 de junio, en la medida en que modi-

ficaba los niveles de complemento de destino de la policía y, concretamente, establecía dos regímenes retributivos diferentes para los policías que habían pasado a la situación de segunda actividad antes y después de la Ley 26/1994. La STS de 18 de junio de 1999, Ar. 7728, desestima el recurso por considerar que tal diferenciación de trato no es contraria al principio de igualdad, sino que tiene su justificación objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad perseguida por dicha ley. Dirá la Sala que “toda ley supone un cambio de régimen jurídico entre las situaciones anteriores y las posteriores a la entrada en vigor de sus normas. El principio de irretroactividad de las leyes y de respeto de los derechos adquiridos exige que a los sujetos de derechos que se rigen por la antigua normativa no se les prive de tales derechos, pero sin que exista norma o principio constitucional que haga preceptivo equipararlos a los sujetos que se rigen por la nueva normativa”.

c) Complemento de destino: su percepción por los funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Maestros se fija en virtud del Cuerpo del que forman parte y no en razón del puesto de trabajo que desempeñan

En el presente caso, la STSJ de Extremadura de 25 de mayo de 2000, Ar. 1589, dilucida sobre la pretensión del recurrente de obtener el reconocimiento del complemento correspondiente al nivel del puesto de trabajo que efectivamente estaba desempeñando, en vez del complemento de destino que corresponde al Cuerpo al que pertenece. La Sentencia, tras reconocer que la Ley 30/1984 permite que los funcionarios docentes se sometan a preceptos especiales, recoge la jurisprudencia recogida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de enero de 1998, Ar. 826, dictada en interés de Ley. Según dicha línea jurisprudencial “los funcionarios del Cuerpo de Maestros que estén prestando servicios en puestos de trabajo correspondientes al primer ciclo de la Enseñanza Secundaria Obligatoria, al que corresponde un nivel de complemento de destino superior al 21, no tienen derecho a percibir como complemento de destino el que tiene atribuido el puesto de trabajo que desempeñan, sino que deben cobrar como complemento de destino el de nivel 21, que es el asignado al Cuerpo de Maestros”.

d) Complemento de destino: su carácter objetivo hace que dicho complemento venga establecido para el puesto concreto, con independencia de las características de cada funcionario

La STSJ de Cantabria de 8 de mayo de 2000, Ar. 1243, se ha pronunciado sobre la naturaleza del complemento de destino. En este caso se trataba de determinar los efectos que tenía para la funcionaria recurrente el desempeño de un puesto de trabajo en virtud de una comisión de servicios realizada de forma irregular. El Tribunal, dando primacía al principio de buena fe y a la efectividad en el desempeño de las funciones, ha establecido que “por encima de la procedencia o no de una adscripción real y efectivamente verificada, de la que ha derivado una ocupación también efectiva del puesto asignado y, correlativamente, la responsabilidad, dedicación y cualificación material propias de dicho puesto, resulta procedente apreciar la posibilidad de reconocimiento y abono de las diferencias retributivas nacidas de esta situación de hecho, desde luego, no imputa-

ble al funcionario, que se ha limitado a desarrollar la función que le había sido encomendada. En caso contrario, la Administración obtendría un enriquecimiento injusto, ya que obtendría el desempeño del puesto de trabajo sin tener que abonar los complementos que el mismo tiene asignado en el respectivo catálogo”. Ahora bien, el Tribunal aclara que ello no significa reconocer el derecho del funcionario a la consolidación del grado personal, por haber estado en posesión del mismo al margen de los sistemas legales de provisión.

e) Trienios: el tiempo de servicios en las Fuerzas Armadas correspondiente a la duración del servicio militar obligatorio no se computa para devengo de trienios

La STS de 17 de abril de 2000, Ar. 4757, estima el recurso de casación presentado por el Abogado del Estado contra la STSJ de la Comunidad Valenciana que había estimado el recurso del militar recurrente y, por tanto, su derecho a computar a efectos de trienios el tiempo de duración del servicio militar. El TS analiza la compatibilidad del artículo 3.3 del Real Decreto 359/1989, de 7 de abril, que excluye expresamente para el personal de las Fuerzas Armadas el tiempo de duración del servicio militar obligatorio para el cómputo de los trienios, con lo dispuesto en el artículo 29.2.K) de la Ley de Medidas 30/1984, que sí permite su cómputo para los funcionarios, toda vez que la sentencia recurrida había estimado la ilegalidad del primero de los preceptos citados.

El TS finalmente ha casado la sentencia del TSJ por entender que el Real Decreto 359/1989 no vulnera el principio de jerarquía normativa, toda vez que “la aplicabilidad de la Ley 30/1984 al personal de las Fuerzas Armadas viene dada mediatamente, bien por su carácter de norma supletoria (artículo 1.5 del citado texto legal), o por la remisión que a ella hace la Disposición Final Segunda de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, que autoriza al Gobierno para adecuar el sistema retributivo del personal militar al de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado. Pero por ninguna de estas dos vías es aplicable al personal militar el artículo 29.2.K) de la Ley 30/1984, según el cual los funcionarios civiles pasan a la situación de servicios especiales cuando cumplan el servicio militar, pues el cumplimiento de dicho servicios por quienes ya están encuadrados en las Fuerzas Armadas no implica la alteración de la situación administrativa de actividad del interesado, con lo que mal puede entenderse que la norma reglamentaria cuestionada quebrante el principio de jerarquía normativa”.

Por otra parte, tampoco dicho precepto vulnera el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución, puesto que no existe en este caso la identidad de situaciones que constituye la base imprescindible para la aplicación de este precepto. De esta forma, mientras que la prestación del servicio militar constituye el paso a la situación de servicios especiales en el ámbito civil, en el ámbito militar es causa de exclusión temporal del contingente anual de dicho servicio, lo que comporta el hecho de que al militar se le abone como servicio en filas el tiempo de permanencia en el Centro de Enseñanza militar.

B) Derechos colectivos**a) La negociación colectiva en la Función Pública no puede constitucionalmente asimilarse a la negociación colectiva en el ámbito laboral**

La STSJ de Canarias de 24 de mayo de 2000, Ar. 1537, se ha pronunciado sobre el valor de las estipulaciones retributivas adoptadas por el Acuerdo Marco negociado entre la Administración y la representación sindical de la policía, recogiendo al respecto la línea jurisprudencial marcada por el TC (STC 57/1982) y el TS (entre otras muchas, en su Sentencia de 30 de junio de 1995, Ar. 5107). Tras analizar el alcance de la negociación prevista en la Ley 7/1990, recuerda la Sala que “la negociación en el ámbito de la Función Pública es de consagración exclusivamente legal, siendo sólo la ley la base normativa para establecer el alcance y significado jurídico de dicha negociación, de tal forma que no cabe asimilar el régimen de los acuerdos alcanzados al de los convenios colectivos laborales, cuyo significado como normas tiene un fundamento preciso en el artículo 37.1 de la Constitución, sin que del reconocimiento del derecho de sindicación de los funcionarios derive como consecuencia necesaria el de negociación colectiva, y menos todavía con efectos vinculantes”.

Toda esta argumentación llevará a la Sala a concluir que el nuevo texto de la Ley 7/1990 “tampoco desvirtúa el carácter estatutario de la relación funcional, ni atribuye a los órganos negociadores de la Administración competencias que no tienen y, por supuesto no permite, ni podía hacerlo, ser objeto de negociación cuestiones reservadas a la Ley por la Constitución o competencias no transigibles, como la potestad de organización o la política económica. No son negociables cuestiones reservadas a la ley por el artículo 103 ni, ya que tratamos de retribuciones, puede quedar afectado el principio de legalidad presupuestaria”. Considera la Sentencia que el acuerdo alcanzado sobre un aumento retributivo de tal carácter nunca puede tener fuerza vinculante y carácter de fuente ya que, conforme al artículo 134 de la Constitución, corresponde a las Cortes Generales la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado, entendiéndose por ello que el acuerdo impugnado supone meramente “un compromiso, no de resultado, sino de actividad, a fin de remover los obstáculos dichos, pero sin que pueda garantizarse el resultado ni el tiempo en que éste pueda conseguirse”.

En la misma línea, la STSJ de Cantabria de 3 de mayo de 2000, Ar. 1242, anula determinados preceptos del Acuerdo municipal sobre condiciones de trabajo, en la medida en que suponían una regulación de la jornada funcional distinta de la prevista por la legislación estatal y contemplaban la contratación de unos seguros de responsabilidad civil por conducción de vehículos para aquellos funcionarios públicos que tuvieran que conducir durante la prestación de servicios que, según la Sentencia, acababan suponiendo un abono de nuevas retribuciones no previstas para los funcionarios. El Tribunal fundamenta su resolución en la consolidada jurisprudencia del TS recogida, entre otras, en su Sentencia de 16 de junio de 1995, Ar. 4994, según la cual “no es permisible que por analogía con el sistema de relaciones laborales el bloque legislativo que regula el régimen estatutario de los funcionarios sea identificable como una plataforma de mínimos

X. Función Pública

sobre la que puedan pivotar una constelación de unidades negociadoras pactando cada una a su libre albedrío, bajo el lema de que lo que no está permitido por la ley debe presumirse que está permitido y puede ser objeto de regulación con arreglo al buen criterio de la Mesa de Negociación, refrendado por la respectiva Corporación Municipal”.

b) Las cuestiones relativas al incremento de las retribuciones deben ser objeto de negociación colectiva, existiendo una obligación por parte de la Administración de negociar de buena fe y sin que dicha materia pueda ser excluida de la negociación unilateralmente

La SAN de 7 de noviembre de 2000, ha dado un paso importantísimo en el reconocimiento de validez y eficacia directa de los Acuerdos firmados entre Administración y sindicatos. Ha profundizando en la línea jurisprudencial establecida por el TS, entre otras, en su Sentencia 8791/1995, de 16 de noviembre, en la que ya se establecía que “ante una eventual contradicción entre un acuerdo alcanzado y un reglamento posterior que lo desconoce es causa de invalidez la norma reglamentaria” y se ha apartado del criterio seguido por algunas Sentencias de TSJ como la que acabamos de comentar.

La Sentencia se pronuncia sobre el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Federación de Enseñanza de Comisiones Obreras contra la resolución del Ministro para las Administraciones Públicas de 19 de septiembre de 1996. En dicha resolución el Ministro comunicaba a los representantes de los funcionarios en la Mesa General de Negociación de la Administración del Estado su decisión de no incrementar las retribuciones a los funcionarios para el año 1997, dándose la circunstancia de que el Acuerdo de 15 de septiembre de 1994, firmado entre la Administración y los sindicatos, establecía para el año 1996 y 1997 un incremento de las retribuciones según la previsión presupuestaria del crecimiento del IPC para dichos ejercicios.

Pues bien, tras resolver previamente las cuestiones competenciales y atribuir a las declaraciones del Ministro la naturaleza de acto administrativo, estima finalmente la Sala las pretensiones de la parte recurrente, estableciendo que la exclusión del incremento retributivo de la negociación funcional vulneró los artículos 32,33 y 34 de la Ley 7/1990. Fundamenta su resolución básicamente en dos aspectos: el alcance de la obligación de negociar de buena fe y el espíritu que encierra el artículo 7 del Convenio 151 de la OIT. Efectivamente, dirá la Sala que “La Ley 7/1990 expresamente atribuye fuerza vinculante a los Pactos y Acuerdos válidamente adoptados en la negociación; siendo una parte la Administración del Estado, ella queda vinculada por el Acuerdo que nos ocupa —respecto del cual la Ley de aplicación no reconoce *ius variandi*—, y no ya por la naturaleza jurídica del Acuerdo, que lo es de convenio entre empleador y empleados, ni tampoco como consecuencia de la vinculación de los convenios colectivos laborales cuya regulación no es aquí aplicable; sino como consecuencia de la aplicación de la Ley 7/1990 que expresamente regula en el ámbito funcional el alcance y consecuencias de la negociación colectiva en dicho ámbito, y que determina la vinculación y obligatoriedad del Acuerdo”.

Por otra parte, la Audiencia sale al paso del importante problema jurídico que plantea el reconocimiento de la eficacia directa del Acuerdo con la Ley de Presupuestos del Estado

para 1997, que no había contemplado las previsiones del Acuerdo de 1994 y, en consecuencia, había dispuesto la congelación salarial, diciendo que los “Presupuestos, en su vertiente del gasto público, han de ordenar el mismo, pero desde el respeto a la legalidad y los compromisos asumidos válidamente, pues no innovan el Derecho, ni alteran las obligaciones jurídicas de la Administración, sino que establecen el destino de las partidas presupuestarias, atendiendo al Derecho y las obligaciones jurídicas exigibles a la Administración”. Añadirá además que “en materia de retribuciones de los funcionarios se encuentran implicadas instituciones con intensos poderes reconocidos en la Constitución, precisamente porque tales retribuciones se encuentran incluidas en el concepto de gasto público, y se ven afectadas por los controles y garantías que respecto al mismo se establecen, pero sin que ello suponga una alteración a la regulación que en tales aspectos establece la Ley, que opera como un límite de la facultad de decidir el destino de los ingresos públicos y ordenación del gasto público, mientras la Ley se encuentre vigente; o lo que es lo mismo, el Gobierno y las Cortes Generales, estas últimas en el ejercicio de potestades no legislativas, encuentran un límite legal en la potestad de ordenación del gasto público y por ello en la elaboración y aprobación de los Presupuestos cuando el Ordenamiento determina de forma vinculante un determinado gasto público”.

Toda esta argumentación —a pesar del voto particular formulado por el Magistrado don José María del Riego Valledor— llevará a la Sala a desconocer la congelación salarial prevista en la Ley de Presupuestos para 1997 y a declarar la obligación de la Administración de incrementar automáticamente las retribuciones de los funcionarios según el incremento del IPC para el año 1997, así como su obligación de negociar otros incrementos que pudieran acordarse en el seno de la negociación considerando los factores señalados en el propio Capítulo VI del Acuerdo de 1994.

8. DEBERES

A) En los supuestos de faltas de asistencia no justificadas que no constituyen infracciones disciplinarias procede la deducción proporcional de retribuciones

La STSJ de Galicia de 26 de abril de 2000, Ar. 1094, desestima el recurso interpuesto contra la deducción proporcional de haberes practicada al actor por el Ayuntamiento de A Coruña a consecuencia de ausencias injustificadas del puesto de trabajo. La sentencia citada, tras comprobar que las ausencias carecían de toda justificación y de tipificación disciplinaria, declaró conforme a Derecho el recurso a la vía legalmente habilitada para la deducción de haberes:

“En concreto, el art. 36, párrafos 1º y 2º de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, establece que la diferencia, en cómputo mensual, entre la jornada reglamentaria de trabajo y la efectivamente realizada por el funcionario dará lugar, salvo justificación, a la correspondiente deducción proporcional de haberes, añadiendo que para el cálculo del valor hora aplicable a dicha deducción se tomará como base la totalidad de las retribuciones íntegras mensuales que perciba el funciona-

X. Función Pública

rio divida por 30 y, a su vez, este resultado por el número de horas que el funcionario tenga obligación de cumplir, de media, cada día.”

B) Habilitación para la práctica de una diligencia. Instrucción funcional propia del servicio que no precisa de la tramitación de un procedimiento especial ni de mayor justificación

La STSJ de Baleares de 14 de abril de 2000, Ar. 1041, desestima el recurso interpuesto contra la Resolución desestimatoria del recurso contra acuerdo de habilitación de funciones adoptado por el secretario judicial de un Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca habilitando a un oficial de la Administración de Justicia para la práctica de una diligencia de desahucio.

El demandante entiende que el acuerdo es nulo por carecer de motivación y por haber sido adoptado sin observar el trámite de audiencia previo. Alega también el actor que dicho acto supone un ejercicio desviado de la discrecionalidad administrativa, por cuanto le encomienda una tarea que no corresponde a las funciones propias de su sección (tramitación de procedimientos de menor cuantía).

La STSJ de Baleares desestima todos los motivos de impugnación, dado que la habilitación para la práctica de la diligencia de lanzamiento en desahucio fue realizada de conformidad con el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales y con el Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia. Se trata de una instrucción del servicio u orden de ejecución de un acto que no precisa de especial motivación ni de tramitación de procedimiento alguno, sino que basta a tal efecto con la remisión a los preceptos que contemplan la posibilidad de dicha actuación judicial.

Tampoco puede imputarse a dicha diligencia de habilitación abuso de discrecionalidad:

“En cuanto a que el ‘interés general’, como límite de la discrecionalidad, habría resultado afectado desde el momento en que el servicio público judicial se habría visto perjudicado al encomendar al Oficial recurrente una actuación en un ‘juicio de desahucio’, cuando su sección lo es la de los procedimientos de ‘menores cuantías’, debe ser contestada con la afirmación de que el recurrente no acredita que tenga encomendada orgánicamente, y con la exclusión de otras tareas, la tramitación de los ‘juicios de menor cuantía’ o que estuviese destinado en un puesto de trabajo exclusivamente dedicado a la tramitación de unos procedimientos y no otros. A ello debe añadirse que las competencias y la capacidad de los Oficiales de la Administración de Justicia no quedan restringidas a unos determinados procedimientos.”

9. RÉGIMEN DISCIPLINARIO. DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS EN EL EJERCICIO DE SUS CARGOS E INFRACCIONES DISCIPLINARIAS QUE SANCIONAN “CUALQUIER CONDUCTA CONSTITUTIVA DE DELITO DOLOSO”. ES POSIBLE LA DOBLE SANCIÓN PENAL Y ADMINISTRATIVA

La STS de 30 de mayo de 2000, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 5155, estima el recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional

que anuló la sanción disciplinaria de separación del servicio impuesta a un funcionario de policía que, previamente, había sido condenado como autor de varios delitos cometidos “con ocasión de los derechos de las personas reconocidos en las leyes”.

Cuando el TS ha tenido ocasión de enjuiciar supuestos como el que nos ocupa, donde la infracción (“cualquier conducta constitutiva de delito doloso”) y la sanción disciplinaria se aplican a un funcionario de policía como consecuencia de los mismos hechos que han motivado la condena penal, ha concluido anulando la sanción disciplinaria, por considerar que ésta atiende a la protección de los mismos bienes jurídicos contemplados por la sanción penal y, por tanto, vulnera el principio *non bis in idem*. En este sentido, puede verse la STS de 12 de junio de 1998, Ar. 5554, incluida en una crónica anterior.

Sin embargo, en esta ocasión, tratándose igualmente de una sanción disciplinaria impuesta por los mismos hechos castigados por la jurisdicción penal, el TS llega a una conclusión bien distinta, pese a que los delitos cometidos por el funcionario de policía lo son también “con ocasión de los derechos de las personas reconocidos en las leyes”. Para la STS de 30 de mayo de 2000, el hecho de que los delitos castigados hayan tenido en cuenta la condición de funcionario del sujeto activo, no significa sin más que los bienes protegidos por éstos coincidan con los propios de la sanción disciplinaria. El bien jurídico protegido en cada infracción penal no viene determinado por la condición de funcionario del autor, sino por el valor social o individual que se entiende lesionado o puesto en peligro. Para determinar cuál sea este valor es útil acudir a la rúbrica del título del Código Penal donde aparecen recogidos los delitos en cuestión. En este caso, ya hemos señalado que el título de la rúbrica que nos interesa es de los delitos cometidos “con ocasión de los derechos de las personas reconocidos en las leyes”. Partiendo de esta base, el TS considera que estos delitos pueden ser cometidos tanto por funcionarios como por particulares. Si bien es cierto que dentro de esa rúbrica se distinguen unos subtipos agravados en atención a la condición funcional del sujeto, eso no significa que los hechos hubiesen carecido de relevancia penal en caso de ser cometidos por un particular. Por esta razón, la mención de la condición de funcionario del autor no es expresiva de la protección de los intereses propios de la Administración. Lo que ocurre es que la condición de funcionario del sujeto activo añade un especial desvalor a la conducta que, por ello, merece un reproche mayor. Dado que los delitos aludidos no protegen el interés propio de la Administración, no hay obstáculo para aplicar una sanción disciplinaria que sí atiende éste: la irreprochabilidad penal de los funcionarios de policía.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ
BELÉN MARINA JALVO
EVA NIETO GARRIDO

XI. URBANISMO**Sumario:**

1. Planeamiento urbanístico: la impugnación de licencia municipal de edificación

puede basarse en la nulidad de las normas subsidiarias aprobadas por la autoridad

regional. 2. Régimen del suelo urbano. A) La sustitución por el equivalente en metálico de la superficie a ceder obligatoriamente se configura como un derecho subjetivo del promotor de la actuación urbanística y no de quien deviene propietario del “solar”, lo que sería una venta encubierta de un bien municipal. B) Es nula la cesión del 15 por ciento del aprovechamiento urbanístico al haber sido anulada por el Tribunal

Constitucional la disposición que la introdujo. **3. Régimen del suelo no urbanizable: el artículo 244 TRLS de 1992 permite al Gobierno de la nación decidir la ubicación de**

una cárcel sin contar con la autorización de la Comunidad Autónoma. 4. Ejecución del

planeamiento. A) Entidades Urbanísticas de Conservación. B) Polígonos y Unidades de Actuación. **5. Valoración en expropiaciones urbanísticas: momento y criterios.**

A) El destino a dotaciones universitarias del suelo expropiado justifica que su valoración se haga como si de suelo urbanizable programado se tratase. B) Un error de cálculo con transcendencia desde el punto de vista de la aplicación de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, respecto a la forma en que debe obtenerse el valor de repercusión del suelo por el método residual desarrollando la fórmula polinómica que fija la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1989.

6. Procedimiento de otorgamiento de las licencias de obras. A) Otorgamiento.

a) Exención de licencia municipal de obras. b) Exigencia del Proyecto de ejecución para la realización de obras. B) Denegación: apreciación de desviación de poder.

7. Deber de conservación: límites. Ha de circunscribirse a las condiciones ordinarias de seguridad, salubridad y ornato público. 8. Intervención en la edificación y uso del

suelo. A) Imposición de órdenes de demolición de construcciones ilegales por los Tribunales. B) Alcance de la obligación de demoler obras ilegales.

1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO: LA IMPUGNACIÓN DE LICENCIA MUNICIPAL DE EDIFICACIÓN PUEDE BASARSE EN LA NULIDAD DE LAS NORMAS SUBSIDIARIAS APROBADAS POR LA AUTORIDAD REGIONAL

La Sentencia de instancia había desestimado el recurso por entender que la ilegalidad de las Normas Subsidiarias aprobadas por la Administración regional no podía ser examinada en un recurso contra un acto administrativo dictado por un órgano municipal. La STS de 26 de octubre de 2000, Ar. 8375, corrige esta interpretación:

“Éste es un argumento equivocado, que infringe el art. 39 (2 y 4) de la LJCA, pues este precepto no impide en absoluto la impugnación indirecta en esos supuestos; en los recursos contencioso-administrativos en materia de urbanismo es frecuentísimo que la impugnación de actos municipales (v. gr. Denegación de licencias) se funde en la ilegalidad de Planes Generales o Normas Subsidiarias (que son actos procedentes de la Comunidad Autónoma. Si el acto impugnado se basa o funda en una disposición de carácter general, aunque uno y otra procedan de Administraciones distintas, puede alegarse para impugnar aquél la disconformidad a Derecho de ésta, ya que el art. 39 no lo impide.”

En obiter dicta, apunta el Tribunal que la nueva LJCA de 1998 admite hoy la posibilidad de que se declare la nulidad de disposiciones generales en los recursos indirectos (arts. 21.3 y 27.2).

2. RÉGIMEN DEL SUELO URBANO

A) La sustitución por el equivalente en metálico de la superficie a ceder obligatoriamente se configura como un derecho subjetivo del promotor de la actuación urbanística y no de quien deviene propietario del “solar”, lo que sería una venta encubierta de un bien municipal

El Ayuntamiento de Zaragoza había aceptado la compensación económica propuesta por una mercantil a cambio de ciertos terrenos de cesión obligatoria, atendiendo a lo previsto en el PGOU y el art. 83 TRLS de 1976. La STS de 6 de marzo de 2000, Ar. 6132, confirma la de instancia que anuló este acuerdo, considerando que esa sustitución por el equivalente en metálico se configura como un derecho del propietario-promotor de la actuación urbanística que ha de efectuarse en el momento en el que el Plan y la Ley lo posibilitan.

La subrogación que late en los textos citados, indica el TS, se mueve en el plano de los deberes de naturaleza urbanística que recaen sobre el propietario del suelo:

“Y así, deriva del propio art. 83 de la Ley del Suelo citada, en la medida en que, de una parte, prohíbe la edificación en una parcela hasta que la misma merezca la calificación de ‘solar’ y, por otra la autoriza anticipadamente con fines industriales siempre que el pro-

XI. Urbanismo

pietario, que ha de entenderse ‘promotor’ de esa actuación urbanística, asuma las obligaciones contenidas en el apartado 3, entre las que figura la cesión gratuita de terrenos para viales, zonas verdes y equipamiento.”

En consecuencia, la Sentencia no juzga posible que tal opción se pueda ejercitar en un momento posterior por parte de quien adquiere el “solar” libre de cargas, pues en ese caso se estaría enajenando bienes municipales, cuyo origen urbanístico resulta ya irrelevante, sin sujetarse al procedimiento legalmente establecido.

B) Es nula la cesión del 15 por ciento del aprovechamiento urbanístico al haber sido anulada por el Tribunal Constitucional la disposición que la introdujo

La STS de 3 de abril de 2000, Ar. 6137, considera que es nula la cesión del 15 por ciento del aprovechamiento urbanístico exigida por el Plan Especial, por haber sido anulado también el apartado c) del número 2 de la Disposición Transitoria Primera del TRLS de 1992, en virtud de la STC 61/1997, de 20 de marzo.

3. RÉGIMEN DEL SUELO NO URBANIZABLE: EL ARTÍCULO 244 TRLS DE 1992 PERMITE AL GOBIERNO DE LA NACIÓN DECIDIR LA UBICACIÓN DE UNA CÁRCEL SIN CONTAR CON LA AUTORIZACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA

La Comunidad de Madrid impugnó el Acuerdo del Consejo de Ministros que autorizaba la construcción de una cárcel en el término municipal de Soto del Real, por entender que cualquier instalación de utilidad pública a realizar en suelo no urbanizable necesita la autorización de la Comunidad Autónoma.

Este argumento es rechazado por la STS de 6 de marzo de 2000, Ar. 6133, a la vista del art. 244.2 TRLS de 1992 (que no ha sido afectado por la STC 61/1997, de 20 de marzo), continuando así la jurisprudencia elaborada a propósito del art. 180.2 TRLS de 1976, que considera equivalentes. Según la Sentencia:

“En el sistema del art. 244.2 la competencia municipal para el otorgamiento de la licencia se ve sustituida por la del Consejo de Ministros para decidir si procede ejecutar el proyecto. El procedimiento a seguir en estos casos no es el previsto para la obtención de la licencia, sino el que establece el mismo art. 244.2; queda así clara la falta de necesidad de seguir la tramitación generalmente exigible, de suerte que, si se trataba de una construcción en suelo no urbanizable, no resultaba precisa la observancia del procedimiento previsto en los arts. 43.3 del TRLS de 1976. Si alguna duda hubiese a ese respecto, piénsese que el art. 244.2 habilita al Consejo de Ministros para ordenar la iniciación del procedimiento de modificación o revisión del planeamiento, como ha hecho en el presente caso, lo que puede afectar a la propia condición de suelo no urbanizable.”

En consecuencia, estima la Sentencia, la autorización de la Comunidad Autónoma no es necesaria porque, en virtud de la anterior potestad, el Consejo de Ministros había acor-

dado la revisión del planeamiento que contenía la clasificación de suelo como “no urbanizable”.

4. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

A) Entidades Urbanísticas de Conservación

En la **Sentencia de 17 de abril de 2000**, Ar. 4938, el TS debe resolver el problema generado por la Comisión Provincial de Urbanismo de Tarragona que no se limitó a acordar la inscripción de una modificación de los Estatutos de una Entidad Urbanística Colaboradora, sino que introdujo determinadas alteraciones en dichos Estatutos antes de proceder a aquella inscripción, alteraciones que se referían a la duración –indefinida, en lugar de la temporalidad que preveía el Proyecto–. A este respecto, la Sentencia recurrida afirmaba que tal facultad no era ajustada a derecho, opinión que no comparte la Generalidad de Cataluña y por la cual interpone el correspondiente recurso de casación.

El TS va a dictaminar que basta una lectura de los arts. 26 y 27 RGU 1979 para acreditar que dichos preceptos no contemplan la posibilidad de introducir modificaciones en el Proyecto de Estatutos presentado a inscripción. Tales preceptos, a juicio del Tribunal, sólo prevén dos posibilidades: la inscripción, si los Estatutos se ajustan a derecho, o la denegación, si tales Estatutos no respetan la legalidad vigente.

Lo dicho conlleva la denegación del recurso interpuesto, dado que si, en virtud del principio de “vinculación positiva”, la Administración sólo puede actuar aquellas facultades que el ordenamiento le confiere de modo expreso, menos dudas ofrece el supuesto, como es el caso que nos ocupa, en que el ordenamiento no habilita a la Administración para actuar en un determinado sentido. De este modo, esa facultad ejercida carece de la cobertura legal necesaria.

Además de la argumentación anterior, el TS indica que lo razonable es que la introducción de modificaciones sea realizada por el Ente que pretendiera constituirse, pues podría suceder que dicho Ente colaborador no estuviera conforme con la modificación efectuada, aunque la misma fuera legal, y que ante la necesidad de su introducción se optare por la retirada del Proyecto. No se trataría, según el Tribunal, de decidir sobre la legalidad de la modificación, sino sobre la competencia para introducirla.

Por último, el TS señala que la alegación del principio de economía procesal que realiza la Generalidad de Cataluña para argumentar su postura no puede prevalecer sobre la legalidad, pues resulta patente que la elaboración de los Estatutos de una Entidad corresponde a su asamblea, y las modificaciones que se deban introducir en los mismos, como consecuencia de prescripciones legales, es preciso que sean aceptadas y asumidas por el órgano soberano de la Entidad que se vaya a constituir.

B) Polígonos y Unidades de Actuación

El TS, en su **Sentencia de 4 de julio de 2000**, Ar. 7006, va a dictaminar sobre el carácter que posee la delimitación de una Unidad de Actuación o su modificación, para su ejecución, y de las determinaciones que al efecto realice el Plan. Con ello se quiere resolver el interrogante de si es posible, dado el carácter normativo que poseen los planeamientos urbanos –como reiteradamente tiene declarado la jurisprudencia del TS–, impugnar los actos dictados en ejecución de un Plan, con fundamento en la ilegalidad del Plan o de un aspecto esencial del mismo que afecte a la división poligonal.

A este respecto, el Tribunal señala que:

“la delimitación de una Unidad de Actuación o su modificación, para su ejecución, y las determinaciones que efectúa al efecto el Plan, carecen de los elementos necesarios que permitan calificar a tal delimitación como una verdadera norma o disposición administrativa de carácter general, sino más bien, siendo concretos y determinados sus destinatarios y su vigencia no indefinida sino referida a un concreto período de ejecución, la calificación adecuada debe ser la de acto administrativo singular, por lo que en definitiva, y al no tener la consideración de norma jurídica de carácter general, la delimitación divisional de los polígonos (...), es llano que no cabe contra la impugnación de la misma, la vía del recurso indirecto planteado en la base a los apartados 2 y 4 del art. 39 de la Ley Jurisdiccional (...)” (FJ 5º).

5. VALORACIÓN EN EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS: MOMENTO Y CRITERIOS

A) El destino a dotaciones universitarias del suelo expropiado justifica que su valoración se haga como si de suelo urbanizable programado se tratase

Ahora bien, la plena aplicabilidad de los preceptos relativos a las valoraciones en las expropiaciones ha quedado condicionada y limitada por la STC 61/1997, aunque no existe una contradicción entre el método de valoración contemplado en esos preceptos anulados y el previsto en el artículo 105.2 TRLS de 1976. El valor urbanístico puede obtenerse mediante la aplicación de las normas contenidas en el Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre, y en el Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre.

Esta doctrina, aunque no es una novedad para el TS, sí lo es para nuestras crónicas, aparece reiterada en la **STS de 14 de septiembre de 2000**, Ar. 8014, en sus FFJJ 3º, 9º, 11º y 13º, que a mayor abundamiento recogen:

“(…) el cálculo del valor urbanístico y, por consiguiente, del justiprecio de los terrenos expropiados en el nuevo y en el antiguo Texto Refundido es equivalente, pues mientras en el de 1992 se hace referencia a un porcentaje determinado del aprovechamiento tipo del área de reparto o del Plan General (75 por ciento en suelo urbano y 50 por ciento en suelo urbanizable programado), en el de 1976 se lleva a cabo con referencia al aprovechamiento una vez deducidos los terrenos de cesión obligatoria y los costes de urbanización, de cuya ope-

ración, en definitiva, han de resultar valores análogos a los que se obtendrían si fuese aplicable el sistema establecido por aquellos preceptos anulados del Texto Refundido de 1992.

(...) Es doctrina jurisprudencial consolidada (...) que el valor urbanístico puede obtenerse mediante la aplicación de las normas contenidas en el Real Decreto-Ley 31/1978 (...) y en el Decreto que desarrolla éste 3148/1978 (...), así como en las Órdenes ministeriales respectivas, que establecen los módulos para la venta de viviendas de protección oficial en cada año y área geográfica(...).

(...) el Real Decreto 3148/1978 no es en sí mismo una norma de valoración urbanística y únicamente ha sido tomado por la jurisprudencia como punto de partida para establecer un sistema de valoración conforme al cual esta Sala ha venido reiteradamente estableciendo el 15 por ciento del valor del módulo para el metro cuadrado construido en viviendas de protección oficial como apto para determinar el valor de repercusión del suelo en expropiaciones urbanísticas(...)."

De idéntica forma, cabe citar entre otras: STS de 26 de septiembre de 2000, Ar. 7657 (FFJJ 5º, 11º, 13º, 15º), STS de 1 de junio de 2000, Ar. 7377 (FFJJ 3º, 7º, 9º, 11º, 13º).

B) Un error de cálculo con trascendencia desde el punto de vista de la aplicación de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, respecto a la forma en que debe obtenerse el valor de repercusión del suelo por el método residual desarrollando la fórmula polinómica que fija la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1989

Por dos veces, en las SSTS de 20 de septiembre de 2000, Ar. 7793, y de 12 de junio de 2000, Ar. 5610, el TS con ocasión de la interposición de sendos Recursos de casación para la unificación de doctrina reconoce que la Sala de instancia traduce correctamente dicha fórmula: $VV 0,71 = (VR+VC) FL^*$, pero "inexplicablemente, realiza una incorrecta transposición del factor de localización, lo que le conduce a un cálculo erróneo" (FJ 3º en ambas Sentencias). Y justifica su casación arguyendo: "El criterio seguido por la Sala de instancia, aun cuando tiene su fundamento en un error de cálculo, adquiere trascendencia doctrinal en la medida en que la Sala considera que constituye un criterio jurisprudencial avalado por esta Sala. Desde esta perspectiva, la forma de cálculo seguida comporta un defecto en el método residual seguido para obtener el valor urbanístico que contradice, por ende, lo dispuesto en las normas sobre valoración tasada del suelo urbano expropiado y, de no ser corregida, podría ser seguida en futuras resoluciones. (...) la aplicación de la fórmula catastral para hallar el valor urbanístico por el método residual tiene también trascendencia desde el punto de vista de la aplicación de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, hoy vigente" (FJ 3º en ambas Sentencias).

(*) VV= Valor de Venta. VR= Valor de Repercusión. VC= Valor de Construcción. FL= Factor de Localización.

6. PROCEDIMIENTO DE OTORGAMIENTO DE LAS LICENCIAS DE OBRAS

A) Otorgamiento

a) Exención de licencia municipal de obras

En la Sentencia de 28 de septiembre de 2000, Ar. 7322, el TS, aplicando su propia doctrina jurisprudencial, afirmada, entre otras, en las Sentencias de 3 de diciembre de 1982, 20 de febrero de 1984, 28 de mayo de 1986, 17 de julio de 1987, 24 de abril de 1992, 28 de septiembre de 1990, 11 de octubre de 1994, 5 de marzo de 1997 y 29 de mayo de 1997, por la que se exceptiona del deber de obtener licencia municipal de obras a las grandes obras de ordenación del territorio, —como las autopistas, áreas de servicios, pistas de aterrizaje, conducción de agua para abastecimiento a una región, etc.,— considera incluida entre las mismas el túnel de Sóller, en Balerares, dada la transcendencia supralocal del mismo y el beneficio que de su construcción se derivará para toda la comarca, entendiéndose, por tanto, innecesario la obtención del referido permiso municipal para su realización.

b) Exigencia del Proyecto de ejecución para la realización de obras

En el recurso de casación resuelto por la STS de 20 de junio de 2000, Ar. 6382, se plantea la exigencia o no de Proyecto de Ejecución para la realización de unas obras de construcción, documento cuya ausencia había determinado la paralización de las obras por el Ayuntamiento, pese a contar el proyecto con licencia concedida por la citada entidad local.

El Tribunal Supremo entiende que, si bien tal requisito no resulta exigible de precepto legal alguno, el mismo constituye “una exigencia de creación jurisprudencial” (FJ 2º), un instrumento técnico cuya obligatoriedad ha considerado necesario, de manera reiterada, entre otras, en sus Sentencias de 29 de diciembre de 1998 y 21 de junio de 1999.

B) Denegación: apreciación de desviación de poder

La STS de 5 de abril de 2000, Ar. 6140, considera probada la existencia del vicio de desviación de poder en la actuación del Ayuntamiento de Quintanapalla (Burgos) al desestimar la solicitud de una licencia y concederla cinco meses después para la misma obra.

Esta apreciación es conforme con la que en su día hizo la sentencia de instancia, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, para quien:

“En el caso examinado se aprecia la existencia de desviación de poder, pues el actor, al margen de errores o incumplimientos del ordenamiento, en base a la relación fáctica de los hechos ha logrado probar: 1) Que la tramitación aparentemente ajustada a la legalidad estuvo cargada de eventualidades directamente imputables al Ayuntamiento que impidieron al recurrente obtener el fin perseguido por la solicitud. 2) Que la Administración obró bajo una aparente presunción de legalidad en el ejercicio de sus funciones cuando solici-

tó un plano necesario, pero que ya poseía en otro documento, al objeto de cumplir trámites exigidos por la Ley como la notificación a los colindantes o la petición del informe del Jefe de Sanidad. 3) En cuanto a la prueba de todo lo examinado llegamos a la convicción de la existencia de intencionalidad desviada a conseguir de la obtención de la licencia para el otro solicitante, y esto no lo fundamos en meras presunciones, pues supera cualquier tipo de presunción o conjetura el hecho de la desaparición de la solicitud de calificación de actividad del recurrente y, de que tramitado otro expediente de similares características, empezado cinco meses después, pero tramitado en parte simultáneamente, éste no sufrió ni el error, ni el extravío de documentos, ni la ignorancia, ni la dilación en trámites obvios, como el informe del Jefe de Sanidad, ni la falta de impulso, sino todo lo contrario, una perfecta tramitación en tiempo récord que contraría todas las excusas puestas por la representación del Ayuntamiento para justificar la anormal tramitación del otro expediente.”

7. DEBER DE CONSERVACIÓN: LÍMITES: HA DE CIRCUNSCRIBIRSE A LAS CONDICIONES ORDINARIAS DE SEGURIDAD, SALUBRIDAD Y ORNATO PÚBLICO

El TS expresa, en su **Sentencia de 21 de septiembre de 2000**, Ar. 7321, que el deber de conservación de las edificaciones señalado en el artículo 181 TRLS de 1976, no puede ir más allá de las debidas condiciones de seguridad, salubridad y ornato público, no incluyendo en el mismo las consideraciones culturales o estéticas, como la que impuso en este caso el Ayuntamiento de Bilbao, de desmontaje de dos torres para su posterior reedificación con idénticas características y con los mismos materiales.

Por otra parte, considera el Tribunal que esta regla corresponde a la legislación estatal básica del suelo, por lo que no puede ser contradicha por ninguna norma autonómica o municipal.

8. INTERVENCIÓN EN LA EDIFICACIÓN Y USO DEL SUELO

A) Imposición de órdenes de demolición de construcciones ilegales por los Tribunales

La **STS de 24 de junio de 2000**, Ar. 6396, considera la validez de la sentencia de instancia, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en la que, tras anular dos resoluciones del Pleno del Ayuntamiento de Ponteceso, condena al mismo a demoler un inmueble construido sin licencia.

Para el TS la asunción de esta competencia por los órganos del Poder Judicial no puede ser cuestionada, ya que:

“No hay duda de que la Administración municipal era competente en el caso para exigir la demolición de una obra ilegal; precisamente por no haber procedido a dicha demolición, pese a que la misma había sido ya acordada por el propio Ayuntamiento en un acto

XI. Urbanismo

firme y consentido, ha incurrido en una infracción del ordenamiento jurídico, por lo que resulta sometida al control jurisdiccional de este orden contencioso-administrativo, tal y como proclama el artículo 106.1 de la Norma Fundamental. Así lo hemos razonado también en la Sentencia de 12 de junio de 2000, en respuesta a una alegación muy similar formulada en otro caso que también afectaba al Ayuntamiento de Ponteceso” (FJ 2º).

En la STS de 14 de julio de 2000, Ar. 6972, también se plantea por el recurrente el motivo de que el Ayuntamiento no había acordado la demolición de su vivienda construida sin licencia y que no había sido legalizada como argumento para entender que falta el acto administrativo objeto del recurso. El TS entiende, sin embargo, que el Ayuntamiento resolvió por silencio administrativo, denegando las solicitudes de derribo de la obra ilegal que le formularon, por lo que resulta obvio el sometimiento de este acto presunto al control jurisdiccional del orden contencioso-administrativo.

B) Alcance de la obligación de demoler obras ilegales

La STS de 30 de junio de 2000, Ar. 6954, confirma la doctrina del propio Tribunal (Sentencias de 7 de febrero de 1998, 16 de julio de 1996, 18 de marzo de 1995, 28 de diciembre y 21 de junio de 1994), en atención a la cual la obligación de demoler las construcciones ilegales alcanza a los nuevos adquirentes de las mismas en virtud del efecto subrogatorio que se desprende de la norma del artículo 88 TRLS de 1976.

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) Enajenación de bienes patrimoniales. Requisitos para su cesión gratuita. B) Utilización de los bienes de dominio público. El uso común especial es temporal y finaliza por el transcurso del plazo fijado en la licencia. C) Utilización de los bienes de dominio público. Carácter oneroso de las utilidades especiales y privativas. D) Prerrogativas de las Entidades locales. Recuperación de oficio. **3. Aguas continentales.** A) Administración hidráulica. B) Aguas subterráneas. C) Autorizaciones. D) Infracciones. E) Planes Hidrológicos de Cuenca. F) Régimen económico-financiero. H) Servicios de las Corporaciones Locales: abastecimiento a poblaciones. **4. Aguas marítimas.** A) Deslinde. B) Limitaciones sobre las propiedades colindantes. C) Los usos del dominio público marítimo-terrestre. D) Infracciones y sanciones. E) Pesca y cultivos marinos. **5. Carreteras: vías urbanas. 6. Montes.** A) Naturaleza jurídica de consorcio para la repoblación forestal. B) Retracto a favor de la Administración. **7. Minas.** A) Concesiones mineras: declaración de caducidad. B) Concesiones mineras: recursos de la Sección C). C) Aprovechamiento de los recursos minerales: aguas minero-medicinales. **8. Patrimonio cultural.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia constitucional aparecida durante los meses de noviembre y diciembre de 2000 y la ordinaria publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde el número 3551 hasta el 7950.

2. BIENES LOCALES**A) Enajenación de bienes patrimoniales. Requisitos para su cesión gratuita**

La normativa de régimen local impide la enajenación gratuita de los bienes municipales, a excepción de determinados casos concretos previstos en la misma. Así, en la **STS de 19 de julio de 2000**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 7431, se afirma que los artículos 79.2 de la Ley de Régimen Local de 1986 y 109.2 del Reglamento de Bienes de 1986 prohíben la cesión gratuita de bienes inmuebles patrimoniales de las Entidades locales, salvo a

Entidades o Instituciones públicas y para fines que redunden en beneficio de los habitantes del término municipal o a instituciones privadas sin ánimo de lucro (con obligación, además de dar cuenta a la Comunidad Autónoma de tales cesiones), por lo que resulta claro que la sociedad anónima a la que se cede en el caso concreto una parcela se trata de una empresa privada con ánimo de lucro que no puede ser destinataria de dicha cesión.

En contra de dicha argumentación no pueden alegarse los artículos 58 y 136 de los Textos Refundidos de la Ley del Suelo de 1976 y 1992, puesto que, aunque se admitiera dialécticamente la validez de su aplicación, sólo podrían afectar a la legalidad urbanística de la obra o del uso, pero no a la cesión gratuita de una parcela o terreno municipal a una empresa privada con ánimo de lucro, que se rige por la normativa local.

Sin embargo, la legislación urbanística resultaría aplicable preferentemente en el supuesto de que se estuviera ante una propiedad especial regulada en la misma. En este sentido, en la **STS de 14 de junio de 2000**, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 5471, se aplican las normas sobre condiciones de enajenación del patrimonio municipal del suelo contenidas en la Ley del Suelo con preferencia a las previstas en la legislación local, en la medida que esta Ley especial regula dicha clase de bienes.

B) Utilización de los bienes de dominio público. El uso común especial es temporal y finaliza por el transcurso del plazo fijado en la licencia

Los bienes de dominio público son susceptibles de usos comunes especiales sometidos a licencia. Dichas licencias no se otorgan de forma indefinida. De esta forma, en el caso debatido en la **STS de 12 de junio de 2000**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 6739, se plantea la legalidad del requerimiento a un particular, al que se había otorgado una licencia de uso común especial de un bien local y cuyo plazo de ocupación había transcurrido, para que retirara las mercancías que tenía instaladas sobre la acera. El particular afectado se opone al requerimiento efectuado porque el Ayuntamiento no le ha dado audiencia antes de dar por finalizada la ocupación amparada por la licencia.

El Tribunal rechaza la pretensión del particular. En concreto, afirma que la licencia se concede con vigencia limitada en el tiempo, de suerte que cuando expira el plazo de vigencia la ocupación que ampara pierde cobertura jurídica, sin necesidad de que para que se produzca efectivamente esa pérdida se deba tramitar un procedimiento contradictorio con audiencia del titular, porque no estamos ante un uso de bienes de dominio público autorizado sin sujeción de tiempo.

C) Utilización de los bienes de dominio público. Carácter oneroso de las utilizaciones especiales y privativas

Los usos comunes especiales y privativos no son gratuitos, como se indica en la **STS de 26 de mayo de 2000**, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 4869, basándose en la Ley de Haciendas Locales. Para el cálculo del importe de la actual tasa que se abona por el uso se tomará como referencia el valor de mercado correspondiente al aprovechamiento o el

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

de la utilidad derivada de aquél. Cálculo que se fundamenta en una Memoria económico-financiera. Sin embargo, la Entidad local no puede determinar su cuantía tomando como referencia el valor del aprovechamiento y, además, el valor imputable a la restricción que se produce en el uso público de las aceras. El uso privativo conlleva por definición una restricción del uso de dicho dominio público para el resto de los vecinos y ciudadanos, de manera que pretender cobrar de una parte por el uso del dominio público y de otra parte por la restricción del uso a los demás es ignorar que se trata de lo mismo, porque insistimos el uso privativo o el aprovechamiento especial llevan consigo por su propia naturaleza la restricción general de dicho uso a los demás ciudadanos.

En todo caso, para que sea exigible la actual tasa es preciso que se produzca una ocupación del dominio público. Así, en la **STS de 5 de mayo de 2000**, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 4482, se afirma que es presupuesto para la exigencia de la misma que se trate de una utilización privativa o del aprovechamiento especial del dominio público, lo que no concurre en el caso debatido, que se trata de una publicidad instalada en lugares de dominio privado, pero visible desde el dominio público. Por propia definición legal, el aprovechamiento especial de bienes o instalaciones de uso público requiere la existencia de soportes publicitarios situados precisamente en terrenos de tal índole, con exclusión lógica de los que se hallen ubicados en terrenos o propiedades de dominio privado.

D) Prerrogativas de las Entidades locales. Recuperación de oficio

La Ley Básica de Régimen Local y sus Reglamentos establecen la obligación de los Entes Locales de defender sus bienes y derechos, no siendo, por tanto, discrecional la potestad municipal para defender sus bienes y derechos. En el caso debatido en la **STS de 31 de mayo de 2000**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 6731, un vecino había denunciado ante el Ayuntamiento ciertos actos de ocupación de una propiedad municipal y un camino público con la finalidad de que se adoptasen las resoluciones correspondientes y se ejercitasen acciones en defensa de sus derechos. El Ayuntamiento no acogió la referida solicitud, limitándose a acordar la realización de un estudio sobre la finca afectada y sobre los hechos acaecidos. Tal actuación resulta correcta para el Tribunal en la medida que el artículo 48 del Reglamento de Bienes de 1986 establece que antes de ejercer las acciones en defensa de sus bienes y derechos el Ayuntamiento deberá ordenar, si ello resulta pertinente, la realización de un estudio previo sobre los bienes de que se trate; por otra parte, los artículos 44 y 58 del mismo Reglamento establecen que para llevar a cabo el deslinde en su caso debe elaborarse una memoria con los estudios pertinentes. En consecuencia, si bien los vecinos pueden formular denuncias, el Ayuntamiento no está obligado por ello a ejercer de inmediato las acciones correspondientes. Todo ello sin perjuicio de que si se aprecia una conducta pasiva o negligente del Ayuntamiento, el vecino pueda sustituirse en la actividad del mismo en defensa de los bienes y derechos, como prescribe el artículo 68 de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985.

El ejercicio de la potestad de recuperación de oficio y los pronunciamientos judiciales sobre la legalidad de la actuación municipal se realizan sin prejuzgar cuestiones sobre la propiedad, que es competencia de los tribunales ordinarios. En tal sentido, en la **STS de 5 de mayo de 2000**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4298, se plantea la corrección de la

actuación de un Ayuntamiento en la ejecución de una sentencia de lo contencioso-administrativo, que había anulado los acuerdos municipales de recuperación de una determinada parcela y ordenado la reintegración al particular en su anterior situación posesoria. Después del fallo judicial, contrario a los intereses la Entidad local, el Municipio realizó un deslinde basándose en una inscripción registral de un terreno de mayor superficie y procedió a cerrar la parcela controvertida. El particular se opuso a dicha actuación y por Auto en ejecución de Sentencia se ordenó la reintegración posesoria ordenada en la Sentencia, sin que ello implicase prejuzgar sobre la propiedad y sobre la virtualidad de las inscripciones registrales alegadas por la Entidad para fundamentar sus decisiones.

Finalmente, es preciso señalar que la competencia para ejercitar la acción administrativa de recuperación de los bienes de dominio público corresponde al Pleno del Ayuntamiento y no al Alcalde. Como se indica en la **STS de 10 de mayo de 2000**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4305, el Alcalde es incompetente para acordar por sí mismo la recuperación de terrenos que se afirma que son de dominio público, ya que el acuerdo de acciones judiciales corresponde al Pleno del Ayuntamiento, salvo razones de urgencia que no se alegaron en el caso concreto (artículos 21 y 22 de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985); y frente a esta afirmación no puede alegarse la genérica declaración de los artículos 82 y 70.1 del Reglamento de Bienes de 1986 o la facultad atribuida al Alcalde de dirigir la policía urbana, rural, sanitaria o circulatoria prevista en el artículo 41.8 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales.

3. AGUAS CONTINENTALES

A) Administración hidráulica

Uno de los principios que informan la gestión del agua en la actualidad es el de participación de los usuarios (art. 13 Lag.). La articulación de este principio es objeto de discusión en la **STS de 25 de septiembre de 2000**, Ar. 7691, que decide sobre la conformidad a derecho del RD 1982/1978, de 26 de julio, de organización de los servicios encargados de gestionar la explotación de la infraestructura hidráulica Trasvase Tajo-Segura. El Sindicato Central de Regantes del Acueducto había conseguido que en primera instancia (AN), se considerase su pretensión de modificar el reglamento controvertido, para introducir una representación de los usuarios en la composición de la Comisión Central de Explotación del Acueducto. Sin embargo, el TS estima que el principio de participación de los usuarios ya queda salvaguardado con la presencia de los usuarios en las distintas Juntas de Explotación de las cuencas concernidas.

B) Aguas subterráneas

En la **STS de 22 de junio de 2000**, Ar. 4602, se entiende correcta la denegación de una autorización para alumbramiento de aguas subterráneas, por efecto de lo dispuesto en el art. 24 de Lag. de 1879 en aquel momento aplicable. En efecto, según la prueba pericial, las distancias del nuevo pozo respecto de otros existentes en la misma zona son inferior-

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

res a 25 metros, a pesar de que el art. 24 mencionado contempla la necesidad de respetar la distancia mínima de 100 metros, a no ser que medie la aceptación de los titulares de los otros aprovechamientos, aquiescencia que no concurre en este caso.

Siguiendo jurisprudencia anterior [así, SSTs de 9 de marzo de 1998, crónica XII.3.G) del núm. 2 de esta Revista; de 30 de junio y 14 de julio de 1998, crónica XII.3.A) del núm. 3 de *Justicia Administrativa*; y de 18 de diciembre de 1999, crónica XII.3.C) del núm. 8 de esta Revista], en la **STS de 14 de julio de 2000**, Ar. 6162, se anulan unas Resoluciones de la CH del Segura que habían paralizado un expediente de solicitud de concesión de aguas subterráneas. Los motivos aducidos por la Administración acerca de que el PHC no estaba aprobado aún, y de que el permiso de investigación había caducado no pueden prosperar debido a que, en primer lugar, no cabe la caducidad automática, sino que es precisa la declaración de ésta a través del correspondiente expediente, y en segundo lugar, porque según el art. 68 Lag, y arts. 1 y 2 del RD-Ley 3/1986, de 30 de diciembre, durante el tiempo de ausencia del PHC, el otorgamiento de concesiones cabe pero con las condiciones del art. 2 mencionado (que el acuífero sea aislado, que no menoscabe otras explotaciones, etc.)

C) Autorizaciones

Se confirma en la **STS de 29 de septiembre de 2000**, Ar. 7438, una Sentencia del TSJ de Aragón que anuló una autorización de la Confederación Hidrográfica del Ebro para realizar obras de cubrimiento de un tramo de una acequia. La Comunidad de Regantes que se oponía a esa autorización solicitada por una empresa, logra demostrar (mediante prueba documental) que los terrenos por los que discurre la acequia le pertenecen, y que no existe ninguna servidumbre de acueducto o gravamen con inscripción registral que deba soportar. No obstante, debido a que el tema de la titularidad de los terrenos es una cuestión prejudicial, esta Sentencia no impide que posteriormente se resuelva en la jurisdicción civil (art. 4 LJ).

D) Infracciones

La **STS de 19 de junio de 2000**, Ar. 4913, resuelve un asunto relativo a la sanción impuesta a un particular por realizar obras de encauzamiento y limpieza de un arroyo sin autorización [art. 108.d) Lag. y art. 315.c) RDPH]. El TS considera que no es correcto el pronunciamiento administrativo sobre obligación de restituir el terreno a su estado anterior (art. 110 Lag.), por cuanto el interesado legalizó las obras, aunque ello tuviera lugar después de ejecutadas.

E) Planes Hidrológicos de Cuenca

La Sentencia que comentamos presenta la originalidad de ser la primera que, en nuestra opinión, resuelve un recurso contra el RD 1664/1998, de 24 de julio, que aprueba los Planes Hidrológicos de Cuenca y lleva a cabo una disquisición en torno al contenido de dichos planes. Así, el TS en la **Sentencia de 25 de septiembre de 2000**, Ar. 7667, señala la validez del RD, y por tanto no considera la pretensión de la Comunidad de Regantes “Riegos de Levante, Izquierda del Segura” fundamentada en que el Plan Hidrológico no

respetaba la calificación de regadío tradicional derivado del Decreto de 25 de abril de 1953, y en que la interpretación que se hace en el Plan del concepto de aguas sobrantes no era acertada.

Indica el TS que es cierto que la mencionada Comunidad de Regantes ostenta un derecho para aprovechar las aguas sobrantes del río Segura en unos tramos concretos, conforme al Decreto de 1953, pero también lo es la afirmación del PHC del Segura, anejo 3, de que las perspectivas de estos regadíos son inciertas. Ello se fundamenta en la disminución efectiva de los sobrantes de que se abastecen y en el deterioro de la calidad de sus aguas. Por ello la afirmación del PHC no es contraria a derecho, si se tiene en cuenta que en los PPHC existen previsiones normativas, sí, pero también determinaciones estrictamente informativas y técnicas que no producen efecto administrativo alguno en relación con los volúmenes de agua asignables a cada regadío. El único objetivo perseguido por el Plan era el de establecer la demanda hídrica actual en la cuenca del Segura.

F) Régimen económico-financiero

En la **STS de 21 de julio de 2000**, Ar. 7591, se estiman correctas unas liquidaciones tributarias giradas en concepto de canon de regulación, y por consiguiente no prospera la pretensión de la Junta de Hacendados de la Huerta de Murcia, que defendía que los regadíos tradicionales estaban exentos del citado canon de regulación. El TS resalta que igual que en Sentencias anteriores [así, STS de 17 de septiembre de 1999, crónica XII.3.F) del núm. 7 de esta Revista] ha de partirse de que el sistema de regulación a través de la red de embalses y pantanos construidos origina diversas mejoras que también benefician a los regadíos tradicionales, sin que pueda interpretarse que el art. 5 del Decreto de 25 de abril de 1953 contemple ninguna exención en tal sentido.

Parece que la nueva redacción de los arts. 62.b).2 y 64.a) de la LHL de 1988, dada por las Leyes 13/1996, de 30 de diciembre, y 50/1998, de 30 de diciembre, respectivamente, han influido en la decisión final de las **SSTS de 17 y de 22 de julio de 2000**, Ar. 7586 y 7596, que se alejan de este modo de la jurisprudencia sentada en otras anteriores, por ejemplo, STS de 21 de enero de 1999. En esta última Sentencia [comentada en crónica XII.3.E) del núm. 5 de *Justicia Administrativa*], se afirmaba que el IBI (ejercicio de 1995) gravaba en relación a una central hidroeléctrica la instalación industrial integrada en la presa, el dique, y los edificios principalmente, pero no así el agua embalsada ni el terreno inundado por ésta.

Sin embargo, en las **SSTS de 17 y 22 de julio de 2000** que comentamos ahora, a pesar de que la liquidación controvertida por el concepto del IBI se refiere respectivamente a los ejercicios de 1992 y 1993, parece que se tienen en cuenta en el espíritu de ambas decisiones, las reformas de la LHL operadas por las Leyes de acompañamiento antes mencionadas, por cuanto se considera que el embalse y el lecho o fondo de éste son elementos de la central hidroeléctrica a computar dentro del tributo. Según el TS, no cabe aplicar a esos componentes la exención a que alude el art. 64.a) LHL, debido a que no

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

estamos ante un aprovechamiento del agua gratuito, sino sujeto a exacciones (canon concesional, o canon de regulación, etc.)

Por otro lado, en materia de canon de vertido, la **STS de 14 de julio de 2000**, Ar. 4879, siguiendo jurisprudencia anterior [v.gr. SSTS de 6 de noviembre y 16 de diciembre de 1999, crónica XII.3.G) del núm. 8 de esta Revista] pone de manifiesto que la liquidación girada por ese concepto a una empresa siderúrgica correspondiente al ejercicio de 1988 es correcta. No puede aceptarse el argumento de que la Orden de 23 de diciembre de 1986 vulnera el principio de jerarquía normativa y el de reserva de ley, ya que por el contrario constituye un desarrollo reglamentario de la Lag., del que resulta su apoyo legal. La obligación de satisfacer el canon surge por los arts. 92 y 105 Lag., que no distinguen entre autorizaciones definitivas y provisionales. El hecho de que por esa Orden se admitan las autorizaciones provisionales de vertido, es en beneficio de las empresas peticionarias, que en otro caso verían paralizada su actividad industrial.

Sobre precios públicos por servicio local de alcantarillado versa la **STC 252/2000, de 30 de octubre** (BOE de 1 de diciembre). En concreto, el TC conoce de un recurso de amparo interpuesto por dos Asociaciones de vecinos contra la STSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de mayo de 1996, que declaró la inadmisibilidad de la pretensión de las Asociaciones para impugnar liquidaciones tributarias individuales, aduciendo falta de legitimación activa. Son varias las causas que conducen al TC a otorgar el amparo solicitado. En primer lugar, el art. 28.1.a) de la LJ de 1956 que se refiere al interés directo, ha de ser interpretado en un sentido amplio que encaje con el art. 24 CE, como ha afirmado reiterada jurisprudencia, es más, el actual art. 19.1.a) de la LJ de 1998, ha sustituido el interés directo por el mero interés legítimo en el ámbito del recurso contencioso-administrativo.

Además, de los Estatutos de la Asociaciones cabe deducir la posibilidad de emprender acciones legales, por lo que el vínculo para que estemos ante el interés legítimo se da. Finalmente, los recurrentes ya realizaron diversas acciones colectivas anteriormente como escritos, reclamaciones ante el Ayuntamiento, etc., tendentes a denunciar los problemas que aquejaban al servicio público de saneamiento de aguas residuales. De este modo, la exigencia y el pago de un precio público por el alcantarillado que debía dar servicio a toda una zona (alcantarillado que según parece no ha llegado a implantarse), afecta sin duda a la totalidad de los vecinos integrados en las asociaciones mencionadas. Por tanto, el TC ordena que se anule la STSJ, y que se reconozca a las entidades recurrentes legitimación para interponer recurso contencioso.

Finalmente, habría que destacar la **STC 273/2000, de 15 de noviembre** (BOE de 14 de diciembre), que desestima una cuestión de inconstitucionalidad contra la Disposición Adicional 2.1 de la Ley catalana 17/1987, de 13 de julio (que después se convertiría en la Disposición Adicional Segunda del Decreto Legislativo 1/1988, de 28 de enero, norma ahora derogada por Ley 6/1999, de 12 de julio). Según el precepto citado: “Quedarán integradas en el texto de la Ley las normas de carácter sustantivo reguladoras del incremento de la tarifa y del canon de saneamiento aprobadas con anterioridad, que tendrán carácter supletorio de las reglas de los arts. 29 al 33 y serán aplicables con rango de Ley formal a los supuestos producidos antes de la entrada en vigor de la presente Ley”.

La cuestión de inconstitucionalidad se había planteado por el TS, al conocer de un recurso de apelación interpuesto por una empresa contra una Sentencia de la AT de Barcelona de 1988 que entendía conforme a derecho una Resolución autonómica de 1985 sobre liquidación del canon de saneamiento. La pretensión de la empresa en el recurso de apelación era conseguir que se anulasen las exacciones giradas por ese concepto, ya que se dictaron en aplicación del Decreto autonómico 11/1983, de 21 de enero, sobre Plan de Saneamiento de la zona quinta, que había sido declarado nulo por la Sentencia de la AT de Barcelona de 20 de febrero de 1986 (debido a un motivo formal, consistente en que en el procedimiento de aprobación del reglamento, no recayó el informe de un órgano administrativo).

No obstante, el TC señala que a pesar de ello, esta Sentencia de 1986 fue objeto de recurso de apelación, admitido en ambos efectos (devolutivo y suspensivo), por lo que el Decreto de 1983 siguió siendo aplicable durante la sustanciación del recurso, resuelto finalmente por la STS de 7 de marzo de 1990 (confirmando la de instancia). De este modo, en ese intervalo de tiempo (desde 1986 al 1990), aparece la Ley 17/1987, de 13 de julio, en cuya Disposición Adicional 2.1 se eleva a rango de Ley lo dispuesto en las diversas normas sustantivas reguladoras del incremento de tarifa y del canon de saneamiento, adquiriendo pues el carácter de Ley esas normas reglamentarias, incluido el Decreto 11/1983, desde el momento en que éstas entraron en vigor.

Así, con el fin de evitar que por un defecto formal en la aprobación de dicho reglamento, no se pudiera mantener el régimen de financiación del saneamiento y depuración, que contribuía a paliar los elevados índices de contaminación de las cuencas y acuíferos, se eleva a rango de Ley lo contenido en esas normas reglamentarias, sin que quepa alegar, según el TC, vulneración del principio de irretroactividad contenido en el art. 9.3 CE, ya que no estamos ante una norma sancionadora o restrictiva de derechos individuales, al mantenerse la misma situación antes y después de la Ley 17/1987. Con esa decisión tampoco se desconoce el principio de seguridad jurídica, debido a que los obligados al abono de las exacciones han podido conocer en todo momento los elementos componentes de aquéllas.

G) Riegos

Por la STS de 25 de mayo de 2000, Ar. 6518, se considera válida una Resolución de la Confederación Hidrográfica del Ebro que obligaba a una Comunidad de Regantes a adecuar los caudales concedidos al uso real, y a que devolviese los excedentes de agua durante una determinada época al año, coincidente con el período de suspensión de riegos. No se trata de una modificación del título concesional, ni de una expropiación sin indemnización, sino de aplicar los arts. 48.4 Lag. y 211 RDPH que prohíben el desperdicio o mal uso de las aguas.

También sobre riegos versa la STS de 4 de octubre de 2000, Ar. 7673. En este caso, la cuestión objeto de debate era acerca de si la Comunidad de Regantes “Riegos de Levante, Izquierda del Segura”, ostentaba un derecho preferente al uso de las aguas por tener la consideración de regadío tradicional en aplicación del art. 2.a) del Decreto de 25 de abril

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

de 1953, o bien debía restringirse a la utilización de las aguas sobrantes de determinados tramos del río Segura, por efecto del art. 2.d) del Decreto citado. Según el TS, aunque sea titular de concesiones anteriores a 1933, esta circunstancia no basta para atribuirles el carácter de riego tradicional o preferente, por el contrario cuentan con un régimen específico, el del apartado d) del art. 2, que conlleva un derecho subordinado a que se haya cumplido otro prioritario: el de los aprovechamientos superiores de fecha anterior (FJ 3°).

H) Servicios de las Corporaciones Locales: abastecimiento a poblaciones

Conforme al art. 50 de la Lag. canaria 12/1990, de 26 de julio, se reconoce la existencia de aprovechamientos de aguas públicas, pero también de aguas privadas por la legislación anterior, previsión que recuerda el régimen peculiar de la ordenación hídrica en dicha Comunidad isleña. En la **STS de 12 de mayo de 2000**, Ar. 5119, se apela a esa peculiaridad para afirmar la posibilidad del carácter gratuito del suministro de agua potable a una serie de viviendas, ya que estas personas disfrutaban de la Fuente de los Morales en propiedad, y con base en un convenio de 1913, la empresa concesionaria aceptó respetar los derechos adquiridos por aquéllas. La igualdad tarifaria de cada servicio público municipal para todos los que reciben las mismas prestaciones a que alude el art. 150.1 RSCL no puede ser invocado por el Ayuntamiento, debido a que no están en igualdad de circunstancias quienes pueden invocar un derecho patrimonial de naturaleza privada.

En la **STS de 29 de mayo de 2000**, Ar. 5492, se estima conforme a derecho el acto de un Ayuntamiento que declaraba extinguida la concesión de servicio domiciliario de agua potable por expiración del plazo, y que preveía la reversión al patrimonio municipal de las instalaciones integrantes del servicio. El argumento de la empresa concesionaria fundado en el enriquecimiento injusto que se producía con esa decisión en favor del Ayuntamiento no puede prosperar, pues el art. 115.2 RSCL de 1955 prevé entre las cláusulas de la concesión, la relativa a la reversión gratuita, y según los arts. 126.2 y 129.3 RSCL, se presume que con las retribuciones percibidas durante ese tiempo, la empresa amortizó las instalaciones, y si no fue así, ello no obsta para que tenga lugar dicha devolución, la empresa prestaba un servicio público a su riesgo y ventura.

4. AGUAS MARÍTIMAS

A) Deslinde

El deslinde, desde el punto de vista jurídico, es el acto que resulta del ejercicio de una potestad estatal inherente a la naturaleza demanial de los bienes sobre los que se practica, con la pretensión de fijar sus límites —en nuestro caso, del dominio público marítimo-terrestre— frente a otros que carecen de las características del mismo. Deslinde que, además, y de acuerdo con el artículo 13 de la Ley de Costas, declara la posesión y la titularidad dominical pública de los bienes así considerados, sin que corresponda a la jurisdicción contencioso-administrativa determinar la existencia o no de arbitrariedad en su ejercicio, en la medida en que no corresponde a ésta sino a la ordinaria el pronunciamiento sobre cuestiones de propiedad. Así lo recuerda la **STS de 20 de julio de 2000**, Ar. 6167.

B) Limitaciones sobre las propiedades colindantes

Normalmente la propiedad privada contigua al demanio marítimo se ve sometida a limitaciones, con el fin de cumplimentar necesidades públicas pero, sobre todo, con el de permitir la salvaguardia de aquél. Así, en la franja de terreno sujeta a servidumbre de protección –100 metros tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar (artículo 23.1 de la Ley de Costas)– sólo se permitirá la realización de obras, instalaciones y actividades que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación o presten servicios necesarios o convenientes para el uso del dominio público marítimo-terrestre, así como las instalaciones deportivas descubiertas, supuesto aquel primero concurrente en el supuesto resuelto por la **STS de 19 de julio de 2000**, Ar. 6980, en la medida en que se trata de un edificio destinado al establecimiento de una Unidad de Servicios de playa (atención médica, sanitarios, duchas, etc.). No lo es, sin embargo, el referido por la **STS de 17 de julio de 2000**, Ar. 6974, en el que las edificaciones que pretenden realizarse en esa misma franja y en zona de servidumbre de tránsito pensaban dedicarse a vivienda.

C) Los usos del dominio público marítimo-terrestre

En la medida en que se conoce la teoría general de los usos del dominio público, es sabido que aquellos que persiguen un aprovechamiento privativo del mismo –en nuestro caso, del marítimo-terrestre–, y en tanto que excluyen su uso general, requieren de concesión otorgada previamente por la Administración competente. Así lo recuerdan la **STS de 17 de octubre de 2000**, Ar. 7779 y los Fundamentos de Derecho Primeros de las **SSTS de 14 de junio**, Ar. 5552 y **de 6 de julio de 2000**, Ar. 5570. Concesión que, además, y de desestimarse, prevalecerá siempre y en todo caso frente a cualquier otro título autorizador del uso –supuesto, por ejemplo, de una licencia urbanística que permite la realización de una edificación–, que, por ende, no podrá ser llevado a cabo, y ello considerando que aquella primera se pronuncia sobre cualquier tipo de incidencia de la actuación sobre el demanio y no sólo sobre el aspecto puntual al que pueden venir referidos estos últimos. En este sentido se manifiestan las **SSTS de 21 y 30 de junio de 2000**, Ar. 6719 y Ar. 5567, respectivamente.

D) Infracciones y sanciones

La realización de construcciones en zona de dominio público costero y de servidumbre de tránsito sin previa concesión o autorización administrativa constituyen, de acuerdo con la Ley de Costas, una infracción administrativa grave (artículo 91). Infracción a la que, en buen lógica, viene anudada la imposición, por parte de la Administración competente (que, en el caso de Comunidades Autónomas con atribuciones sobre ordenación del litoral, son ellas mismas, **STS de 5 de junio de 2000**, Ar. 4910), de la correspondiente sanción, consistente normalmente en la imposición de una multa pecuniaria y en la reposición de las cosas a su primitivo estado lo que, en estos supuestos, implica la demolición de lo ilegalmente construido. Esta regla general no es óbice, sin embargo (Disposición Adicional Cuarta), para que en algunos supuestos particulares y por razones de interés

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

público, pueda procederse a una legalización de este tipo de actuaciones; interés que no se percibe en los supuestos resueltos por las SSTs de 14 de junio y 6 de julio de 2000, Ar. 5551 y 5570. Por supuesto, todo el procedimiento sancionador y los posibles recursos judiciales frente al acto administrativo que lo resuelve han de ser llevados a cabo en los plazos que, al efecto, establezca la normativa general, sin que en ningún caso la extemporaneidad de los mismos suponga vulneración alguna del principio de tutela judicial efectiva y, por ello, justifique el reconocimiento de amparo constitucional. Así lo declara expresamente la STC 260/2000, de 30 de octubre (BOE de 12 de diciembre).

También hay que tener en cuenta que la existencia de confusión en torno a los límites del demanio marítimo como consecuencia de un deslinde poco claro u otras circunstancias pueden dar apariencia de ilegalidad a la realización de una obra; apariencia que, tanto se confirma o diluye, puede justificar la paralización de las mismas como medida cautelar (STS 25 de septiembre de 2000, Ar. 7688). No obstante, una vez comprobada la inexistencia de tal incumplimiento, la misma debe ser levantada y, desde luego, en ningún caso puede caber imposición de sanción —en la medida en que no ha existido tampoco infracción—, como ocurrió con la incorrectamente impuesta por parte de la Administración en el supuesto solventado por la STS de 30 de mayo de 2000, Ar. 6525.

E) Pesca y cultivos marinos

Desde que España se incorporó a la Unión Europea, vino obligada a asumir el acervo comunitario, entendido como el conjunto de normas integrantes del ordenamiento jurídico a tal nivel. Este hecho, obviamente, conllevaba y sigue conllevando la adaptación de nuestro Derecho a las previsiones contempladas en el mismo, incluidas, en lo que ahora interesa, las relacionadas con la pesca marítima; materia esta, por cierto, intensamente influenciada por aquél dada su evidente trascendencia económica. Una de las obligaciones que derivan de la normativa comunitaria referida es la que impone la elaboración de censos o listas de flotas autorizadas para la pesca en las aguas comunitarias. Listas revisables anualmente por la Administración pesquera española sin que, en ningún caso, y en virtud de su potestad discrecional —que nunca arbitraria— venga obligada la misma a mantener perennemente los criterios utilizados en cada registro. Menos cuando de una alteración de los mismos se derive una mayor transparencia e información, y sin que ello suponga vulneración alguna al ejercicio del principio de libertad de empresa reconocido por el artículo 38 de la Constitución. Tal doctrina es extraíble del tenor de la STS de 6 de junio de 2000, Ar. 6449. Con analogía, si bien en este caso referida a la limitación por parte de las Comunidades Autónomas costeras, y por motivos de protección de las especies, de los días en que es practicable la actividad pesquera en las aguas sobre las que ha asumido estatutariamente competencias de regulación, se manifiesta la STS de 26 de enero de 2000, Ar. 7433, que entiende en tal cortapisa ausencia de vulneración de aquel principio anteriormente citado, así como de discriminación entre las embarcaciones dedicadas a tal actividad.

No puede dejar de reseñarse, asimismo, que el ejercicio de la pesca marítima careciendo de la necesaria licencia administrativa o habiendo expirado la misma —en la medida de que se trata de una actividad fuertemente intervenida— constituye una infracción con-

signada como tal por la Ley de Costas. El mayor problema que en relación con la misma, puede plantearse, es que hace referencia a su prueba; problema, que en el supuesto enjuiciado por la STS de 14 de junio de 2000, Ar. 7735, es solventado mediante la consulta de los Diarios de Pesca de obligada presencia en cada buque.

Por último, ha de tenerse en cuenta que las empresas dedicadas al ejercicio de la actividad pesquera vienen obligadas, de acuerdo con una consolidada jurisprudencia constitucional, a integrarse en las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, en la medida en que su ejercicio sin afiliación previa y obligatoria no puede ser asegurado, y considerando también que estas últimas son órganos consultivos y de colaboración con las Administraciones Públicas que tienen por finalidad la representación, promoción y defensa de intereses generales, ejerciendo competencias que les pueden ser encomendadas y delegadas por aquéllas. Todo ello ha de llevar a pensar que sus funciones tienen clara relevancia constitucional y que en ningún momento vulneran la libertad de asociación reconocida en el artículo 22 de la Constitución, inaplicable en su relación. Así lo recuerdan las SSTS de 2 de junio de 2000, (dos), Ar. 7087 y 7088, respectivamente.

5. CARRETERAS: VÍAS URBANAS

En la STS de 26 de mayo de 2000, Ar. 5124, se resuelve el recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento contra la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 1994, que dio la razón a la Administración del Estado en relación con el tránsito de determinados tipos de camiones por las vías que discurren por el territorio del término del citado municipio.

En este caso, se confirma la decisión del Tribunal de instancia, que anuló una resolución del mencionado ente local por la que se restablecía la vigencia de otras que restringían el tránsito de camiones por las vías urbanas de la localidad. En concreto, y al margen de los argumentos formales empleados por las partes en litigio y por el Tribunal Supremo, la cuestión de fondo se refiere al reparto de competencias entre la Administración del Estado y los Entes Locales en relación con la ordenación y el control del tráfico.

Nos encontramos aquí en presencia de una *travesía*, que el art. 37.2 de la Ley 25/1988, de 29 de junio, estatal de carreteras, define como las partes de los tramos urbanos —estos últimos son los tramos de las carreteras que discurren por suelo urbano— que reúnen ciertas características relativas a la superficie de edificación existente, entre otros aspectos.

Al ser pues una *travesía*, la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos de Motor y Seguridad Vial (RD Legislativo 339/1990) establece que la competencia de ordenación y control del tráfico corresponde a la Administración del Estado, y no a la Entidad Local. Por ello, esta última no puede invocar en este caso, según el TS, el principio de autonomía local y las normas sobre régimen local y tráfico que otorgan a los Municipios competencias sobre esta materia, que se refieren al control y ordenación del tráfico sólo en las vías urbanas de titularidad municipal.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Además, un dato importante a tener en cuenta es que las decisiones municipales limitaban el tránsito de camiones por las vías que transcurrían por el Municipio pero no establecían ninguna vía alternativa, por lo que ello significaba un cierre del paso por las citadas carreteras. A juicio del TS, ello excede de las competencias municipales en materia de tráfico.

6. MONTES

A) Naturaleza jurídica de consorcio para la repoblación forestal

Sobre esta materia hay que mencionar aquí la **STS de 11 de julio de 2000**, Ar. 5950, donde se confirma la desestimación por el TSJ castellano-leonés en 1996 del recurso presentado por dos Ayuntamientos de la provincia de Zamora, que reclamaban a la Junta de Castilla y León una indemnización para compensar los daños y perjuicios producidos como consecuencia de unos incendios forestales acaecidos en 1991. El motivo alegado por los recurrentes fue que la Administración incumplió su obligación de velar por la conservación de los montes (y de actuar en materia de prevención de incendios) que ella misma asumió en los consorcios concertados con los Ayuntamientos. Para fundamentar su posición, alegaron el supuesto de la Sentencia de 20 de abril de 1991, Ar. 3073.

Sin embargo, el TS estima que se trata ahora de un caso distinto, pues en la STS de 1991 el consorcio se constituyó con la presencia de particulares, cuando en la presente ocasión es un convenio de colaboración entre dos Administraciones (donde no se crea un organismo interadministrativo de gestión, del art. 6.5 LRJ-PAC), ambas con competencias en materia de conservación y gestión del patrimonio forestal. Las Entidades Locales, según lo establecido en el art. 84.1 y 2 del TRRL, y arts. 11 y siguientes de la Ley 81/1968 (esta última en materia de incendios); y la Administración autonómica, según lo dispuesto en los arts. 41 y siguientes de la Ley de Montes de 1957 y en los arts. 1 y siguientes de la citada Ley 81/1968 (FJ 3º). Pero en los convenios entre Administraciones (que se pueden establecer en este ámbito según el art. 84 del TRRL), no puede extraerse que la responsabilidad recae en exclusiva en la Administración autonómica, pues los Entes Locales también cuentan aquí con competencias. Por último, en coherencia con el resto de la sentencia, el TS considera que no existe responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica.

B) Retracto a favor de la Administración

En esta materia cabe citar en esta ocasión dos pronunciamientos judiciales. El primero es la **STS de 20 de julio de 2000**, Ar. 6166, que declara haber lugar al recurso de casación presentado por la Junta de Andalucía, contra la STSJ de esta Comunidad de 1993, que había declarado nulas dos Resoluciones de la citada Administración, en relación con la adquisición de una finca de la que era titular una empresa. La adquisición se llevó a cabo mediante el ejercicio del derecho de retracto (en aplicación del art. 17 de la Ley del Patrimonio Forestal del Estado de 1941 y de los arts. 66 y siguientes de su Reglamento, de 30 de mayo de 1941), y el destino de la finca adquirida era la repoblación forestal. También se aplicó el Reglamento de la Ley andaluza de reforma agraria (Ley 8/1984), aprobado por Decreto 402/1986, de 30 de diciembre.

En opinión del Tribunal de instancia, la Administración no tenía atribuida por Ley la potestad de ejecutar el acto de retracto, por lo que sería la jurisdicción civil la que debería decidir (FJ 3º). Por ello el acto administrativo impugnado fue declarado nulo, por existencia de incompetencia. Sin embargo, el TS no acoge esta tesis y considera que los términos del art. 17 de la Ley del Patrimonio Forestal del Estado son suficientemente expresivos de la existencia de una potestad de retracto en manos de la Administración (al permitirle a ésta “subrogarse en el comprador”). De ahí que considere que el retracto sí que pudo llevarse a cabo por este motivo.

A pesar de lo anterior, en cuanto a las circunstancias del caso concreto (es decir, los requisitos del art. 17 de la Ley de 1941 y 63 del Reglamento: que el cultivo agrario de la finca objeto de retracto debe ser inferior al 25 por ciento de la superficie), el TS no se pronuncia en este lugar. Y ello porque estima que es necesario retrotraer el procedimiento de la Sentencia de instancia al momento en el que la entonces demandante (la empresa ahora en casación demandada) solicitó la práctica de una prueba pericial, con el fin de comprobar el porcentaje de superficie afectada por el cultivo agrario.

Por otra parte, la segunda sentencia en materia de retracto es la **STS de 10 de octubre de 2000**, Ar. 7439, donde el TS confirma la decisión del TSJ de Andalucía, que en 1993 había considerado conforme a Derecho el ejercicio del derecho de retracto por la Junta de Andalucía. Se invocan de nuevo los arts. 17 de la Ley de Patrimonio Forestal del Estado de 1941 y 66 de su Reglamento, y también el argumento de la posible inexistencia de una potestad administrativa de retracto, y la necesidad de someter estas cuestiones a la jurisdicción civil, aspecto en donde se estima que sí que existe tal potestad.

El TS recuerda, en relación con ello, la doctrina establecida en otras sentencias (entre ellas, la citada en los párrafos anteriores, de 20 de julio de 2000, Ar. 6166; o la de 2 de febrero de 1999, Ar. 721 –véase crónica del núm. 5 de esta Revista–, entre otras), y analiza también la cuestión relativa al plazo de 6 meses para ejercitar el retracto. Este último debe contarse, según la Sala Tercera, desde el momento en que la Administración tiene conocimiento de la venta, y no debe computarse entendiéndose que existen 6 meses desde que se tiene conocimiento de la venta hasta que se dicta resolución. Este plazo de 6 meses no es pues para ejercer el derecho de retracto y dictar resolución desde que se conoce la venta, sino únicamente para decidir el ejercicio o no del retracto. Cuestión distinta es pues el plazo posterior que existe para dictar resolución, donde se aplican otras reglas.

7. MINAS

A) Concesiones mineras: declaración de caducidad

La Junta de Galicia había declarado en 1991 la caducidad de una concesión minera otorgada a un particular. Tras ello, éste interpuso recurso contencioso-administrativo, que desestimó el Tribunal Superior de Justicia gallego en 1993. Posteriormente, el mismo particular vuelve a recurrir, esta vez en casación, recurso que es resuelto también desfa-

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

vorablemente por la STS de 24 de julio de 2000, Ar. 6504. La Administración declaró la caducidad basándose en lo dispuesto en el art. 109.d) del Reglamento General para el Régimen de la Minería, aprobado por el RD 2857/1978, por el incumplimiento por el concesionario de la obligación de iniciar los trabajos en el plazo de un año a partir del otorgamiento de la concesión. De acuerdo con los informes que obran en el expediente administrativo, así como de otros datos diferentes, el TS llega a la conclusión de que existe motivación suficiente en el acto impugnado. En relación con el transcurso del plazo antes mencionado, no afecta a su cómputo el hecho de que la concesión haya podido ser transmitida a un tercero, como alegaba también el recurrente. Además, el nuevo titular tampoco inició los trabajos en el año siguiente, lo que determinaría la caducidad por aplicación del art. 109.e) del citado RD 2857/1978.

B) Concesiones mineras: recursos de la Sección C)

En este caso, se trata de analizar la STS de 20 de enero de 2000, Ar. 7042, donde se revoca la STSJ de Aragón, que en 1991 dio la razón a una empresa (titular de otras concesiones dentro del mismo perímetro de la concesión otorgada), frente al otorgamiento por la Administración autonómica de una concesión de explotación de una cantera de alabastro a otro particular. Se alega aquí la aplicación de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de Minas de 1973 y sobre la superficie de la concesión otorgada. El TS reitera lo dispuesto en Sentencias anteriores, en relación con las explotaciones de pizarra, aquí alabastro, y su calificación concreta dentro de la Ley de Minas de 1944. El alabastro estaba incluido dentro de la Sección A) de esta última Ley, dentro de las Rocas, y en la Ley de Minas de 1973 ha pasado a la Sección C), donde ahora puede otorgarse directamente una concesión de explotación sin necesidad de permiso de investigación previo. En este contexto, la mencionada Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de Minas de 1973 permite a los que vinieran explotando recursos de la Sección C) —fueran o no propietarios del terreno— solicitar la concesión de su explotación en el plazo de 2 años desde la entrada en vigor de la nueva Ley, derecho que se considera preferente al de cualquier otra persona.

En el caso presente se cumple el supuesto de hecho de la citada Disposición Transitoria Cuarta, por lo que el particular solicitante tiene derecho a la concesión. Por otra parte, la explotación de este último, a quien ahora se da la razón, no está fuera de la designación de las 8 cuadrículas otorgadas, por lo que el Tribunal de instancia ha apreciado incorrectamente la prueba. Por último, otro dato a destacar es que esta misma persona tenía suscrito un contrato de arrendamiento con un Ayuntamiento de la provincia de Zaragoza, pues la explotación minera se encontraba situada dentro de un monte comunal.

C) Aprovechamiento de los recursos minerales: aguas minero-medicinales

En la STS de 4 de julio de 2000, Ar. 4788, se confirma la decisión del TSJ catalán de 1993 y se desestima un recurso interpuesto por una empresa en relación con la autorización otorgada a otro particular por la Administración autonómica de la ejecución de un proyecto de captación, mediante pozo o sondeo, de aguas subterráneas minero-medicinales. Se trata de la continuidad de un aprovechamiento ya iniciado a finales del siglo XIX, es decir, la modificación del lugar de captación de un aprovechamiento previamente autorizado.

En primer lugar, el TS considera que el proyecto técnico presentado es adecuado, y no es necesario uno nuevo para aumentar la profundidad desde 30 metros que se solicitó al principio a 120 que se pidió después. Por ello, no se vulnera lo dispuesto en el art. 7 del Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera, aprobado por RD 863/1985, de 2 de abril; ni el art. 43.2 del RD 2857/1978, que aprueba el Reglamento General para el Régimen de la Minería; ni el apartado d) del epígrafe 1 de la Instrucción Técnica Complementaria 06.0.06, del primer Reglamento mencionado (y aprobada por Orden de 2 de octubre de 1985). Tampoco se vulnera el art. 36.1 de la Ley de Minas de 1973 y el art. 55.1 su Reglamento (el mencionado RD 2857/1978), pues se trata de aprovechamientos previamente autorizados.

Como el grado de afectación de los aprovechamientos preexistentes es mínimo, tampoco se infringe el art. 28.1 de la Ley de Minas, ni el art. 3 del citado RD 2857/1978, en relación con las distancias mínimas, entre otros preceptos y normas que se invocan por la parte demandante en los distintos motivos del recurso de casación que interpuso.

8. PATRIMONIO CULTURAL

Por último, en la **STS de 17 de julio de 2000**, Ar. 6164, se confirma la estimación por el TSJ extremeño, en 1993, del recurso interpuesto por una empresa contra una decisión de la Junta de Extremadura de 1991, que imponía a aquélla una multa de 10 millones de pesetas, por presunta infracción de daños al patrimonio histórico español. En concreto, se entendió infringido el art. 76.1.f) de la Ley 16/1985, de 25 de junio, reguladora del Patrimonio Histórico Español, que tipifica como infracción la realización de excavaciones arqueológicas infringiendo los preceptos de esta Ley (y, en particular, el art. 42.3). En el presente caso el TS estima que no existe culpabilidad de la empresa, que encargó a otra sociedad las obras de excavación del solar donde se produjeron los daños al patrimonio histórico (en concreto, en Mérida). Además, el patronato de esta ciudad otorgó autorización para realizar obras en el solar, sin haber advertido antes la posibilidad de hallazgo de restos arqueológicos. No hay pruebas tampoco de que la empresa sancionada conociera la aparición de los restos arqueológicos antes que la Administración, y menos aun que tras ese conocimiento diera órdenes de ejecutar las obras o las ejecutara ella directamente, como se afirma en el FJ 2º, *in fine*.

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

ELOY COLOM PIAZUELO

BEATRIZ SETUAÍN MENDÍA

ANTONIO EMBID IRUJO

XIII. MEDIO AMBIENTE**Sumario:****1. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las**

Comunidades Europeas. A) Incumplimientos de Estado en varias Directivas. B) La cuestión de las consideraciones económicas, sociales y culturales, en las propuestas de conservación de hábitats naturales que deben hacer los Estados a la Comisión.

3. Actividades clasificadas. A) El procedimiento del RAC medio de control de la legalidad ambiental. B) Licencias provisionales. C) Denegación de licencia por razones urbanísticas, art. 30.1 RAC. D) Silencio positivo del art. 33.4 RAC. E) Régimen de distancias entre actividades y con los núcleos de población. F) La desviación de poder en la concesión o denegación de licencias. G) Trascendencia de los informes técnicos municipales y autonómicos. H) Transmisión de licencias. I) Caducidad de las licencias. J) Revocación de licencias. K) Indemnización de daños y perjuicios por clausura definitiva de actividad. L) Cuantificación del Recurso de Casación en materia de impugnación de licencias de actividad. M) Precinto del local en el que se superan los ruidos tolerables hasta que se adopten las medidas correctoras adecuadas. N) Necesidad de licencia de actividad para la instalación por RENFE de una terminal de contenedores de cloruro de vinilo. O) Excepciones a la previa audiencia en la clausura de actividades clandestinas.

Actividades ganaderas. **4. La evaluación de impacto ambiental en la instalación de centros penitenciarios. 5. Espacios naturales protegidos. Áreas Naturales de Interés Especial.**

6. Aguas continentales. A) Aprovechamiento hidráulico: conflicto con espacio natural protegido. B) Estudio de impacto ambiental: no necesidad por tratarse de obra de encauzamiento de pequeña entidad.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia comunitaria aparecida durante los meses de noviembre y diciembre de 2000, la ordinaria publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde el núm. 3551 hasta el 7950 de las dictadas por el TS en el año 2000, y la constitucional desde la Sentencia núm. 236 a la 305/2000, de 11 de diciembre.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

A) Incumplimientos de Estado en varias Directivas

Cuatro Sentencias han aparecido durante el período considerado sobre estas cuestiones. Así y en primer lugar, la **Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de diciembre de 2000**, Sala Tercera, recaída en el Asunto C-69/99, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, declara el incumplimiento de este país en diversas obligaciones que le incumben en virtud de 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. En concreto se constata que el Reino Unido: a) no ha identificado las aguas afectadas por la contaminación o las que podrían verse afectadas por ella si no se toman las medidas establecidas en el artículo 5, pues las medidas adoptadas abarcan solamente a las aguas destinadas al consumo humano (art. 3.1); b) tampoco ha designado en el plazo previsto –hasta el 20 de diciembre de 1993– como zonas vulnerables todas las zonas conocidas de su territorio cuya escorrentía fluya hacia las aguas así identificadas como afectadas por la contaminación con arreglo al art. 3.1 (art. 3.2), y c) tampoco ha elaborado en el plazo previsto –hasta el 20 de diciembre de 1995– los programas de acción destinados a reducir la contaminación de las aguas causadas por nitratos y a mejorar la calidad de éstas en las zonas vulnerables (art. 5).

En la **Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de diciembre de 2000**, Sala Sexta, recaída en el Asunto C-38/99, se conoce de la demanda de la Comisión contra la República Francesa, que tiene por objeto la declaración de incumplimiento de Francia de diversas obligaciones que le incumbían por la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres. En concreto se constatará que Francia no se ha asegurado –mediante una transposición concreta del derecho comunitario– de que la práctica de la caza respete los principios de una regulación equilibrada desde el punto de vista ecológico de las especies de aves afectadas y que la práctica sea compatible con la obligación establecida en el art. 2 de la Directiva de que las poblaciones se mantengan o se adapten a las exigencias ecológicas, científicas y culturales. El art. 7.4 que se declara infringido, establece, en particular, la obligación de velar por que la caza no se aplique durante la época de anidamiento ni durante los distintos estados de reproducción y crianza. Igualmente se declara infringido el principio de que no se cacen las aves migratorias durante su período de reproducción ni durante su trayecto de regreso hacia su lugar de nidificación. El incumplimiento que se declara no opera en relación a todo el territorio francés, sino sólo en relación a algunos departamentos concretos.

La **Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de diciembre de 2000**, Sala Sexta, también recaída en el asunto C-374/98 conoce de una nueva demanda de la Comisión contra la República Francesa a la que se reprocha el incumplimiento de la Directiva 79/409 sobre aves citada en el apartado anterior, por no haber declarado un paraje como zona de especial protección de determinadas especies de aves comprendidas en el Anexo I de esta

Directiva y no haber adoptado medidas de precaución para que las labores de explotación de una cantera no repercutan en las aves. La Sentencia, estimará en parte la demanda concluyendo en que alguna parte de ese paraje debería haber sido objeto de declaración como ZEPA –sin que la Sentencia pretenda precisar la extensión territorial que debería tener esa declaración– y, paralelamente, haberse adoptado medidas de conservación especial suficientes.

Por fin, la **Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 2000**, Sala Primera, conoce de la demanda de la Comisión contra la República Portuguesa a la que reprocha el incumplimiento de las obligaciones de enviar informes contenidos en una variada serie de Directivas –hasta ocho– relacionadas con la protección del agua (cronológicamente abarcan desde la 76/464/CEE hasta la 86/280/CEE). La evidencia de la falta de envío de esos informes (relativos a la aplicación de las citadas directivas en el concreto país), justifica la condena de la República Portuguesa.

B) La cuestión de las consideraciones económicas, sociales y culturales, en las propuestas de conservación de hábitats naturales que deben hacer los Estados a la Comisión

La **Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de noviembre de 2000**, Sala Primera, recaída en el asunto C-371/98, resuelve una petición dirigida al Tribunal con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente numerado art. 234) por la *High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Divisional Court)* del Reino Unido. Se trata de obtener una decisión prejudicial del Tribunal Comunitario sobre la interpretación de un precepto de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres. El asunto judicial original trataba de una demanda contencioso-administrativa (*judicial review*) de una autoridad portuaria contra el acto del Ministro de Medio Ambiente inglés por el que éste manifestaba su opinión de proponer la declaración de un estuario como zona de especial conservación. Lo que se ventila en la Sentencia que comentamos es si en ese acto de proposición de la autoridad estatal a la comunitaria, deben tenerse en cuenta las consideraciones económicas, sociales y culturales relativas al lugar correspondiente (art. 2.3 de la Directiva) que pudieran llegar, entonces, a evitar o modular la misma propuesta. El criterio del Tribunal de Justicia será que estas consideraciones no pueden ser tenidas en cuenta por el Estado proponente sino, posteriormente, por la autoridad comunitaria cuando se plantee la elaboración de los lugares de interés comunitario (LICS), decisión que hará con una panorámica completa de todos los hábitats europeos que pudieran merecer la calificación. Si hubiera habido, al contrario, una suerte de “auto-restricción” en la propuesta de las autoridades nacionales basada en los criterios económicos, sociales, etc., indicados, la autoridad comunitaria no tendría en el momento de adoptar la decisión definitiva una panorámica completa de la situación europea y, por tanto, no podría en este plano –que es el que quiere la Directiva– adoptar las decisiones correspondientes y coherentes con los objetivos globales de protección perseguidos.

La decisión, primera que se produce en esta cuestión, parece muy importante y aclara el campo de juego de las responsabilidades del Estado y de la Comisión constituyendo un elemento importante en un proceso que se desarrolla en estos momentos en el conjunto de los Estados de la Unión.

3. ACTIVIDADES CLASIFICADAS

A) El procedimiento del RAC medio de control de la legalidad ambiental

El procedimiento del RAC implica un control preventivo de la legalidad de las actividades clasificadas en el que se comprueba la adecuación de la actividad a la legislación sectorial protectora del medio ambiente y la calidad de vida (FJ. 2º de la STS de 25 de septiembre de 2000, Ar. 7306).

B) Licencias provisionales

Los usos u obras en terrenos de dominio público municipal aunque sean de carácter provisional no eximen del previo consentimiento del Ayuntamiento titular de los terrenos obtenido a través del procedimiento legalmente previsto para su ocupación de los mismos. Exigencia aplicable a la instalación y funcionamiento de una carpa-terracea al aire libre en terrenos municipales con carácter previo a la obtención de las correspondientes licencias de actividades clasificadas y de obras, aunque se trate de una ocupación temporal (FFJJ 1º y 4º de la STS de 4 de mayo de 2000, Ar. 4077).

No son conformes con el ordenamiento las licencias provisionales otorgadas sin respetar las garantías y actuaciones procedimentales previstas por la legislación vigente (FJ. 2º de la STS de 23 de marzo de 2000, Ar. 3901).

No obstante la calificación inicial de una actividad como provisional no debe ser determinante sino que hay que estar a la naturaleza que se derive de su contenido. En el caso debatido se trataba de una licencia de funcionamiento (Sentencia de 5 de junio de 2000, Ar. 6697).

C) Denegación de plano de la licencia o suspensión de la actividad por razones urbanísticas: art. 30.1 RAC

Dentro de la casuística de las sentencias dictadas por el TS encontramos en la presente entrega seis de ellas referidas a la denegación de la licencia y a la suspensión de la actividad por razones urbanísticas con amparo en la habilitación otorgada por el art. 30.1 RAC.

Cinco de ellas por contravenir las prescripciones del correspondiente Plan General de Ordenación Urbana. La primera por no cumplir la puerta de acceso directo de la oficina para la que se solicitó la licencia a la escalera del edificio con los índices mínimos de resistencia al fuego prescritos en el PGOU (Sentencia de 12 de abril de 2000, Ar. 3840); en la segunda se deniega de plano la solicitud de licencia para el emplazamiento de un taller de reparación de vehículos propios en una zona calificada por el plan como de protección agrícola, por resultar la actividad incompatible con el uso del suelo (Sentencia de 19 de junio de 2000, Ar. 6701); la tercera referente a la denegación de la licencia para la instalación de un almacén de productos de ferretería y pinturas al por mayor en un emplazamiento en el que estaban prohibidos por el planeamiento los usos industriales como el pretendido (Sentencia de 13 de junio de 2000, Ar. 6391); en la cuarta se ampara la denegación de las licencias de actividad y de obras para la instalación por RENFE de un termi-

nal de contenedores para el transporte de cloruro de vinilo en que la calificación de los terrenos por el Plan urbanístico no se ajusta a la previsión de una terminal de la peligrosidad y características concretas como la que se pretende establecer en ellos (**Sentencia de 25 de septiembre de 2000**, Ar. 7306) y, finalmente, la **Sentencia de 2 de octubre de 2000**, Ar. 7901, en la que se desestima el recurso interpuesto contra la no admisión a trámite de la petición de licencia de actividad para la legalización de una instalación de granja porcina cuya actividad se venía desarrollando en suelo urbano y resultaba incompatible con el uso asignado por las Normas Subsidiarias de Planeamiento.

En la **Sentencia de 3 de mayo de 2000**, Ar. 4073, se ordena el cese de la actividad de fabricación de materiales de construcción y el desmantelamiento de todas las instalaciones reponiendo el suelo que ocupaba a su estado original, por cuanto su legalización resultaba imposible. El TS entiende que la suspensión de la actividad es un acto de restauración del ordenamiento urbanístico infringido, carente de naturaleza sancionadora y que como medida cautelar puede adoptarse de plano sin necesidad de audiencia previa.

D) En las actividades clasificadas es de aplicación el silencio positivo regulado en el art. 33.4 del RAC previa denuncia de mora, pero no se obtiene la licencia por silencio frente a la infracción de las ordenanzas municipales o las normas urbanísticas

El TS mantiene la doctrina tradicional de que puede obtenerse la licencia de actividades clasificadas por silencio positivo del artículo 33.4 del RAC y no del art. 9 del RSCL (**Sentencia de 7 de abril de 2000**, Ar. 4019), siempre previa denuncia de mora (**Sentencias de 31 de mayo y 30 de junio de 2000**, Ar. 5128 y 6385), pero nunca cuando no podría otorgarse expresamente por ir en contra de las ordenanzas municipales (**Sentencia de 17 de abril de 2000**, Ar. 4942), contra normas urbanísticas (**Sentencia de 13 de junio de 2000**, Ar. 6391) o el PGOU (**Sentencia de 16 de junio de 2000**, Ar. 6699).

E) Régimen de distancias entre distintas actividades y de éstas con los núcleos de población

a) Aplicación del régimen de distancias del artículo 4 del RAC

La distancia de 2.000 metros al núcleo habitado más próximo que prescribe el art. 4 del RAC es aplicable a una granja avícola de pollos de carne dado que se trata de naves de una producción avícola notable según mantiene el TS en la **Sentencia de 23 de marzo de 2000**, Ar. 3901. Sentencia en la que además se declara aplicable una Circular de la Comisión Provincial de Servicios Técnicos de 24 de noviembre de 1972 dictada para la aplicación y desarrollo del RAC, y en concreto de los arts. 11 y 15 del mismo, que permite atenuar las distancias únicamente para las actividades no sometidas a la legislación de industrias agrarias como es el supuesto cuestionado.

El TS en su **Sentencia de 28 de marzo de 2000**, Ar. 4915, ratificando los criterios mantenidos en la sentencia estimatoria del TSJ de las Islas Baleares, confirma la anulación de la licencia de actividad otorgada para la instalación de una fábrica de poliestireno a 125,5 metros del núcleo urbano más próximo por considerar que, al tratarse de una actividad insalubre y peligrosa, la reducción de los 2.000 metros de distancia a los núcleos habi-

tados que prescribe el art. 4 del RAC, en los términos de los arts. 15 y 20 del mismo, exige una exhaustiva justificación de las razones determinantes de la excepcionalidad de tal emplazamiento. Justificación, estima, que en modo alguno se ha producido en el acto administrativo de concesión de la licencia (FJ 6°).

b) Distancias entre granja avícola y granja cinegética

Los regímenes de distancias entre las explotaciones avícolas y las granjas cinegéticas es distinto. Entre las primeras es de aplicación el Decreto 2602/1968, de 17 de octubre, y la Orden de 20 de marzo de 1969 que señala una distancia mínima de 1.000 metros entre ellas. Mientras que las cinegéticas se rigen por la Ley de Caza de 1970, su reglamento de 25 de marzo de 1970 y la orden de 24 de enero de 1974. Ambos regímenes son distintos por lo que la **Sentencia de 31 de marzo de 2000**, Ar. 3905, declara coherentemente que no es extensible el régimen de unas a las otras, salvo que por el órgano competente del Servicio de Agricultura y Ganadería de la Comunidad Autónoma se emita el informe correspondiente sobre la incidencia entre una y otra y las medidas a adoptar en su caso. Exigencia que se deriva de la facultad reconocida a la Dirección Provincial Agraria por la Orden de 24 de enero de 1974 para adoptar las medidas oportunas con el fin de evitar la difusión de epizootias y zoonosis entre las granjas de pollos y las cinegéticas.

F) Desviación de poder

Tres son las sentencias en las que se aborda la desviación de poder como motivo del recurso sustanciado. Dos de ellas para estimar el motivo de casación o ratificar la apreciación de la Sala de instancia y la tercera para rechazarlo.

En la **Sentencia de 5 de abril de 2000**, Ar. 6140, sobre concesión de licencia de instalación de estación de servicio para, tras un resumen de la doctrina jurisprudencial sobre desviación de poder (FJ 7°), confirmar la apreciación de la sentencia recurrida de que la decisión del Ayuntamiento arrastra tal vicio por cuanto “aparte unos retrasos en la tramitación totalmente ilegales, hay una evidéntísima infracción del principio de igualdad del art. 14 de la CE, puesto que, entre dos peticiones iguales incompatibles, la Administración, sin ninguna justificación, resuelve antes la que se presentó la última. Y es que el Ayuntamiento otorgó en tres meses y medio una licencia para la instalación de una estación de servicio solicitada cinco meses después que la solicitada con el mismo fin por el recurrente al que le fue denegada su solicitud cuatro meses después de la otorgada al anterior, cuando además ambas solicitudes eran incompatibles.

Con igual sentido estimatorio se ratifica por el TS en la **Sentencia de 2 de junio de 2000**, Ar. 6734, la del TSJ de Canarias que apreció la concurrencia desviación de poder en la denegación de una licencia para una instalación de extracción de “lapilli” en cantera industrial por posible deterioro del paisaje mientras que al mismo tiempo se acuerda por el Ayuntamiento encargar la redacción de un proyecto industrial para la misma clase de extracción en los terrenos de propiedad municipal. Basa su decisión el TS en que “el dete-

rioro del paisaje es una referencia genérica e imprecisa y que difícilmente resulta compatible con el proyecto del propio Ayuntamiento para la extracción del mismo lapilli”.

Por el contrario la **Sentencia de 28 de junio de 2000**, Ar. 6398, sobre denegación de licencia relativa a explotación, tratamiento y venta de áridos calizos, rechaza que exista desviación de poder por el simple hecho de que las normas del PGOU clasifiquen el suelo como urbanizable de especial protección, aun cuando existen en el mismo actividades incompatibles con tal calificación. Y ello por cuanto, como razona el TS, las actividades autorizadas no pueden ser frontera a la libertad del planificador pues pondrían freno al progreso urbanístico, y además porque, en el caso concreto, a la luz de los informes medioambientales se desprende que existen –para denegar la licencia se entiende– razones arqueológicas o de arbolado autóctono no desvirtuadas.

G) Trascendencia de los informes técnicos municipales y autonómicos

a) Informes de los Técnicos municipales

El TS, como ya hemos comentado en anteriores ocasiones, viene reconociendo una proyección relevante a los informes de los servicios técnicos municipales en orden a los pronunciamientos municipales en materia de actividades clasificadas. En esta ocasión en la **Sentencia de 15 de febrero de 2000**, Ar. 7064, les otorga un valor prevalente sobre las meras apreciaciones de un notario contenidas en Acta Notarial entendiendo que “la mera apreciación de un Notario no tiene entidad para desvirtuar lo valorado y apreciado por los técnicos competentes” sobre la intensidad, cantidad o calidad de los ruidos, olores, vibraciones, etc., ni menos sobre el origen y causa de los mismos. Estimando el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de instancia que revocó la licencia de apertura de café-bar (FJ 4º).

Con semejante proyección la **Sentencia de 7 de marzo de 2000**, Ar. 7073, reconocerá que la motivación de las sentencias puede hacerse por referencia a los informes Técnicos Municipales y rechazar con base en los mismos el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ de Castilla y León que anuló el acuerdo del Ayuntamiento que concedía licencia de explotación para granja de ganado (FFJJ 3º y 4º).

b) Informes autonómicos

La falta de informe del servicio de Agricultura y Ganadería de la Comunidad Autónoma, prescrito por la Orden Ministerial de 24 de enero de 1974, sobre las medidas a adoptar para evitar la difusión de epizootias y zoonosis y la compatibilidad o no entre una granja avícola y otra cinegética, fundamenta la estimación del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de instancia anulando el Acuerdo municipal para que antes de volver a resolver sobre la petición de licencia pueda tenerse en cuenta dicho informe (**Sentencia de 31 de marzo de 2000**, Ar. 3905). Mientras que la coincidencia de los informes de diversos técnicos municipales con el del Departamento de Medio Ambiente de la Generalitat de Cataluña servirá al TS, en la **Sentencia de 26 de septiembre de 2000**, Ar. 7897, para ratificar la del TSJ, estimando que las medidas correctoras exigidas en la licencia son suficientes para garantizar la adecuada protección del medio ambiente y la salud pública de la explotación porcina.

H) Transmisión de licencias

Los criterios del TS sobre los efectos de la transmisión de las licencias de actividades clasificadas, que tiene su apoyo en el art. 13.1 del RSCL, se reiteran con frecuencia, siendo uno de los aspectos de estas licencias en el que se ve reflejada la enorme casuística que arrastran.

Entre las sentencias examinadas para el presente comentario, escuetamente, se desprende: 1º) que el titular de la licencia a efectos de notificaciones hasta que no se comunique por escrito su transmisión al Ayuntamiento es el concesionario primitivo (**Sentencia de 24 de abril de 2000**, Ar. 3815, FJ 10º); 2º) mientras no se acredita la efectiva transmisión mediante la notificación por escrito al Ayuntamiento existe responsabilidad conjunta de transmitente y adquirente (art. 13.1 RSCL), y la posibilidad de exoneración del titular primitivo pasa por la comunicación en tiempo oportuno de la realidad de la transmisión (**Sentencia de 22 de marzo de 2000**, Ar. 3898); 3º) el adquirente de una licencia no puede invocarla en su apoyo por ser una licencia ajena hasta que no se solicita –lo que posibilita el art. 15.1 del RSCL– su transmisión al Ayuntamiento (**Sentencia de 16 de mayo de 2000**, Ar. 4097); 4º) el incumplimiento del deber de notificar por escrito la transmisión de la licencia efectuada no tiene otra sanción que la responsabilidad conjunta de transmitente y adquirente frente a la Corporación, sin que ello faculte para la revocación de la licencia (FJ. 2º), (**Sentencia de 24 de mayo de 2000**, Ar. 4318); 5º) tampoco opera la caducidad de la licencia por desaparición de las condiciones de otorgamiento (**Sentencia de 12 de julio de 2000**, Ar. 6244, FJ 2º); 6º) no puede fundamentarse debidamente la denegación del cambio de titularidad en la realización de unas simples obras de acondicionamiento de local sin que se encontrase acreditado que la actividad se modificase, ampliase o reformase (FJ 2º) (**Sentencia de 28 de junio**, Ar. 6483), y 7º) pero, por el contrario, tampoco puede ampararse en una mera transmisión de licencia si la realidad fáctica exige una nueva solicitud de licencia al existir una modificación de la actividad (**Sentencia de 26 de junio de 2000**, Ar. 6398).

I) Caducidad de las licencias

La caducidad no opera automáticamente ni por el solo hecho de que no se haya comunicado la transmisión de la licencia (**Sentencia de 12 de julio de 2000**, Ar. 6244, FJ. 2º), ni por el simple hecho de no disponer de las medidas correctoras requeridas sin sujetarse al procedimiento legalmente establecido (**Sentencia de 7 de junio**, Ar. 4378).

J) Revocación de licencias

La ausencia de comunicación previa de la transmisión del negocio no supone el incumplimiento de las condiciones de otorgamiento de la licencia que facultaría, en su caso, para su revocación al amparo del art. 16 del RSCL (**Sentencia de 24 de mayo de 2000**, Ar. 4318, FJ 2º). Como tampoco cabe la anulación de la misma con base en meras apreciaciones de un Acta Notarial, corregibles con medidas correctoras, y contrarias al informe de los técnicos municipales (**Sentencia de 15 de febrero de 2000**, Ar. 7064).

XIII. Medio Ambiente

Sin embargo sí que cabe la revocación por incumplimiento de condiciones a que faculta el art. 16 del RSCL cuando disponiendo de una licencia para bar-restaurante se funciona como pub-discoteca y además se producen ruidos superiores a los permitidos por las Ordenanzas Municipales. Entendiendo además que no estamos ante un expediente sancionador sino ante una medida municipal de cierre (**Sentencia de 17 de julio de 2000**, Ar. 7790, FFJJ 1º y 2º).

K) Indemnización de daños y perjuicios por clausura definitiva de actividad

El TS en su **Sentencia de 27 de marzo de 2000**, Ar. 3902, ratificando la sentencia del TSJ de Cataluña, va a reconocer al titular de una instalación de horno y pastelería el derecho a una indemnización por los daños y perjuicios sufridos al haber sido clausurada su actividad por el Ayuntamiento. Entiende el Alto Tribunal que la medida de cierre “no guardaba la debida proporcionalidad, pues el Ayuntamiento disponía de sobrados medios a la vista del Decreto de 30 de noviembre de 1961 para, incluso acordando el cierre provisional, otorgar plazo para la corrección de deficiencias, sin llegar al extremo de efectuar la clausura de modo tal que fuera definitiva” (FJ.3º).

Criterio de falta de proporcionalidad en la medida de clausura decretada que sirve también al TS en su **Sentencia de 5 de abril de 2000**, Ar. 4013, para, estimando el Recurso de Casación interpuesto, reconocer el derecho del recurrente a una indemnización de daños y perjuicios, referidos a los beneficios de los tres años anteriores al cierre de la actividad de venta de material eléctrico para la que disponía de licencia. La clausura se decretó por ampliar dicha actividad a la de venta de cerámica para la que carecía de autorización. Por cuanto, entiende el Alto Tribunal, debió requerirse para el cese en la actividad para la que se carecía de licencia sin extender el cierre a la actividad autorizada.

L) Cuantificación del Recurso de Casación en materia de impugnación de licencias de actividad

Aunque no se pueda generalizar, de las sentencias examinadas encontramos dos de ellas en las que el TS rechaza la alegación de inadmisibilidad del Recurso de casación por razón de la cuantía en materia de impugnación de licencias de actividad cuantificándolas con un valor superior a los seis millones de pesetas. En la **Sentencia de 15 de febrero de 2000**, Ar. 7064, referente a la licencia de apertura de un café-bar, por entender que no sólo se ha de valorar el importe de todas las obras e instalaciones realizadas, e incluso los posibles perjuicios que el cierre del establecimiento pueda ocasionar, sino también las expectativas y derechos que el funcionamiento de la actividad pueda proporcionar a su titular, así como el hecho de que los recurrentes calificaron en su día la cuantía del recurso como indeterminada (FJ 2º). Siguiendo un criterio más general en la **Sentencia de 7 de marzo de 2000**, Ar. 7073, se limita a destacar que las actuaciones muestran la importancia de la explotación a la que no debería dársele una valoración inferior a la mínima que exigiría el art. 93 de la LJ y al hecho de que así lo apreció el TSJ.

M) Precinto del local en el que se superan los ruidos tolerables hasta que se adopten las medidas correctoras adecuadas

La **Sentencia de 14 de marzo de 2000**, Ar. 3893, va a considerar ajustada a derecho la medida de precinto del local de bar en el que los ruidos superaban el mínimo estableci-

do dictada de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 34 a 39 del RAC, hasta que se adopten las medidas correctoras notificadas en su día al interesado.

N) Necesidad de licencia de actividad para la instalación por RENFE de una terminal de contenedores de cloruro de vinilo

Siguiendo la doctrina sentada en la Sentencia de 25 de enero de 1999, Ar. 1259, en un caso similar al ahora enjuiciado (sentencia comentada en el número cinco de esta revista) el TS en su **Sentencia de 25 de septiembre de 2000**, Ar. 7306, desestima el motivo de casación alegado por RENFE quien aducía la incompetencia del Ayuntamiento para denegarle la construcción de una terminal de contenedores de cloruro de vinilo con base en los arts. 176.1.a) y concordantes de la Ley 16/1987, de 30 de julio. Nos remitimos a lo comentado en su día en el número de la revista mencionado.

O) Excepciones a la previa audiencia en la clausura de actividades clandestinas. Actividades ganaderas

Reiteradamente el TS viene calificando a las actividades que se vienen ejerciendo sin licencia como actividades clandestinas y sosteniendo que no se obtiene aquélla por mera tolerancia pasiva, ni por el pago de tasas o impuestos (**Sentencias de 3 y 24 de abril de 2000**, Ar. 4012 y 3813), ni genera derechos adquiridos (**Sentencia de 16 de junio de 2000**, Ar. 6699) pudiendo acordarse por el Ayuntamiento su clausura.

Con carácter general el Alto Tribunal exige, no obstante, que antes de proceder a su clausura se dé audiencia previa al titular de la actividad, pero en ocasiones exceptúa al Ayuntamiento de este trámite cuando, como sucede en las **Sentencias de 21 de marzo, 13 de julio y 2 de octubre**, Ar. 3897, 7788 y 7900, existen “anomalías tan trascendentes incluso para la salud de las personas y animales, como son el cerdo muerto y los residuos orgánicos y fecales, (...) el Ayuntamiento (...) tenía la obligación y potestad –de actuar– y con prontitud para evitar los peligros que de esa actividad notoriamente se podrían derivar”, cuando “dicho aprisco se encuentra próximo al depósito municipal de aguas existiendo riesgo de contaminación de las mismas” o cuando “la petición de licencia no se ajuste a las normas establecidas en las ordenanzas municipales o planes de ordenación”. Los tres supuestos últimos se refieren a actividades ganaderas (porcina y lanar) sobre las cuales cada vez más está generándose una mayor conflictividad judicial.

Pero dentro de las actividades ganaderas el tratamiento no es uniforme. Así el TS modula en ocasiones estos criterios como cuando se trata de municipios de menos de 10.000 habitantes, dedicados en su mayor parte a actividades ganaderas y donde la actividad se viene ejerciendo con anterioridad a la entrada en vigor del RAC, en cuyo caso antes de proceder a su clausura debe solicitarse la licencia y concederse si se pueden adoptar las medidas correctoras oportunas, al no estar prohibida la actividad ni por el art. 13 del RAC ni por la Disposición Transitoria Segunda de la Instrucción de 15 de marzo de 1963 (**Sentencias de 12 de junio y 26 de septiembre de 2000**, Ar. 5703 y 7897). En otras se anula la resolución administrativa que clausura la actividad ganadera sita en suelo no urba-

XIII. Medio Ambiente

nizable por no conceder un plazo de dos meses para solicitar la licencia al amparo del art. 250 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (Sentencia de 16 de mayo de 2000, Ar. 4097). Pero en cambio se anula la licencia concedida si no se cumplen las distancias exigidas por la normativa aplicable (Sentencia de 7 de marzo de 2000, Ar. 7073).

4. LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL EN LA INSTALACIÓN DE CENTROS PENITENCIARIOS

En la Sentencia de 6 de marzo de 2000, Ar. 6133, se reproducen y resuelven por el TS algunos de los problemas planteados con anterioridad cuando se ha pretendido la instalación de un centro penitenciario. En este caso se trata del de Soto del Real (Madrid). Entre estos problemas, y junto a los propios de la aplicación de la normativa penitenciaria, se analizan: la afectación o no del principio de autonomía municipal y la necesidad o no de la previa evaluación de impacto ambiental o de la licencia municipal.

En lo que a los efectos de estos comentarios nos interesa el problema a resaltar se centra en la necesidad o no de informe medioambiental. Pues bien la sentencia concluirá por un lado que no existe precepto alguno ni en la normativa del Estado, como ya determinó en relación a la instalación de la cárcel de Zuera (Zaragoza), ni en la de la Comunidad Autónoma de Madrid, en este caso, que exija dicho informe.

Respecto a la exigencia de dicho informe que pudiera derivarse del apartado 52 y último del Anexo II de la Ley 10/1991, de 4 de abril, para la Protección del Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid en cuanto exige evaluar el impacto medioambiental en los supuestos genéricos de “cualquier construcción en suelo no urbanizable con más de 3.000 metros cúbicos construidos”, el TS entiende que se produce la exención del informe de impacto ambiental, exigido por la norma autonómica para construcciones en suelo no urbanizable, en las obras del Estado si éste hace uso de la posibilidad de revisar el planeamiento con base en el art. 244.2 del TRLS de 1992 que además permite sustituir la licencia de obras por la decisión del Consejo de Ministros sobre la ejecución del proyecto, como sucedió en este caso.

5. ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS. ÁREAS NATURALES DE INTERÉS ESPECIAL

Se plantea por el TS cuestión de inconstitucionalidad frente a dos leyes de la Comunidad balear, la Ley 1/1984, de 14 de marzo, de Ordenación y Protección de Áreas Naturales de Interés Especial y la Ley 8/1985, de 17 de julio, de declaración de “S’a Punta de N’amer” como Área Natural de Interés Especial, por entender, en lo que aquí nos interesa, que pudieran infringir el orden constitucional de distribución de competencias, vulnerando los arts. 149.1.23, 148.1.9 y 149.3 CE y el art. 11.5 EAIB, en cuanto trascendieran el ámbito de la normativa básica contenida en la Ley 4/1989 de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, al no poder calificarse como de desarrollo de la normativa básica estatal.

El pronunciamiento que emite el TC en la Sentencia 248/2000, de 19 de octubre, no difiere del expresado en la STC 28/1997, de 13 de febrero, en la que se resolvió la cues-

ción de inconstitucionalidad interpuesta respecto a la misma Ley 1/1984 y la 3/1984, esta última análoga a la 8/1984, descartando que dichas leyes se incardinan en las materias “medio ambiente” y “espacios naturales protegidos” porque, sin desconocer su incidencia en ambas materias, realmente estas leyes “establecen disposiciones normativas típicamente urbanísticas y directamente ordenadas a la planificación territorial y a la delimitación de los usos del suelo, por lo que han de encuadrarse en el título competencial relativo a la ordenación del territorio y urbanismo”. Materias en las que la Comunidad Autónoma Balear tiene competencias exclusivas. Y tampoco contradicen la legislación básica de medio ambiente contenida en la Ley 4/1989 (FJ 3°).

6. AGUAS CONTINENTALES

A) Aprovechamiento hidráulico: conflicto con espacio natural protegido

Por la STS de 29 de junio de 2000, Ar. 6155, se afirma que el tiempo transcurrido (más de 3 años) para la resolución (en este caso denegatoria) de la solicitud de una concesión de aprovechamiento hidroeléctrico a ubicar en un municipio cántabro, por la Confederación Hidrográfica del Norte, no puede conllevar que en vía judicial se reconozca a la empresa peticionaria el derecho a indemnización por los daños y perjuicios, sin que antes haya formulado dicha petición de responsabilidad en vía administrativa, fundamentada –si se quiere– en que por el extenso período transcurrido entre la solicitud y la resolución, se aprobó el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Natural Saja-Besaya (Decreto territorial 49/1990, de 1 de agosto), que prohíbe la instalación de aprovechamientos hidráulicos.

B) Estudio de impacto ambiental: no necesidad por tratarse de obra de encauzamiento de pequeña entidad

Conforme al art. 52.1 del RDPH, dentro del procedimiento al que se someten las solicitudes de autorización de uso común especial del dominio público de los cauces, cabe que la Administración hidráulica recabe del interesado, la presentación de proyecto justificativo y de un estudio medioambiental. En la STS de 27 de septiembre de 2000, Ar. 7668, se apela a este precepto para afirmar que en el caso controvertido, que versaba sobre una autorización para el encauzamiento de un tramo de 30 metros del río Bouzas (Galicia), habilitación a la que se oponía una persona titular de terrenos colindantes, no se requiere la presentación de proyecto, ni de estudio de impacto ambiental, debido a la escasa importancia de las obras, y porque según el art. 52.1 RDPH citado, es el propio órgano administrativo el que ha de estimar discrecionalmente en estos supuestos de autorización, si ha de exigirse o no el mencionado estudio medioambiental.

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

JAVIER DOMPER FERRANDO

BEATRIZ SETUAÍN MENDÍA

ANTONIO EMBID IRUJO

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Agricultura. A) Concentración parcelaria. B) Fomento. Producción de maíz transformado. **3. Ayudas públicas.** A) El supuesto de hecho del art. 87.1 CE. a) Concepto de ayuda. b) En especial, el problema de la financiación del coste derivado del cumplimiento de obligaciones de servicio público. c) Carácter público. d) Incompatibilidad con el mercado común. B) Autorización de ayudas de Estado. a) Cuestiones generales. b) Ayudas directamente autorizadas por el art. 87.2 CE. c) Ayudas que pueden ser autorizadas conforme al art. 87.3 CE. **4. Comercio exterior. 5. Crédito.** A) Cooperativas de crédito. B) Denominación social. Utilización del concepto “banco”. **6. Denominaciones de origen.** A) Impugnación directa del RD 1906/1995 sobre denominaciones de origen. B) Calificación de la denominación de origen Rioja. C) Renovación de Consejos Reguladores. D) Sanciones. **7. Energía eléctrica.** A) Autorización de corte de suministro. B) Elevación de potencia interruptible. Fecha de comienzo de sus efectos. C) Revisión de tarifas. Fecha a la que debe remitirse el acuerdo de revisión. **8. Ganadería. 9. Industria.** A) Fomento. B) Inspección Técnica de Vehículos. Ejercicio de las competencias por la Comunidad Foral de Navarra y proceso de traspaso de servicios. C) Seguridad industrial. a) Competencias autonómicas. Reglamento de aparatos a presión. b) Competencias autonómicas. Traspaso de competencias y ejercicio de competencias por la Comunidad Foral de Navarra. c) Competencias autonómicas. Decreto autonómico por el que se regulan las entidades de inspección y control reglamentario. **10. Pesca. 11. Servicios de interés económico general.** A) La interpretación del art. 86.1 en relación con el art. 82 CE. a) Conceptos de “empresa” y de “actividad económica”. b) La prohibición de los Estados miembros de adoptar medidas contrarias al Tratado respecto de las empresas titulares de derechos especiales o exclusivos. c) La prohibición de los Estados miembros de otorgar derechos exclusivos cuyo ejercicio implica la explotación abusiva de una posición de dominio. B) La interpretación del art. 86.2 CE. **12. Transportes.** A) Autotaxi. a) Competencias municipales. Sistema de comunicación unificado. b) Competencias municipales.

Licencia de autotaxi. Condiciones para su otorgamiento. c) Licencia de autotaxi.

Revocación. B) Concesión de parada. C) Helipuerto. D) Hijuela. Concesión. E) Tarifas.

F) Transporte por carretera. Decreto 319/1990 de la Generalidad de Cataluña.

Vulneración de la autonomía local. G) Transporte especial. H) Transporte marítimo.

Gastos de salvamento. I) Transporte sanitario. **13. Tribunal de Defensa de la Competencia.**

A) Comercio electrónico. Autorización singular. No aplicación del art. 1 LDC.

B) Propiedad intelectual. Gestión de derecho de propiedad intelectual. Abuso de posición de dominio. **14. Instalaciones con incidencia ambiental. Tributación.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el presente número se recogen las Sentencias del Tribunal Supremo dictadas en el período de abril a septiembre del 2000, las Resolucion-es del Tribunal de Defensa de la competencia dictadas en el período de julio a septiembre de 2000 y, asimismo, las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del año 2000. Estas últimas se recogen con una periodicidad anual. La Jurisprudencia del TC abarca el período comprendido desde la STC 236/2000, de 16 de octubre, hasta la STC 312/2000, de 28 de diciembre.

2. AGRICULTURA

A) Concentración parcelaria

Diversas Sentencias del Tribunal Supremo han vuelto a ocuparse de los problemas derivados de los procesos de concentración parcelaria.

Una cuestión que se reitera es la relativa a la posibilidad de corregir la fijación de las superficies a través de la subsanación de errores del artículo 206 de la Ley de reforma y desarrollo agrario.

La **STS de 31 de julio de 2000**, Ar. 6492, revisó en casación la Sentencia de instancia por la que se estimó el recurso del administrado solicitando se admitiera la corrección de errores advertida en el expediente de concentración. La Sentencia del Tribunal Supremo casa la Sentencia impugnada al entender que las bases y el acuerdo de concentración habían adquirido firmeza, por lo que no procedía acudir al artículo 206 de la Ley de reforma y desarrollo agrario, cuando lo que se pretendía era realmente alterar las bases y el acuerdo de concentración parcelaria, resoluciones que tienen su propio momento de alegaciones y aprobación.

En relación a la misma temática, la **STS de 3 de julio de 2000**, Ar. 7737, se ocupa de un supuesto de hecho diverso. En este caso se impugna la rectificación de un previo acuer-

XIV. Derecho Administrativo Económico

do en virtud de un recurso de alzada. El recurso se centra, por tanto, en la validez de la alteración del acuerdo de concentración parcelaria a través de la técnica de la rectificación de errores dentro de un recurso administrativo.

En este caso el Tribunal Supremo estima el recurso al entender que la modificación del acuerdo, por existir un error de cálculo de superficies, incide en los derechos del propietario recurrente, por lo que no pudo acudir por la Administración a la vía del artículo 111 de la Ley procedimental de 1958. Además, al acudir a este procedimiento revisor no se dio audiencia al interesado, vulnerándose el artículo 105.c) de la CE.

Por último, en la **STS de 17 de mayo de 2000**, Ar. 4312, el Tribunal niega que la Administración posea una facultad discrecional en el momento de la inclusión de fincas en las bases definitivas de la zona de concentración parcelaria que impida la revisión de este acuerdo en vía judicial.

B) Fomento. Producción de maíz transformado

La **STS de 7 de julio de 2000**, Ar. 5130, desestima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado frente a la STSJ de Madrid que reconoció al recurrente el derecho a recibir determinada cantidad de dinero en concepto de restitución a la producción de maíz transformado.

El recurso casacional se basó en la no aplicación de lo establecido en los artículos 2 y 3 del Reglamento 1570/1978/CE, al estimar que el recurrente no había cumplido las condiciones establecidas en dicha norma para tener derecho a la restitución económica prevista por la producción de amiláceos.

El Tribunal Supremo desestima el recurso al entender que está acreditado que se cumplieron las condiciones, ya que la entidad recurrente en primera instancia transformó los productos en los términos exigidos y bajo supervisión de la Administración.

3. AYUDAS PÚBLICAS

A) El supuesto de hecho del art. 87.1 CE

a) Concepto de ayuda

En la jurisprudencia comunitaria sobre la delimitación del concepto de ayuda los criterios relativos a la forma y a los objetivos de la medida no desempeñan un papel relevante. Por una parte, los fines de la medida no constituyen un criterio determinante para aplicar el art. 87.1 CE, puesto que este último no establece una distinción según las causas o los objetivos de las intervenciones estatales (**SSTPI de 13 de junio de 2000, As. acumulados T-204 y 270/97, EPAC**, apartado 76; **de 10 de mayo de 2000, As. T-46/97, SIC**, apartados 82 y 84). Por otra, la noción no comprende sólo las prestaciones positivas que se con-

cretan en subvenciones públicas, sino también las intervenciones que, adoptando diversas formas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, a pesar de no ser subvenciones en sentido estricto, tienen la misma naturaleza e idénticos efectos (STJCE de 19 de septiembre de 2000, As. C-156/98, Alemania c. Comisión, apartado 25). Puede de este modo tratarse tanto de prestaciones positivas, como por ejemplo una subvención directa (STPI de 10 de mayo de 2000, As. T-46/97, SIC, apartados 75 y ss.) o una garantía otorgada en relación con un contrato privado (aunque ésta no implique una movilización efectiva de fondos estatales, STPI de 13 de junio de 2000, As. acumulados T-204 y 270/97, EPAC, apartados 80 y ss.), cuanto de la reducción de las cargas que normalmente debe soportar una empresa, como ocurre en el caso de exenciones o desgravaciones fiscales (STJCE de 19 de septiembre de 2000, As. C-156/98, Alemania c. Comisión, apartado 25; STPI de 10 de mayo de 2000, As. T-46/97, SIC, apartados 86 y ss.), o de la concesión de facilidades de pago en relación con dichas cargas (STPI de 10 de mayo de 2000, As. T-46/97, SIC, apartados 97 y ss.)

El criterio determinante en relación con la delimitación del concepto de ayuda es, por el contrario, el relativo a sus efectos. En particular, constituyen ayudas aquellas medidas que implican la concesión de una ventaja competitiva de carácter selectivo. En cuanto a la primera cuestión, no ofrece ninguna duda que tal es el caso de las subvenciones directas y de los beneficios fiscales (STJCE de 19 de septiembre de 2000, As. C-156/98, Alemania c. Comisión, apartado 26). En supuestos más complejos, de lo que se trata es de determinar si la concesión de la medida implica otorgar a la empresa beneficiaria una ventaja económica que ésta no hubiera obtenido en condiciones normales de mercado (STPI de 10 de mayo de 2000, As. T-46/97, SIC, apartados 78 y 99). En la STPI de 13 de junio de 2000, As. acumulados T-204 y 270/97, EPAC, el Tribunal considera que la garantía otorgada por el Estado portugués a una empresa pública para permitir a ésta obtener un préstamo, no hubiera sido otorgada en condiciones normales de mercado por una empresa privada, debido al riesgo que la garantía tenía de ejecutarse, en atención a la comprometida situación financiera de aquélla (apartados 68 y ss.). El segundo requisito exige que la medida favorezca a determinadas empresas o sectores de actividad, y plantea el problema de la diferencia entre ayudas y medidas generales. Esta cuestión se plantea en la STPI de 29 de septiembre de 2000, As. T-55/99, CETM, en la que se analiza el Plan "Renove Industrial" adoptado por el Gobierno español en 1994. El hecho de que los beneficiarios de una ayuda queden normativamente delimitados conforme a criterios objetivos y generales, y que por tanto ésta se otorgue a un conjunto indeterminado de empresas, no excluye su carácter selectivo, sino simplemente su condición de ayuda individual (apartado 40). La especificidad de las ayudas contenidas en el plan se deriva, en opinión del Tribunal, de que éste pretendía beneficiar, y de hecho benefició, no a todos los adquirentes de vehículos industriales, sino tan sólo a aquellos que fueran personas físicas, PYMES, entidades públicas locales y entidades de prestación de servicios públicos locales (apartados 47 y ss.)

b) En especial, el problema de la financiación del coste derivado del cumplimiento de obligaciones de servicio público

La STJCE de 10 de mayo de 2000, As. T-46/97, SIC, plantea un problema de especial relevancia en relación con el concepto de ayuda. El caso se refiere a un conjunto de medidas adoptadas por la República Portuguesa para compensar el déficit de una empresa pública de radiodifusión (RTP) derivado del cumplimiento de ciertas obligaciones de servicio público. La Sentencia resulta capital, no sólo porque en ella se plantea un problema de tan hondo calado político y jurídico como el relativo a la posibilidad de los Estados miembros de financiar el déficit generado por el cumplimiento de obligaciones de servicio público, sino también, y especialmente, porque en ella se contraponen las que probablemente sean las dos posibles alternativas de solución del problema más consistentes. En particular, y presupuesto el derecho de los Estados miembros de mantener los sistemas de financiación pública del servicio público de radiodifusión en los términos del Protocolo 9, anejo al Tratado UE, la cuestión se cifra en cómo se articula esa facultad en el marco de las normas del Tratado CE sobre ayudas públicas.

La tesis mantenida por la Comisión en la Decisión recurrida consiste, básicamente, en la inaplicación del concepto de ayuda a la medida controvertida, de modo que ésta no se encontraría prohibida, ni siquiera *a priori*, por el art. 87.1 CE. El argumento aportado por la Comisión descansa en que la cuantía de las compensaciones otorgadas no sobrepasó lo estrictamente necesario para el cumplimiento de las obligaciones de servicio público impuestas por el pliego de cláusulas administrativas (apartado 22). De este modo, y sobre la base de la preexistencia de una precisa definición de las obligaciones de servicio público, así como de la utilización por el Gobierno portugués de sistemas de contabilidad analítica, que permitieron a la Comisión realizar con precisión las cuantificaciones necesarias (apartado 21), esta última entiende que el problema se resuelve en el marco de la interpretación del propio supuesto de hecho de la regla general prohibitiva contenida en el art. 87.1 CE, precisamente mediante la negación de su concurrencia en el caso concreto, debido a que la cuantía de la medida fue inferior a los sobrecostes derivados de las obligaciones de servicio público.

La aproximación del Tribunal, radicalmente distinta, consiste en afirmar que la medida constituye una ayuda, en principio subsumible por tanto en la regla general prohibitiva del art. 87.1 CE, sin perjuicio de que pueda finalmente considerarse compatible con el Tratado en virtud de la aplicación de la excepción contenida en el art. 86.2 CE (apartados 78 y ss.; STPI de 27 de febrero de 1997, As. T-106/95, FFSA, apartados 163 y ss., confirmada mediante ATJCE de 25 de marzo de 1998, As. C-174/97, FFSA, apartados 33 y ss.) En primer lugar, y en relación con la aplicación del concepto de ayuda, el Tribunal sostiene que el hecho de que “la concesión de dichas dotaciones tenga por único objeto compensar los costes adicionales de las obligaciones de servicio público asumidas por RTP no puede excluirlas de la calificación de ayudas con arreglo al artículo 92 del Tratado” (apartado 82). El Tribunal considera esta circunstancia irrelevante porque entiende que la financiación del sobrecoste representa el “fin” de la medida, y, conforme a una consolidada jurisprudencia, “el artículo 92, apartado 1, del Tratado no establece una distinción según

las causas o los objetivos de las intervenciones estatales, sino que las define en función de sus efectos”, de modo que “el concepto de ayuda es un concepto objetivo que está en función únicamente de si una medida estatal confiere o no una ventaja a una o varias empresas” (apartados 83 y ss.) Como conclusión intermedia puede por tanto afirmarse que en opinión del Tribunal este tipo de subvenciones constituyen ayudas públicas en los términos del art. 87.1 CE. Sin embargo, ello no impide que, en un momento lógicamente posterior, y presupuesta por tanto la aplicabilidad del concepto de ayuda, aquél pueda eventualmente plantearse la posibilidad de justificarla en los términos del art. 86.2 CE. Es en este (segundo) momento del juicio de control del Tribunal en el que entrarían en juego las consideraciones relativas a la finalidad de la dotación, y en particular su vinculación con las obligaciones de servicio público (apartado 84). Por estas razones, y teniendo en cuenta que la cuestión no llegó a localizarse en el ámbito del art. 86.2 CE (apartado 84), el Tribunal afirma que la aplicación del art. 87.1 CE al caso planteaba serias dudas, y termina anulando la Decisión de la Comisión por entender que ésta hubiera debido incoar el procedimiento del art. 88.3 CE (apartados 108 y ss.) En conclusión, en opinión del Tribunal el problema relativo a si la medida compensa los costes adicionales derivados del cumplimiento de las obligaciones del servicio público no se localiza en la aplicación del concepto de ayuda (artículo 87.1 CE), sino en la de la excepción prevista para los servicios de interés económico general (artículo 86.1 CE).

El problema que plantea esta construcción es el de su compatibilidad con lo que el propio Tribunal considera el criterio esencial de delimitación del concepto de ayuda, esto es, el que tenga como efecto la atribución de una ventaja económica de carácter selectivo. La cuestión reside, en particular, en qué tipo de ventaja es la que da lugar a la aplicación del concepto de “ayuda”. Una interpretación amplia del término es la que subyace a la **STPI de 10 de mayo de 2000, As. T-46/97, SIC**, donde se afirma que “tal y como señaló la propia Comisión en su Decisión, las dotaciones financieras otorgadas cada año a RTP, en concepto de indemnizaciones compensatorias, suponen la obtención por esta empresa de una “ventaja financiera” (apartado 79). De este modo, la apreciación de la existencia de una “ventaja” se realiza sin prestar atención a lo que, más que los fines, constituye el contexto de la medida, a saber: que la transferencia se realiza con el objeto de compensar la realización de una prestación por parte de su beneficiario. Sin embargo, fuera del ámbito de las compensaciones por obligaciones de servicio público el Tribunal realiza una interpretación más estricta del término, y lo aplica a aquellos supuestos en los que el beneficiario obtiene una ventaja económica material: constituye una ayuda toda aquella medida que mejora la situación competitiva del beneficiario, y que por ello es susceptible de alterar las condiciones de competencia en el mercado. La identificación de la existencia de una ventaja de estas características es relativamente sencilla en el caso de que la medida constituya una prestación gratuita. En los supuestos de prestaciones onerosas el criterio para determinar si la medida implica una ventaja es el de la “ventaja económica que (el beneficiario) no hubiera obtenido en condiciones normales de mercado” (apartado 78). El problema es que este criterio no resulta aplicable a las dotaciones controvertidas, sencillamente porque no es posible encontrar un elemento de comparación en el mercado (a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de la **STPI de 13 de junio de 2000**,

As. acumulados T-204 y 270/97, EPAC, referida a una garantía otorgada en relación con un contrato privado). Sin embargo, en el caso de la STPI de 10 de mayo de 2000, As. T-46/97, SIC, es posible determinar si la medida constituye materialmente una ventaja a través del criterio utilizado por la Comisión, consistente en analizar si la cuantía a la que ascienden las compensaciones es superior o inferior a los gastos generados por el cumplimiento de la prestación, de forma que sólo existirá una “ventaja” si la subvención excede lo necesario para cubrir estos últimos. Es en estos términos en los que la Comisión interpreta el concepto en su Decisión: “La Comisión deduce de estos datos que la ventaja financiera derivada [de estas] transferencias no sobrepasó lo estrictamente necesario para el cumplimiento de las obligaciones de servicio público impuestas en el pliego de cláusulas administrativas” (apartado 22). Efectivamente, las compensaciones representan una “ventaja”, pero al igual que ocurre con el pago del precio en un contrato de suministro realizado en condiciones normales de mercado, si se analizan teniendo en cuenta la prestación a la que se vinculan (el cumplimiento de una obligación de servicio público), se pone de manifiesto que no constituyen una “ventaja material”, o una “ventaja competitiva”. Por esta razón, parece más correcto considerar que estas dotaciones no constituyen ayudas en el sentido del art. 87.1 CE. La interpretación del Tribunal, en fin, parece responder más bien a un interés por encontrar una sede normativa que le permita desplegar un control más intenso, y que resulte más favorable a la adopción de eventuales decisiones contrarias a la valoración que del interés público puedan realizar los Estados miembros (la del art. 86.2 CE), y termina por tanto operando una suerte de inversión del papel que debe desempeñar el método en el razonamiento jurídico, que resulta así puesto al servicio de una cierta precomprensión del fallo.

c) Carácter público

A estos efectos el criterio relevante no es tanto el ente o sujeto que otorga la ventaja, cuanto el que la ayuda se otorgue con cargo a fondos públicos. En este sentido, una ventaja debe ser considerada concedida con cargo a los mismos si implica un incremento del gasto o una reducción de los ingresos del presupuesto de un Estado miembro o de cualquier ente público. Además, el efecto sobre el presupuesto público puede ser simplemente potencial. Así lo reconoce la STPI de 13 de junio de 2000, As. acumulados T-204 y 270/97, EPAC, al afirmar que la garantía otorgada por el Gobierno portugués constituye una ayuda pública, puesto que, en el caso de tener que ser ejecutada, implicaría una carga adicional al presupuesto (apartado 80). La STJCE de 16 de mayo de 2000, As. C-83/98, *Ladbroke*, se refiere a un supuesto más problemático, en relación con una empresa privada titular del derecho exclusivo para gestionar las apuestas sobre carreras de caballos efectuadas fuera de los hipódromos, a la que las autoridades francesas permitieron hacer uso de las ganancias correspondientes a los premios no reclamados para hacer frente a determinados gastos sociales. El Tribunal considera que dichas cantidades constituyen fondos públicos, y no recursos normales pertenecientes a la empresa: “aunque no estén de manera permanente en poder de la Hacienda, el hecho de que permanezcan constantemente bajo control público y, por tanto, a disposición de las autoridades nacionales competentes, basta para que se las califique como fondos estatales y para que dicha medida esté comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 92, apartado 1, del Tratado (por 87.1 CE)” (apartado 50).

d) Incompatibilidad con el mercado común

No todas las intervenciones que, de acuerdo con lo anterior, constituyen ayudas públicas, son incompatibles con el mercado común. Conforme al art. 87.1 CE, es preciso que, además, satisfagan dos requisitos. En primer lugar, deben tener como efecto el falseamiento, real o potencial, de la libre competencia, lo cual no es difícil de justificar desde el momento en que de la aplicación del concepto de ayuda se deriva ya que la medida implica la concesión de una ventaja competitiva de carácter selectivo, y de la cual, por tanto, no se benefician los competidores de su destinatario. La **STPI de 13 de junio de 2000, As. acumulados T-204 y 270/97, EPAC**, acepta la afirmación de la Comisión, en el sentido de que las medidas financieras adoptadas por el Gobierno portugués “contribuían directamente a mejorar las condiciones de producción y comercialización de los productos de la empresa en comparación con otros operadores” (apartado 87). El efecto restrictivo de la competencia se presume en el caso de las ayudas de funcionamiento, es decir, aquellas que liberan total o parcialmente al beneficiario de “los costes que normalmente hubiera debido soportar en el marco de su gestión corriente o de sus actividades normales” (**STPI de 29 de septiembre de 2000, As. T-55/99, CETM**, apartado 83; **STJCE de 19 de septiembre de 2000, As. C-156/98, Alemania c. Comisión**, apartado 30; **STJCE de 5 de octubre de 2000, C-288/96, Alemania c. Comisión**, apartado 77). No desvirtúa la conclusión anterior el hecho de que la desventaja de los competidores del beneficiario quede compensada por otras circunstancias materiales ajenas a la medida en cuestión, como por ejemplo la escasa entidad de los tipos de interés de mercado (**STPI de 29 de septiembre de 2000, As. T-55/99, CETM**, apartado 85), ni tampoco la reducida cuantía de la ayuda o el tamaño relativamente modesto de la empresa beneficiaria (**STJCE de 19 de septiembre de 2000, As. C-156/98, Alemania c. Comisión**, apartado 32; sin perjuicio por supuesto del régimen previsto en la Comunicación de minimis, apartados 37 y ss.), más aun cuando ésta opera en un sector caracterizado por una fuerte competencia (**STPI de 29 de septiembre de 2000, As. T-55/99, CETM**, apartado 92). En general, la distorsión de la competencia (o su amenaza) no tiene por qué ser sensible o sustancial para dar lugar a la aplicación del art. 87.1 CE (**STPI de 29 de septiembre de 2000, As. T-55/99, CETM**, apartado 94). En segundo lugar, la ayuda pública debe afectar a los intercambios intracomunitarios, alterando, siquiera sea potencialmente, la estructura de los flujos de intercambio entre diversos Estados miembros. Tal cosa ocurre desde luego cuando la ayuda refuerza la posición del beneficiario frente a otras empresas que compiten con ella en los intercambios intracomunitarios (**STPI de 29 de septiembre de 2000, As. T-55/99, CETM**, apartado 86). Sin embargo, el requisito parece exigir tan sólo que en el mercado de referencia se desarrolle o pueda desarrollarse algún tipo de competencia entre empresas de diversos Estados miembros, aunque la propia empresa beneficiaria “no participe en las actividades transfronterizas” (apartado 86).

B) Autorización de ayudas de Estado

a) Cuestiones generales

Como es conocido, el Tratado establece un sistema flexible que, a pesar de descansar en el principio general de incompatibilidad de las ayudas públicas con el mercado común, permite su autorización en el caso concreto si concurre alguno de los supuestos previstos en los apartados 2 y 3 del art. 87. Conforme a una reiterada jurisprudencia del Tribunal, estos preceptos deben ser objeto de una interpretación restrictiva (**STPI de 15 de diciembre de 1999, As. acumulados T-132 y 143/96, Freistaat Sachsen**, apartados, 132 y 167). A su vez, los dos apartados recogen supuestos diversos sistematizados en función de la configuración de la potestad autorizatoria ejercida por la Comisión: mientras que en el caso de las ayudas enumeradas en el apartado 2 la potestad de la Comisión es reglada, en el de las contenidas en el apartado 3 es discrecional. Son diversas las cuestiones que, en relación con esta cuestión, plantea la jurisprudencia del Tribunal. En primer lugar, y por lo que se refiere a las razones que justifican un tratamiento diferente de la potestad autorizatoria en este ámbito, procede señalar que el Tribunal, en general, a las peculiaridades que presenta la interpretación de los supuestos previstos en el apartado 3, y, en particular, a las que se derivan del carácter técnico y mutable del objeto sobre el cual se proyecta la norma. Así, en la **STPI de 29 de septiembre de 2000, As. T-55/99, CETM**, se afirma que “para la aplicación del artículo 92, apartado 3, del Tratado, la Comisión goza de una amplia facultad de apreciación, cuyo ejercicio implica valoraciones de tipo económico y social que deben efectuarse en el contexto comunitario”. De este modo “la apreciación de la compatibilidad o incompatibilidad con el mercado común de una ayuda de Estado plantea problemas que implican la consideración y apreciación de hechos y de circunstancias económicas y sociales complejas, que pueden variar rápidamente” (apartado 109). En segundo lugar, estas afirmaciones plantean el problema relativo a si esa circunstancia reconocida por el Tribunal determina la titularidad por parte de la Comisión de un simple margen de apreciación, derivado de la estructura abierta de las normas en cuestión y predicable por tanto de todo operador jurídico que las interpreta, o si por el contrario se trata de un verdadero poder discrecional de la Comisión, que tiene específicas consecuencias respecto a la distribución del poder político entre diversas instituciones comunitarias, y en particular entre esta última y el Tribunal de Justicia. El problema no lo resuelve una interpretación literal de las diversas versiones lingüísticas de las Sentencias comentadas, que por otra parte debe ser cuidadosamente utilizada debido a las diferencias que presentan las diversas tradiciones jurídicas nacionales respecto al control de la discrecionalidad administrativa. En efecto, en las diferentes versiones de la **STPI de 15 de diciembre de 1999, As. acumulados T-132 y 143/96, Freistaat Sachsen**, se utilizan indistintamente los conceptos de “discrecionalidad” (versiones italiana, alemana e inglesa) y de “margen de apreciación” (versiones francesa o portuguesa; también la **STPI de 29 de septiembre de 2000, As. T-55/99, CETM**, de la que sí hay traducción española). En cualquier caso, la propia jurisprudencia del Tribunal en relación con la configuración del control judicial parece aportar elementos suficientes para justificar que se trata de una potestad discrecional en sentido estricto. En efecto, en el ámbito del apartado 3 del art. 87 CE el Tribunal no puede “sustituir por su apre-

ciación de hecho, en particular en el orden económico, la del autor de la decisión” (STPI de 29 de septiembre de 2000, As. T-55/99, CETM, apartado 110). Más correctamente, la STPI de 15 de diciembre de 1999, As. acumulados T-132 y 143/96, Freistaat Sachsen, establece que “en particular el juez comunitario no puede sustituir la apreciación de la Comisión por su propia estimación económica” (apartado 169). Esta afirmación debe matizarse en el sentido de que, en relación con las valoraciones y apreciaciones económicas realizadas por la Comisión en el ámbito de la interpretación del supuesto de hecho del art. 87.2 CE, “el control jurisdiccional debe limitarse a verificar la observancia de las normas de procedimiento y de motivación, la comprobación material de la exactitud de los hechos tenidos en cuenta para adoptar la resolución impugnada y la inexistencia de error manifiesto en la apreciación de dichos hechos o de desviación de poder” (STPI de 29 de septiembre de 2000, As. T-55/99, CETM, apartado 110; STPI de 15 de diciembre de 1999, As. acumulados T-132 y 143/96, Freistaat Sachsen, apartado 169, si bien en la versión alemana no se utiliza el concepto de desviación de poder –*détournement de pouvoir*–, sino el de abuso o extralimitación en el ejercicio de la discrecionalidad –*Ermessensmissbrauch*–). Por último, conviene señalar que una de las consecuencias de la configuración como discrecional de la potestad autorizatoria correspondiente al art. 87.3 CE es la atribución de la carga de la argumentación a la parte procesal que alega una errónea interpretación de los supuestos contenidos en este precepto (STPI de 29 de septiembre de 2000, As. T-55/99, CETM, apartado 111; STPI de 15 de diciembre de 1999, As. acumulados T-132 y 143/96, Freistaat Sachsen, apartado 170).

b) Ayudas directamente autorizadas por el art. 87.2 CE

Sobre las ayudas autorizadas por el art. 87.2.c) CE se pronuncian la STPI de 15 de diciembre de 1999, As. acumulados T-132 y 143/96, Freistaat Sachsen (apartados 129 y ss.), y la STJCE de 19 de septiembre de 2000, As. C-156/98, Alemania c. Comisión (apartados 43 y ss.) En ambas se afirma que, a pesar de que tras la reunificación de Alemania el precepto no ha perdido su vigencia, debe ser objeto de una interpretación restrictiva, que no sólo tenga en cuenta el tenor literal del precepto, sino también su contexto y finalidad. En particular, el Tribunal acude a un argumento genético (“la expresión ‘división de Alemania’ se vincula históricamente al establecimiento en 1948 de una división entre las zonas del este y del oeste”, STPI de 15 de diciembre de 1999, As. acumulados T-132 y 143/96, Freistaat Sachsen, apartado 134) para justificar que las desventajas que el precepto pretende equilibrar (“las desventajas económicas que resultan de la división de Alemania”) son tan sólo las provocadas por el aislamiento derivado de la existencia de una frontera física, como por ejemplo, la incomunicación de ciertas regiones, el cierre de vías de comunicación, o la pérdida de mercados naturales. Por el contrario, el menor desarrollo de los nuevos Estados federados frente al de los antiguos responde a causas distintas, y “en particular a los diversos regímenes político-económicos establecidos a éste y al otro lado de la frontera” (STPI de 15 de diciembre de 1999, As. acumulados T-132 y 143/96, Freistaat Sachsen, apartado 137; en idéntico sentido la STJCE de 19 de septiembre de 2000, As. C-156/98, Alemania c. Comisión, apartado 55). Por esta razón, la compensación del retraso de los nuevos Estados federados no puede articularse por la vía excepcio-

nal que representa el art. 87.2.c) CE (STPI de 15 de diciembre de 1999, As. acumulados T-132 y 143/96, Freistaat Sachsen, apartado 135; STJCE de 19 de septiembre de 2000, As. C-156/98, Alemania c. Comisión, apartado 53).

c) Ayudas que pueden ser autorizadas conforme al art. 87.3 CE

El art. 87.3.a) CE permite autorizar las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo. La **STPI de 15 de diciembre de 1999, As. acumulados T-132 y 143/96, Freistaat Sachsen**, reconoce que los nuevos Estados federados alemanes presentan estas notas (apartado 184). Sin embargo, esa circunstancia no permite autorizar todo tipo de ayudas, puesto que, a pesar del silencio del citado precepto, y al igual que ocurre en el art. 87.3.c) CE, también en este caso es necesario realizar una ponderación entre el interés del Estado miembro consistente en favorecer dicho desarrollo y el interés general comunitario, de modo que la Comisión debe tener en cuenta los efectos de la ayuda no sólo en relación con el desarrollo regional, sino también respecto de los flujos de intercambio entre los Estados miembros. El Tribunal rechaza así una interpretación literal del precepto que pudiera conducir a la exclusión de la necesidad de realizar la señalada ponderación en el ámbito de la letra a), por cuanto en ésta, a diferencia del enunciado normativo de la letra c), no se hace referencia expresa a la misma (apartado 187).

El art. 87.3.b) CE permite la autorización de ayudas destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro. En relación con este supuesto, la **STPI de 15 de diciembre de 1999, As. acumulados T-132 y 143/96, Freistaat Sachsen**, apela a argumentos sistemáticos y teleológicos para justificar que la perturbación en cuestión debe afectar al conjunto del Estado miembro y no sólo a una región o a una parte de su territorio (apartado 167). A su vez, en el caso de la sentencia citada la Comisión entendió que la unificación de Alemania no generó una situación como la descrita, sin que el Tribunal haya encontrado en las alegaciones de las partes motivo alguno para identificar un error manifiesto de apreciación a este respecto (apartado 170).

El art. 87.3.c) CE se refiere a las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o regiones económicas, que podrán ser autorizadas siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común. La aplicación de este precepto a las ayudas de funcionamiento se aborda en las **SSTJCE de 5 de octubre de 2000, C-288/96, Alemania c. Comisión**, y de **19 de septiembre de 2000, As. C-156/98, Alemania c. Comisión**. La primera afirma directamente que las ayudas al funcionamiento no están comprendidas, en principio, en el ámbito de aplicación del apartado 3 del art. 87 CE (apartado 90). La segunda matiza esta afirmación señalando que el citado precepto sólo se aplica a estas ayudas con carácter excepcional, cuando la medida pueda promover un desarrollo duradero y equilibrado de la actividad económica (apartado 68), lo cual no sucedía en el caso concreto, en tanto el Gobierno alemán no pudo desvirtuar la afirmación de la Comisión, en el sentido de que el régimen de ayudas no garantizaba que las empresas beneficiarias no fueran a destinarlas a actividades desarrolladas fuera de las regiones a las que se refiere el art. 87.3.c) CE (apartado 69).

4. COMERCIO EXTERIOR

Habiéndose constituido la garantía preceptiva para proceder a la exportación de 1.000 toneladas de aceite de oliva a la Unión Soviética, la Administración reclamó la entrega de la caución constituida al no haberse realizado la exportación.

La entidad a la que se exige el reintegro de la garantía impugna las órdenes por las que se le reclama dicho reintegro alegando su carácter sancionador y, consecuentemente, la vulneración de los principios propios del derecho sancionador al adoptar estos acuerdos.

El Tribunal Supremo, en la STS de 23 de mayo de 2000, Ar. 4316, desestima el recurso, al negar que las órdenes impugnadas posean naturaleza sancionadora. Para el Tribunal Supremo las órdenes que exigen el pago de la caución no son sanciones sino medidas a través de las que se exige el pago del cumplimiento de una obligación derivada de la autorización de exportación. Dicha obligación consistía en la constitución de la caución que podría liberarse cuando concluyera la exportación.

Fijado el criterio sobre la naturaleza del acto impugnado, se añade que al estar acreditado en autos que no se llevó a cabo la exportación, y que el incumplimiento de la obligación no se debió a fuerza mayor (cuestión que se analiza en detalle), procedía exigir el pago de la caución.

5. CRÉDITO

A) Cooperativas de crédito

La STC 275/2000, de 16 de noviembre, resuelve un conflicto de competencias interpuesto por el Gobierno valenciano contra diversas disposiciones del reglamento de cooperativas de crédito aprobado por RD 84/1993, de 22 de enero. El conflicto plantea una vez más la conexión entre el título competencial en materia de cooperativas, que corresponde en exclusiva a la Comunidad Autónoma, con respeto a la legislación mercantil, y el título de bases de ordenación del crédito, banca y seguros. El Tribunal utiliza su conocida apreciación de que las bases estatales comprenden la función normativa que asegura una regulación común uniforme, así como su desarrollo reglamentario, así como algunas funciones meramente ejecutivas cuando lo exija aquel tratamiento uniforme.

En el caso presente, se discutía el carácter básico de los preceptos que atribuyen al Estado la función ejecutiva de inscripción de las cooperativas de crédito en el registro estatal en los casos que su actividad exceda el territorio de la Comunidad autónoma. Igualmente se debatía la competencia para prever un informe previo del Banco de España en la autorización de fusiones o escisiones, así como la intervención estatal en la creación de las cooperativas y en el régimen de sus órganos rectores.

En aplicación de su anterior doctrina, el TC entiende que la intervención del Estado en los aspectos referidos a la creación, fusión y escisión está justificada por la incidencia que

XIV. Derecho Administrativo Económico

se produce en la política financiera de todo el territorio nacional. En cambio, no sucede lo mismo con la regulación del órgano rector de la cooperativa que puede corresponder a la Comunidad Autónoma.

B) Denominación social. Utilización del concepto “banco”

La cuestión objeto de litigio en la **STS de 21 de julio de 2000**, Ar. 5226, es la utilización del concepto “banco” en la denominación social de la entidad Videobanco y Marketing, SA.

En el recurso casacional interpuesto por el Abogado del Estado se alegó la necesaria aplicación del artículo 28 de la Ley 26/1988, según el cual “ninguna persona física o jurídica, nacional o extranjera, podrá, sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros, ejercer en territorio español las actividades legalmente reservadas a las entidades de crédito o utilizar las denominaciones genéricas propias de éstas u otras que puedan inducir a confusión con ellas”.

En base a estos argumentos el Tribunal Supremo estimó el recurso casacional atendiendo a la literalidad del precepto y, especialmente, a su finalidad, consistente en mantener una distinción neta entre las entidades financieras, sujetas a condicionamientos más estrictos, y el resto de empresas mercantiles.

Esta finalidad no se cumpliría en el caso de Videobanco, ya que la expresión conjunta induce a error, por ser una denominación genérica que puede ser propia de una entidad de crédito.

6. DENOMINACIONES DE ORIGEN

A) Impugnación directa del RD 1906/1995 sobre denominaciones de origen

El recurso directo frente al RD 1906/1995 se fundamenta en diversos motivos. Vulneración de normativa comunitaria, vicios en el procedimiento de elaboración, vulneración de la Constitución española. Junto a la impugnación general de la norma, se añade la impugnación singularizada del nuevo apartado que se incorpora al artículo 13 del RD 157/1988.

El **Tribunal Supremo**, en su **Sentencia de 31 de mayo de 2000**, Ar. 5127, desestimó el recurso interpuesto por la Asociación Agrupación de Artesanos y Bodegueros de la Rioja, al no apreciar contradicción con normas de rango superior ni vicios en el procedimiento de elaboración.

Como cuestiones de mayor relevancia de las tratadas en la sentencia cabe destacar el examen de la potestad reglamentaria de los Consejos Reguladores para establecer el contenido de la autorización. Para el Tribunal Supremo, el hecho de deferir el régimen de esta autorización a los Consejos, a través de lo que puedan establecer sus Reglamentos, no

constituye una transferencia o habilitación legislativa a favor de los mismos, pues el artículo 85 del Estatuto del vino ya les reconocía esta potestad reglamentaria.

Sin duda el tema central del recurso es la oposición al apartado 2 del Real Decreto impugnado, apartado que introduce un nuevo párrafo al artículo 13 del RD 157/1988. La impugnación tiene como objeto la prohibición de coexistencia de vinos de distinta procedencia que se contiene en este nuevo párrafo. Esta prohibición se estima que vulnera el artículo 34 del Tratado de la Unión europea, el principio de libertad de empresa, el artículo 38 CE, las Sentencias del TJCE de 9 de junio de 1992 y 29 de junio de 1994, y el Reglamento 823/1987. El Tribunal Supremo, tras interpretar el contenido del precepto impugnado y el de las sentencias alegadas, desestima el recurso.

B) Calificación de la denominación de origen Rioja

Anulada parcialmente la Orden Ministerial de 3 de abril de 1991 sobre calificación de la denominación de origen Rioja, se recurre en casación por el Abogado del Estado.

Uno de los artículos discutidos en primera instancia fue el artículo 28 de la citada Orden Ministerial de 1991. Dicho artículo se impugnó más por su silencio que por su contenido, ya que no hacía referencia a la posibilidad (permitida por el artículo 83.5 del Estatuto del Vino de 2 de diciembre de 1970) de impedir la aplicación de nombres comerciales a la comercialización de otros artículos de la misma especie.

La Sentencia de la Audiencia Nacional no anuló el artículo 28, pero obligó a la Administración a incluir en la norma impugnada la protección de nombres comerciales. Y esto, precisamente, es lo que se casa por el **Tribunal Supremo en la Sentencia de 15 de junio de 2000**, Ar. 6742, al estimar que el control de la inactividad del ejercicio de la potestad reglamentaria debe entenderse limitado a los casos en que se hace dejación de facultades competenciales atribuidas con carácter imperativo, o cuando el silencio de la disposición supone la creación implícita de una situación jurídica contraria a las leyes.

También se estima la casación en lo relativo a la anulación por la sentencia de primera instancia del artículo 24 de la Orden Ministerial, mediante el cual se exigen nuevas condiciones a las que se deberán ajustar los productos vinícolas para ostentar la calidad de denominación de origen calificada. El Tribunal Supremo estima que no existe aplicación retroactiva de la norma, al limitarse a exigir nuevas condiciones que vienen exigidas por una norma de rango superior, las reglamentaciones de la Comunidad Europea. Por otra parte, la norma no impone necesariamente la pérdida de calidad de los productos vinícolas ya elaborados según la normativa anterior.

C) Renovación de Consejos Reguladores

Impugnada la Orden Ministerial de 27 de enero de 1988 sobre renovación de Consejos reguladores de denominaciones de origen, el recurso fue estimado por la Audiencia

XIV. Derecho Administrativo Económico

Nacional únicamente en cuanto al hecho de que, en el sector vinícola, censo D, se omite la necesaria representación de los titulares de bodegas inscritas que exporten vino al extranjero.

Recurrida en casación la citada sentencia, en relación exclusiva a este punto, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 15 de junio de 2000, Ar. 6743, desestima el recurso y confirma la sentencia impugnada. Para el Tribunal Supremo la Orden vulnera el contenido del artículo 31.b) del RD de 13 de julio de 1979, ya que dicho precepto, al ordenar que la representación del sector vinícola en los Consejos reguladores estará compuesta por titulares de bodegas inscritas que comercialicen vinos embotellados o exporten al extranjero, no permite optar indistintamente por unos u otros, sino que incluye a ambas clases de vinicultores.

En este mismo sentido, la STS de 31 de julio de 2000, Ar. 6716.

D) Sanciones

Diversas Sentencias se ocupan de los recursos interpuestos frente a sanciones en materia de denominaciones de origen. Se rechaza que dichas sanciones se impongan vulnerando el principio de reserva legal (Sentencia de 11 de julio de 2000, Ar. 6468, siguiendo el criterio de la Sentencia de 20 de diciembre de 1999, Ar. 9630) o, entrando a enjuiciar el caso concreto, se entiende que no se han vulnerado las garantías formales o sustantivas propias del procedimiento sancionador (Sentencia de 12 de abril de 2000, Ar. 4442).

7. ENERGÍA ELÉCTRICA

A) Autorización de corte de suministro

Impugnada la Orden que no autorizó el corte de suministro, el TSJ de Andalucía estimó el recurso. Frente a la sentencia de primera instancia recurrió en casación la Junta de Andalucía, resolviéndose este recurso mediante la **Sentencia de 22 de mayo de 2000**, Ar. 4905.

Para oponerse a la sentencia recurrida y justificar la denegación del corte de suministro solicitado, la Junta de Andalucía alega el carácter de servicio público del suministro de energía eléctrica y, consecuentemente, el principio de continuidad y la prevalencia del interés general sobre el particular. Argumento que es rechazado con la cita del artículo 84 del Reglamento de verificaciones eléctricas que legitima el corte en caso de impago del servicio.

Un segundo motivo de oposición a la sentencia de primera instancia era el relativo a la condena impuesta a la Administración de indemnizar a la empresa que solicitó el corte de suministro. En este punto el Tribunal Supremo estima el recurso, al entender que no está acreditada la lesión, la existencia de un daño real evaluable económicamente, pues la empresa suministradora podrá exigir el pago de la energía que se le obligó a suministrar.

B) Elevación de potencia interruptible. Fecha de comienzo de sus efectos

La **Sentencia de 22 de febrero de 2000**, Ar. 3852, tiene como objeto determinar la fecha de comienzo de los efectos de la elevación de potencia interruptible, solicitada fuera de plazo por la parte actora y autorizada por la administración. Por tanto, la única cuestión que se plantea es el momento al que debe referirse dicha autorización.

El Tribunal rechaza la petición de la recurrente de que la autorización debiera acordarse con efecto retroactivo, pues el precepto que invoca para fundar su recurso no autoriza esta retroactividad de efectos, limitándose a disponer que en casos excepcionales será la Dirección general de la energía quien establecerá las condiciones particulares de adaptación del sistema de interruptibilidad.

C) Revisión de tarifas. Fecha a la que debe remitirse el acuerdo de revisión

En el proceso de revisión de las tarifas por el suministro de energía eléctrica suelen producirse dos tipos de conflictos. Por un lado el que se refiere al incremento solicitado, y, por otro, el que afecta al momento de inicio del cobro de las nuevas tarifas autorizadas.

En las Sentencias de 6 de junio y 22 de septiembre de 2000, Ar. 6495 y 7666, se plantea el segundo de los problemas expuestos. Autorizado el incremento de las tarifas a las entidades productoras, una entidad distribuidora solicitó un determinado incremento. Éste le fue autorizado sólo en parte, y a partir del 1 de noviembre de 1989.

Impugnada la fecha de entrada en vigor, el Tribunal de instancia estimó el recurso y el Tribunal Supremo confirma la sentencia impugnada.

El Tribunal Supremo estima en sus resoluciones que si se autorizó a la entidad productora un incremento tarifario a partir de enero de 1989, la fecha de incremento tarifario a la distribuidora debió coincidir con la anterior, pues lo contrario le comportaría unas pérdidas que no debía soportar. Por tanto, debía darse eficacia retroactiva al acto por el que se autorizó el incremento de tarifas llevándolo a enero de 1989.

8. GANADERÍA

Dos Sentencias del Tribunal Supremo se ocupan, desde supuestos de hecho diferenciados, de los problemas relativos al régimen de distancias en el otorgamiento de licencias de actividad.

La **Sentencia de 31 de marzo de 2000**, Ar. 3905, tiene como objeto la licencia para construcción de dos naves de engorde de pollos, naves colindantes con la explotación de una granja cinegética (perdices).

XIV. Derecho Administrativo Económico

El Tribunal Supremo parte de la afirmación de que en nuestro ordenamiento se ha consagrado un régimen distinto para la granja avícola, pollos de engorde, y la granja cinegética, perdices. Como consecuencia, el régimen de distancias será el respectivo a cada sistema.

Partiendo de este aserto y del doble régimen jurídico a considerar, el Tribunal Supremo revocará la sentencia impugnada y anulará la licencia al estimar que, si bien no debía aplicarse el régimen propio de las distancias de las granjas avícolas en relación a una granja cinegética, sí que se produjo un vicio procedimental en el proceso de concesión de la licencia, al no haberse considerado la existencia de la granja cinegética. Concretamente se estima que el régimen de distancias se justifica por el fin de evitar la posible difusión de enfermedades, y, por tanto, debió haberse dado intervención en el procedimiento al órgano competente para que informara sobre la compatibilidad de ambas instalaciones y, en su caso, sobre las medidas a adoptar a fin de evitar cualquier perjuicio.

Por su parte, en la Sentencia de 7 de marzo de 2000, Ar. 7073, se ocupa de otro supuesto en el que alegan vulneraciones respecto del régimen de distancias. En este caso el recurso casacional se fundó en la no vulneración del régimen de distancias respecto a la vía pública, vulneración que sí apreció el Tribunal de primera instancia.

El Tribunal Supremo estima que no existió esta vulneración, pero añade que la estimación de esta alegación carece de relevancia práctica ya que la licencia incumplía otras reglas de distancias, por lo que debió anularse la licencia.

Se confirma la sentencia recurrida. La única consecuencia de la estimación de lo alegado es la no condena en costas del recurrente.

9. INDUSTRIA

A) Fomento

De forma reiterada el Tribunal Supremo viene conociendo de recursos que tienen como objeto los procedimientos relativos a ayudas otorgadas al amparo de la Ley 50/1985 de incentivos regionales. Los recursos suelen tener como objeto o bien la denegación de la ayuda, o la revocación de la misma con la exigencia de devolución de lo recibido.

Las Sentencias de 2 de febrero, 22 de julio, 22 de septiembre y 9 de octubre de 2000, Ar. 7043, 4793, 7686 y 7698, se ocupan de nuevo de estas cuestiones.

La primera de ellas, la de 2 de febrero, Ar. 7043, puede destacarse porque en la misma el Tribunal Supremo tiene ocasión de pronunciarse sobre las competencias para declarar el incumplimiento y para ejercer las funciones inspectoras. Al respecto el Tribunal sostiene que no ofrece duda que la Dirección general de incentivos regionales es la única competente para declarar o no cumplidas las condiciones estipuladas y, en su caso, para la

declaración de incumplimiento, correspondiendo a las Comunidades Autónomas las funciones de control y seguimiento del proyecto.

En la Sentencia de 22 de julio, Ar. 4793, frente a la revocación de la ayuda por incumplimiento de condiciones, el recurrente alega el principio de conservación de los actos y el de confianza legítima. Basa su argumentación el recurrente en el hecho de la existencia de diversos actos administrativos por los que se liberaron avales, y en un informe positivo sobre el cumplimiento de las condiciones fijadas al concederse la ayuda.

El Tribunal Supremo rechaza los argumentos, al estimar que se trata de actos de carácter provisional, que no podían generar confianza legítima y que no impiden a la Administración llevar a cabo la inspección de cuantas cuestiones puedan plantearse en relación con la subvención concedida.

En la Sentencia de 22 de septiembre, Ar. 7686, el Tribunal realiza una serie de consideraciones generales de interés sobre el carácter discrecional de la concesión de subvenciones al amparo de la Ley 50/1985, recogiendo la doctrina jurisprudencial elaborada a tal efecto. En este sentido se destacan los dos elementos esenciales a considerar en el procedimiento de otorgamiento de la subvención. Requisitos que atienden por un lado a los criterios objetivos (estar comprendida la actividad dentro de los sectores promocionables y cumplir con otras exigencias objetivas), pero por otro lado a criterios de ponderación entre varias solicitudes. Esto es, se debe atender a las disponibilidades presupuestarias y en razón de las mismas resolver atendiendo al grado de adecuación de las distintas solicitudes a los fines perseguidos por los incentivos.

Por último, la Sentencia de 9 de octubre, Ar. 7698, no contiene doctrina de interés, limitándose a confirmar la revocación de la ayuda una vez acreditado el incumplimiento de condiciones.

B) Inspección Técnica de Vehículos. Ejercicio de las competencias por la Comunidad Foral de Navarra y proceso de traspaso de servicios

La STS de 5 de mayo de 2000, Ar. 3873, tiene como objeto el recurso casacional frente a la sentencia de primera instancia que confirmó la validez de la inactividad de la Comunidad Foral ante una solicitud de inscripción en el Registro especial de empresas colaboradoras.

El supuesto analizado parte de un expediente que se ve afectado por el traspaso de servicios en la materia a la Comunidad Foral. Ésta no resuelve, lo que se confirma por el Tribunal de primera instancia, al entender que la Comunidad Foral no podía otorgar la inscripción en el registro por estar cerrado, ni podía otorgar la concesión al no poseer el expediente que se inició frente a otra administración.

El Tribunal Supremo casa la sentencia y resuelve en el sentido de que la Comunidad Foral debió resolver y conceder lo solicitado.

C) Seguridad industrial

a) Competencias autonómicas. Reglamento de aparatos a presión

La Generalidad de Cataluña aprobó un Reglamento de aparatos a presión en instalaciones realizadas en Cataluña que fue impugnado por un Colegio profesional. El Tribunal Superior de Justicia estimó el recurso al entender que la norma autonómica vulneraba en algún aspecto la normativa estatal, afectando a las garantías y la responsabilidad de las personas que han intervenido en la puesta en marcha de los aparatos.

Recurrida en apelación la sentencia por la Administración autonómica, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de abril de 2000, Ar. 3804, reitera su doctrina sobre la distribución de competencias en materia de seguridad industrial entre el Estado y las Comunidades Autónomas (STS de 26 de abril de 2000). De acuerdo con esta doctrina se reconoce la potestad normativa autonómica en materia de seguridad industrial, pero siempre que no violen los mandatos o impidan alcanzar los fines perseguidos por la legislación sectorial.

Examinado el contenido de la orden autonómica impugnada de acuerdo con la doctrina expuesta, el Tribunal confirma la sentencia apelada y mantiene la nulidad de los preceptos de la norma autonómica por vulneración de la norma estatal.

b) Competencias autonómicas. Traspaso de competencias y ejercicio de competencias por la Comunidad Foral de Navarra

La STS de 5 de mayo de 2000, Ar. 3873, resolvió el recurso frente a la inactividad de la Comunidad Foral de Navarra en relación a la inscripción en el Registro de empresas colaboradoras a una determinada entidad de colaboración.

La Comunidad Foral no resolvió acerca de la petición de inscripción, lo que fue confirmado por el Tribunal de primera instancia. La falta de resolución se debió a la coincidencia del expediente singular con el proceso de traspaso de servicios en la materia. Entendió el Tribunal que la Comunidad Foral no podía resolver sobre la inscripción en el Registro por “estar cerrado” el mismo, ni podía otorgar la concesión al no poseer el expediente.

El Tribunal Supremo, en la citada Sentencia de 5 de mayo de 2000, casa la sentencia recurrida, y entiende que la Comunidad Foral debió resolver la petición y estimar lo solicitado por la entidad recurrente si su proyecto era idóneo para ejercer la actividad solicitada. Para el citado Tribunal se ha infringido la normativa en materia de traspasos, que resuelve este tipo de situaciones (Ley 12/1983 del proceso autonómico, artículo 20.1, y RD 2356/1984 sobre traspasos a favor de la Comunidad Foral de Navarra), así como la jurisprudencia de la Sala en materia de autorizaciones y silencio administrativo.

c) Competencias autonómicas. Decreto autonómico por el que se regulan las entidades de inspección y control reglamentario

Mediante la **Sentencia de 13 de junio de 2000**, Ar. 4596, el Tribunal Supremo resolvió el recurso interpuesto frente al Decreto de la Comunidad Autónoma de Canarias 101/1991 por el que se regulan las entidades de inspección y control reglamentario en materia de seguridad industrial.

El recurso, de hecho, carece de interés, como reconoce la sentencia, al haberse derogado el Real Decreto estatal sobre el que se basó el fallo recurrido en el que anularon diversos preceptos del Decreto autonómico. El Tribunal, sin embargo, reitera su doctrina sobre el reparto competencial en la materia, a partir de la doctrina establecida en la STC de 21 de julio de 1994, y reconoce la competencia estatal para fijar determinados requisitos que deben cumplir las entidades de colaboración (número de técnicos y su cualificación profesional). La exigencia de estos requisitos, por otra parte, afirma que no se vulnera el derecho de libertad de empresa.

10. PESCA

La **STS de 6 de junio de 2000**, Ar. 6449, tiene como objeto las resoluciones administrativas por las que se revisó, a fecha de primero de enero de 1989, el censo de las flotas de altura, gran altura y buques palangraneros de más de 100 TRB que operan dentro de los límites geográficos de la NEFAC.

El Tribunal Supremo desestima los diversos motivos alegados. En primer lugar, el motivo basado en la infracción del principio de jerarquía normativa, ya que para la entidad recurrente la OM de 12 de junio de 1981 no permite la asignación de derechos de acceso concretos a determinados buques. Este motivo es rechazado al entender el Tribunal Supremo que la citada norma ampara la inclusión de buques en la elaboración del censo.

En segundo lugar se rechaza que el censo haya afectado a los derechos de las empresas y al principio de libertad de empresa en los términos en los que lo define la STC de 22 de marzo de 1991, ya que dicha libertad debe ejercerse en el marco de la legislación sectorial dictada para la defensa del interés general y el equilibrio entre los diversos intereses implicados.

11. SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

Durante el pasado año fueron dictadas diversas sentencias en las que Tribunal de Justicia europeo procede a interpretar el alcance del art. 86 CE. Aquí se tendrán en cuenta las SSTJCE de 12 de septiembre de 2000, As. acumulados C-180 y 184/94, Pavlov; de 8 de junio de 2000, As. C-258/98, Carra; de 23 de mayo de 2000, As. C-209/98, Affalds; y de 10 de febrero de 2000, As. acumulados C-147 y 148/97, Deutsche Post. El prin-

XIV. Derecho Administrativo Económico

cial problema planteado consiste en determinar si ciertas medidas del poder público, y en especial la atribución por los Estados miembros de un derecho exclusivo, pueden ser medidas contrarias al primer apartado del precepto, interpretado sistemáticamente en relación con el art. 82 CE (1), y si, en caso afirmativo, procede o no aplicar la excepción prevista en su segundo apartado (2).

A) La interpretación del art. 86.1 en relación con el art. 82 CE

a) Conceptos de “empresa” y de “actividad económica”

Un presupuesto de la aplicabilidad del art. 86 CE es la posibilidad de calificar como empresa al beneficiario del derecho exclusivo. Conforme a la jurisprudencia tradicional del Tribunal, el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación (STJCE de 12 de septiembre de 2000, As. acumulados C-180 y 184/94, Pavlov, apartado 108). Pues bien, uno de los problemas que plantea esta definición es el relativo a la distinción entre actividad económica y servicio de solidaridad, delimitación esta sobre la cual el Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse a menudo últimamente, a propósito de la calificación de ciertas entidades encargadas de la gestión de regímenes de pensiones. La respuesta dada por el Tribunal ha sido ciertamente matizada y apegada a las circunstancias del caso: en función de la mayor o menor presencia de elementos de articulación del principio de solidaridad en el régimen de funcionamiento de la entidad, se entenderá que la actividad que desarrolla es o no una actividad económica, y que por tanto aquélla es una empresa o una entidad gestora de un servicio de solidaridad. En este último sentido se pronuncia la STJCE de 17 de febrero de 1993, Poucet y Pistre, As. acumulados C-159/91 y 160/91, por cuanto las prestaciones eran idénticas para todos los beneficiarios (aunque las cotizaciones fueran proporcionales a los ingresos obtenidos), la financiación de las pensiones de jubilación corría a cargo de los trabajadores en activo, los derechos a pensión, fijados por ley, no eran proporcionales a las cuotas abonadas, y los regímenes excedentarios participaban en la financiación de los regímenes que atravesaban dificultades financieras estructurales. Por el contrario, en la STJCE de 12 de septiembre de 2000, As. acumulados C-180 y 184/94, Pavlov, el Tribunal cree encontrar elementos que permiten calificar la actividad de un fondo profesional de pensiones holandés como una actividad económica desarrollada en competencia con las compañías de seguros. En particular, y al igual que ocurría en la STJCE de 21 de septiembre de 1999, Albany International, Asunto C-67/96 (referida a un fondo de pensiones holandés en el sector textil), el hecho de que el fondo determine por sí mismo el importe de las cotizaciones y de las prestaciones, que funcione según el principio de capitalización, de modo que el importe de las prestaciones dependa de los resultados financieros de las inversiones que realiza el propio fondo, que respecto a estas últimas esté sujeto, al igual que una compañía de seguros, al control de la Cámara de Seguros, y que en determinados supuestos tenga la obligación de conceder exenciones a la obligación de afiliación, conduce al Tribunal a aplicar al fondo el concepto de empresa (apartados 112 y ss.) Junto a estos elementos (entre los cuales el relativo a la vinculación de la cuantía de las prestaciones a los ingresos del fondo parece estar revelándose

como fundamental en esta línea jurisprudencial), en el caso de la **STJCE de 12 de septiembre de 2000, As. acumulados C-180 y 184/94, Pavlov**, resulta además que los profesionales pueden elegir entre constituir su pensión de referencia (primer capítulo del régimen de pensiones controvertido) a través del Fondo o a través de una compañía de seguros debidamente autorizada (apartado 115). Por todo ello, un fondo de estas características constituye una empresa a los efectos de la aplicación de las normas de competencia, sin perjuicio de que la presencia de ciertos elementos de solidaridad en su régimen jurídico (singularmente, la falta de ánimo de lucro, la relevancia social de estos regímenes de pensiones complementarias debido a la reducida cuantía de la pensión legal de base holandesa, y la ausencia de elementos de discriminación entre clientes “rentables” y “no rentables”, apartados 104 y ss.) puedan justificar, en un momento lógicamente posterior, la aplicación del art. 86.2 TCE (apartados 116 a 118).

b) La prohibición de los Estados miembros de adoptar medidas contrarias al Tratado respecto de las empresas titulares de derechos especiales o exclusivos

Conforme al tenor literal del art. 86.1 CE, parece que éste no cuestiona directamente la atribución de derechos especiales o exclusivos en cuanto tal, sino más bien la adopción por parte de los Estados miembros de otras medidas respecto de las empresas titulares de los mismos. Ésta es además la interpretación inicial del precepto por parte del Tribunal (**STJCE de 30 de abril de 1974, As. 155/73, Sacchi**). Un supuesto de este tipo es el que afronta la **STJCE de 10 de febrero de 2000, As. acumulados C-147 y 148/97, Deutsche Post**, en la que el derecho exclusivo otorgado a Deutsche Post en relación con la recogida, el transporte y la distribución del correo en Alemania no constituye la medida controvertida, sino más bien un presupuesto de la aplicabilidad del art. 86.1 CE. El problema surge en relación con ciertos derechos reconocidos por el Convenio de la Unión Postal Universal, en el ámbito del encaminamiento y la distribución de envíos postales confeccionados y con destino en Alemania, cuyos expedidores depositen en grandes cantidades en el extranjero. En estos casos, debido a la reducida cuantía de los gastos terminales, abonados a Deutsche Post por la Administración postal de expedición, el Convenio permite a ésta imponer a los envíos sus tarifas interiores y, en su caso, negarse al encaminamiento. Pues bien, en el supuesto de la sentencia comentada, es este derecho y no el exclusivo el que puede eventualmente constituir una medida del poder público contraria al art. 86.1, interpretado sistemáticamente en relación con el art. 82 CE. No obstante, a pesar de esta diferencia respecto de la medida controvertida, el proceso de argumentación del Tribunal se desarrolla en los términos expuestos a continuación en relación con los derechos exclusivos.

c) La prohibición de los Estados miembros de otorgar derechos exclusivos cuyo ejercicio implica la explotación abusiva de una posición de dominio

Sin perjuicio del supuesto anterior, conforme a su actual jurisprudencia el Tribunal entiende que la prohibición del art. 86.1 CE es aplicable a la atribución misma de derechos especiales o exclusivos. En este sentido, de lo que se trata es de analizar si el poder

XIV. Derecho Administrativo Económico

público ha otorgado a una empresa un derecho de esa naturaleza, y si tal medida es contraria al art. 86.1, interpretado sistemáticamente en relación con el art. 82 CE. A estos efectos la argumentación del Tribunal se desarrolla en tres fases: (i) determinación de la existencia de un derecho especial o exclusivo; (ii) comprobación de la atribución a través del mismo de una posición de dominio, y (iii) análisis de la relación entre el ejercicio del derecho y la explotación abusiva de esta última.

En primer lugar, la **STJCE de 8 de junio de 2000, As. C-258/98, Carra**, se refiere a un claro ejemplo de derecho exclusivo, cual es el del monopolio legal atribuido a las oficinas públicas de empleo italianas en cuanto a la intermediación en el mercado de trabajo (apartado 13). Por otro lado, en el caso resuelto por la **STJCE de 23 de mayo de 2000, As. C-209/98, Affalds**, el Tribunal afirma que el hecho de que sólo tres empresas hayan sido autorizadas para recibir los residuos de la construcción destinados a la valorización generados por el municipio de Copenhague, con exclusión de otras empresas titulares de una autorización genérica para el desarrollo de la actividad, implica que aquéllas deben ser consideradas como empresas a las que el Estado miembro ha otorgado un derecho exclusivo en los términos del art. 86.1 CE (apartado 54). El interés de esta afirmación reside en que, a pesar de no existir un único beneficiario, el Tribunal aplica el concepto de derecho exclusivo y no el de derecho especial. Por último, la **STJCE de 12 de septiembre de 2000, As. acumulados C-180 y 184/94, Pavlov**, se enfrenta a un supuesto más problemático. Al igual que hizo en la **STJCE de 21 de septiembre de 1999, Albany International, Asunto C-67/96**, en relación con un fondo sectorial de pensiones (apartados 89 y ss.), el Tribunal considera aquí que la decisión de las autoridades holandesas de declarar obligatoria la afiliación a un fondo profesional de pensiones representa la atribución a éste de un derecho exclusivo a recaudar y gestionar las cotizaciones abonadas por los afiliados (apartado 112). Conviene no obstante señalar que el derecho exclusivo se proyectaría tan sólo sobre el segundo de los capítulos del régimen de pensiones controvertido, puesto que en relación con el primero los médicos especialistas establecidos en los Países Bajos podían optar por contratar con una empresa autorizada en lugar de con el fondo (apartados 35 y ss.) En cualquier caso, lo relevante es que el Tribunal aplica el concepto de derecho exclusivo a la declaración de afiliación obligatoria, a pesar de que ésta no implica en cuanto tal la exclusión de otros operadores de ese mismo mercado, sino tan sólo la imposición de una obligación de contratar con uno de ellos. Este argumento, que fue expresamente rechazado en la **STJCE de 21 de septiembre de 1999, Albany International, Asunto C-67/96** (apartado 89), lo es ahora de nuevo en la sentencia comentada, si bien con una insuficiente argumentación: en palabras del Tribunal, “la concesión del derecho exclusivo de gestionar el segundo capítulo (...) tiene por consecuencia que éstos no puedan acudir a otra entidad aseguradora” (apartado 125).

En segundo lugar, la concesión del derecho exclusivo debe implicar la atribución al beneficiario de una posición de dominio en una parte sustancial del mercado común. Por una parte, en relación con esta cuestión el Tribunal acude a los criterios generales aplicados en el ámbito de las normas sobre competencia: en primer lugar, se procede a delimitar el mercado de referencia (tanto objetivo como geográfico); en segundo lugar se analiza si el mercado de referencia así delimitado constituye una parte sustancial del mercado

común; y por último, se comprueba si la empresa titular del derecho detenta en él una posición de dominio (STJCE de 23 de mayo de 2000, As. C-209/98, *Affalds*, apartados 57 y ss.) Por otra parte, y en relación con esta última cuestión, resulta evidente que la atribución de un derecho exclusivo frente a la posible entrada de nuevos operadores, implica la creación de una posición de dominio, especialmente cuando sólo existe un único beneficiario (SSTJCE de 8 de junio de 2000, As. C-258/98, *Carra*, en relación con un monopolio de intermediación laboral en Italia; de 12 de septiembre de 2000, As. acumulados C-180 y 184/94, *Pavlov*, apartado 126: “El Fondo ostenta por tanto un monopolio legal de suministro de determinados servicios en materia de seguros en un sector profesional de un Estado miembro y, por lo tanto, en una parte sustancial del mercado común. Por esta razón, procede considerar que ocupa una posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado”).

Por último y en tercer lugar, el derecho exclusivo sólo resultará contrario al art. 86.1, interpretado sistemáticamente en relación con el art. 82 CE, si “la empresa de que se trata es inducida, por el simple ejercicio de los derechos exclusivos que le han sido conferidos, a explotar su posición dominante de manera abusiva o cuando esos derechos puedan crear una situación en la que dicha empresa sea inducida a cometer tales abusos” (STJCE de 12 de septiembre de 2000, As. acumulados C-180 y 184/94, *Pavlov*, apartado 127; de 23 de mayo de 2000, As. C-209/98, *Affalds*, apartados 66 y ss.) En la jurisprudencia del tribunal abundan a este respecto las referencias a los supuestos de incapacidad manifiesta del titular del derecho de satisfacer la demanda, y de imposición al consumidor de prestaciones suplementarias no deseadas [letras b) y d) del art. 82.II CE; STJCE de 12 de septiembre de 2000, As. acumulados C-180 y 184/94, *Pavlov*, apartados 127 y ss.) Así, en la STJCE de 8 de junio de 2000, As. C-258/98, *Carra*, se afirma que las oficinas públicas de empleo que gozan de un monopolio legal se ven obligadas a vulnerar el art. 82 CE si: (i) no están manifiestamente en condiciones de satisfacer la demanda; (ii) el ejercicio efectivo de la actividad de colocación por empresas privadas se hace imposible por el mantenimiento de normas que lo someten a sanciones penales y administrativas; y (iii) las actividades de colocación pueden extenderse a nacionales o a territorios de otros Estados miembros (apartado 17, que reproduce la doctrina de la STJCE de 11 de diciembre de 1997, *Job Centre coop. arl.*, Asunto C-55/96, apartados 31 y ss.) Por otro lado, la STJCE de 10 de febrero de 2000, As. acumulados C-147 y 148/97, *Deutsche Post*, llega a la misma conclusión respecto de la norma alemana que atribuye al operador postal el derecho a aplicar íntegramente sus tarifas interiores a los envíos con origen y destino en Alemania depositados en grandes cantidades en otros Estados miembros, sin tener en cuenta que los costes de distribución se ven en parte compensados por los gastos terminales que le son abonados al efecto: el ejercicio del derecho controvertido puede considerarse como un abuso de posición dominante en el sentido del art. 82 CE (apartado 58). Por el contrario, en los casos resueltos por las SSTJCE de 12 de septiembre de 2000, As. acumulados C-180 y 184/94, *Pavlov* (apartado 128), y de 23 de mayo de 2000, As. C-209/98, *Affalds* (apartado 82), el Tribunal no encuentra elementos que permitan entender que el derecho exclusivo pueda inducir necesariamente a su beneficiario a explotar su posición dominante de manera abusiva.

XIV. Derecho Administrativo Económico

En relación con la sentencia últimamente citada, procede realizar una doble consideración. Primero, no deja de ser sorprendente que esta afirmación se realice sin ningún tipo de justificación adicional, más aun cuando supone apartarse de la decisión adoptada por el Tribunal en un supuesto parecido (STJCE de 25 de junio de 1998, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV y otros*, Asunto C-203/96, apartados 61 a 63, donde el Tribunal afirma que el ejercicio del derecho exclusivo derivado de la designación de una empresa como único operador final para la incineración de residuos peligrosos, resulta necesariamente abusivo, y por tanto prohibido por el art. 86 TCE, cuando la calidad del tratamiento ofrecido en otro Estado miembro es comparable a la de la empresa nacional). Y, segundo, dicha afirmación se realiza una vez analizada la aplicabilidad de la excepción contenida en el art. 86.2 CE, lo cual no deja de ser un error metodológico, por cuanto supone comprobar la concurrencia del supuesto de hecho de la norma que incorpora la excepción, antes de hacer lo propio con la que establece la regla general prohibitiva. Por su parte, la negación de la concurrencia de este presupuesto en la STJCE de 12 de septiembre de 2000, *As. acumulados C-180 y 184/94, Pavlov*, presenta una relevancia específica, ya que supone apartarse de la conclusión alcanzada, en un caso similar a este respecto, en la STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany International*, Asunto C-67/96 [apartados 95 y ss., con el argumento del art. 82.II.b) CE]. De este modo, el régimen de pensiones controvertido se declara conforme al Derecho comunitario sin necesidad de acudir, como ocurrió en la última sentencia citada, al art. 86.2 CE.

B) La interpretación del art. 86.2 CE

Una medida de los Estados miembros contraria al Tratado, como por ejemplo, la concesión de derechos exclusivos en los términos señalados, puede no obstante encontrar justificación en el art. 86.2 CE, en tanto “el cumplimiento de la misión específica a ella confiada no pueda garantizarse sino mediante la concesión de tales derechos y siempre que el desarrollo de los intercambios no resulte afectado de una forma contraria al interés de la Comunidad” (STJCE de 23 de mayo de 2000, *As. C-209/98, Affalds*, apartado 74). Por misión específica debe entenderse el conjunto de obligaciones que un Estado miembro impone a una empresa, encargada de la prestación de un servicio de interés económico general, para la consecución de determinados “objetivos propios de su política nacional” (STJCE de 23 de octubre de 1997, *Comisión c. Francia*, Asunto C-159/94, apartado 56). El Tribunal ha reconocido que tal es el caso de las obligaciones impuestas a Deutsche Post, consistentes en encaminar y distribuir los envíos postales internacionales con destino en Alemania (STJCE de 10 de febrero de 2000, *As. acumulados C-147 y 148/97, Deutsche Post*, apartado 44). Idéntica conclusión se alcanza en relación con las obligaciones de recepción y tratamiento de los residuos no peligrosos de la construcción, impuestas a las empresas titulares de los derechos exclusivos controvertidos en la STJCE de 23 de mayo de 2000, *As. C-209/98, Affalds* (apartado 76), lo cual resulta cuando menos sorprendente si se tiene en cuenta que en la misma sentencia, al aproximarse al problema desde la perspectiva de la libre circulación de mercancías, el Tribunal afirma la irrelevancia medioambiental de la actividad en cuestión, debido al carácter no peligroso de los residuos (apartado 49; vid. la crónica de “Derecho comunitario” en el presente número de esta Revista).

Una vez delimitada la misión general, del art. 86.2 CE se deriva que la excepción a la aplicación de las reglas sobre competencia debe ser necesaria para su cumplimiento. Las sentencias comentadas plantean diversos problemas en relación con esta cuestión. En primer lugar, la jurisprudencia del Tribunal parece haberse decantado definitivamente hacia una interpretación flexible respecto a la intensidad de la necesidad de la medida, por cuanto ésta debe serlo para permitir el cumplimiento de la misión “en condiciones económicas aceptables” (STJCE de 23 de mayo de 2000, As. C-209/98, *Affalds*, apartado 77), y no por tanto para garantizar la viabilidad misma de la empresa. Así, la previsión de la posibilidad de que Deutsche Post obtenga una compensación por los gastos en los que incurre al cumplir su misión específica, a falta de acuerdo entre las Administraciones postales nacionales que fije las compensaciones (gastos terminales) conforme a los costes reales, es en principio necesaria para permitir que aquélla cumpla la misión encomendada en condiciones económicamente equilibradas (STJCE de 10 de febrero de 2000, As. acumulados C-147 y 148/97, *Deutsche Post*, apartados 50, 53 y ss.) Sin embargo, la medida deja de estar justificada por cuanto desconoce el hecho de que Deutsche Post venía cobrando por el encaminamiento de esos envíos los denominados gastos terminales, que, a pesar de no cubrir la totalidad de los costes, convierten la aplicación íntegra de las tarifas interiores en una medida excesiva y, por tanto, no necesaria (apartado 56). En segundo lugar, la STJCE de 23 de mayo de 2000, As. C-209/98, *Affalds*, reconoce que la atribución de derechos exclusivos de ámbito local a un número limitado de empresas puede encontrarse justificada si el propio mercado no es capaz de satisfacer una necesidad específica de protección medioambiental. La relevancia de esta sentencia no puede desconocerse, por cuanto implica la posibilidad de que, en ciertos casos, los Estados miembros creen monopolios jurídicos de ámbito local en relación con una actividad económica, si la iniciativa privada no se encuentra en condiciones de garantizar su prestación conforme a ciertos estándares de satisfacción del interés público. En particular, el Tribunal acepta, primero, que en el caso controvertido esta última se concretara en la creación de un centro de tratamiento de residuos de la construcción no peligrosos de alta capacidad; y, segundo, que, para asegurar la rentabilidad del centro proyectado, fuera necesario otorgar derechos exclusivos a un número limitado de empresas en relación con la recepción y tratamiento (apartados 78 y ss.) El Tribunal considera que en ese caso concreto no existían otras medidas alternativas que, permitiendo igualmente la satisfacción del interés público en cuestión, tuvieran un menor efecto restrictivo sobre la competencia. La imposición de una obligación de reciclado a los productores de los residuos, en particular, no hubiera garantizado el mismo grado de satisfacción del interés público, debido a la insuficiente capacidad de tratamiento de dichos residuos (apartado 80). En cualquier caso, el Tribunal parece exigir que, para que pueda considerarse necesaria, la exclusividad se encuentre sometida a una doble limitación: desde un punto de vista geográfico, al territorio del municipio; y temporalmente, al período de amortización previsible de las inversiones (apartado 79).

12. TRANSPORTES

A) Autotaxi

a) Competencias municipales. Sistema de comunicación unificado

La STS de 15 de julio de 2000, Ar. 6498, tiene como objeto el precepto de una Ordenanza municipal por la que se impuso un sistema de comunicación unificado entre los autotaxis y entre éstos y los usuarios.

Los recurrentes, sin negar las competencias locales para regular el servicio de transportes de automóviles ligeros, consideran el contenido de la ordenación arbitrario y contrario al principio de libertad de empresa.

El Tribunal Supremo desestima el recurso al entender que la reglamentación municipal está legitimada en la medida en que trata de mejorar la calidad y eficacia del servicio.

b) Competencias municipales. Licencia de autotaxi. Condiciones para su otorgamiento

La STS de 16 de junio de 2000, Ar. 6482, tiene como objeto la legalidad de una ordenanza municipal de transportes que, en uno de sus preceptos, estableció la antigüedad a computar en el ejercicio de la actividad de conductor asalariado para obtener la licencia de autotaxi.

El recurso planteado permite reiterar una vez más la cuestión relativa a la potestad municipal en la materia y el grado de su vinculación al Reglamento estatal.

El Tribunal de instancia estimó que el municipio se extralimitó en el ejercicio de sus competencias al contemplar supuestos no previstos en la norma estatal (en concreto, al establecer un límite temporal al cómputo del paro voluntario).

Frente a la sentencia de primera instancia, la tesis del Ayuntamiento recurrente es que dicho Tribunal se extralimitó en su razonamiento, según el cual, al no mencionarse por el Reglamento estatal el paro involuntario, debía computarse a los asalariados del taxi como tiempo de servicio todo el período cronológico en que se hayan encontrado en desempleo.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 16 de junio de 2000, Ar. 6482, señala que, al guardar silencio sobre la cuestión el Reglamento estatal, el conflicto no puede resolverse por la simple confrontación de las normas aplicables, sino a través de la valoración del alcance de la potestad normativa local en la materia. Con este fin, se analiza la jurisprudencia dictada sobre la concreta materia objeto del conflicto, para concluir que al dictar el precepto impugnado el Ayuntamiento se encontraba dentro del marco de su potestad reglamentaria.

Reconocida la competencia municipal, el Tribunal Supremo entró a enjuiciar el contenido de la norma cuestionada, para concluir a su vez que la limitación del tiempo de desempleo (salvo casos de invalidez) a sólo dos años responde a criterios de razonabilidad y equidad. Consecuentemente se estima el recurso casacional y se declara la conformidad a derecho del precepto de la ordenanza municipal cuestionado.

c) Licencia de autotaxi. Revocación

El titular de una licencia de autotaxi transmitió su vehículo y arrendó la licencia a un tercero, suscribiendo a la vez un contrato laboral con el mismo. La Administración estimó que con tal conducta se trató de justificar formalmente la explotación legal de la licencia a través de un conductor laboralmente contratado, eludiendo así la prohibición reglamentaria de la explotación de la licencia a través de un conductor laboralmente contratado. Como consecuencia, revocó la licencia.

El recurso se fundamentó en la naturaleza sancionadora del acto revocatorio. El **Tribunal Supremo**, en la **Sentencia de 7 de marzo de 2000**, Ar. 7072, desestimó el recurso, al entender que en el caso enjuiciado se aplicó el artículo 48 del Reglamento nacional del servicio de autotaxi, RD 763/1979, precepto que permite la revocación, sin que tal medida tenga carácter sancionador. Por tanto, no procedía aplicar a la adopción de la medida revocatoria las reglas y principios del derecho sancionador administrativo.

También niega carácter sancionador a la retirada de la licencia la **STS de 10 de mayo de 2000**, Ar. 3880.

B) Concesión de parada

Impugnada la concesión de parada en Soria dentro del trayecto Barcelona-Salamanca, el **Tribunal Supremo** en la **Sentencia de 12 de abril de 2000**, Ar. 3856, desestimó el recurso. Entiende el Tribunal que el acto recurrido, al autorizar la parada en Soria, se fundamenta en una ordenada ponderación del interés público, sin que ello suponga un perjuicio a los intereses legítimos de terceros concesionarios, ya que la entidad recurrente no podía efectuar el transporte de Soria a Zaragoza, o Soria a Valladolid.

Por tanto, dado que la normativa (artículo 8 del Decreto de 9 de diciembre de 1949) permite la modificación del itinerario de una concesión, ampliando los puntos de parada obligatoria, si en el expediente se acredita la razón de interés general de esta alteración, procede confirmar el acto impugnado y desestimar el recurso interpuesto.

C) Helipuerto

Denegada la autorización para construir un helipuerto, el TSJ de Madrid estimó el recurso y reconoció el derecho a obtener la autorización. La Sentencia fue impugnada por la

XIV. Derecho Administrativo Económico

Administración y por la entidad a la que se reconoce el derecho a la autorización, reclamando esta última el reconocimiento de una indemnización.

Para el Abogado del Estado la sentencia impugnada no reconoce la discrecionalidad técnica que en la materia posee la Administración para aplicar lo establecido en el RD-Ley 12/1978 y en el RD 2858/1981.

Dicha discrecionalidad estaría reconocida en diversas sentencias del propio tribunal Supremo (Sentencias de 9 de mayo de 1990, Ar. 3808, 6 de mayo de 1992, Ar. 3486) para casos de especial complejidad técnica e importancia para la seguridad de la circulación.

El **Tribunal Supremo**, en la **Sentencia de 24 de mayo de 2000**, Ar. 6515, analizando la normativa aplicable y los informes que constan en el expediente, concluye que no se justifica la denegación de la autorización, y reitera la doctrina relativa a que la discrecionalidad no significa plena libertad. La denegación debió fundarse en informes técnicos precisos, sin que pueda estar basada en referencias a fórmulas genéricas.

D) Hijuela. Concesión

La Administración autonómica concedió autorización provisional, durante seis meses y a título experimental, para un nuevo servicio de transportes de carretera entre determinadas poblaciones.

Impugnada la autorización, el recurso fue estimado por el Tribunal de primera instancia. Recurrida la sentencia en casación, el recurso casacional se centra en el análisis de la concesión otorgada, para concluir que se trata de una hijuela de una concesión anterior al amparo de lo establecido en el artículo 75.3 de la Ley 16/1987 y artículo 2.2.b) de la OM de 27 de octubre de 1972.

Determinada la naturaleza de la autorización, el **Tribunal Supremo** en su **Sentencia de 24 de mayo de 2000**, Ar. 6517, estima el recurso, pues la hijuela se entiende fue otorgada conforme al procedimiento y fin establecido por la normativa de transportes.

E) Tarifas

La **STS de 14 de abril de 2000**, Ar. 3781, se plantea de nuevo la cuestión relativa a la competencia para determinar las tarifas de los servicios de transporte urbano. La singularidad de la resolución judicial reside en que en este caso se discute sobre las tarifas por el uso de las estaciones de autobuses.

El Tribunal Supremo parte de la competencia municipal en la gestión y ordenación del transporte urbano de viajeros, y, dentro de esta competencia, sitúa la potestad tarifaria para fijar el precio del servicio. Potestad tarifaria que, una vez más, diferencia de la potestad tributaria de fijar tasas o precios públicos.

A partir de este criterio general, estima que las estaciones de autobuses son actividad auxiliar y complementaria del transporte, por lo que los Ayuntamientos pueden fijar su contenido.

Reconocida la competencia se entra a analizar el régimen del ejercicio de la misma. La fijación de la tarifa está regulada en la Ley 16/1987 y en el RD 1211/1990, correspondiendo su determinación al ente local, el cual deberá respetar, únicamente, lo que pueda establecerse por la entidad autonómica en ejercicio de la política de precios.

F) Transporte por carretera. Decreto 319/1990 de la Generalidad de Cataluña. Vulneración de la autonomía local

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña anuló algunos preceptos del Decreto autonómico 319/1990, reglamento de la ley de regulación del transporte de viajeros por carretera. La anulación se fundamentó de modo principal en la vulneración del principio de autonomía local.

La sentencia de primera instancia fue recurrida por la Administración autonómica y también por la Federación de Municipios de Cataluña, entidad que recurrió el decreto ante el TSJ de Cataluña. Esta entidad reiteró su demanda de anulación respecto de los preceptos confirmados por el Tribunal Superior.

El **Tribunal Supremo**, en su **Sentencia de 17 de abril de 2000**, Ar. 3801, analiza el contenido del principio de autonomía local para establecer, de forma abstracta, que el mismo supone el necesario reconocimiento de competencias propias a los entes locales cuando el interés local sea el prevalente, o bien la necesidad de crear fórmulas de coordinación con intervención del ente local si existe un interés superior dominante.

En base a esta construcción del principio de autonomía local se analizan los preceptos impugnados. Por lo que hace al recurso de la Administración, el Tribunal estima el recurso y por tanto confirma la validez de los artículos 113, 132, 140, 54 y 110, 154, 166 y 185, desestimándose, y por tanto confirmándose la nulidad, de los artículos 119, 127.2 y 128.2.

En cuanto al recurso casacional de la Federación de Municipios de Cataluña, el Tribunal lo estima en relación a los artículos 157 y 160, de modo que los anula, mientras que confirma la validez de los otros preceptos cuestionados.

G) Transporte especial

Concedida por la Administración una autorización para prestar el servicio de transporte de trabajadores de la empresa, la misma fue impugnada por otra entidad alegando preferencia de la misma en ser beneficiaria de dicha autorización. El recurso fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia, anulando la autorización concedida. Recurrida en casación la citada sentencia, el **Tribunal Supremo**, mediante la **Sentencia de 17 de abril de 2000**, Ar. 2958, estima el recurso.

XIV. Derecho Administrativo Económico

Para el Tribunal Supremo en el caso enjuiciado no se da el dato de que los servicios sean totalmente coincidentes, sin que tampoco se trate de un servicio de carácter rural, supuesto que permitiría excepcionar el principio de libertad de contratación de un servicio de uso especial.

Con carácter general el Tribunal Supremo sostiene que la normativa de regulación de transportes debe interpretarse de acuerdo con el principio de *favor libertatis*, de modo que las limitaciones que puedan existir a la libertad de contratación deben interpretarse de forma que su aplicación sea reducida.

H) Transporte marítimo. Gastos de salvamento

Diversas entidades impugnaron la resolución del Ministerio de Defensa sobre gastos generales por salvamento de un buque, aduciendo que la misma vulneraba diversos preceptos de la Ley 60/1962 aplicable al caso.

Rechazando algunos de los motivos alegados a favor de la inadmisibilidad del recurso por defectos en la formalización del recurso casacional, la **Sentencia de 30 de mayo de 2000**, Ar. 6729, entró a examinar el fondo de la cuestión, si bien con los límites propios del recurso casacional en cuanto a los hechos probados en primera instancia.

Así, se rechaza la incompetencia del Juzgado marítimo por haberse acreditado que se trató de un salvamento de un buque en peligro con resultado útil para las personas y la carga. Por tanto, el Juzgado marítimo era el competente y la aseguradora de la mercancía –que es la entidad recurrente– debió pagar por este auxilio con resultado útil una remuneración equitativa por el importe del valor de la carga.

También de acuerdo con los hechos probados, fue correcto atribuir al remolcador una remuneración por auxilio de acuerdo con las tarifas por servicios excepcionales.

La alegación de un retraso en la tramitación del expediente de la que derivan unos daños para el recurrente, es igualmente rechazada. Por último, se desestima también el motivo basado en la necesaria aplicación de la limitación de la responsabilidad del naviero por abandono de buque. Para el Tribunal, al tratarse de un supuesto de salvamento de buque con el resultado útil para las mercancías, la responsabilidad se ha de extender hasta el importe de estas últimas.

I) Transporte sanitario

Impugnado el RD 619/1998 sobre vehículos de transporte sanitario, el **Tribunal Supremo**, en su **Sentencia de 22 de mayo de 2000**, Ar. 6512, reitera lo establecido en la Sentencia de 19 de julio de 1999, Ar. 8255, y desestima de nuevo el recurso basado en una alegada vulneración de los límites sustantivos de la potestad reglamentaria.

Por otra parte, el Tribunal manifiesta que no puede entrar a considerar las alegaciones relativas a las posibles vulneraciones del ordenamiento que puedan derivarse de la normativa autonómica que se dicte en desarrollo del Real Decreto impugnado.

13. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

A) Comercio electrónico. Autorización singular. No aplicación del art. 1 LDC

La Resolución del TDC de 26 de julio de 2000, (Expte. A 284/00 Contrato tipo COFIBER) incide en la problemática del comercio electrónico. En concreto, en la suscripción de contratos de financiación de la compra de automóviles a través de Internet.

El expediente se inicia con la solicitud de autorización singular para un contrato tipo de participación en la oferta de financiación de la compra de automóviles a través de Internet, en beneficio de los concesionarios de la marca Toyota. En una página web, conectada mediante un link con la página web del importador de la marca en España, se ofertarán condiciones ventajosas de financiación para los compradores consistentes básicamente en una reducción del tipo de interés normalmente aplicable a esta clase de operaciones. Asimismo, el cliente obtendrá un plan de financiación que posteriormente el concesionario promoverá se convierta en un contrato en las condiciones específicamente establecidas en la red.

Los concesionarios que se adhieren al sistema se comprometen a promocionarlo mediante las siguientes conductas:

- Apoyando económicamente las condiciones de financiación. El concesionario contribuye con un descuento del 4 por ciento sobre el precio del vehículo al consumidor final.
- Aplicando dichas condiciones a los clientes captados a través de Internet en la página web de COFIBER Financiera, Establecimiento Financiero de Crédito, SA.
- Respetando el plan de financiación elaborado en función de dichas condiciones.
- Respetando el precio máximo que resulte de la aplicación al Plan de Financiación lo cual no impide al concesionario efectuar rebajas adicionales.”

El TDC pone de relieve que en el sistema español de derecho de la competencia no existe, a diferencia del comunitario, una declaración negativa de infracción a las normas de competencia:

“no existe, como en el régimen comunitario, la posibilidad de obtener de los órganos de defensa de la competencia una declaración expresa de que la práctica que se somete a autorización no es contraria a las reglas de la libre competencia, sino que solamente cabe una

XIV. Derecho Administrativo Económico

declaración de contenido positivo, ya sea favorable o contraria a la pretensión del solicitante, si aquella práctica o acuerdo se encuentra entre los declarados prohibidos por el artículo 1 citado”.

No obstante, aunque no existe la previsión normativa de que el TDC emita una declaración negativa, cada vez se suceden con mayor frecuencia las declaraciones del TDC, pretendidas o no por los solicitantes de autorizaciones singulares, relativas a que la conducta sometida a su criterio no está incurso en las prohibiciones del artículo 1 de la LDC. Desde una óptica empresarial puede ser una práctica acertada el solicitar una autorización singular y subsidiariamente en caso de que se estime no sea de aplicación el artículo 1 de la LDC al supuesto planteado una declaración en este sentido.

Así sucede en esta Resolución, cuya declaración es importante por versar en el nuevo ámbito del comercio electrónico y donde las dudas o controversias son todavía muy numerosas. Afirma el TDC que:

“se trata de un acuerdo entre empresas cuyo objeto no es restringir la competencia sino que, por el contrario, introduce un canal alternativo, aprovechando las posibilidades de mejora que se brindan con las nuevas tecnologías, en la comercialización de los servicios financieros de crédito al consumo que puede tener efectos procompetitivos en los mercados sin que restrinja, tal y como está diseñado, la libertad de los concesionarios para establecer precios a clientes, ni la competencia entre ellos que pueden seguir, haciendo uso de su principio de independencia de comportamiento, compitiendo tanto en precios como en condiciones y cauces de financiación. Se estimula así la productividad, innovación comercial y creatividad que permiten un incremento de la actividad empresarial competitiva que siempre acaba beneficiando a los usuarios finales, proporcionando mayores posibilidades de elección y, por lo tanto, al interés público”.

B) Propiedad intelectual. Gestión de derechos de propiedad intelectual. Abuso de posición de dominio

La Resolución del TDC de 27 de julio de 2000 (Expte. 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual) declara que distintas entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual han vulnerado el artículo 6 de la LDC al tratar de imponer sin negociación tarifas a hoteles en 1994, al pretender imponer a los hoteles unas inequitativas tarifas en 1995 unilateralmente establecidas y al pretender en 1997 aplicar tarifas no equitativas sin negociación. A continuación, sanciona a tres entidades con multas de 45, 10 y 5 millones de pesetas.

Esta Resolución se enmarca en el conflicto entre las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual creadas por la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 y las empresas hoteleras por la pretensión de las primeras de obtener una compensación económica por el hecho de disponer de aparatos de televisión en las habitaciones.

De entrada, la Resolución pone de relieve la definición de posición de dominio que viene siguiendo el TDC:

“la posición de dominio de un operador económico en un mercado determinado expresa su aptitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto. El que un operador tenga esa aptitud dependerá de que se beneficie de una serie de circunstancias que cabe resumir en poder e independencia en el mercado, en grado suficiente como para poder adoptar sus comportamientos sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los usuarios y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otras características del bien o servicio”.

Las tres entidades objeto del expediente tienen un monopolio de hecho en España en su ámbito: EGEDA, Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales, ostenta el monopolio de la gestión de los derechos de comunicación pública de los productores de grabaciones audiovisuales; AISGE, Actores Intérpretes, Sociedad de Gestión en España, ostenta el monopolio de la gestión de los derechos de comunicación pública de los actores de grabaciones audiovisuales; AIE, Artistas Intérpretes o Ejecutantes, ostenta el monopolio de la gestión de los derechos de comunicación pública de los intérpretes musicales de dichas grabaciones. En esta situación, el TDC afirma que las tres entidades disfrutaban de una posición de dominio en el mercado relevante definido, que tras distintos análisis, se establece en estos parámetros:

“los derechos de comunicación pública de la propiedad intelectual audiovisual de productores, actores e intérpretes, que se usan desde los televisores dispuestos en las habitaciones de los hoteles”.

Además, la Resolución pone de relieve que existe una posición de dominio colectiva:

“en el mercado relevante así definido, EGEDA, AISGE y AIE tienen una posición de dominio colectiva, reforzada en el caso de EGEDA. En efecto, el Tribunal de Justicia Europeo, en consolidada jurisprudencia, considera que una posición dominante colectiva consiste en que varios operadores económicos tengan conjuntamente, debido especialmente a factores de correlación existentes entre ellos, la facultad de adoptar una misma línea de acción en el mercado y de actuar en gran medida con independencia de los demás competidores, de su clientela y, por último, de los consumidores”.

En esta línea de reflexión el TDC insiste sobremanera en que la Ley de Propiedad Intelectual reclama la negociación con los usuarios en el proceso de fijación de tarifas:

“La ley excluye la determinación de la remuneración de modo unilateral por parte de las entidades gestoras, imponiendo que esta determinación se haga mediante negociación de las entidades con los usuarios, bien de modo individual, o de modo colectivo cuando así lo reclamen asociaciones de usuarios que sean representativas del sector correspondiente”.

La negociación ha de conducir a la fijación de unas tarifas equitativas y únicas. Sin embargo, la Ley de propiedad intelectual no solventa la situación en que no se alcanza el

XIV. Derecho Administrativo Económico

acuerdo. El TDC aprovecha para atribuirlo a la no existencia de competencia en el sector en unas líneas de interés:

“Ciertamente la Ley de Propiedad Intelectual vigente crea en la práctica un vacío frustrante cuando las partes no logran ponerse de acuerdo en la determinación de la prescrita remuneración equitativa y única porque, seguramente imaginando que la competencia iba a germinar y extenderse en el campo de la gestión de derechos de propiedad intelectual, contrariamente a lo sucedido, que es la proliferación de monopolios que individualmente gestionan cada uno de los múltiples derechos reconocidos, la Ley consideró bastante establecer una Comisión con facultades de mediación y arbitraje voluntario. Pero ¿qué ocurre, como es nuestro caso, si a los hoteles les parece excesiva la remuneración y la entidad o entidades de gestión, que son monopolios, rechazan el arbitraje? ¿Quién determina la retribución equitativa y única entonces?”.

La cuestión clave del expediente administrativo es que, según deriva de la instrucción efectuada, ha resultado acreditado sobradamente que el mandato legal de la remuneración equitativa y única no se ha cumplido, ni tampoco que las entidades de gestión hayan intentado una verdadera negociación. Éste es el hecho determinante en el análisis del TDC, que procede a poner de relieve la ausencia de una verdadera negociación sobre las tarifas a aplicar:

“La clave de este asunto es, en todo caso, desde el punto de vista del enjuiciamiento de las conductas imputadas, que los importes de las controvertidas tarifas no fueron el resultado de una negociación, sino que fueron exigidas desde una posición de dominio, intimidatoriamente y de modo inflexible. Otra cosa hubiera sido si la negociación hubiese existido. Entonces, aunque las tarifas hubiesen sido desproporcionadas, serían discutibles las imputaciones. Porque, como estableció el Tribunal Supremo, en Sentencia de 18 de diciembre de 1996, no pueden declararse que se ha abusado de posición de dominio por exigir una tarifa que ha sido establecida en un acuerdo entre las partes, fruto de una negociación entre ellas, ya que en caso contrario se estaría infringiendo el principio de la presunción de inocencia. No ha sido éste el caso, sin embargo. Aquí no ha habido negociación alguna.”

14. INSTALACIONES CON INCIDENCIA AMBIENTAL. TRIBUTACIÓN

Uno de los instrumentos con los que las Comunidades Autónomas pueden incidir en las políticas sectoriales de su competencia es a través de la imposición fiscal. El Parlamento de las Islas Baleares aprobó, así, la Ley 12/1991, de 20 de diciembre, por la que se regulaba un impuesto sobre instalaciones que incidieran en el medio ambiente. El Presidente del Gobierno impugnó la ley, y el Alto Tribunal ha resuelto la cuestión por la **STC 289/2000, de 30 de noviembre**. La cuestión se ciñe a analizar si la regulación autonómica ha respetado los límites de su potestad tributaria, que no puede recaer sobre hechos

imponibles ya gravados por el Estado, ni gravar materias imponibles reservadas a las Corporaciones locales.

El TC entiende que a pesar de que el tributo balear se refiere a actividades que afectan negativamente al medio ambiente, en realidad lo que se grava es la titularidad del patrimonio, puesto que en su regulación no se tiene en cuenta el impacto ambiental de los sujetos que debe pagar el tributo y por tanto no se vislumbra la contribución al sostenimiento del gasto público que genera la utilización del medio ambiente. En virtud de esta apreciación, el TC acaba por apreciar que se produce una identidad de materias imponibles con el impuesto municipal sobre bienes inmuebles, ya que lo que se grava es la titularidad de los bienes.

La Sentencia es objeto de un voto particular del magistrado García Manzano, al que se adhieren los magistrados González Campos y Casas Baamonde, que entienden que no se produce aquella identificación de materias, ya que no cabe olvidar la finalidad medioambiental del tributo.

Lo cierto es que, sin perjuicio de la concreta regulación de los elementos del impuesto balear, que acaso pudiera dar pie a dicha duplicidad, a partir de esa sentencia se incrementa la duda acerca de cuál es el verdadero alcance de la potestad tributaria autonómica, que puede repercutir en otros tributos autonómicos de más reciente creación, ya sean en el sector ambiental o en el del espacio radioeléctrico.

LUIS ARROYO JIMÉNEZ

LLUIS CASES

ELISENDA MALARET

JOAQUÍN TORNOS

XV. EDUCACIÓN, SANIDAD Y BIENESTAR SOCIAL**Sumario:**

1. Deporte. A) Incardinación de las normas federativas en el ordenamiento jurídico deportivo y determinación del ganador de la Copa del Rey de 1988. B) Régimen jurídico de las Sociedades Anónimo Deportivas. C) Ausencia de cobertura legislativa en la tipificación de una infracción imputada al Presidente de una Federación Deportiva.

2. Educación. A) No Universitaria. a) Legalidad del Decreto regulador del concurso de traslados. **3. Extranjeros.** A) La Directiva 64/221/CEE del Consejo para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros y su aplicación a un comunitario que había sido admitido provisionalmente en otro Estado miembro. B) Visado de residencia. C) Expulsión. **4. Fuerzas y cuerpos de seguridad.** A) Condecoraciones: inexistencia de dos modalidades, individual (con pensión aneja) y colectiva (sin pensión). **5. Juego.** A) Cierre cautelar de Administración de Lotería: procedencia. **6. Sanidad.** A) Títulos de especialidad médica.

1. DEPORTE**A) Incardinación de las normas federativas en el ordenamiento jurídico deportivo y determinación del ganador de la Copa del Rey de 1988**

La STS de 1 de junio de 2000, Ar. 7058, resuelve el recurso de casación interpuesto por el abogado del Estado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 1992 que anulaba la Resolución del Comité Superior de Disciplina Deportiva, y que a su vez declaraba la sanción de pérdida del partido final de la Copa del Rey de 1988, de hockey sobre patines, al Club recurrente en primera instancia.

La cuestión que se dilucida en el fondo del asunto es la prevalencia e integración en el ordenamiento jurídico público deportivo de las normas federativas, junto con el correspondiente Reglamento Disciplinario aprobado por Real Decreto. Lo que a la postre es admitido por el Tribunal Supremo, de tal modo que en aplicación de las normas federativas la resolución del caso obliga a dar la razón a la resolución inicialmente adoptada por el Comité Superior de Disciplina Deportiva, en contra del criterio sostenido por la Audiencia Nacional.

B) Régimen jurídico de las Sociedades Anónimo Deportivas

La STS de 2 de octubre de 2000, Ar. 7695, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Real Club Deportivo Español contra el Real Decreto 1251/1999, sobre sociedades anónimo deportivas (SAD). En concreto, el Tribunal Supremo afirma que el art. 19.1 de la Ley 10/1990 dispone que “dichas Sociedades quedarán sujetas al régimen general de las Sociedades Anónimas, con las particularidades que se contienen en esta Ley y en sus normas de desarrollo”. Por lo que la pervivencia de tal precepto hace difícil que prospere la tesis del actor según la cual la Ley 50/1998 habría querido aplazar la aplicabilidad de la LSA a las SAD, ya que el citado art. 19.1 disponía y sigue estableciendo que el régimen de las SAD es el general de las Sociedades Anónimas con las particularidades que resultan de la Ley del Deporte y sus normas de desarrollo.

C) Ausencia de cobertura legislativa en la tipificación de una infracción imputada al Presidente de una Federación Deportiva

La STS de 23 de octubre de 2000, Ar. 8873, desestima el recurso de casación interpuesto por el abogado del Estado contra una Sentencia de la Audiencia Nacional que había estimado el recurso del Presidente de la Real Federación Española de Atletismo, a quien se le imputaba el incumplimiento de obligaciones inherentes a su cargo. El problema radica en que la a la sazón vigente Ley del Deporte no prestaba cobertura legal suficiente –aun tratándose de una relación de sujeción especial– para imputar una infracción en concepto de “conducta contraria a las normas deportivas”.

2. EDUCACIÓN**A) No Universitaria****a) Legalidad del Decreto regulador del concurso de traslados**

Las SSTS de 6 y 11 de julio de 2000, Ar. 5750 y 5696, respectivamente, rechazan las diferentes tachas de discriminación e ilegalidad imputadas al Real Decreto 2112/1998, de 2 de octubre, por el que se regulan los concursos de traslados de ámbito nacional, razonando sobre su inexistencia y rechazando las pretensiones de los recurrentes que, según el Tribunal Supremo, desbordarían sus atribuciones estrictas de control de la potestad reglamentaria.

3. EXTRANJEROS

A) La Directiva 64/221/CEE del Consejo para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros y su aplicación a un comunitario que había sido admitido provisionalmente en otro Estado miembro

En la STJCE de 9 de noviembre de 2000, as. *Yiadom*, C-357/98, se resuelve una cuestión prejudicial relativa a la interpretación que ha de hacerse de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública. Más en concreto, se trataba de la interpretación que había de darse a los artículos 8 y 9 de la citada Directiva que definen las garantías procesales mínimas que pueden asistir a los nacionales comunitarios que invoquen la libertad de circulación en función de la situación en la que se encuentren. El litigio en el que se había planteado la cuestión interpretativa presentaba la peculiaridad de que versaba sobre una nacional comunitaria que había sido admitida desde muchos meses atrás con carácter temporal en el territorio de un Estado miembro y que, por consiguiente, se encontraba físicamente en el mismo cuando las autoridades nacionales competentes le notificaron la decisión por la que se le prohibía entrar en dicho territorio.

La interpretación del TJCE será la siguiente: “es comprensible que un Estado miembro se reserve el tiempo necesario para efectuar una verificación administrativa de la situación de un nacional comunitario antes de adoptar una decisión denegándole la entrada en su territorio”; “sin embargo, si dicho Estado acepta la presencia física del nacional comunitario en su territorio durante un período de tiempo que exceda manifiestamente las exigencias de tal verificación, procede considerar que también puede admitir la presencia de dicho nacional durante el tiempo necesario para que éste ejercite los medios de impugnación contemplados en el art. 9 de la Directiva”.

B) Visado de residencia

La jurisprudencia recaída a este respecto durante este período no aporta novedad doctrinal pero los casos concretos origen de los recursos siempre muestran matices específicos que, en una materia como ésta, puede resultar ilustrativo indicar (sobre todo, para las excepciones relativas al reagrupamiento familiar y a las circunstancias excepcionales).

A estos efectos podemos citar, en primer lugar, un supuesto (único, porque la numeración del recurso de casación es la misma, el ponente es también el mismo y el texto de la Sentencia es idéntico; pero, sin duda por algún error, aparecen publicadas como dos SSTs distintas de **6 de mayo y de 6 de junio de 2000**, Ar. 5582 y 6119, respectivamente, (aunque –se insiste– son idénticas) en el que se concede la exención de visado de residencia en razón de que se trata “de un misionero ejerciente del ministerio religioso, el cual carece de antecedentes penales. Es ciudadano de Iberoamérica. Es de una vasta formación cultural y tiene una extensa cualificación profesional. Está acreditada su solvencia e independencia económicas. Como circunstancia excepcional añadida a las anterio-

res se da de la convivencia estable como pareja marital que mantiene el recurrente y que se presenta, a los efectos legales oportunos, como reagrupación familiar”. Como quiera que la Sentencia recurrida había denegado la exención con fundamento en que no son equiparables el matrimonio y la unión estable de hecho (para apreciar la existencia de una razón de reagrupación familiar), el Tribunal Supremo llegará a la conclusión contraria tras un notable esfuerzo argumentativo, resolviendo que “debe deducirse, por concurrir identidad de razón, que la voluntad de mantener o restaurar la agrupación familiar de la pareja estable constituye una causa suficiente o circunstancia excepcional que justifica la exención del visado de residencia”.

Entre los supuestos que en este período a juicio del Tribunal Supremo no han sido suficientes para obtener la exención del visado, podemos destacar: el matrimonio constante pero con separación de hecho de español (STS de 20 de junio de 2000, Ar. 6000), la residencia no legal en España de los padres (STS de 27 de junio de 2000, Ar. 6121), la convivencia con un tío y la asistencia a clases de español (STS de 29 de junio de 2000, Ar. 7083), el matrimonio celebrado con un español a los solos efectos de obtener la residencia en España (STS de 3 de octubre de 2000, Ar. 7663).

Finalmente, en la STS de 27 de junio de 2000, Ar. 6122, se realizan unas interesantes consideraciones sobre el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de junio de 1991, sobre regularización de trabajadores extranjeros en España: “Particularmente, no puede considerarse como circunstancia excepcional la concurrencia, por lo demás no demostrada a tenor del relato de hechos de la sentencia de instancia, de los requisitos para obtener la regularización con arreglo al Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de junio de 1991, sobre regularización de trabajadores extranjeros, pues el mismo contempla circunstancias de carácter general que por su propia configuración no pueden ser consideradas como excepcionales o justificativas de la exención del visado de residencia si no es en el contexto de una medida de regularización adoptada en un momento determinado por razones de política de extranjería, la cual, consiguientemente, exige que se formule dentro de determinados plazos la oportuna petición para acogerse a ella, requisito que la parte recurrente reconoce que no ha podido cumplir”.

C) Expulsión

La STS de 10 de junio de 2000, Ar. 7154, anula una orden de expulsión para atenerse a los hechos declarados probados en una previa sentencia penal firme o, dicho más apropiadamente, porque la causa que había motivado la expulsión gubernativa (contra la que se seguía un recurso contencioso-administrativo, que se tenía que haber suspendido) no había quedado finalmente acreditada en el proceso penal.

La STS de 1 de julio de 2000, Ar. 6123, anulará una orden de expulsión de extranjera casada con español por no haberle dado oportunidad de obtener el permiso de residencia (al que tenía derecho preferente, según el Real Decreto 1119/1986).

XV. Educación, Sanidad y Bienestar Social

Las SSTS de 18 de julio de 2000, Ar. 6129 y 6130, que resuelven un recurso de casación contra un Auto que denegaba la suspensión de la resolución gubernativa de expulsión, compendian muy bien la doctrina del Alto Tribunal al respecto (en especial sobre la prudente aplicación del *fumus boni iuris*).

Por su parte, la STS de 22 de julio de 2000, Ar. 7160, considera improcedente la expulsión llevada a cabo estando pendiente que la Administración le concediese el permiso de trabajo que había interesado (y que no procedía denegarle, como luego resolvería la Sentencia de instancia), al amparo del Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de junio de 1991, sobre regularización de trabajadores extranjeros en España.

4. FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD

A) Condecoraciones: inexistencia de dos modalidades, individual (con pensión aneja) y colectiva (sin pensión)

La STS de 23 de junio de 2000, Ar. 7708, desestima el recurso de casación en interés de ley interpuesto por el abogado del Estado, frente a la doctrina de la sentencia combatida que reconoció al demandante el percibo de la pensión correspondiente a una condecoración al mérito policial.

Al efecto declara el Tribunal Supremo, en primer lugar, que las distinciones y recompensas constituyen una manifestación de la actividad administrativa de fomento. Para añadir, en segundo lugar, que la literalidad de los preceptos de la Ley 5/1964, no permite resolver de manera inequívoca que tal distinción tenga dos diferentes modalidades de concesión: una a título individual pensionada y otra colectiva meramente honorífica. La expresión “otros componentes de los restantes Cuerpos y Unidades integrados en las Fuerzas de Seguridad del Estado”, utilizada por su art. 4, tras decir que “podrán ser recompensados (...) los miembros y funcionarios de la Policía Gubernativa”, no ofrece una base segura para deducir lo que parece propugnar la abogacía del Estado: que lo querido con una y otra expresión es distinguir, a través de la misma, entre “miembros” y “componentes”, y equivalente cada una de ellas a dos clases diferenciadas de potenciales beneficiarios, correspondientes también a dos modalidades de concesión (la individual y la colectiva). La lectura de ese precepto más bien sugiere otra cosa, a juicio del Tribunal Supremo, y es que esas diferentes expresiones de “miembros”, “funcionarios” o “componentes” son formas distintas de referirse a los integrantes individuales de cada uno de los cuerpos policiales para los que está prevista normalmente la condecoración, y parece responder más a razones de estilo (evitar reiterar el mismo término en un mismo precepto) que al propósito de configurar esas dos modalidades de concesión pretendidas por el abogado del Estado.

5. JUEGO

A) Cierre cautelar de Administración de Lotería: procedencia

La STS de 17 de julio de 2000, Ar. 6163, rechaza el recurso de casación interpuesto por la actora, ya que entiende que la titular de la Administración de Lotería contraviene las

condiciones de concesión, al no residir en la localidad en que estaba sita la Administración de Lotería y por tener otorgado un poder en favor de tercero con facultades para administrarla. En este sentido, el art. 15.1.i) del Real Decreto 1082/1985 permite en tales supuestos retirar el nombramiento del Administrador y cerrar la Administración de Lotería, y el art. 15.2 del mismo Real Decreto, faculta para la adopción de la medida cautelar de suspensión o cierre de la Administración de Lotería cuando por tales causas se inicie el procedimiento de revocación.

6. SANIDAD

A) Títulos de especialidad médica

La STS de 12 de julio de 2000, Ar. 7000, trata de la cuestión de las especialidades médicas y del régimen jurídico existente al amparo de la (ya derogada) Ley de 1955 y su relación con la figura de los médicos residentes en instituciones de la Seguridad Social.

IÑAKI AGIRREAZCUENAGA
EDORTA COBREROS

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES**Sumario:**

Introducción. 1. Recurso Contencioso-Administrativo. A) Competencia. a) La titularidad de fincas afectadas por una concentración parcelaria es una cuestión civil. b) Corresponde al orden social conocer de los Convenios Colectivos para el personal laboral y de la prestación de asistencia sanitaria por empresa colaboradora. c) El deslinde del dominio público marítimo-terrestre no corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. d) Corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conocer de la afiliación a la Seguridad Social como consecuencia de actas de liquidación. e) Los actos recaudatorios de la Seguridad Social son recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. f) Competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. g) Competencias de los Tribunales Superiores de Justicia.

B) Objeto. a) Los actos políticos son enjuiciables por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. b) Cuestión de ilegalidad: para ser admisible el recurso han de cumplirse unos requisitos de procedibilidad. c) La impugnación de una disposición de carácter general por ausencia de contenido tiene un alcance limitado. C) Sujetos. a) Postulación. a') Los recursos contra disposiciones de carácter general no pueden calificarse de personal. b') El recurso de súplica se puede formular sin Abogado ni Procurador mientras no se resuelva sobre la solicitud de asistencia gratuita. b) La distinción entre coadyuvante y codemandado ha desaparecido en la nueva LJCA.

D) Procedimiento. a) Interposición: la extemporaneidad se aprecia incluso si se alega la nulidad radical del acto administrativo. b) La caducidad sólo se produce por causas imputables a las partes. c) No es incongruente la sentencia que no se pronuncia sobre una cuestión alegada sólo en conclusiones. d) La dilación en la tramitación debe denunciarse. e) La falta del recurso de súplica es excusable en determinados casos. f) El emplazamiento edictal de un trabajador víctima de un accidente laboral en el procedimiento contencioso sobre la sanción administrativa impuesta a la empresa vulnera el derecho a la tutela judicial. g) El requisito de la comunicación previa tiene escasa relevancia procesal. E) Suspensión. a) El aval garantiza el pago de las multas y

otros perjuicios que la suspensión pueda ocasionar. b) La doctrina del *fumus boni iuris* debe ser objeto de una matizada aplicación. c) El período probatorio es independiente para el proceso principal y para el incidente cautelar. d) Los perjuicios derivados de la publicación de una resolución sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia son compensables. e) El artículo 130 LJCA (de 1998) preserva la finalidad legítima del proceso. f) La doctrina de los actos tributarios no se extiende a otros ámbitos de contenido económico. g) La obligación de salir del territorio nacional no es un acto negativo. F) Costas: los Letrados y Procuradores están obligados a repercutir en su minuta el IVA correspondiente. **2. Recurso de Casación.** A) Objeto. a) Es recurrible en casación el auto resolutorio de una súplica si se indicó que procedía tal recurso. b) No cabe contra auto por el que se acuerda una medida cautelar provisionalísima. c) Impugnación Indirecta. a') La impugnación indirecta no abre el acceso a la casación en la nueva LJCA: el artículo 86.3 LJCA (de 1998) sólo se aplica si en la sentencia recurrida se declara la nulidad de una disposición de carácter general. b') La impugnación indirecta puede basarse en la inaplicación de normas. d) Supuestos en que es posible analizar la prueba de la Sala de instancia. e) El artículo 14 CE no opera automáticamente en relación con el artículo 93.4 LJCA (1956) si es consecuencia de la aplicación de Derecho autonómico. B) Procedimiento. a) Preparación: el motivo del artículo 95.1.3 LJCA (de 1956) se debe citar en el escrito de preparación. b) Los defectos del escrito de preparación no son subsanables en el de interposición. c) En el escrito de interposición debe explicarse el alcance de la vulneración alegada. d) El escrito de interposición se puede presentar en el Juzgado de Guardia sólo el último día y a horas en que no esté abierto el Registro del Tribunal Supremo. e) El procedimiento de la Ley 62/1978 no abre, por sí, el cauce casacional. C) Inadmisibilidad. a) La aplicación de la Disposición Transitoria Tercera de la nueva LJCA no depende de la notificación de la sentencia. b) Los defectos formales del escrito de interposición no impiden la admisión del recurso si se puede dar a conocer el contenido y alcance de los motivos. c) No es motivo casacional la negativa del Tribunal de instancia a plantear una cuestión de inconstitucionalidad. d) La doctrina del Tribunal Constitucional no puede invocarse si se refiere a la ley ordinaria. e) Las controversias sobre actos cuya competencia es de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo no son recurribles en casación. f) Falta de

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

fundamento: es admisible el recurso en el que no se citen los motivos si tal defecto no se denuncia por las partes. g) Personal. a') Son recurribles las cuestiones de personal al servicio de particulares. b') La impugnación del Acuerdo que aprueba las relaciones laborales de los funcionarios municipales no es una cuestión de personal excluida de la casación. c') No es cuestión de personal la prestación de la función de recaudación mediante una concesión de servicio (gestión indirecta). d') No es cuestión de personal un concierto de funcionarios con la Seguridad Social. e') Los corredores de comercio no son personal a los efectos casacionales. f') La jubilación implica la extinción de la relación de servicio. g') Las convocatorias de plazas de catedrático pueden constituir la relación de servicio. h') Las bases del procedimiento selectivo tienen carácter normativo y son recurribles en casación. h) Cuantía. a') Las cuotas de la Seguridad Social se liquidan por meses. b') La exclusión de acceso a la Universidad no sobrepasa el límite casacional. c') En materia de asignación catastral el valor de la pretensión lo determina la cuota del Impuesto.

INTRODUCCIÓN

La presente crónica, que abarca el período de julio a diciembre de 2000 en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi y las SSTC publicadas en el BOE en los meses de junio a agosto del mismo año, recoge numerosos pronunciamientos sobre la nueva Ley Jurisdiccional de 1998, destacando los relativos a la atribución competencial dentro de este orden jurisdiccional y al alcance de la impugnación indirecta.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Competencia

a) La titularidad de fincas afectadas por una concentración parcelaria es una cuestión civil

La STS de 16 de marzo de 2000, Ar. 6723, ha señalado que el debate que se refiere a la propiedad de las fincas es una cuestión civil cuyo conocimiento es ajeno a la competencia de la jurisdicción contenciosa, aunque no se ignoran los efectos que puede tener sobre el resultado de la concentración parcelaria el ejercicio de aquellas acciones civiles.

b) Corresponde al orden social conocer de los Convenios Colectivos para el personal laboral y de la prestación de asistencia sanitaria por empresa colaboradora

La STS de 28 de abril de 2000, Ar. 4829, ha reconocido que el recurso relativo al Convenio Colectivo del personal laboral de un Ayuntamiento y no a sus funcionarios es competencia del orden jurisdiccional social.

Por otra parte, la STS de 18 de septiembre de 2000, Ar. 8182, ha señalado que la determinación de si corresponde o no a una empresa colaboradora en la asistencia sanitaria de la Seguridad Social asumir determinadas prestaciones es un acto genéricamente encuadrable dentro de lo prestacional lo que impone concluir que es el orden social de la Jurisdicción el competente para su conocimiento, ya que no cabe reconducir el tema del recurso a un problema de gestión recaudatoria.

c) El deslinde del dominio público marítimo-terrestre no corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo

La resolución en la que se define el deslinde del dominio público marítimo-terrestre no puede ser reputada como arbitrario, ni puede ser alterado por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, al no corresponderle decidir sobre cuestiones de propiedad. Por este motivo la STS de 20 de julio de 2000, Ar. 6167, declara no haber lugar al recurso en el que se suscita una estricta cuestión de propiedad de los terrenos, no de regularidad de la actividad material de fijación de los límites, que es ajena a este orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

d) Corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conocer de la afiliación a la Seguridad Social como consecuencia de actas de liquidación

Según las SSTS de 12 de junio de 2000, Ar. 6738 y 6741, corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conocer los casos en que se impugnan altas y bajas que se acuerdan de oficio como consecuencia de actas de liquidación, si, además, los contenidos litigiosos se refieren de forma clara a la obligación de cotizar, sin estar afectadas en las impugnaciones prestaciones de la Seguridad Social.

e) Los actos recaudatorios de la Seguridad Social son recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

La STS de 9 de febrero de 2000, Ar. 6532, estima como gravemente dañosa al interés general, y notablemente perturbadora de una doctrina jurisprudencial notoriamente consolidada, la tesis de la incompetencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de las pretensiones formuladas sobre los actos recaudatorios de la Seguridad Social. Se sostiene que los actos de liquidación del capital coste de renta referidos en el artículo 4, apartado 1, del RD 716/1986, de 6 de marzo, son recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, previa la vía administrativa, pero sólo por

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

motivos de oposición inherentes a la determinación de su cuantía, y siempre que tal acto de liquidación no se dicte en ejecución de una Sentencia de la Jurisdicción Social sobre el reconocimiento de la pensión y/o sobre la imputación de responsabilidad del pago de la misma.

f) Competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo

Según el **ATS de 30 de junio de 2000**, Ar. 7212, los actos de naturaleza sancionatoria, emanados de un organismo autónomo de carácter local –Instituto Metropolitano del Taxi–, dotado de personalidad jurídica propia, competen a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo –artículo 8.1.e)– y en segunda instancia, a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia –artículo 10.2–. Lo mismo ocurriría, si se entendiera que la regla aplicable es el artículo 8.3, en atención a que las resoluciones impugnadas provienen de un ente público cuya competencia no se extiende a todo el territorio nacional, toda vez que las excepciones previstas en su párrafo segundo están referidas, en lo que interesa, a los organismos públicos de carácter estatal.

Las **SSTS de 11 de julio de 2000**, Ar. 7224 y 7225, ha declarado competente, *ex artículo 8.3 LJCA* (de 1998) al Juzgado de lo Contencioso-administrativo para conocer de un recurso interpuesto contra resoluciones del Subdirector Provincial de Gestión Recaudatoria de la Seguridad Social en Madrid desestimatorias de recursos ordinarios entablados por el demandante contra reclamaciones de deudas a la Seguridad Social (Régimen Especial de Autónomos), reclamaciones cada una de ellas de importe inferior a 10.000.000 de pesetas.

La LJCA (de 1998) carece de una norma que expresamente determine la atribución de la competencia judicial para conocer de la impugnación de actos o disposiciones generales procedentes de órganos periféricos de los organismos autónomos estatales, o de los organismos con personalidad jurídica propia y competencia nacional. Sin embargo, como señalan las **SSTS de 11 de abril, 22 y 23 de mayo de 2000**, Ar. 4518, 4523 y 4525, y de **6, 7, 11 y 14 de julio de 2000**, Ar. 5322, 5323, 5324, 5325, 5326, 7214, 7215, 7226 y 7227, la lógica jurídica conduce, en aplicación del citado art. 13.a) LJCA, a que en estos casos se ha de dar al problema la solución que se establece en el inciso inicial del citado art. 8.3, LJCA, que dispone que corresponde a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo el conocimiento de las impugnaciones de actos de la Administración Periférica del Estado. Por ello, estas resoluciones han declarado que la competencia para conocer de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra resoluciones de Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social, corresponde a dichos Juzgados.

g) Competencias de los Tribunales Superiores de Justicia

Los **AATS de 30 de junio y 1 de julio de 2000**, Ar. 5320 y 5321 y la **STS de 1 de julio de 2000**, Ar. 7223, han declarado la competencia, *ex letra i)* del apartado 1 del artículo 10 LJCA (de 1998), de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer del recurso con-

tencioso-administrativo deducido contra una resolución de la Oficina Española de Patentes y Marcas, ya que la actividad administrativa relacionada con la protección registral de las diversas manifestaciones de la propiedad industrial siempre se ha venido entendiendo que se encuentra contemplada, a efectos competenciales en la locución legal “propiedades especiales”, supuesto, como es indudable, que la propiedad industrial es una de las llamadas propiedades especiales.

B) Objeto

a) Los actos políticos son enjuiciables por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

La STS de 11 de mayo de 2000, Ar. 7081, ha destacado que la configuración del acto político como categoría *per se*, como una de las clases de los actos del Estado excluidos del control jurisdiccional por el artículo 2 de la abrogada LJCA (de 1956), no ha sido recogida por la vigente Ley Jurisdiccional, en cuya Exposición de Motivos terminantemente declara incompatible cualquier categoría de actos de autoridad –llámense actos políticos, de Gobierno o de dirección política– con el principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al Ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho.

b) Cuestión de ilegalidad: para ser admisible el recurso han de cumplirse unos requisitos de procedibilidad

El objeto de la cuestión de ilegalidad se centra en determinar si la disposición impugnada es correcta jurídicamente. Según el artículo 27.1 LJCA (de 1998), cuando el Juez o Tribunal de lo Contencioso hubiese dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición.

En este sentido, la STS de 21 de julio de 2000, Ar. 7096, subraya que la cuestión será admitida si se cumplen los requisitos legales en cuanto a emplazamiento de las partes y restantes requisitos de procedibilidad, de manera que, con arreglo a los artículos 123 y siguientes de la LJCA, hay que tener en cuenta, primero, si en cumplimiento del artículo 27.1 de la Ley, se ha dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada y si, según el artículo 123, el Auto de planteamiento se ciñe exclusivamente al precepto reglamentario cuya declaración de ilegalidad sirve de base para la estimación de la demanda. Y segundo, si el Auto de planteamiento constituye una resolución suficientemente motivada que acota el objeto de la cuestión y se ciñe a la parte del precepto reglamentario que sirve de base para la valoración de ilegalidad.

c) La impugnación de una disposición de carácter general por ausencia de contenido tiene un alcance limitado

El problema de la posibilidad de anular una disposición reglamentaria por ausencia de contenido, es decir, por haber omitido el precepto de que se trate determinadas reglas o prescripciones que hubiesen debido de incluirse en su texto ya ha sido abordado y resuelto por la Jurisprudencia, oportunamente recordada por la **STS de 15 de junio de 2000**, Ar. 6742, habiéndose llegado a la conclusión de que, si bien es admisible el control judicial de la inactividad u omisión reglamentaria, en el ejercicio de dicho control es preciso distinguir entre aspectos discrecionales y reglados; de suerte que la posibilidad de sustitución por vía judicial de la potestad administrativa ha de quedar subordinada a aquellos supuestos en que, o bien la Administración haga dejación de sus facultades competenciales atribuidas con carácter imperativo por la normativa legal, o bien cuando el silencio de la disposición reglamentaria suponga la creación implícita de una situación jurídica contraria a las leyes o a la Constitución.

C) Sujetos

a) Postulación

a') Los recursos contra disposiciones de carácter general no pueden calificarse de personal

El **ATS de 19 de junio de 2000**, Ar. 7444, ha reiterado la doctrina que, en virtud de la distinción entre cuestiones de personal y disposiciones generales, considera que no es aplicable a estas últimas la posibilidad excepcional del artículo 23.3 citado, por lo que, los funcionarios recurrentes deben comparecer con asistencia de Abogado y Procurador. Es decir, las “cuestiones de personal” hacen referencia a los litigios referidos a la impugnación de actos administrativos que afecten a los derechos estatutarios de los funcionarios, pero no a las impugnaciones de disposiciones generales, para las que rige la regla general de postulación.

b') El recurso de súplica se puede formular sin Abogado ni Procurador mientras no se resuelva sobre la solicitud de asistencia gratuita

Siéndole imposible al litigante cumplir la regla general acerca del modo de personación –mientras no se resuelva lo procedente respecto a la petición que en su momento hizo de asistencia jurídica gratuita– el **ATS de 14 de abril de 2000**, Ar. 5869, le entiende dispensado, al solo efecto de la formulación del recurso de súplica, de hacerlo en forma valiéndose de Abogado y de Procurador.

b) La distinción entre coadyuvante y codemandado ha desaparecido en la nueva LJCA

Los artículos 29.1.b) y 30.1 LJCA (de 1956) establecen la distinción entre los codemandados, que son las personas a cuyo favor derivaren derechos del propio acto, y los coadyuvantes, que son los que tuvieren interés directo en el mantenimiento del acto o disposición que motivaren la acción contencioso-administrativa, distinción que, como ha

precisado el ATS de 17 de mayo de 2000, Ar. 5378, ha desaparecido en la nueva Ley de la Jurisdicción [artículo 21.1.b)], como consecuencia de que el artículo 24 de la Constitución dispensa la misma tutela judicial al titular de un derecho que al titular de un interés legítimo.

D) Procedimiento

a) Interposición: la extemporaneidad se aprecia incluso si se alega la nulidad radical del acto administrativo

Las SSTs de 22 de abril y 3 de mayo de 2000, Ar. 4076 y 4223, han insistido en la jurisprudencia que establece la necesidad de apreciar la extemporaneidad de los recursos articulados contra una decisión administrativa, aunque se basen en la supuesta nulidad radical de la misma, a no ser que se haya acudido a la vía de instar la revisión del acto viciado utilizando el artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

b) La caducidad sólo se produce por causas imputables a las partes

La STS de 9 de mayo de 2000, Ar. 6265, ha señalado que para que la paralización del procedimiento sea determinante de la caducidad prevista en el mencionado artículo 91 LJCA (de 1998) es preciso que obedezca a una causa exclusivamente imputable a la parte y no lo será cuando de impulsar la sustanciación del proceso se trata, lo que corresponde de oficio al Tribunal por imperativo del artículo 237 LOPJ.

c) No es incongruente la sentencia que no se pronuncia sobre una cuestión alegada sólo en conclusiones

La STS de 30 de mayo de 2000, Ar. 5152, ha señalado que la sentencia de la Sala de Instancia no es incongruente por no abordar ni decidir la cuestión de la extemporaneidad del requerimiento o del recurso jurisdiccional, por ser nueva dicha cuestión, ya que no la planteó el recurrente en su contestación a la demanda en la instancia, sino sólo en conclusiones, cuando ya nadie podía alegar sobre ella.

d) La dilación en la tramitación debe denunciarse

La STC 103/2000, de 10 de abril, ha señalado que para que el Tribunal Constitucional pueda apreciar el retraso injustificado en la Administración de Justicia, no basta con que el órgano judicial haya incurrido en retraso indebido, sino que además es necesario que el interesado lo haya denunciado, permitiendo su reparación.

e) La falta del recurso de súplica es excusable en determinados casos

Según la STC 140/2000, de 29 de mayo, la falta de interposición del recurso de súplica contra el auto denegatorio de la prueba, y del eventual recurso de casación, es excusable

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

por la falta de ofrecimiento por parte del Tribunal y por la falta de defensa técnica del recurrente por tratarse de un proceso en materia de personal.

f) El emplazamiento edictal de un trabajador víctima de un accidente laboral en el procedimiento contencioso sobre la sanción administrativa impuesta a la empresa vulnera el derecho a la tutela judicial

Según la STC 143/2000, de 29 de mayo, el emplazamiento edictal de un trabajador víctima de un accidente laboral en el contencioso sobre la sanción administrativa impuesta a la empresa vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. Aunque el objeto del contencioso-administrativo en el que se impugnaba la sanción impuesta por infracción de las normas de seguridad e higiene en el trabajo difiere del objeto del procedimiento administrativo de la Seguridad Social sobre recargo de prestaciones a la empresa, y del eventual proceso laboral, es innegable la trascendencia que una eventual sentencia anulatoria de la sanción podría tener respecto de la resolución sobre el recargo.

g) El requisito de la comunicación previa tiene escasa relevancia procesal

La STC 160/2000, de 12 de junio, ha destacado la escasa relevancia procesal del requisito de la comunicación previa en el proceso contencioso-administrativo regulado en el artículo 57.2.f) de la anterior LJCA (de 1956), y, por tanto, su carácter subsanable.

E) Suspensión

a) El aval garantiza el pago de las multas y otros perjuicios que la suspensión pueda ocasionar

El ATS de 18 de julio de 2000, Ar. 5873, ha señalado que, conforme a lo establecido en el artículo 124 LJCA (de 1956), la mera satisfacción de las sanciones impuestas no es suficiente para la devolución de los avales, habida cuenta de que podrían haberse originado otros perjuicios como consecuencia de la suspensión de las mismas. De aquí que deba mantenerse la garantía, ante la eventualidad de que dentro del plazo del año se pueda ejecutar la misma por quienes se consideren dañados. Frente a esto no cabe argumentar que el aval sólo garantizaba el pago de las multas, pues aunque coincide con las cantidades correspondientes a ellas y su principal objetivo era evitar el quebranto patrimonial por su impago, ello no quiere decir que no respondieran de otros perjuicios que nacieran de la suspensión acordada.

b) La doctrina del *fumus boni iuris* debe ser objeto de una matizada aplicación

La doctrina de la apariencia del buen derecho se ha incorporado a nuestra jurisprudencia como criterio para decidir sobre la procedencia de las medidas cautelares y, singularmente, sobre la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado. Sin embargo, como señala el ATS de 17 de enero de 2000, Ar. 5645, tal doctrina debe ser objeto de una matizada aplicación acorde con los criterios jurisprudenciales sentados. En primer lugar, no

puede traducirse en un anticipo del juicio sobre el fondo del asunto que está vedado en el incidente de suspensión. En segundo término, la entidad de la apariencia debe ser ponderada circunstanciadamente, de manera que sólo cuando la presunción de legalidad del acto administrativo impugnado se vea destruida *prima facie* por aquella apariencia puede entenderse que queda excluido el fundamento de la ejecutividad y por ende plenamente justificada la suspensión. Por último, se ha precisado que para poder aplicar la doctrina del *fumus bonis iuris* como causa de suspensión y elemento integrador del artículo 122 de la anterior Ley de la Jurisdicción de 1956 y artículo 130 de la actual LJCA, es necesario que concurran dos requisitos: de una parte, una apariencia razonable de buen derecho en la posición del recurrente porque en las actuaciones aparezcan datos relevantes que justifiquen aquélla sin necesidad de un análisis profundo de la legalidad del acto impugnado, ya que tal análisis corresponde hacerlo en los autos principales; y, de otra, una falta de contestación seria de la Administración que desvirtúe esa posible apariencia.

c) El período probatorio es independiente para el proceso principal y para el incidente cautelar

Como señala la STS de 17 de julio de 2000, Ar. 6127, una cosa es la tramitación del proceso principal y otra la del incidente cautelar que puede promoverse, bien en el mismo escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, por medio de otrosí, o bien en un momento posterior mediante escrito autónomo. Pero, en uno u otro caso, el proceso incidental tiene su propia dinámica, con oportunidad de aportar desde el primer escrito las pruebas de que disponga, sean plenas o meramente indiciarias, tendentes a provocar la convicción del juez de la concurrencia de los presupuestos (apariciencia de buen derecho y peligro en la demora) para el otorgamiento de la medida solicitada, así como de los datos mínimos que permitan al juez ponderar los intereses en conflicto. Y esto puede y tiene que hacerse en el incidente cautelar, con independencia de lo que luego pueda obrarse en el proceso principal.

d) Los perjuicios derivados de la publicación de una resolución sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia son compensables

La STS de 25 de septiembre de 2000, Ar. 7692, ha señalado que los perjuicios que se derivarían de la publicación de las resoluciones sancionadoras del Tribunal de Defensa de la Competencia no son irreparables ya que para juzgar sobre si la publicación de la parte dispositiva de una resolución sancionadora causa o no un daño irreparable a la imagen de la empresa sancionada ha de valorarse, más que el solo dato de la publicación, el contenido o naturaleza de la conducta que se sanciona y se hace pública. Por otra parte, el interés público representado por hacer llegar a los consumidores el acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia, en aras del beneficio del mercado, es prevalente al daño que puede ocasionarse a la empresa con la publicación, el cual, en cualquier caso, sería reparable si obtuviese sentencia favorable a su pretensión anulatoria.

e) El artículo 130 LJCA (de 1998) preserva la finalidad legítima del proceso

El ATS de 12 de julio de 2000, Ar. 7781, ha señalado que la razón determinante para acceder o no a la suspensión de la ejecución del acto o disposición objeto de impugnación en vía jurisdiccional se encuentra en la necesidad de evitar que la eficacia de la disposición o la ejecución del acto administrativo pueda hacer perder al proceso su finalidad legítima, como dispone el artículo 130.1 LJCA (de 1998). Si bien, el propio precepto impone una previa valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, para denegar la medida cautelar si de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de terceros.

f) La doctrina de los actos tributarios no se extiende a otros ámbitos de contenido económico

La exigencia de cuotas que se derivan de la ejecución de un Proyecto de Reparcelación, pertenece al ámbito urbanístico, pese al contenido económico del acto impugnado, por lo que, como ha precisado la STS de 17 de mayo de 2000, Ar. 4099, carece de aplicabilidad los mecanismos de suspensión con prestación de fianza que en otros sectores del ordenamiento están consagrados, muy específicamente la suspensión con prestación de fianza reconocida en el campo tributario.

g) La obligación de salir del territorio nacional no es un acto negativo

Las SSTs de 16 y 26 de mayo de 2000, Ar. 5591 y 5597, nos recuerdan la jurisprudencia que reconoce que, aunque la denegación de la exención de visado constituya un acto negativo, la obligación impuesta de abandonar el territorio español es susceptible de suspensión conforme a lo establecido con carácter general por el artículo 122 LJCA (de 1956). Y ello porque si bien la denegación es un acto de contenido negativo, la obligación de salir del territorio español tiene un evidente carácter positivo, por lo que, aun impuesta legalmente, es susceptible de suspensión cautelar.

F) Costas: los Letrados y Procuradores están obligados a repercutir en su minuta el IVA correspondiente

Según la STS de 11 de julio de 2000, Ar. 6564, la tasación de costas alcanza en puridad a los honorarios del Letrado y derechos y suplidos de los Procuradores, siendo ajena a la misma toda cuestión relativa a la procedencia o no de la repercusión del Impuesto sobre el Valor Añadido o de la retención del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, tributos que son consecuencia de la previa y definitiva tasación de costas. Ahora bien ello no implica que los Letrados y Procuradores minutantes no vengán obligados a repercutir en su minuta, separadamente de las cantidades reclamadas en concepto de honorarios y derechos, el IVA correspondiente, cuestión esta distinta a la de que sobre tal repercusión la Sala haga una declaración con la fuerza propia de un pronunciamiento judicial, ya que si surgiera contienda entre los sujetos implicados, la misma debe ser resuelta por la Administración y no por el Tribunal que no puede actuar en esta materia, ni en ninguna otra de índole administrativa, preventivamente.

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) Objeto

a) Es recurrible en casación el auto resolutorio de una súplica si se indicó que procedía tal recurso

La STS de 7 de junio de 2000, Ar. 5169, ha considerado admisible el recurso que se dirige contra el auto resolutorio de la súplica, y no contra el inicial que acordó la suspensión con garantía –sin perjuicio de reconocer que el objeto de este recurso es esta última resolución– ya que se da la singularidad de que en la notificación del mismo se indicó que procedía el recurso de súplica, y en la del que resuelve ésta se expresa que cabe recurso de casación, por lo que una declaración de inadmisibilidad tendría su origen en una defectuosa notificación, recayendo en la parte los perjuicios derivados de ella. Sin embargo, el ATS de 26 de junio de 2000, Ar. 5315, ha declarado que resulta irrelevante que en la sentencia no se haya indicado la procedencia o no de interposición del recurso de casación porque tal indicación –ex artículo 248.4 LOPJ– corresponde a la notificación de la misma, y, en todo caso es una mera información a las partes respecto de los medios de impugnación que pueden utilizarse, en su caso, contra una resolución judicial, información que aquéllas no están obligadas a seguir y que no las exime de la carga de interponer el recurso procedente cuando se encuentren asistidas de Letrado.

b) No cabe contra auto por el que se acuerda una medida cautelar provisionalísima

El ATS de 9 de junio de 2000, Ar. 5614, nos recuerda que, de acuerdo con el artículo 94.1.b) LJCA (de 1956), sólo será susceptible de recurso de casación el auto que resuelva sobre si se debe o no acceder a suspender la ejecución de la resolución administrativa combatida, pero no el auto en que se adopta una medida cautelar provisionalísima, que no pone término a la pieza separada de suspensión toda vez que sus efectos únicamente se extienden hasta que se dicte la resolución que concluya dicha pieza separada, no siendo, en consecuencia, el citado auto susceptible de recurso de casación.

c) Impugnación Indirecta

a') La impugnación indirecta no abre el acceso a la casación en la nueva LJCA: el artículo 86.3 LJCA (de 1998) sólo se aplica si en la sentencia recurrida se declara la nulidad de una disposición de carácter general

Los AATS de 10 de julio de 2000, Ar. 7675 y 7676, al inadmitir sendos recursos de casación, señalan que el recurso indirecto contra disposiciones de carácter general, a diferencia de lo que establecía el artículo 93.3 de la Ley anterior de esta Jurisdicción, no abre en la actualidad el acceso al recurso de casación, toda vez que el artículo 86.3 de la vigente Ley, circunscribe la impugnabilidad al caso de que las sentencias declaren nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

En este sentido, el **ATS de 26 de junio de 2000**, Ar. 5318, ha destacado que la comparación del vigente artículo 86.3 LJCA y su precedente normativo –artículo 93.3– revela que su diferencia no es de matiz sino que, por el contrario, esta modificación es un claro exponente del cambio en el régimen jurídico de la impugnación de las disposiciones generales que ha realizado la **Ley 29/1998**. A estos efectos, precisa que el artículo 86.3 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 hacía expresa alusión al recurso indirecto, en la línea que ahora establece el artículo 81.2.d) de la **Ley 29/1998** para acceder al recurso de apelación. 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 (art. 26 LRJCA)– debe plantear dicha cuestión de ilegalidad ante “el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición” (artículo 27.1 LRJCA), 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 LRJCA)”. 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 LRJCA).

b) La impugnación indirecta puede basarse en la inaplicación de normas

Las **SSTS de 16 de febrero de 2000**, Ar. 4552 a 4565, consideran propio de un recurso contencioso-administrativo de impugnación indirecta la polémica sobre la inaplicación de la normativa reglamentaria específica que regula el complemento de destino de la parte recurrente, funcionario de cuerpo docente, y la aplicación para su determinación de los Decretos que regulan ese complemento para los funcionarios de la Administración General de la Comunidad Autónoma. Por lo que existiría base para considerar incluíble el caso en la previsión específica del art. 93.3 LJCA (de 1956).

d) Supuestos en que es posible analizar la prueba de la Sala de instancia

Es ya doctrina reiterada de esta Sala que la formación de la convicción sobre los hechos para resolver las cuestiones objeto del debate procesal está atribuida al órgano judicial que con inmediación se encuentra en condiciones de examinar los medios probatorios, sin que pueda ser sustituido en tal cometido por este Tribunal de casación. Ahora bien, como ha recordado la **STS de 3 de abril de 2000**, Ar. 4433, ello no impide que puedan ser objeto de revisión en sede casacional los siguiente temas probatorios o relacionados con la prueba: a) la infracción del artículo 1214 del CC, que puede traducirse en una vulneración de las reglas que rigen el reparto de la carga de la prueba, invocable a través del artículo 95.1.4º LJCA; b) quebrantamiento de las formas esenciales del juicio con indefensión de la parte cuando, indebidamente, no se ha recibido el proceso a prueba o se ha inadmitido o declarado impertinente o dejado de practicar algún medio probatorio en concreto que tenga relevancia para la resolución definitiva del proceso; c) infracción o

vulneración de las normas del ordenamiento jurídico relativas a la prueba tasada o a la llamada prueba de presunciones; d) infracción de las reglas de la sana crítica cuando la apreciación de la prueba se haya realizado de modo arbitrario o irrazonable o conduzca a resultados inverosímiles, que puede hacerse valer por el mismo cauce de infracción del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, pues el principio de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos que consagra el artículo 24 de la Constitución comporta que estos errores constituyan vulneraciones del citado derecho y por ende infracciones del ordenamiento jurídico susceptibles de fiscalización por el Tribunal Supremo; e) infracción cometida cuando, al socaire de la valoración de la prueba, se realizan valoraciones o apreciaciones erróneas de tipo jurídico, como puede ser la aplicación a los hechos que se consideran probados de conceptos jurídicos indeterminados que incorporan las normas aplicables; f) errores de tipo jurídico cometidos en las valoraciones llevadas a cabo en los dictámenes periciales, documentos o informes, que, al ser aceptados por la sentencia recurrida, se convierten en infracciones del ordenamiento jurídico imputables directamente a ésta; y, por último, g) cabe también integrar la relación de hechos efectuada por la sala de instancia cuando, respetando la apreciación de la prueba realizada por ésta, sea posible tomar en consideración algún extremo que figure en las actuaciones omitido por aquélla, el cual sea relevante para apreciar si se ha cometido o no la vulneración del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia denunciada.

e) El artículo 14 CE no opera automáticamente en relación con el artículo 93.4 LJCA (1956) si es consecuencia de la aplicación de Derecho autonómico

Las SSTS de 4, 13 y 14 de abril de 2000, Ar. 4053, 4054, 4055, 4057, 4197, 4198 y 4200, han precisado que el juego del principio de igualdad no opera en relación con el contenido directo de las causas de discriminación vedada del artículo 14 CE, lo que, en su caso, dotaría de sustancialidad individualizada a dicho precepto y atribuiría a su aplicación la funcionalidad “relevante y determinante del fallo de la sentencia”, precisa para fundamentar el recurso de casación por infracción de normas no emanadas de las Comunidades Autónomas, si en el discurso de la sentencia recurrida la apelación al principio de igualdad es una mera consecuencia del análisis de disposiciones de la Comunidad Autónoma, situándose así el verdadero centro de gravedad del proceso en la normativa autonómica.

B) Procedimiento

a) Preparación: el motivo del artículo 95.1.3 LJCA (de 1956) se debe citar en el escrito de preparación

Como han señalado las SSTS de 17 de enero de 2000, Ar. 4324 a 4326, resulta irrelevante que uno de los motivos alegados en el escrito de interposición del recurso de casación venga amparado en el ordinal 3º del artículo 95.1 LRJCA (de 1956) si no se anunció en el escrito de preparación del recurso, ya que si no se anuncia en el escrito de

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

preparación que el recurso vendrá fundado en su día en motivo distinto del previsto en el núm. 4 del artículo 95.1 es imposible que el Tribunal *a quo*, al que corresponde pronunciarse sobre la preparación del recurso, pueda conocer ese dato.

b) Los defectos del escrito de preparación no son subsanables en el de interposición

La STS de 30 de octubre de 2000, Ar. 8179, invocando el ATC 3/2000, de 10 de enero, ha señalado que los defectos en que incurra el escrito de preparación respecto de la exigencia de justificación de que la infracción de la norma no emanada de los Órganos de la Comunidad Autónoma ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia, con explicitación de cómo, por qué y de qué forma ha influido y ha sido determinante del fallo, no son subsanables en el posterior escrito de interposición, pues se trata de cargas procesales que la Ley impone en fases perfectamente diferenciadas y cuyo cumplimiento a este Tribunal, sometido al imperio de la Ley, no puede dejar de exigir.

c) En el escrito de interposición debe explicarse el alcance de la vulneración alegada

La STS de 28 de junio de 2000, Ar. 6722, ha rechazado el primer motivo de casación en el que se limita a considerar infringidos determinados artículos, pero sin concretar en qué medida se produce esta infracción, ya que, dado el carácter extraordinario del recurso de casación, se exige a la parte recurrente explicar cuál es el alcance de la vulneración de determinados preceptos por la sentencia recurrida. No corresponde a esta Sala investigarlos de oficio, porque con ello se iría en contra de lo dispuesto en el artículo 99.1 LJCA (de 1956), cuando señala que se expresará “razonadamente” el motivo en que se ampara la casación. Por lo demás, tal exigencia viene impuesta por el principio de contradicción, conforme al cual las partes deben conocer los argumentos en que se funda la otra, con el fin de que no se les produzca indefensión.

d) El escrito de interposición se puede presentar en el Juzgado de Guardia sólo el último día y a horas en que no esté abierto el Registro del Tribunal Supremo

Las SSTS de 28 de junio de 1999, Ar. 6401 y 6402, nos recuerdan la doctrina que establece que la presentación de los escritos que no son de término efectuada ante el Juzgado de Guardia sólo se puede admitir el último día de un plazo perentorio y en horas en que no se halle abierto el Registro de entrada del Órgano al que vaya dirigido. La regla general es que el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo se presente en la Secretaría del órgano judicial al que va dirigido, pues sólo de ese modo puede el Secretario extender diligencia para hacer constar el día y hora de la presentación y entregar a la parte el correspondiente recibo. Fuera de las horas ordinarias de despacho y por razones de integridad de los plazos procesales, se permite que pueda efectuarse en el buzón previsto en la Real Orden de 17 de noviembre de 1914, si existiere en el edificio judicial y el escrito se deposita antes de las veinticuatro horas del día anterior a la mañana en que es recogido. Y también en el Juzgado de Guardia de la sede del órgano judicial destinatario siempre que se trate de escritos de término, esto es, aquellos para cuya presentación existe un plazo perentorio que vence precisamente el día en que se hace.

e) El procedimiento de la Ley 62/1978 no abre, por sí, el cauce casacional

La STC 94/2000, de 10 de abril, ha dejado sentado que la interpretación del Tribunal Supremo que considera que el hecho de haberse seguido el cauce procesal de la Ley 62/1978 no abre, por sí, el acceso al recurso de casación, sino que sólo son recurribles aquellas que sean susceptibles de tal recurso conforme a las reglas de la LJCA, por lo que no es ilógica la inadmisión de un recurso de casación por tratarse de una cuestión de personal seguida por ese procedimiento especial.

c) Inadmisibilidad**a) La aplicación de la Disposición Transitoria Tercera de la nueva LJCA no depende de la notificación de la sentencia**

La demora en el pronunciamiento de la sentencia o en la notificación de la misma podrán tener, en su caso, las oportunas consecuencias jurídicas, pero no permiten a este Tribunal soslayar la “plena aplicación” del régimen del recurso de casación regulado en LJCA (de 1998) —ex Disposición Transitoria Tercera de la misma— cuando, como aquí ha ocurrido, la preparación del recurso ha tenido lugar con posterioridad a su entrada en vigor. La aplicación de la citada disposición transitoria no puede hacerse depender, ante la ausencia de previsión alguna al respecto, de las contingencias relacionadas con el momento en que tenga lugar la notificación de la resolución judicial sin que padezca el principio de seguridad jurídica. Por ello, como ha señalado el **ATS de 10 de julio de 2000, Ar. 7678**, no puede anudarse al pretendido retraso en la notificación de la sentencia el derecho fundamental del recurrente a la tutela judicial efectiva.

b) Los defectos formales del escrito de interposición no impiden la admisión del recurso si se puede dar a conocer el contenido y alcance de los motivos

La STS de 19 de mayo de 2000, Ar. 6726, ha considerado que, a pesar de que falte alguna precisión en la formulación del escrito de interposición —acumulación de preceptos, algunos de improcedente cita, y dual mención de motivos—, ello no es suficiente para el rechazo del recurso de casación a limine, si puede entenderse que el escrito de formalización o de interposición del recurso cumple con la finalidad que le es propia de dar a conocer suficientemente la naturaleza, contenido y alcance de los motivos de casación.

c) No es motivo casacional la negativa del Tribunal de instancia a plantear una cuestión de inconstitucionalidad

Las SSTs de 16 de mayo y 13 de junio de 2000, Ar. 5487 y 5995, nos recuerdan que la negativa o rechazo por el Tribunal de instancia a plantear la cuestión de inconstitucionalidad no constituye motivo casacional autónomo que requiera respuesta jurisprudencial por parte del Tribunal Supremo.

d) La doctrina del Tribunal Constitucional no puede invocarse si se refiere a la ley ordinaria

Es doctrina reiterada que únicamente puede invocarse como jurisprudencia infringida, por el cauce del artículo 88.1.d) LJCA, la doctrina sentada en la aplicación e interpretación de la ley por el Tribunal Supremo. Sin embargo, de conformidad con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en “todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional”. A su vez, el apartado 1 del mismo artículo dispone que “los jueces y tribunales interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

De ello, la **STS de 23 de marzo de 2000, Ar. 7370**, infiere que la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional de los preceptos constitucionales puede ser invocada en casación para razonar la infracción de los preceptos de la Constitución que se consideren vulnerados por la resolución recurrida. Sin embargo, la doctrina emanada del Tribunal Constitucional no puede citarse como infringida en la medida en que siente criterios relacionados con la aplicación de la ley ordinaria no necesariamente derivados de la interpretación de la norma constitucional, pues fijar los criterios de interpretación y aplicación de la misma corresponde a la jurisprudencia de este Tribunal.

e) Las controversias sobre actos cuya competencia es de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo no son recurribles en casación

El Tribunal Supremo, mediante, entre otros, el **ATS de 30 de junio de 2000, Ar. 7212**, ha considerado de nuevo que a las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva LJCA de 1998 en los procesos pendientes antes de esa fecha, cuya competencia corresponda a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo –y que, según la Disposición Transitoria Primera, apartado 1, continuaran tramitándose ante dichas Salas hasta su conclusión–, se les debe aplicar la Disposición Transitoria Primera, apartado 2, último inciso, de la referida Ley, lo que significa que el régimen de recursos es el establecido en esa Ley para las sentencias dictadas en segunda instancia, contra las que no cabe recurso de casación, pues éste sólo procede –artículo 86.1– contra las recaídas en única instancia.

f) Falta de fundamento: es admisible el recurso en el que no se citen los motivos si tal defecto no se denuncia por las partes

A pesar de que el recurrente no cumple con la formalidad exigida y que es esencial en todo recurso de casación, de concretar cuál de los motivos expresamente previstos en la LJCA, la **STS de 30 de mayo de 2000, Ar. 6729**, en aras de la tutela efectiva y porque ninguna de las partes ha denunciado tal irregularidad y que la misma les ocasione indefensión, deja al margen tal defecto de forma y entra en el análisis de los distintos motivos de casación aducidos.

g) Personal**a') Son recurribles las cuestiones de personal al servicio de particulares**

La STS de 21 de enero de 2000, Ar. 6534, recuerda la inimpugnabilidad de las sentencias de instancia recaídas en recursos contencioso-administrativos interpuestos frente a actos administrativos dictados en expedientes de regulación de empleo, sobre la base de la previsión del artículo 94.1.a) LJ, en la redacción anterior a la reforma efectuada por la Ley 10/1992; esto es, en relación con el recurso de apelación del que ciertamente estaban excluidos los asuntos referentes a “cuestión de personal al servicio de particulares”. Mas no ocurre lo mismo respecto del recurso de casación, cuya regulación, en este aspecto, redujo el ámbito de la exclusión, puesto que el artículo 93.2.a) LJ (de 1956) se refiere sólo a “cuestiones de personal al servicio de la Administración Pública”, sin hacer mención de las cuestiones de personal al servicio de particulares que, por tanto, no están excluidas *ratione materiae* de dicho recurso de casación.

b') La impugnación del Acuerdo que aprueba las relaciones laborales de los funcionarios municipales no es una cuestión de personal excluida de la casación

El Acuerdo que aprueba las relaciones laborales de los funcionarios de un Ayuntamiento no se contrae a una concreta relación funcionarial, sino que, como ha señalado el ATS de 12 de junio de 2000, Ar. 5615, presenta un rasgo de generalidad y de vocación ordenadora de futuro, característico de las normas jurídicas, cualquiera que sea su vestidura formal, de ahí que, atendida su significación material, deba entenderse que estamos ante impugnación de normas, a las que no le es aplicable el referido excluyente de la casación.

c') No es cuestión de personal la prestación de la función de recaudación mediante una concesión de servicio (gestión indirecta)

La STS de 29 de marzo de 2000, Ar. 5741, ha rechazado la caracterización como cuestión de personal de las bases para la provisión, mediante concurso de méritos, de plazas de recaudadores del servicio de una Diputación Provincial, toda vez que la relación jurídica entre la Diputación convocante del concurso y los adjudicatarios de las plazas ofertadas no es la propia de la relación de servicios de los funcionarios públicos, sino la derivada de una concesión administrativa. Una vez designado el adjudicatario no se establece una relación de dependencia estable entre la Diputación y el adjudicatario, fuera de la que resulta de los términos del concurso y concesión, corriendo a cargo del designado recaudador las remuneraciones a satisfacer al personal que él mismo designe para auxiliarle, siendo el servicio que se adjudica un funcionamiento autónomo, aunque sujeto a las responsabilidades y obligaciones impuestas por la Ley y resultantes de las bases, y viniendo a funcionar como una empresa, que contrata a su costa los instrumentos de trabajo, personal, etc. Y sin que se pueda entender que se perciba por el recaudador una retribución con cargo a los presupuestos del ente con quien concierta el servicio.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

d') No es cuestión de personal un concierto de funcionarios con la Seguridad Social

El Concierto Marco para la prestación de asistencia sanitaria suscrito entre una Mutualidad de funcionarios y la Seguridad Social no es, a efectos casacionales, una cuestión de personal porque, como ha recordado la STS de 14 de junio de 2000, Ar. 5171, lo que está en litigio no son aspectos de una concreta relación jurídica, controvertidos entre un funcionario y una administración pública, sino discrepancias entre dos administraciones públicas respecto al contenido de sus obligaciones propias.

e') Los corredores de comercio no son personal a los efectos casacionales

Es doctrina jurisprudencial pacífica, reiterada por la STS de 10 de julio de 2000, Ar. 6159, la que entiende que el Corredor de Comercio cumple una función pública, pero sin integrarse por ello en la Administración, por lo que no puede ser incluido entre el personal de la Administración a los efectos del precitado artículo 93.2.a) LJCA (de 1956), sin que a ello obste, puesto que las normas procesales son de orden público, la conformidad del recurrente con determinadas actuaciones procesales o incluso el error en la tramitación del proceso.

f') La jubilación implica la extinción de la relación de servicio

Según la STS de 3 de mayo de 2000, Ar. 4572, la solicitud de jubilación por incapacidad permanente y reconocimiento de pensión extraordinaria por inutilización en acto de servicio o como consecuencia del mismo es una cuestión de personal en la que se halla en juego la jubilación del recurrente y, por tanto, la extinción de la relación funcional, lo que abre la vía de la casación de conformidad con el artículo 93.2.a) LJCA (de 1956).

g') Las convocatorias de plazas de catedrático pueden constituir la relación de servicio

La STS de 8 de mayo de 2000, Ar. 4578, ha señalado que la convocatoria de un concurso público para la provisión de una cátedra en la Universidad como en el supuesto de cualquier otra convocatoria de concursos o pruebas para la provisión de plazas de trabajo correspondientes a los funcionarios públicos, es una cuestión de personal —entendida ésta como toda pretensión directamente relacionada con el nacimiento, desarrollo o extinción de la relación de servicio con las Administraciones Públicas— que en absoluto afecta a la extinción de la relación de servicio de los que ya tuvieron la condición de funcionario público, sino que la actuación enjuiciada, en todo caso, es la constitutiva de la relación, no la extintiva.

h') Las bases del procedimiento selectivo tienen carácter normativo y son recurribles en casación

Según el ATS de 29 de mayo de 2000, Ar. 4608, las Bases que han de regir el procedimiento selectivo para la cobertura de plazas de suboficiales y Sargentos del Servicio de Extinción de Incendios es un acto de contenido normativo, por cuanto constituye la regulación a la que en el futuro han de ajustarse las convocatorias para las plazas a ser-

vir, por los funcionarios a que alude. Es decir, no se trata en sí misma de una convocatoria para determinadas plazas, lo que constituiría un acto general que aunque pudiera afectar a una pluralidad, incluso indeterminada de destinatarios, no resultaría recurrible en casación por carecer del carácter de norma reglamentaria, sino que nos encontramos ante una resolución de contenido normativo que complementa la regulación de las pruebas y, como tal susceptible de recurso de casación.

h) Cuantía

a') Las cuotas de la Seguridad Social se liquidan por meses

Es doctrina reiterada, que nos recuerda las **SSTS de 20 (dos) y 21 de julio de 2000**, Ar. 6544, 6545 y 6547, que tratándose de cuotas por débitos a la Seguridad Social, las cifras que deben tomarse en consideración a los efectos de la admisión o no del recurso de casación, son las cuotas mensuales, en atención a que tales cuotas se autoliquidan e ingresan por el sujeto obligado mes por mes y no por períodos de tiempo distintos.

b') La exclusión de acceso a la Universidad no sobrepasa el límite casacional

El **ATS de 26 de junio de 2000**, Ar. 5312, ha considerado que la Resolución de una Comisión Interuniversitaria por el que se excluye al recurrente de las listas de admitidos para el ingreso en las Universidades en titulaciones con limitación de plazas, no se deriva de una relación de servicio o dependencia con la Administración. Ahora bien, por razón de la cuantía es notorio que el litigio tiene una vertiente económica que no puede superar la cantidad de veinticinco millones de pesetas. Así, aun acudiendo, para cuantificar el valor de la pretensión –ex artículo 50.1 de la anterior LJCA, hoy artículo 42 del nuevo texto legal– a parámetros como pueden ser las tasas del examen, el coste de la matrícula del curso o incluso el de la enseñanza durante el curso académico o cualquier otro que se derive de no haber aprobado el examen de ingreso hasta la siguiente convocatoria, en ningún caso se alcanza el tope de 25.000.000 de pesetas legalmente establecido para acceder a un recurso extraordinario como es el de casación.

c') En materia de asignación catastral el valor de la pretensión lo determina la cuota del Impuesto

Es doctrina reiterada, recordada, entre otras muchas, por las **SSTS de 4 de mayo y 5, 15 y 19 de julio de 2000**, Ar. 4227, 7837, 7838 y 7839, que en materia de asignación catastral a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, el valor de la pretensión no puede venir determinado por el nuevo valor catastral, que es la base imponible del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, sino por el importe de la cuota fijada en el acto administrativo recurrido.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES

LAS INESPERADAS CONSECUENCIAS DE LA CONTRACTUALIZACIÓN DE LAS RETRIBUCIONES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

(A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2000)

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

Sumario:

I. Introducción. II. El objeto de la impugnación: de las declaraciones del Ministro a la naturaleza jurídica de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado. III. La interpretación jurisprudencial de la naturaleza jurídica de los Acuerdos Administración-sindicatos. IV. La obligación de negociar el incremento de las retribuciones y la eficacia de lo negociado. V. El problema jurídico de la vinculación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado a los Acuerdos suscritos por el Gobierno. VI. Algunas reflexiones sobre la Sentencia.

I. INTRODUCCIÓN

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000 ha resuelto el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Federación de Enseñanza de Comisiones Obreras. En dicho recurso, la parte recurrente solicitaba que se declarara la nulidad de la resolución del Ministro para las Administraciones Públicas de 19 de septiembre de 1996 en la que manifestaba su intención de no incrementar las retribuciones de los funcionarios públicos para el año 1997. Sin embargo, la sentencia ha terminado obligando a la Administración a aumentar automáticamente las retribuciones de los funcionarios según el incremento del IPC en el año 1997 y a negociar otros posibles incrementos retributivos que pudieran haberse acordado en el seno de la negociación, traducándose todo ello en la inaplicación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1997, que había establecido la congelación salarial en el ámbito de la Función Pública.

Esta Sentencia no sería especialmente significativa si no fuera porque ha sido la primera vez que un Tribunal se ha pronunciado en términos tan claros y contundentes sobre el carácter contractual de las retribuciones de los funcionarios públicos y el difícil problema de la vinculación de las leyes presupuestarias anuales a lo previamente negociado por el Gobierno. En concreto, la sentencia deja clara la obligación de la Administración de negociar el incremento de las retribuciones de los funcionarios y la vinculación del

Gobierno a lo previamente pactado en los Acuerdos. Sin embargo, soluciona de una forma bastante dudosa —y abierta al debate doctrinal— el problema de la vinculación jurídica del Gobierno a sus Acuerdos a la hora de elaborar el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, así como la libertad de las Cortes para su enmienda y aprobación. Por todo ello resulta sumamente interesante realizar un análisis sobre la construcción jurídica que de estos problemas ha realizado la Sentencia, siendo conscientes, claro está, de que son muchas las dudas que a partir de esta Sentencia pueden suscitarse y que por su importancia merecerían ser objeto de un estudio más profundo y detallado pero que, sin duda alguna, excedería de lo que en este momento resultan ser nuestras pretensiones.

II. EL OBJETO DE LA IMPUGNACIÓN: DE LAS DECLARACIONES DEL MINISTRO A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS LEYES DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO

El fundamento jurídico primero de la Sentencia se centra explícitamente en justificar la competencia de la Sala y el objeto de la impugnación, lo cual no es en modo alguno baladí si tenemos en cuenta que el conflicto tiene su origen en unas manifestaciones que el Ministro para las Administraciones Públicas vertió en el seno de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado, en virtud de las cuales comunicaba a los representantes de los funcionarios la decisión de la Administración de no incrementar las retribuciones a los funcionarios para el año 1997.

Para la Sala, no cabe duda de que estas declaraciones del Ministro tienen la consideración de un acto administrativo, toda vez que a través de ellas “el Ministro estaba actuando en la Mesa de Negociación como órgano administrativo habilitado para realizar la negociación con los representantes de los funcionarios, en orden al establecimiento de las condiciones de trabajo de éstos. En tal sentido realizó la manifestación de voluntad administrativa de exclusión en la negociación de un elemento relativo a la retribución de los funcionarios, cual es el incremento de la misma”. A partir de ahí, entenderá la Sala que se ha producido un acto administrativo con incidencia en la esfera jurídica de sus funcionarios, que posteriormente se vio reflejado en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para dicho año, que no consignó como gasto ningún incremento de las retribuciones para los empleados públicos.

Reconduciendo el objeto del proceso a las pretensiones de las partes en relación con las declaraciones del Ministro, la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional justifica su competencia en el artículo 66 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que le atribuye el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con las disposiciones y actos emanados de los Ministros, así como en el Auto del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1997, a través del cual el Tribunal Supremo se había inhibido a favor de la Audiencia Nacional por entender que se trataba meramente de una cuestión de personal relativa a las retribuciones de los funcionarios públicos en relación con

las competencias de un Ministro¹. No obstante, la construcción jurídica que acaba haciendo la sentencia va más allá del planteamiento inicial que realiza en este primer fundamento y al cual, en mi opinión, debería haberse ceñido. Y digo esto porque la parte dispositiva de la sentencia no se limita a declarar la conformidad o disconformidad de dicho acto al ordenamiento jurídico, declarando en su caso su nulidad y restableciendo las situaciones jurídicas perturbadas, sino que acaba pronunciándose sobre el contenido y naturaleza jurídica de las leyes presupuestarias que las Cortes aprueban cada año.

Para ello, la Sala insiste en que:

“lo que se ventila en este litigio es una cuestión de personal. Y es importante señalar esto porque, tratándose una de las cuestiones que se nos somete, de retribuciones a los funcionarios, en tal aspecto intervienen otras instancias constitucionales en la medida en que las retribuciones de los funcionarios han de tener su reflejo en los Presupuestos Generales del Estado. Sin embargo, ello no altera la competencia del Ministerio autor del acto en relación a los aspectos funcionariales de la Administración Pública, porque cada titular de Departamento tiene las competencias que le corresponden sin que los aspectos económicos de las mismas que hayan de reflejarse en los Presupuestos alteren tal competencia. Así las cosas, el acto recurrido encierra dos aspectos: a) negativa del órgano administrativo competente a negociar en relación con la Ley 7/1990 y b) negativa a incrementar las retribuciones en relación con el IPC para el año 1997 en aplicación del Acuerdo de 15 de septiembre de 1994”.

Queda así, pues, reconducido el objeto del proceso a estas dos cuestiones.

III. LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACUERDOS ADMINISTRACIÓN-SINDICATOS

La principal cuestión que se plantea en esta sentencia no es otra que la de determinar el valor jurídico y la eficacia que la negociación colectiva funcional tiene en materia de retribuciones. Pero antes de ver cómo la sentencia resuelve este conflicto, resulta sumamente interesante recordar el valor que la propia ley y la jurisprudencia han dado a estos frutos de la negociación entre la Administración y los representantes sindicales de los funcionarios públicos. Para ello hemos de partir necesariamente del artículo 35 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de regulación de los órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, con las importantes reformas introducidas en este punto por la Ley 7/1990, de 19 de julio. Dicho precepto establece que los Acuerdos versarán sobre

(1) Cabría plantearse, sin embargo, hasta qué punto no hubiera debido entrar a conocer de este asunto la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (art. 58 de la LOPJ 6/1985), toda vez que la participación del Ministro en el proceso negociador lo es en función únicamente de su representación para negociar, es decir, como un representante del Consejo de Ministros ante la Mesa de Negociación, y no en función de su condición de titular de un determinado Departamento Ministerial. Por ello, el acto del Ministro, a mi juicio, debería haber sido imputado al Consejo de Ministros, que es el competente para la negociación según se deduce del artículo 35 de la Ley 7/1990 .

materias de competencia del Consejo de Ministros, Consejos de Gobierno de Comunidades Autónomas u órganos correspondientes de las Entidades Locales, siendo necesaria para su validez y eficacia la aprobación expresa y formal de estos órganos en su ámbito respectivo.

No obstante, es preciso tener en cuenta que el Consejo de Ministros con ese acto de aprobación, no sólo realiza un control de legalidad, sino también un control de oportunidad en el que los criterios de valoración no son simplemente jurídicos, sino también políticos y económicos. Una vez aprobado, el Acuerdo se incorpora al ordenamiento general con plena eficacia normativa, tal como dispone el artículo 35 de la Ley 7/1990, aunque la doctrina no se pone de acuerdo a la hora de determinar la naturaleza y el papel exacto que dicho fruto de la negociación pasa a desempeñar en nuestro ordenamiento jurídico².

Con esta nueva regulación parece evidente que el legislador ha querido romper con la unilateralidad que hasta entonces había caracterizado la relación funcional³, apartándose considerablemente del modelo clásico estatutario que, tal como en su día interpretó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 99/1987, de 11 de junio, se caracterizaba básicamente por venir regulado mediante leyes y reglamentos administrativos⁴. Pues bien, aunque no nos vamos a detener en la incidencia que la introducción de la negociación colectiva ha tenido en la teoría estatutaria⁵, para la mejor comprensión de la sentencia que estamos analizando, sí resulta interesante subrayar la idea de que nuestra Constitución ha impuesto un sistema de Función pública en el que necesariamente tie-

(2) Para MAURI MAJÓS, Joan, "Problemas de la representación sindical y la negociación colectiva en la Función Pública. Convergencias y divergencias con el empleo privado", *Documentación Administrativa*, n.º 241-242, 1995, pág. 261, por ejemplo, el Acuerdo aprobado actuaría como un reglamento, aunque se trataría de un reglamento elaborado a través de un procedimiento convencional. Entre aquellos otros autores que resaltan especialmente su naturaleza convencional podemos destacar, entre otros, a ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, "La negociación colectiva de los funcionarios públicos", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n.º 1, 1992, págs. 36 y ss; OJEDA AVILÉS, Antonio, "La negociación colectiva en el sector público", en la obra colectiva coordinada por Federico CASTILLO BLANCO, titulada *Situación actual y tendencias de la Función Pública española*, Comares, Granada, 1998, pág. 546 o CARRERA ORTIZ, Carlos, "Naturaleza y eficacia jurídica de la negociación colectiva en la función pública en España", *Relaciones Laborales*, n.º 38, 1989, pág. 269, que insisten en que la norma jurídica resultante no es fuente unilateral de regulación, sino que, desde el punto de vista material y formal, se trata de un verdadero acuerdo, es decir, de una nueva fuente del derecho de carácter convencional semejante a los convenios colectivos laborales.

(3) Tal como ha apuntado ARENILLA SAEZ, Manuel, *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, la Ley, Madrid, 1993, pág. 142, se trata de una novedad que consigue que "la ley deje de estar vedada a la negociación colectiva, cuestión que por sí sola redefine y revoluciona el sistema de vinculación de los funcionarios con sus respectivas Administraciones".

(4) Recordemos que en dicha Sentencia el Tribunal estableció que "el funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de ley y legalidad, sin que consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso (...), porque ello se integra en las determinaciones unilaterales lícitas del legislador, al margen de la voluntad de quien entra al servicio de la Administración, quien, al hacerlo, acepta el régimen que configura la relación estatutaria".

(5) Para ello nos remitimos a CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, *El empleo público: entre estatuto funcional y contrato laboral*, Marcial Pons, Madrid, 2001, págs. 340 y ss.

nen que ser compatibles el régimen estatutario con el ejercicio de los derechos sindicales. A partir de ahí, la introducción de la negociación colectiva en el ámbito funcional, por más que ésta se incluya dentro del propio régimen estatutario, va a suponer que los ingredientes autoritarios de este sistema tradicional de regulación de las relaciones entre los funcionarios y la Administración se van a ver considerablemente erosionados⁶.

La jurisprudencia ha considerado que el artículo 32 de la Ley 9/1987 establece una auténtica obligación de negociar para las Administraciones Públicas. En caso de no observarse dicha negociación, o de elaborar un reglamento que contenga disposiciones contrarias a lo previamente acordado, la norma reglamentaria será declarada nula⁷. Por lo que se refiere, por tanto, a las relaciones entre reglamentos y convenios, puede decirse que la jurisprudencia los ha configurado como una fase previa e imprescindible del procedimiento legalmente establecido de elaboración de las normas reglamentarias que afecten a la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios pues, tal como ha resaltado MAURI MAJÓS, la compatibilidad del régimen estatutario con un reconocimiento eficaz de los derechos sindicales de los funcionarios estriba precisamente en reservar la regulación unilateral para los casos graves de imposibilidad de continuar la negociación⁸.

De mayor calado, sin embargo, son los problemas que se plantean a la hora de articular las relaciones entre la ley y el convenio, pues el artículo 103.3 de la Constitución instituye una reserva a favor de las fuentes legales para la regulación del régimen estatutario de los funcionarios públicos⁹. En este sentido, el Tribunal Supremo ha mantenido siempre una línea jurisprudencial clara y constante que deja pocas dudas respecto a la relación entre la ley y el convenio colectivo. Así, ha negado expresamente que la reserva de

(6) ENTRENA CUESTA, Rafael, "El régimen estatutario de los funcionarios públicos como postulado constitucional", *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1991, pág. 2.614.

(7) Ello se refleja claramente en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 10 de septiembre de 1999 (2502/1999), que declara la nulidad del Acuerdo adoptado en un Ayuntamiento por no haber negociado previamente las retribuciones funcionariales. Ante dicha infracción, dirá la Sala que "la consecuencia de ello no puede ser otra que la nulidad radical del Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento demandado, en conformidad con lo que dispone el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, apartado e), cuando prevé la nulidad de pleno derecho de los actos de las Administraciones Públicas dictados prescindiendo total o absolutamente del procedimiento legalmente establecido". Planteamientos similares se encuentran también, entre otras muchas, en las Sentencias del Tribunal Supremo 7556/1995, de 18 de noviembre y en la 8791/1995, de 16 de noviembre.

(8) MAURI MAJÓS, Joan, *op. cit.*, pág. 267.

(9) En cuanto a las concretas materias que constituyen el estatuto y, por tanto, están excluidas de la negociación, el Tribunal Constitucional, principalmente en su Sentencia 99/1987, de 11 de junio, ha establecido "que el régimen estatutario es un ámbito cuyos contornos no pueden ser definidos en abstracto y *a priori*, pero en el que pueden considerarse incluidas todas las materias relativas a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, las condiciones de promoción en la carrera administrativa, las situaciones administrativas que en la misma pueden darse, los derechos de los funcionarios, entre los que cabe incluir el establecimiento de las retribuciones, sus incrementos, los deberes y responsabilidades, su régimen disciplinario, la creación e integración de los cuerpos y escalas funcionariales, las condiciones de provisión de puestos de trabajo en las Administraciones públicas, así como los derechos de representación y negociación colectiva de los funcionarios públicos".

ley pueda operar como mínimo de derecho necesario y que, en lógica consecuencia, en los aspectos en que sea posible, mediante negociación se pueda mejorar la regulación estatal¹⁰. Ha rechazado, pues, la tesis de la asimilación analógica, que postula que el ámbito de la negociación debería empezar donde acaba la reserva de ley, que operaría simplemente como un mínimo de derecho necesario, de forma similar a lo que ocurre en el ámbito laboral. De esta manera, a partir de la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 7544/1993, de 22 de octubre, ha quedado consolidada la doctrina de que “las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario emanado de la legislación básica del Estado y, en su caso, de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas, no permiten que por analogía con el sistema de relaciones laborales, tal bloque legislativo sea identificable como plataforma de “mínimos”, sobre la que pueda pivotar una constelación de unidades negociadoras pactando cada una a su libre albedrío, bajo el lema de que lo que no está prohibido por la ley debe presumirse que está permitido y puede ser objeto de regulación con arreglo al buen criterio de la Mesa de Negociación, refrendado por la respectiva Corporación Municipal”¹¹. La negociación colectiva de los funcionarios se limita en estos casos a ser simplemente una condición previa para el ejercicio de la correspondiente iniciativa legislativa por parte del Gobierno central o los Gobiernos autonómicos.

Por otra parte, decíamos que es aquí precisamente donde se plantean los principales problemas a la hora de determinar el valor de la negociación colectiva porque todas las materias que constituyen el estatuto funcional, y entre las que se encuentran las retribuciones y sus incrementos, exigen por imperativo constitucional su regulación mediante ley, correspondiendo, en consecuencia, a las Cortes Generales su definitiva determinación. Obviamente, las facultades de negociación que tiene la Administración sobre estas materias se reducen considerablemente, toda vez que el órgano competente para negociar no coincide con el órgano que tiene la competencia para legislar. La negociación acaba convirtiéndose simplemente en un estadio preliminar del proyecto que, como resalta PALOMAR OLMEDA, ni siquiera será tal si el Gobierno no lo asume como propio, con el agravante, además, de que el Gobierno no se encuentra jurídicamente obligado a asumir tal estadio preliminar y el Parlamento tampoco lo está a tramitarlo y no enmendarlo. De ahí derivará el autor el escaso valor práctico del acuerdo, que puede ser sucesivamente desconocido por el Gobierno y el Parlamento, que es soberano, sin que ello tenga ninguna consecuencia jurídica¹².

(10) Por eso no es de extrañar que algunos autores como SALA FRANCO, Tomás y ROQUETA BUJ, Remedios, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 264, consideren que las relaciones entre los acuerdos colectivos y la ley son una trasposición de las que rigen las relaciones entre la ley y el reglamento.

(11) El mismo argumento se repite, entre otras muchas, en las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 9254/1994, de 16 de noviembre, 7907/1995, 1564/1995, de 4 de diciembre, 1582/1996, de 19 de febrero, 3954/1996, de 6 de mayo, 1409/1997, de 10 de febrero, 8451/1997, de 28 de noviembre, 9327/1997, de 5 de diciembre, etc.

(12) PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Dykinson, Madrid, 1996, pág. 364.

Sin embargo, veremos que esto no siempre es así. La Sentencia de la Audiencia Nacional ha venido precisamente a establecer las consecuencias jurídicas que supone la desvinculación del Gobierno a la hora de presentar un proyecto de ley ante las Cortes a lo previamente pactado con los sindicatos, concediendo de esta forma a los Acuerdos un valor jurídico y una eficacia respecto de la ley que para gran parte de la doctrina administrativa hubiera parecido algo impensable¹³.

IV. LA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR EL INCREMENTO DE LAS RETRIBUCIONES Y LA EFICACIA DE LO NEGOCIADO

El enredoso esquema argumental que utiliza la Sentencia dificulta considerablemente que el intérprete pueda realizar una exposición lineal tanto de los problemas que se plantean en cada caso concreto como de las soluciones que se proponen. No obstante, vamos a intentar analizar las cuestiones más relevantes sobre las que se pronuncia la Sentencia, aunque advirtiendo que el propósito de seguir un hilo argumental más sencillo y coherente nos obliga a tomar ciertas licencias y, en no pocas ocasiones, a saltar de un fundamento jurídico a otro.

Pues bien, desde esta perspectiva puede decirse que la Sentencia trata de dilucidar dos cuestiones básicas: en primer lugar, si es obligatoria la negociación sobre ciertos aspectos de las retribuciones de los funcionarios y, en segundo lugar, el valor y eficacia que tienen los Acuerdos suscritos por la Administración y los sindicatos sobre tales cuestiones. A la primera de estas cuestiones dedica sus fundamentos jurídicos segundo y tercero. En ellos la Sala realiza un análisis de la normativa que resulta aplicable a la negociación de los funcionarios en esta materia y, en concreto, los artículos 32 y siguientes de la Ley 7/1990 y del Convenio¹⁴ de la OIT núm. 151. A partir de ahí, llega la Sala a la conclusión de que:

“1) las cuestiones relativas al incremento de las retribuciones son objeto de negociación colectiva; 2) existe una obligatoriedad de negociar sobre tal cuestión en cuanto existe una obligatoriedad de negociar sobre todas las materias contenidas en el artículo 32. Así resulta del artículo 34, *a sensu contrario*, puesto que tal precepto excluye expresamente de la obligación de negociar determinados aspectos, entre los que no se incluye la cuestión retributiva que nos ocupa; 3) la exclusión de la negociación de las materias contenidas en el artículo 32, siempre que no se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 34, sólo

(13) Habrá que ver, no obstante, la resolución final que se acaba dando a todos estos problemas si tenemos en cuenta, por una parte, que el Tribunal Supremo ha admitido a trámite el recurso presentado por UGT y otros sindicatos sobre esta misma cuestión y, por otra, que, a pesar de que la Sentencia de la Audiencia Nacional establecía expresamente la imposibilidad de recurrir por tratarse de una cuestión de personal, el Gobierno ha preparado un recurso de casación contra la misma al entender, entre otros motivos, que la sentencia trasciende a lo que es meramente una cuestión de personal para inscribirse en el núcleo de la política económica general del Estado. En concreto, en el momento de presentación de este trabajo, la Audiencia Nacional ha dictado ya providencia en la que se tiene por preparado el recurso de casación, conforme a lo dispuesto en los artículos 90 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio.

(14) En dicho instrumento se establece el compromiso de los poderes públicos de adoptar las medidas necesarias para el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación o de cualesquiera otros medios que permitan la participación de los empleados públicos en la determinación de sus condiciones de trabajo.

puede realizarse de acuerdo entre las partes, como resulta del artículo 33. Quiere ello decir, que dado que la negociación tiene por objeto las materias del artículo 32, que por exclusión no es obligatoria la negociación en los supuestos del artículo 34 y que el artículo 33 establece que se negociará sobre las materias que ambas partes estimen oportunas; resulta evidente que la exclusión de la negociación de algunas de las cuestiones del artículo 32, sólo podrá hacerse con el consentimiento de ambas partes negociadoras”.

Una vez sentada esta premisa básica de la que parte toda la construcción jurídica que posteriormente realiza la Sentencia, se analiza el alcance de dicha negociación mediante una trasposición automática al ámbito funcional de los principios que rigen la negociación colectiva en el ámbito laboral. La Sala entiende, efectivamente, que dichos principios han de servir como criterio inspirador en la solución de los conflictos de los funcionarios públicos en sus relaciones de trabajo con la Administración, “puesto que tales relaciones tienen las notas de prestación de servicios y ajeneidad propias de las relaciones laborales”. En concreto, tras aplicar a la Administración el “principio de la negociación de buena fe¹⁵”, deduce la Sala que no hubo ningún intento serio y razonable de intentar la negociación, lo que le permite concluir que la exclusión del incremento retributivo de la negociación por parte del Ministro vulneró los artículos 32, 33 y 34 de la Ley 7/1990.

La Audiencia ha interpretado, pues, que el artículo 33 de la Ley 7/1990 exige que la eventual “exclusión” de alguna de estas materias sólo pueda realizarse por consentimiento expreso de las partes. No obstante, este mismo precepto también podría ser susceptible de una lectura diferente, en la medida en que dispone que “el proceso de negociación se abrirá con carácter anual (...) y comprenderá, de entre las materias relacionadas en el artículo anterior, las que ambas partes estimen oportuno”. Este precepto, efectivamente, podría ser interpretado en el sentido de que es precisamente “la inclusión “ de materias, y no su “exclusión”, lo que exigiría el consentimiento de ambas partes, introduciéndose así en este punto un principio de libertad de negociación similar al que rige en el ámbito de las relaciones laborales. Sin embargo no es ésta la interpretación que realiza la Sentencia, que parece partir de una lógica de la contractualidad bien distinta, en virtud de la cual, y dada la situación de superioridad en la que por su propia naturaleza se encuentra la Administración, habría que limitar a toda costa la posibilidad de que ésta pudiera excluir unilateralmente alguna de las materias recogidas en el listado del artículo 32. Interpretación esta que, por otra parte, no hace sino seguir la línea jurisprudencial marcada por el Tribunal Supremo sobre la obligatoriedad de la negociación funcional a la que antes hemos hecho referencia.

Por lo que respecta a la segunda de las cuestiones apuntadas, esto es, a la eficacia de la negociación, se da la circunstancia de que existía un previo Acuerdo suscrito por el anterior Gobierno socialista y los sindicatos sobre las condiciones de trabajo en la Administración Pública para el período 1995-1997. Dicho Acuerdo había sido aprobado

(15) Según dispone la Sentencia, la buena fe engloba la imposibilidad de obstruir una negociación colectiva con medios de presión mientras la misma se produce, pero también y fundamentalmente, el intento serio y razonado de llegar a acuerdos sobre el objeto de la negociación.

por el Consejo de Ministros el 16 de septiembre de 1994 y publicado en el BOE el 20 de septiembre de ese mismo año¹⁶. Pues bien, antes de pronunciarse sobre la efectividad de los Acuerdos, la Sala realiza en su fundamento jurídico cuarto un análisis de los artículos 28 y 37 de la Constitución que, a mi juicio, y dada la confusa interpretación que de ellos termina haciendo, poco contribuye a clarificar la resolución del caso. Y digo esto porque al ser la negociación colectiva de los funcionarios públicos un derecho de configuración estrictamente legal, su valor y eficacia hay que buscarlos precisamente en la propia ley, en concreto en el artículo 35 de la Ley 7/1990, que declara que para la validez y eficacia de los Acuerdos será necesaria su aprobación expresa y formal por parte, en el caso que nos ocupa, del Consejo de Ministros.

La Sala, sin embargo, para llegar a esta misma conclusión ha empleado una desafortunada redacción que parece considerar el derecho a la negociación colectiva como un derecho fundamental. Así, dirá que:

“admitido que el legislador puede, sin vulneración constitucional, ampliar el contenido de los derechos fundamentales más allá de su contenido esencial, dotándolos de una configuración legal más intensa que el propio mínimo constitucional, hemos de considerar el contenido que al derecho a la negociación colectiva de los funcionarios ha dado la Ley 7/1990 porque, aun no siendo de rango constitucional, tal contenido lo es legal, y por ello con la fuerza de obligar propia de tal norma jurídica”.

De toda esta argumentación deducirá finalmente la Sala que:

“la Ley 7/1990 expresamente atribuye fuerza vinculante a los Pactos y Acuerdos válidamente adoptados en la negociación colectiva, que han de ser cumplidos por las partes en la negociación; siendo una parte la Administración del Estado, ella queda vinculada por el Acuerdo que nos ocupa –respecto del cual la Ley de aplicación no reconoce *ius variandi*–, y no ya por la naturaleza jurídica del Acuerdo, que lo es de convenio entre empleador y empleados, ni tampoco como consecuencia de la vinculación de los convenios colectivos laborales, cuya regulación no es aquí aplicable; sino como consecuencia de la aplicación de la Ley 7/1990 que expresamente regula en el ámbito funcional el alcance y consecuencias de la negociación colectiva en dicho ámbito, y que determina la vinculación y obligatoriedad del Acuerdo”.

(16) El capítulo II del Título II del Convenio establece el incremento de las retribuciones para 1995, en el cual se establece expresamente que “se acuerda incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para dicho ejercicio un incremento de las retribuciones de los empleados públicos igual al incremento del IPC previsto en el Proyecto de presupuestos para 1995”. Por su parte, el capítulo VI regula el incremento de retribuciones para 1996 y 1997, estableciendo que “las retribuciones de los empleados públicos para 1996 y 1997 experimentarán un incremento según la previsión presupuestaria del crecimiento del IPC para dichos ejercicios. Se tendrán además en cuenta el grado de cumplimiento de las previsiones y de los compromisos sobre los que se hubiera basado el incremento retributivo del ejercicio anterior, la previsión del crecimiento económico y la capacidad de financiación de los Presupuestos Generales del Estado determinada en función de la previsión del déficit presupuestario del conjunto de las Administraciones Públicas, la valoración del aumento de la productividad del empleo público derivado del desarrollo de acciones o programas específicos y la evolución de los salarios y del empleo del conjunto del país”.

Dado, pues que la Administración se ha negado a negociar y dado, sobre todo, que el Acuerdo de 1994 tiene fuerza obligatoria y es plenamente vinculante, el restablecimiento del orden jurídico perturbado exige, a juicio de la Sala y según dispone en su fundamento jurídico quinto, lo siguiente:

- “1. Respecto a la inaplicación del Acuerdo de 15 de septiembre de 1994 con vulneración del artículo 35 de la Ley 7/1990; la consecuencia jurídica ha de ser la correcta aplicación de los contenidos de dicho Acuerdo en aquellos elementos que permiten su automática aplicación sin necesidad de negociación alguna, este aspecto no es otro que el automático incremento de las retribuciones según el incremento del IPC en el año 1997.
2. En relación a otros incrementos que pudieran acordarse en el seno de la negociación considerando los factores señalados en el propio capítulo VI del Acuerdo; la consecuencia jurídica es la efectiva negociación de la Administración y los representantes de los funcionarios en los términos recogidos en el Acuerdo y con efectividad de lo que resulte de la negociación colectiva, al año 1996, que es el momento al que viene referido el incumplimiento.”

Estas conclusiones han sido objeto de un voto particular por parte del Magistrado D. José María del Riego Valledor, quien parte de la base de que la negociación colectiva en el ámbito de la Función Pública “no es un hecho simple” dado el modelo adoptado por nuestra Constitución en su artículo 103.3 y dada, sobre todo, la existencia de una reserva de ley para la configuración del régimen estatutario. Entiende el Magistrado que “la negociación colectiva en materia de incrementos retributivos como los examinados tiene como límite la falta de eficacia directa de los acuerdos o pactos logrados, pues los efectos del pacto o acuerdo alcanzan únicamente a incluir el incremento pactado en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado”. Y esto precisamente se vería, a su juicio y no sin falta de lógica, reflejado en el Acuerdo de 1994, donde se distingue claramente entre el tratamiento de los incrementos retributivos para 1995, donde sí se recoge explícitamente la obligación del Gobierno de reflejarlo en el Proyecto de Ley de Presupuestos para dicho año, y el tratamiento para los años sucesivos, donde ya no aparece expresamente este compromiso de inclusión por parte del Gobierno. Ello permite al Magistrado considerar que el pacto para 1996-1997 no tiene eficacia directa, sino que tendría un carácter meramente de orientación y guía para la futura negociación.

Hasta aquí la Sentencia no supone en sí misma ninguna novedad respecto a lo ya apuntado por la jurisprudencia sobre la obligatoriedad de la negociación y la plena eficacia de los Acuerdos cuando la Administración pretende desconocerlos a través del ejercicio de su potestad reglamentaria. Su aspecto más significativo radica, no obstante, en que proclama esta misma eficacia incluso frente al legislador, lo cual plantea importantes problemas de articulación jurídica, tal como seguidamente veremos.

V. EL PROBLEMA JURÍDICO DE LA VINCULACIÓN DE LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO A LOS ACUERDOS SUSCRITOS POR EL GOBIERNO

El hecho de que la Sentencia fije la obligación de las partes firmantes del Acuerdo de cumplir lo previamente pactado parece perfectamente lógico y coherente con la esencia misma de la negociación. Ahora bien, los problemas se plantean cuando la eficacia de lo pactado no depende directamente de las partes firmantes, sino de un tercero que no ha intervenido en la negociación. En este supuesto concreto, el Acuerdo de 1994 sólo puede desplegar sus plenos efectos económicos si las Cortes Generales recogen dichos incrementos retributivos en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales, cosa que no ha sucedido en el caso que nos ocupa, pero que no ha impedido a la Sala pronunciarse sobre la naturaleza y contenido que han de tener dichas leyes y, finalmente, sobre la vinculación de las mismas a los “compromisos previos legalmente asumidos”.

Efectivamente, la Sentencia reconoce en varios de sus fundamentos jurídicos que en materia de retribuciones de los funcionarios se encuentran implicadas diversas instituciones reconocidas en la Constitución, en la medida en que éstas están incluidas en el concepto de gasto público, ahora bien “el Gobierno y las Cortes Generales, estas últimas en el ejercicio de potestades no legislativas, encuentran un límite legal en la potestad de ordenación del gasto público y por ello en la elaboración y aprobación de los Presupuestos cuando el Ordenamiento determina de forma vinculante un determinado gasto público”. A partir de ahí, reconoce la Sala el difícil problema jurídico que se plantea, toda vez que al ser competencia de las Cortes Generales la enmienda y aprobación de los Presupuestos Generales, podría entenderse que éstas no están vinculadas a los previos Acuerdos adoptados por el Gobierno y los representantes sindicales. De esta manera, “si aceptamos que los Acuerdos y Pactos sólo vinculan si han sido convenidos directamente por las entidades con competencia para elaborar y aprobar el gasto público por medio de los Presupuestos, llegamos al absurdo de que los mismos nunca serían vinculantes, cuando el propio artículo 35 declara su fuerza y eficacia vinculante expresamente, porque los órganos que según la propia Ley 7/1990 tienen aptitud para la negociación colectiva, no son las Cortes Generales. Ello supondría una contradicción interna en la Ley que haría inexistente el derecho a la negociación colectiva, en el contenido y alcance por ella misma declarado, esto es, los Pactos y Acuerdos vinculan, en los términos del artículo 35 de la Ley 7/1990, siempre que se cumplan las formalidades en él establecidas, y vinculan respecto de todas las materias contenidas en el artículo 32, que son objeto del ejercicio del derecho que se reconoce, ya que no existe exclusión respecto de ninguna de ellas”.

Pues bien, para intentar conciliar estos dos extremos, acaba declarando la Sala la vinculación de la Ley de Presupuestos a las obligaciones asumidas por el Gobierno. Dirá, efectivamente, en su fundamento jurídico cuarto que, aunque el artículo 134.1 de la Constitución establece la competencia de las Cortes Generales para la aprobación de los Presupuestos Generales, “tal aprobación no se realiza en el ejercicio de la potestad legislativa, y así resulta del artículo 66.2 del Texto Constitucional que distingue de modo claro entre tal potestad, la aprobación de presupuestos y el control del Gobierno; siendo todas

ellas potestades claramente diferenciadas en su contenido y naturaleza”. Con esta argumentación, no es de extrañar que en el fundamento jurídico quinto acabe afirmando que “los Presupuestos, en su vertiente de gasto público, han de ordenar el mismo, pero desde el respeto a la legalidad y los compromisos asumidos válidamente, pues no innovan el Derecho ni alteran las obligaciones jurídicas de la Administración, sino que establecen el destino de las partidas presupuestarias, atendiendo al Derecho y las obligaciones jurídicas exigibles a la Administración. Pues bien, un compromiso jurídico, cuya obligatoriedad respalda la Ley, es el incremento automático de las retribuciones de los funcionarios en la medida del crecimiento del IPC”.

A raíz de toda esta argumentación sobre los efectos de los Acuerdos, la Sala realiza un importante salto cualitativo, aunque de dudosa juridicidad, que le lleva a deducir su eficacia directa también respecto de las Leyes de Presupuestos lo que, en otras palabras y centrándonos en el caso que nos ocupa, se traduciría finalmente en la inaplicación de la Ley General de Presupuestos para 1997 (Ley 12/1996, de 30 de diciembre), en la medida en que ésta había dispuesto la congelación salarial para ese año. Desde esta perspectiva, la Sentencia está asumiendo la denominada teoría sobre la contractualización plena de la Función Pública a la que se refería ORTEGA ÁLVAREZ y que vendría a significar que “el Gobierno y sindicatos suscribirían un convenio vinculante para ambas partes, que nadie tendría después posibilidad legal de modificar unilateralmente y cuyo incumplimiento podría ser denunciado ante los tribunales de justicia¹⁷”. Ahora bien, planteada la cuestión en estos términos, surge el complicado problema de articular jurídicamente la vinculación del Gobierno y de las Cortes Generales a dichos Acuerdos.

Por lo que a las Cortes Generales se refiere, acabamos de ver que la Sentencia no duda en vincular la propia Ley de Presupuestos al contenido retributivo del Acuerdo, aunque el Magistrado D. José María del Riego Valledor, a través de su Voto Particular, discrepa de la sentencia en este punto al entender que las Cortes Generales “no están obviamente vinculadas a aceptar el pacto de terceros y que pueden desde aprobar la iniciativa, hasta modificarla sustancialmente o rechazarla”. La Sentencia parte, efectivamente, de una determinada concepción de las Leyes de Presupuestos que parece completamente superada en nuestro Ordenamiento Jurídico. Según esta tesis, que fue formulada en Alemania en 1871 por LABAND, la Ley de Presupuestos sería una ley meramente formal, que sólo por su aprobación parlamentaria podría calificarse como ley, pero sin que su contenido respondiera al propio de este tipo de normas, esto es, a las denominadas leyes materiales. De esta manera, al ser considerados los Presupuestos como mero acto de administración, serían competencia plena del Gobierno, que sería el encargado de elaborarlos y aprobarlos, limitándose el papel de las Cortes simplemente a su conocimiento y control¹⁸. Sin embargo, la propia dicción del artículo 134 de nuestra Constitución ha servido a la doctrina para considerar que dicha concepción está completamente superada y

(17) ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, “La negociación colectiva de los funcionarios públicos”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 1, 1992, pág. 37.

(18) MARTÍN QUERALT, Juan, LOZANO SERRANO, Carmelo, CASADO OLLERO, Gabriel y TEJERIZO LÓPEZ, José Manuel, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 659.

que las Leyes de Presupuestos tienen la naturaleza de una ley ordinaria. Al ser verdaderas leyes, contienen mandatos jurídicos vinculantes y de inexcusable cumplimiento por parte de aquéllos a quienes va dirigida. Por ello habrá que entender que las Leyes de Presupuestos pueden modificar leyes anteriores e incidir en situaciones jurídicas subjetivas aunque, claro está, con los límites que respecto a su contenido eventual y necesario ha ido estableciendo la doctrina del Tribunal Constitucional¹⁹.

En definitiva, pues, si tenemos en cuenta que las Leyes de Presupuestos Generales tienen naturaleza de ley ordinaria, que las Cortes son soberanas para su aprobación y, sobre todo, que la fijación de las retribuciones de los funcionarios forma parte de su contenido esencial²⁰, resulta difícil argumentar jurídicamente la vinculación de la Ley de Presupuestos para 1997 a un Acuerdo —que ni siquiera fue incluido por el Gobierno en la elaboración del Proyecto— y, más todavía, derivar de ahí su inaplicación.

VI. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA SENTENCIA

Al afirmar la plena contractualidad de las retribuciones de los funcionarios, la Sentencia ha puesto de manifiesto algunas disfunciones que plantea la inclusión de la negociación colectiva en el régimen estatutario funcional y que tempranamente fueron puestas de manifiesto por la doctrina administrativista²¹. Hasta ahora la jurisprudencia ha logrado limar dichas disfunciones cuando los frutos de la negociación colectiva de los funcionarios han entrado en conflicto o han sido desconocidos por una norma reglamentaria, toda vez que la negociación termina actuando como una condición previa para dictar disposiciones. Para ello bastaba simplemente con declarar dicha disposición nula de pleno derecho por no haber observado las normas procedimentales, es decir, la previa negociación con los representantes sindicales de los funcionarios. Sin embargo, los problemas principales se plantean cuando entra en juego la reserva de ley que establece el

(19) Esta concepción se ha visto reflejada, entre otras muchas, en sus Sentencias 32/2000, de 3 de febrero y 131/1999, de 1 de julio, en las que viene a recoger su consolidada doctrina al respecto, reiterando que: “desde la primera sentencia en la que se abordó el tema de la Ley de Presupuestos, este Tribunal dio por sentado que se trata de una verdadera Ley, considerando así superada la cuestión de su carácter formal o material de Ley (STC 27/1981, fundamento jurídico 2º y 65/1987, fundamento jurídico 3º). No obstante la afirmación reiterada de que el Parlamento aprueba los Presupuestos Generales que el Gobierno elabora (art. 134.1 CE) en el ejercicio de una función o competencia específica, desdoblada de la genérica potestad legislativa (art. 66.2 CE), hemos sostenido que los Presupuestos —en el sentido estricto de previsiones de ingresos y habilitaciones de gastos— y el articulado de la Ley que los aprueba integran un todo, cuyo contenido adquiere fuerza de Ley y es objeto idóneo de control de constitucionalidad”.

(20) Véase al respecto el fundamento jurídico quinto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 32/2000, de 3 de febrero.

(21) Este problema es destacado por la generalidad de la doctrina. No obstante, con carácter meramente ilustrativo y sin pretensiones de agotar las fuentes, nos remitimos a ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, “La negociación colectiva de los funcionarios públicos”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 1, 1992, págs. 36 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 237 y ss.; PIÑAR MAÑAS, José Luis, “Las estructuras de participación y representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 65, 1990, págs. 51 y ss.; PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 532 y ss., para quien la negociación colectiva no es sino “un elemento contingente, no necesario, del derecho sindical en la función pública que tropieza con la dificultad de suponer un acuerdo sobre materias *extracomercium* —las retribuciones o la ordenación misma de la función pública— que son de la competencia de un órgano soberano, el Parlamento, por lo que el Gobierno no puede, en principio, pactar sobre ellas como los empresarios”.

artículo 103.3 de la Constitución para la regulación del régimen estatutario, pues en este caso, naturalmente, la negociación se limita a ser una fase previa en el procedimiento de iniciativa legislativa del Gobierno, sin que nuestro ordenamiento proporcione ninguna garantía jurídica para su vinculación.

A través del acto de aprobación del Acuerdo, el Consejo de Ministros puede realizar tanto un control de legalidad, en el que compruebe la plena acomodación de lo pactado al ordenamiento jurídico y a las directrices previamente marcadas por el Gobierno para la negociación, como un control de oportunidad en el que, eventualmente y si las circunstancias lo requieren, pueda introducir elementos de valoración políticos y económicos, en la medida en que él es en última instancia el responsable de la política económica del país y el garante de los intereses generales de la nación. Ahora bien, si tras realizar este tipo de valoraciones decide firmar finalmente el Acuerdo, éste se convertirá en válido y eficaz. Quiere ello decir que el Acuerdo tendrá que producir todos sus efectos jurídicos porque así lo dispone el artículo 35 de la Ley 7/1990 y así lo ha corroborado la Audiencia Nacional, al considerar en su fundamento jurídico cuarto que “la naturaleza jurídica del Acuerdo lo es de convenio entre empleador y empleado”. En definitiva, pues, como el Gobierno está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico²², habrá que entender que está también obligado por los Acuerdos válidamente suscritos a la hora de ejercer su iniciativa legislativa. En consecuencia, cuando elabore el correspondiente Proyecto de Ley de Presupuestos no puede sustraerse a la inclusión de los créditos necesarios para su aplicación, aunque todo ello, claro está, sin perjuicio de que las Cortes puedan desconocerlos o negarse a aprobar tales créditos.

A partir de ahí, se plantea un importante problema jurídico debido a la desconexión que existe en nuestro ordenamiento entre esta obligación y la existencia de mecanismos jurídicos que obliguen al Gobierno a tener en cuenta sus Acuerdos cuando ejercita su iniciativa legislativa, pues aquí nos estamos moviendo en un plano completamente distinto, el de los actos políticos o de gobierno²³. La jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁴, efectivamente, ha considerado de modo reiterado que la iniciativa legislativa del Gobierno no es materia controlable por la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Así, por ejemplo, resulta muy ilustrativo traer a colación la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo 5118/1993, de 20 de abril, toda vez

(22) Tal como expresamente se recoge en el artículo 9 de la Constitución y en el artículo 26 de la Ley del Gobierno, Ley 50/1997, de 27 de noviembre.

(23) Para profundizar sobre este tema nos remitimos a GARRIDO CUENCA, Nuria, *El acto de gobierno. Un análisis en los ordenamientos francés y español*, Cedecs, Barcelona, 1998, págs. 672 y ss.

(24) Entre otras, en sus Sentencias 7972/1990, de 25 de octubre, 5118/1993, de 20 de abril y en su Auto 2323/1999, de 3 de marzo. En la segunda de estas Sentencias, curiosamente, se planteaba un caso similar al que aquí apuntamos. En concreto, el sindicato recurrente pretendía la declaración de nulidad del Proyecto de Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Valencia porque la Administración no había convocado a la Mesa de Negociación para negociar los aspectos relativos a las retribuciones de sus funcionarios. El Tribunal declaró finalmente su inadmisibilidad por tratarse de actos que no son susceptibles de control por parte de la Jurisdicción Contencioso-administrativa remitiendo, en su caso, al Tribunal Constitucional.

que en ella se planteaba un caso bastante parecido al que aquí apuntamos. En concreto, el sindicato recurrente pretendía la declaración de nulidad del Proyecto de Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Valencia porque el Consejo de Gobierno valenciano había incumplido su obligación de negociar los aspectos relativos a las retribuciones de sus funcionarios al no haber convocado a la Mesa de Negociación antes de la elaboración del correspondiente Proyecto de Ley. No obstante, el Tribunal declaró la inadmisibilidad de dicho recurso al entender que se trataba de actos que no son susceptibles de control por parte de la Jurisdicción Contencioso-administrativa remitiendo, en su caso, al Tribunal Constitucional. Ahora bien, la postura que nuestro Tribunal Constitucional ha adoptado al respecto parece también bastante clara. De esta manera, ha establecido en su Sentencia 45/1990, de 25 de octubre, que “la iniciativa legislativa que corresponde al Gobierno (...) no puede ser sustituida por una orden judicial, a acordar en una sentencia dictada dentro de un recurso contencioso-administrativo, que imponga al Gobierno, o al Consejo de Ministros, la aprobación y remisión a las Cortes Generales de un determinado proyecto de ley; pues tal iniciativa legislativa responde a un acto político del Gobierno (...) En definitiva, el engranaje de las instituciones previstas en la Constitución impide que la potestad de juzgar, propia de los jueces y tribunales, únicos titulares del Poder Judicial, se extienda e inmiscuya en las funciones reservadas constitucionalmente a los demás poderes, lo cual quebrantaría el principio de la separación e independencia recíproca que está siempre latente y a veces explícito en nuestra Ley de Leyes”. Existe, pues, un importante límite a la negociación colectiva funcional cuando se trata de materias que aparecen reservadas a la ley, en la medida en que no se puede obligar al Gobierno a que ejercite su iniciativa legislativa con un contenido determinado. Todo queda, en última instancia, en manos de la buena voluntad del Gobierno de turno y, en su caso, del poder y la presión política que puedan ejercer los sindicatos.

En otro orden de cosas, para resolver este caso concreto, el juez se encuentra con dos leyes ordinarias que resuelven el tema de la negociación de las retribuciones de los funcionarios de manera distinta: la Ley 7/1990, que obliga a la negociación, y la Ley de Presupuestos para 1997 que impide la misma al establecer *de facto* una congelación salarial. Estaríamos así ante un problema de legalidad ordinaria, ante una antinomia que ha de ser resuelta por el juez a través de los criterios que la jurisprudencia y la doctrina han acuñado para ello. En el caso concreto, tanto el criterio de especialidad (*lex specialis derogat generalis*) como el criterio cronológico (*lex posterior derogat prior*) apuntarían, en mi opinión, a la aplicación preferente de la Ley de Presupuestos pues, según ha establecido el Tribunal Constitucional en las Sentencias anteriormente señaladas, las Leyes de Presupuestos “constituyen el principal vehículo de dirección y orientación de la política económica”. De esta manera, al no venir impuesta la obligación de negociar por ninguna norma de superior rango, podría entenderse que la ley ordinaria posterior podría modificar lícitamente –y durante su período de vigencia temporal, claro está– a la anterior en este aspecto concreto sin incurrir en infracción constitucional alguna, y ello al margen de la valoración de los compromisos políticos que pudieran existir al respecto.

La Sentencia de la Audiencia Nacional, no obstante, entiendo que por puras razones de justicia material –aunque muy discutibles desde el punto de vista de su argumentación

jurídica—, ha optado por la aplicación preferente de la Ley 7/1990 para solucionar el conflicto planteado. Nos encontramos, efectivamente, con una obligación válidamente contraída y plenamente vinculante para la Administración pero que no puede ser satisfecha por inexistencia o insuficiencia de crédito en la Ley General de Presupuestos²⁵ y sin que los funcionarios, tal como antes hemos visto, puedan reclamar contra la falta de inclusión de los créditos correspondientes en dicha ley. Ante ello, se trataría de esquivar el importante obstáculo que supone la Ley de Presupuestos mediante la reclamación a la Administración del cumplimiento de dicha obligación. De esta manera, una vez obtenida una sentencia judicial firme condenatoria de la Administración, pasaría ya a aplicarse el régimen de la ejecución de las sentencias que establece el artículo 106 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que, recordemos, obliga a la Administración condenada a acordar el pago con cargo al crédito correspondiente de su presupuesto que, a estos efectos, tendrá siempre la consideración de ampliable, a la vez que prevé la posibilidad de realizar las modificaciones presupuestarias que a tal efecto resulten convenientes.

En cualquier caso, la Sentencia ha servido para poner de manifiesto la necesidad de reflexionar sobre las consecuencias tan trascendentes que el reconocimiento de la negociación colectiva puede llegar a tener en el ámbito de la Función Pública²⁶. Ahora habrá que esperar con impaciencia a que el Tribunal Supremo, en el caso de que admita el recurso de casación interpuesto por el Gobierno, fije la jurisprudencia al respecto e introduzca algo de luz en tan complicados problemas.

(25) Este problema, tal como apuntan MARTÍN QUERALT, LOZANO SERRANO, CASADO OLLERO y TEJERIZO LÓPEZ, *op. cit.*, págs. 679 y ss., es a su vez fruto de la desconexión que hay entre la legalidad administrativa y la legalidad financiera, que provoca que puedan nacer obligaciones absolutamente válidas y perfeccionadas pero que, por la existencia del artículo 60 de la Ley General Presupuestaria, no puedan hacerse efectivas. Recordemos que dicho artículo establece que no podrán adquirirse compromisos de gasto por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a la ley que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar.

(26) Para ello basta simplemente con tener en cuenta que el incumplimiento de las cláusulas de paz laboral que suelen incluir los convenios colectivos habilitaría a los funcionarios públicos para la adopción de medidas de conflicto colectivo que, como ha destacado ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *ob. ult. cit.*, págs. 36 y ss., podrían llegar a colapsar completamente a la Administración.

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

J. GONZÁLEZ PÉREZ

Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas

[Civitas, Madrid, 2000, 2ª edición]

ANTONIO AGÚNDEZ FERNÁNDEZ

Estamos ante una obra bien reveladora de la encomiable labor que la doctrina científica viene desarrollando, como anticipo y acicate de la legislación y jurisprudencia, para la progresiva conformación del Ordenamiento Jurídico en la consecución plena y rigurosa de quedar sujetas las Administraciones Públicas a las exigencias responsables de sus actuaciones cuando ocasionaran daños y perjuicios a las personas físicas y jurídicas por ellas afectadas.

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ une a sus títulos de Catedrático de Derecho Administrativo, Registrador de la Propiedad y Abogado, el de autor ubérrimo, fecundo, de nuestra literatura jurídica. Ahora es suficiente resaltar la profunda y clara exposición de las varias cuestiones atinentes a la responsabilidad de las Administraciones Públicas, que nos permite, mediante sistema preciso, detallado y lógico, el rápido encuentro de los temas concretos buscados en cada momento; a más de contener el aval de las respectivas citas bibliográficas, legislativas y jurisprudenciales. A ello nos ayudan el índice sumario y los complementarios de leyes y autores.

Del interés y transcendencia de este libro conviene tener en cuenta la preocupación de tan fino jurista, reiterada a lo largo de diversas páginas: la de las responsabilidades por actos legislativos y por funcionamiento de la Administración de Justicia, estudiadas

en sendos capítulos que van señalando los caminos y cauces a seguir por legisladores y tribunales. Es buena contribución en el logro de la plenitud del Estado de Derecho.

CONTRERAS, POMED y SALANOVA (Coor.)

Nuevos escenarios y nuevos colectivos de los Derechos Humanos (Conmemoración del cincuenta aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos)

[Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, RAAP, Zaragoza, 1998]

FERNANDO GONZÁLEZ BOTIJA

Con ocasión del cincuenta aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos la Revista Aragonesa de Administración Pública dedicó un número monográfico a analizar los nuevos escenarios y colectivos que están apareciendo dentro de los Derechos humanos. Resulta casi una obviedad destacar la actualidad y el interés de profundizar en el estudio de esta cuestión, máxime en los momentos actuales en los que asistimos, en el entorno europeo, a la apertura del debate doctrinal sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, en el ámbito nacional, a las discusiones y polémicas que plantean la aprobación de la Ley de extranjería y los derechos fundamentales de los inmigrantes.

La monografía que se comenta, compuesta por estudios de diversos autores, se estructura en seis bloques de materias:

1º) El primero se ocupa del escenario internacional de los derechos humanos. En él se

examina la posibilidad de construir nuevos derechos fundamentales (el derecho a la paz y el derecho al desarrollo, ejemplos paradigmáticos de lo que la doctrina denomina “derechos fundamentales de tercera generación”) o de articular nuevos sujetos como titulares de intereses jurídicos dignos de protección (los derechos de las minorías y de los pueblos indígenas, relacionados con el siempre discutido derecho a la autodeterminación).

2º) El segundo está dedicado a la igualdad real. En este capítulo se analizan cuatro cuestiones: a) las políticas de la igualdad referidas a las acciones positivas introducidas con el fin de luchar contra la discriminación por razón de sexo; b) el problema planteado por los derechos humanos de la infancia y de los menores, haciéndose un exhaustivo repaso del estado de la legislación aplicable en esta materia y de la dimensión que cobran los principales derechos fundamentales (derecho a la vida e integridad, a la libertad, a la tutela judicial efectiva, al honor, a la intimidad, a la propia imagen, a la educación, etc.) desde la perspectiva de la protección del menor; c) los derechos de la familia y las políticas familiares en Europa, especialmente las desarrolladas en algunos países de nuestro entorno más próximo; d) finalmente se afronta la problemática de la extranjería y el respeto de los derechos humanos, con un estudio de nuestras legislación y jurisprudencia constitucional que aporta al mismo tiempo perspectivas e ideas que buscan ensanchar el disfrute de los derechos humanos a los inmigrantes (por ejemplo, en materia de derecho a la salud y al trabajo).

3º) Un tercer bloque aborda las relaciones existentes entre los derechos humanos y la actividad de los poderes públicos centrándose en cuatro cuestiones muy concretas: a) las interminables dificultades que plantea el mantenimiento del sistema de pensiones de cara al futuro, pieza clave de nuestro Estado de bienestar, y las discusiones relativas a su posible reforma; b) la actividad prestacional de la Administración; c) el contenido y

defensa de los derechos humanos del contribuyente en su contacto con la Administración tributaria, y d) un balance de la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

4º) Un cuarto grupo de estudios se centra en el tema de los derechos humanos en los avances técnicos y científicos abordando tres aspectos: a) el derecho a la autodeterminación informativa; b) el espinoso tema del respeto a los derechos fundamentales en el marco de la experimentación de fármacos en personas, y c) los derechos humanos en internet (trabajo de gran interés para el investigador que busque información y bibliografía, ya que aporta una guía bastante amplia de las direcciones, bases de datos, etc., relacionadas con el tema de los derechos humanos, que pueden encontrarse en la red.

5º) Un quinto bloque nos ofrece “el escenario autonómico de los derechos humanos” consagrado en exclusiva a la Comunidad aragonesa. En él se analiza la labor del legislador autonómico en materia de derechos sociales, económicos y culturales y se aporta una crónica-balance de la protección brindada a los derechos fundamentales desde la experiencia del funcionamiento del Justicia de Aragón.

6º) Finalmente, este número monográfico se cierra prestando atención a la perspectiva territorial de los derechos humanos, al detenerse, por un lado, en el ya clásico derecho al medio ambiente y, por otro, en el derecho a la ciudad como síntesis de los derechos a la vivienda, a un desarrollo urbanístico racional, al disfrute y conservación del patrimonio cultural y a la calidad ambiental.

En suma, nos hallamos ante una obra en la que se puede encontrar una visión equilibrada de los temas que más interés despiertan en la actualidad, cuando ha transcurrido ya medio siglo desde la puesta en marcha de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

M. GONZÁLEZ BEILFUS

Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa

[Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, 356 páginas, prólogo de Enoch Albertí, Premio Francisco Tomás y Valiente (1999)]

JAVIER GARCÍA ROCA

Esta monografía producto de una tesis doctoral se pregunta qué hacer cuando la ley ha vulnerado el principio constitucional de igualdad para restablecerlo. Una reparación de la discriminación detectada por el Tribunal Constitucional que frecuentemente –cada vez más– debe involucrar al Parlamento. Y que entraña un juicio sobre la diferencia de trato normativo basado en parámetros y principios tan imprecisos como son la razonabilidad o la interdicción de arbitrariedad. El autor relativiza la controvertida conexión entre inconstitucionalidad y nulidad (un binomio ya roto en la STC 45/1989, caso IRPF, y en otras posteriores), y construye dos modelos –categorías– de reparación de la discriminación que denomina, respectivamente, “unilateral”, y “bilateral o multilateral”. El primero ligado a una sentencia constitucional con efectos aditivos (sistema mayoritariamente seguido en España e Italia) y reconstructivos de la regla jurídica, resulta muy operativo pero puede en ocasiones vulnerar la posición constitucional del legislador. El segundo reclama reparaciones mediante muy diversas técnicas (el retraso de la entrada en vigor de la derogación de la norma, la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad, la fijación de un plazo para la aprobación de una nueva ley, dejar la reparación de los casos concretos al juzgador ordinario, etc.), pero que exigen en todo caso una intervención del legislador o de los tribunales ordinarios posterior a la del Tribunal Constitucional. Difícil dilema. Estamos ante una aportación teórica importante con abun-

dante información de doctrinas comparadas que le permite analizar el asunto desde una perspectiva suficientemente elevada y que contribuirá, sin duda, a reflexionar sobre la solución adecuada para cada reparación de la discriminación normativa.

VVAA

El principio de legalidad

[Actas de las V jornadas de la asociación de letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, 318 páginas]

JAVIER GARCÍA ROCA

A las utilísimas crónicas de jurisprudencia constitucional recaída cada año (de septiembre de 1998 al mismo mes de 1999), divididas en procesos de amparo, control normativo y controversias competenciales, se unen sendas ponencias doctrinales sobre un tema de crucial importancia como ya viene siendo habitual en esas Jornadas de elevada discusión y nivel científicos dado quienes son sus partícipes y el rigor de los estudios. En esta ocasión, el principio de legalidad del *ius puniendi* del Estado. Una penalista, Susana HUERTA, y un administrativista, Germán VALENCIA, desde formaciones y sensibilidades plurales, analizan las garantías derivadas de este principio constitucional en sus diferentes vertientes de legalidad penal y derecho administrativo sancionador. La primera ponencia estudia cuestiones constitucionales y penales esenciales como son el alcance absoluto de la reserva de ley formal, el principio de irretroactividad, el mandato de taxatividad, la analogía y otras interpretaciones prohibidas, o los principios de proporcionalidad y *non bis in idem*. La ponencia suscrita por VALENCIA, la relatividad de la reserva de ley en ámbitos de autonomía reglamentaria, la predeterminación normativa de las infracciones y sanciones, la tipificación indirecta o por remisión, el controvertido tema de las relaciones especiales de sujeción y

otras especificidades de las sanciones administrativas. Dos serios estudios que aúnan con rigor la perspectiva doctrinal y jurisprudencial, y cuya lectura conjunta permite establecer esclarecedoras comparaciones sobre la unidad y diversidad de ambos ámbitos en los que se proyecta esta garantía constitucional.

A. PÉREZ CALVO y M. RAZQUÍN LIZARRAGA

Manual de Derecho Público de Navarra

[Gobierno de Navarra –Universidad Pública de Navarra– Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona, 2000, 415 páginas]

JAVIER GARCÍA ROCA

Un nuevo Derecho Público de una Comunidad Autónoma a añadir con provecho común a las obras ya existentes en nuestro Estado autonómico. Concebido como un manual, elige los problemas básicos, los ordena de manera sistemática clara y los capítulos se redactan y explican en forma clara y concisa. Dicho así –y aunque eso ya es mucho y no resulta nada sencillo– podría extraerse una conclusión engañosa: no estamos ante un catecismo, una mera divulgación, sino ante una obra jurídica de síntesis seria, bien construida y dotada de un espíritu o entendimiento común a todas sus partes. Es claramente el fruto de la enriquecedora colaboración y discusión entre sólo dos autores: un constitucionalista y un administrativista.

Los temas que se abordan son los siguientes. Una introducción histórica al viejo régimen foral de Navarra que resulta obligada dada la continuidad de su ordenamiento jurídico. El marco constitucional específico y asimétrico que suponen la Disposición Derogatoria y la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución. La específica naturaleza estatutaria de la LORAFNA como actualización

foral. Los elementos específicos de la Comunidad (pueblo, territorio y lengua). Las relaciones con el ordenamiento jurídico estatal y europeo. El marco de las competencias forales. El sistema de fuentes. Las instituciones propias. Las relaciones de colaboración y conflicto entre entidades territoriales. La Administración y función pública forales. El Consejo de Navarra. La Administración local, sus bienes y régimen de funcionamiento. Y, por último, los bienes patrimoniales y la contratación administrativa.

El libro aborda pues un panorama muy completo, que con toda seguridad tendrá además interés para los estudiosos del Derecho autonómico en otras Comunidades con problemas semejantes y soluciones a veces análogas.

J. TUDELA ARANDA (Coord.)

Régimen Jurídico de los Recursos Turísticos

[Colección Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, RAAP Zaragoza, 1999, 647 páginas]

BELÉN PORTA PEGO

El Seminario de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza fue impulsor, hace ya algún tiempo, de un ambicioso proyecto de estudio de la materia turística, cuyo resultado ha sido la elaboración del libro que este comentario presenta.

Diversos son los autores que participan en la obra y variada es su procedencia, pues si bien todos ellos tienen en común el interés por el objeto de esta monografía, su actividad habitual se desarrolla tanto en la Universidad como en otros ámbitos de la Administración estatal, autonómica o local. Ello ofrece buena prueba de que cada una de sus aportaciones contiene no sólo trabajos sobre distintos sectores turísticos, sino

puntos de vista fraguados en el desempeño de labores bien diferentes.

El libro se estructura claramente en tres partes. La primera, cuyo título ya es revelador de su contenido, una *visión general de los recursos turísticos*, se ocupa de presentar el verdadero objeto de la obra. Y es que el texto no es, en realidad, un manual jurídico sobre turismo, sino que prescinde de la extensión que podría darse a un estudio de estas características, para centrarse en una cuestión puntual, pero de gran trascendencia, esto es, el recurso turístico o *conjunto potencial de los bienes materiales o inmateriales a disposición del hombre y que pueden utilizarse, mediante un proceso de transformación, para satisfacer sus necesidades turísticas* —según la definición de la Organización Mundial del Turismo que se facilita en la página 20 del trabajo—. De este modo, comienza la monografía introduciéndonos en el tema que se va a desarrollar en los apartados sucesivos. Los autores abordan el recurso turístico desde distintas perspectivas tales como su tipología y demás conceptos afines y con él relacionados; las instituciones que gestionan la política turística en nuestro país; la influencia de la planificación y ordenación del territorio en los recursos turísticos o su tratamiento en la diversa y dispersa legislación española.

Los siguientes bloques de la exposición toman como punto de partida una de las clasificaciones aplicables a los recursos turísticos, para emplearla como coordenadas en torno a las que aglutinar los próximos comentarios. Se trata de la dicotomía entre recursos *naturales* y *no naturales* o *artificiales*. Los primeros, en contra de lo que podría parecer, no son aquellos creados o surgidos sin la participación del hombre, sino los que resultan atractivos para los flujos turísticos de un modo innato, sin necesidad de que medie una actividad de modulación o formación de la demanda turística. De este modo se entiende que en este primer grupo no sólo se incluya el examen, en su faceta de recurso turístico, del medio ambiente, del litoral y los territorios insulares, de los montes o de las vías

pecuarias, sino que los anteriores se acompañen del análisis del patrimonio cultural, así como de la valoración de un peculiar de recurso turístico, los parques culturales, como forma innovadora a través de la cual se ordenan y gestionan determinadas zonas del territorio aragonés en las que se puede disfrutar al unísono de la riqueza del entorno y del patrimonio cultural.

Como se apuntaba, es el modo natural en que los recursos anteriores son atractivos para el hombre lo que los distingue de los incluidos en el tercer apartado del libro, dedicado a los recursos turísticos artificiales. Este último tramo de la monografía discurre entre el análisis del deporte en general o determinadas formas de deporte como la práctica de esquí o los deportes de aventura, de la restauración, de determinados bienes inmuebles objeto de aprovechamiento por turno, de los viajes combinados y del tan actual y practicado turismo rural.

La obra es por tanto un compendio de estudios jurídicos sobre diversos bienes objeto de interés para la demanda turística. La perspectiva de este trabajo es novedosa, pues no pretende elaborar un temario sobre turismo, sino extraer la esencia de *bien turístico* que tienen las múltiples materias que se contemplan y que, como sabemos, pueden ser tratadas ya no sólo desde otras disciplinas jurídicas, sino desde otros apartados del Derecho Administrativo.

En un país como el nuestro, donde el turismo es una de nuestras principales fuentes de riqueza, el examen de este tema ha de tener una gran repercusión. Pero además, es imprescindible que cualquier investigación sobre turismo, y particularmente sobre recursos turísticos, tenga siempre presente una cuestión que preocupa en cada exposición individual que compone esta monografía. Se trata de la sostenibilidad de nuestros recursos turísticos, que no es otra que la de nuestro entorno y la de nuestras perspectivas de futuro.

A. PÉREZ CALVO (Coord.)

Estado Nación y Soberanía (Problemas actuales en Europa)

[Temas del Senado, Madrid, 2000, 477 páginas]

ALFREDO ALLUÉ BUIZA

Como ya hemos insistido desde esta Revista, son plausibles las recientes investigaciones que se están haciendo en el ámbito del Derecho Constitucional. Trabajos tal vez menos aplicativos, un tanto apartados de la “ingeniería” constitucional y que tienden a reformular conceptos aparentemente aparcados: principio democrático, división de poderes, conceptos de Nación y Soberanía, etc. Estos estudios son imprescindibles para profundizar en el valor propio del ordenamiento constitucional; y no por “generalistas” pierden su función utilitaria; sino al contrario, ya que en el momento actual en que vive nuestra Nación, sometida a una ofensiva deslegitimadora de nuestro sistema constitucional por parte del nacionalismo, se hace mucho más necesario asentar y actualizar las bases científicas que son sustrato del “patriotismo constitucional”, en el sentido “habermasiano” –si es que así puede decirse– del término.

Es en esta línea de investigación donde hay que enmarcar la excelente obra que nos corresponde comentar: trabajos coordinados por el Profesor PÉREZ CALVO que aborda tres conceptos que fueron “arma de combate” de la revolución burguesa. La obra arranca con una intervención del Profesor BORELLA donde se analiza el significado de la Soberanía en el mundo contemporáneo y, en concreto, en Europa, concepto renovado por dos fenómenos: la reivindicación de una redistribución competencial de los colectivos infraestatales, por un lado, y, por otro, la construcción europea.

Después de esta conferencia introductoria, la primera parte del libro está dedicada al Estado autonómico y la problemática de los hechos diferenciales. Los Profesores PÉREZ CALVO, BALAGUER, CORCUERA, CONTRERAS y TAJADURA se manifiestan unánimes en rechazar interpretaciones expansivas de los hechos diferenciales; ya que, reconociendo los constitucionalmente existentes, se impone un límite infranqueable a la hora de llevar a cabo la necesaria igualación competencial de las Comunidades Autónomas.

La segunda parte de la obra se inicia con una ponencia del Profesor TRUJILLO dedicada principalmente al nuevo concepto de Nación que se recoge en el art. 2 de nuestra Constitución. Coincide en su crítica al nacionalismo y a las rancias tesis historicistas, ya que “la Constitución asentada en la Soberanía popular con añadidos referenciados a la Nación no significa suplantarse la Soberanía del pueblo por la Nación sino evitar que el soporte histórico-sociológico, cultural y político del sistema constitucional que se construye pueda quebrarse por hacer explícitos los componentes político-territoriales de ese complejo –las nacionalidades y regiones–”. Continúa esta parte con los trabajos de los Profesores RUIPÉREZ, LUCAS MURILLO y GARCÍA ROCA que se concretan en una reflexión sobre la Soberanía y el Federalismo en la Constitución Española de 1978, las relaciones internacionales y las Comunidades Autónomas y la estatalidad versus Soberanía, respectivamente.

La última parte del libro es la referida a los problemas y soluciones en Europa. Los trabajos que aquí se engloban tienen su paternidad en prestigiosos Profesores de universidades europeas (PIERRE-CAPS, BRUYCKER, GAMBINO, AUBERT, CONSTANTINESCO y KÖVACS, abordando temas tan sugerentes como la realidad francesa y su evolución por los estatutos de los territorios de ultramar, la integración europea o el problema de Córcega; la Nación Flamenca; los estatutos especiales de las Regiones Italianas como hecho diferencial; el papel del Estado y la de los Cantones en Suiza; los problemas de las minorías étnicas y la cons-

titucionalización de los Países del Este. Por último, referenciar el trabajo del Profesor CONSTANTINESCO —“Estados, Naciones y Unión Europea”— donde aborda el problema de la integración europea y se interroga acerca del porvenir de la Unión: ¿hacia un nuevo tipo de Estado o hacia un nuevo tipo de estructura política no estatal? El autor apuesta por la posibilidad de que su evolución se desarrolle manteniendo su peculiar carácter de sistema político no estatal.

M. BELTRÁN DE FELIPE

La intervención administrativa en la vivienda. Aspectos competenciales, de policía y de financiación de las viviendas de protección oficial

[Lex Nova, Valladolid, 2000, 328 páginas]

LEX NOVA

El autor del libro, profesor de Derecho administrativo en la Universidad de Castilla-La Mancha y Letrado del Tribunal Constitucional, estudia diversos aspectos de la actividad administrativa de intervención en el sector de la vivienda. En concreto, en las viviendas de protección oficial (VPO).

La obra se estructura en tres capítulos: el primero de ellos es un análisis de las competencias de las distintas Administraciones Públicas sobre la vivienda, y el segundo y el tercero contienen un estudio de ciertos aspectos de las VPO (singularmente el régimen sancionador, el sistema de ayudas o subvenciones o las normas de protección del consumidor). Se completa con un detallado anexo jurisprudencial en el cual el lector puede encontrar, reproducidos literalmente, extractos de la fundamentación y el fallo de sentencias y resoluciones de distintos órganos jurisdiccionales que han sido consideradas de interés para la materia.

Una vez vista su estructura, varias cosas podemos decir de su contenido. En cuanto

al problema de las competencias, el autor insiste especialmente en cómo el modelo competencial diseñado primero por la Constitución y los Estatutos de Autonomía y luego por la jurisprudencia constitucional (STC 152/1988) se ha visto parcialmente superado por fórmulas de cooperación como son los convenios entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Los capítulos segundo y tercero contienen un estudio de las principales instituciones o aspectos sustantivos de las VPO. El autor nos presenta una panorámica general de la evolución y los resultados de la política de vivienda (fundamentalmente desde la década de 1960).

Respecto del capítulo III lo más destacado es el estudio de la normativa de VPO referida a la defensa del consumidor. Lo cual no quita, naturalmente, para que el resto del capítulo no tenga aspectos interesantes como por ejemplo, los requisitos sustantivos para el surgimiento del derecho a la obtención de la financiación, o el régimen presupuestario de las ayudas públicas (préstamos con interés cualificado, subsidiasiones del interés, subvenciones).

Asimismo, el autor pone especial énfasis en que la normativa de VPO, pese a ser un subsistema bastante cerrado y con pretensión de completud, no puede quedar al margen de la aplicación de las reglas generales de protección del consumidor.

Finalmente, merece la pena decir algo sobre el anexo jurisprudencial. Se trata de un complemento en extremo útil, pues casi todas las cuestiones abordadas en el libro aparecen luego reflejadas de una u otra forma en las sentencias recopiladas. Sentencias, por cierto, que no se ciñen al estricto régimen jurídico sustantivo de las VPO sino que incluyen materias referidas a las garantías procesales.

Todo lo hasta aquí expuesto justifica sobradamente que nos encontramos ante un libro completo y equilibrado, en la medida en que combina el estudio dogmático o doctrinal con la explicación real del funcio-

notas bibliográficas

namiento de los mecanismos administrativos de intervención en la VPO, todo ello poniendo de manifiesto las antinomias y las contradicciones (e incluso en ocasiones sugiriendo vías concretas de solución). Además, es una obra muy actualizada (pues recoge las novedades normativas que para el sector de la VPO implica la Ley de Ordenación de la Edificación) y sobre todo útil tanto para quienes desde su labor profesional (arquitectos, abogados, funcionarios, promotores, etc.) tengan relación con el sector de la vivienda como para quienes, desde la universidad, pretendan acercarse a una materia muy necesitada de sistematización.

A. EMBID IRUJO (Director)

La reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999, de 13 de diciembre)

[Civitas, Madrid, 2000, 571 páginas]

MARÍA VICTORIA CARRELABAD

La reforma de la Ley de Aguas de 1985, operada por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, se presenta como la más importante que ha experimentado la citada norma hasta ahora, tanto por el número de artículos modificados, como por lo ambicioso de sus objetivos. Precisamente, este volumen recoge las ponencias y comunicaciones presentadas a las X Jornadas de Derecho de Aguas, celebradas en la Universidad de Zaragoza en febrero de 2000, y que tenían como tema central a debate en esta ocasión diversos aspectos de la mencionada reforma legal.

Así, se pueden encontrar excelentes comentarios y análisis realizados por juristas y profesionales de especial cualificación, sobre novedades de gran interés como: el nuevo título VIII de la Lag. dedicado a las obras hidráulicas, la reutilización, la desalación de las aguas marinas o salobres (en

concreto, compatibilidad o no del anterior RD 1327/1995, de 28 de julio, con el nuevo art. 12 bis Lag.), los hitos de la tramitación parlamentaria, la inserción de un valioso art. 13 bis sobre el derecho de acceso a la información en materia de aguas, algunos cambios en el régimen económico-financiero, la regulación más estricta del régimen de autorización de vertidos, la introducción de los contratos de cesión de derechos de usos (o mercado del agua), y otras cuestiones.

En definitiva, estamos ante un libro esencial para todos los que trabajan profesionalmente sobre temas relacionados con el apasionante mundo del sector hídrico, juristas, economistas, personal de la Administración y de las empresas, etc.

J. GONZÁLEZ SALINAS

Régimen jurídico actual de la propiedad de las costas

[Civitas, Madrid, 2000, 741 páginas]

BEATRIZ SETUAIN MENDÍA

La importancia del tema que aborda esta monografía puede percibirse ya desde el propio título de la misma. En efecto; que la regulación jurídica de nuestro demanio marítimo y, más concretamente, la problemática derivada de la colisión de esta categoría de bienes con las propiedades privadas adyacentes no es baladí no puede resultar, a estas alturas, un secreto para nadie. Y menos teniendo en cuenta —una contrastada experiencia lo avala— que, por su ubicación, nos encontramos en el caso de estas últimas ante extensiones territoriales traducibles en elevados montantes económicos. Por ello, es normal que cualquier tratamiento jurídico que pretenda llevarse a cabo desde la doctrina administrativista tenga en cuenta particularizadamente esta cuestión. Lo que ya resulta menos frecuente es el hecho de que la misma constituya el

objeto único de un trabajo, además de la calidad del que ahora me refiero.

En efecto, la obra de GONZÁLEZ SALINAS constituye un ejemplo excelente de cómo ha de procederse con exhaustividad y a la vez, con rectitud –entendiendo tal como la evitación de desviaciones con relación al objeto de análisis– al tratamiento jurídico de un asunto concreto. De esta manera, y partiendo de los diversos tipos demaniales que contempla la Ley de Costas, el autor pasa a considerar el modo en que superficies anteriormente privadas pasaron a integrarse en el dominio público, así como las limitacio-

nes a que se ven sujetas aquellas que, sin llegar a incorporarse a aquél, se encuentran no obstante próximas al mismo. Por supuesto, la justificación jurídica de la realización de estas actuaciones –garantía de la función y titularidad pública de los bienes–, así como las prerrogativas de que disponen los poderes públicos para mantenerla –fundamentalmente, la potestad de deslinde– tienen cumplido tratamiento en la obra, como asimismo el especial régimen hipotecario existente en torno al demanio marítimo y el surgimiento de nuevos enclaves privados como consecuencia de alteraciones físicas. En definitiva: una complitud fuera de duda.

N O T A S