



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] **El control judicial de la contratación administrativa**
RAMÓN TRILLO TORRES

[25] **La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria tras la reforma de la Ley 4/1999**
CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DOCUMENTACIÓN:

[265] **Tribunal Constitucional. Memoria 1999**
MARGARITA BELADIEZ ROJO

El control judicial de la contratación administrativa^(*)

RAMÓN TRILLO TORRES

Magistrado del Tribunal Supremo

Sumario:

1. Planteamiento. 2. Competencia para controlar judicialmente la contratación administrativa. A) La Ley de la Jurisdicción vigente: mantenimiento de la estructura básica anterior a su promulgación. B) La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como norma integradora, determinante de la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para conocer de la contratación de dichas Administraciones. **3. Criterios de la jurisprudencia sobre el control judicial de la contratación administrativa.** A) Actos separables. B) Calificación de los contratos. C) El control judicial de la contratación administrativa y el recurso de casación.

1. PLANTEAMIENTO

Cuando en unas jornadas tan intensas y extensas como las que han organizado el Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local y la Universidad Jaume I de Castellón de la Plana, en torno a la contratación administrativa, a alguien le toca intervenir en su fase final, puede tener la sensación de que lo que va a decir haya sido ya dicho por quienes le precedieron en el tratamiento de las diversas ponencias en que se ha dividido las jornadas y por eso siente un cierto complejo de incurrir muy probablemente en reiteración de cuestiones que ya han sido objeto de debate durante el curso. Creo, sin embargo, que esto resulta hasta cierto punto inevitable –dado el objeto de mi intervención–, si se tiene en cuenta que la valoración judicial de las instituciones jurídi-

(*) Conferencia pronunciada el 14 de junio de 2000 en el Salón de Actos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Universitat Jaume I, de Castellón, en las Jornadas organizadas por el Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local y dicha Universidad.

cas se halla al final de un trayecto que presupone un examen previo de sus características tanto formales como sustanciales y que por eso no solamente es correcto situar su tratamiento después de que se hayan estudiado pormenorizadamente aquéllas, sino que además las notas propias de la casuística judicial son las que a la postre alumbran todas las posibilidades implícitas en la doctrina general de las instituciones, en este caso de la contratación administrativa.

El primitivo programa de las oposiciones a Magistrado Especialista de lo Contencioso-Administrativo, instauradas por la soberbia Ley de 27 de diciembre de 1956, estaba inspirado en una sistemática teórica del profesor BALLVÉ, que éste no había llegado a desarrollar en cuanto a su contenido, lo que hacía enormemente dificultoso integrar lo correspondiente a cada uno de los temas. La búsqueda y preparación de estos, —que fue mérito muy especial de las primeras promociones— puso de manifiesto que las dificultades que ofrecía el programa se compensaban a la larga, porque su estudio realmente ofrecía una visión del Derecho Administrativo en la que se llegaba siempre a sus principios fundamentales, aunque partiendo siempre de una inicial perspectiva distinta. Creo que esta formación, consistente en una visión de las instituciones del Derecho Administrativo partiendo de facetas siempre diferentes, explica, al menos en parte, el buen éxito de la implantación moderna de la jurisdicción contencioso-administrativa en España, porque nos acostumbró a las más antiguas promociones de magistrados especialistas a tener una visión múltiple de las formas de enfoque y argumentación jurídico-administrativas, pero partiendo todas ellas de una visión guiada por los fundamentos principales del sistema.

Sirvan estas palabras para explicar lo que pueda haber de ya sabido en mi intervención, pero que de todas formas considero ineludible comprender en la misma, al entender que los puntos inexcusables a tocar en ella habrán de ser, primero, el de contestar a la pregunta de a quién compete el control judicial de la contratación administrativa y, segundo, rastrear algunos de los criterios más recientes que la jurisprudencia está siguiendo en la aplicación de dicho control.

2. COMPETENCIA PARA CONTROLAR JUDICIALMENTE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

A) La Ley de la Jurisdicción vigente: mantenimiento de la estructura básica anterior a su promulgación

El artículo 2.b) de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998, establece que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con “los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas”. De este modo, la determinación del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa en esta materia se realiza por remisión a la dis-

tinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración, tal como se perfila en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995.

La redacción del primero de los preceptos reseñados, al remitir, por un lado, el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de contratación a los que la Ley califique como contratos administrativos y, por otro, al aceptar explícitamente la doctrina jurisprudencial de los actos separables, ha venido a ratificar el viejo principio de la dualidad de jurisdicciones, respecto al que ha señalado Sebastián MARTÍN RETORTILLO, con tono claramente crítico, que “sin cuestionar las raíces que en su momento pudieron justificarla —el conocimiento de determinadas materias era obligado reservarlo a Jueces y Tribunales— ha continuado manteniéndose como auténtico arrastre histórico. Entre nosotros carece ya en buena parte de sentido. Nada hay que reservar al conocimiento del Poder Judicial, el civil, que también lo es, y lo es plenamente, el orden contencioso-administrativo”.

Para este autor, la dualidad de jurisdicciones, “a lo que de verdad ha dado lugar, ha sido a la generalización de situaciones de auténtica indefensión a la vista de la siempre incierta peregrinación que los recurrentes se veían obligados a seguir con el fin de lograr, al menos, el conocimiento de sus pretensiones”, por eso, en definitiva, se muestra partidario de que se hubiera accedido a una configuración subjetiva de la jurisdicción contencioso-administrativa, en el sentido de que ésta conociera de todo lo actuado por las Administraciones Públicas, siempre y cuando su actuación tuviera por objeto “obras o servicios públicos”, con independencia de que las fórmulas utilizadas fueran jurídico-públicas o jurídico-privadas.

Sobre esta cuestión, es curiosa la distinta percepción con que se han recibido por los juristas las consecuencias del criterio legal de dualidad de jurisdicciones, en orden a sus consecuencias prácticas, por lo que se refiere a la efectiva satisfacción de las pretensiones mediante la resolución de los respectivos procesos. Como signo de esta distinta percepción, cabe indicar la crítica a estas consecuencias prácticas expresada por MARTÍN RETORTILLO, después de defender su teoría favorable a la configuración subjetiva de la jurisdicción contencioso-administrativa, entendiéndolo que así se “hubieran evitado el virtuosismo y los mantenidos esfuerzos, más o menos conscientes, de los Abogados del Estado y de las propias Salas del Tribunal Supremo para no entrar en el conocimiento de muchas de las

PARA EVITAR LA INDEFENSIÓN PROVOCADA POR LA DUALIDAD DE JURISDICCIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN HUBIERA SIDO CONVENIENTE QUE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA CONOCIERA DE TODO LO ACTUADO POR LA ADMINISTRACIÓN, SIEMPRE QUE SU ACTUACIÓN TUVIERA POR OBJETO “OBRAS O SERVICIOS PÚBLICOS”

pretensiones que se planteaban”. Por el contrario, GARCÍA DE ENTERRÍA ha percibido el problema en el sentido de que ambas jurisprudencias, la civil y la contencioso-administrativa, más que a rechazar el conocimiento de las pretensiones que plantean duda sobre su conocimiento, tienden más bien a ampliar sus respectivos ámbitos jurisdiccionales.

Al aludir a este tema, no puede dejar de traerse a colación la curiosa teoría del peregrinaje de jurisdicción, acogida por la Sala Primera del Tribunal Supremo en una Sentencia de 5 de julio de 1983 y que ha seguido citándose en puntuales sentencias posteriores, alguna tan reciente como una de 18 de febrero de 1997.

En la Sentencia de 5 de julio de 1983, después de reconocerse expresamente que el caso litigioso respondía al supuesto legal de una responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento anormal de un servicio público, reservado por la Ley a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin embargo, el contenido de la pretensión ejercitada, consistente en obtener indemnización para siete menores de edad, hijos de la víctima mortal del disparo de un Policía absuelto en la vía penal, imponía que se afirmase la competencia de la Jurisdicción Civil que había reconocido el derecho en la primera y segunda instancia, pues habiendo transcurrido ya nueve años desde que había ocurrido el hecho, no cabía aceptar la incompetencia de jurisdicción alegada por el Abogado del Estado, que daría lugar a un rechazable peregrinaje de jurisdicción, invocando la Sentencia “a la Constitución promulgada el 27 de diciembre de 1978 a cuyo orden de valores se encuentran directamente vinculados, al mismo tiempo que los ciudadanos, las Autoridades y Tribunales de todo orden, los cuales, en su misión de aplicar, incluso las disposiciones de rango legal, han de hacer siempre un juicio de constitucionalidad, negando validez, según el sentir general de la doctrina, a toda norma que contradiga el cuadro de valores básicos, constitucionalmente establecidos y dejando de aplicar –virtualidad también negativa– en las concretas controversias que, ante ellos se susciten, tanto las claramente inconstitucionales, como las que, por las especiales circunstancias del caso, manifiestamente restrinjan el derecho a obtener la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos o produzcan, prácticamente, un estado de indefensión contrario al derecho fundamental consagrado por el art. 24 del texto constitucional, tal y como sucedería en este caso en el que, si algo está claro, es que la declaración de incompetencia del Tribunal civil, a los nueve años largos de ocurrir el luctuoso suceso que sumió en la miseria a la demandante y sus hijos, quedados en situación calificada por el informe de la Alcaldía de Barcelona, ya en 20 de febrero de 1979, como de “francamente deplorable”, obviamente significaría embarcarlos en una nueva búsqueda de Juez competente, para entablar un nuevo proceso en el que, a lo largo de todas sus instancias y vicisitudes, tratar de obtener la satisfacción de un legítimo interés indemnizatorio, que tuvo su origen en la lesión de otro derecho constitucionalmente declarado fundamental (art.15 de la CE) después de haberlo perseguido, estérilmente, primero en vía penal –sumario 56/1974 del Juzgado núm. 2 de los de Barcelona– luego en reclamación administrativa –escrito al Ministerio del Interior de 2 de febrero de 1978– y por último ante la Jurisdicción ordinaria en este proceso presente”.

Esta doctrina del peregrinaje ha sido citada por la Sala Primera en otras sentencias justificadoras de la competencia del orden jurisdiccional civil, como una de 1 de julio de

El control judicial de la contratación administrativa

1986, otra de 28 de marzo de 1990 y otra de 18 de febrero de 1997, si bien hay que indicar que todas ellas se refieren a casos de responsabilidad extracontractual, no a supuestos en que estuviera en juego el enjuiciamiento de contratos administrativos.

De todas formas, no cabe excluir supuestos derivados de la contratación de las Administraciones Públicas, en los que podría atisbarse el germen de un eventual peregrinaje que, a mi modo de ver, más que una solución del tipo a que me he referido de la Sala Primera en casos absolutamente singulares, lo que requiere es una clarificación de los criterios legales y jurisprudenciales que determinan los ámbitos de las respectivas jurisdicciones. Así lo reconoce implícitamente la propia Sala Primera, que salvo en la mencionada Sentencia de 5 de julio de 1983, en las restantes en que hace alusión a su doctrina del peregrinaje la utiliza normalmente como mero apoyo a argumentos de más sólida textura, suficientes por sí solos para servir de soporte a las tesis sobre competencia en ellas mantenida.

Como ejemplo de un litigio sobre tema contractual en el que podía rastrearse un caso de “peregrinaje” del que se hacen eco tanto los propios recurrentes como la Administración recurrida, se puede citar, por ejemplo, el resuelto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de enero de 2000. El origen del litigio era que un Ayuntamiento había hecho una promoción privada de viviendas de protección oficial, habiendo firmado con los adjudicatarios de las mismas sendos contratos en los que se especificaba el precio de cada una de ellas, si bien a cada uno de los contratos se les había agregado un apéndice, en el que se decía que el precio se había establecido al efecto de no perder las subvenciones a que pudieran tener derecho los adquirentes, pero que el precio definitivo vendría dado por la certificación definitiva de las obras.

No obstante esta estipulación, el Ayuntamiento liquidó el importe de los respectivos contratos atendiendo no a dicha certificación, sino acogiéndose al fijado como precio máximo en los módulos determinados en la cédula de calificación aprobada por la Junta de Castilla y León.

Contra el acuerdo del Ayuntamiento denegando la petición de que aplicase el precio convenido, los interesados interpusieron recurso contencioso-administrativo, pero, curiosamente, ambas partes, demandantes y Administración demandada, excepcionaron incompetencia de jurisdicción, por entender que el contrato era privado y que lo que se debatía era el sentido de una de sus cláusulas, la de fijación del precio, que no constituía materia propia de los llamados actos separables y que por eso no tenía fundamento que fuese conocida por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La Sala de Primera Instancia afirmó, sin embargo, la competencia de esta Jurisdicción, en fallo que fue revocado por el Tribunal Supremo, que partiendo de la afirmación de que el contrato era privado, llegó a la conclusión de que el núcleo debatido en el proceso no era ni la competencia ni la regularidad del procedimiento seguido por la Corporación para determinar el precio, sino la cuantía de éste atendiendo a las eventuales consecuencias vinculantes e interpretación que merecieran los contratos privados y apéndices suscritos con cada uno de los adquirentes, es decir, que el tema que estaba en juego no era un acto separable, sino el contenido de la voluntad plasmada en el pertinente contrato privado, que por eso no constituía materia reservada por la doctrina de los actos separa-

bles a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino que había de entenderse radicada en su natural sede de la jurisdicción ordinaria.

Lo curioso del caso es la posición procesal de ambas partes contendientes, conformes en pedir la inadmisión del recurso por incompetencia de jurisdicción: sobre ambas presionaba que ya existían procesos civiles en marcha que en alguna instancia se venían pronunciando sobre el tema y deseaban evitar el evento de un peregrinaje jurisdiccional.

Volviendo al tratamiento legal de la cuestión, a partir del texto del artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción de 1956, según el cual conocerá la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de “las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por la Administración Pública, cuando tuvieran por finalidad obras y servicios públicos de toda especie”, estima el profesor MARTÍN RETORTILLO que podría haberse llegado a una interpretación del mismo que hubiera consagrado la concepción subjetiva por él patrocinada, al hacer exclusión el precepto de la naturaleza del contrato para determinar la jurisdicción competente, de modo que todos los contratos de las Administraciones Públicas caracterizados por referirse a obras y servicios públicos se conocieran por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con independencia de que la Administración tuviera o no la prerrogativa de autotutela.

No ha sido éste, sin embargo, el criterio predominante en la jurisprudencia, que ha respaldado el principio de la dualidad de las jurisdicciones, si bien fortísimamente atemperado por la asunción plena de la doctrina de los actos separables, por la que, —en este caso sí—, cualquiera que fuere la naturaleza del contrato celebrado por una Administración Pública, el debate judicial sobre la competencia del órgano y el procedimiento para su celebración se sometería siempre a revisión de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por ser siempre las normas que las regulan propias del Derecho Administrativo.

Como se ha visto al citar el artículo segundo de la Ley de la Jurisdicción, ésta es la estructura básica que se ha respetado en la misma: la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conocerá de los contratos administrativos y de los actos separables de los contratos de las Administraciones Públicas que no sean administrativos.

Al fundamento de esta decisión legislativa se refiere la Exposición de Motivos de la Ley: “se trata, en definitiva, de adecuar la vía contencioso-administrativa a la legislación de contratos, evitando que la pura y simple aplicación del Derecho público en actuaciones directamente conectadas a fines de utilidad pública se realice, cualquiera que sean las razones que la determinen, en infracción de los principios generales que ha de regir, por imperativo constitucional y del Derecho comunitario europeo, el comportamiento contractual de los sujetos públicos. La garantía de la necesaria observancia de tales principios, muy distintos de los que rigen la contratación puramente privada, debe corresponder, como es natural, a la Jurisdicción Contencioso-administrativa”.

El control judicial de la contratación administrativa

El profesor LEGUINA VILLA, al comentar el artículo 2.b) de la Ley de la Jurisdicción, echa en falta una previsión que se contenía en el Proyecto de 1995, según el cual el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de “la observancia de los principios que rigen la contratación del sector público, singularmente los de publicidad y concurrencia, y demás prescripciones legales sobre adjudicación que sean aplicables, en los contratos de obras y en los de suministro vinculados directamente a un uso o servicio público que celebren las entidades de derecho público sometidas al derecho privado o las sociedades mercantiles en cuya capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus organismos, o entidades de Derecho público, en los términos previstos para estos supuestos por la legislación de contratos de las Administraciones públicas (...)”.

Con este proyecto de norma, pretendían sus redactores evitar la huida del Derecho administrativo de los actos separables de los contratos materialmente administrativos celebrados por entes instrumentales creados bajo forma de personas jurídicas privadas, dado que éstas no están incluidas en la delimitación subjetiva del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contenida en su artículo primero.

El profesor LEGUINA señala que si a pesar de los informes favorables del Consejo de Estado, del Consejo General del Poder Judicial y del dictamen al Anteproyecto al texto reseñado, sin embargo, no fue incluido en la redacción definitiva, ello viene a indicar que el propósito de la deliberada omisión no es otro que consagrar legalmente el excluir del control jurisdiccional contencioso-administrativo a los actos separables de los contratos materialmente administrativos de dichas personas jurídicas.

No obstante, hace un llamamiento a la posibilidad de una interpretación favorable a dicho control, teniendo en cuenta lo dicho en la Exposición de Motivos para justificar la doctrina de los actos separables y lo dispuesto en la Disposición Adicional Sexta de la propia Ley de Contratos, en la que se nos dice que “las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa e indirecta de las Administraciones Públicas o de sus organismos, o entidades de Derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios”.

PARA ADECUAR LA VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA A LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS, EVITANDO LA INFRACCIÓN DE LOS PRINCIPIOS QUE HAN DE REGIR EL COMPORTAMIENTO CONTRACTUAL DE LOS SUJETOS PÚBLICOS, LA LICA ESTABLECE QUE EL CONOCIMIENTO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y DE LOS ACTOS SEPARABLES LE CORRESPONDE A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Siendo, sin duda, interesante la eventualidad de dicha perspectiva de interpretación jurisprudencial, a primera vista no aparece avalada ni por los descritos antecedentes del procedimiento prelegislativo y legislativo ni por el propio texto de la disposición adicional, que aunque somete a estos contratos a unos principios generales en su elaboración afines a los de las Administraciones Públicas propiamente dichas, en ningún momento indica que los mismos no deban ser controlados por la jurisdicción civil, que es a la que corresponde su enjuiciamiento. Aquí —como en otros muchos supuestos legales— habrá que esperar a que la singularidad de algún caso concreto pueda hacer pesar la balanza en un sentido o en otro, aunque en principio parece que se presenta más favorable a que sea la jurisdicción civil la que acabe imponiéndose.

Existe alguna otra cuestión límite, reseñada por la doctrina, respecto al enjuiciamiento de los llamados actos separables.

MARTÍN RETORTILLO se ha referido a las sociedades mercantiles constituidas conforme al artículo 158 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social para la gestión directa de la ejecución y explotación de determinadas obras públicas. Conforme al apartado 3 de este artículo, la contratación de estas sociedades se regirá por la LCAP en lo concerniente a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimiento de licitación y forma de adjudicación y en el apartado siguiente se señala que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para conocer las cuestiones que se susciten en la preparación y adjudicación de estos contratos: ¿Está vigente esta atribución de competencia, después de la entrada en vigor de la nueva Ley de la Jurisdicción?

El profesor MARTÍN RETORTILLO entiende que sí, porque la nueva Ley sólo deroga las normas que se opongan a la misma, lo que no sería el caso del precepto legal citado.

Creo, por el contrario, en la posibilidad de entender que la Ley procesal de 1998 haya establecido un sistema cerrado, que constituye en opuesto al mismo todos los casos de la legislación existente a su entrada en vigor que lo desconozcan, como sería en una interpretación estricta la norma citada, que atribuye competencia a la jurisdicción administrativa para enjuiciar actos separables de la contratación de una sociedad mercantil, al no estar éstas comprendidas en ningún caso en el ámbito subjetivo enumerado por el artículo 1 de la LCAP. Naturalmente, este posible efecto derogatorio de una Ley anterior, como la aquí comentada, no excluye que el legislador en el futuro pueda hacer alguna extensión jurisdiccional análoga a la indicada, pues en este caso carecería de virtualidad la cláusula derogatoria de la actual Ley de la Jurisdicción y el tema se remitiría a la ordinaria potestad del Poder legislativo para modificar las Leyes.

B) La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como norma integradora, determinante de la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para conocer de la contratación de dichas administraciones

Como he señalado en el apartado anterior, la Ley de la Jurisdicción de 1998 fija los límites básicos de la extensión de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa respecto a los contratos que celebren las Administraciones Públicas: primero, los contratos administrativos y, segundo, los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos que no sean administrativos, pero que se pacten por aquéllas.

En un aspecto, por tanto, la decisión del legislador procesal adquiere carácter de universalidad e inamovilidad: cualesquiera actos de preparación y adjudicación de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas quedan sometidos al ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sea porque por su propia naturaleza administrativa la integridad del contrato queda sometido a esta Jurisdicción, sea porque en aplicación legal de la doctrina de los actos separables, la preparación y adjudicación del contrato constituya litigio propio de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, aunque su contenido y efectos ajenos a aquellos actos preparatorios sean competencia de la Jurisdicción Civil. Por eso, desde el punto de vista del examen de la Ley de Contratos en la perspectiva que comento, ésta en nada afecta a la universalidad a la que me he referido en el enfoque jurisdiccional del tema, resuelto de manera directa e inmediata por la propia Ley de la Jurisdicción y, por eso también, cuando se ha planteado la cuestión de si la doctrina de los actos separables alcanza a los contratos materialmente administrativos de las personas jurídicas privadas erigidas instrumentalmente por la Administración, la invocación de su fundamento normativo hay que buscarlo básicamente en elementos de la Ley Procesal, por ser ella la definidora directa de este punto, aunque el ámbito subjetivo de lo que haya de entenderse a estos efectos por Administraciones públicas deba buscarse en el art. 1 de la LCAP.

Otra es la situación respecto a determinar qué contratos están sujetos en su totalidad a la Jurisdicción Administrativa: aquí el legislador de 1998, a diferencia del de 1956, —que estableció un criterio finalista para definir qué contratos originarían la intervención de aquella Jurisdicción— se ha limitado a utilizar escuetamente la expresión “contratos administrativos”, dejando en manos del legislador sustantivo la caracterización de cuáles sean estos contratos, siendo esta posición del legislador procesal lo que aboca necesariamente a tener que detenernos en el artículo 5 de la LCAP:

“1. Los contratos que celebre la Administración tendrán carácter administrativo o carácter privado.

2. Son contratos administrativos:

a) Aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios, excepto los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 207 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.

b) Los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley.

3. Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, así como los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 207 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.”

En el examen de este precepto, nos encontramos, en primer lugar, con los *contratos nominados o típicos*, enunciados en el apartado a) y todos ellos estrictamente definidos en la propia Ley, en los artículos 120, 155, 172 y 197.

Con relación a este conjunto de contratos, la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es plena, de modo que no es necesario acudir a ningún criterio finalista o de cualquier otro orden para establecer cuál sea la jurisdicción competente: basta que, con arreglo a los tipos legales indicados, una relación contractual de una Administración Pública sea reconducible a alguno de ellos, para que sin más, dada su naturaleza legal de contrato administrativo, su examen judicial sea competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Puede, por lo tanto, someterse a cualquier crítica la tipificación de estos contratos, pero ello ya no será un problema procesal, sino de índole sustantiva, relacionado con un elemento definidor de los contratos administrativos, cual es el de las prerrogativas que en ellos ostenta la Administración y que hoy sistematiza el primer párrafo del artículo 60 de la LCAP:

“1. Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.”

Con respecto a la relación entre las prerrogativas de la Administración y la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, es de gran interés el desarrollo que podríamos llamar accidentalista que realiza el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, articulada sobre la idea de que el sentido originario de la distinción entre los contratos administrativos y contratos privados de la Administración era puramente procesal y oportunista y no respondía a diversidad alguna por razón de naturaleza: los primeros iban a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los segundos a los Tribunales ordinarios, pero esta distribución, según el autor, respondía a razones puramente pragmáticas: se entendía que, aún siendo de naturaleza civil, ciertos contratos de la Administración debían ser residenciados ante los Tribunales Contencioso-Administrativos porque estos Tribunales eran más rápidos y expeditivos y

El control judicial de la contratación administrativa

conocían mejor el funcionamiento de la Administración, pero sin que en ningún momento se pensara en que fuesen contratos de naturaleza diferente. En este sentido, señala el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA que “en España, las primeras regulaciones de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley de 2 de abril de 1845, sobre los Consejos Provinciales, Reglamento del Consejo Real de 30 de diciembre de 1846) atribuyen a ésta el conocimiento de todos los contratos que celebra la Administración sin distinción alguna. El propio Real Decreto de 27 de febrero de 1852 no hace tampoco ninguna distinción expresa que imponga el reparto jurisdiccional del bloque contractual y sólo por vía interpretativa, gracias a la influencia francesa y a los celos que entonces suscita la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (que en aquel momento tiene mucho de fuero excepcional y privilegiado), llega a implantarse el reparto sobre la base de la referencia que el Real Decreto hace a los contratos que tengan por objeto ‘obras y servicios públicos’, expresión que en el contexto de la norma no tenía originariamente ninguna intención limitativa y que se limitaba a designar todos los contratos que se realizasen por cuenta de la Administración. Incluso a fines de siglo, la Ley Jurisdiccional Santamaría de Paredes de 1988 seguirá proclamando que los contratos de la Administración, cualquiera que sean, suscitan simples ‘cuestiones de índole civil’, sin perjuicio de que aquellos que tengan por objeto ‘obras y servicios públicos’ se atribuyan a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.

Ahora bien, según el mismo autor “esta atribución a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa va a impulsar y a justificar más tarde el traslado paulatino a la gestión de estos contratos de las técnicas normales de actuación de la Administración y, sobre todo, de su habitual privilegio de autotutela. Como sabemos, este privilegio actúa en el plano formal del ejercicio de los derechos sin alterar por ello el fondo del derecho material aplicable. Pero sobre esta técnica, que ya es autoritarista, aunque formal, de la autotutela va a comenzar de hecho el proceso de sustantivación de la figura de los contratos administrativos, para concluir que su atribución a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no es, como en origen se creía, puramente casual y que esconde más bien una cuestión de naturaleza: los contratos administrativos serían contratos regidos por el Derecho Administrativo sustantivo y no por el Derecho Privado”.

Es ésta la doctrina del arrêt Terrier, de 6 de febrero de 1903 y de la Escuela Francesa del Servicio Público: “todo lo que con-

**SI UNA ADMINISTRACIÓN
DICTA ACTOS POR LOS QUE
APLICA PRERROGATIVAS A
CONTRATOS SOBRE LOS
QUE SE PONE EN DUDA
QUE PUEDA EJERCITARLAS
Y ESTOS ACTOS SON
IMPUGNADOS ANTE LA
JURISDICCIÓN
CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVA, LA
SOLUCIÓN NO ES INADMITIR
EL RECURSO POR FALTA DE
JURISDICCIÓN SI SE
CONSIDERA QUE EL CONTRATO
ES PRIVADO, SINO QUE
ALTERNATIVAMENTE HA DE
NEGARSE LA EFICACIA DEL
ACTO, O PRONUNCIARSE
SOBRE EL FONDO**

ciencia a la organización y funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, ya actúe la Administración por vía de contrato, ya lo haga por vía de autoridad, constituye una operación administrativa, que es, por su naturaleza, del dominio de la jurisdicción administrativa”, siendo de aquí de donde fluye la consecuencia de que los contratos administrativos son una categoría especial, caracterizada por el ejercicio por la Administración de unas prerrogativas inherentes a la noción misma de servicio público.

GARCÍA DE ENTERRÍA señala las fisuras históricas y dogmáticas de este planteamiento. Según él, “una regulación de fondo especial para los contratos administrativos, un régimen jurídico objetivo exorbitante del Derecho común, no ha existido en absoluto y no aparecerá en nuestro Derecho hasta la LCE de 8 de abril de 1965. Las especialidades propias de la contratación administrativa que aparecen en el curso del siglo pasado y en las que más tarde e, incluso hoy, se pretenderán localizar las famosas ‘exorbitancias’ que singularizan el contrato administrativo (prerrogativa de decisión unilateral en materia de interpretación, sanciones e incluso modificación y rescisión), surgen siempre por vía de pacto (‘pliego de condiciones’ fijados por la Administración y a los cuales el contratista se adhiere) y no por imposición de un texto legal expreso y tiene inicialmente un carácter provisional, destinado a no entorpecer el curso de las obras contratadas con el surgimiento de una discrepancia y la tramitación de un proceso”.

Señala a continuación que “si de entre el conjunto contractual de la Administración se especifica un grupo de ellos a los que calificar de administrativos *stricto sensu*, se trata de un medida pragmática determinada por el criterio de que allí donde la modulación del contrato alcanza una cierta intensidad es más conveniente que su análisis se atribuya a los Tribunales especializados en Derecho Administrativo que a los Tribunales ordinarios, porque su enjuiciamiento necesariamente requiere el conocimiento del régimen peculiar de la Administración. Si calificamos de pragmático el criterio particional es porque podía haberse perfectamente mantenido la unidad de jurisdicción sobre toda la materia contractual en favor de la jurisdicción ordinaria (como ocurre en el Derecho Administrativo de otros países), o, por el contrario, en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa (como ocurrió en los orígenes de nuestro contencioso y como propugna hoy un sector de la doctrina), o, en fin, trazarse la línea particional entre una y otra jurisdicción de otra manera que la establecida, y, última razón, porque en todo caso el criterio mismo de partición es, y no puede dejar de ser, según veremos, aproximativo y no exacto”.

A partir de esta posición, analiza las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos, señalando que en realidad las mismas derivan de “la posición jurídica general de la Administración de su privilegio general de autotutela, que ya conocemos, de modo que es en sí mismo extracontractual. Históricamente parece claro que la inserción de estos poderes en los contratos administrativos ha sido la consecuencia, y no la causa, aunque ello pueda hoy resultar paradójico, de la atribución jurisdiccional de estos contratos a la vía contencioso-administrativa. Hoy, sin embargo, la verdadera razón de fondo que justifica la aplicación de esta prerrogativa está en la relación inmediata del contrato

El control judicial de la contratación administrativa

con las necesidades públicas o, si se prefiere, con los ‘servicios públicos’, cuya responsabilidad de gestión tiene atribuida la Administración, y cuyo gobierno, por consiguiente, debe ésta de atender con todas sus facultades específicas, sobre todo en evitación de retrasos, que serían ineludibles si la Administración tuviese ella misma que demandar ejecutorias judiciales o si su actuación pudiese ser paralizada por el simple expediente de un proceso”. Pero por importante que pueda ser este privilegio, “deja absolutamente intactas las reglas de fondo que definen los contenidos obligacionales del contrato”.

Análisis análogos hace el autor cuando examina el *ius variandi* o la afectación del contrato administrativo a terceros, lo que le permite concluir que “las características propias de los contratos administrativos salvan el esquema contractual de fondo, tal como lo ha configurado y depurado la técnica civil. El fondo obligacional del contrato, y de manera especial la conexión causal que lo articula y lo anima, no es, puede decirse que nunca, una regulación de Derecho Administrativo material, sin perjuicio de la incidencia de esas modulaciones explicadas”.

Por su parte, GONZÁLEZ PÉREZ alude al supuesto en que una Administración Pública dicta actos propios del régimen de prerrogativa a contratos privados, por eso excluidos de dicho régimen. En este caso, apoyándose en la doctrina de una Sentencia de primero de junio de 1976, entiende que la eventual denuncia de la incompetencia para dictar el acto correspondería a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En este proceso resuelto por la Sentencia, la Sala de Primera Instancia había inadmitido un recurso contencioso-administrativo contra un acuerdo municipal que imputaba a un contratista el incumplimiento de un contrato de construcción de viviendas de protección oficial promovidas por el propio Ayuntamiento, por entender que era un contrato privado, cuyos litigios debían solventarse ante la Jurisdicción Civil.

El Tribunal Supremo negó la primera y calificando al contrato de administrativo, entró en el fondo, pero no es esto lo interesante en el caso, sino la declaración previa que hace en el considerando primero: si una Administración dicta actos por los que aplica prerrogativas a contratos sobre los que se pone en duda que pueda ejercitarlas y estos actos son impugnados ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la solución no es inadmitir el recurso por falta de jurisdicción, si se considera que el contrato es privado, sino que el tema ha de acogerse a una de estas alternativas: o negar toda eficacia al acto impugnado, en cuanto expresión de una autotutela decisoria y ejecutiva, si es que la cuestión debió encuadrarse en las reglas comunes de la tutela judicial, o afirmada la potestad de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para juzgar de las vicisitudes del contrato y de la legalidad material de las unilaterales decisiones adoptadas sobre el mismo, pronunciarse sobre el fondo. Lo que no cabría en ningún caso sería declarar la incompetencia de la jurisdicción.

Una segunda categoría de contratos que el artículo 5 de la LCAP considera administrativos y que, por eso, estarán sujetos en sus vicisitudes judiciales a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, son los *administrativos especiales*, “por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa e inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella”.

Esta caracterización de los contratos especiales, en la que vuelve a traerse a primer plano para calificarlos como tales la finalidad pública por ellos perseguida, hace que en cierto modo se trasluzca en la norma un criterio de determinación de su naturaleza administrativa y, por eso, de sumisión a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, análogo al finalista del artículo 3.a) de la Ley de la Jurisdicción de 1956, puesto que la finalidad de obras y servicios públicos de toda especie a la que éste se refería, es en realidad la que delimita el concepto mismo de actividad administrativa, por lo que probablemente en las interpretaciones iniciales que la jurisprudencia haga de este precepto tendrá una presencia notable la hermenéutica que esa misma jurisprudencia ha desarrollado en torno al mencionado artículo 3.a) de la Ley de 1956. Cabe notar, no obstante, que la vigente Ley de Contratos parece marcar una tendencia a restringir las posibilidades expansivas de la categoría de los contratos administrativos especiales, al exigir que su vinculación con la finalidad pública sea “directa o inmediata”, adjetivos que no aparecían en la Ley de la Jurisdicción de 1956, matiz que sin duda habrá de ser valorado a la hora de proceder a su aplicación casuística.

El artículo 8 de la LCAP impone a la Administración que en el pliego de cláusulas administrativas particulares de los contratos administrativos especiales se haga constar, entre otros extremos, el de “la competencia del orden Jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de las cuestiones que puedan suscitarse en relación con los mismos”.

El artículo, en su conjunto, supone una garantía para el administrado, que después de contratar no podrá verse sorprendido por una eventual calificación del contrato por la Administración como administrativo especial, si éste no ha hecho constar esta calidad expresamente en las cláusulas, así como las prerrogativas que respecto a él podrá utilizar la Administración. Ahora bien, si sustantivamente el contrato cumple el concepto delimitador del artículo 5.2.b) y en él figuran las menciones del artículo 8, con omisión, sin embargo, de la relativa a la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, creo, no obstante, que ésta seguiría siendo la competente para solventar los litigios que surgieran, porque el contrato seguiría siendo administrativo, conforme a los parámetros de definición legal y por eso integrado en el supuesto del artículo 2.b) de la vigente Ley de la Jurisdicción.

Queda, por último, una tercera categoría de contratos administrativos, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5 de la LCAP: aquellos que lo son *por declaración expresa de una Ley*, que la Disposición Final 2.4 exige que sea estatal, atendiendo a que la legislación básica sobre contratos es de competencia exclusiva del Estado.

En este caso, basta esta declaración para que, sin más, las incidencias del contrato queden sometidas a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Finalmente señalar que, desde un punto de vista subjetivo, el párrafo 3 del artículo 1 de la LCAP establece que:

El control judicial de la contratación administrativa

“Deberán asimismo ajustar su actividad contractual a la presente ley los Organismos autónomos en todo caso y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos:

- a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.
- b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de derecho público.”

Este precepto no plantea problema alguno en cuanto a los organismos públicos denominados organismos autónomos en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, puesto que las dos Leyes, es decir, la citada y la de Contratos, coinciden en someter en todo caso su contratación a esta Ley.

Sin embargo, respecto a los organismos públicos llamados en aquella Ley entidades públicas de empresa, puede surgir una delimitación restrictiva derivada del apartado a) transcrito, ya que si bien el artículo 57.1 de la Ley 6/1997 somete su contratación a las previsiones contenidas en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, el referido apartado a) excluye de su ámbito a las entidades de derecho público que satisfagan necesidades de interés general de carácter industrial o mercantil.

3. CRITERIOS DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Al desarrollar el tema relativo a qué jurisdicción compete el conocimiento de los problemas judiciales que tengan su origen en la contratación administrativa, he destacado la permanencia en nuestro ordenamiento jurídico de algunas líneas de regulación que vienen del sistema legal y jurisprudencial anterior a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a

LA DOCTRINA DE LOS ACTOS SEPARABLES RECIBE CONSAGRACIÓN LEGAL EN LA LCAP, DE SUERTE QUE EL CONTROL DEL PROCESO DE FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD ADMINISTRATIVA, AUNQUE EL RESULTADO FINAL DESEMBOQUE EN UN CONTRATO SOMETIDO AL DERECHO PRIVADO, CORRESPONDE A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

la nueva Ley de la Jurisdicción, la de 13 de julio de 1998, lo que permite aprovechar una parte importante de los enfoques asumidos por los Tribunales con anterioridad a estas innovaciones legislativas o, cuando menos, tenerlos muy presentes cuando llegue el momento de hacer aplicación de los nuevos preceptos.

A) Actos separables

Como he dejado dicho con anterioridad, entre los principios del sistema que permanecen incólumes está el que inspira la doctrina de los actos separables, que recibe plena consagración legal en el artículo 9 de la LCAP, lo que hace que las declaraciones jurisprudenciales que han servido de fundamento a esta norma mantengan la vigencia de su argumentación.

Cabe notar, en este aspecto, que a pesar de su origen jurisprudencial en la década de los sesenta, sin embargo, la doctrina continúa exponiéndose a veces en las sentencias del Tribunal Supremo con un cierto tono explicativo de su contenido, como si todavía no fuese institución ya perfectamente sabida y asumida por los administrativistas. Así, en la Sentencia antes citada, de 20 de marzo de 2000, se rememora la explicación de los actos separables contenida en otras anteriores, indicando que la doctrina jurisprudencial que puede iluminarnos sobre este punto la encontramos en dos Sentencias, de 29 de diciembre de 1986 y de 23 de enero de 1987, en las que se nos dice “que incluso cuando el resultado final de una actuación administrativa sea un contrato de derecho privado, la formación de la voluntad de la Administración está sometida a unas reglas de naturaleza jurídico-administrativa, de suerte que el control del proceso de formación de aquella voluntad corresponde a la Jurisdicción Contenciosa, aunque dicha voluntad desemboque en el otorgamiento de un contrato sometido al derecho privado; el interés público, siempre presente en toda actuación de la Administración, exige que ésta observe en todo caso las reglas sobre competencia y procedimiento. Concluye la Sentencia de 23 de enero de 1987 señalando que ha surgido así la doctrina de los actos separables, que implica: A) Que aunque la voluntad administrativa desemboque en la perfección de un contrato privado su preparación y adjudicación está sometida al Derecho Administrativo; B) Que, por consecuencia, corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con dichos actos preparatorios y de adjudicación”.

B) Calificación de los contratos

Al referirme a los denominados en la Ley contratos administrativos especiales, aludí a la pervivencia en el nuevo sistema legal de criterios de calificación de los contratos como administrativos que entroncan directamente con la configuración teleológica intentada por la Ley de la Jurisdicción de 1956 y que por eso las posiciones jurisprudenciales adoptados en función de esta normativa serían perfectamente aprovechables para enfrentarse a los problemas de calificación que surjan al aplicar el nuevo régimen jurídico.

El control judicial de la contratación administrativa

En este sentido, no puede omitirse una referencia al criterio general fijado por la jurisprudencia como elemento clave para tipificar y, por ende, determinar el régimen de los contratos: los contratos no se califican por el *nomen iuris* que le den los interesados, sino por su real naturaleza, dependiente del conjunto de su contenido obligacional, de la común intención de las partes y de la finalidad perseguida.

Existen muchas sentencias del Tribunal Supremo en las que se insiste en esta doctrina, de clara raigambre civilista.

Así, en una Sentencia de 21 de noviembre de 1992, se considera contrato laboral la relación de un Ayuntamiento con unas limpiadoras, frente a la tesis de aquel que sostenía que se trataba de contratos administrativos, adjudicados mediante subasta, para la limpieza de edificios y dependencias municipales.

En una Sentencia de 20 de noviembre de 1996, se califica de privado a un arrendamiento de los servicios de bar-cafetería de un Teatro municipal que expresamente el propio contrato autocalificaba de administrativo, razonando la Sentencia que “las cosas son lo que son y no lo que se las denomina” y aportando como argumentos específicos del caso que el objeto arrendado era un bien patrimonial, que sus rentas tenían naturaleza de ingresos privados y que el bar-cafetería no tenía la condición de servicio público.

Un sentido inverso tiene la Sentencia de 15 de febrero de 1999, en la que en un contrato de adjudicación de la explotación de una plaza de toros municipal se hacía constar expresamente su carácter de contrato civil, a pesar de lo cual el Ayuntamiento mantuvo en el proceso que debía ser considerado administrativo. El Tribunal Supremo acogió en este caso la tesis municipal señalando que “en el Derecho Administrativo, la calificación que las partes otorguen al contrato no tiene virtualidad para alterar su verdadera naturaleza jurídica. Sirve, sin duda, de elemento importante para su interpretación pero no para alterar el régimen jurídico que le resulte aplicable en razón a su causa y objeto. O, dicho en otros términos, en este específico ámbito, no puede reconocerse, ni siquiera a la Administración contratante, una autonomía de voluntad capaz de excluir la aplicación al contrato del régimen administrativo, si fuera éste el realmente procedente, porque las prerrogativas y potestades que dicho ordenamiento reconoce a la Administración tiene un carácter funcional que las hace irrenunciables”.

En cuanto a la causa inmediata de su decisión de aceptar la naturaleza administrativa del contrato, la Sentencia consideró que aunque recaía sobre un bien “de propios”, sin embargo, los espectáculos taurinos constituían un servicio de competencia municipal.

La doctrina jurisprudencial reflejada en los ejemplos de las sentencias citadas pone un importante límite a la eficacia de la denominación expresa de los contratos administrativos especiales que ordena el artículo 8 de la LCAP, la cual, a mi entender, normalmente sólo podrá desplegar plena eficacia en orden a determinar la naturaleza del contrato cuando su denominación como administrativo coincida con la caracterización sustantiva que de los mismos se hace en el artículo 5.2.b), de forma que la parte interesada probablemente encontrará posibilidad de que la jurisdicción acepte el carácter privado de un

contrato, aunque formalmente haya sido denominado administrativo especial, si demuestra que no se dan las notas sustanciales de esta calificación.

El tema tiene una gran trascendencia y, sin duda, dará lugar a interesantes decisiones judiciales en los casos límite, porque ambas partes concernidas –la Administración y los contratistas– pueden tener fortísimos intereses jurídicos en mantener una y otra tesis en el caso dudoso de que se trate: la Administración para mantener su prerrogativa de autotutela y el contratista para eludir ésta y así liberar el ejercicio de sus derechos derivados del contrato de los breves plazos de recurso de las decisiones unilaterales de la Administración y ubicarse en los mucho más generosos de la prescripción de los derechos y obligaciones.

Precisamente en la delimitación de qué contratos sean administrativos, con independencia de lo que hayan afirmado los interesados, la jurisprudencia se ha inclinado claramente por la idea del fin público perseguido, con independencia de la naturaleza del bien que constituya su objeto, como ha quedado constatado en la Sentencia mencionada sobre adjudicación de una plaza de toros. Como expresión de este principio general, puede citarse la Sentencia de 31 de octubre de 1995: “El artículo 3.a) de la Ley Jurisdiccional viene a caracterizar como administrativo, en función de la jurisdicción competente, al contrato que tuviere por finalidad obras y servicios públicos de toda especie pero el artículo 4.2 de la Ley de Contratos del Estado de 8 abril de 1965, modificada por Ley de 17 de marzo de 1973 y el Real Decreto de 2 de mayo de 1986, ha ensanchado ese ámbito conceptual y precisa la naturaleza administrativa de los contratos incluyendo además en tal concepto, a aquellos caracterizados por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o por revestir características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato. Así la Sentencia de esta Sala de 8 de marzo de 1986 reconoce que el concepto de contrato administrativo, viene determinado en función de la presencia en la causa del mismo de un fin público como elemento esencial. Este criterio finalista de la contratación administrativa, tiene especial relevancia cuando el objeto del contrato son bienes de propios, como acaece en esta litis, y así, las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1976 y 28 de noviembre de 1981 califican de administrativo el contrato cuyo objeto recae sobre bienes de propios, cuando se dirija a satisfacer un fin público incluyendo dicho fin público en la causa del contrato”.

C) El control judicial de la contratación administrativa y el recurso de casación

Mi condición de Magistrado del Tribunal Supremo, me llama a hacer algunas consideraciones sobre las limitaciones que se originan en el hecho de que el conocimiento de los procesos se haga en este Tribunal a través de la técnica procesal del recurso de casación.

Así, en primer lugar, debo advertir del rigor a veces realmente excesivo con que en el Tribunal se controla la admisión de estos recursos. Quepa como ejemplo la doctrina que aplica cuando se trata de sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-

El control judicial de la contratación administrativa

Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, que sólo serán recurribles en casación “si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o considerados por la Sala sentenciadora” (artículo 86.4 de la Ley de la Jurisdicción de 1998). Pues bien, el artículo 89.2 de la propia Ley impone que en estos casos, en el escrito de preparación del recurso, se justifique que “la infracción de una norma estatal o comunitaria ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia”.

Siguiendo la interpretación jurisprudencial que de precepto análogo (el artículo 96.2 de la Ley de la Jurisdicción de 1956, reformada por la Ley 10/1992) viene haciendo el Tribunal, no bastará siquiera que en todo el proceso de instancia no se haya manejado más que normas estatales o comunitarias o que incluso se citen éstas exclusivamente en el escrito de preparación, sino que el Tribunal exige un razonamiento específico sobre la relevancia de estas normas en el contenido del fallo, so pena de una decisión de inadmisibilidad. En este sentido es preciso alertar de que no basta que en un litigio sobre contratación administrativa se haya invocado solamente la LCAP y sólo a ella se haya referido la sentencia: será, de todas formas, requisito para que sea admitido el recurso de casación, que este dato se haga valer de manera explícita y se razone en el escrito de preparación del recurso de casación, si se quiere que éste sea admitido.

En cuanto a la admisión del recurso de casación en relación con su cuantía mínima –hoy, veinticinco millones de pesetas– el Tribunal Supremo suele ser muy activo en la aplicación del principio de que en el caso de acumulación, las pretensiones de cuantía superior no comuniquen a las de cuantía inferior la posibilidad de la casación (artículo 41 de la Ley 29/1998).

Así, en materia de contratación administrativa son muy frecuentes los autos y sentencias en que se declara inadmisibile total o parcialmente el recurso, porque la cifra total demandada responde a la suma de certificaciones de obra que aisladamente son todas ellas o algunas inferiores a dicha cuantía mínima. La misma doctrina se aplica cuando lo reclamado son intereses imputables a certificaciones o facturas diferentes.

Por último, señalaré que la dogmática propia del recurso de casación ha llevado a la Sala Tercera del Tribunal Supremo, siguiendo el surco abierto por la Sala Primera, a afirmar que la interpretación del clausulado de los contratos es cuestión excluida del recurso de casación, recordando la reiterada jurisprudencia en el sentido de que la interpretación de los términos de las cláusulas de un contrato, realizada por el Tribunal de instancia, no puede ser combatida en casación, a no ser que deba tildarse de manifiestamente errónea, ilógica o arbitraria o se acredite la infracción de normas reguladoras de los contratos (valgan como ejemplo las SSTs de 17 de mayo y de 2 de noviembre de 1999).

La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria tras la reforma de la Ley 4/1999

CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

Presidente de la Sala de lo
Contencioso-administrativo
Tribunal Superior de Justicia de
Cantabria

Sumario:

I. Introducción. II. Problemática sobre la competencia jurisdiccional. III. La unificación jurisdiccional. IV. Los criterios de imputación de la responsabilidad. V. La convergencia jurisprudencial en los criterios de imputación. VI. El supuesto de “funcionamiento normal” como justificativo de la exigencia de responsabilidad. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la exigencia de responsabilidad a la Administración sanitaria se caracteriza en nuestro país por dos notas que le dotan de cierta peculiaridad y cuya exteriorización ha resultado constante en los últimos años. Desde un punto de vista sociológico hemos asistido a un incremento acelerado de las reclamaciones efectuadas por los usuarios del servicio público de salud frente a los daños derivados de su utilización, exigiendo la correspondiente indemnización, bien del personal sanitario, bien directamente de las instituciones sanitarias. Este incremento de las reclamaciones en materia de responsabilidad ha generado una modificación de los propios hábitos del personal sanitario que, probablemente, sin haber llegado a la denominada “medicina defensiva”, sí ha provocado la introducción en el acto médico de pautas garantizadoras de una futura exclusión de la responsabilidad, al tiempo que ha originado una demanda para que los centros sanitarios asuman una eficaz política de aseguramiento, frente a las posibles reclamaciones.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico y al margen de otras cuestiones a las que luego tendré ocasión de referirme, la responsabilidad en materia de prestación de asisten-

cia sanitaria, se ha caracterizado por la asunción de su conocimiento por todos los órdenes jurisdiccionales que, desde distintos criterios justificativos de la competencia, han requerido para sí, el conocimiento de este tipo de reclamaciones, provocando no sólo lo que el Tribunal Supremo denominó, en frase que ha hecho fortuna, “el peregrinaje jurisdiccional”, sino, lo que a mi entender es más importante el enjuiciamiento de una misma realidad desde criterios jurídicos aplicativos absolutamente diferenciados.

La existencia de esta realidad jurídica, nos obliga a abordar como primer punto de reflexión y estudio, la cuestión relativa a la problemática competencial.

II. PROBLEMÁTICA SOBRE LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL

Como acabo de señalar, todos los órdenes jurisdiccionales han reclamado para sí el conocimiento del enjuiciamiento de las reclamaciones de responsabilidad derivadas de la prestación, defectuosa o no, de la asistencia sanitaria, debiendo analizar los criterios justificativos de cada orden jurisdiccional para afirmar su propia competencia.

En cuanto a la jurisdicción penal, su competencia en el supuesto de que a la forma de prestación de la asistencia sanitaria se le impute un delito o falta, resulta obvia y la responsabilidad de la Administración sanitaria se hacía derivar del contenido del art. 22 del derogado Código Penal, en la redacción dada por la Ley 1/1991, de 7 de enero, y hoy, pese a las críticas de eminentes tratadistas como Martín Rebollo o Leguina Villa que postulaban que la responsabilidad fuera directa y no subsidiaria, se encuentra regulada, en lo que a la Administración se refiere, en el art. 121 del Código Penal de 1995, cuando establece: “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.”

La competencia de la jurisdicción penal es reconocida expresamente por el art. 146.1 de la LRJ-PAC, en la redacción dada por la reforma introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, cuando afirma que: “La responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente.”

Mayores complicaciones y más discutible justificación tienen los criterios adoptados por la jurisdicción civil para la asunción de su competencia.

El primer argumento parte de la consideración de que la prestación de los servicios sanitarios por las Administraciones públicas no se incardina dentro del Derecho público, sino que constituye una mera manifestación de la actuación privada de la Administración.

Las SSTs de 30 de enero y 23 de noviembre de 1990, 30 de julio de 1991 y la de 15 de marzo de 1993, señalan que:

“es reiterada doctrina de esta Sala la de que la actuación del INSALUD (por lo que respecta a los actos médicos realizados en sus establecimientos) no tiene lugar en virtud de sus facultades soberanas, como parte de la Administración del Estado, sino como entidad privada que debía procurar la curación de un enfermo, que ingresó en uno de los centros dependientes de la misma con ese fin; se está, por tanto, fuera de la relación de derecho público, siendo más bien de aplicación el art. 41 de la citada LRJAE, cuando éste actúa en relaciones de derecho privado, en cuyo caso responderá ante los Tribunales ordinarios directamente, por los daños y perjuicios causados por sus funcionarios, autoridades o agentes, aunque se considere la actuación de los mismos como actos propios de la Administración; es decir, la Administración actúa como un empresario privado, fuera de su actividad pública o de un servicio público, causando unos daños por culpa o negligencia de sus funcionarios o empleados, lo que sitúa el tema como propio del Derecho Civil”.

Para PEMÁN GAVÍN en la concepción del TS “late la vieja distinción –ya hace tiempo superada– entre actos de autoridad y actos de gestión que en otro tiempo se propuso para distinguir la esfera de aplicación del derecho administrativo y el derecho privado a las Administraciones públicas”.

En definitiva el argumento de la jurisdicción civil parte de un abandonado concepto de servicio público, siendo el actual un concepto amplio que según la STS de 22 de noviembre de 1991, supone identificarlo con “toda actuación, gestión o actividad propia de la función administrativa ejercida, incluso con la omisión o pasividad cuando la Administración tiene el concreto deber de obrar o comportarse de un modo determinado”.

El segundo argumento de la jurisdicción civil, era utilizado en los supuestos en los que junto a la reclamación contra la Administración sanitaria, la acción se dirigía contra el autor

**LA RESPONSABILIDAD EN
MATERIA DE PRESTACIÓN
DE ASISTENCIA SANITARIA
SE HA CARACTERIZADO POR
LA ASUNCIÓN DE
SU CONOCIMIENTO POR
TODOS LOS ÓRDENES
JURISDICCIONALES,
PROVOCANDO NO SÓLO
UN “PEREGRINAJE
JURISDICCIONAL” SINO
TAMBIÉN EL ENJUICIAMIENTO
DE UNA MISMA REALIDAD
DESDE CRITERIOS
APLICATIVOS DIFERENCIADOS**

personal del acto dañoso. En estos supuestos y como afirma la STS de 31 de octubre de 1995:

“La doctrina que emerge de la Sentencia precedente, ofrece dos referencias claras; 1) Cuando la Administración actúa (o deja de actuar) en relación con funciones típicas de la soberanía del Estado y revestidas, por ello, de *imperium*, la responsabilidad patrimonial en que haya podido incurrir, debe exigirse en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo; 2) en los supuestos en que la Administración haya sido codemandada con un sujeto privado, la *vis atractiva* que según la jurisprudencia determina que el enjuiciamiento del asunto corresponde al orden jurisdiccional civil (...)”

Esta segunda justificación, que tiene su fundamento en la necesidad de no dividir la continuidad de la causa, debe ser igualmente rechazada en el momento presente, pues como posteriormente trataré de razonar, hoy no es correcto afirmar la posibilidad de dirigir la acción civil directamente contra las autoridades y el personal al servicio de las administraciones públicas, sino que la acción debe dirigirse siempre y de forma exclusiva frente a la Administración, sin perjuicio de la exigencia de la acción de regreso.

La tercera jurisdicción en entrar en liza, fue la jurisdicción laboral, que lo hizo en un momento tardío pero que ha demostrado un especial empeño en la defensa de su competencia, desoyendo las resoluciones de la propia Sala de conflictos del TS, como después veremos.

La Sala Cuarta, entre otras, en Sentencias de 10 de febrero y 20 de abril de 1992 afirmó que:

“la reclamación de indemnización de daños y perjuicios al INSALUD como consecuencia de la prestación del servicio de asistencia sanitaria que tiene encomendado el ámbito de la Seguridad Social, es materia claramente incardinable en la rama social del derecho y, por tanto, atribuida a los órganos de este orden jurisdiccional social”.

Siguiendo al Profesor MERCADER UGUINA, las tesis del orden social se basaban en los siguientes argumentos: A) La existencia de una relación jurídica entre el reclamante y la Entidad Gestora distinta de la puramente contractual. B) El daño se produce en el contexto de la actividad prestacional sanitaria cuyo objeto es el restablecimiento de la salud. C) La responsabilidad de la Entidad Gestora no nace de la responsabilidad extracontractual, sino de la Ley “en el desarrollo mismo de la acción protectora de la Seguridad Social”. D) No se suscita una cuestión concerniente a la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Una vez examinados los argumentos justificativos de las distintas jurisdicciones para asumir sus competencias, debemos analizar la situación actual, en la que, sin despreciar posibles resoluciones que mantengan el anterior estado de cosas, puede afirmarse que se ha producido la unificación jurisdiccional.

III. LA UNIFICACIÓN JURISDICCIONAL

La regulación de la responsabilidad patrimonial contenida en la Ley 30/1992, tenía como una de sus características esenciales, al tiempo que una de sus finalidades confesadas, la instauración de la unificación jurisdiccional de los supuestos de exigencia de reparación por parte de las Administraciones Públicas, que permitiera acabar con situaciones como las descritas.

Según LEGUINA VILLA de la redacción de los preceptos de la Ley, se extraía “el reconocimiento —expreso aunque implícito— de la jurisdicción contencioso-administrativa como única jurisdicción competente para conocer de todas las acciones de responsabilidad patrimonial de la Administración, incluidas las que se deriven de daños causados en el ámbito de las llamadas relaciones de Derecho Privado.”

La tesis de la unificación competencial producida tras la entrada en vigor de la Ley 30/1992 ha sido sustentada no sólo por la doctrina científica, sino también por los Tribunales de Justicia, siendo de destacar esencialmente el Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1994, que basa su conclusión en dos tipos de razonamientos:

- 1) La unificación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, de forma tal que la responsabilidad en que incurra la Administración cuando actúe en relaciones de cualquier especie (públicas o privadas) será exigible mediante un mismo procedimiento.
- 2) El hecho de que el art. 142.6 de la Ley señale que la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento, cualquiera que sea el tipo de relación, pública o privada, de que derive, pone fin a la vía administrativa.

A pesar de la existencia de este principio de consenso, tanto la jurisdicción civil, como la jurisdicción laboral, en este último caso, como ya se ha dicho, apartándose abiertamente del criterio de la Sala de Conflictos, han seguido manteniendo su respectiva competencia.

La cuestión pareció que había alcanzado su solución mediante la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, sin embargo, la Sala Cuarta consideró inaplicable dicha Disposición, considerando, entre otros argumentos en el Auto de 7 de julio de 1994 y la STS de 10 de julio de 1995, que:

- a) De acuerdo con lo establecido en los arts. 9.5 de la LOPJ y 2.2 de la LPL, las reclamaciones en materia de Seguridad Social habrán de ser conocidas por el orden social.
- b) No se impugna en este caso un acto administrativo separable de la prestación de asistencia integrada en la acción protectora de la Seguridad Social, por cuanto la contingencia protegida es el restablecimiento de la salud a la que tiene derecho el beneficiario de la Seguridad Social como manifestación de la acción protectora de la misma.

- c) Únicamente una norma de rango legal y no reglamentario, como sucede con el RPRP, en cuya Disposición Adicional Primera se recoge expresamente la cuestión litigiosa con manifiesta *ultra vires* en su regulación, serviría para modificar la atribución del orden social.
- d) En la materia que se impugna no se cuestiona el funcionamiento anormal de un servicio público.
- e) No existe base jurídica alguna para afirmar que se ha unificado en la LRJ-PAC la responsabilidad patrimonial de la Administración y el régimen prestacional de la Seguridad Social.
- f) Del mismo modo que el reintegro de gastos por utilización de servicios ajenos a la Seguridad Social o la exigencia de la prestación misma forman parte de la acción protectora, su prestación insuficiente o defectuosa integra el contenido de la misma.

Ante el hecho de que tanto la jurisdicción civil, como la social, seguían manteniendo su propia competencia en esta materia, se hizo necesario afrontar sucesivas reformas legislativas. De un lado la LO 6/1998, de 13 de julio, modifica el art. 9.4 de la LOPJ, cuya nueva redacción establece, en referencia al ámbito de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa que: “Conocerán asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión de resarcimiento ante este orden jurisdiccional.” Este precepto, que resulta clave dado el carácter orgánico de la norma donde se inserta, debe interpretarse en sus justos términos pues, a mi entender, se está haciendo referencia a los supuestos de concesionarios y contratistas de la Administración, pero no a la posibilidad de demandar conjuntamente ante la jurisdicción contenciosa a la Administración y a sus autoridades o personal a su servicio, porque, como luego se razonará, el régimen de responsabilidad patrimonial, se caracteriza por ser un régimen de responsabilidad directa de la Administración.

Por su parte, el art. 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, LJCA, incluye dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa: “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandada aquélla por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social.”

Por si la cuestión no hubiera quedado suficientemente clarificada tras estas dos reformas legales, la Ley 4/1999, de 13 de enero, retoma nuevamente el problema, introduciendo dos novedades que, en mi opinión, han de servir para privar de fundamento las tesis mantenidas tanto por la jurisdicción laboral, como por la jurisdicción civil.

Respecto de la jurisdicción laboral, porque la Ley, ya no un reglamento, dispone en la Disposición Adicional Duodécima que: “La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso.”

En relación con la jurisdicción civil, porque carecerá de fundamento la doctrina que justifica su atribución competencial en la necesidad de no dividir la continencia de la causa desde el momento en el que no resulta posible dirigir la acción civil contra el personal al servicio de las Administraciones públicas, siendo preciso que se demande directamente a la Administración, sin perjuicio del ulterior ejercicio de la acción de regreso que, tras la modificación legal, pierde su carácter potestativo para convertirse en obligatoria.

En efecto, el art. 146.1 de la Ley 30/1992 señalaba que “La responsabilidad civil y penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente”. Tras la reforma introducida por la Ley 4/1999, desaparece toda mención a la responsabilidad civil y se derogan expresamente la Ley de 5 de abril de 1904 y el Real Decreto de 23 de septiembre de 1904, relativos a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos.

La modificación legal dota de plenitud el carácter directo que caracteriza el sistema de responsabilidad patrimonial en la LRJ-PAC, pues, si bien antes de la reforma, el art. 145.1 ya establecía que para hacer efectiva la responsabilidad los particulares exigirían “directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio”, la subsistencia de la posibilidad de reclamar directamente frente al funcionario ante la jurisdicción civil, relativizaba el carácter directo que, con la desaparición de tal posibilidad, se ve notoriamente reforzado.

Al mismo tiempo que la modificación legal implica la necesidad de dirigir la acción directamente frente a la

**TRAS ESTABLECERSE LA
NECESIDAD DE DIRIGIR
LA ACCIÓN DIRECTAMENTE
FRENTE A LA
ADMINISTRACIÓN, NOS
ENCONTRAMOS CON UNA
REDUCCIÓN IMPORTANTE
DEL ÁMBITO DE
RESPONSABILIDAD DEL
PERSONAL DEPENDIENTE
DE LA ADMINISTRACIÓN
SANITARIA, QUE SÓLO
RESPONDERÁ FRENTE A
ÉSTA, VÍA DE REGRESO, SI
SE HA ACTUADO CON
DOLO, CULPA O
NEGLIGENCIA GRAVE**

Administración, nos encontramos con una reducción importante del ámbito de responsabilidad del personal dependiente de la Administración sanitaria, por cuanto, de acuerdo con el art. 145.2 de la LRJ-PAC, los funcionarios no responderán, vía acción de regreso, frente a la Administración, en todo caso, sino sólo en los supuestos de dolo, culpa o negligencia grave, de lo que se deduce que quedan excluidos los daños causados por culpa leve o levísima, lo que indudablemente supone moderar la exigencia de responsabilidad, al tiempo que se consagra un criterio de pura subjetividad para el personal sanitario, debiendo tenerse en cuenta factores tales como “el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso”.

Esta reducción importante de la responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas, se ve compensada, como ya se adelantó, por la modificación del carácter potestativo de la acción de regreso o repetición. Como gráficamente señalaba BLASCO ESTEVE, las Administraciones Públicas no ejercían nunca dicha acción, “con lo que el funcionario culpable queda impune, el servicio sigue funcionando igual de mal y el erario público es gravado innecesariamente. Un correcto funcionamiento de la institución resarcitoria exige sin duda la puesta en práctica de esta acción de regreso para corregir los abusos de algunos agentes públicos y la impunidad en que siempre quedan”.

No es el momento ahora de abordar el problema de la viabilidad de la acción de regreso, esencialmente los problemas que puede plantear la inexistencia de intereses legítimos capaces de impulsar mediante el ejercicio de la oportuna acción la repetición en los supuestos de inactividad de la Administración, baste recordar que el procedimiento se encuentra recogido en los arts. 20 y 21 del RD 429/1993, de 26 de marzo.

La conclusión a partir de la introducción del sistema de responsabilidad directa, es la de que los funcionarios no podrán ser objeto de condena ante la jurisdicción civil, pero tampoco podrán ser condenados en vía contencioso-administrativa, no obstante lo cual resulta evidente que en el proceso de responsabilidad patrimonial tales funcionarios tienen un evidente interés, desde el momento en que la estimación de la pretensión debe significar, de modo ineludible, el inicio del procedimiento de repetición o regreso, por ello y conforme a lo dispuesto en el art. 49 de la LJCA, procederá el emplazamiento personal del funcionario afectado, al objeto de que compareciendo como codemandado pueda defender la ausencia de responsabilidad de la Administración.

Sentado lo anterior y razonado el criterio de la existencia de un régimen unitario en materia jurisdiccional, se plantea como siguiente cuestión a examinar la relativa a los criterios de imputación de responsabilidad en los supuestos de asistencia sanitaria.

IV. LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

Una de las características más relevantes del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, diseñado por la LRJ-PAC, es su carácter objetivo, esto es, su exigencia resulta absolutamente independiente de que el obrar de la Administración haya sido lícito o ilícito y de que exista una conducta culposa o negligente generadora del daño. Efectivamente la Administración responde por “toda lesión” que sufran los particulares, siempre que sea consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos, al margen de cuál sea el grado de voluntariedad y de la previsión del agente.

En síntesis, basta la existencia de un resultado dañoso que cause un perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado respecto a una persona o grupo de personas para que surja la obligación de indemnizar, sin más requisitos que el de la relación de causalidad entre el acto y el daño, y prescindiendo en absoluto de la licitud o ilicitud del acto originador de éste. Lo que es lo mismo, no se requiere en este tipo de pretensiones, cual recuerda la STS de 25 de mayo de 1988, la concurrencia de aquellos tres clásicos requisitos tomados del campo civil, de realidad del daño, culpa o negligencia y relación de causalidad entre aquél y la acción y omisión culposa o negligente, sino que basta que la efectiva realidad del daño singularizado no sea consecuencia de fuerza mayor o culpa del perjudicado.

La jurisdicción laboral ha mantenido un criterio más equívoco, pues mientras en la STS de 21 de abril de 1993 se apunta a criterios subjetivos, distinguiendo entre la objetivación de la culpa y la responsabilidad objetiva, en la anterior de 5 de junio de 1991, parecía acogerse al principio de responsabilidad objetiva, afirmando que:

“(…) es claro que la asistencia sanitaria prestada por el INSALUD a los beneficiarios de la Seguridad Social, está englobada en el servicio público de protección a la salud, servicio público que como tal y, máxime si está regido por el principio de eficacia, es responsable de la lesión que por su funcionamiento normal o anormal sufra todo particular, lesión que ha de ser indemnizada salvo que sea debida a fuerza mayor, como previene el art. 40.1 de la LRJAE en concordancia con el art. 106.2 CE”.

La jurisdicción civil, por su parte ha partido tradicionalmente del principio de culpabilidad. La STS de 13 de octubre de 1995, establece el siguiente criterio en relación con la responsabilidad del personal sanitario:

“(…) para valorarse la responsabilidad de los profesionales sanitarios ha de descartarse la responsabilidad más o menos objetiva, la inversión de la carga de la prueba y, en consecuencia, corresponde al paciente acreditar la acción u omisión negligente y el nexo causal con el resultado dañoso, pues de otro modo no habrá responsabilidad, al tratarse de una obligación de medios y no de resultados, en la que sólo se exige la aplicación de la *lex artis ad hoc*, tanto en sus intervenciones como en las incidencias inesperables que puedan presentarse”, criterio culpabilístico que se aplicaba igualmente a la responsabilidad de los centros hospitalarios.

La existencia de diferentes criterios de imputación de responsabilidad, esencialmente entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción civil, abre un posible debate acerca de la pertinencia de utilizar en el ámbito de la asistencia sanitaria criterios de responsabilidad objetiva. Tal debate interesante desde el punto de vista dogmático, debe ser matizado a la luz de los últimos criterios sostenidos por ambas jurisdicciones que permiten concluir la existencia de una cierta convergencia jurisdiccional en los criterios de imputación.

V. LA CONVERGENCIA JURISPRUDENCIAL EN LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN

La evolución jurisprudencial y el cambio de orientación en la jurisdicción civil, junto con la aplicación efectiva de la responsabilidad objetiva en el campo contencioso-administrativo, permiten afirmar la existencia de un acercamiento de posturas, que determinan que no pueda rotundamente afirmarse la existencia de un distinto tratamiento de la misma realidad, dependiendo de la jurisdicción que la enjuicie.

Como afirma el Profesor PEMÁN GAVÍN, al referirse al ámbito de la jurisdicción civil, “Sucede, en efecto, que no son infrecuentes últimamente las sentencias que absuelven al médico demandado por entender que no hubo negligencia por parte del mismo y, sin embargo, condenan a la Administración (el INSALUD en la mayoría de los supuestos) a indemnizar los perjuicios causados al paciente, a pesar del reconocimiento de la ausencia de una actuación culpable. Con ello se observa que se está llegando a pautas objetivas o cuasi-objetivas en la apreciación de la responsabilidad de la Administración sanitaria por la jurisdicción civil, de hecho próximas a las que resultarían si tal responsabilidad se exigiera ante la jurisdicción contencioso-administrativa en base a los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC.”

Manifestación de lo que acabamos de señalar lo constituye la STS de 26 de enero de 1997, que citando otra anterior de 4 de noviembre de 1992 establece que:

“en unos organismos sanitarios como los actuales, montados en la generalidad de los casos, cual aquí acontece, sobre los esquemas de la Seguridad Social, son dichos entes los responsables en supuestos como los en este recurso ofrecidos de los defectos del sistema, de la instrumentación y funcionamiento, en fin, cuando de ello puedan resultar daños o perjuicios para los asistidos en referidos Centros, dado que además, los mismos son según la doctrina más generalizada de los autores así como de esta Sala personas jurídicas de derecho público (para-estatales o para-comunitarios) en cuanto dependientes o conectados íntimamente con el Estado o con las Comunidades, razón por la cual es también de tener en cuenta en orden a la atribución de esta responsabilidad los arts. 41, 43 y 106.2 CE así como lo dispuesto en el art. 40 de la LRJAE de 26 julio de 1957 (...)”

La segunda vía de introducción de la responsabilidad objetiva en el campo civil se produce mediante la remisión a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de

los Consumidores y Usuarios, por cuanto en el art. 2 se menciona entre los derechos básicos de los consumidores y usuarios, la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad, añadiendo el art. 28 que:

“En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los productos alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, servicios sanitarios (...)”.

Partiendo, pues, de la aplicación de esta legislación, ha señalado la STS de 21 de julio de 1997 que:

“esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al usuario; estos niveles se presuponen para el servicio sanitario, entre otros; y producido y constatado el daño (...) se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario”.

La última vía hacia la objetivación de la responsabilidad, parte de la teoría “del daño desproporcionado”, doctrina que de acuerdo con lo señalado por Román GARCÍA VARELA “requiere que acaezca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción de demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima.”

Esta doctrina ha sido acogida por la reciente Sentencia de la Sala Primera de 29 de junio de 1999, siguiendo el criterio sustentado anteriormente en la STS de 2 de diciembre de 1996, en la que se afirmaba:

“no obstante, sea la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios empleados para la curación, adecuados según la *lex artis ad hoc*, no se excluye la presunción desfavorable que puede generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual com-

EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DISEÑADO POR LA LRJ-PAC SE CARACTERIZA POR SU CARÁCTER OBJETIVO, DE MANERA QUE LA ADMINISTRACIÓN RESPONDERÁ DE TODA LESIÓN QUE SUFRAN LOS PARTICULARES, SIEMPRE QUE SEA CONSECUENCIA DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, AL MARGEN DE LA VOLUNTARIEDAD Y DE LA PREVISIÓN DEL AGENTE

parativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente aplicación”.

En el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, existen ejemplos de un criterio objetivo dotado de un cierto automatismo en la imputación de la responsabilidad, que ha despertado críticas y suspicacias entre renombrados civilistas (PANTALEÓN PRIETO), junto con otras Sentencias posteriores que tras afirmar rotundamente el criterio de la responsabilidad objetiva de la Administración, concluyen efectuando un análisis del requisito de la relación de causalidad, que lleva a la introducción de elementos, al menos, cercanos al examen de la conducta del causante del daño.

Ejemplo de las primeras tesis es fundamentalmente la Sentencia de 14 de junio de 1991, en la que se afirma que la conducta del cirujano que intervino:

“No ha de ser enjuiciada aquí desde el prisma psicológico o normativo de la culpabilidad, sino más bien, desde la estricta objetividad mecánica de un comportamiento que se integra, junto con otros eventos, en la causalidad material, a nivel de experiencia en la producción de un resultado”, añadiendo que “Alegar en estos casos ausencia de dolo o culpa, impericia o negligencia, resulta intrascendente, y por ello para nada hemos de profundizar en las concretas acciones u omisiones de los intervinientes (...)”

Ejemplo de la introducción de criterios más cercanos a la exigencia de una cierta culpa o negligencia en los intervinientes, podemos encontrarlo en la STS de 9 de octubre de 1995, al afirmar que al excluirse la negligencia del equipo médico del centro hospitalario, se excluye también la atribución al funcionamiento de los servicios de la Administración del fallecimiento del paciente en una relación de causa a efecto, ya que del equipo médico dependía esencialmente el tratamiento que el mismo recibió.

Sentada que la evolución jurisprudencial está provocando una cierta convergencia en los criterios de imputación de la responsabilidad utilizados por la jurisdicción civil y contencioso-administrativa, conviene examinar, dentro de esta última, los problemas derivados de la exigencia de responsabilidad en los supuestos de “funcionamiento normal” y los posibles criterios correctores que pudieran introducirse para el caso de entender que no resulta asumible una ampliación de la imputación de responsabilidad en tales supuestos.

VI. EL SUPUESTO DE “FUNCIONAMIENTO NORMAL” COMO JUSTIFICATIVO DE LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD

La conexión entre la exigencia de responsabilidad en los supuestos de funcionamiento normal y el carácter objetivo de la responsabilidad resulta evidente. Esta conclusión se desprende claramente de la STS de 9 de marzo de 1998, cuando se afirma:

La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria

“Por último, además de estos requisitos, es de tener en cuenta que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente (...) que la responsabilidad patrimonial de la Administración, (...) se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que como consecuencia directa de aquélla, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Esta fundamental característica impone que no sólo no es menester demostrar para exigir aquella responsabilidad que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos.”

La exigencia de responsabilidad en los supuestos de funcionamiento normal, sobre todo en el ámbito de la asistencia sanitaria, ha generado no pocas críticas (PANTALEÓN PRIETO), al tiempo que cuenta con grandes defensores (MUÑOZ MACHADO).

PANTALEÓN PRIETO, defiende que a estos efectos debe diferenciarse entre los “daños cuasiexpropiatorios o de sacrificio”, entendiéndolo por tales aquellos que “son (producto indeseado, pero) consecuencia inmediata o directa de actuaciones administrativas lícitas de las que los daños aparecen como secuela connatural, como realización de un potencial dañoso intrínseco a la actuación administrativa en cuestión”, supuesto en el que se respondería por funcionamiento normal y los “daños producto de accidentes”, “en cuya etiología aparezca implicada, ciertamente, la actividad típica de una Administración pública, pero que no sean consecuencia de una medida finalmente dirigida a causar, ni connatural, intrínseca o inmediatamente generadora de los daños infligidos”, supuesto en el que no sería de aplicación la responsabilidad objetiva.

Para MUÑOZ MACHADO, por el contrario “ni un solo paso atrás debe darse”, procediendo a justificar la exigencia de responsabilidad por funcionamiento normal, en el concreto ámbito sanitario, en las siguientes consideraciones: A) “La conveniencia de dar la máxima cobertura a los pacientes, en unos servicios sanitarios que están universalizados, y en los que la cobertura de riesgos debe formar parte ya del contenido del servicio garantizado”. B) “La circunstancia de que la generalización de los servicios sanitarios y su publicación masiva ha convertido a los médicos y sanitarios en personal dependiente”, lo que aconseja que no se tenga en cuenta la conducta culpable de los sanitarios y no se les exija directamente la responsabilidad. C) El hecho de que la medicina se practique en equipos, por lo que “la colectivización de la práctica entendida en este sentido, exige también objetivar además de basar en criterios de solidaridad los fundamentos de la responsabilidad” y D) “en los servicios sanitarios públicos existe una tendencia a limitar la libertad de decisión de los médicos, por razón de la necesidad de detener el crecimiento de los gastos, costriniendo a los médicos a que empleen medios de diagnóstico y terapéuticos tasados.”

A pesar de este debate doctrinal, la Jurisprudencia no se ha planteado discriminar los supuestos de funcionamiento normal y anormal, como fundamento de la responsabilidad. La cuestión exclusivamente se ha abordado, en algún pronunciamiento aislado, a efectos de establecer el *quantum* indemnizatorio. Así la STS de 8 de febrero de 1991 afirma que, mientras en el supuesto de ilegalidad del acto producido en el curso de una actividad “normal” de la Administración la indemnización sólo ha de alcanzar a los perjuicios “directos” sufridos por el lesionado —daño emergente y lucro cesante—, en cambio en el supuesto de ilegalidad del acto producida a causa del funcionamiento “anormal” del servicio, han de indemnizarse todos los perjuicios que se deriven de dicho actuar anormal e ilegal de la Administración.

Lo que a mi entender resultaría posible e incluso conveniente, es matizar la exigencia de la responsabilidad en los supuestos de funcionamiento normal, matización que podría conseguirse mediante la técnica de “los estándares de normalidad de los servicios públicos”.

Según esta tesis, tal y como se expresa en la STSJ de Cantabria de 3 de abril de 1995, si la Administración no pudo racionalmente evitar la producción del evento dañoso a la vista de los medios reales de que dispone y de las circunstancias del caso o si adoptó todas las medidas que pudo adoptar y, no obstante, el daño fue causado, estaríamos ante una lesión cuyo resarcimiento podrá no ser exigible a la Administración que hizo todo lo que estuvo en su mano para evitarla.

Una referencia a los estándares de rendimiento, la encontramos en diferentes sentencias que ha enjuiciado el supuesto de la responsabilidad sanitaria, así la STS de 10 de diciembre de 1998, se refiere a los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social.

Esta teoría, en conclusión, podría ser útil para reconducir a su justa medida la institución de la responsabilidad de la Administración a fin de evitar que la misma se desnaturalice merced a su conversión en una suerte de seguro costeado por fondos públicos que cubre de manera injustificada ciertos daños, si bien, debe ser aplicada con la máxima prudencia puesto que, en otro caso, podría provocar una desvirtuación de la institución, contraria a lo querido por nuestro ordenamiento jurídico que parte, justamente, de un sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración de gran amplitud.

Por los demás, como afirmaba la STSJ de Cantabria ya citada, la teoría de los estándares de rendimientos del servicio ha de ser escasamente operativa cuando el legislador no precisa, a los efectos de la responsabilidad, qué estándares de rendimiento del servicio deben tomarse en consideración de manera tal que, una vez cubiertos y habiendo funcionamiento normal, la responsabilidad no surge aunque se haya producido un daño.

En el ámbito sanitario la carencia de tales estándares de rendimiento hace difícil la aplicación de esta teoría, teoría que no es imposible de llevar a la práctica puesto que, como

afirma BARCELONA LLOP, al referirse a la responsabilidad derivada de actuaciones policiales “frente a la justamente denunciada carencia de pautas legales conforme a las que valorar en cada caso concreto si el funcionamiento de un servicio administrativo ha sido anormal o no, en materia de policía la situación es justamente la inversa. Un vistazo a la jurisprudencia reciente pone de manifiesto que, en efecto, cuando se habla del funcionamiento anormal de las fuerzas de seguridad se está aludiendo por lo general a comportamientos que, de una manera u otra, infringen los principios básicos de actuación de aquéllas, sean los del art. 5 LOFCS, sean los contenidos en una más antigua Orden Ministerial de 1981, hoy ya derogada pero en su día de enorme importancia y simbolismo.”

La cuestión así planteada puede tener una nueva perspectiva a la luz del nuevo precepto introducido en la LRJ-PAC por la reforma de 1999. En efecto, la nueva redacción del art. 141 señala que “No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.”

El tenor literal de la norma justifica su encaje sin estridencias en los supuestos de responsabilidad por los daños ocasionados por una defectuosa prestación de la asistencia sanitaria, tesis que parece ser compartida por la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1999, en la cual al examinar un supuesto de responsabilidad por hemodonación causante de hepatitis crónica, se aborda esta cuestión. La Sentencia empieza por señalar que “no basta con que se invoque la insuficiencia de unos conocimientos científicos en la materia de que se trate, sino que es necesario que ese estado insatisfactorio de la ciencia se pruebe”, prueba que deberá realizar la Administración; a continuación se afirma que “para probar el estado de los conocimientos de la ciencia en un determinado momento no bastará normalmente con argumentar sobre la existencia o no de una regulación legal aplicable al caso”, procediendo seguidamente a diferenciar entre “ciencia” y “técnica”, para concluir afirmando que “Como se ve, no son pocos ni fáciles los problemas que tendrán que abordar los Tribunales de Justicia a la hora de afrontar la interpretación del nuevo sintagma que aparece en el art. 141.1 inciso 2 de la LRJ-PAC, haciendo patente algo que sólo estaba sobreentendido”.

LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD EN LOS SUPUESTOS DE FUNCIONAMIENTO NORMAL, SOBRE TODO EN EL ÁMBITO DE LA ASISTENCIA SANITARIA, HA GENERADO NO POCAS CRÍTICAS DOCTRINALES AL TIEMPO QUE CUENTA CON GRANDES DEFENSORES. EN EL ÁMBITO JURISPRUDENCIAL LA CUESTIÓN SOLAMENTE SE HA ABORDADO AISLADAMENTE A EFECTOS DE ESTABLECER EL QUANTUM INDEMNIZATORIO

En relación con el citado precepto se plantea una interesante cuestión referida a si, como afirma la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, nos encontramos ante una modulación de los supuestos de fuerza mayor, o por el contrario, como sostienen algunas primeras voces doctrinales, nos encontramos ante un supuesto de pura y simple exclusión de la responsabilidad distinto y diferente de la fuerza mayor y la concurrencia de culpa exclusiva de la víctima.

La Exposición de Motivos de la Ley, afirma que “En el artículo 141 se matizan los supuestos de fuerza mayor que no dan lugar a responsabilidad, y, en beneficio del afectado, se prevé la actualización de la cuantía de la indemnización.”

Para JORDANO FRAGA faltaría en este nuevo supuesto identificado de fuerza mayor, la nota de la exterioridad como elemento fundamental, por cuanto mientras el caso fortuito se integra por aquellos eventos internos, intrínsecos, ínsitos al funcionamiento de los servicios públicos, la fuerza mayor, en palabras de la STS de 11 de julio de 1995 se caracteriza por ser “una causa extraña exterior al objeto dañoso y a sus riesgos propios, imprevisible en su producción y absolutamente irresistible o inevitable aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista”.

De otra parte se critica por el citado autor el párrafo en el que se afirma que “todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”, por cuanto del derecho a la reparación integral se pasa a la posibilidad discrecional del establecimiento de prestaciones asistenciales o económicas, por lo que de forma muy crítica con el nuevo precepto termina concluyendo que “Por todas estas razones, creemos que la nueva regulación contradice de modo frontal el art. 106 de la CE. Su base filosófica puede ser aceptable en parámetros civilistas, pero no en los de Derecho Administrativo nacional. La exclusión única de la fuerza mayor consagra constitucionalmente un sistema de responsabilidad objetiva y esa decisión constitucional no puede ser desvirtuada por el legislador”.

Sobre la interpretación de la nueva redacción dada al art. 141, se han pronunciado tanto la STSJ de Asturias de 29 de junio de 1999, afirmando su naturaleza de supuesto de fuerza mayor excluyente de la responsabilidad patrimonial, como la STS de 6 de marzo de 2000, con la particularidad de que tal sentencia ha sido dictada por la Sala de lo Social, lo que confirma que el largo camino en pos de la unificación de criterios en materia de competencia jurisdiccional, no ha concluido, ni mucho menos, si bien, al menos en este caso cuenta con un voto particular.

En la referida sentencia y en relación al precepto citado se afirma que, se trata de una matización de los supuestos de fuerza mayor, concluyendo que:

“(…) es esta novísima norma la que exonera a la Administración cuando las lesiones producidas al particular provengan de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley; quiere esto decir que será ahora y no antes, cuando quepa construir

La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria

una especie de antijuricidad objetiva del hecho lesivo, en el sentido de que se pone en cabeza de quien acude a la asistencia sanitaria pública los daños que sean consecuencia de la misma, sin compensación ni reparación económica de clase alguna, salvo que se decida por vía asistencial.”

Por su parte MARTÍN REBOLLO, en nota al citado artículo, lo reputa como un supuesto de fuerza mayor que no da lugar a indemnización, afirmando que: “La singularización de este supuesto trata seguramente de salir al paso de las indemnizaciones que en vía de responsabilidad se han producido a favor de personas que resultaron infectadas por el VIH a consecuencia de transfusiones llevadas a cabo en hospitales públicos antes de que se conociera la existencia del virus y de la subsiguiente enfermedad y, por lo tanto, antes de que existieran controles previos a dichas transfusiones”, supuestos que fueron indemnizados mediante prestaciones asistenciales o económicas, tal como fue el caso del Real Decreto-Ley de 28 de mayo de 1993, sobre ayudas a víctimas de VIH.

Para concluir ha de hacerse referencia a las reflexiones que realiza la Sentencia de 31 de mayo sobre una posible causa de exclusión de la responsabilidad, cual sería el supuesto en el que la causación del daño viene determinada por la necesidad de evitar un mal mayor. En la referida Sentencia se afirma textualmente que:

“En tales casos no sería razonable hablar de existencia de responsabilidad extracontractual por más que en el ordenamiento jurídico-administrativo aparezca configurada como objetiva. Lo cual no quiere decir que estemos ante una ampliación del concepto de caso fortuito, sino que la razón hay que buscarla en la no ilicitud del resultado, es decir, en la ausencia de antijuricidad de la lesión, lo que nos permite abandonar el debate sobre la conducta de la Administración y trasladarlo al resultado, estableciendo que en tales casos, y sin perjuicio de aquellas excepciones que pudieran venir motivadas por las peculiaridades del caso concreto, el paciente vendría obligado a soportar el daño precisamente porque habrá que entender que concurre una causa de justificación.”

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, JOSÉ MARÍA, “La responsabilidad de los médicos y de la Administración sanitaria”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996.

BARCELONA LLOP, JAVIER, “Responsabilidad derivada de Actuaciones policiales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996.

BLASCO ESTEVE, AVELINO, “Comentario sistemático a la LRJ-PAC”, *Libros Jurídicos Carperi*, 1993.

GARCÍA VARELA, ROMÁN, “Responsabilidad de la Administración Hospitalaria por daño desproporcionado”, *Revista La Ley*, Año XX, núm. 4896.

JORDANO FRAGA, JESÚS, “La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 149, 1999.

MARTÍN REBOLLO, LUIS, “Responsabilidad de la Administración”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1992.

—“La responsabilidad de las Administraciones públicas en España”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996.

MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, “Responsabilidad de los Médicos y Responsabilidad de la Administración Sanitaria”, *Documentación Administrativa*, núms. 237 y 238, 1994.

PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, “Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”, *Documentación Administrativa*, núms. 237 y 238, 1994.

PEMÁN GAVÍN, JUAN, “La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público”, *Documentación Administrativa*, núms. 237 y 238, 1994.

I. DERECHO COMUNITARIO**Sumario:**

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

1. INTRODUCCIÓN

Junto al comentario de jurisprudencia comunitaria sobre principios generales, fuentes y recursos, incorporamos, como ya anunciamos en números anteriores de esta Revista, la crónica a la jurisprudencia relativa a la libre circulación de trabajadores, tratando de aportar, con motivo de la novedad de la inclusión, las líneas maestras de la jurisprudencia hasta este momento, si bien haciendo especial referencia a las sentencias dictadas durante los años 1999 y 2000.

2. PRINCIPIOS GENERALES

En la Sentencia de 14 de septiembre de 2000, Asunto C-369/98, *Trevor Robert Fisher and Penny Fisher*, el TJCE resolvió la cuestión prejudicial planteada por la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Divisional Court) (Reino Unido) en relación con el Reglamento (CEE) número 3508/1992, del Consejo, de 27 de noviembre de 1992 (DO L 355, pág. 1). Mediante su cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente pedía, esencialmente, que se dilucidase si los artículos 3, apartado 1, y 9 del Reglamento número 3508/1992, en relación con los principios generales de Derecho comunitario, permiten que las autoridades competentes comuniquen los datos, relativos a los cultivos herbáceos realizados durante los años anteriores y que hayan sido facilitados por o en nombre de un antiguo solicitante de pagos con arreglo al régimen de pagos a tierras de cultivo a un nuevo titular de la explotación que los necesite para poder solicitar tales pagos en relación con las mismas tierras.

El Reglamento número 3508/1992 establece un sistema integrado de gestión y control de las ayudas cuyo objetivo es evitar el fraude mediante la imposición de sanciones efec-

tivas en caso de irregularidades. El procedimiento que establece la norma contempla que la información que debe facilitar un solicitante de ayudas sea completa y exacta desde un principio y que, por lo tanto, el solicitante pueda disponer de la información necesaria para garantizar la regularidad de las solicitudes que debe presentar a la autoridad competente. A efectos de la aplicación del Reglamento número 3508/1992, un solicitante de ayudas tiene un interés esencial y legítimo en poder disponer de la información necesaria para presentar una solicitud de pagos compensatorios correcta y evitar ser objeto de sanciones.

Según el TJCE, para responder a la cuestión de si puede facilitarse determinada información contenida en la base de datos, la autoridad competente debe ponderar, por una parte, el interés de la persona que los ha proporcionado y, por otra, el interés de la persona que la necesita para alcanzar un fin legítimo. Sin embargo, los intereses respectivos de los interesados con respecto a los datos personales deben apreciarse respetando la protección de las libertades y de los derechos fundamentales.

A este respecto, las disposiciones de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, brindan criterios que la autoridad competente puede aplicar con motivo de dicha apreciación. En efecto, aunque dicha Directiva aún no había entrado en vigor en el momento de los hechos del asunto principal, de sus considerandos décimo y undécimo se deduce que recoge, a escala comunitaria, los principios generales que ya formaban parte del Derecho de los Estados miembros en la materia. En lo tocante, concretamente, a la comunicación de datos, el artículo 7, letra f), de la Directiva autoriza tal comunicación si es necesaria para la satisfacción del interés legítimo perseguido por un tercero al que se comuniquen los datos de carácter personal, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección. Corresponde pues al órgano jurisdiccional nacional, único que conoce todos los hechos pertinentes del litigio principal, evaluar los intereses de las personas afectadas a fin de poder apreciar si la información solicitada podía comunicarse. Por consiguiente, para el Alto Tribunal, los principios generales de Derecho comunitario, permiten que, previa ponderación de los intereses respectivos de las personas afectadas, las autoridades competentes comuniquen los datos relativos a los cultivos herbáceos realizados durante los años anteriores y que hayan sido facilitados por o en nombre de un antiguo solicitante de pagos con arreglo al régimen de pagos a tierras de cultivo, a un nuevo titular de la explotación que los necesite para poder solicitar tales pagos en relación con las mismas tierras y que no pueda obtenerlos de otra manera.

3. FUENTES

En el período de referencia, que comprende hasta el mes de noviembre del año 2000, es preciso aludir a dos pronunciamientos jurisprudenciales por lo que al tema de fuentes se refiere.

I. Derecho Comunitario

En este sentido, la STJCE de 14 de septiembre de 2000, As. C-348/98, **Mendes Ferreira y Delgado Correia contra Companhia de Seguros Mundial Confiança, SA** viene a señalar (ver fundamento 16° 6 en relación con el 33), en respuesta a una cuestión prejudicial, que los particulares no pueden invocar una Directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales si el hecho que dio origen al litigio principal –concretamente en este caso se trataba de un accidente de tráfico– se produjo antes de vencer el plazo señalado al Estado miembro para adaptar su Derecho interno a dicha norma comunitaria.

Por otro lado, en la STJCE de 26 de septiembre de 2000, As. C-443/98, **Unilever Italia SpA c. Central Food SpA**, el Alto Juez comunitario indica que una Directiva no puede crear obligaciones a cargo de un particular. En concreto, en su fundamento 35°, establece:

“(…) una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocada como tal, frente a dicha persona”.

Además, en esta última sentencia, establece que el incumplimiento de las obligaciones establecidas en una Directiva –en el caso concreto, en el art. 9 de la Directiva 83/189– de aplazar la adopción de un reglamento técnico nacional constituye un vicio sustancial de procedimiento que puede dar lugar a la inaplicabilidad del propio reglamento técnico.

4. RECURSOS

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

El número de sentencias recaídas en anulación y en omisión ha aumentado considerablemente aunque son pocas las sentencias con un interés manifiesto. Entre estas últimas, la **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 12 de octubre de 2000, As. C-480/98, Reino de España contra Comisión de las Comunidades Europeas**, el Tribunal afirmó que “la posible pérdida de ingresos de naturaleza fiscal que sufriría un Estado como consecuencia de la aplicación a una empresa de una legislación en materia concursal no puede justificar, por sí sola, que dicha legislación se califique de ayuda” (FJ 18°). En el Reino de España la legislación vigente aplicable en el presente asunto (Código de comercio) determina que las deudas de las empresas que han sido declaradas en quiebra dejan de devengar intereses desde la fecha de la declaración de la quiebra. Esta normativa, dado que se aplica por igual a todos los acreedores, privados o públicos, y que está limitada exclusivamente a los intereses devengados con posterioridad a la declaración de quiebra sobre las ayudas ilegalmente recibidas antes de ésta, no puede considerarse como contraria al Tratado. Continuando con sentencias en las cuales una parte es española, hay que citar la **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera ampliada) de 29 de septiembre de 2000, As. T-55/99, Confederación Española de Transporte de Mercancías contra Comisión de las Comunidades Europeas**, en la cual el Tribunal estimó como acordada a derecho la Decisión 98/693/CE, de la Comisión, de 1 de julio de 1998, relativa al régimen español de ayudas a la compra de vehículos industriales, Plan Renove Industrial (agosto de 1994-diciembre de 1996), declarando, entre otras, que todas las ayudas concedidas a las personas físicas y a PYMES dedicadas a actividades del

transporte para la adquisición de vehículos industriales son ayudas estatales ilegales e incompatibles con el mercado común. Otra Sentencia importante del Tribunal de Justicia es la **Sentencia de 5 de octubre de 2000, As. C-376/98, República Federal de Alemania contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea**, en la cual dado que la Comisión eligió erróneamente los artículos 100 A, 57, apartado 2, y 66 del Tratado como base jurídica de la Directiva 98/43/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos de tabaco, el Tribunal de Justicia anuló dicha Directiva. Así en el fundamento jurídico 113º estableció que “Al prohibir ampliamente la publicidad de los productos del tabaco, la Directiva generalizaría, en el futuro, esta restricción de los modos de competir, limitando en todos los Estados miembros los medios de que disponen los operadores económicos para acceder al mercado o para mantenerse en él”.

Si bien en ciertos casos excepcionales el Tribunal de Justicia puede admitir que un mismo recurso se dirija a la anulación de varias decisiones; lo cual sucede cuando las decisiones de que se trata son paralelas desde un punto de vista procesal, temporal y material, cuando una de ellas es consecuencia de la otra, o cuando las decisiones controvertidas formen parte de un procedimiento administrativo complejo. Esto no lo admitió, respecto de las dos disposiciones impugnadas por parte de la República Italiana, el Tribunal de Justicia en su **Sentencia de 19 de octubre de 2000, Asuntos acumulados C-15/98 y C-105/99, República Italiana y Sardegna Lines-Servizi marittimi della Sardegna SpA contra Comisión de las Comunidades**.

En la **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta), de 6 de julio de 2000, As. T-62/98, Volkswagen AG contra Comisión de las Comunidades Europeas**, el Tribunal precisó que para definir el mercado pertinente por parte de la Comisión antes de declarar una infracción de las normas comunitarias en materia de la competencia, la delimitación del mercado no desempeña el mismo papel según se trate de aplicar el artículo 81 o el artículo 82 del TCE. En el marco del artículo 81, la adecuada definición del mercado de que se trata es un requisito necesario y previo a la valoración de un comportamiento supuestamente contrario a la competencia, puesto que, antes de acreditar la existencia de un abuso de posición dominante, hay que acreditar la existencia de una posición dominante en un mercado determinado, lo que implica que dicho mercado haya sido previamente delimitado. En cambio, en cuanto a la aplicación del artículo 82 del TCE, es preciso, en su caso, definir el mercado de que se trata para determinar si el acuerdo, la decisión de asociación de empresas o la práctica concertada controvertidos pueden afectar al comercio entre Estados miembros y tiene por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común. Así pues, la obligación de delimitar el mercado en una decisión adoptada con arreglo al artículo 81 del Tratado se impone a la Comisión cuando, sin dicha delimitación, no es posible delimitar si el acuerdo, la decisión de asociación de empresas o la práctica concertada de que se trata puede afectar al comercio entre Estados miembros y tiene por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado

común. En este caso, la Comisión no había respetado el principio de la presunción de inocencia al comunicar a la prensa el contenido preciso de la sanción que debía, con gran probabilidad, imponérsele; no obstante, esta irregularidad no dio lugar a la anulación de la decisión de la Comisión al acreditarse que, incluso con dicha irregularidad, la decisión de la Comisión hubiera tenido un contenido idéntico. En la **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta) de 26 de octubre de 2000, As. T-154/98, Asia Motor France SA, Jean-Michel Cesbron, Monin automóviles, SA, Europe auto services (EAS), SA contra Comisión de las Comunidades Europeas**, el Tribunal recordó cómo para adecuarse a la sentencia y dar plena ejecución a la misma, la Institución está obligada a respetar no sólo el fallo de la sentencia sino también los fundamentos jurídicos que han conducido a aquél y que constituyen su sustento necesario, en el sentido de que son indispensables para determinar el significado exacto de lo que ha sido resuelto en el fallo. De igual forma, en la **Sentencia de 3 de octubre de 2000, As. C-458/98 P, Industrie des poudres sphériques contra Consejo de la Unión Europea**, el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) sostuvo (FFJJ 81° y 82°), que para adecuarse a una sentencia de anulación y darle plena ejecución, las instituciones están obligadas a respetar no sólo el fallo de la sentencia, sino también los motivos que han conducido a aquél y que constituyen su sustento necesario, en el sentido de que son indispensables para determinar el significado exacto de lo que ha sido resuelto en el fallo. Esos motivos identifican, por una parte, la concreta disposición considerada ilegal, y revelan, por otra parte, las causas precisas de la ilegalidad declarada en el fallo, que las Instituciones afectadas habrán de tener en cuenta a la hora de sustituir el acto anulado. Así el procedimiento destinado a sustituir dicho acto puede reanudarse en el punto exacto en el que se produjo la ilegalidad.

En la **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta) de 19 de septiembre de 2000, As. T-252/97, Anton Dürbeck GmbH contra Comisión de las Comunidades Europeas**, este Tribunal sostuvo la jurisprudencia reiterada en el tiempo según la cual en el marco de un recurso de anulación, con arreglo al artículo 230 del Tratado CE, la legalidad de un acto imputado debe apreciarse en función de los elementos de hecho y de Derecho existentes en la fecha en la cual se adoptó el acto (en este supuesto no cabía la alegación de la demandante relativa a la aplicación del Reglamento número 2362/1998, pues este Reglamento fue adoptado con posterioridad a la decisión impugnada). Hay que tener en cuenta que en virtud del principio de proporcionalidad, consagrado en el artículo 3 B del Tratado, la legalidad de una normativa comunitaria está subordinada al requisito de que los medios que aplica sean adecuados para la consecución del objetivo legítimamente perseguido por la normativa de que se trate y no excedan de lo que sea necesario para obtenerlo, debiendo tenerse presente que, cuando haya que elegir entre varias medidas adecuadas, debe utilizarse, en principio, la menos severa [**Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera ampliada) de 29 de septiembre de 2000, As. T-87/98, International Potash Company/Comisión, FJ 39**]. En la **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera ampliada) de 24 de octubre de 2000, As. T-178/98, dirty** el Tribunal analizó la diferencia existente entre el recurso de anulación y el recurso de indemnización. Este último se diferencia del recurso de anulación en que tiende, no a supresión de una medida determinada, sino a la reparación del perjuicio causado por una Institución. No se encuentra supeditada la presentación de un recurso de indemnización a la previa interposición de un recurso de anulación contra el acto que supuestamente ori-

ginó el perjuicio alegado. Pues, una parte puede ejercitar una acción por responsabilidad sin verse obligada por ninguna norma a solicitar la anulación del acto ilegal que le ha causado el perjuicio. En referencia al recurso de indemnización, hay que señalar que el carácter –normativo o administrativo– del acto imputado a una Institución comunitaria carece de influencia sobre la admisibilidad de un recurso de indemnización. Este elemento influye, única y exclusivamente, en el marco de dicho recurso, en la apreciación del fondo del asunto cuando se trata de definir el criterio de gravedad de la falta que ha de aplicarse a la hora de examinar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad.

B) y C) Recurso por responsabilidad extracontractual y responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario

En el período comentado en la presente crónica no existe jurisprudencia novedosa sobre responsabilidad extracontractual y responsabilidad del Estado por incumplimiento del derecho comunitario.

D) y E) Cuestiones prejudiciales y medidas cautelares

En el período comentado en la presente crónica no existe jurisprudencia novedosa sobre las cuestiones prejudiciales y las medidas cautelares.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

a) La prohibición de los artículos 23 y 25 CE

En la STJCE de 21 de septiembre de 2000, As. C-441 y 442/98, *Kapniki Michailidis*, el Tribunal interpreta el supuesto de hecho de la prohibición de los derechos de aduana y de las exacciones de efecto equivalente, con motivo de una cuestión prejudicial interpuesta en relación con un tributo italiano sobre el valor de los tabacos exportados. Los citados artículos prohíben los derechos de aduana con independencia de la finalidad para la cual fueron creados y del destino de los ingresos que producen (apartado 14). Por lo que hace a las exacciones de efecto equivalente, el Tribunal procede a delimitar el concepto a partir de una doble aproximación. En primer lugar, debe entenderse prohibida toda “carga pecuniaria, aunque sea mínima, impuesta unilateralmente, cualesquiera que sean su denominación y su técnica, que grave las mercancías nacionales o extranjeras a su paso por la frontera, cuando no sea un derecho de aduana propiamente dicho, (...) aunque no sea percibida en beneficio del Estado” (apartado 15). Al igual que ocurre con los derechos de aduana, resultan a este respecto irrelevantes el fin al cual se vinculen y el destino al que se apliquen (apartado 17). En segundo lugar, un gravamen que responda

a las características apuntadas deja no obstante de ser subsumible en la prohibición de los arts. 23 y 25 CE si “forma parte de un sistema general de tributos internos que gravan de forma sistemática y según los mismos criterios los productos nacionales y los importados o exportados” (apartado 19). La diferencia entre un gravamen de esta naturaleza y una exacción de efecto equivalente se cifra en que el primero recae al mismo tiempo sobre productos internos y productos de exportación, aplicándose en ambos casos (i) al mismo tipo impositivo, (ii) en la misma fase de comercialización, y (iii) con motivo del mismo hecho imponible (apartados 23 y 24). Al no concurrir estas notas en el tributo controvertido, el Tribunal concluye afirmando que éste constituye una exacción de efecto equivalente a los derechos de aduana prohibida por los arts. 23 y 25 CE.

b) La prohibición de los artículos 28 y 29 CE

a’) Las restricciones prohibidas

Sobre la prohibición de las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas se pronuncian las recientes SSTJCE de 12 de octubre de 2000, As. C-314/98; Snellers; de 12 de octubre de 2000, As. C-3/99; Cidrerie Ruwet, de 26 de septiembre de 2000, As. C-23/99, Comisión c. Francia, y de 23 de mayo de 2000, As. C-209/98, Affalds. Por lo que hace a las restricciones a la exportación, en la STJCE de 23 de mayo de 2000, As. C-209/98, Affalds, el Tribunal considera aplicable la prohibición contenida en el art. 29 CE a una norma danesa que establece un régimen de recogida y recepción de residuos de la construcción no peligrosos destinados a su valoración, en virtud del cual sólo un número limitado de empresas están autorizadas para tratar los residuos generados en un determinado municipio. Un régimen de estas características constituye una medida nacional que tiene por objeto o efecto restringir específicamente las corrientes de exportación, estableciendo así una diferencia de trato entre el comercio interior de un Estado miembro y su comercio de exportación prohibida por el art. 29 CE, si imposibilita a los productores la exportación de ese tipo de residuos (apartados 34 y 37). Tal cosa ocurre no sólo si la regulación aplicable excluye por sí misma la exportación, por ejemplo, mediante la imposición al productor de una obligación de entrega de los residuos a transportistas nacionales (apartados 39 y 40), sino también si no garantiza a los intermediarios un acceso real a los residuos, lo cual puede darse, aunque éstos sean titulares de una habilitación genérica referida al desarrollo de la actividad, mediante su exclusión del mercado local (apartados 41 y 42).

Conforme a su jurisprudencia tradicional, el TJCE entiende que la prohibición 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 fórmula Dassonville se reproduce en los mismos términos en la STJCE de 12 de octubre de 2000, As. C-3/99, Cidrerie Ruwet, apartado 45). Tal es el caso de una norma francesa que permite a las autoridades aduaneras, a petición del titular de un derecho sobre los dibujos o modelos de piezas de recambio de vehículos automóviles, retener en la frontera por un período de diez días las piezas de recambio legalmente fabricadas en un Estado miembro de la Comunidad Europea

y destinadas, después de haber transitado por el territorio francés, a ser comercializadas en otro Estado miembro en el que su venta es legal, con el objeto de permitir al solicitante acudir ante un órgano jurisdiccional. Una previsión de estas características tiene un efecto restrictivo sobre el comercio entre los Estados miembros, y obstaculiza por ello la libre circulación de mercancías (**STJCE de 26 de septiembre de 2000, As. C-23/99, Comisión contra Francia**, apartados 22 y 23). Lo mismo ocurre en el caso de la **STJCE de 12 de octubre de 2000, As. C-3/99, Cidrerie Ruwet**, referido a una norma belga que prohíbe la comercialización de sidra en envases de 0,33 litros, por no encontrarse dicho volumen expresamente permitido. A pesar de tratarse de una medida indistintamente aplicable a los productos nacionales e importados, y de no resultar por tanto discriminatoria, genera un efecto restrictivo sobre el comercio intracomunitario, ya que “puede obligar a los operadores interesados a acondicionar el producto de manera diferente en función del lugar de su comercialización y, por consiguiente, a soportar gastos adicionales de acondicionamiento” (apartado 48). En la **STJCE de 12 de octubre de 2000, As. C-314/98, Snellers**, el Tribunal llega a la misma conclusión en relación con un Reglamento neerlandés relativo a la determinación de la fecha de la primera autorización en los permisos de circulación de vehículos. En particular, la norma prevé que, en el caso de vehículos previamente matriculados fuera de los Países Bajos, la fecha de primera autorización será la de la primera puesta en circulación en el extranjero. Sólo en el supuesto de que el vehículo no presente signos evidentes de uso y se acredite que el citado permiso fue expedido, como máximo, dos días antes, se establecerá como fecha de la primera autorización la de la misma expedición del permiso de circulación neerlandés. En opinión del Tribunal este último requisito genera un efecto restrictivo en los intercambios, por ser de difícil cumplimiento para los importadores paralelos (apartados 47 y 48). En efecto, los fabricantes y proveedores prohíben en general vender vehículos no matriculados a los vendedores paralelos no autorizados, a diferencia de lo que ocurre con los que integran la red oficial (apartado 43), de modo que la fugacidad del plazo dificulta enormemente la obtención por parte de los primeros de permisos de circulación que indiquen como fecha de la primera autorización del vehículo la de la expedición del permiso (apartado 46).

b') Las restricciones justificadas por objetivos de interés general

Sin embargo, una norma que, como la controvertida en el caso de la **STJCE de 12 de octubre de 2000, As. C-3/99, Cidrerie Ruwet**, representa un obstáculo a los intercambios, 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”). Así, las normas nacionales dejarán de ser subsumibles en el supuesto previsto por el art. 28 CE, y de ser por tanto consideradas como medidas de efecto equivalente, si “son indistintamente aplicables a los productos nacionales y a los importados, (...) necesarias para cumplir exigencias imperativas relativas, en particular, a la protección de los consumidores, (...) proporcionadas al objetivo perseguido, y [si] este objetivo no pued[e] lograrse aplicando medidas que restrinjan en menor medida los intercambios intracomunitarios” (apartado 50). Procede señalar que, presupuesto su carácter indistintamente aplicable, los requisitos que debe satisfacer

I. Derecho Comunitario

la norma nacional se reconducen a tres: que se proyecte sobre un sector no armonizado, que se justifique en un objetivo de interés general y que satisfaga el principio de proporcionalidad en sentido amplio (para una exposición sistemática de los elementos de la doctrina de las exigencias imperativas en la reciente jurisprudencia del Tribunal, *vid.* la crónica de Derecho comunitario publicada en el número 8 de esta Revista, I.4.A).

En primer lugar, el Tribunal entiende que se cumple el primer requisito no sólo si no existe armonización comunitaria, sino también si ésta no es exhaustiva. En particular, en los casos en los que la norma comunitaria proceda a una armonización parcial, el art. 30 CE y la doctrina de las exigencias imperativas se aplican en la parte no armonizada de la materia (apartado 47). En opinión del Tribunal, tal es el caso de la Directiva 75/106, que obliga a los Estados miembros a permitir la comercialización de los tipos de envases contenidos en su Anexo, permitiendo autorizar o no la de otros envases con volúmenes diferentes (apartado 43; sobre el reconocimiento por el Tribunal de otros modelos de armonización parcial, *vid.* la Crónica de Derecho comunitario en el número 8 de esta Revista).

En segundo lugar, en la Sentencia comentada el Tribunal acepta la vinculación entre la medida controvertida (la prohibición de la comercialización de sidra en envases de volumen distinto a los permitidos) y el interés consistente en la protección de los consumidores, por cuanto la norma pretende evitar que una escasa diferencia entre volúmenes nominales induzca a error al consumidor (apartado 51). Lo propio hace la **STJCE de 12 de octubre de 2000, As. C-314/98, Snellers**, en relación con la norma holandesa sobre la fecha de la primera matriculación y las exigencias imperativas consistentes en la protección de la seguridad en carretera y el medio ambiente (apartado 55).

Por último, en cuanto al principio de proporcionalidad esta última Sentencia afirma que la restricción debe ser necesaria y no desproporcionada, sobre todo porque no sea posible encontrar otras medidas menos restrictivas (apartado 56). En el caso controvertido, el Tribunal pone en duda la utilidad del criterio de los dos días para informar sobre la antigüedad o el uso del vehículo (adecuación), y señala que la inspección técnica preceptiva permite, al menos en cierta medida, determinar su estado técnico, y comprobar la veracidad de la declaración del vendedor que acredita su carácter nuevo y no usado (proporcionalidad) (apartado 57). La **STJCE de 12 de octubre de 2000, As. C-3/99, Cidrerie Ruwet**, se limita a señalar algunos criterios que pueden guiar la aplicación del principio de proporcionalidad por parte del juez nacional. En particular, afirma que éste deberá atender al criterio del “consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz” (apartado 53), así como tener en cuenta la posibilidad de imponer, en lugar de una prohibición absoluta, la “obligación de indicar en la etiqueta la cantidad neta de líquido contenida en el envase, expresada en unidad de volumen” (apartado 54), obligación que, por otra parte, están generalizando las Directivas de armonización en la materia.

c) Las excepciones del artículo 30 CE

Otro objetivo de interés general que el Tribunal ha reconocido tradicionalmente en el ámbito de su jurisprudencia sobre las exigencias imperativas es el relativo a la protección

del medio ambiente (SSTJCE de 14 de julio de 1998, As. C-389/96, *Aher-Waggon*, apartado 19; de 9 de febrero de 1999, As. C-383/97, *Arnoldus van der Laan*, apartado 22). En contra de lo que podría pensarse, la STJCE de 23 de mayo de 2000, As. C-209/98, *Affalds*, no aplica esta doctrina al derecho exclusivo en materia de tratamiento de residuos de la construcción no peligrosos. El silencio del Tribunal puede explicarse si se tiene en cuenta que la parte interesada localiza erróneamente la dimensión medioambiental del problema en los arts. 30 (protección de la salud y la vida de personas y animales y preservación de los vegetales) y 174.2 CE (principio de corrección, preferentemente en la fuente, de los atentados al medio ambiente), en lugar de alegar la concurrencia de una exigencia imperativa y acudir al segundo para justificar su relevancia en el Derecho comunitario. Resulta, además, que en la jurisprudencia del Tribunal la posición de unas y otras es distinta (no tanto, sin embargo, la estructura del juicio de control). En particular, las exigencias imperativas no se localizan en el art. 30 CE, y por ello no convierten en compatible con el Derecho comunitario una medida previamente calificada como de efecto equivalente, sino que tienen como efecto la delimitación de este último concepto, y por tanto la del supuesto de hecho de la prohibición contenida en el art. 28 CE (STJCE de 9 de febrero de 1999, As. 383/97, *Arnoldus van der Laan*, apartado 19). Sin embargo, lo que no deja de resultar sorprendente es que la STJCE de 23 de mayo de 2000, As. C-209/98, *Affalds*, afirme expresamente la irrelevancia medioambiental de la actividad en cuestión (recogida y recepción de residuos de la construcción no peligrosos destinados a su valoración) al aproximarse al caso desde los arts. 28 CE y ss. (apartado 49), y posteriormente considere aplicable el art. 86.2 CE debido precisamente a consideraciones de política medioambiental (apartados 75 y 76; vid. la crónica de Derecho administrativo económico en el presente número de esta Revista).

En la STJCE de 26 de septiembre de 2000, As. C-23/99, *Comisión c. Francia*, el Tribunal analiza la posibilidad de considerar justificada, conforme a la necesidad de garantizar la protección de la propiedad industrial y comercial, la norma francesa que regula el procedimiento de retención en la aduana de las piezas de recambio de vehículos automóviles en tránsito. En este sentido, el Tribunal afirma que los derechos del titular de un modelo protegido se concretan en “impedir a terceros fabricar y vender o importar, sin su consentimiento, productos que incorporen dicho modelo” (apartado 39), pero no el mero tránsito intracomunitario que no implique comercialización (apartados 43 y 44), por lo que concluye que aquélla constituye un obstáculo a la libre circulación de mercancías prohibido por el art. 28 CE, que no encuentra justificación en el art. 30 CE.

B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

En materia de servicios merece especial atención la STJCE de 3 de octubre de 2000, As. C-58/98, *Corsten*, que se pronuncia sobre la aplicación de las normas comunitarias en materia de libertades al ejercicio de las actividades artesanales de construcción. Se trata de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal alemán, en el marco de un recurso contra una sanción impuesta a un particular, por encargar a una empresa establecida

en los Países Bajos la ejecución a título independiente de trabajos artesanales, sin que aquélla estuviera inscrita en el Registro alemán correspondiente.

a) La prohibición del artículo 49 CE

a') Las restricciones prohibidas

El Tribunal de Justicia ha interpretado tradicionalmente el art. 49 CE en el sentido de que “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 3 de octubre de 2000, As. C-58/98, *Corsten*, apartado 33; sobre esta línea jurisprudencial, que se inicia con la STJCE de 25 de julio de 1991, As. C-76/90, *Säger*, vid. recientemente la STJCE de 23 de noviembre de 1999, As. acumulados C-369/96 y 376/96, *Arblade*, apartados 33 y ss.) En Sentencias recientes el Tribunal ha declarado que éste es el caso de las normas nacionales que someten el acceso a una actividad a la obligación de inscribirse en un registro administrativo (SSTJCE de 9 de marzo de 2000, As. C-358/98, *Comisión c. Italia*, apartados 13 y 14; de 8 de junio de 2000, As. C-264/99, *Comisión c. Italia*, apartados 12 y 14). La consecuencia no es sino la obligación de las autoridades del foro de inaplicar la norma general restrictiva que regula el acceso a la profesión, a los empresarios establecidos en otro Estado miembro que pretendan desarrollar la actividad en su territorio. La STJCE de 3 de octubre de 2000, As. C-58/98, *Corsten*, no obstante, da un paso más en este sentido, puesto que el procedimiento administrativo que considera una restricción prohibida por el art. 49 CE (apartado 34) no es el procedimiento general aplicable a los nacionales alemanes, sino un procedimiento especial creado para permitir la libre prestación de servicios en Alemania por parte de personas procedentes de otros Estados miembros, en el que, conforme a lo previsto en la Directiva 64/427, en lugar de los requisitos materiales previstos con carácter general (examen de aptitud profesional), se aplican requisitos de naturaleza exclusivamente formal (básicamente, la acreditación del ejercicio de la actividad en el Estado miembro de origen durante ciertos períodos de tiempo) (apartado 26).

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

En relación con el asunto resuelto por la STJCE de 3 de octubre de 2000, As. C-58/98, *Corsten*, resultaba entonces de aplicación la Directiva 64/427. Sin embargo, dicha norma no contenía previsiones relativas a los procedimientos de otorgamiento de autorizaciones en los diversos Estados miembros, ni excluía la posibilidad de que éstos incorporaran a sus legislaciones requisitos materiales añadidos. Se trata, por tanto, de una norma de armonización parcial que permite diversas opciones de política legislativa nacional, sin perjuicio de que, evidentemente, los Estados miembros se encuentren sujetos directamente en lo no armonizado a las normas de Derecho originario en materia de libertades (apartado 31). En particular, las normas nacionales adoptadas sólo pueden dejar de

ser consideradas como restricciones prohibidas si, entre otros requisitos, pueden justificarse en base a razones imperiosas de interés general, y satisfacen el principio de proporcionalidad (apartados 34 y 39). En cuanto a la primera cuestión, el Tribunal reconoce que “el objetivo de garantizar la calidad de los trabajos artesanales y de proteger a los destinatarios de dichos trabajos constituye una razón imperiosa de interés general que puede justificar una restricción a la libre prestación de servicios” (apartado 38).

Sin embargo, en opinión del Tribunal la regulación alemana no satisface el principio de proporcionalidad, puesto que, aunque constituya una medida adecuada “para garantizar objetivos destinados a mantener la calidad de los servicios prestados”, va más allá de lo necesario para conseguirlo (apartado 40). El Tribunal no cuestiona realmente la posibilidad de las autoridades alemanas de comprobar la satisfacción de dichos requisitos, sino más bien la concreta configuración del procedimiento diseñado al efecto, que consta de dos fases. En la primera, la empresa debe presentar ante la Administración del distrito competente una solicitud de autorización excepcional. Esta última procede entonces al examen de la concurrencia en el solicitante de los señalados requisitos. Una vez otorgada la autorización excepcional, la empresa debe dirigirse, en una segunda fase, a la Cámara de Industria y Artesanía correspondiente para solicitar la inscripción en el Registro de Oficios (apartados 25 y ss.) Pues bien, si se tiene en cuenta que la Administración alemana sólo puede realizar comprobaciones de carácter formal (puesto que las autoridades del foro se encuentran vinculadas por la información contenida en los certificados emitidos por las de origen), y que éstas se desarrollan durante la primera fase del procedimiento (ante la Administración del distrito), el sometimiento del empresario a una inscripción posterior en el Registro de Oficios, practicada por la Cámara de Industria y Artesanía, constituye una medida contraria al Tratado (apartado 46). Los motivos para exigir la posterior inscripción son de orden “meramente administrativo” (sic) y, conforme a una reiterada jurisprudencia del Tribunal, tales consideraciones no pueden justificar que un Estado miembro incorpore restricciones a las libertades de circulación (apartado 42). De este modo, “el procedimiento de autorización establecido por el Estado miembro receptor no debe retrasar ni complicar el ejercicio del derecho que tiene una persona establecida en otro Estado miembro a prestar sus servicios en el territorio del primer Estado, una vez que se hayan examinado los requisitos de acceso a las actividades de que se trate y que se haya acreditado su cumplimiento” (apartado 47). Por las mismas razones, la inscripción en el Registro, aún en el caso de que estuviera justificada, no puede “dar lugar a gastos administrativos adicionales ni requerir el pago obligatorio de cotizaciones a las Cámaras de Industria y Artesanía” (apartado 48). Procede, en fin, señalar una interesante afirmación del Tribunal (apartados 43 y ss.), en virtud de la cual, tanto la obligación de obtener la inscripción, como la afiliación obligatoria a las Cámaras y el consiguiente abono de las cotizaciones correspondientes, si bien prohibidas en el ámbito de la libre prestación de servicios (art. 49 CE), podrían sin embargo resultar justificadas en el supuesto de establecimiento en el Estado miembro receptor (art. 34 CE). La consecuencia no es sino que un Estado miembro no puede supe- ditar la prestación de servicios en su territorio a la observancia de todos los requisitos exigidos para el establecimiento (apartado 43).

C) Libre circulación de trabajadores

a) Ámbito de aplicación personal y material

Los titulares de este derecho son todos aquellos nacionales de cualquier Estado miembro que se desplazan a otro Estado miembro a trabajar por cuenta ajena, entendiéndose por trabajador por cuenta ajena aquel que realiza una actividad durante un cierto tiempo en beneficio y bajo la dirección de otra persona, percibiendo a cambio una remuneración (STJCE de 3 de julio de 1986, Lawrie-Blum, As. 66/85, pág. 2.121). Así, citando un ejemplo reciente, la STJCE de 13 de abril de 2000, Lehtonen, As. C-176/96, reconoce la condición de trabajador por cuenta ajena de un jugador profesional de baloncesto.

Desde el punto de vista material, la única excepción existente, autorizada por el artículo 39.4 CE, son los empleos en la Administración Pública, excepción objeto de interpretación estricta (véase especialmente SSTJCE de 17 de diciembre de 1980 y de 26 de mayo de 1982, Comisión contra Reino de Bélgica, As. 149/79).

b) Contenido jurídico

a') Derechos de entrada y residencia

Como es sabido, la jurisprudencia comunitaria desarrollada en relación al alcance del derecho a entrar en Estado miembro ha superado el contexto estricto de la libre circulación de trabajadores emigrantes (Vid. STJCE de 18 de junio de 1987, Lebon, As. 316/8), de tal manera que cualquier ciudadano europeo puede entrar en otro Estado miembro, bastando la simple tenencia del pasaporte o del Documento Nacional de Identidad en curso de validez. En este sentido, la STJCE de 21 de septiembre de 1999, Wijsenbeek As. C-378/97 señala en su apartado 43 que los Estados miembros conservan el derecho a efectuar controles de identidad en las fronteras interiores de la Comunidad, obligando a un interesado a presentar una tarjeta de identidad o un pasaporte válido, como prevén las Directivas 68/360, 73/148, 90/364, 90/365 y 93/63, para poder determinar si la persona de que se trate es un nacional de un Estado miembro, con derecho por tanto a circular libremente en el territorio de los Estados miembros, o un nacional de un país tercero, que no tiene tal derecho. Además, a falta de normativa comunitaria en la materia, los Estados miembros siguen siendo competentes para sancionar el incumplimiento de dicha obligación, siempre que las sanciones sean comparables a las que se impongan por infracciones nacionales similares.

En relación con el derecho de residencia, el TJCE ha declarado el incumplimiento por parte de la República italiana de las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 90/364/CEE del Consejo, relativa al derecho de residencia, 90/365/CEE del Consejo, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional, al limitar los medios de prueba que pueden ser propuestos para justificar el cumplimiento de las condiciones para la expedición del permiso de residencia, y, en particular, al establecer que determinados documentos deben ser expedidos o visados por una autoridad de otro Estado

miembro. Asimismo, también se constata la violación de la Directiva 93/96/CEE del Consejo, relativa al derecho de residencia de los estudiantes, al exigir a los estudiantes nacionales de otros Estados miembros que soliciten el reconocimiento de su derecho de residencia en Italia, así como el de los miembros de su familia, que garanticen a las autoridades italianas que disponen de recursos de una determinada cuantía, y por lo que respecta a los medios de prueba que deben utilizarse a tal efecto, al no admitir que se utilice la declaración cuando el estudiante esté acompañado por miembros de su familia (STJCE de 25 de mayo de 2000, Comisión contra Italia, As. C-424/98).

b') Igualdad de trato

Como afirmaciones de carácter general, cabe destacar en primer lugar, que, como pone de manifiesto la **STJCE de 6 de junio de 2000, Angonese, As. C-281/98**, apartado 36, la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, enunciada en el artículo 39 CE se aplica igualmente a los particulares. En segundo lugar, 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 (vid. en particular la STJCE de 12 de febrero de 1974, Sotgiu, As. 152/73, apartado 11). No obstante, sí son admisibles las disposiciones que estén justificadas por consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad de los trabajadores afectados, y sea proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional (STJCE de 23 de mayo de 1996, O'Flynn, As. C-237/94, apartados 18 y 19).

De esta manera, la **STJCE Angonese**, antes citada, declara que el artículo 39 CE se opone a que un empleador obligue a los candidatos a un proceso de selección de personal a que acrediten sus conocimientos lingüísticos exclusivamente mediante un único diploma, expedido en una sola provincia de un Estado miembro, puesto que las personas que no residen en esta provincia tienen escasas posibilidades de obtener el diploma, siendo la mayoría de residentes en la provincia nacionales del Estado donde la misma se encuentra. La exigencia de este certificado sería una medida desproporcionada en relación con el objetivo perseguido. Por su parte, la **STJCE de 21 de septiembre de 2000, Borawitz, As. C-124/99** resuelve el supuesto de una legislación alemana que subordinaba el pago de una determinada prestación de la Seguridad Social a que ésta alcanzara un mínimo, siendo este superior cuando el pago se produce en otro Estado miembro que cuando se produce en Alemania. Esta disposición se opondría al principio de igualdad de trato, pues, en contra de lo que sostiene Alemania, es irrelevante que los beneficiarios de pensiones fuera de Alemania tengan o no mayoritariamente la nacionalidad alemana, si no que, para determinar si existe una discriminación indirecta debe compararse la proporción de nacionales y no nacionales entre los beneficiarios de tales prestaciones en Alemania, por un lado, y los demás Estados miembros, por otro.

Asimismo, en materia fiscal, la **STJCE de 16 de mayo de 2000, Zurstrassen, As. C-87/99** declara contraria al artículo 39 CE la normativa de un Estado miembro que somete la tri-

butación conjunta de los esposos a la condición de que ambos esposos no separados de hecho ni por resolución judicial tengan sus domicilios fiscales respectivos en el mismo Estado miembro, excluyendo así del disfrute de las ventajas de dicho régimen impositivo al esposo que se establece en ese Estado, cuando el resto de su familia permanece en otro Estado miembro. No es contraria, sin embargo, a dicho artículo la normativa de un Estado miembro que, a la vez, reconoce a las parejas casadas residentes una ventaja fiscal y supedita la concesión de la misma ventaja fiscal a las parejas casadas no residentes al requisito de que, al menos, el 90 por ciento de sus ingresos mundiales está sujeto a tributación en dicho Estado miembro o, en caso de no alcanzar dicho porcentaje, a que sus rentas de fuente extranjera exentas de gravamen en este Estado no superen un determinado límite (STJCE de 14 de diciembre de 1999, Gschwind, As. C-391/97).

c') Prestaciones de Seguridad Social

Como es sabido, 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 ejemplo, STJCE de 7 de marzo de 1991, Masgio, As. C-10/90, apartado 18 y 19). En este sentido, STJCE de 26 de enero de 1999, Terhoeve, As. C-18/95 que establece que constituye un obstáculo a la libre circulación de trabajadores, prohibida por el artículo 48, una normativa que impone a un nacional de un país comunitario que abandona su país de origen para ejercer una actividad por cuenta ajena el pago de cotizaciones sociales superiores a las que tendría que satisfacer si mantuviese su residencia en el mismo Estado miembro durante todo el año, sin disfrutar, no obstante, de prestaciones adicionales, sin que ello pueda estar justificado por el hecho de que se derive de una normativa que persigue un objetivo de simplificación y de coordinación de la recaudación del impuesto sobre la renta y de las cotizaciones a los seguros sociales, ni por dificultades de orden técnico que obstaculicen otros criterios de recaudación, ni por la circunstancia de que, en determinadas situaciones, otras ventajas derivadas del impuesto sobre la renta puedan compensar o incluso sobrepasar la desventaja relativa a las cotizaciones sociales. Por la misma razón de eliminar obstáculos a la libre circulación de trabajadores, el artículo 39 CE se opone a que un Estado miembro calcule las cotizaciones al seguro de enfermedad a un trabajador jubilado, sujeto a su legislación, sobre la base de la cuantía bruta de la pensión de jubilación complementaria establecida por un convenio colectivo que dicho trabajador percibe en otro Estado miembro, sin tener en cuenta la circunstancia de que una parte de la cuantía bruta de dicha pensión ya ha sido retenida como cotización al seguro de enfermedad en este último Estado (STJCE de 15 de junio de 2000, Sehrer, As. C-302/98).

En el plano de la legislación aplicable, el criterio determinante para la aplicación del artículo 13 –que designa como legislación competente la del Estado miembro donde el trabajador ejerza su actividad– es el de la afectación específica de una contribución a la financiación del régimen de Seguridad Social de un Estado miembro, siendo indiferente a este respecto la existencia o no de contrapartidas en concepto de prestaciones (SSTJCE de 15 de febrero de 2000, Comisión contra República francesa, As. C-169/98 y C-34/98, apartado 38 y 40, respectivamente).

Por otro lado, mientras no se retire o se declare su invalidez, el certificado E 101, expedido con arreglo al artículo 11 bis de la actual redacción del Reglamento 574/72 del Consejo, vincula a la institución competente del Estado miembro al que el trabajador por cuenta propia se desplaza para efectuar un trabajo, así como a la persona que utiliza los servicios de dicho trabajador (SSTJCE de 10 de febrero de 2000, *Fitzwilliam Technical Services*, As. C-178/97 y 30 de marzo de 2000, *Banks y otros*, As. C-178/97).

c) Límites

Como es sabido, la libre circulación de trabajadores puede verse limitada por razones de orden público, seguridad y salud pública (art. 39.3 CE). La jurisprudencia del TJCE ha establecido, en primer lugar, que para justificar una medida restrictiva, la lesión del orden público ha de ser concreta (STJCE de 26 de febrero de 1975, *Bonsignore*, As. 67/74, pág. 297); en segundo lugar, el STJCE impuso que se exija a todos por igual el respeto de los valores lesionados por el comportamiento del trabajador migrante (STJCE de 18 de mayo de 1982, As. 115 y 116/81, pág. 1665), y en tercer lugar, se ha señalado que el orden público sólo resulta lesionado ante una amenaza efectiva y suficientemente grave a uno de los intereses fundamentales de la sociedad (STJCE de 27 de octubre de 1977, As. 30/77, pág. 1994). Todos estos elementos se encuentran presentes en la STJCE de 19 de enero de 1999, *Calfa*, As. C-348/96, que declara que los artículos 39, 43 y 49 CE se oponen a una normativa nacional que, dejando a salvo algunas excepciones, en particular de índole familiar, obliga al juez nacional a decretar la expulsión de por vida del territorio de los nacionales de los demás Estados miembros a los que se haya declarado culpables de los delitos de adquisición y tenencia de estupefacientes únicamente para su consumo personal.

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) Principio de subsidiariedad del amparo constitucional: amparos prematuros, recursos ordinarios legalmente exigibles y agotamiento o prolongamiento artificial de la vía judicial previa [artículos 50.1.a) y 44.1.a) de la LOTC]. b) Principio de subsidiariedad del amparo constitucional: a veces el requisito del art. 44.1.c) de la LOTC, la invocación previa del derecho, es inexigible. c) Trámite de alegaciones ex art. 52 de la LOTC: no permite introducir pretensiones o impugnaciones distintas a las del actor.

d) Requisitos para el desistimiento del recurso de amparo (artículos 80 y 86 de la LOTC en relación con el art. 410 de la LEC) y desaparición sobrevinida del objeto del proceso. B) Control de constitucionalidad de normas con rango de ley. a) La posibilidad de vicios formales o *in procedendo* como vicios de inconstitucionalidad: la diferenciación entre la facultad de enmienda y los proyectos de ley: ausencia de límites constitucionales materiales a la presentación de enmienda de adición en el Senado y sus consecuencias en el bicameralismo. C) Controversias competenciales en virtud de recursos y conflictos. a) La legitimación de los parlamentarios para el recurso de inconstitucionalidad [art. 162.1.a) CE y art. 32.1.c) de la LOTC]: no hay modulaciones de la doctrina general para los Senadores de designación autonómica respecto de las leyes aprobadas por las Asambleas territoriales a las que pertenecen. Forma de acreditación de la voluntad impugnatoria de los parlamentarios: no es necesaria la unidad de acto. b) El expediente de transformación procesal de conflictos en recursos (art. 67 de la LOTC), limitaciones en el objeto: la necesaria conexión entre el concreto acto discutido en el conflicto y la ley de la que trae origen el vicio de incompetencia. c) La previa consulta al Consejo de Estado (art. 22.6 de su Ley Orgánica) por el Gobierno de la Nación no es un requisito de admisibilidad procesal del conflicto o del recurso según la LOTC. No puede equipararse al requerimiento previo (art. 63.1 de la LOTC).

3. Criterios de distribución de competencias. A) Concurrencia de las competencias autonómicas sobre protección del medio ambiente (art. 149.1.23ª CE) y pesca fluvial, y

de las competencias del Estado sobre aguas que discurren por los territorios de varias Comunidades Autónomas (art. 149.1.22ª CE). La ausencia de previsión de fórmulas de colaboración con el Estado en la ley autonómica obliga a una Sentencia interpretativa de rechazo para salvaguardar las competencias estatales. B) Competencias autonómicas en materias de industria (art. 149.1.9ª CE) e innovación tecnológica y promoción científica y técnica (art. 149.1.15ª CE), y alcance de la competencia estatal de ordenación general de la economía (art. 149.1.13ª CE). C) El control de las reclamaciones económico-administrativas sobre la Administración Tributaria Autónoma en tributos cedidos por el Estado a las Comunidades Autónomas: las competencias de los TEAR [art. 20.1.b) LOFCA].

1. INTRODUCCIÓN

Se analizan las Sentencias comprendidas en el período que media entre las SSTC 150/2000, de 12 de junio, y 194/2000, de 12 de julio, publicadas en los suplementos del BOE con números 165, 180 y 192 de fechas, respectivamente, 11 y 28 de julio y 11 de agosto de este año.

De todas ellas merecen destacarse: la STC 180/2000, que cierra un debate sobre la legitimación de los Senadores de designación autonómica para recurrir las leyes de la Asamblea territorial a la que pertenecen. Y también la STC 194/2000, sobre la Ley de Tasas y Precios Públicos, que analiza un vicio de inconstitucionalidad *in procedendo* y permite al Tribunal concluir la inexistencia de límites constitucionales materiales a las enmiendas de adición en el Senado, también en el seno de un procedimiento legislativo bicameral; una decisión cuando menos muy discutible, pues prácticamente excluye la participación del Congreso.

Respecto de los criterios de distribución de competencias, no hay resoluciones verdaderamente novedosas, salvo la decisión (STC 192/2000) de dejar a salvo la competencia de los Tribunales Económico-Administrativos Regionales (en adelante, TEAR) en las reclamaciones respecto de los tributos cedidos a las CCAA.

II. Justicia Constitucional

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de amparo constitucional

a) **Principio de subsidiariedad del amparo constitucional: amparos prematuros, recursos ordinarios legalmente exigibles y agotamiento o prolongamiento artificial de la vía judicial previa [artículos 50.1.a) y 44.1.a) de la LOTC]**

De este habitual problema de los recursos de amparo se ocupan varias Sentencias.

La **STC 152/2000, de 12 de junio**, enjuicia un recurso contencioso-administrativo contra una resolución administrativa sancionadora de una funcionaria de Correos en el que la Sala de procedencia denegó una solicitud de Abogado y Procurador del turno de oficio por tratarse de un funcionario público, ser un asunto de personal y dada la escasa complejidad del litigio. El Abogado del Estado opuso a la demanda de amparo su extemporaneidad, aduciendo que debió recurrirse *la resolución judicial que resolvió este incidente y no la Sentencia final*. Y el Tribunal Constitucional rechazó esta excepción (FJ 2º) ponderando que se trataba de una autodefensa y que la vulneración alegada sólo adquiriría relevancia si el resultado del proceso fuera adverso al demandante y, en definitiva, concluyó que no se había prolongado artificialmente el plazo de interposición del recurso de amparo.

La **STC 155/2000, de 12 de junio**, en cambio, estimó el amparo prematuro e inagotada la vía judicial previa [artículos 50.1.a) y 44.1.a) de la LOTC] al haberse recurrido una *decisión interlocutoria* en el seno de un proceso penal aún no finalizado: la decisión judicial de transformar unas diligencias previas en procedimiento abreviado y dictar Auto de apertura del juicio oral por diversos delitos. Un Voto Particular tacha el criterio jurisprudencial de inflexible o dogmático y reitera la posición expuesta en el Voto a la STC 121/2000.

La **STC 156/2000, de 12 de junio**, inadmite un recurso de amparo por no haberse intentado previamente la corrección de un *error material*, potencialmente lesivo de la tutela judicial efectiva, a través de sendos procedimientos en los que —a juicio del Tribunal— resultaba perfectamente subsanable: a) el *cauce del art. 267 de la LOPJ* que, sin duda, permite aclarar conceptos oscuros de las Sentencias, suplir omisiones o corregir errores materiales, y b) el *incidente de ejecución de Sentencias del a la sazón vigente art. 104 de la LJCA de 1956*, dando ocasión al juzgador para interpretar correctamente su propio pronunciamiento (FFJJ 4º y 5º), una vía mucho más discutible, puesto que no se refería expresamente al error. Parece, pues, reforzarse la necesidad de agotar a toda costa los instrumentos legales previos al amparo constitucional en casos de errores materiales.

También la **STC 177/2000, de 26 de junio**, se pronuncia sobre el sentido y alcance de este recurso de aclaración *ex art. 267 de la LOPJ*, pero para subrayar su “*limitado alcance*”, ya que comprende la aclaración propiamente dicha, la rectificación de errores materiales o aritméticos manifiestos, pero:

“en ningún caso permite su utilización para volver a analizar el objeto del recurso, alterar la fundamentación jurídica de la resolución o el sentido del fallo, por más incluso que éste se haya alcanzado con base en un error judicial (...)” (FJ 2º con cita de la jurisprudencia previa).

Se trataba de un caso en el cual, por error, se habían citado en la fundamentación unos preceptos legales que eran realmente ajenos a la pretensión deducida en el litigio; un supuesto de manifiesta e inconstitucional incongruencia.

La **STC 178/2000, de 26 de junio**, se refiere a una formulación del incidente de inejecución de Sentencias contencioso-administrativas de forma contemporánea al amparo constitucional. El Tribunal subraya (FJ 3º) que no hay identidad en el objeto de ambos. En segundo lugar, (*Ibidem*) se suscita la legitimación para promover un incidente de nulidad de actuaciones (art. 240.3 de la LOPJ) y se explicita que sólo la poseen bien “quienes sean parte legítima” (según la Ley Orgánica 5/1997, de 5 de diciembre) o bien “quienes hubiesen debido serlo” (conforme a la Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo, que amplió los supuestos); siendo altamente dudoso que en el período comprendido entre estas dos leyes estuviesen legitimados quienes no fueron llamados al proceso (se trataba de un problema derivado de un emplazamiento edictal). Existiendo una duda más que razonable no le era exigible al actor interponer ese incidente de nulidad de actuaciones para agotar la vía judicial previa [art. 44.1.a) de la LOTC].

b) Principio de subsidiariedad del amparo constitucional: a veces el requisito del art. 44.1.c) de la LOTC, la invocación previa del derecho, es inexigible

La **STC 185/2000, de 10 de julio**, pone de manifiesto con claridad (ni la aseveración ni la doctrina son nuevas, pero resalta una afirmación tan explícita) que, en ciertas ocasiones, por la naturaleza de la lesión constitucional o el momento en que se produce, no hay realmente oportunidad para la invocación ante el órgano judicial de la violación del derecho fundamental:

“por eso mismo, el requisito de la previa invocación de tal derecho es inexigible como se colige del art. 44.1.c) de la LOTC cuando señala en su expresión final ‘hubiere lugar para ello’ ” (FJ 3º, con invocación de precedentes).

El recurrente conoció la violación del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) una vez dictada la Sentencia del Tribunal Supremo, puesto que la de instancia fue absolutoria.

c) Trámite de alegaciones ex art. 52 de la LOTC: no permite introducir pretensiones o impugnaciones distintas a las del actor

La **STC 164/2000, de 12 de junio**, reitera (FJ 2º) que, cuando se abre el trámite de alegaciones del art. 52 de la LOTC, el objeto del proceso ya ha quedado fijado desde la demanda y el amparo se traduce en el enjuiciamiento de las pretensiones allí deducidas;

II. Justicia Constitucional

por tanto, quienes comparecen posteriormente en virtud de lo establecido en el art. 51.2 de la LOTC no pueden introducir en el proceso pretensiones distintas a las del actor e intentar impugnar un acto no recurrido por ellos mismos en la vía jurisdiccional.

d) Requisitos para el desistimiento del recurso de amparo (artículos 80 y 86 de la LOTC en relación con el art. 410 de la LEC) y desaparición sobrevenida del objeto del proceso

La STC 167/2000, de 26 de junio, analiza un desistimiento del recurrente en amparo (artículos 80 y 86 de la LOTC), recuerda la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que, en la jurisdicción constitucional, a pesar de ser rogada, no opera sin más el principio dispositivo. Aplicando las normas civiles comunes, se trae a colación que para tener por formulado el desistimiento, y con el fin de evitar perjuicios irreparables, es menester presentar un poder especial o que el mismo interesado se ratifique en el escrito (art. 410 de la LEC).

El incumplimiento de estos requisitos lleva a rechazar el desestimiento. Pero, no obstante, se declara desaparecido el objeto del proceso constitucional al haber dictado el órgano judicial de procedencia un acuerdo de archivar la ejecutoria de la Sentencia por haber quedado despenalizados los hechos: un delito de exportación dineraria no autorizada.

B) Control de constitucionalidad de normas con rango de ley

a) La posibilidad de vicios formales o in procedendo como vicios de inconstitucionalidad: la diferenciación entre la facultad de enmienda y los proyectos de ley: ausencia de límites constitucionales materiales a la presentación de enmienda de adición en el Senado y sus consecuencias en el bicameralismo

La STC 194/2000, de 19 de julio, elucida un recurso de inconstitucionalidad promovido por un grupo de Diputados frente a la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos (no es irrelevante subrayar que la Sentencia se dictó a los once años de la impugnación). Se invocaba la supuesta vulneración de las normas del procedimiento legislativo al incumplirse lo dispuesto en el art. 88 de la LOTC y los Reglamentos de las Cámaras. Todo ello puesto que se había utilizado un proyecto de ley del Gobierno para incluir, a través de una enmienda en el Senado, un precepto absolutamente ajeno a la materia regulada en aquél. Los actores, en su condición de Diputados, entendían que el legislador se había apartado del cauce procedimental que —a su juicio— hubiera debido emplearse, la presentación del correspondiente nuevo proyecto de ley con su exposición de motivos, sustrayendo la Disposición Adicional fruto de esa enmienda en el Senado del debate y la facultad de enmienda del Congreso de los Diputados.

El Tribunal Constitucional estimó (FJ 3º) que los preceptos constitucionales y reglamentarios involucrados (art. 90.2 CE y art. 107 del entonces Reglamento del Senado de 1982) no limitan el alcance de las enmiendas senatoriales que modifiquen el texto enviado por el Congreso de los Diputados:

“La tesis de los recurrentes, según la cual las enmiendas de adición formuladas en el Senado que supongan una innovación importante deben seguir el cauce legal correspondiente a los proyectos de ley, puede invocar en su favor razones de corrección técnica y de buena ordenación del procedimiento legislativo e incluso puede resultar más acorde con la posición constitucional atribuida al Senado en nuestro Ordenamiento, pero no se deduce necesariamente del bloque de la constitucionalidad” (FJ 3°).

La Sentencia se funda muy lacónicamente en la doctrina elaborada en la STC 99/1987 sobre la ausencia de límites materiales a la facultad de enmienda, exceptuando lo dispuesto en los artículos 84 y 134.6 CE para asegurar un ámbito de acción propio al Gobierno.

Mas la verdad es que tal doctrina, aunque correcta, se emanó en un contexto bien distinto, el propio del art. 23.2 CE y de los derechos fundamentales de los parlamentarios. Mientras —a nuestro entender— no deja de producir desazón las consecuencias negativas para el bicameralismo que produce una enmienda senatorial de adición que, en la realidad, oculta y da ropaje a un proyecto de ley encubierto que ya no será objeto de deliberación en la Cámara baja, hurtando la participación del órgano y de los concretos Diputados en la función legislativa. Algún razonamiento judicial más (sobre todo cuando la decisión se dilató once años), sin duda, no hubiere resultado ocioso para acabar de persuadir de que tan grave menoscabo de las facultades del Congreso de los Diputados no constituye un vicio en el procedimiento legislativo. Pues no es cierto —como se dice—, si no nos contentamos con una interpretación literal, que no se deduzca del bloque de la constitucionalidad, primero, que una ley no puede ser aprobada en todo o en parte sin la deliberación y enmienda del Congreso (art. 90. 1 CE), antes bien cabe pensar todo lo contrario; y, segundo, que la facultad de enmienda es por definición (como el *nomen iuris* indica) accesoria respecto del texto legislativo principal sobre el que versó la iniciativa, una afirmación que vale también para las enmiendas de adición.

C) Controversias competenciales en virtud de recursos y conflictos

a) La legitimación de los parlamentarios para el recurso de inconstitucionalidad [art. 162.1.a) CE y art. 32.1.c) de la LOTC]: no hay modulaciones de la doctrina general para los Senadores de designación autonómica respecto de las leyes aprobadas por las Asambleas territoriales a las que pertenecen. Forma de acreditación de la voluntad impugnatoria de los parlamentarios: no es necesaria la unidad de acto

La STC 180/2000, de 29 de junio, resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Presupuestos de la Rioja de 1993 promovido por una Comisionada parlamentaria de cincuenta y cinco Senadores del Grupo Parlamentario Popular. La representación del Gobierno de La Rioja adujo la “falta de interés senatorial para recurrir de inconstitucionalidad leyes autonómicas”, falta de interés que se predicaba tanto del conjunto de los

II. Justicia Constitucional

Senadores actores como, en particular, de algunos Senadores autonómicos que pertenecían al Parlamento de La Rioja, por —supuestamente— deber venir vinculados por las decisiones de este órgano y, en concreto, por la Ley recurrida. El Tribunal Constitucional rechazó esta curiosa pretensión (FJ 2º) y reiteró su entendimiento habitual de esta específica legitimación parlamentaria; en apretada síntesis: que dicha legitimación se concede en interés público y objetivo y no en atención al interés privado o derecho subjetivo de los parlamentarios; que es una opción del constituyente en favor de ciertas fracciones de órganos constitucionales. Y agregó (*Ibidem*) que no cabía establecer modulaciones a esta doctrina por el hecho de que estemos ante *Senadores de designación autonómica* y *de que se tratase de una ley autonómica* de acuerdo con la integración normativa que el art. 32.1 de la LOTC realiza de los artículos 162.1.a) y 161.1.a) CE.

De este criterio, discrepa un Voto Particular donde se argumenta que existe un singular estatuto de los Senadores de designación autonómica, dado que pueden no ser extraños a la Asamblea demandada sino miembros de ella, simultaneando ambos mandatos parlamentarios; y teniendo en cuenta que, por otra parte, no existe una legitimación de las minorías de los Parlamentos territoriales para el recurso de inconstitucionalidad; en consecuencia, de todo ello se deduce que existe un “fraude constitucional” del Senador autonómico que recurre una ley fruto de la voluntad en cuya gestación participó, puesto que, actuando de este modo, se infravalora la Ley aprobada por la Comunidad que representa, se supera con astucia la falta de legitimación en cuanto parlamentario autonómico y se actúa con falta de lealtad a la Asamblea que le designó Senador.

A nuestro entender la decisión de la mayoría es constitucionalmente adecuada, ya que nada autoriza a un órgano jurisdiccional a limitar la legitimación de los parlamentarios donde ni la Constitución ni la LOTC formulan restricción alguna de forma expresa. Y es harto complejo —e inconveniente o desaconsejable— construir límites tácitos e inmanentes en materia de acceso al proceso constitucional —donde precisamente debe jugar la lógica contraria merced al principio del *favor actionis*— cuando menos de no resultar indiscutibles, es decir, más allá de cualquier duda razonable. El Voto Particular pudiera albergar un probable salto en el razonamiento, pues no acaba de precisar con razón bastante los elementos que justifiquen la existencia de algo tan grave como es un fraude constitucional y, en especial, cuál es la prohibición constitucional que se trata de eludir y el resultado vedado en nuestro ordenamiento. Lo acontecido es sólo el inevitable resultado de que la Constitución y los Estatutos permitan hacer compatible el mandato parlamentario de una Asamblea territorial y el de Senador. Pero esta opción responde a la trabada lógica interna de lo que es una Cámara de representación territorial. Desde otra óptica, es no menos inevitable y connatural a este tipo de legitimación, que una minoría que es a un tiempo una fracción de órgano constitucional recurra la ley en cuya elaboración participó y fue aprobada por la mayoría.

Una segunda objeción procesal fue también rechazada (*Ibidem*) relativa a la *insuficiente acreditación de la legitimación respecto de la voluntad concurrente en la impugnación de los parlamentarios*. Se acompañó a la demanda una certificación de la Secretaría del Senado sobre la condición de Senadores de los actores, y un apoderamiento notarial a la Comisionada para interponer recursos de inconstitucionalidad con un alcance genérico. El Gobierno de La Rioja

argumentaba que este poder no acreditaba realmente la específica voluntad de recurrir la Ley impugnada y que tampoco lo hacían unos documentos timbrados ya que no adverbaban suficientemente la fecha de la firma, la autenticación de las mismas, ni la unidad del acto.

Pese a que este planteamiento teórico en línea de principios pudiera no ser desacertado, a la vista de ciertas viciadas prácticas parlamentarias en las que a veces se delega en blanco en un Comisionado parlamentario al inicio de la legislatura la impugnación de cualesquiera leyes sin que exista realmente una concurrencia de voluntades impugnatorias de quienes integran una fracción de órgano constitucional (vid. SSTC 42/1985, 45/1986 y ATC 419/1986), el Pleno desestima la excepción, ya que advierte de la presencia de un documento en el que los promotores manifiestan expresamente su voluntad de recurrir la Ley impugnada a través de la Comisionada. Conviene resaltar que además se sostuvo de forma novedosa y estimamos que prudente para preservar ciertas dosis de eficiencia en la articulación de la impugnación dada la sobrecarga de trabajos parlamentarios:

“sin que sea necesaria la unidad de acto en la manifestación de dicha voluntad, pues no la exige la LOTC, ni ello sería razonable, bastando con su manifestación escrita” (FJ 2º).

b) El expediente de transformación procesal de conflictos en recursos (art. 67 de la LOTC), limitaciones en el objeto: la necesaria conexión entre el concreto acto discutido en el conflicto y la ley de la que trae origen el vicio de incompetencia

La STC 192/2000, de 13 de julio, acaba por analizar la constitucionalidad de la Ley Extremeña 7/1998, de 18 de junio, de Tasas y Precios Públicos, pero lo hace en virtud de la impugnación, en noviembre del mismo año –transcurrido el plazo de tres meses para el recurso– y en un conflicto positivo, de una simple carta o “Comunicación” que el Director General de Ingresos de la Junta de Extremadura dirigió al Presidente del TEAR. El Tribunal Constitucional acogió la solicitud del Abogado del Estado de tramitar el conflicto según el procedimiento previsto por el art. 67 de la LOTC, pero se vio obligado a fijar ciertas limitaciones en el objeto de este singular expediente procesal para evitar que se transformase en un recurso de inconstitucionalidad indirecto, encubierto y desprovisto de límites. Se sostuvo:

“en la medida en que la hipotética estimación de las pretensiones del Gobierno de la Nación, con la consiguiente y eventual declaración de inconstitucionalidad de la disposición legal impugnada, tiene como referencia obligada el contenido de la Comunicación objeto del conflicto, tal declaración sólo podrá afectar al inciso de la citada Disposición Adicional Quinta de la Ley extremeña referido a los tributos cedidos y no, como se pretende, a los recargos sobre los tributos estatales, que de este modo quedan por completo al margen del presente proceso constitucional” (FJ 2º).

La necesaria conexión entre el objeto del conflicto y la parte de la ley de la que traía origen el presunto vicio de incompetencia y cuya constitucionalidad podía ser discutida

II. Justicia Constitucional

llevó a que en la parte dispositiva de la Sentencia se inadmitiera el “conflicto” –acaso debió decirse más precisamente el expediente de transformación del conflicto en recurso según el art. 67 de la LOTC– “en lo referente a los recargos autonómicos sobre los tributos del Estado”, para luego estimarlo en lo restante.

El criterio es procesalmente irreprochable y responde a una doctrina jurisprudencial ya consolidada.

c) La previa consulta al Consejo de Estado (art. 22.6 de su Ley Orgánica) por el Gobierno de la Nación no es un requisito de admisibilidad procesal del conflicto o del recurso según la LOTC. No puede equipararse al requerimiento previo (art. 63.1 de la LOTC)

En esta misma STC 192/2000, de 13 de julio, hubo ocasión para hacer manifiesto que la previa consulta al Consejo de Estado (art. 22.6 de su Ley Orgánica) por el Gobierno de la Nación no es un requisito de admisibilidad procesal del conflicto o del recurso según la LOTC. El Tribunal Constitucional razonó (FJ 3º) que el mismo carácter previo o sucesivo de la consulta es muestra evidente de que no estamos ante un requisito *sine qua non*, pero, además, recordó que debía regirse únicamente por la LOTC, que sólo prevé como requisito de admisibilidad el requerimiento previo para las Comunidades Autónomas que promuevan un conflicto (art. 63.1 de la LOTC), debiendo luego acreditar el cumplimiento infructuoso del trámite (apartado 5º del mismo precepto).

3. CRITERIOS DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

A) Concurrencia de las competencias autonómicas sobre protección del medio ambiente (art. 149.1.23ª CE) y pesca fluvial, y de las competencias del Estado sobre aguas que discurren por los territorios de varias Comunidades Autónomas (art. 149.1.22ª CE). La ausencia de previsión de fórmulas de colaboración con el Estado en la ley autonómica obliga a una Sentencia interpretativa de rechazo para salvaguardar las competencias estatales

En la STC 166/2000, de 15 de junio, se resuelve un recurso de inconstitucionalidad frente a determinados preceptos de una Ley navarra de 1993 de protección y gestión de la fauna silvestre y sus hábitats. Se plantea un conflicto bastante frecuente como consecuencia de la concurrencia, de un lado, de las competencias autonómicas de protección medioambiental (art. 149.1.23ª CE) y de pesca fluvial [art. 50.1.b) de la LORAFNA] y, de otro, las competencias estatales en materia de aprovechamientos hidráulicos para aguas que discurren por el territorio de más de una Comunidad Autónoma (art. 149.1.22ª CE).

El TC reitera su jurisprudencia anterior (SSTC 15/1998 y 110/1998 entre otras) recordando la posibilidad de que se ejerzan competencias diversas sobre idénticos objetos físicos, siempre y cuando tengan distinto objeto jurídico y no se perturben las competencias

estatales. También recuerda la inescindible conexión entre la competencia sobre pesca y el agua en tanto que ésta es el hábitat natural de aquélla.

Al enjuiciar los preceptos impugnados, el Tribunal declara constitucionales aquellos que constituyen normas complementarias de protección ambiental y los que no desconocen las competencias estatales sobre la materia o que establecen fórmulas de cooperación con el Estado. Éste es el aspecto más remarcable. En este concreto tipo de concurrencias competenciales, el Tribunal Constitucional viene habitualmente exigiendo fórmulas de cooperación. Pero aquí, más allá de afirmaciones retóricas, se dicta como consecuencia una Sentencia interpretativa de rechazo y se afirma la constitucionalidad de los preceptos impugnados de la Ley autonómica sólo si se interpretan de cierta forma, en algunos casos en los que imponen unilateralmente nuevas obligaciones a los concesionarios de las explotaciones ya existentes y no se articulan “fórmula alguna de colaboración” con el Estado, perturbando la competencia estatal en la materia (vid. FFJJ 4º y 8º y apartado 2º del fallo).

B) Competencias autonómicas en materias de industria (art. 149.1.9ª CE) e innovación tecnológica y promoción científica y técnica (art. 149.1.15ª CE), y alcance de la competencia estatal de ordenación general de la economía (art. 149.1.13ª CE)

En la STC 190/2000, de 13 de julio, se impugna una orden del Ministerio de Industria sobre medidas de adaptación a la competencia internacional y sobre diversificación en industria textil. La Sentencia resulta interesante en la medida en que afronta una siempre difícil delimitación competencial entre la materia industria (art. 149.1.9ª CE), y los títulos estatales en materia de ordenación general de la economía (art. 149.1.13ª CE) respecto de la reestructuración de sectores industriales y la promoción de la investigación científica y técnica (art. 149.1.15ª CE).

En tal delimitación el Tribunal considera que las medidas de carácter ordinario relativas a la gestión empresarial y la promoción de la innovación tecnológica son competencias correspondientes a la materia industria (FFJJ 7º y 8º). La competencia sobre la ordenación general de la economía no justifica la centralización de toda la normativa ni todas las medidas de ejecución. Tal centralización sólo puede tener lugar en supuestos excepcionales que aparezcan plenamente justificados, pues la regla ha de ser que las Comunidades Autónomas competentes desarrollen y apliquen los planes nacionales (FJ 10º).

Por el contrario las normas estatales relativas a subvenciones sobre investigación científica respetan la distribución constitucional de competencias (FFJJ 8º y 12º).

C) El control de las reclamaciones económico-administrativas sobre la Administración Tributaria Autonómica en tributos cedidos por el Estado a las Comunidades Autónomas: las competencias de los TEAR [art. 20.1.b) LOFCA]

En la STC 192/2000, de 13 de julio (BOE de 11 de agosto) se impugna una carta o Comunicación del Director General de Ingresos de la Consejería de Economía de la Junta

II. Justicia Constitucional

de Extremadura dirigida al Presidente del TEAR sobre las reclamaciones económico-administrativas relativas a los tributos cedidos.

El problema competencial radica en determinar si las reclamaciones económico-administrativas relativas a los tributos cedidos por el Estado corresponden bien a los TEAR [según el art. 20.1.b) LOFCA] o, por el contrario, a los órganos autonómicos correspondientes (la solución prevista en la Disposición Adicional Quinta, de la Ley extremeña de 1998 en cuya aplicación se dictó la comunicación impugnada). El Tribunal Constitucional recuerda que la LOFCA delimita las competencias financieras, pero eso no supone, automáticamente, que los controles en ella establecidos sean conformes o no con el texto constitucional. La constitucionalidad de los mismos dependerá de su respeto al bloque de la constitucionalidad: art. 157.1 CE, competencia en materia de Hacienda general (art. 149.1.14ª CE), los principios de la organización territorial y las normas estatutarias (FJ 5º). Igualmente recuerda que la conexión entre los arts. 133.1, 149.1.14ª y 157.3 CE determina que sea el Estado el competente para regular no sólo sus propios tributos, sino también, el marco general de todo el sistema tributario y la delimitación de las competencias financieras de las CCAA respecto de las del propio Estado. Aunque también es cierto que, en principio, la Hacienda privativa de las CCAA es materia propia de dichas CCAA. Aquí es donde se produce la discrepancia competencial de fondo. Mientras el Estado considera que las reclamaciones económico-administrativas sobre tributos cedidos es parte de su competencia general sobre Hacienda, la Junta extremeña entiende que su competencia es el corolario lógico de la que tiene sobre la gestión de dichos tributos por lo que el art. 20.1.b) LOFCA resultaría inconstitucional.

Para resolver el conflicto, el TC, recuerda (a nuestro juicio innecesariamente para la resolución del caso) la caracterización general realizada en la actividad jurisprudencial de los principios de autonomía política y de autonomía financiera (FJ 8º) y pasa a enjuiciar las sucesivas tachas de inconstitucionalidad alegadas.

En primer término, niega que las competencias de los TEAR en materia de reclamaciones sean inconstitucionales por lesionar una pretendida irrevocabilidad de los tributos cedidos, simplemente porque tal irrevocabilidad es inadmisibles por varias razones: no respetar el principio de potestad tributaria originaria de los poderes centrales; la naturaleza limitada de los tributos cedidos, y porque las competencias de los TEAR no suponen una merma de los recursos económicos de la Comunidad Autónoma, puesto que sus resoluciones son susceptibles de impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. No resulta por tanto, en este sentido, inconstitucional el citado art. 20.1.b) LOFCA (FJ 8º).

La segunda tacha de inconstitucionalidad contra el art. 20.1.b) LOFCA es que las competencias de los TEAR respecto a los tributos cedidos atentan contra la autonomía política (art. 137 CE) por implicar un control administrativo que situaría a la Administración tributaria autonómica en una relación de dependencia jerárquica respecto de la Administración estatal. El Tribunal tampoco admite este argumento. No hay superioridad jerárquica, porque la intervención del TEAR se produce a instancia de los ciudadanos y no de oficio. Se trata, además, de un control de legalidad y no de oportunidad, ya que tiene por objeto la aplicación de la normativa estatal. Y, por último, es un control puntual o

sobre materia concreta y no genérico o indeterminado. A mayor abundamiento, se recuerda que no se trata del establecimiento de controles sobre competencias de gestión explícitamente atribuidas a las CCAA, sino de funciones ejecutivas ejercidas por las CCAA por delegación del Estado y cuya efectiva puesta en práctica depende de las técnicas en que tal delegación se realice (FJ 9º).

Así, las competencias de los TEAR reconocidas en el art. 20.1.b) LOFCA son constitucionales y permiten una supervisión estatal de la actividad administrativa autonómica que podrá ser discutida desde el punto de vista de su operatividad concreta pero que no es inconstitucional (FJ 10º): Razón por la que se concluye que el inciso relativo a las reclamaciones económico-administrativas de la Ley extremeña 7/1998, es inconstitucional.

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 y derecho de asilo (art. 3). C) Vida privada y familiar (art. 8). a) Vida familiar y expulsión de extranjero. b) Vida familiar y derecho de visitas a un hijo extraconyugal. c) Prácticas sexuales y vida privada.

D) Libertad de información (art. 10). a) Información y televisión privada. b) Insultos y libertad de información. **3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** A) Tutela judicial efectiva. a) Inadmisibilidad de sanciones por razones de orden público sin observar procedimiento alguno. b) Emplazamiento y efectividad de la comunicación personal.

c) Acumulación de recursos e inadmisión. d) Tasación de indemnizaciones y pretensiones resarcitorias. B) Igualdad. a) Interinidad por maternidad y discriminación.

b) Discriminación salarial e indemnizatoria por razón de sexo. C) Libertad personal: *Habeas corpus* y privación de libertad de solicitante de asilo (art. 17.4 CE). D) Derecho a la intimidad. a) Grabación de imágenes en centros de trabajo (art. 18.1 CE). b) Control de las comunicaciones íntimas de los reclusos (art. 18.1 CE). c) Derecho al secreto de las comunicaciones de los reclusos (art. 18.3 CE). E) Libertad de expresión lesionada por un despido [art. 20.1.c)]. F) Deber tributario (art. 31.1). Medida contraria al principio de capacidad económica. **4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.** A) Derecho a la tutela judicial efectiva. a) Irrenunciabilidad. b) Acto político e inactividad de la Administración. c) Suspensión del acuerdo de extradición e intereses generales.

B) Extranjería. a) Expulsión y presunción de inocencia. b) Expulsión y orden público. C) Primacía (¿excesiva?) del derecho a la información. D) Derecho a la educación y bilingüismo.

C) Primacía (¿excesiva?) del derecho a la información. D) Derecho a la educación y bilingüismo.

C) Primacía (¿excesiva?) del derecho a la información. D) Derecho a la educación y bilingüismo.

C) Primacía (¿excesiva?) del derecho a la información. D) Derecho a la educación y bilingüismo.

C) Primacía (¿excesiva?) del derecho a la información. D) Derecho a la educación y bilingüismo.

C) Primacía (¿excesiva?) del derecho a la información. D) Derecho a la educación y bilingüismo.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En esta crónica se analiza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada entre el 1 de julio y el 1 de septiembre de 2000, la del Tribunal Constitucional publicada en el Boletín Oficial del Estado en los meses de julio, agosto y septiembre de 2000, desde la STC 166/2000, de 15 de junio, hasta la STC 209/2000, de 24 de julio, y varias sentencias de las Salas Primera y Tercera del Tribunal Supremo dictadas entre el 8 de febrero y el 13 de junio de 2000.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Introducción

En el período analizado se han dictado por el TEDH un total de 81 decisiones de las que 23 son cancelaciones de la demanda, en los términos del artículo 37 de la Convención, en 4 supuestos se apreció la existencia de una excepción preliminar, dos apreciaciones de incompetencia del tribunal y 2 satisfacciones extraprocesales. Hay, por tanto, 50 decisiones de fondo. No obstante, y al igual que ya señalábamos en el trimestre anterior, un alto número de ellas, 28, se refieren a dilaciones indebidas; destacando diez condenas a Italia, diez a Francia, dos a Grecia y una a Alemania, Portugal, Polonia, Reino Unido, Chipre y Países Bajos. A estas alturas sólo cabe por una parte constatar que estas condenas ocupan una parte muy importante de la actividad del Tribunal que antes o después exigirán reformas estructurales de la Administración de Justicia, y por otra parte que hasta el momento nuestro país ha salido prácticamente indemne en la materia. De las restantes decisiones se han considerado de especial interés las siguientes:

B) Tratos inhumanos y derecho de asilo (art. 3)

En el asunto **Jabari contra Turquía, de 11 de julio de 2000**, se produce un significativo y estimulante avance de la jurisprudencia del Tribunal, sentada entre otros en los casos **Soering contra el Reino Unido, de 7 de julio de 1989**, **Cruz Varas contra Suecia, de 20 de marzo de 1991** y **Vilvajarah y otros contra el Reino Unido, de 30 de octubre de 1991**, a tenor de la cual la expulsión de una persona a un país en el que puede sufrir tratos inhumanos o degradantes implica vulneración del art. 3.2 del Convenio, lo que significa una suerte de introducción del principio de *non refoulement* de la Convención de Ginebra para los refugiados en el ámbito del CEDH.

En el caso concreto se trata de una iraní que se encuentra ilegalmente en Turquía y que denuncia ese riesgo en su deportación alegando que ya había sufrido persecución previa por mantener relaciones sexuales con un hombre casado y que era reconocida como refugiada por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. En opinión de la Corte se ha producido en este supuesto una aplicación automática y mecánica del

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

plazo para la solicitud de asilo previsto en la ley turca, que así aplicado resulta contraria al Convenio, y asimismo afirma que las autoridades deberían de haber tenido en cuenta los riesgos señalados en los informes de ACNUR y Amnistía Internacional y declara que la medida de expulsión acordada es contraria al artículo 3.

C) Vida privada y familiar (art. 8)

a) Vida familiar y expulsión de extranjero

En *Ciliz contra Países Bajos*, de 11 de julio de 2000, el Tribunal se enfrenta una vez más al problema de si la expulsión de un extranjero puede vulnerar su derecho a la vida familiar. La peculiaridad del caso estriba en que en este caso la alegación es por impedirle la vida familiar con su hijo, en un supuesto de un turco que ve denegada su residencia, que había obtenido por su matrimonio tras el divorcio.

La Corte comienza por señalar que no hay ninguna duda que existe vida familiar en los términos del art. 8.1 entre un padre y su hijo, y que esa relación no termina con el divorcio (siguiendo en ambos aspectos la jurisprudencia sentada en *Keegan contra Irlanda*, de 26 de mayo de 1994). Afirma además que en el presente caso se han mantenido las suficientes relaciones después del divorcio entre padre e hijo como para que no pueda considerarse roto ese vínculo, por lo que considera que la no autorización de la residencia del padre constituye una interferencia por parte de los poderes públicos, prevista por la ley y legítima, pero no necesaria en una sociedad democrática, teniendo en cuenta, entre otras cosas, el dato de que no había cometido ningún delito.

b) Vida familiar y derecho de visitas a un hijo extraconyugal

Elsohz contra Alemania, de 13 de julio de 2000, resuelve un recurso de un ciudadano alemán al que se le deniega el derecho de visita sobre un hijo extramatrimonial reconocido y por el que paga una pensión, es interesante sobre todo por el hecho de que la Corte recalca que el término familia no solamente comprende las relaciones basadas en el matrimonio, sino que engloba otras relaciones familiares *de facto*, y que un niño nacido de esa relación está comprendido de pleno derecho en esa célula familiar. En el caso concreto la decisión no se basa en la diferencia de trato, sino en el hecho de que la decisión ha sido adoptada por los tribunales sin consultar a un experto, por lo que dada la gravedad de la decisión implica vulneración del artículo 8.

c) Prácticas sexuales y vida privada

En *A.D.T. contra el Reino Unido*, de 31 de julio de 2000, el recurrente es un homosexual al que con ocasión de un registro en su casa la policía encuentra una serie de videos con prácticas homosexuales con adultos grabadas en sus propio domicilio. Es condenado a dos años de prisión en virtud de la *Sexual Offences Act* de 1956 que prohíbe las *gross indecency* entre homosexuales incluso en privado considerando que tienen ese carácter las relaciones realizadas en grupo. La Corte afirma que la simple existencia de una legislación que prohíbe las relaciones homosexuales privadas afecta directamente a la vida pri-

vada de las personas, citando al respecto el precedente sentado en **Modinos contra Chipre, de 22 de abril de 1993**, que la actividad sexual cae dentro de la noción de vida privada, y que dadas las circunstancias ha habido vulneración del artículo 8.

D) Libertad de información (art. 10)

a) Información y televisión privada

En **Tele 1 Privatfernsehgesellschaft MBH contra Austria, de 21 de septiembre**, la recurrente es una empresa de televisión privada que considera que la decisión de las Autoridades austriacas, denegándole una licencia para operar una televisión en el área de Viena, viola su libertad de expresión. La Corte admite que se trata de una interferencia en el artículo 10, pero recuerda que este artículo permite a los Estados regular un sistema de licencias para organizar el sistema televisivo en sus aspectos técnicos así como teniendo en cuenta sus objetivos, potencial audiencia, los derechos y necesidades de una audiencia específica,... Confirma también que el sistema de monopolio es acorde al art. 10.1 como ya había señalado en **Informationsverein Lentia** y otros, de 24 de noviembre de 1993 y **Radio ABC contra Austria, de 20 de octubre de 1997**, por lo que limita su análisis a saber si también lo es con respecto al art. 10.2 y su necesidad en una sociedad democrática.

Considera que en el período comprendido entre la solicitud y la Sentencia del Tribunal Constitucional austriaco de 1 de agosto de 1995 no existía ninguna base legal sobre la que se pudiera conceder una licencia a ninguna televisión, por lo que aplicando la doctrina de **Informationsverein Lentia**, existió una vulneración durante ese período, pero que la solución dada por la Sentencia citada, reservando la televisión terrestre al monopolio y abriendo a las privadas el cable es menos restrictiva que el completo monopolio estatal y es compatible con el artículo 10 de la Convención, de manera que la interferencia para el derecho del recurrente para impartir información que resulta de la imposibilidad de obtener una licencia de televisión terrestre ya no puede ser considerada desproporcionada.

b) Insultos y libertad de información

Para cerrar la crónica del trimestre del Tribunal Europeo es preciso referirse a una Sentencia, **Lopes Gomes da Silva contra Portugal, de 28 de septiembre de 2000**, en la que quizá haya llevado demasiado lejos su conocida jurisprudencia sobre el valor de la libertad de información en una sociedad libre, sobrepasando el límite marcado en nuestra jurisprudencia de que no incluye el derecho al insulto. El supuesto de hecho es la condena a un periódico de Lisboa a una mínima multa económica de 250.000 escudos por una información en torno a un candidato a la alcaldía de Lisboa que contenía expresiones como “ representa al sector más reaccionario(...)”. (es) una mezcla increíble de grosería reaccionaria, de bigote fascista, de antisemitismo vulgar (...) representa lo más rancio y

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

ridículo de la derecha portuguesa (...) un personaje que nunca debiera haber tenido existencia real y que ningún humorista de mal gusto hubiera podido imaginar (...)”. La Corte considera que se trata de un debate político de interés general y que una cierta dosis de exageración y aún de provocación está comprendida en la libertad de prensa por lo que considera que la condena del periodista no es un medio razonablemente proporcionado para la persecución de una finalidad legítima teniendo en cuenta el interés de la sociedad democrática en el mantenimiento de la libertad de prensa, por lo que considera, por unanimidad, que ha habido vulneración del artículo 10.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Tutela judicial efectiva

a) Inadmisibilidad de sanciones por razón de orden público sin observar procedimiento alguno

En la **STC 194/2000, de 19 de junio**, Pleno, se declara inconstitucional y nula la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos. En el FJ 10º se analiza la alegación de los recurrentes –setenta y ocho Diputados– referida a la vulneración del art. 24.2. El TC reitera la doctrina acerca de la aplicación de las garantías procesales constitucionalizadas en dicho precepto al ámbito administrativo. En concreto, se recuerda la **STC 18/1981**, donde en su FJ 3º considera inadmisibles que por razones de orden público se pueda incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos imponiéndoles una sanción sin observar procedimiento alguno y, por lo tanto, sin posibilidad de defensa previa a la toma de decisión. En el caso que nos ocupa, la disposición recurrida “no sólo no prevé expresamente la aplicación de las garantías propias del ámbito administrativo sancionador, sino que, además, su literalidad conduce justamente a lo contrario: la aplicación de plano de una sanción administrativa” ya que se refiere a las medidas de naturaleza punitiva como “repercusiones tributarias” (sin remitirse al Capítulo VI sobre “infracciones y sanciones” de la LGT ni a la norma que regula el procedimiento tributario sancionador) que se “dirige derechamente a los ciudadanos afectados, a la administración actuante y a los órganos judiciales hacia las normas que regulan la liquidación de los distintos tributos en lugar de, como resultaría constitucionalmente preceptivo, a la aplicación de los principios y garantías que para el ámbito sancionador derivan de los arts. 24.2 y 25.1 CE”.

b) Emplazamiento y efectividad de la comunicación personal

En la **STC 178/2000, de 26 de junio**, Sala Primera, se otorga un recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco, ya que no se emplazó a un interesado cuya identidad figuraba en el expediente administrativo previo de manera indubitada. El TC, en su FJ 4º, admite que se vulneró el art. 24.1 CE, ya que son tres los requisitos que concurren en la falta de emplazamiento exigibles para el otorgamiento del amparo: que el demandante del amparo fuera titular de un derecho o interés legítimo y propio susceptible de afectación en el proceso contencioso-adminis-

trativo en cuestión, que el demandante de amparo fuera identificable por el órgano jurisdiccional y, por último, que se haya producido al recurrente una situación de indefensión material “siempre que los interesados no emplazados o no personados sean diligentes, compareciendo en el proceso tan pronto como tengan conocimiento del mismo y que la indefensión padecida sea material, es decir, que origine un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa y no de una mera irregularidad procesal formal, con consecuencias tan sólo potenciales y abstractas”, como ha venido reiterando en múltiples Sentencias el TC.

c) Acumulación de recursos e inadmisión

La **STC 168/2000, de 26 de junio**, Sala Segunda, otorga un amparo contra Sentencia de la Sala Tercera del TS que no admitió recurso contencioso-administrativo a dos organizaciones agrarias de manera errónea, al desconocer la existencia de un Auto que ordenaba la acumulación de recursos de tres organizaciones agrarias, y donde dos de ellas recibieron una respuesta de inadmisión cuando la única causa legal se refería a una tercera organización carente del acuerdo social para la interposición del recurso. La inadmisión de una parte actora conllevó el olvido de que también había sido interpuesto por otras dos organizaciones agrarias, lo que condujo “a la conclusión de que los recurrentes han sido privados sin razón de una respuesta judicial motivada sobre el fondo de la cuestión planteada al Tribunal de Justicia. En definitiva, aquella decisión es contraria al derecho a obtener una tutela judicial efectiva, ya que se funda en una causa objetiva inexistente” (FJ 5°).

d) Tasación de indemnizaciones y pretensiones resarcitorias

La **STC 181/2000, de 29 de junio**, Pleno, aborda las cuestiones de constitucionalidad acumuladas contra la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor. El TC admite la inconstitucionalidad de las tablas anexadas a dicha Ley, pues (FJ 20°) “impide a la víctima del evento dañoso justificar ante el juez que su situación no es coincidente con la determinada por la norma. Más concretamente, se alega que el baremo no permite a la víctima del accidente de circulación acreditar procesalmente que las pérdidas patrimoniales producidas como consecuencia de la lesión de los daños corporales que ha padecido son, en el caso concreto, superiores a las fijadas por el legislador, lo que impide la adecuada satisfacción procesal de la pretensión resarcitoria”. La introducción por el legislador de una “voluntad generalizadora y de parificación extremas” impide de modo terminante que los perjudicados puedan ejercitar en el proceso sus pretensiones individualizadas. El TC, en su FJ 21°, reconoce la vulneración constitucional del art. 24.1, siempre y cuando se trate de resarcir, no daños ocasionados sin culpa, es decir, en base a la responsabilidad civil objetiva, sino cuando la culpa relevante y judicialmente declarada, sea la causa determinante del daño a reparar”, de este modo los “perjuicios económicos del apartado B) de la Tabla V del Anexo de la Ley están afectados de inconstitucionalidad. Destacar de entre los Votos Particulares (Garrido Falla, Mendizábal Allende y Conde Martín de Hijas) el de este último Magistrado, al considerar que no existe en la normativa el más ligero atisbo de contradicción con el art. 24.1

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

CE, ya que “la tutela jurisdiccional establecida en este precepto como derecho fundamental es de derechos e intereses legítimos, y ningún obstáculo constitucional existe desde ese artículo para que las pretensiones carentes de fundamentación en la normativa aplicable, puedan ser desestimadas. Frente a la tesis de la Sentencia, las pretensiones indemnizatorias no atendidas a los límites de la tabla legal cuestionada, pueden ser efectivamente satisfechas en el oportuno proceso si se formulan en él, lo que es conciliable con que sean desestimadas por falta de fundamentación legal”.

B) Igualdad

a) Interinidad por maternidad y discriminación

La **STC 203/2000, de 24 de julio**, Sala Primera, otorga un amparo contra Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, desestimatoria de recurso contra resolución del Servicio Andaluz de Salud que denegaba la excedencia por maternidad a una funcionaria interina. El TC resuelve a favor de la recurrente al considerar (como así hizo en similar asunto en la **STC 240/1999, de 20 de diciembre**) que la diferencia de trato entre la recurrente y los funcionarios de carrera, en relación con el derecho a la excedencia para el cuidado de los hijos vulnera el principio de igualdad. En su FJ 4º, el TC estima la pretensión ya que “los órganos judiciales no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato en relación con el disfrute del derecho a la excedencia por el cuidado de los hijos, tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes y, sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde”. Opera la específica prohibición de discriminación por razón de sexo (FJ 6º, apoyado en exhaustiva jurisprudencia del TJCE) ya que “comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo”.

b) Discriminación salarial e indemnizatoria por razón de sexo

En la **STC 183/2000, de 10 de julio**, Sala Segunda, se otorga el amparo contra Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid interpuesto por trabajadoras de la empresa “*Avon cosmetics*”, las cuales recibieron una indemnización por extinción de contratos de trabajo calculada sobre la base de un complemento salarial declarado judicialmente discriminatorio. Para el TC, es irrelevante la diferencia conceptual entre salario e indemnización desde el momento en que ésta se calcula sobre la base del primero. Del mismo modo, se plantea un problema de renunciabilidad de derechos por cuanto los actores prestaron consentimiento sin vicio a unas indemnizaciones que posteriormente se impugnan. El TC, en su FJ 4º, amparándose en la Jurisprudencia del TEDH, se posiciona por la tesis de que “la renuncia ha de ser expresada y formulada en términos inequívocos”. En este caso, la firma del finiquito no origina renuncia de derechos, pues queda salvada por una cláusula del

acuerdo extintivo que admite la firma con independencia de posteriores litigios o reclamaciones judiciales pendientes en la empresa. En su *Voto particular* el magistrado Conde Martín de Hijas considera que la Sentencia del TSJ de Madrid es constitucionalmente correcta, lo que hace el TC es “establecer de partida una conexión jurídica automática entre la Sentencia firme declaratoria de la discriminación salarial y el derecho a impugnar por discriminatoria una indemnización aprobada mucho tiempo antes por la resolución administrativa firme del expediente de regulación de empleo, por el hecho de que en su fijación se hubiese tomado como base el salario discriminatorio”. En definitiva, se trata de una determinación de los posibles efectos retroactivos del éxito de la reclamación por discriminación salarial y no es, para el Magistrado discrepante, en modo alguno aceptable que se perpetúa la discriminación salarial sufrida por las trabajadoras, cuando la relación laboral se ha extinguido. La eventual eficacia revisora de un hecho pasado, por la Sentencia declaratoria de discriminación salarial “no es posible en un marco constitucional en el que opera el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y en el que la LOTC acota los efectos temporales de nuestras Sentencias frente a hechos pasados”.

C) Libertad personal: *Habeas corpus* y privación de libertad de solicitante de asilo (art. 17.4 CE)

STC 179/2000, de 26 de junio, Sala Segunda. Alega el recurrente la vulneración de su derecho a la libertad personal y de su derecho al *habeas corpus*. Acerca de la primera, entiende el TC, reiterando su doctrina, que si bien la situación de los custodiados en la “zona de rechazados” en espera de la orden de expulsión, puede considerarse una privación de libertad, no es aplicable para ella el límite de setenta y dos horas previsto en el art. 17.2 CE, sino un principio de limitación temporal, en virtud del cual tal custodia podrá durar lo que razonablemente sea preciso para asegurar la expulsión. Queda al albur de la ley, con esta cautela, la concreta regulación. En este caso, los hechos no permiten atribuir a la Administración responsabilidad alguna por la prolongación de la custodia que, por lo demás, tuvo una duración razonable a la vista de las circunstancias.

Se produce, sin embargo, una lesión del derecho al *habeas corpus*, porque el juez rechazó incoar el procedimiento en el trámite de admisión, aunque lo hizo emitiendo un juicio de fondo. La lesión consistió justamente en ese rechazo *a limine*, porque, según la doctrina del TC y en especial la que versa sobre supuestos semejantes, en los casos en los que la privación de libertad exista, el enjuiciamiento de su legalidad no debe efectuarse en el trámite de admisibilidad sino en el juicio de fondo y previa comparecencia y audiencia al detenido.

D) Derecho a la intimidad

a) Grabación de imágenes en los centros de trabajo (art. 18.1 CE)

STC 186/2000, de 10 de julio, Sala Primera. Alega el recurrente que la instalación de un circuito cerrado de televisión en el lugar de trabajo vulnera el derecho a la intimidad; las

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

grabaciones así obtenidas fueron las únicas pruebas del comportamiento que determinó su despido. El TC, reiterando lo afirmado en la STC 98/2000 (caso casino de La Toja), argumenta que las facultades de dirección del empresario para adoptar medidas de vigilancia y control del cumplimiento de sus obligaciones laborales por parte del trabajador, han de ejercerse con el debido respeto a la dignidad de éste. Las facultades del empresario no le permiten entrometerse en la intimidad de sus empleados durante la permanencia de éstos en los centros de trabajo. Las medidas de control deben ser, pues, proporcionales, es decir, justificadas, idóneas, necesarias y equilibradas. En el caso presente, la medida de control estaba justificada porque había sospechas razonables de graves irregularidades, era idónea para verificar si éstas eran ciertas y necesaria para probarlas; también era equilibrada, pues la grabación de imágenes se limitaba a la zona de caja y sólo durante un tiempo reducido. El principio de proporcionalidad fue respetado y no hubo lesión del derecho a la intimidad.

b) Control de las comunicaciones íntimas de los reclusos (art. 18.1 CE)

STC 204/2000, de 24 de julio, Sala Segunda. Al recurrente le impusieron, en el centro penitenciario donde cumplía condena, dos sanciones administrativas por desobedecer la orden de desnudarse completamente ante varios funcionarios en un registro practicado tras una comunicación íntima. Reiterando lo dicho en la STC 57/1994, recuerda que deben ponderarse dos bienes jurídicos –seguridad y orden en la cárcel– con el respeto de los derechos fundamentales de los reclusos. Es verdad que las comunicaciones íntimas suelen ser aprovechadas para introducir drogas u objetos peligrosos, lo que exige medidas cuya realización a menudo afecta a la intimidad corporal de los internos. Pero, siempre, debe justificarse tal afectación en las circunstancias del centro y en la previa conducta del recluso. En el caso resuelto no se daban esas circunstancias ni se practicó el registro utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación del derecho. Se otorga el amparo.

c) Derecho al secreto de las comunicaciones de los reclusos (art. 18.3 CE)

STC 175/2000, de 26 de junio, Sala Segunda. Se ventila en esta Sentencia un caso claro de lesión del secreto de las comunicaciones de un recluso y de la consiguiente vulneración de su derecho a la presunción de inocencia. La sanción impuesta por la Administración penitenciaria, confirmada luego por la Autoridad judicial, se fundó, únicamente, en el contenido del escrito dirigido por el recluso a la Audiencia provincial de Teruel. El TC reitera su abundante doctrina acerca de las relaciones de sujeción especial y recuerda que, en el ámbito penitenciario, los derechos fundamentales sólo sufren las limitaciones imprescindibles. En lo que toca al secreto de las comunicaciones la ley expresamente prohíbe la intervención administrativa de las comunicaciones dirigidas por los reclusos a los órganos judiciales.

E) Libertad de expresión lesionada por un despido [art. 20.1.c)]

STC 153/2000, de 12 de junio, Sala Primera. La recurrente fue despedida a causa de un comunicado periodístico firmado por su marido en el que se proferían supuestas ofensas injuriosas contra la gerencia del hospital donde trabajaba la recurrente. La supuesta unidad de acción de los cónyuges justificó la decisión empresarial, confirmada por los Tribunales de lo Social. Sin embargo, a juicio del TC, la falta de prueba para imputar a la recurrente la autoría del artículo firmado por su marido conducen derechamente a considerar vulnerado su derecho a la libertad de expresión.

F) Deber tributario (art. 31.1). Medida contraria al principio de capacidad económica

STC 194/2000, de 19 de julio, Pleno. Se resuelve muy tardíamente (once años desde su interposición) un recurso de inconstitucionalidad promovido por sesenta y ocho diputados con respecto a la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos. La citada disposición establecía:

“En las transmisiones onerosas por actos *inter vivos* de bienes y derechos que se realicen a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, cuando el valor comprobado a efectos del ITP exceda del consignado por las partes en el correspondiente documento en más del 20 por ciento de éste y dicho exceso sea superior a 2.000.000 de pesetas, este último sin perjuicio de la tributación que corresponda por el impuesto citado, tendrá para el transmitente y para el adquirente las repercusiones tributarias de los incrementos patrimoniales derivados de transmisiones a título lucrativo.”

Para el TC la disposición impugnada es inconstitucional tanto si se la considera como medida de carácter tributario –lo que parece en su configuración legal– como si se tiene por sanción. En el primer supuesto por contravenir el art. 31.1 CE, en el segundo por infringir los arts. 25.1 y 24.2 CE. La finalidad de la norma cuestionada era legítima, la lucha contra el fraude fiscal, amparada por el art. 31.1 CE. Sin embargo, no todos los medios para alcanzar este objetivo son legítimos (FJ 5º).

En la disposición impugnada hay dos partes diferenciadas, por un lado se establece que la tributación del adquirente, en las transmisiones onerosas por actos *inter vivos*, se calculará en relación con el valor comprobado. Nada nuevo pues ya la Administración contaba con la facultad de grabar esas transmisiones atendiendo al valor real de los bienes y derechos transmitidos y no al declarado por las partes. Es novedosa la otra regulación contenida en la norma que obliga tanto al adquirente como al transmitente a abonar los pagos correspondientes de IRPF o IS, según se trate de personas físicas o jurídicas, considerando que se produce, también, una transmisión a título oneroso (FJ 6º).

La disposición crea la ficción de que, cuando el valor real comprobado por la Administración supera en más de un 20 por ciento el declarado por las partes, hay una

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

ocultación del precio real de la operación y, consecuentemente, una defraudación. Se establece así un presunción *iuris et de iure* de defraudación. Ni siquiera se regulan excepciones a la aplicación de la medida y ello, a pesar de que no sea difícil imaginar casos en los que esa diferencia entre lo consignado y el valor real no sea producto de ánimo defraudatorio sino de otras causas (discrepancias entre las partes acerca del precio, necesidad perentoria de vender, fluctuaciones del mercado). Se otorga a situaciones disímiles el mismo tratamiento (FJ 7º).

Al establecer la norma impugnada la ficción de que ha tenido lugar, al mismo tiempo, una transmisión onerosa y otra lucrativa de una fracción del valor del bien, no se somete a gravamen la verdadera riqueza de las partes en el negocio jurídico sino que se hace tributar una riqueza inexistente, desconociendo las exigencias de justicia tributaria establecidas en el art. 31.1 CE. La prestación tributaria depende, entonces, de situaciones que no son expresivas de la capacidad económica. Se finge, a efectos tributarios, que existen, simultáneamente, dos transmisiones, pero esta ficción es incompatible con el principio de capacidad económica (FJ 8º).

La inconstitucionalidad del precepto impugnado tampoco podría eludirse aduciendo que lo regulado en ella es una sanción. Su formulación no permite al ciudadano predecir con certeza la conducta que constituye la infracción pues, si bien el art. 52 LGT faculta a la Administración para comprobar, a efectos tributarios, el valor real de los bienes y derechos transmitidos, desde el punto de vista más restrictivo del principio de legalidad penal, esa facultad resulta excesivamente amplia para la exigencia de taxatividad dimanante del art. 25.1 CE (FJ 9º).

Considerada como reguladora de una sanción, la Disposición Adicional infringiría, también, el art. 24.2 CE al aplicarse de plano la sanción, sin que en el proceso de su adopción se proyectaran, como es de rigor, las garantías establecidas en el art. 24.2 CE (FJ 10º).

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Derecho a la tutela judicial efectiva

a) Irrenunciabilidad

La STS de 31 de mayo de 2000, Sala Primera, establece que la impugnación de escritura pública de protocolización de operaciones particionales que contiene un compromiso de no impugnar las operaciones o liquidaciones que realicen los mandatarios y otorgan validez a las mismas aunque se impugnarán judicialmente. El Tribunal Supremo estima que es “irrenunciable preventivamente” el derecho fundamental a la tutela judicial y que no se puede penalizar a quien acude a los tribunales en defensa de sus derechos.

b) Acto político e inactividad de la Administración

Es el supuesto presente en la **STS, Sala Tercera, de 24 de julio de 2000**. Se trata de la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra la inactividad del Gobierno ante la decisión del Poder Ejecutivo de la República Argentina de no tramitar las comisiones rogatorias emitidas por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 en sumario seguido por los presuntos delitos de genocidio y terrorismo contra Rafael Videla y 95 personas más, solicitando que se declare el ilícito administrativo producido por el Gobierno Español por no cumplir con su deber de defensa de la jurisdicción española y que se ordene al órgano ejecutivo la adopción de las medidas adecuadas para garantizar la efectividad de la tutela judicial que requiere la diligencia de las comisiones rogatorias desatendidas por las autoridades gubernamentales argentinas. Inexistencia de acto político excluido del control judicial, toda vez que el art. 2.a) de la Ley de la Jurisdicción de 1998 hace desaparecer legalmente la noción de acto político como causa de exclusión del control judicial de los actos de Gobierno, en cuanto que toda la actividad de éste, cualquiera que sea su naturaleza, se somete al control del orden contencioso-administrativo en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales y al cumplimiento de los elementos reglados a que deba sujetarse aquella actividad. No cabe fundar la pretensión en una obligación como la descrita en el art. 118 CE, puesto que la Administración dio pleno y debido trámite a las comisiones rogatorias, sin que le sea imputable el obstáculo a su cumplimiento, sino a la decisión de otro Estado soberano, la República Argentina. El examen de la cuestión se realiza en el marco jurídico del art. 96 CE que establece que los Tratados Internacionales válidamente celebrados forman parte del derecho interno y ha de comprobarse si existía una obligación de la Administración española de responder a la negativa en la tramitación, presupuesto necesario para determinar si esta eventual obligación se correspondía con el derecho del demandante a recibir la prestación que constituyese su contenido. El Tribunal Supremo estima que la Administración dio cumplimiento al Tratado de Extradición suscrito entre España y Argentina el 3 de marzo de 1987, y que, la falta de reacción ante la negativa Argentina no está contemplada en el mismo, siendo necesario acudir a la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados de 1969 que faculta a las partes dar por terminado o suspender el tratado afectado en caso de incumplimiento grave. No existe, por tanto, ninguna norma del Convenio que obligue a los Estados a reaccionar en el modo pretendido, sin que por consiguiente, existe un derecho en favor del recurrente.

c) Suspensión del acuerdo de extradición e intereses generales

El **ATS de 8 de febrero de 2000**, Sala Tercera, afronta el problema de una petición de suspensión de la ejecución de un acuerdo del Consejo de Ministros de Extradición Pasiva, que decide la entrega de la persona reclamada a Francia. El TS deniega la medida de suspensión solicitada pues, de adoptarse, se generaría un notorio perjuicio a los intereses generales, sin que ello implique quiebra del artículo 24.1 CE.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

B) Extranjería

a) Expulsión y presunción de inocencia

La STS de 10 de abril de 2000, Sala Tercera, anula una resolución de expulsión por considerar contrario a la presunción de inocencia, al no existir prueba material alguna, la imputación de que la recurrente se dedicaba a la prostitución y que carecía por ello de medios lícitos de vida.

b) Expulsión y orden público

La STS de 6 abril de 2000, Sala Tercera, considera por su parte que no se le puede aplicar la cláusula de expulsión de realizar actividades contrarias al orden público a una persona con residencia legal en España que ha sido detenida en muchas ocasiones, pero que esas detenciones nunca se han traducido en acciones judiciales ni sanciones administrativas. El TS considera que las alteraciones del orden público se deben a una enfermedad mental del recurrente y que “no se puede acudir a la vía de la expulsión para solucionar lo que constituye un problema de atención social”, lo que afirma, sería contrario al artículo 13 de la Constitución.

C) Primacía (¿excesiva?) del derecho a la información

La Sala Primera ha dictado en el período considerado una serie de sentencias de las que parece poder deducirse una primacía prácticamente absoluta del derecho a la información respecto del derecho al honor sobre cualquier otra consideración. Así la STS de 12 de mayo de 2000 considera que la publicación por una revista de un reportaje con una fotografía bajo el título “una pandilla de sinvergüenzas” aunque contiene expresiones que no son de buen gusto no son constitutivas de insultos que merezcan condena por protección al honor “por suministrar información veraz al referirse a una persona de proyección pública”. La STS de 13 de junio de 2000 no considera ofensivo denominar a alguien en un reportaje periodístico “Colombo” y afirma que con ello no tiene por qué referirse a que el aludido –y Colombo– tengan un ojo de cristal. Por su parte la STS de 22 de mayo de 2000 dice que una crítica periodística grosera y desproporcionada a la actuación de una letrada no implica intromisión al honor por su interés informativo, o, por último la STS de 26 de mayo de 2000 en la que se afirma que la publicación de una noticia absolutamente falsa sobre la intervención de un conocido cantante en un hospital por estar enfermo de SIDA “aunque pueda contener ciertos excesos verbales no constituye una intromisión ilegítima en el honor o la intimidad personal del recurrente”. Parece pues no ser aventurado reconocer una “degradación” o, cuando menos, una seria restricción del derecho al honor como línea jurisprudencial.

D) Derecho a la educación y bilingüismo

Por último conviene referirse a la STS (Sala Primera) de 27 de marzo de 2000, que reitera la doctrina de que el art. 27 de la Constitución no incluye el derecho de los padres a que sus hijos reciban educación en la lengua de preferencia de sus progenitores en el centro público de su elección y que ese derecho tampoco resulta del art. 14, pues la prohibición de trato discriminatorio no implica que la exigencia de igualdad de los españoles ante la ley sólo puede entenderse satisfecho cuando los alumnos reciban la enseñanza íntegramente en la lengua preferida por sus padres.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA

ISABEL PERELLÓ

RAÚL CANOSA

ALFREDO ALLUÉ

RAFAEL BUSTOS

IV. FUENTES DEL DERECHO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Ley. A) Potestad legislativa. a) Libertad del legislador para regular la responsabilidad civil extracontractual. b) El establecimiento por el legislador de un sistema cerrado de tasación de los daños infringe en determinados casos el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). B) Ley de Presupuestos. a) No puede regular las multas coercitivas pero sí la declaración de utilidad pública de los bienes y derechos afectados por la expropiación. b) Las Leyes de Presupuestos autonómicas están sometidas a los mismos límites que las estatales. C) Reserva formal de Ley: la reserva formal de Ley establecida por el Código de Comercio no puede ser vulnerada por el Reglamento del Registro Mercantil. D) Retroactividad de normas con rango de ley. a) Aplicación retroactiva de la Ley del Suelo de la Comunidad Autónoma de Andalucía: licitud y extensión de la retroactividad de la ley a todas las actuaciones urbanísticas realizadas al amparo de la Ley 8/1990, de 25 de julio, y del Texto Refundido de 26 de julio de 1992 y no sólo a las actuaciones urbanísticas realizadas desde la publicación de la STC 61/1997, a pesar de la literalidad de la ley andaluza. b) Retroactividad de la Ley 7/1993, de 27 de julio, Reguladora de la Demarcación Municipal de la Comunidad Autónoma de Andalucía: inexistencia de vulneración del art. 9.3 CE por no tratarse de una norma restrictiva de derechos individuales. c) Criterios para identificar los supuestos de retroactividad prohibidos por la Constitución. E) Efectos de la inconstitucionalidad de la Ley: aunque no se anulen los actos dictados a su amparo ello no es obstáculo para que pueda proceder el otorgamiento de indemnización por la vía de la responsabilidad del legislador. **3. Texto Refundido.** A) No es admisible que reproduzca preceptos legales declarados inconstitucionales. **4. Reglamento.** A) Concepto: criterio ordinalista para distinguir las disposiciones generales de los actos administrativos con destinatario plural; la innovación del ordenamiento como criterio que define a las normas jurídicas. B) Reglamento eje-

cutivo: se admite su carácter innovador o de complemento. C) Jerarquía normativa: el Reglamento Hipotecario no puede limitar lo establecido por la Ley que desarrolla.

D) Procedimiento de elaboración de Reglamentos. a) Audiencia de las entidades interesadas: no se exige en relación con las de carácter voluntario. b) Dictamen del Consejo de Estado: su omisión determina la nulidad del reglamento ejecutivo. c) Informe de la Secretaría General Técnica: tiene carácter preceptivo. d) La aprobación de un Reglamento no debe revestir la forma de Acuerdo. E) Nulidad de disposiciones de carácter general: existe un único grado de invalidez de las disposiciones generales a diferencia del régimen de los actos administrativos. F) Efectos de la nulidad de disposiciones de carácter general. **5. Principios constitucionales.** A) Principio de igualdad: no protege la discriminación por indiferenciación. B) Principio de capacidad económica: límite a la competencia legislativa en el ámbito tributario.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, por lo que se refiere a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, hasta la referencia Ar. 4550, y respecto de las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, hasta la referencia Ar. 767. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta el BOE de 24 de agosto de 2000.

Entre las Sentencias analizadas cabe destacar la STS de 21 de marzo de 2000 que aclara el problema de la determinación del Derecho aplicable en el ámbito urbanístico tras la publicación de la STC 61/1997, a la luz de lo previsto por la Ley 1/1997, de 16 de junio, de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Por su trascendencia tiene, asimismo, especial interés la STS de 24 de febrero de 2000 relativa a la ilegalidad de determinados preceptos del Decreto 1867/1998 que modifica el Reglamento Hipotecario, Sentencia en la que, sin novedades destacables, se repasan las cuestiones más importantes del régimen jurídico de los Reglamentos.

En la jurisprudencia constitucional destaca el análisis que expone el Tribunal en la STC 181/2000, de 29 de junio, relativa a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor sobre la libertad del legislador para regular una materia con la intensidad que considere conveniente, dentro del respeto al marco constitucional y por otro lado, la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que exige en determinados casos la posibilidad de que el juez pueda modular la aplicación de la Ley al caso concreto.

IV. Fuentes del Derecho

En la pasada entrega se omitió accidentalmente hacer referencia a la STC 106/2000, de 4 de mayo (BOE de 7 de junio), que resolvió diversas cuestiones de inconstitucionalidad relativas a la Ley 39/1998, de 28 de diciembre, de Haciendas Locales, que regulan los precios públicos por la utilización o aprovechamiento del dominio público. La citada Sentencia reproduce las argumentaciones relativas al principio de reserva de Ley tributaria en el sentido expuesto en la STC 233/1999 en la que el Tribunal se pronunció con carácter general en relación con la Ley de Haciendas Locales.

2. LEY

A) Potestad legislativa

a) Libertad del legislador para regular la responsabilidad civil extracontractual

De la Constitución no se deriva que el instituto de la responsabilidad civil extracontractual tenga que ser objeto de un tratamiento uniforme e indiferenciado ni tampoco contiene dicho texto constitucional una prohibición por la que se impida al legislador regular sus contenidos, adaptándolos a las peculiaridades de los distintos contextos en que se desenvuelven las relaciones sociales (STC 181/2000, de 29 de junio, BOE de 28 de julio, FJ 11°).

b) El establecimiento por el legislador de un sistema cerrado de tasación de los daños infringe en determinados casos el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)

La Ley 30/1995, sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor establece un sistema legal de valoración tasada de los daños corporales. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 181/2000, de 29 de junio (BOE de 28 de julio) justifica que se establezca este tipo de criterios de valoración del daño en relación con los daños personales, que, frente a los daños causados en los bienes, carecen “de referentes con parecido grado de objetivación que permitan calcular el quantum dinerario que, como remedio compensatorio, corresponde a la víctima por el daño personal inferido”. Para el Tribunal, la “ausencia de criterios externos que sirvan de pauta para la valoración del daño sobre todo en lo que atañe a los daños morales, justifica que el legislador establezca los criterios normativos necesarios para garantizar un mínimo de homogeneidad y, por tanto, de paridad en el resarcimiento de los daños personales” (FJ 14°).

La Ley cuestionada configura un régimen jurídico de responsabilidad civil de común aplicación tanto a los casos de responsabilidad por riesgo u objetiva como a aquellos otros en que el daño tiene por causa una acción u omisión culpable del conductor del vehículo a motor. En relación con el primer supuesto, el Tribunal afirma que “no cabe

con base en el art. 9.3 CE, formular reparo o tacha de inconstitucionalidad oponible al legislador por el hecho de que éste, atendidas las circunstancias concurrentes (entre las que destacan el aseguramiento obligatorio y la socialización de la actividad potencialmente dañosa), haya establecido criterios objetivados para la reparación del daño, con la consiguiente restricción de sus posibilidades de individualización, configurando así un sistema de compensación pecuniaria a favor de las víctimas, basado en el sometimiento de los perjuicios económicos derivados del daño personal a topes o límites cuantitativos” (FJ 15°). Por lo que se refiere a la cobertura de los daños derivados de una actuación culposa, el Tribunal admite este sistema en relación con los daños personales (psicofísicos y morales) por las razones anteriormente expuestas, puesto que la cuantificación de los mismos “mediante el solo arbitrio judicial había conducido a una indeseada diversidad de resultados” (FJ 16°). Sin embargo, el Tribunal mantiene un criterio diferente en relación con los perjuicios económicos que derivan de los daños personales (lesiones temporales) causados mediante una actuación culposa, que la Ley regula mediante “un sistema de porcentaje para el cálculo de la indemnización en atención a los ingresos netos anuales por trabajo personal de la víctima, estructurados por tramos y dentro de unos márgenes de apreciación que también quedan legalmente limitados” (FJ 15°), que constituye un simple factor de corrección de la indemnización básica por los daños personales. En efecto, “en lugar de asignarle su verdadero carácter de partida o componente autónomo, dotado de propia sustantividad, en tanto que dirigido a enjugar las pérdidas o disminuciones patrimoniales que la víctima del daño haya sufrido y pueda acreditar, el sistema trastoca este concepto indemnizatorio para reducirlo a un simple factor de corrección que se calcula sobre la base de otra partida resarcitoria de diverso contenido y alcance, que obstaculiza la individualización del daño” (FJ 17°), y “obliga injustificadamente a la víctima del hecho circulatorio a soportar una parte sustancial de las pérdidas económicas derivadas del daño personal padecido, con el ilógico resultado de convertir a la culpa en un título de imputación que, paradójicamente, siempre opera en perjuicio de los legítimos derechos de la víctima”. En conclusión, el legislador al regular los perjuicios económicos derivados de los daños personales “establece un límite irrazonable y carente de toda justificación al derecho de resarcimiento de la víctima, con un resultado arbitrario y, por lo tanto, contrario al art. 9.3 de la Constitución” (FJ 17°).

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, el Tribunal entiende que además la citada regulación vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 CE, dado que “el legislador ha establecido un impedimento insuperable para la adecuada individualización del real alcance o extensión del daño, cuando su reparación sea reclamada en el oportuno proceso, con lo que se frustra la legítima pretensión resarcitoria del dañado, al no permitirle acreditar una indemnización por valor superior al que resulte de la estricta aplicación del baremo establecido” (FJ 20°).

IV. Fuentes del Derecho

B) Ley de Presupuestos

a) No puede regular las multas coercitivas pero sí la declaración de utilidad pública de los bienes y derechos afectados por la expropiación

En la STC 180/2000, de 29 de junio (BOE de 28 de julio) el Tribunal afirma que:

“sin entrar a analizar la constitucionalidad material de la regulación de las que el precepto impugnado denomina multas coercitivas”, –problema que destaca en su Voto Particular a la Sentencia el Presidente Cruz Villalón–, “por su contenido dicha regulación no forma parte del núcleo esencial, mínimo e indisponible de las Leyes de Presupuestos, ya que no constituye ni previsión de ingresos ni habilitación de gastos” (FJ 6°).

Sin embargo, la declaración de utilidad pública de proyectos de obras sí cumple las dos condiciones que la jurisprudencia constitucional exige para la inclusión de una regulación en la Ley de Presupuestos. En primer lugar, dicha declaración de utilidad pública tiene “relación directa con los gastos e ingresos que integran el Presupuesto o con los criterios de política económica de que ese Presupuesto es instrumento” (STC 76/1992, FJ 4°) ya que existe una vinculación directa entre los créditos de inversión en proyectos de obras de infraestructura, deportivas, culturales, etc., y la declaración de utilidad pública a efectos expropiatorios de los bienes y derechos correspondientes”; en segundo lugar, se trata de “un complemento necesario para la mayor inteligencia y la mejor y más eficaz gestión del Presupuesto y, en general, de la política económica del Gobierno” (STC 76/1992, FJ 4°) ya que la existencia de créditos de inversión puede ver enervada su eficacia y conllevar su inaplicación a los fines previstos, de no haberse producido la declaración de utilidad pública a efectos expropiatorios (STC 180/2000, FJ 8°).

b) Las Leyes de Presupuestos autonómicas están sometidas a los mismos límites que las estatales

El canon de constitucionalidad aplicable a las fuentes normativas de las Comunidades Autónomas es, por tanto, el que se contiene “en sus respectivos Estatutos de Autonomía, en las leyes estatales que, dentro del marco constitucional, se hubiesen dictado para delimitar las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las reglas y principios constitucionales aplicables a todos los poderes públicos que conforman el Estado en sentido amplio y en las reglas y principios constitucionales específicamente dirigidos a las Comunidades Autónomas” (SSTC 116/1994, FJ 5° y 174/1988, FJ 6°). El análisis de este bloque de la constitucionalidad en relación con la Ley 27/1993, de 13 de abril, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de La Rioja muestra una sustancial identidad con lo dispuesto por el art. 134.2 CE, norma a partir de la cual la jurisprudencia constitucional ha deducido la existencia de límites materiales al contenido normativo de las Leyes de Presupuestos y a su utilización como instrumento de legislación (STC 180/2000, de 29 de junio, BOE de 28 de julio).

C) Reserva formal de Ley: la reserva formal de Ley establecida por el Código de Comercio no puede ser vulnerada por el Reglamento del Registro Mercantil

El Código de Comercio dispone que la posibilidad de acceso al Registro de las sociedades civiles deberá establecerse por Ley, por lo que no cabe que el Reglamento del Registro Mercantil admita la posibilidad de acceso al mismo de las sociedades civiles en todo caso (STS de 24 de febrero de 2000, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 2888).

D) Retroactividad de normas con rango de ley

a) Aplicación retroactiva de la Ley del Suelo de la Comunidad Autónoma de Andalucía: licitud y extensión de la retroactividad de la ley a todas las actuaciones urbanísticas realizadas al amparo de la Ley 8/1990, de 25 de julio, y del Texto Refundido de 26 de julio de 1992 y no sólo a las actuaciones urbanísticas realizadas desde la publicación de la STC 61/1997, a pesar de la literalidad de la ley andaluza

La STS de 21 de marzo de 2000, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 3685, estudia la aplicación retroactiva de la Ley 1/1997, de 16 de junio, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, atendiendo a la declaración de inconstitucionalidad de la STC 61/1997 de los preceptos del TR de 1992, en concreto, en relación con la regulación sobre Patrimonio Municipal del Suelo. Se trata de una Sentencia de gran relevancia sobre la que merece la pena extender la exposición, que reitera los argumentos de la STS de 14 de febrero de 2000, Sala Tercera, Sección Quinta, recurso de casación núm. 7675/1996. En el mismo sentido, las SSTS de 21 de marzo de 2000, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 3686 y 3689.

El TS expone los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en los siguientes términos: “a falta de disposición en contrario del propio Tribunal Constitucional, han de retrotraerse a la fecha de publicación de las normas declaradas nulas, eficacia *ex tunc* propia de la nulidad de pleno Derecho”.

Tras considerar infructuosa la aplicación al supuesto estudiado de los preceptos de la Ley del Suelo de 1976, el TS justifica la aplicación de la ley andaluza del suelo 1/1997 para cubrir el vacío normativo provocado por la STC 61/1997:

“El manejo que a partir de ahora haremos de una Ley Autonómica (...) se trata sólo de una utilización que viene impuesta por la desaparición sobrevenida del Derecho estatal, que obliga a este Tribunal a realizar dos operaciones, a saber, primero, buscar el Derecho aplicable, cualquiera que éste sea, y segundo, aplicar, en su caso, aquellos preceptos resultantes (aun autonómicos) que no pudieron ser aplicados por el Tribunal de instancia.”

La ley andaluza aprobó como Derecho autonómico el contenido de la mayor parte del TR de 1992, con el fin de impedir una invalidez masiva de planes y ejecuciones urbanísti-

IV. Fuentes del Derecho

cas. La ley entró en vigor el mismo día de su publicación en el BOJA (el 26 de junio de 1997), previendo su Disposición Final Tercera su aplicación retroactiva “al momento de la publicación de la Sentencia 61/1997, del Tribunal Constitucional”. Con base en esta disposición el Tribunal argumenta la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley andaluza al supuesto objeto del recurso, que trae causa del Acuerdo del Ayuntamiento de Osuna de fecha de 28 de diciembre de 1990.

A estos efectos el TS esgrime dos argumentos:

1º) La licitud de la retroactividad de la ley, a la vista del art. 9.3 CE y con base en la jurisprudencia del TC, que ha mantenido una interpretación restrictiva de este precepto (SSTC 6/1983, 42/1986, 150/1990 o 182/1997) y que se limita a prohibir la retroactividad de las leyes sancionadoras no favorables y restrictivas de derechos. Por esta razón, el Tribunal considera que como lo discutido es la reserva de unos terrenos para el Patrimonio Municipal del Suelo “no puede decirse que la Ley 1/1997 haya incurrido en una retroactividad prohibida constitucionalmente”.

2º) El TS interpreta el alcance de la retroactividad de la ley andaluza a la vista de la literalidad de su Disposición Final Tercera, así como de su Exposición de Motivos. Frente a la literalidad de la primera, el Tribunal considera que la verdadera voluntad del legislador fue la que expone en la Exposición de Motivos, a saber, “garantizar la legalidad no sólo de los planes y actos urbanísticos que se produzcan a partir de la STC, sino todos los producidos al amparo de la Ley 8/1990, de 25 de julio, y el TR de 26 de julio de 1992”. Por ello, el TS considera que “la interpretación literal de la Disposición Final Tercera de la Ley 1/1997 significaría que la retroactividad concedida a sus disposiciones era una retroactividad de dos meses (26 de junio de 1997 a 25 de abril de 1997), lo que parece absolutamente inadecuado para conseguir los efectos legalizables que proclama su Exposición de Motivos”. Por todo ello concluye afirmando que “la retroactividad de la Ley 1/1997 debe ser llevada en este caso, atendiendo a su espíritu y finalidad (tal como enseña el artículo 3.1 del Código Civil) a todas las actuaciones urbanísticas realizadas al amparo de la Ley 8/1990 y del TR de 1992”.

b) Retroactividad de la Ley 7/1993, de 27 de julio, Reguladora de la Demarcación Municipal de la Comunidad Autónoma de Andalucía: inexistencia de vulneración del art. 9.3 CE por no tratarse de una norma restrictiva de derechos individuales

La STSJ de Andalucía de 14 de febrero de 2000, Sala Tercera, sede en Granada, Ar. 140, considera aplicable la Ley andaluza 7/1993, de 27 de julio, al expediente de segregación del Municipio de Almuñecar del núcleo conocido como La Herradura, iniciado por solicitud de fecha de 1 de septiembre de 1989, con base en la Disposición Transitoria Tercera de la mencionada Ley. Esta disposición considera expresamente que el régimen jurídico de modificación de términos municipales previsto en la Ley de 1993 es aplicable a los expedientes iniciados con anterioridad a su entrada en vigor. El Tribunal considera en relación con esta disposición que al no tratarse de una “norma restrictiva de derechos individuales no estamos ante el supuesto a que se refiere el art. 9.3 de la Constitución, ya que la tramitación del expediente no supone restricción ni conculcación de ningún derecho”.

c) Criterios para identificar los supuestos de retroactividad prohibidos por la Constitución

En la STS de 10 de noviembre de 1999, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2658, se sintetiza la jurisprudencia constitucional en esta materia disponiendo que se admite que la nueva norma afecte a situaciones ya agotadas siempre que no se trate de una disposición sancionadora no favorable ni restrictiva de derechos individuales, que en todo caso lo que prohíbe el art. 9.3 CE es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos producidos en situaciones anteriores, pero no la incidencia de la ley nueva en los derechos en cuanto a su proyección hacia el futuro y, por último, que dicha prohibición sólo se aplica a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los derechos pendientes, futuros, condicionados, ni a las expectativas. El supuesto planteado en la citada Sentencia no constituye un supuesto de retroactividad dado que la denegación de la posesión de la plaza de farmacéutico en un hospital que se produce en 1991 tras la entrada en vigor de la Ley del Medicamento de 1990 que exige en determinados tipos de hospitales como el del caso de la posesión de la titulación de especialista en Farmacia hospitalaria de la que la actora carecía. Además, con anterioridad a la Ley del Medicamento estaba vigente el RD 2708/1982, de 15 de octubre, que exigía la titulación de Farmacéutico especialista para ocupar un puesto de trabajo en establecimientos o instituciones públicas o privadas.

E) Efectos de la inconstitucionalidad de la Ley: aunque no se anulen los actos dictados a su amparo ello no es obstáculo para que pueda proceder el otorgamiento de indemnización por la vía de la responsabilidad del legislador

En la STS de 29 de febrero de 2000, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 2730, se destacan dos fundamentos de la responsabilidad del legislador, el principio de la indemnización expropriatoria y la inconstitucionalidad de la Ley. Si bien los efectos de la inconstitucionalidad de la Ley se producen en principio *ex tunc*, debiendo precisar el Tribunal su alcance en cada caso, en esta Sentencia se aclara que el resarcimiento del perjuicio causado por el poder legislativo no implica dejar sin efecto la autoliquidación firme practicada al amparo de una norma inconstitucional, que sigue manteniendo todos sus efectos, sino el reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable, producido por el abono de unas cantidades que resultaron ser indebidas por estar fundado aquél en la directa aplicación por los órganos administrativos encargados de la gestión tributaria de una disposición ilegal de carácter inconstitucional no consentida por la interesada. Sobre este elemento de antijuridicidad –la declaración por el Tribunal Constitucional de la nulidad del precepto en que se apoyó la liquidación tributaria en cuestión– se fundamenta el título de imputación de la responsabilidad patrimonial, que reconoce el Tribunal Supremo.

3. TEXTO REFUNDIDO

A) No es admisible que reproduzca preceptos legales declarados inconstitucionales

En la STC 194/2000, de 19 de julio (BOE de 11 de agosto) se plantea si la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la derogada Disposición Adicional Cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos puede extenderse al Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que la reproduce. El Tribunal entiende que la reproducción literal se produce en un Texto Refundido que, en rigor, carece de capacidad innovadora propia, ya que se limita a sustituir a la citada Ley de Tasas y Precios Públicos ocupando su lugar en el ordenamiento jurídico (art. 82.5 CE), lo cual supone introducir un elemento de inseguridad jurídica que el Tribunal debe evitar, por lo que lo declara inconstitucional (FJ 11º).

4. REGLAMENTO

A) Concepto: criterio ordinalista para distinguir las disposiciones generales de los actos administrativos con destinatario plural; la innovación del ordenamiento como criterio que define a las normas jurídicas

El Tribunal Supremo mantiene su línea jurisprudencial en virtud de la cual para distinguir norma y acto destaca que es preciso distinguir entre “la aplicación de la norma del ordenamiento, acto ordenado que agota su eficacia, o si por el contrario, se trata de un instrumento ordenador, de una auténtica norma integrante del ordenamiento jurídico” (STS de 10 de noviembre de 1999, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2301).

En la STS de 29 de febrero de 2000, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2657, el Tribunal hace referencia a la innovación del ordenamiento jurídico como criterio para definir “la existencia de una auténtica norma”.

B) Reglamento ejecutivo: se admite su carácter innovador o de complemento

En la STS de 22 de enero de 2000, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 2992, el Tribunal aclara que “si bien los reglamentos independientes son, por definición, los que se presentan más acusadamente como innovadores del ordenamiento, también los reglamentos ejecutivos pueden serlo, en el sentido de incorporar reglas que en la Ley están enunciadas o implícitas y pueden aclarar conceptos de la Ley que sean imprecisos”. El Tribunal Supremo exige que las innovaciones del reglamento cumplan dos condiciones: “que exista habilitación legal en forma de Ley previa que desarrollar, y la segunda que la innovación no rebase los términos de la habilitación, yendo en contra de la Ley habilitante o del resto del ordenamiento”. En el ámbito tributario rige la reserva relativa de ley que establece el art. 31.3 CE que permite al legislador limitarse a establecer los principios y criterios conforme a los cuales una norma secundaria –el reglamento– podrá establecer el régimen jurídico adecuado. En aplicación de estos principios el Tribunal Supremo

desestima el recurso contencioso interpuesto contra el RD 113/1998, de 30 de enero, de modificación de diversos preceptos del Reglamento del IRPF y del Reglamento del IS en materia de retenciones y pagos a cuenta.

C) Jerarquía normativa: el Reglamento Hipotecario no puede limitar lo establecido por la Ley que desarrolla

La modificación del Reglamento Hipotecario aprobada por RD 1867/1998, vulnera la redacción procedente de la Ley 7/1998, de la Ley Hipotecaria, en la medida en que limita los efectos vinculantes del informe solicitado al Registrador que lo hubiera realizado, limitación no prevista en la Ley citada. El Tribunal anula los correspondientes preceptos reglamentarios dado que no es admisible entender que los citados informes sólo vinculen personalmente al Registrador que los efectúe, ya que éste no actúa a título personal en el ejercicio de una actividad privada, sino como titular de un organismo administrativo y en el desempeño de funciones públicas, por lo que si la Ley establece su carácter vinculante de forma general no cabe que el Reglamento lo limite (STS de 24 de febrero de 2000, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 2888).

En la misma Sentencia también se anula la disposición reglamentaria que limita la posibilidad del acceso al Registro del derecho de vuelo al disponer que sólo podrá acceder si no excede de diez años en contra de lo establecido por la Ley Hipotecaria que no establece limitación alguna.

D) Procedimiento de elaboración de Reglamentos

a) Audiencia de las entidades interesadas: no se exige en relación con las de carácter voluntario

Se mantiene la jurisprudencia tradicional que no exige la audiencia a las entidades de carácter voluntario: así SSTs de 22 de enero, de 2 y 18 de marzo de 2000, que corresponden a Ar. 2992, 2996 y 2998.

b) Dictamen del Consejo de Estado: su omisión determina la nulidad del reglamento ejecutivo

La aprobación de preceptos de un reglamento ejecutivo que no figuraban en el proyecto de reglamento determina la nulidad de los mismos, al no ser posible entender que se trate de un simple cambio de técnica normativa (STS de 24 de febrero de 2000, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 2888).

c) Informe de la Secretaría General Técnica: tiene carácter preceptivo

En la STS de 10 de abril de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 2585, se anula el Decreto 509/1990, de 14 de noviembre, que establecía primas de estímulo a la construcción y transformación naval en Galicia como consecuencia de la omisión del Informe

IV. Fuentes del Derecho

de la Secretaría General Técnica, sin que sea posible entender que dicho Informe se entienda suplido por el informe del Asesor Jurídico. El Tribunal entiende que la ausencia de cualquier informe o dictamen sobre el contenido normativo del citado Decreto es particularmente acentuada en este caso por razón de su implicación en las medidas de planificación del Estado, por lo que la existencia de tal vicio formal priva de validez a la disposición así aprobada.

d) La aprobación de un reglamento no debe revestir la forma de Acuerdo

En la STS de 29 de febrero de 2000, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2657, se anula el Acuerdo del Consell de la Generalidad Valenciana de 11 de mayo de 1992 por el que se adaptaban las retribuciones de los facultativos especialistas de cupo al sistema establecido por el RD-L 3/1987 por haberse omitido los trámites necesarios para la elaboración de una norma entre los cuales se incluye la necesidad de que se adopte la forma que corresponda o el instrumento jurídico suficiente y preciso con las garantías procedimentales establecidas.

E) Nulidad de disposiciones de carácter general: existe un único grado de invalidez de las disposiciones generales a diferencia del régimen de los actos administrativos

Las SSTS de 14 de abril de 2000, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 3779 y 3780, al pronunciarse sobre la invalidez de las disposiciones de carácter general afirman lo siguiente:

“El grado de invalidez de las disposiciones generales es único: la nulidad absoluta, radical o de pleno Derecho, ya se trate de un vicio de forma o sustantivo. En cambio, los actos administrativos singulares pueden incurrir, según los casos, en nulidad de pleno Derecho, infracción manifiesta de la ley, infracción no manifiesta de la ley, irregularidades no invalidantes y, aparte, errores materiales, aritméticos o de hecho.”

F) Efectos de la nulidad de disposiciones de carácter general

Las SSTS de 6, 16, 21 y 25 de marzo, 14 y 17 de abril, 10, 12 y 18 de mayo de 2000, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 2801, 2816, 2821, 2999, 3779, 3780, 3782, 3793, 3795 y 3796, entre otras, se pronuncian sobre los distintos efectos de la declaración de nulidad de disposiciones de carácter general dependiendo de que su impugnación sea directa o indirecta: mientras que en el recurso directo son nulos todos los actos dictados en aplicación de la disposición declarada nula, salvo que hubieran devenido firmes administrativa o jurisdiccionalmente, en el indirecto, son todos válidos excepto el específicamente impugnado.

Por otro lado, se mantiene la línea jurisprudencial que excluye la admisibilidad de alegaciones relativas al procedimiento de elaboración de reglamentos en las impugnaciones indirectas: SSTS de 31 de marzo, 6 y 14 de abril, Ar. 2634, 3014 y 3020.

5. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A) Principio de igualdad: no protege la discriminación por indiferenciación

En la **STC 181/2000, de 29 de junio** (BOE de 28 de julio) se plantea si el sistema de valoración de daños personales mediante baremo que establece la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, que determina un tratamiento igual de supuestos diversos, vulnera el principio de igualdad. El Tribunal afirma que el art. 14 de la Constitución no consagra un derecho a la desigualdad de trato (STC 114/1995, de 6 de julio, FJ 4º) ni ampara la falta de distinción de supuestos desiguales, por lo que no existe “ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual” (STC 16/1994, de 20 de enero, FJ 5º), siendo ajena al ámbito de este precepto constitucional la llamada “discriminación por indiferenciación” (STC 308/1994, de 21 de noviembre, FJ 5º).

B) Principio de capacidad económica: límite a la competencia legislativa en el ámbito tributario

En la **STC 194/2000, de 19 de julio** (BOE de 11 de agosto) el Tribunal establece que aunque la finalidad perseguida sea constitucionalmente legítima –la lucha contra el fraude fiscal–, la prestación tributaria no puede hacerse depender de situaciones que no son expresivas de capacidad económica porque, siendo muy amplia la libertad del legislador a la hora de configurar los tributos, éste debe en todo caso, respetar los límites que derivan de dicho principio constitucional, que quebraría en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea no ya potencial sino inexistente o ficticia.

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 norma es un acto ordenador que se integra en el Ordenamiento Jurídico con el establecimiento de derechos y obligaciones. **3. Requisitos del acto administrativo.** A) La motivación ¿requisito simplemente formal o también material? B) La motivación de los actos dictados en ejercicio de una potestad discrecional técnica. **4. Eficacia y ejecución forzosa.** A) Competencia del Alcalde para notificar resoluciones de la Dirección General de la Función Pública a funcionarios de su Ayuntamiento. B) La autorización judicial para entrar en un domicilio debe denegarse si no consta notificada en el domicilio del destinatario la resolución que se trata de ejecutar forzosamente. **5. Invalidez del acto administrativo.** A) La nulidad de pleno derecho por omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido se equipara a la falta de uno de los trámites esenciales. B) Nulidad de pleno derecho de un acto dictado por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre mayo y septiembre de 2000 (marginales 1801 a 4550) respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y mayo a septiembre de 2000 (marginales 97 a 767) 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 norma es un acto ordenador que se integra en el Ordenamiento Jurídico con el establecimiento de derechos y obligaciones

La STS de 29 de febrero de 2000, Ar. 2657, Sala Tercera, Sección Séptima, FJ 5º, recoge la doctrina dominante en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 10 de marzo de 1993, Ar. 1933; de 22 de enero de 1991, Ar. 1991 y de 5 de febrero de 1991, Ar. 3173, entre otras,) la cual adopta el denominado criterio ordinalista a la hora de distinguir entre norma (disposiciones de carácter general) y acto administrativo, y se establece que este criterio diferencial se basa en lo siguiente:

“(…) lo fundamental es decidir si nos hallamos ante la aplicación de una norma del ordenamiento –acto ordenado– que agota su eficacia, o si, por el contrario, se trata de un instrumento ordenador que, como tal, se integra en el Ordenamiento Jurídico, complementándolo y erigiéndose en pauta rectora de ulteriores relaciones y situaciones jurídicas, y cuya eficacia no se agota en una aplicación, sino que permanece situada en un plano de abstracción (…)”. De tal modo, que llega a la determinación de “(…) considerar el Acuerdo recurrido (Acuerdo del Consejero de la Generalidad Valenciana de 11 de mayo de 1992, por el que se adaptan las retribuciones de facultativos especialistas de cupo al sistema establecido en el Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre) como innovador del Ordenamiento Jurídico, a efectos de entender que su naturaleza es reglamentaria o de disposición general y de que la forma adoptada, de Acuerdo, es inadecuada a su contenido, consistiendo tales innovaciones en que éste no se refiere exclusivamente en materia retributiva (...), sino también a la dependencia de los facultativos especialistas de cupo que no hubieran ejercido la opción de integración como facultativos especialistas de distrito y su ámbito de actuación y asistencia (...) y a su dedicación, horario o jornada (...) lo que da lugar a que, sin necesidad de otras argumentaciones, se llegue a la conclusión de que sí concurrió innovación del Ordenamiento Jurídico en el Acuerdo recurrido y de que éste, pese a que según su Preámbulo sólo alude a ‘retribuciones’ del personal estatutario (...), abarca y regula *ex novo* otros aspectos como los mencionados que materialmente exigen, por su contenido, sustancia y función, la existencia de una auténtica norma, siendo por ello, inadecuada la forma de Acuerdo, y precisándose una disposición reglamentaria (...)” (FFJJ 6º y 7º).

En el mismo sentido, la STS de 16 de febrero de 2000, Ar. 1889, Sala Tercera, Sección Cuarta, FJ 5º, expone respecto de la naturaleza de la Resolución de la Secretaría General de Pesca Marítima, de 10 de abril de 1990, por la que se regula la forma en que habrán de tramitarse las sustituciones por razones de fuerza mayor en listas periódicas de caladeros de la NEAFC, lo siguiente:

“(…) la naturaleza de la Resolución es, efectivamente, (...) de carácter reglamentario y excede de los límites de una mera decisión dirigida a una pluralidad indeterminada de personas, desde el momento que incorpora con vocación de permanencia un entramado

de derechos y obligaciones específicos y exigibles a determinados sujetos en orden a una serie de extremos concretos no previstos expresamente en la normativa jurídica española anterior; como son, la tramitación a seguir en la sustitución de buques inscritos en las listas periódicas anexas a la Orden de 12 de diciembre de 1981 por causa de fuerza mayor, la obligación de usar la autorización de licencia otorgada durante el período y con el barco autorizados, la fijación de las causas que determinan la existencia de fuerza mayor exonerante, la determinación de las entidades legitimadas para solicitar las sustituciones e incluso la previsión de que las infracciones (...)”.

3. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) La motivación ¿requisito simplemente formal o también material?

La doctrina tradicional, parte de la consideración de la motivación como un requisito de forma del acto administrativo. De ahí que la Jurisprudencia sujete el requisito de la motivación al régimen de los defectos de forma (art. 63.2 LRJ-PAC). En esta línea jurisprudencial se inserta la STS de 29 de febrero de 2000, Ar. 3166, Sala Tercera, Sección Séptima, FJ 2º:

“(…) la exigencia legal de la motivación no puede identificarse con la idea de que aquella sea jurídicamente correcta en cuanto al fondo, sino que se trata de un requisito formal, que obliga a exteriorizar las razones en que se basa el órgano decisor para resolver en un sentido determinado, con la finalidad de que quienes se consideren afectados en sus intereses legítimos por la resolución administrativa puedan hacer valer, frente a aquellas razones, los argumentos que entiendan insuficientes para justificar el acto y que por eso debe ser anulado (...)”.

A pesar de lo expuesto, el papel de la motivación no puede ser explicado en términos de requisito exclusivamente formal, sino que en puridad ha de decirse que ocupa un papel intermedio entre los requisitos formales y materiales del acto, puesto que en algunos supuestos, —el ejemplo más claro lo constituye los actos que afectan o restringen derechos fundamentales—, la necesidad de motivación se formula no ya en términos de una mera enunciación, sino como discurso justificativo del acto que restringe el derecho fundamental, pudiendo llegar a determinar la ausencia de motivación o la motivación defectuosa la nulidad de pleno derecho [art. 62.1.a) LRJ-PAC]. Existen algunas sentencias que se apartan de la doctrina general, y conceptualizan de forma genérica el requisito de la motivación como un requisito material o de fondo y no como un requisito simplemente formal. En este sentido se pronuncia la STS de 20 de enero de 1998, Ar. 1418: “(...) consistiendo la motivación (...) en una expresión racional de juicio, tras la fijación de los hechos de que se parte y tras la inclusión de éstos en una norma jurídica, y no sólo en una ‘elemental cortesía’ (...), ni un simple requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable, cuando se exige, porque sólo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que ‘justifican’ el acto, porque son necesarios para que la jurisdicción contencioso-administrativa pueda controlar la actividad de la Administración, y porque sólo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación

que, si se omite, puede generar la indefensión prohibida por el art. 24.1 de la Constitución (...)” (FJ 4º). Del mismo modo se pronuncia la STS de 2 de noviembre de 2000, Ar. 2294, Sala Tercera, Sección Séptima, FJ 4º, que expresa que el requisito de la motivación, regulado en el art. 54 LRJ-PAC:

“(…) como ha destacado la más reciente jurisprudencia de esta Sala (...) no es un mero requisito formal, sino que desde el punto de vista interno, asegura la formación de la voluntad de la Administración, constituye una garantía para el administrado y facilita el control jurisdiccional por parte de la Administración, sin que en la cuestión examinada se observe vulneración de los artículos 103 y 106 de la Constitución, pues se conocen por el interesado las razones de la decisión y permiten, frente a ella, operar mediante los recursos procedentes, siguiendo criterios jurisprudenciales contenidos, entre otros, en la Sentencia de 25 de mayo de 1998. Por lo tanto, la Sala no acepta el criterio puesto de manifiesto por la parte actora sobre la ausencia de motivación, ya que existió una suficiente motivación mediante un razonamiento que explicó, en el supuesto enjuiciado, la causa de cese motivada por haberse cubierto la vacante existente a raíz de concurso convocado, lo que implica una suficiencia de motivación (...)”.

B) La motivación de los actos dictados en ejercicio de una potestad discrecional técnica

La STS de 30 de noviembre de 2000, Ar. 3202, Sala Tercera, Sección Séptima, FFJJ 4º y 5º, da un paso más adelante en la restricción del control jurisdiccional de los actos administrativos dictados en virtud de la llamada discrecionalidad técnica y, en este supuesto estima que es innecesaria la motivación, pues la decisión es libre para el órgano administrativo competente, y, por tanto dicha decisión no puede ser ni revisada, ni fiscalizada, ni controlada jurisdiccionalmente, y todo ello a pesar de que la LRJ-PAC establece la necesaria motivación de determinados actos administrativos, entre los que se hallan expresamente, en el art. 54.1.f), los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales. Concretamente dicha Sentencia afirma que la motivación de los actos administrativos dictados en virtud de potestades discrecionales:

“(…) que no figuraban en el art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pero que fue exigida por la jurisprudencia, motivación que cumple la triple finalidad de posibilitar un control indirecto por parte de la opinión pública que, ante su falta, podría entenderlo como producto de un voluntarismo autoritario improcedente, de constituir un elemento interpretativo de gran valor, y de permitir un control jurisdiccional del acto, al margen de implicar el sano ejercicio de una elegante cortesía, razones todas que, si cabe, adquieren mayor relieve cuando de actos discrecionales se trata, tal como aquí sucede, y cuya ausencia podría determinar un vicio de anulabilidad por vía del art. 63.2 de dicha Ley 30/1992 (...) pero connotaciones específicas determinan que, en un supuesto como el de autos, de nombramiento de Presidente de una Audiencia Provincial –cumplidos los elementos reglados a que se sujeta la designación–, esa discrecionalidad técnica, equivalente a la libre designación, ofrece peculiaridades y singularidades en orden a la motivación que merecen un tratamiento particularizado. En definitiva, de los arts. 127.3 y 337 de la Ley Orgánica

V. Actos, Procedimiento y Contratos

6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con claridad se desprende que el Pleno del Consejo General del Poder Judicial ostenta competencia para formular propuestas de nombramiento de los Presidentes de las Audiencias Provinciales cumpliendo las exigencias legales requeridas que aquí concurrían en todos los Magistrados (...), pero ni en los mencionados preceptos, ni en ningún otro, se establecen normas o criterios de valoración o de calificación de méritos que, en su caso, invoquen o acrediten los solicitantes al modo de lo que, en general, se establece con relación a otros procedimientos selectivos, por lo que, obviamente, resulta por un lado, que la libre designación o el nombramiento discrecional sólo puede apoyarse en la existencia o inexistencia de motivos de confianza que el Órgano de Gobierno competente para formular la propuesta puede apreciar libremente sin estar sometida al requisito formal de la motivación o, dicho de otro modo, sin necesitar que su voluntad se exprese previa exposición de los motivos en virtud de los cuales prefiere a una determinada persona, y, por otra parte, que, como aquella competencia abarca y comprende también tal apreciación de confianza, ésta no podría ser jurisdiccionalmente revisada, ni fiscalizada, ni controlada, que es, justamente, el fundamento esencial del requisito de la motivación (...), innecesaria, por tanto, en tal supuesto, y, por lógica, no determinante, su ausencia, de vicio de anulabilidad (...)

4. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

A) Competencia del Alcalde para notificar resoluciones de la Dirección General de la Función Pública a funcionarios de su Ayuntamiento

La STS de 12 de noviembre de 1999, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2665 de 2000, confirma la corrección de la notificación, mediante la entrega de un fax, de la resolución de la Dirección General de la Función Pública por la que se deja sin efecto el nombramiento de una funcionaria municipal interina, y que es entregada a la interesada por el Alcalde. La razón se encuentra en la configuración del Alcalde como jefe superior de todo el personal de la Corporación, art. 21.1.g) LBRL, por lo que no cabe alegar la incompetencia del Alcalde o la existencia de una notificación defectuosa, al tener puntual y completo conocimiento la interesada del contenido de la resolución.

B) La autorización judicial para entrar en un domicilio debe denegarse si no consta notificada en el domicilio del destinatario la resolución que se trata de ejecutar forzosamente

La STSJ de Castilla y León de 18 de febrero de 2000, Sala de Valladolid, Ar. 251, confirma la denegación del Juez de lo Contencioso de la autorización para entrar en el domicilio de un particular para proceder a la ejecución forzosa de una resolución –apremio sobre el patrimonio, mediante la incautación de diversos vehículos para su posterior subasta–. No procede otorgar la autorización en la medida en que las notificaciones de la resolución que se pretende ejecutar forzosamente y que fueron practicadas por la Unidad de Recaudación Ejecutiva de la Tesorería General de la Seguridad Social no habían sido dirigidas al domicilio social de la entidad deudora, sino al de una tercera persona, por lo que la sociedad interesada no pudo tener conocimiento de la resolución y, por tanto, posibilidad de cumplir voluntariamente su contenido.

5. INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) La nulidad de pleno derecho por omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido se equipara a la falta de uno de los trámites esenciales

La doctrina del Alto Tribunal viene asimilando la omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, con la ausencia de trámites esenciales, siempre que sean de tal naturaleza que su falta impida identificar aquél. En esta línea se inserta la STS de 3 de abril de 2000, Ar. 4048, Sala Tercera, Sección Cuarta, FJ 3º, que afirma que el motivo de nulidad contemplado en art. 62.1.e) LRJ-PAC “(...) supone la ausencia plena del procedimiento legalmente establecido para la adopción del acuerdo o para dictar el acto, a lo que la jurisprudencia de esta Sala equipara la falta de uno de los trámites esenciales (...)”.

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

La STS de 15 de marzo de 2000, Ar. 1917, Sala Tercera, Sección Tercera, FFJJ 1º y 2º, 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) LRJ-PAC: actos dictados por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia. Concretamente, en este caso se trata de una autorización de usos permitidos en la zona de servidumbre de protección (art. 26.1 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas) otorgada por el Estado cuando la Administración competente es la autonómica.

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 6 de abril de 2000, Ar. 2947, Sala Tercera, Sección Tercera, FJ 1º. Téngase en cuenta que otras Sentencias sobre la misma materia se encuentran reseñadas en los números 7, 8 y 9 de esta Revista.

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

Contratos de las Administraciones Públicas

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Ámbito de aplicación. Existencia de relación contractual entre un organismo público y un trabajador de una empresa colaboradora del organismo público. 3. Contratos administrativos y contratos privados. A) Naturaleza administrativa de un derecho de superficie sobre unos terrenos destinados a la construcción de edificios de uso dotacional cultural. **4. Actos preparatorios y requisitos de los contratos.** A) Pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas. a) Suficiente motivación de la cláusula que excluye la revisión de precios. B) Publicidad de la licitación. a) No procedencia de publicidad comunitaria europea para los contratos de servicios de carácter técnico. b) Plazo aplicable a la publicidad de la licitación de un contrato de servicios de carácter técnico. Aplicación del procedimiento de urgencia. **5. Formas de adjudicación.** A) Concurso. a) Necesidad de concreción de los criterios de adjudicación de las bases del concurso. Convenio urbanístico. b) Anulación de criterios de adjudicación no objetivos. **6. Régimen jurídico de los contratos administrativos.** A) Prerogativas de la Administración. a) Facultad de modificación: anulación de una cláusula que permite a la Administración modificar el programa de trabajo en cualquier momento. b) Inexistencia de modificación unilateral del contrato. c) Interpretación de los contratos: inexistencia de vulneración de tal prerrogativa. B) Técnicas de garantía del equilibrio financiero. a) Anulación de una cláusula que impone una indemnización alzada en caso de incumplimiento del contratista. b) Improcedencia de indemnización al contratista por suspensión temporal de las obras por interposición de interdicto de obra nueva de tercero. Riesgo y ventura del contratista. **7. Los contratos administrativos típicos.** A) Contrato de obra. a) Defectos en la liquidación provisional: inexistencia de informe técnico. b) Improcedencia de abono de exceso de obra decidida unilateralmente por el contratista. Inexistencia de enriquecimiento injusto. c) Obligación de la Administración de proceder a la recepción y liquidación de las obras. d) Obligación de la Administración de devolver la fianza. Demora. B) Contrato de suministro. a) Improcedencia de la suspensión del suministro a la Administración Pública por impago. b) Improcedencia de la sustitución del deudor sin consentimiento del acreedor. Falta de ejercicio del *ius variandi*.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, en el caso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, hasta el cuaderno número 19 (2000), marginal 4550, del Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi. En el caso de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales, se analiza hasta el cuaderno número 8 (2000) del Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.

A pesar del escaso número de sentencias que en este período se han pronunciado acerca de cuestiones relacionadas con la contratación administrativa, las sentencias analizadas suscitan ciertas cuestiones de interés. Destaca, entre ellas, la que hace referencia a la existencia de una relación contractual entre un organismo público y un trabajador de una empresa privada que realiza trabajos para dicho organismo. Igualmente es significativa la sentencia que califica como contrato administrativo un derecho de superficie constituido sobre unos terrenos destinados a la construcción de edificios de uso dotacional cultural.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN. EXISTENCIA DE RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE UN ORGANISMO PÚBLICO Y UN TRABAJADOR DE UNA EMPRESA COLABORADORA DEL ORGANISMO PÚBLICO

La STS de 6 de marzo de 2000, Ar. 2896, en su FJ 2º, reproduce los argumentos utilizados por la Sala de instancia, que parte de la base de que la Administración había dicho que la persona que reclamaba el pago de unas cantidades por realización de unos trabajos no pertenecía a la plantilla del organismo público, sino a una empresa privada que había colaborado con aquel organismo público. Teniendo en cuenta esta afirmación, la Sala constata que no es posible aceptar que ello excluya la relación directa del demandante con la Administración demandada, porque la relación de ésta con la empresa se documentó en escritura pública. Además, existe una certificación del organismo público de la colaboración del demandante con el mismo y justificantes de pagos realizados al propio demandante. Todo ello acreditaría la relación contractual de éste con el organismo público y la consecuente obligación de pagarle los trabajos realizados.

3. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS

A) Naturaleza administrativa de un derecho de superficie sobre unos terrenos destinados a la construcción de edificios de uso dotacional cultural

La STSJ de Madrid de 7 de marzo de 2000, Ar. 271, recoge la doctrina del TS conforme a la cual “la calificación de un contrato como administrativo resulta procedente cuando la vinculación de su objeto al interés público alcanza una entidad tal que dicho interés no tolera que la Administración se despoje de sus prerrogativas exorbitantes (...), vinculación la mencionada que aparece clara y ostensible cuando el objeto contractual se

V. Actos, Procedimiento y Contratos

incluye dentro del ámbito de los cometidos que el ordenamiento jurídico ha confiado al órgano contratante” (STS de 23 de mayo de 1988, Ar. 3917).

En el caso enjuiciado por la citada STSJ de Madrid, el Ayuntamiento destina los terrenos objeto del derecho de superficie a la construcción de un complejo de edificios y locales de uso dotacional cultural, dedicados a enseñanza, investigación y otras actividades similares, complementarias o conexas.

“Es decir, tanto si se atiende al criterio jurisprudencial expresado, como si se atiende a lo establecido en el art. 5.2.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el contrato litigioso tiene carácter administrativo por venir a satisfacer una finalidad pública de específica competencia municipal” (FJ 2º).

Continúa la Sentencia citada afirmando que si bien es cierto que la regulación del derecho de superficie en la legislación del suelo contiene una remisión de supletoriedad a las leyes civiles, “no es menos verdad que la legislación del suelo se ocupa de regular claramente la contraprestación del superficiario cuando, como es el caso, la superficie se ha constituido a título oneroso”.

“Es claro que si se considerase aplicable la normativa civil (...) y si en consecuencia se entendiese que debe la Administración municipal solicitar tutela a los tribunales civiles para, como es el caso, poder cobrar las cantidades adeudadas por el canon fijado, se posibilitarían variadas controversias de naturaleza jurídico-privada ante los tribunales ordinarios en los que nula trascendencia habría de tener la finalidad pública del derecho de superficie antes expresada, legitimándose –en vez de evitarse– una especulación por otra parte lógica en las personas jurídico-privadas de naturaleza mercantil, posibilitándose un inadmisibles retraso en el pago, desnaturalizando así la institución urbanística misma, de la cual en derecho civil no queda sino el recuerdo” (FJ 2º).

Termina la STSJ de Madrid afirmando que aunque el derecho de superficie es una institución de origen remoto, hoy se considera prácticamente fenecida en el Derecho Civil. Prueba de su mínima trascendencia es que, en los últimos veinte años, sólo cuatro Sentencias del TS (de 29 de abril de 1999, Ar. 4624; de 6 de octubre de 1987, Ar. 6720; de 15 de junio de 1984, Ar. 3243 y de 1 de febrero de 1979, Ar. 420), más una Resolución de la Dirección General de los Registros (de 27 de octubre de 1947), se ocupan del derecho civil de superficie.

4. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

A) Pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas

a) Suficiente motivación de la cláusula que excluye la revisión de precios

La STSJ de La Rioja de 11 de febrero de 2000, Ar. 261, analiza la corrección de una cláusula del Pliego, amparada en el artículo 104.1 de la Ley de Contratos de las

Administraciones Públicas, conforme a la cual el contrato no estará sujeto a la revisión de precios. Se objeta por los recurrentes que tal previsión carece por completo de motivación, contrariando la determinación del artículo 104.3 de que “en resolución motivada podrá establecerse la improcedencia” de la revisión de precios haciéndose constar en dicho pliego de cláusulas administrativas particulares.

En opinión del Tribunal, tal objeción debe rechazarse ya que la propia cláusula incorpora la razón de la medida, que reside en “(...) la actual coyuntura económica y el plazo de ejecución (...)” del contrato, el cual, a tenor de la cláusula 5ª, no podrá rebasar los 10 meses (FJ 3º).

B) Publicidad de la licitación

a) No procedencia de publicidad comunitaria europea para los contratos de servicios de carácter técnico

La STSJ de Murcia de 10 de abril de 2000, Ar. 698, analiza si procede o no aplicar el régimen de publicidad comunitaria europea a un concurso de servicio de medios aéreos de vigilancia y extinción de incendios forestales.

Los supuestos en que procede la publicidad comunitaria, tanto del anuncio previo como del de licitación se limitan según establece el artículo 204 de la Ley 13/1995 a las categorías que el artículo 207 de esta Ley relaciona en sus números 1 al 16, en ninguna de las cuales se comprende el servicio. “A lo que hay que añadir que, tratándose de un contrato incardinable en el tipo de servicio incluido en el tipo de contrato de servicios del art. 197.a) de la misma Ley, la circunstancia de no venir incardinado en ninguna de las categorías específicas del artículo 207, determina su inclusión en la categoría residual de ‘otros’ servicios del núm. 27 de este último artículo legal; con la consecuencia, por ello, de no serle aplicable, en consecuencia, el referido régimen de publicidad comunitaria europea, ni por lo mismo el plazo del artículo 208.1 de la Ley de contratación citada” (FJ 2º).

b) Plazo aplicable a la publicidad de la licitación de un contrato de servicios de carácter técnico. Aplicación del procedimiento de urgencia

En principio, el plazo aplicable para la publicidad de la licitación para este tipo de contrato es el establecido de modo general en el artículo 79.2 de la Ley 13/1995, que establece que en los procedimientos abiertos, la publicación del anuncio de licitación “se efectuará con la antelación mínima de veintiséis días al señalado como el último para la recepción de proposiciones”. En el caso del que conoce la STSJ de Murcia de 10 de abril de 2000, Ar. 698, sin embargo, no es este tipo de procedimiento el que se ha seguido por la Administración, sino el de tramitación urgente del art. 72 de la Ley 13/1995, que comporta, entre otras consecuencias, la reducción a la mitad de los plazos de licitación (13 días, en el caso) y de adjudicación.

V. Actos, Procedimiento y Contratos

Ahora bien, sostiene el Tribunal (FJ 3º), que esta determinación de reducir a 13 días el plazo de licitación, no es sino el efecto de una situación real de urgencia, que ha de existir efectivamente y que, por ello, el órgano de contratación ha de limitarse a “declarar”. Aunque, como exige la Ley 13/1995 (art. 72.1), esta declaración ha de estar “debidamente motivada”, lo que requiere razonar que real y materialmente concurre, en el caso, el supuesto legal de “urgencia” de la situación para que así pueda ser declarada. Razones que, en este caso, no se manifiestan expresamente en la convocatoria del concurso, pero que están implícitas en un Informe anterior que dice que “no existe tiempo material para su contratación por el procedimiento ordinario, por lo que y dado que se cumple el art. 72 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se propone la tramitación del expediente por el procedimiento de urgencia”.

Para el Tribunal, sin embargo, no basta con esta previsión, puesto que, con anterioridad, hubo tiempo suficiente para haberse podido tramitar el procedimiento de contratación en los plazos ordinarios, de haberse actuado con la suficiente antelación. Sin que quepa razonablemente por ello acudir al excepcional de tramitación urgente, que no cabe utilizar simplemente para remediar el retraso imputable a la Administración (FJ 3º).

5. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

A) Concurso

a) Necesidad de concreción de los criterios de adjudicación de las bases del concurso. Convenio urbanístico

La STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de marzo de 2000, Ar. 437, analiza la corrección jurídica del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento por el que se aprueban las bases del concurso para el otorgamiento de convenio urbanístico previo a la ordenación de terrenos para la implantación de una gran superficie comercial.

En opinión del Tribunal, la indicación de los criterios carece de la más mínima concreción, limitándose la base a señalar que se valorará a partes iguales la localización de los terrenos, las características de la gran superficie y la aportación económica (FJ 2º).

La posterior determinación, una vez presentadas las ofertas, por los técnicos municipales, de los concretos criterios que se deben considerar en aplicación de las muy genéricas bases, supone una vulneración completa del correcto procedimiento de contratación (provocado precisamente por la indeterminación de las bases), pues no pueden ir definiéndose sobre la marcha los criterios de adjudicación, sino que las exigencias de la publicidad y libre concurrencia obligan a que estén diáfananamente establecidos desde el principio.

“En definitiva, resulta evidente que se alteraron las condiciones del contrato y que no se respetó por la Administración el principio de igualdad de oportunidades de los licitadores

participantes en el concurso, cuando los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación son el fundamento y el origen de toda la normativa pública sobre contratos administrativos. Vulneración que precisamente proviene y está provocada por la ilegal indeterminación de las bases, que necesariamente obligaban a una concreción ulterior auténticamente cualitativa” (FJ 2º *in fine*).

b) Anulación de criterios de adjudicación no objetivos

La STSJ de La Rioja de 11 de febrero de 2000, Ar. 261, anula dos de los criterios de adjudicación que sirven como base del concurso por considerar que en ellos no concurre la nota de la objetividad exigida por el art. 87.1 LCAP. El primero de los criterios de adjudicación hace referencia al Plan de ejecución de las obras. La falta de objetividad de este criterio reside en que el Plan de trabajo puede ser modificado por la Administración en cualquier momento (según establece otra cláusula del contrato que también es anulada por el Tribunal: FJ 6º. Ver apartado 6.A.a de esta Crónica). El segundo de los criterios de adjudicación que el Tribunal considera carente de objetividad hace referencia a la “solvencia específica de las empresas en relación con la ejecución de obras de este tipo y grado de cumplimiento de los contratos de obras celebrados por la empresa con la administración municipal”. Considera el Tribunal que no constituye un criterio objetivo valorable por no recaer sobre un contenido de la oferta presentada por el licitador sino sobre una cualidad del oferente, denotable subjetivamente a través de un juicio de valor por la mesa de contratación acerca del grado de satisfacción generado en la Administración contratante por el cumplimiento de análogos contratos de obra precedentes ejecutados por el contratista (FJ 7º).

6. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A) Prerogativas de la Administración

a) Facultad de modificación: anulación de una cláusula que permite a la Administración modificar el programa de trabajo en cualquier momento

La STSJ de La Rioja de 11 de febrero de 2000, Ar. 261, anula una cláusula de un contrato de obra que permite que la Dirección técnica de la obra, dependiente por entero de la Administración, pueda, en cualquier momento posterior a la aprobación del Programa de trabajo, establecer en él nuevas modificaciones o prescripciones, si lo justifica el adecuado desarrollo de las obras.

En opinión del Tribunal, no es sólo que tales modificaciones extemporáneas del programa de trabajo carezcan de cobertura normativa en el artículo 128 del Reglamento General de Contratación o en la cláusula 27ª del Pliego de Cláusulas Administrativas

V. Actos, Procedimiento y Contratos

Generales. Además, es que, siendo el programa de trabajo un elemento esencial en el contrato administrativo de obras y pudiendo afectar sus alteraciones a los presupuestos económicos del contrato, la Administración no puede imponer aquellas modificaciones al contratista una vez aprobado definitivamente dicho instrumento. Así lo ha entendido el Consejo de Estado en su Dictamen número 27611, de 1 de julio de 1971, en el que se añade que “hay que rechazar la idea de que la manifestación legal 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 otro contratante, aunque se trate de la propia Administración”. Por otra parte, continúa el Tribunal, facultar a la Dirección Técnica, dependiente de la Administración contratante, para tales modificaciones infringe también la disposición del artículo 1256 del Código Civil en la medida en que de ésta se infiere que los contenidos sustanciales del contrato no pueden alterarse por una parte sin la aquiescencia de las demás (FJ 6°).

b) Inexistencia de modificación unilateral del contrato

No existe alteración del equilibrio económico, ni alteración unilateral del contrato, por ejecutar la Administración una condición prevista en el contrato y aceptada por la contratista desde el inicio del contrato (STS de 6 de marzo de 2000, Ar. 1552, FJ 3°).

c) Interpretación de los contratos: inexistencia de vulneración de tal prerrogativa

La STS de 2 de noviembre de 1999, Ar. 2295, en su FJ 1°, considera que la Sala de instancia realiza un uso de las facultades interpretativas que no supone vulneración de la potestad de la Administración de interpretar los contratos administrativos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento (art. 18 de la Ley de Contratos del Estado y art. 50 del Reglamento General de Contratación del Estado).

B) Técnicas de garantía del equilibrio financiero

a) Anulación de una cláusula que impone una indemnización alzada en caso de incumplimiento del contratista

La STSJ de La Rioja de 11 de febrero de 2000, Ar. 261, anula una cláusula de un contrato de obra conforme a la cual se impone al contratista el pago de una cantidad en el supuesto de incumplimiento del plazo total para la ejecución de las obras, sin perjuicio de las penalidades establecidas en el artículo 96.3 de la LCAP. Afirma el Tribunal que:

“si bien la aplicación y el pago de las penalidades no excluye la indemnización a que la Administración pueda tener derecho por los daños y perjuicios ocasionadas con motivo del retraso imputable al contratista (art. 139 del Reglamento General de Contratación del Estado), no se autoriza una indemnización alzada cual la prevista, que constituiría una nueva penalidad al margen de las previsiones legales, y que no respondería del montante

real de los daños y perjuicios que efectivamente se hubieren irrogado a la Administración contratante con el retraso; correspondencia que deviene esencial al concepto de indemnización que en el precepto se contiene” (FJ 4°).

b) Improcedencia de indemnización al contratista por suspensión temporal de las obras por interposición de interdicto de obra nueva de tercero. Riesgo y ventura del contratista

El TS, en su Sentencia de 3 de febrero de 2000, Ar. 1587, recoge doctrina jurisprudencial conforme a la cual la suspensión de la obra como consecuencia de un interdicto determina que ni sea imputable a la Administración, ni, por otra parte, sea integrable en alguno de los supuestos legales de fuerza mayor originadores de derecho a indemnización a favor del contratista, por lo que, en definitiva, corresponde a éste asumir el riesgo y ventura derivado de la paralización de las obras por razón de un interdicto interpuesto por un tercero, en el supuesto de que el interdicto sea desestimado y en el que, por eso, no sea rastreable por esta causa debilidad alguna en los títulos de la administración sobre el inmueble en que ha de realizarse la obra (FJ 2°).

7. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

A) Contrato de obra

a) Defectos en la liquidación provisional: inexistencia de informe técnico

Según la STSJ de Castilla y León de 2 de marzo de 2000, Ar. 420, queda acreditado que se extiende acta de recepción de las obras de pavimentación de una travesía de la localidad, así como que se gira la factura por el importe de las obras, haciéndose constar que se hace un ingreso correspondiente a la segunda entrega a cuenta por las obras de pavimentación de las calles, así como que se pone en conocimiento de la empresa contratista el descontento por la forma en que se han ejecutado las obras y el mal acabado de las mismas. Asimismo, el Ayuntamiento remite carta a la contratista en la que se hace constar que si bien se firmó la certificación de finalización de las obras, considera que las obras no han sido ejecutadas y finalizadas de conformidad con el contrato firmado entre las partes.

El Tribunal considera que, en el presente caso, no existe informe técnico alguno, como exige el art. 62 del Reglamento regulador de la Contratación de las Corporaciones Locales, “ni la Administración procede conforme a lo establecido en el artículo 63 de dicho Reglamento”. El Ayuntamiento debió esperar a que se emitiese el correspondiente informe, y una vez hecho, solicitar la corrección de los defectos, solicitar la resolución del contrato (art. 64) o proceder a la recepción definitiva de la obra (FJ 3°).

V. Actos, Procedimiento y Contratos

b) Improcedencia de abono de exceso de obra decidida unilateralmente por el contratista. Inexistencia de enriquecimiento injusto

En el caso enjuiciado por la STS de 28 de enero de 2000, Ar. 1579, se trata de una ampliación de obra basada en una decisión unilateral imputable a la empresa contratista, sin que exista una modificación del contrato realizada por la Administración. “Si bien es cierto que el contratista tiene derecho al abono de la obra realmente ejecutada, constituye regla general que el cumplimiento y efecto de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes y, en consecuencia, ningún contratista puede pretender el abono de obras que excedan en calidad o cantidad de las que expresamente fueron convenidas (cuando no ha mediado orden alguna de la Administración para su realización)” (FJ 2º). Por todo ello, el abono de este exceso de obra no resulta procedente.

En el caso, “la ampliación de la obra se debió a una decisión unilateral imputable a la empresa contratista, por lo que no procede aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto, ya que, de otro modo, la extensión de las obras, su posible ampliación y el derecho a su cobro dependerían exclusivamente de la empresa contratista, en contra del principio de inalterabilidad de los contratos por voluntad de una sola de las partes” (FJ 3º).

c) Obligación de la Administración de proceder a la recepción y liquidación de las obras

Encontrándose las obras ejecutadas recibidas *de facto* por la Administración y pagado su importe, la Administración debió proceder a su recepción y liquidación provisionales y a su recepción y liquidación definitivas, conforme a los artículos 170, 172, 173 y 176 del RGCE, por lo que, no habiéndolo hecho así, la STS de 28 de enero de 2000, Ar. 1579, la condena a la realización de estos actos formales, a que el contratista tiene derecho según los preceptos antes mencionados (FJ 4º).

d) Obligación de la Administración de devolver la fianza. Demora

La empresa contratista tiene derecho a la devolución de la fianza, ya que la Administración nada opone a la recepción *de facto* de las obras ni a la procedencia de esta petición, según los artículos 177 y 384 del RGCE (STS de 28 de enero de 2000, Ar. 1579, FJ 4º).

Habiendo la Administración incurrido en demora en la devolución de la fianza, ya que no practicó en su momento los actos necesarios para ello, deberá indemnizar a la empresa contratista por los perjuicios que dicha demora le haya ocasionado, a tenor del artículo 53 de la LCE. La indemnización pertinente será el importe de las comisiones y gastos que debió satisfacer la contratista por la indebida prolongación de la garantía desde haberse reclamado la devolución de las fianzas, hasta su efectiva devolución. “La fecha inicial señalada se considera procedente conforme a lo prevenido en el artículo 1100 del Código Civil, según el cual la mora se produce desde la reclamación judicial o extrajudicial del acreedor, ya que no existe norma legal o contractual sobre su comienzo en el caso de recepción *de facto* de la obra ejecutada” (FJ 4º, *in fine*).

B) Contrato de suministro**a) Improcedencia de la suspensión del suministro a la Administración Pública por impago**

(Sobre esta cuestión vid. números anteriores de *Justicia Administrativa*.)

La STS de 24 de febrero de 2000, Ar. 1333, recoge jurisprudencia reiterada conforme a la cual las empresas distribuidoras de energía eléctrica no pueden suspender el suministro en caso de impago de la Administración Pública. Y ello porque la Administración no puede ser privada de un medio indispensable para el cumplimiento de sus fines, ni siquiera por deudas contraídas con quien, por gestionar un servicio público, se encuentra obligado a prestarlo también a favor de aquélla. Esta afirmación es predicable tanto cuando los servicios son prestados o gestionados directamente por la Administración, como cuando la gestión tiene lugar de forma indirecta a través de algunas de las variadas formas que nuestro ordenamiento jurídico permite (FJ 2º).

b) Improcedencia de la sustitución del deudor sin consentimiento del acreedor. Falta de ejercicio del *ius variandi*

La STS de 14 de enero de 2000, Ar. 1574, considera que ha tenido lugar una sustitución de un nuevo deudor en lugar del primitivo (el Ayuntamiento), sin consentimiento del acreedor, por lo que se ha infringido con el acuerdo municipal el artículo 1205 del Código Civil, así como los que establecen que los contratos son obligatorios, tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y no pueden modificarse por voluntad de una sola de ellas (artículos 1091, 1256 y 1728), sin que el Ayuntamiento haya invocado el ejercicio del *ius variandi* de la Administración para modificar el contrato de suministro de agua celebrado con el acreedor. La calificación que realiza el Ayuntamiento “de la novación operada como extintiva o simplemente modificativa ninguna eficacia tiene para la solución de la cuestión planteada, ya que, en cualquier caso, la conducta del Ayuntamiento (...) ha incurrido en infracción de los preceptos del Código Civil antes mencionados” (FJ 3º).

JULIA ORTEGA BERNARDO
MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Administración local. A) Mancomunidades de Municipios: objeto de su constitución. B) Régimen de funcionamiento de las Entidades Locales. a) Las comunicaciones de acuerdos de las Entidades Locales a los órganos estatales y de las Comunidades Autónomas. b) Requisitos para la celebración de Plenos extraordinarios. c) La anulabilidad de los acuerdos municipales sobre régimen retributivo o indemnizatorio: omisión del acuerdo municipal de propuesta escrita e indeterminación de los cargos que se desempeñan con dedicación exclusiva. d) La denegación de información municipal y el acceso a datos de los concejales. C) Segregación de Municipios: requisitos. D) Autoorganización municipal: Acuerdo de un Ayuntamiento por el que se decide no favorecer ni permitir la realización de la prestación social sustitutoria. **3. Los Órganos de Gobierno del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ).** **4. Colegios Profesionales y titulaciones.** A) Falta de aptitud profesional de un Ingeniero Técnico Agrícola para la redacción de un proyecto de construcción de nave almacén para maquinaria agrícola y productos agrarios. B) El principio de tipicidad en el seno de las relaciones colegiales.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

De las sentencias sobre organización administrativa dictadas por el Tribunal Supremo en los últimos meses hemos seleccionado algunas que introducen matices interesantes en la doctrina jurisprudencial consolidada sobre la organización municipal, el régimen de funcionamiento de las Entidades Locales, los Órganos de Gobierno del Consejo General del Poder Judicial, así como de los colegios profesionales y titulaciones.

2. ADMINISTRACIÓN LOCAL**A) Mancomunidades de Municipios: objeto de su constitución**

La STS de 10 de febrero de 2000, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 1880, estimó el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País

Vasco, anulando el Acuerdo del Ayuntamiento de Abaltzisketa por el que se aprobaron los Estatutos de la Mancomunidad de Municipios Euskaldunes.

En dicha Sentencia, el Tribunal Supremo realiza una interpretación del artículo 44.1 de la Ley de Bases del Régimen Local (Ley 7/1985, de 2 de abril) en el sentido de que las Mancomunidades de Municipios deben constituirse para la realización de obras públicas y la prestación de servicios, por lo que afirma que el desarrollo y fomento del uso del euskera no puede ser el objeto por el que se constituye una Mancomunidad de Municipios, incluso aún cuando se considerase el fomento del vascuence como un hipotético servicio público, pues la Ley se refiere a servicios públicos de competencia local, y el fomento del vascuence, es según la Constitución y el Estatuto de la Autonomía del País Vasco una competencia autonómica.

B) Régimen de funcionamiento de las Entidades Locales

a) Las comunicaciones de acuerdos de las Entidades Locales a los órganos estatales y de las Comunidades Autónomas

La STS de 8 de marzo de 2000, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2170, desestimó el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco referente a un acuerdo de un Ayuntamiento por el que se acordó la negativa de remitir al Gobernador Civil ningún acta de los plenos que se celebraran en dicho Ayuntamiento.

El objeto del recurso es por tanto la interpretación que se debe dar al artículo 56 de la Ley de Bases de Régimen Local, Ley 7/1985, de 2 de abril, que establece la obligación de remitir los acuerdos del Pleno y la Comisión de Gobierno al Gobernador Civil o al Delegado del Gobierno Central y al Gobierno Autonómico.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha establecido en su jurisprudencia, que dicha obligación queda cumplida simplemente con remitir a los citados órganos copias o extractos de los acuerdos sin que sea necesario enviar las actas de las sesiones celebradas.

b) Requisitos para la celebración de Plenos extraordinarios

La STS de 5 de abril de 2000, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4016, estimó el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que consideró ajustado a derecho el acuerdo denegatorio de una solicitud para celebrar un Pleno Extraordinario realizada por más de una cuarta parte de los concejales de un Ayuntamiento.

A este respecto el Tribunal Supremo considera que tanto el artículo 45.2.a) de la Ley de Bases de Régimen Local, como el artículo 48.1 del Texto Refundido de 1986, establecen

VI. Organización Administrativa

que a petición de una cuarta parte de los miembros de una Corporación será obligado convocar Pleno Extraordinario que habrá de celebrarse dentro de los dos meses siguientes a dicha solicitud, pues el carácter democrático de los entes municipales, junto con la necesidad de garantizar el derecho al libre desempeño de los cargos públicos, exige dar cumplimiento a esta posibilidad contemplada por la ley, precisamente como medio de garantizar el pluralismo democrático y la participación de los grupos minoritarios en el gobierno del Municipio.

En los mismos términos de esta Sentencia se expresa la **STS de 16 de mayo de 2000**, Ar. 4311, respecto de un Ayuntamiento que se negó a la celebración de un Pleno Extraordinario solicitado por una cuarta parte de los miembros de la Corporación.

c) La anulabilidad de los acuerdos municipales sobre régimen retributivo o indemnizatorio: omisión del acuerdo municipal de propuesta escrita e indeterminación de los cargos que se desempeñan con dedicación exclusiva

La **STS de 3 de abril de 2000**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4048, desestimó el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

Dicha Sentencia anuló el acuerdo de un Ayuntamiento relativo a las Retribuciones e Indemnizaciones que debían percibir el Alcalde, Teniente de Alcalde y Concejales del mismo, por considerar que incumplió lo dispuesto en el artículo 13, apartados 4, 5 y 6 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.

En este sentido, considera el TS, que dicho Acuerdo está afectado por una irregularidad procedimental debido a la omisión de una propuesta escrita del Presidente del Pleno acerca del régimen retributivo del citado Alcalde y Concejales, ya que ello impide a los miembros de la Corporación disponer de la documentación y examinar los antecedentes que se relacionan con los asuntos que figuran en la convocatoria, sin que se cumpla dicho requisito con la existencia de una propuesta distinta, aunque verse sobre la misma materia.

Además, apunta la Sentencia comentada, que otro aspecto incumplido es la falta de determinación de la relación de cargos de la Corporación que puedan desempeñarse con dedicación exclusiva, lo que permitiría conocer el grado de responsabilidad de los distintos cargos, y determinar su retribución con independencia de las circunstancias personales de quienes ocupen tales cargos.

d) La denegación de información municipal y el acceso a datos de los concejales

La **STS de 5 de noviembre de 1999**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2013, desestimó el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía relativo a la denegación por parte de un Ayuntamiento de cierta información solicitada por algunos Concejales del mismo.

En dicha Sentencia aclara el TS que la solicitud de esta información por los concejales de un ayuntamiento es un derecho a éstos reconocido legalmente en el artículo 77 de la Ley 7/1985 y el art. 14.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, y que la negativa de un alcalde a entregar dicha información por considerarla innecesaria para el desarrollo de su función, vulnera el derecho fundamental establecido por el artículo 23.2 de la Constitución que incluye el derecho a obtener la información necesaria para el ejercicio de las funciones públicas.

En los mismos términos de esta Sentencia, se expresan las SSTs de 12 de noviembre de 1999, Ar. 2663, y de 5 de abril de 2000, Ar. 4434, relativas a la denegación de información municipal solicitada por Concejales.

C) Segregación de municipios: requisitos

La STS de 10 de mayo de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 3878, desestimó el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía relativo a la segregación de un núcleo de población de un municipio.

En dicha Sentencia el Tribunal Supremo considera que no se han acreditado los requisitos que el artículo 13 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, exige para la creación de nuevos municipios, pues, aunque el núcleo de población está territorialmente diferenciado, de los datos presupuestarios aportados se infiere “la situación deficitaria del nuevo municipio, la menor capacidad de gestión y hasta la peor condición de los administrados en una y otra situación económica (...)”.

Por otra parte, en relación a la cuestión relativa a la exigencia de una población mínima, que era una de las planteadas por la parte recurrente para fundar su recurso, el Tribunal Supremo hace suyo el argumento del Tribunal de instancia que consideró que la población no debe ser valorada como uno de los requisitos que determinen la segregación de un municipio pero sí como uno de los elementos que inciden sobre la decisión final que se tome. En este sentido, se dice en la Sentencia “(...) que con una población de mil personas la obtención de recursos suficientes para atender a la competencias municipales obligatorias sería más difícil, dada la menor capacidad de gestión”.

D) Autoorganización municipal: Acuerdo de un Ayuntamiento por el que se decide no favorecer ni permitir la realización de la prestación social sustitutoria

La STS de 24 de abril de 2000, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 3819, desestimó el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que había declarado la validez de un Acuerdo del Ayuntamiento del Valle de Trápaga acerca de no permitir la realización de la prestación social sustitutoria en dicha Corporación, pues en uso de su capacidad de auto-

VI. Organización Administrativa

organización, entiende el Tribunal Supremo en consonancia con el Tribunal de Instancia, que la decisión municipal no infringe la legalidad, puesto que los artículos 6 y siguientes de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, Reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria no obligan a las entidades públicas a reservar para la realización de tal prestación puestos o cometidos dentro de la esfera de sus actividades.

3. LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (CGPJ)

La STS de 27 de octubre de 1999, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2293, desestimó los recursos contencioso-administrativos acumulados interpuestos por la parte recurrente contra sendos acuerdos adoptados por el Pleno del CGPJ, referentes a la adopción de determinadas decisiones relativas a los Letrados al servicio del Tribunal Supremo, en concreto, a la prórroga de tres años de una parte de esos Letrados y al cese de los restantes entre los que se hallaba el citado recurrente.

En la misma, el Tribunal Supremo va a establecer, sobre la base de los artículos 127.3 y 135 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 23.5 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial y 72 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del CGPJ de 22 de abril de 1986, las siguientes conclusiones:

1. Los Letrados al servicio del Tribunal Supremo son nombrados por un período de tres años, prorrogable por otro tres, por el CGPJ, mediante convocatoria pública de concurso de méritos, resuelto a propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo.
2. A la Comisión de Calificación le corresponde informar sobre los nombramientos de la competencia del Pleno, y formular las oportunas propuestas sobre los nombramientos de dicha competencia.
3. En base al último precepto de los citados (artículo 72 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del CGPJ), se posibilita a través de la vía reglamentaria, el desarrollo de normas con rango de ley, que en este caso se refieren a la potestad de autoorganización que corresponde al propio Consejo, atribuyendo a una determinada Comisión de éste la formulación de propuestas sobre los nombramientos de la competencia del Pleno sin vulnerar de este modo el principio de legalidad.

4. COLEGIOS PROFESIONALES Y TITULACIONES

A) Falta de aptitud profesional de un Ingeniero Técnico Agrícola para la redacción de un proyecto de construcción de nave almacén para maquinaria agrícola y productos agrarios

La STS de 3 de abril de 2000, Sala Tercera, Ar. 3842, desestimó el recurso de casación interpuesto contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal

Superior de Justicia de Castilla-La Mancha interpuesto por el Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos Agrícolas y Peritos Agrícolas del Centro.

El objeto del mismo era determinar la competencia y aptitud técnica de un ingeniero técnico agrícola para la construcción de una nave-almacén destinada a maquinaria agrícola y productos agrarios.

En este sentido, el TS afirma, que ni por la naturaleza del Proyecto Arquitectónico, ni por el tipo de suelo, que es urbano, está permitido a un Ingeniero Técnico Agrícola firmar proyectos de estas características. Asimismo aclara que la especificación “en suelo urbano”, sirve para despejar cualquier duda sobre si las proyectadas obras pertenecen a la especialidad “agrícola”, que es en definitiva a la que queda circunscrita legalmente la facultad de los técnicos del Colegio impugnante. Por último, el TS considera que la entidad misma de las obras parece exigir un Proyecto Arquitectónico, cuya firma viene reservada a los Técnicos Superiores.

B) El principio de tipicidad en el seno de las relaciones colegiales

La STS de 12 de mayo de 2000, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4308, ratificando la Sentencia del Tribunal de Instancia, anuló la sanción impuesta a una colegiado farmacéutica por vulneración de principio de tipicidad.

Dicha sanción, que tenía por objeto la suspensión temporal en el ejercicio de la profesión, fue impuesta por el Colegio Provincial de Farmacéuticos al que pertenecía la recurrente, confirmándose posteriormente en alzada por el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos.

A este respecto, el Tribunal Supremo considera, que si bien el Colegio de Farmacéuticos tiene potestad para imponer sanciones a sus colegiados en cuanto existe una relación especial de sujeción que liga a los farmacéuticos con sus respectivos colegios, ello no impide que en el seno de dicha relación se encuentren vigentes y sean aplicables las garantías que establece el Ordenamiento Jurídico, y entre ellas, el principio de tipicidad. Por ello, la referencia genérica “al desacato a las órdenes del Colegio” es insuficiente para establecer una sanción a la vista de las exigencias que contiene al respecto el art. 25 de la Constitución que exige la tipificación de infracciones.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

LUIS CESTEROS DAPENA

PEDRO ANTONIO MARTÍN PÉREZ

EVA NIETO GARRIDO

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**Sumario:**

1. Concepto de sanción. A) Libertad del legislador para elegir entre pena y sanción administrativa. B) Actos que no constituyen sanción. **2. Reserva de ley y tipicidad.** A) Principio de legalidad y Ordenanzas municipales. B) Reserva de Ley: no incluye la regulación de la prescripción de las infracciones. C) Tipicidad de las infracciones: prohíbe la indeterminación de la conducta infractora. D) Prohibición de la analogía y de las interpretaciones extensivas. **3. Retroactividad de la norma sancionadora más favorable. Límites a su aplicación en fase jurisdiccional.** **4. Antijuridicidad.** A) Ejercicio legítimo de un derecho. Incumplimiento de una orden que lo conculca. B) La tolerancia de la actividad por la Administración no excluye la antijuridicidad. **5. Elementos subjetivos de las infracciones.** A) Preterintencionalidad. B) Extensión del deber de diligencia. C) El error vencible no exime de culpa. D) Exclusión por interpretación razonable de la norma. E) Exclusión por confianza legítima. F) Estado de necesidad excusante. G) La Administración como sujeto responsable de infracciones administrativas. **6. Concurrencia de infracciones frente a la prohibición de doble sanción.** A) Non bis in idem: no se vulnera por una doble tipificación de los mismos hechos sino sólo cuando se imponen dos sanciones. B) Non bis in idem: no se vulnera cuando las leyes prevén una sanción administrativa precisamente para el funcionario condenado penalmente. **7. Derecho de defensa y asistencia letrada.** **8. Procedimiento sancionador.** A) Legitimación del denunciante. B) Garantías formales: en proporción a la gravedad de la sanción. C) Vicios formales. Doctrina divergente sobre las consecuencias de la omisión del trámite de audiencia. Imposibilidad de subsanación en vía contencioso-administrativa. **9. En especial, la prueba.** A) Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. B) Invalidez de los medios de prueba obtenidos con lesión de derechos constitucionales. C) La destrucción de la presunción de inocencia debe ser previa a la sanción. D) Admisión de la prueba de presunciones. **10. La resolución del procedimiento sancionador.** A) Forma necesariamente escrita. Firma del titular del órgano competente. B) Discrepancia entre la resolución y la propuesta de resolución.

Consecuencias de un cambio cualitativo en la extensión de la sanción. **11. Extensión de la sanción.** A) La determinación de la sanción como un proceso discrecional y el juego del principio de proporcionalidad. B) La determinación de la sanción como un proceso reglado. C) La necesidad de motivar la extensión de la sanción y los criterios de graduación aplicados. **12. Extinción de la responsabilidad por prescripción: abuso de derecho para la obtención de notificaciones defectuosas.** **13. Ejecución de las sanciones. Suspensión de las recurridas en vía jurisdiccional.** **14. Control jurisdiccional de las sanciones.** A) Sustitución de la infracción imputada por otra o de una sanción inexistente por la correcta. B) Cumplimiento de sentencia que anula una sanción: devolución de su importe en vía administrativa y no en ejecución procesal de la sentencia.

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

A) Libertad del legislador para elegir entre pena y sanción administrativa

Ante un supuesto de “tenencia ilícita de droga, estupefacientes o sustancias sicotrópicas destinadas al propio consumo”, la STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de noviembre de 1999, Ar. 4079, declara que el hecho de que tal conducta haya de ser o no objeto de represión penal o sanción administrativa es algo “sobre lo que no da respuesta alguna la Constitución, que deja al legislador la identificación de los bienes que merezcan ser objeto de defensa por el derecho sancionador”.

B) Actos que no constituyen sanción

STS de 10 de mayo de 2000, Sección Tercera, Ar. 3880. Se impugnaba la decisión de retirar la autorización como línea regular en ciertos transportes marítimos. La resolución se basaba en que se operaba en condiciones distintas a las autorizadas; en concreto, la naviera, debido a un procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, había perdido el control de la mitad de su flota, que había pasado a un banco. Los motivos del recurso partían en su mayoría del carácter sancionador de la resolución, pero es esto justamente lo que niega la Sentencia:

“En esta situación, y tal y como se deriva de la doctrina constitucional aplicable (así, la contenida en STC 181/1990, de 15 de noviembre), si la retirada de la autorización tiene como base el mero incumplimiento de los requisitos establecidos por el ordenamiento para el desarrollo de la actividad pretendida, de suerte tal que no necesite descansar en un juicio de valoración o apreciación de la conducta de las personas, aquélla no tendrá natu-

VII. Derecho Administrativo Sancionador

raleza sancionadora, ya que no incorpora reproche alguno de conductas, limitándose a la sola aplicación del régimen autorizatorio por parte de la Administración competente.”

Tampoco es sanción la pérdida de derechos por incapacidad sobrevenida, aunque esta incapacidad derive precisamente de la imposición de una sanción. Es ésta la conclusión que se extrae de la **STS de 10 de abril de 2000**, Sección Séptima, Ar. 3346. Se impuso a un médico de la Seguridad Social sanción de separación del servicio. Pero lo que se impugna en el recurso de que conoce esta Sentencia es la decisión de dar de baja al mismo sujeto en el Cuerpo Facultativo de Sanidad Penitenciaria basada en aquella sanción. El recurrente, partiendo de que esta segunda decisión también era una sanción, alegaba una serie de vicios que efectivamente habrían concurrido si fuese una sanción: vulneración de las exigencias de legalidad y tipicidad y del principio *non bis in idem*, incompetencia del órgano que la acordó, prescripción de la infracción,... Todas estas alegaciones son desestimadas por entender que la baja definitiva como médico de instituciones penitenciarias no era una nueva sanción. Para la Sentencia, con apoyo sobre todo en el art. 30.1.e) de la Ley de Funcionarios de 1964 –que exige para ser admitido a las pruebas selectivas de funcionarios no haber sido separado mediante expediente disciplinario del servicio– se trata de una pérdida sobrevenida de la capacidad para ser funcionario pues “quien no reúne las condiciones necesarias para acceder a la función pública no puede continuar desempeñando cargos en la misma” conforme al “principio general de que no puede continuar ejercitando un derecho quien no reúne los requisitos imprescindibles de capacidad y aptitud para su adquisición”. En la misma línea, la **SAN de 27 de enero de 2000**, Ar. 81, ante la pérdida de la condición funcionarial como consecuencia de la imposición de la pena de inhabilitación.

La **STS de 20 de marzo de 2000**, Sección Cuarta, Ar. 2722, distingue la sanción de extinción de las prestaciones por desempleo, de otros actos administrativos no sancionadores, como la exigencia de devolución de la cantidad concedida en concepto de prestación por desempleo, en la modalidad de pago único, por haber sido destinada a la constitución de una sociedad anónima –figura no contemplada por la normativa–.

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de septiembre de 1999**, Ar. 1786, reitera que una cosa es la cuota tributaria, consecuencia de la obligación de contribuir y otra la sanción punitiva, impuesta al contribuyente que incumple sus deberes tributarios. Por tales motivos:

“la inclusión legal de las sanciones en el concepto de deuda tributaria (según el art. 58.2 de la LGT) puede ser interpretada en el sentido de enfatizar que una eventual consecuencia jurídica, la sancionadora, se sigue del incumplimiento de las obligaciones tributarias, siendo la sanción, cuando se impone, un elemento más, aunque eventual, de la deuda tributaria, pero nunca confundible con el contenido esencial de ésta ni, por eso mismo, subsumible en ninguno de los aspectos de su régimen jurídico”.

Por tanto, en el caso de que la deuda tributaria incluya también la sanción, serán de aplicación los principios propios del Derecho Administrativo Sancionador (**SAN de 6 de octubre de 1999**, Sección Segunda, Ar. 1741).

2. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) Principio de legalidad y Ordenanzas municipales

La STSJ del País Vasco de 14 de enero de 2000, Ar. 94, confirma la legalidad de una sanción impuesta de conformidad con una Ordenanza municipal de Servicios Funerarios, pues ésta tendría apoyo en el art. 41.f) LRBRL y la Disposición Adicional Quinta de la Ley 31/1990 (“las infracciones en materia de sanidad y consumo podrán ser sancionadas por las autoridades locales, conforme a lo establecido en los artículos 32 a 37 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, 32 a 38 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios y disposiciones concordantes, hasta el límite de 2.500.000 pesetas de multa”).

B) Reserva de Ley: no incluye la regulación de la prescripción de las infracciones

La STS de 16 de mayo de 2000, Sección Tercera, Ar. 3886, rechaza “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”.

C) Tipicidad de las infracciones: prohíbe la indeterminación de la conducta infractora

Se interpone recurso de inconstitucionalidad contra la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 8/1989 de Tasas y Precios Públicos, que establece que:

“cuando el valor comprobado a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales exceda del consignado por las partes en el correspondiente documento en más del 20 por ciento de éste y dicho exceso sea superior a 2.000.000 de pesetas, este último, sin perjuicio de la tributación que corresponda por el Impuesto citado, tendrá para el transmitente y para el adquirente las repercusiones tributarias de los incrementos patrimoniales derivados de transmisiones a título lucrativo”.

La STC 194/2000, de 19 de julio, considera que este precepto es inconstitucional por vulnerar las exigencias que derivan del principio de capacidad económica. Además, a mayor abundamiento, añade que si se tratase de una sanción se infringirían los arts. 24 y 25 CE. El art. 24 CE porque supondría una sanción de plano. Y el art. 25.1 CE, porque “la imposibilidad de cifrar a priori el “valor real”, supone que “la formulación de la Disposición Adicional Cuarta LITP no permite al ciudadano predecir con suficiente grado de certeza la conducta que constituye infracción, indeterminación de la conducta infractora que vulnera las exigencias de taxatividad”.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

D) Prohibición de la analogía y de las interpretaciones extensivas

Según la STSJ de Murcia de 8 de enero de 2000, Ar. 29, no pueden considerarse tipificados los hechos sancionados –tenencia ilícita de droga intervenida en un vehículo particular–, “porque la aprensión de la droga tóxica (2,71 gramos de resina de hachís) no se hizo por la Guardia Civil actuante en uno de los lugares públicos (lugares, vías, establecimientos o transportes públicos) a que hace referencia la misma (el tipo previsto en la Ley de Seguridad Ciudadana), sino en un vehículo que no puede ser equiparado de forma extensiva o analógica a dichos lugares sin vulnerar el citado principio de legalidad y tipicidad”.

3. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE. LÍMITES A SU APLICACIÓN EN FASE JURISDICCIONAL

En la misma línea ya apuntada en crónicas anteriores, la STSJ de Cataluña de 17 de marzo de 2000, Ar. 419, en relación con una sanción de expulsión de un extranjero del territorio nacional, aplica el régimen más favorable previsto por la LO 4/2000, aunque los hechos y la resolución administrativa se remontan a 1996. Por el contrario, ante un supuesto similar, la STSJ del País Vasco de 24 de febrero de 2000, Ar. 184, limita la retroactividad de la norma sancionadora más favorable a aquella que, aunque posterior a los hechos castigados, esté vigente “con anterioridad al momento resolutorio del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora”; no, por tanto, a las que entren en vigor después de esa resolución y antes de la sentencia contencioso-administrativa. “Ello sin perjuicio de que, en dicha situación, corresponda a la Administración, de oficio o a instancia de parte interesada, el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 105.1 de la Ley 30/1992 para la revocación de los actos de gravamen”.

4. ANTIJURIDICIDAD

A) Ejercicio legítimo de un derecho. Incumplimiento de una orden que lo conculca

La STC 204/2000, de 24 de julio, anula la sanción impuesta a un preso por negarse a cumplir la orden de desnudarse completamente ante varios funcionarios del centro penitenciario en un registro practicado tras una comunicación íntima. Y ello porque la orden vulneraba el derecho a la intimidad, pues “ni la medida se encuentra justificada específicamente en atención a la conducta previa del interno o a las condiciones del Centro, ni tampoco se advierte que fuese llevada a cabo utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación de aquel derecho esencial”.

B) La tolerancia de la actividad por la Administración no excluye la antijuridicidad

Así se desprende de la STSJ de Baleares de 19 de noviembre de 1999, Ar. 4066, que confirma la sanción impuesta por mantener un bar sin la correspondiente licencia, porque “el hecho de que el Ayuntamiento (...) tolere la actividad sin los permisos necesarios, no

genera derecho alguno a favor del infractor ni equivale al legal funcionamiento (SSTS de 26 de junio de 1998; 28 de septiembre de 1998 y 28 de diciembre de 1998, entre las más recientes)”.

5. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES

A) Preterintencionalidad

En una finca se instalaron sin la preceptiva autorización administrativa unos cepos para la captura de conejos; aunque se hubiera obtenido tal autorización, los cepos sólo podrían haberse mantenido por la noche y deberían haberse retirado al alba. Por no haberlo hecho así, cayó en uno de ellos un águila imperial que murió. La Administración impuso, además de la obligación indemnizatoria, una multa por entender que se había cometido una infracción del art. 38.6 de la Ley 4/1989 que se refiere, entre otras cosas, a la muerte de animales en peligro de extinción. Pero para la **STS de 14 de febrero de 2000**, Sección Cuarta, Ar. 1884, igual que para la recurrida, como la muerte del águila fue un “*resultado fortuito de la colocación de los cepos*” y “*tampoco se ha llegado a demostrar la existencia de dolo eventual*” no se puede incluir la conducta en el tipo de dar muerte a un ejemplar de especie en extinción. La infracción, por tanto, consistió sólo en “el uso de cepos para conejos sin autorización (...) a lo que se acumuló la negligencia en la retirada de los cepos en el momento oportuno”, todo lo cual debe incardinarse en el art. 38.13 de la misma Ley, esto es, “el incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidos en esta Ley”, a lo que corresponde una sanción menor.

No es fácil saber qué es lo que da fundamento a esta parte de la Sentencia. Se vislumbran dos posibilidades: a) Cuando excluye el dolo eventual, hace pensar que lo que en el fondo sustenta la Sentencia, aun sin decirlo, es que la infracción consistente en dar muerte a ejemplares de razas en extinción sólo se puede cometer dolosamente, lo cual es difícil de admitir por la redacción del art. 38.6 de la Ley 4/1989; b) Cuando afirma que la muerte del águila fue un resultado fortuito, apunta en la línea de un supuesto de preterintencionalidad, rechazando cualquier vestigio del *versari in re illicita*; pero es difícil aceptar que la muerte del águila en este supuesto pueda considerarse un caso fortuito porque más bien se trata de una consecuencia previsible y evitable de la conducta inicialmente ilegal. Aun con esta grave objeción y aunque mezclado confusamente este argumento con el anterior, parece que es esto lo predominante en la Sentencia y lo que presenta especial interés por lo que tiene de rechazo total de la responsabilidad objetiva por el resultado.

B) Extensión del deber de diligencia

La **STS de 21 de marzo de 2000**, Sección Cuarta, Ar. 2724, confirma la sanción impuesta a una entidad comercializadora de abonos por tener dispuesto para su comercialización un producto cuyo contenido no se correspondía con el que figuraba en el etiquetado, pues “la entidad actora, fuera o no la autora del producto o de su envasado estaba

VII. Derecho Administrativo Sancionador

obligada a verificar si lo que iba a comercializar se correspondía o no con lo que en la etiqueta figuraba”. Aunque la Sentencia no señala nada al respecto, consideramos que esa especial diligencia derivaba de su carácter de importador.

La STSJ de Murcia de 2 de febrero de 2000, Ar. 249, anula la sanción impuesta por impago de la deuda tributaria porque la empresa sancionada entregó a otra los cheques necesarios para efectuar el pago y éste se cargó en su cuenta:

“es lógico pensar que a partir de entonces se despreocupara del tema, en la creencia de que la deuda había sido pagada y de que dicha entidad había cumplido con las obligaciones formales exigibles, presentando las declaraciones correspondientes”.

C) El error vencible no exime de culpa

Para la STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de noviembre de 1999, Ar. 4080, no hay error exculpante en el transportista que superaba el peso máximo autorizado en un concreto viaje porque la mercancía estaba mojada. El error sufrido “evidencia un descuido o inadvertencia por falta de las comprobaciones necesarias que integra la culpabilidad de la conducta y merece la sanción impuesta”. Se trataría de un error vencible que podría ser superado actuando con la diligencia debida.

D) Exclusión por interpretación razonable de la norma

Las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 9 de abril de 1999, Ar. 1681; Castilla-La Mancha de 10 de enero de 2000, Ar. 397; Madrid de 23 de septiembre de 1999, Ar. 1708, reiteran, en el ámbito tributario, la jurisprudencia conforme a la que la “culpabilidad habría de quedar excluida cuando lo que existe no sea una conducta dolosa o negligente sino un mero conflicto razonable de interpretación”. Especial interés tiene la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 7 de enero de 2000, Ar. 7, que extiende esta jurisprudencia a otro ámbito distinto, el de las prestaciones por desempleo.

E) Exclusión por confianza legítima

Junto a una interpretación razonable de las normas, la STSJ de Cantabria de 8 de febrero de 2000, Ar. 450, aprecia la falta de culpabilidad en el sujeto pasivo, pues “el mantenimiento por el Ayuntamiento durante seis años de las liquidaciones practicadas conforme a las declaraciones del interesado, (...) le colocó en una situación de confianza legítima acerca de la corrección de aquéllas, que descarta cualquier viso no ya de intencionalidad, sino de culpa por negligencia, pues los epígrafes por él señalados no fueron objeto de tacha alguna o advertencia sobre su incorrección por parte del Ayuntamiento durante el largo período de seis años”.

F) Estado de necesidad excusante

Algo similar a un estado de necesidad simplemente excusante –que no excluye la anti-juridicidad– parece encontrarse en la STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de enero de

2000, Ar. 225. En ésta se afirma que no hay dolo ni culpa en quien no hace las retenciones fiscales procedentes al pagar los honorarios de arquitectos si así se lo impuso el Colegio Profesional correspondiente, que ni siquiera permitía retirar los proyectos o informes de sus colegiados si los clientes no hacían el pago íntegro: “no puede sancionarse como infracción al no ser personal y culpablemente reprochable a ella por derivarse de una práctica impuesta por un tercero a la que no pudo dejar de sustraerse para poder disponer de los trabajos y proyectos encargados”. Esto es, en caso de no aceptar esta imposición, el sancionado carecería de unos trabajos y proyectos que le son necesarios para el ejercicio de su actividad económica.

G) La Administración como sujeto responsable de infracciones administrativas

La STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 1999, Ar. 4241, se refiere a la posible responsabilidad de la Administración Pública cuando su conducta esté tipificada como infracción administrativa. En el supuesto enjuiciado, un Ayuntamiento había sido sancionado por la Administración autonómica por incumplimiento de las disposiciones dictadas en materia de previsión de incendios forestales. Frente a la alegación del Ayuntamiento recurrente de que “la potestad sancionadora no tiene cabida en las relaciones interadministrativas”, el Tribunal establece que cuando la actuación de un ente local “implique la comisión de una infracción administrativa, aun cuando actúe en ejercicio de una competencia propia que le atribuya el artículo 25 de la LRBRL, la Administración competente (...) debe ejercer la potestad sancionadora”, sin que los principios que rigen el ejercicio de dicha potestad ni la posición que en el procedimiento (sancionador) tiene el responsable varíen por el hecho de ser, este último, una Administración.

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

A) *Non bis in idem*: no se vulnera por una doble tipificación de los mismos hechos sino sólo cuando se imponen dos sanciones

La STS de 24 de abril de 2000, Sección Cuarta, Ar. 3817, recogiendo los fundamentos de la Sentencia apelada, explica que “el principio general de derecho *non bis in idem* (...) prohíbe que una persona sea sancionada dos veces por el mismo hecho, pero no impide que una misma conducta pueda estar tipificada en dos disposiciones diferentes”; y en su propios fundamentos insiste en que hay que distinguir “entre la doble sanción por unos mismos hechos y la previsión de la misma (infracción) en distintas normas, pues cuando menos, en principio, ello no afecta al principio *non bis in idem*, que lo que prohíbe no es una distinta regulación y sí una doble sanción por unos mismos hechos”.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

B) *Non bis in idem*: no se vulnera cuando las leyes prevén una sanción administrativa precisamente para el funcionario condenado penalmente

Impuesta la sanción disciplinaria de separación del servicio a militar profesional condenado en Sentencia firme a pena privativa de libertad por delito doloso en virtud de disposiciones distintas del Código Penal Militar, la STS de 27 de marzo de 2000, Sala de lo Militar, Ar. 3512, entiende que no se vulnera el principio *non bis in idem*. En tal caso, la sanción disciplinaria “no tiene su causa en los hechos determinantes de la Sentencia, sino en la propia Sentencia firme”; “de lo que se infiere que es única y exclusivamente el pronunciamiento condenatorio de la Sentencia penal, con la intangibilidad que le otorga la firmeza, el hecho que genera el descrédito público que constituye la razón última de la sanción que se impone en vía administrativa”. Aunque esta doctrina ya se ha aplicado antes, cabe dudar, al menos, si la separación del servicio constituye en estos casos una verdadera sanción administrativa o es, más bien, un efecto accesorio de la condena penal. Por otro lado, ante un supuesto próximo a éste, puede verse la distinta respuesta que el ordenamiento ofrece y que se pone de manifiesto en la STS de 10 de abril de 2000 y SAN de 27 de enero de 2000, recogidas en 1.B).

7. DERECHO DE DEFENSA Y ASISTENCIA LETRADA

La SAN de 27 de enero de 2000, Ar. 26, mantiene que “en el procedimiento sancionador no es necesaria la intervención de letrado” y que, por tanto, la petición de la designación de uno de oficio resultaba improcedente.

Por el contrario, y en lo que respecta al posterior contencioso-administrativo de impugnación de una sanción, la STC 152/2000, de 12 de junio, se orienta en otro sentido. Una funcionaria había pedido abogado y procurador de oficio para recurrir en vía jurisdiccional una sanción disciplinaria, petición denegada por tratarse de un proceso en materia de personal en la que la parte puede actuar sin asistencia letrada. Para el TC, “la denegación de la asistencia letrada no conlleva sin más una vulneración del art. 24.2 CE”, depende de que se haya producido realmente indefensión, “en el sentido que la autodefensa se haya revelado insuficiente y perjudicial para el litigante impidiéndole articular una defensa adecuada de sus derechos e intereses legítimos en el proceso”. La Sentencia considera que esta situación se ha originado en el caso concreto, pues la litigante presentó una demanda en un folio escrito a mano sin ni siquiera solicitar formalmente el recibimiento a prueba, lo que era fundamental para su defensa.

8. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) Legitimación del denunciante

Se mantiene la línea jurisprudencial que niega legitimación para recurrir las decisiones de archivo de expedientes disciplinarios del CGPJ porque “la imposición o no de una sanción al juez denunciado no produce efecto positivo alguno en la esfera jurídica del

denunciante ni elimina carga o gravamen alguno de esta esfera” (STS de 19 de noviembre y 9 de diciembre de 1999, Sección Séptima, Ar. 2835 y 3207 de 2000; de 17 de marzo de 2000, Sección Séptima, Ar. 3274). Junto a esa línea, encontramos otras Sentencias que admiten la legitimación para recurrir el archivo del expediente disciplinario, bien porque se considera que la resolución disciplinaria “al menos en parte, sí podría afectar a los intereses legítimos del actor” –sujeto a quien no se habían aplicado ciertos beneficios penitenciarios, aunque es precisamente la imposibilidad de que en vía disciplinaria se revisen las resoluciones jurisdiccionales lo que lleva a la desestimación del recurso– (STS de 14 de marzo de 2000, Sección Séptima, Ar. 3181); o bien, porque el actor se limitaba a solicitar la anulación de la declaración de archivo y la devolución del expediente al órgano que la dictó para su continuación (STS de 19 de noviembre de 2000, Sección Séptima, Ar. 2984).

En otro ámbito, la STSJ de Cantabria de 15 de enero de 2000, Ar. 10, afirma que:

“no puede admitirse, con carácter general, que los denunciantes en un procedimiento administrativo sancionador ostenten en el mismo un interés legítimo que provoque de forma necesaria su intervención en el procedimiento, sino que la denuncia sirve para la puesta en funcionamiento de las facultades fiscalizadoras de la Administración, y, en su caso, de la potestad sancionadora, por cuanto la actividad de la Administración no va dirigida a la defensa de intereses particulares, ni a la resolución de posibles controversias entre los mismos, sino a la defensa de los intereses generales. (...) No obstante lo anterior, es lo cierto que cuando la denuncia afecta a intereses legítimos o directos del o de los denunciantes, éstos pasan a ostentar la cualidad de interesados, cualidad que adquieren no en razón a su condición de denunciantes, sino para la adecuada defensa de tales intereses”.

Una aplicación concreta de esta jurisprudencia, puede encontrarse en la STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de febrero de 2000, Ar. 170, donde se recurría la desestimación presunta por un Colegio Oficial de ATS de una solicitud de incoación de expediente disciplinario. La Sentencia señala que este interés legítimo de la parte debe buscarse en si la sanción puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen. En el caso de autos, se aprecia que el recurrente obtendría un evidente beneficio, pues “la hipotética sanción podría conllevar (...) la expulsión del Colegio o la suspensión del ejercicio de la profesión, entre otras medidas; lo cual, obviamente, supondría para el actor disminución –o supresión, en su caso–, de la competencia, con el consiguiente beneficio económico”.

B) Garantías formales: en proporción a la gravedad de la sanción

En la STS de 9 de marzo de 2000, Sección Séptima, Ar. 4029, se impugna el Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes al Servicio de la Administración de Justicia y, entre otros, los preceptos que regulan un procedimiento para imponer la sanción más leve (simple advertencia). Al respecto, la Sentencia considera que “el derecho de defensa se encuentra garantizado con la audiencia del interesa-

VII. Derecho Administrativo Sancionador

do, previa una sumaria información (art. 93.1 del Reglamento), dada la mínima entidad de la sanción que debe aplicarse, y, más aún, por la posibilidad de impugnarla acudiendo a los Tribunales en vía contencioso-administrativa”.

C) Vicios formales. Doctrina divergente sobre las consecuencias de la omisión del trámite de audiencia. Imposibilidad de subsanación en vía contencioso-administrativa

La STSJ de Cantabria de 15 de enero de 2000, Ar. 10, afirma que “si el interesado no fue oído en el expediente primitivo, esa falta puede eventualmente remediarse con la interposición del correspondiente recurso cuya propia tramitación, incluye un nuevo período de audiencia y vista del expediente. En tal caso, la omisión inicial del trámite de audiencia puede entenderse, salvo en algún caso, subsanada y se hace intrascendente, no pudiendo dar lugar en buena lógica a la nulidad del acto”. En el mismo sentido antiformalista, la STSJ de Andalucía (Granada) de 29 de noviembre de 1999, Ar. 4063, al referirse a la omisión de la propuesta de resolución.

Por el contrario, para la STSJ de Murcia de 8 de enero de 2000, Ar. 28, la omisión del trámite de audiencia “es suficiente para determinar la invalidez de los actos impugnados por originar indefensión al interesado (art. 24.2 CE), ya que supone privar a éste de su derecho a ser informado de la acusación una vez que el instructor ha examinado las alegaciones formuladas por el mismo y que se han practicado las pruebas de cargo oportunas, así como del derecho a hacer unas nuevas alegaciones que sobre dicha acusación crea oportunas en su defensa”. Igualmente, la STSJ de Baleares de 23 de octubre de 1999, Ar. 4068, recuerda la doctrina del Tribunal Supremo según la cual “la resolución administrativa debe dictarse, respetando el sistema de garantías cuyo designio final es la defensa del administrado frente a la Administración. Si este sistema no se respeta, el acto administrativo resulta viciado”. Pero la defensa posible ante la jurisdicción no elimina la realidad y significación jurídica de la indefensión producida ante la Administración, so pena de confundir los papeles de ésta y aquélla. Pues, “no le corresponde a la jurisdicción imponer sanciones, de ahí que las garantías legales para su imposición no puede cumplirse ante ella, cuya misión se reduce a controlar si tales garantías se observaron o no por la Administración”.

9. EN ESPECIAL, LA PRUEBA

A) Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes

La STC 157/2000, de 12 de junio (recurso de amparo), reitera la jurisprudencia constitucional conforme a la que este derecho “exige que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas, sin desconocimiento ni obstáculos, resultando vulnerado el mencionado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que el rechazo de la prueba propuesta carezca de toda motivación o la motivación que se ofrezca pueda tacharse de manifiestamente arbitraria o irrazonable. No obstante, no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba conlleva una lesión del citado derecho fundamental, pues para que se produzca esa lesión constitucional es necesario que la irregularidad u omi-

sión procesal en materia de prueba haya causado indefensión, en sentido real y efectivo, al recurrente en amparo”. En el caso concreto, se aprecia esa indefensión. En parecidos términos, la STS de 4 de marzo de 2000, Sección Séptima, Ar. 2894, y la STSJ de Baleares de 23 de noviembre de 1999, Ar. 4068.

B) Invalidez de los medios de prueba obtenidos con lesión de derechos constitucionales

Se sanciona disciplinariamente a un recluso por divulgar noticias o datos falsos, contenidos éstos en una carta que él mismo dirigió a la Audiencia Provincial. La STC 175/2000, de 26 de junio, considera que la Administración penitenciaria ha intervenido una comunicación escrita del recurrente con un órgano judicial fuera de los casos previstos en la Ley. Sentado esto, la consecuencia es una vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que supone “la absoluta prohibición de utilizar y valorar pruebas obtenidas mediando la lesión de un derecho fundamental, de tal modo que no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos los medios de prueba así obtenidos”. Otra muestra más de esta jurisprudencia, se encuentra en la STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de noviembre de 1999, Ar. 4079, donde se anula una sanción, pues en el caso concreto la prueba practicada (registro de personas y sus pertenencias) se considera que vulnera el art. 18 CE.

C) La destrucción de la presunción de inocencia debe ser previa a la sanción

Según establece la STSJ de Baleares de 23 de noviembre de 1999, Ar. 4068, “no serán hábiles para destruir la presunción de inocencia” y además vulnerarán el derecho de defensa las pruebas que del hecho sancionado se incorporen al expediente administrativo con posterioridad a la imposición de la sanción.

D) Admisión de la prueba de presunciones

La STSJ de Andalucía (Granada) de 3 de enero de 2000, Ar. 7, reitera que es admisible la prueba de presunciones en el campo del Derecho sancionador. En el caso enjuiciado, se trataba de la sanción impuesta a una empresa de transportes, pues se presumía la utilización de gasóleo bonificado por los vehículos de ésta, al encontrarse este tipo de gasóleo en una máquina expendedora de combustible utilizada para repostar dichos vehículos. Igualmente, la STSJ del País Vasco, de 10 de febrero de 2000, Ar. 182, ante una sanción por participación como organizador en una manifestación no comunicada, admite que la Administración dedujera esta intervención de los siguientes hechos: de un lado, que portara la pancarta que presidía el acto; de otro, que la misma persona hubiese participado dos días antes como organizadora de otra manifestación —ésta sí comunicada—, con el mismo objeto y promovida por el mismo grupo social.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

10. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) Forma necesariamente escrita. Firma del titular del órgano competente

Nuevamente, en una resolución sancionadora de tráfico, la **STSJ de Navarra de 17 de enero de 2000**, Ar. 93, se enfrenta a una evidente conculcación de principios básicos del Derecho Administrativo Sancionador, como la necesidad de un procedimiento o que la resolución sancionadora vaya acompañada de la firma del titular del órgano correspondiente so riesgo de estar ante un acto administrativo inexistente. Más aún, se afirma tajantemente que:

“es obvio y palmario que la naturaleza de la resolución sancionadora no sólo no exige ni permite la forma verbal sino que exige la escrita (...). No satisface las exigencias del art. 24 de la Constitución la resolución sancionadora (...) dictada verbalmente (aunque conste luego una relación por escrito de las autorizadas) no ya porque omite las formas debidas pudiendo incidir en vicios o defectos de forma (...), sino porque vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, esto es, el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho que exige, conforme a lo visto, manifestación por escrito y motivada”.

En esta misma línea, aunque con algún ligero matiz, la **STSJ de Murcia de 2 de febrero de 2000**, Ar. 178, mantiene que si las resoluciones sancionadoras deben tener el contenido mínimo previsto en el art. 89.3 LAP, “es impensable que puedan dictarse de forma verbal, salvo que luego se constaten por escrito con ese contenido mínimo (...), lo cual no se concibe mediante resoluciones verbales constatadas en un documento en el que figura un listado de resoluciones sancionadoras y solamente se dedica una línea a cada resolución”.

B) Discrepancia entre la resolución y la propuesta de resolución. Consecuencias de un cambio cualitativo en la extensión de la sanción

La **STS de 23 de febrero de 2000**, Sala de lo Militar, Ar. 2288, no aprecia vicio alguno cuando la resolución sancionadora, manteniendo los hechos, los encuadra en una infracción diferente a la de la propuesta de resolución. Y citando a la Sentencia recurrida dice:

“El objeto del proceso disciplinario son los hechos, no la calificación, lo mismo que ocurre en el proceso penal en que el objeto viene fijado por las calificaciones que se formulan en las conclusiones provisionales sin que en un momento posterior pueda ser ampliado a nuevos hechos (...). Del mismo modo, el pliego de cargos surte los efectos del acta de acusación (...); y no hay impedimento alguno en que permaneciendo inalterados los hechos, se cambie o modifique en el informe-propuesta la calificación jurídica de los hechos que se hizo en el pliego de cargos. Cabalmente como ocurre, sin inconveniente alguno, en el proceso penal en el que las conclusiones definitivas pueden variar la calificación jurídica de los hechos, siempre que éstos permanezcan invariables. Y es obvio que las garantías del proceso disciplinario no son mayores que las del proceso penal.”

Igualmente, las **SSTSJ de Baleares de 16 y 23 de noviembre de 1999**, Ar. 4065 y 4068.

Por su parte, de la STSJ de Andalucía (Granada) de 12 de enero de 2000, Ar. 2, aunque ni los hechos ni el razonamiento quedan suficientemente claros, parece deducirse una interpretación extensiva de lo previsto en el art. 20.3 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, cuando, aún manteniéndose formalmente la gravedad de la infracción, existe un salto cualitativo entre la sanción propuesta y la efectivamente impuesta.

11. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN

A) La determinación de la sanción como un proceso discrecional y el juego del principio de proporcionalidad

La STS de 28 de febrero de 2000, Sección Séptima, Ar. 2655, sintetiza la doctrina jurisprudencial sobre el principio de proporcionalidad en los siguientes criterios:

“a) Si bien, la Administración puede usar de una cierta discrecionalidad en la graduación de la sanción para acomodarla al conjunto de circunstancias concurrentes en la infracción, no es menos cierto que (...) el principio de proporcionalidad de la sanción no escapa al control jurisdiccional.

b) (...) la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida (...) (pues) la proporcionalidad constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce el ámbito de sus potestades sancionadoras”. Precisamente esto, es lo que justifica que a la actividad jurisdiccional corresponda no sólo la calificación para subsumir la conducta en el tipo legal, sino también adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso el tema es la aplicación de criterios valorativos jurídicos plasmados en la norma escrita.

B) La determinación de la sanción como un proceso reglado

En otra línea jurisprudencial, la STSJ de Murcia de 14 de enero de 2000, Ar. 31, argumenta 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, indiferentes jurídicamente (SSTS de 23 de enero de 1989, Ar. 421 y de 3 de abril de 1990, Ar. 3578)”, y sobre esta premisa, señala que “la Administración a través de un proceso reglado, que puede ser controlado por estos últimos (los tribunales) debe averiguar, cuál es la sanción de multa que debe imponer en cada caso”.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

C) La necesidad de motivar la extensión de la sanción y los criterios de graduación aplicados

Precisamente, para que este juicio administrativo de la proporcionalidad pueda ser fiscalizable en sede contencioso-administrativa, la jurisprudencia insiste en que la graduación de la sanción debe ser motivada, anudando a la omisión de esta motivación la reducción de la sanción a su cuantía mínima (STSJ de Baleares de 23 de noviembre de 1999, Ar. 4068), o incluso la anulación de sanciones adicionales como la suspensión del permiso de conducir (STSJ de Murcia de 14 de enero de 2000, Ar. 31). A estos efectos, la STSJ de Extremadura de 31 de enero de 2000, Ar. 165, añade que “no es suficiente con indicar la norma aplicable, es preciso que la Administración especifique cuál o cuáles son los criterios de graduación aplicados”.

12. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN: ABUSO DE DERECHO PARA LA OBTENCIÓN DE NOTIFICACIONES DEFECTUOSAS

La STSJ de Navarra de 22 de noviembre de 1999, Ar. 4094, declara la existencia de mala fe y fraude de ley en el planteamiento del recurso debida a la práctica del letrado de señalar un domicilio para notificaciones distinto del propio del sancionado en lugar no destacado del escrito de alegaciones, con el único fin de sorprender a la Administración sancionadora y privar de efectos a las notificaciones practicadas en el domicilio oficial del interesado. Ello podría justificar la prescripción de la infracción. Este proceder es calificado por el Tribunal “de conducta desleal” “de ardid que no puede ser jurisdiccionalmente tutelado y justificado” no pudiéndose apreciar dicha prescripción. Un supuesto similar, aunque referido a la caducidad del expediente, en la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 21 de enero de 2000, Ar. 86.

13. EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES. SUSPENSIÓN DE LAS RECURRIDAS EN VÍA JURISDICCIONAL

Se observa una tendencia a aplicar aquí las reglas generales de la suspensión, sin introducir especialidades por el carácter sancionador y, en particular, sin que la presunción de inocencia lleve a negar la ejecutividad hasta ser la sanción definitivamente confirmada en vía judicial. En cuanto a esta última idea son muy expresivos el ATS de 22 de marzo de 2000, Sección Séptima, Ar. 3218, y la STS de 27 de marzo de 2000, Sección Séptima, Ar. 3800. Por el contrario, sí se establece alguna relación entre presunción de inocencia y suspensión de sanciones en la STS de 6 de mayo de 2000, Sección Segunda, Ar. 2801.

Por su parte, la STS de 18 de marzo de 2000, Sección Sexta, Ar. 3073, proclama abiertamente que “en materia de sanciones pecuniarias la doctrina general gravita en torno a la no suspensión” y deniega ésta pese a existir aval. Tampoco sirve para conseguir la suspensión el descrédito personal que la sanción causa (ATS de 6 de marzo de 2000, Sección Séptima, Ar. 2898).

14. CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS SANCIONES

En cuanto a la imposibilidad de subsanar en la vía jurisdiccional vicios o insuficiencias del procedimiento administrativo sancionador, vid. 8.C) y 9.C).

A) Sustitución de la infracción imputada por otra o de una sanción inexistente por la correcta

Al recurrente, funcionario policial, se le impuso una sanción por una falta grave consistente en “causar por negligencia inexcusable daños graves en los locales, material o documentos relacionados con el servicio”. La STSJ del País Vasco de 26 de enero de 2000, Ar. 44, tras apreciar que no existe negligencia inexcusable ni daños graves, estima que:

“manteniéndose los hechos probados, y el bien jurídico que tiende a proteger el tipo de la infracción, sin merma, por tanto, del principio acusatorio, procede declarar no ajustada a derecho la Resolución impugnada, considerando los hechos, sin embargo, constitutivos de una falta leve (‘descuido o mal uso en la conservación de los locales, material y demás elementos del servicio’) (...) e imponiendo al recurrente la sanción de un día de suspensión de funciones”.

Por su parte, la STSJ de Navarra de 17 de enero de 2000, Ar. 40, tras considerar que “la sanción impuesta es a todas luces ilegal pues no existe”, añade que “en consecuencia, esta Sala debe imponer las sanciones correctas en su grado máximo”.

B) Cumplimiento de sentencia que anula una sanción: devolución de su importe en vía administrativa y no en ejecución procesal de la sentencia

Parte el ATS de 15 de febrero de 2000, Sección Cuarta, Ar. 2179, de que el mismo Tribunal, en una Sentencia anterior, anulaba una sanción “pero no contenía en cambio pronunciamiento ninguno sobre la devolución del importe de la sanción”. Ante ello concluye que “no procede tramitar el incidente de ejecución de sentencia” con este escueto y discutible razonamiento: “sin entrar en este momento en la procedencia del abono de intereses, lo cierto es que nuestra Sentencia antes citada debe considerarse como el presupuesto jurídico de la obligación de la Administración del Estado de llevar a cabo la devolución del importe de la sanción. Efectuada dicha devolución, la reclamación del pago de intereses debe efectuarse en vía administrativa y no por el cauce procesal de ejecución de la sentencia, ya que sobre dicho extremo no se hizo declaración expresa en el fallo de la misma”.

MANUEL IZQUIERDO CARRASCO
LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR
MANUEL REBOLLO PUIG

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Sumario:**1. Consideración preliminar. 2. Naturaleza y alcance de la garantía patrimonial.**

A) Responsabilidad patrimonial derivada de la anulación del planeamiento en el que traen causa las expropiaciones encausadas. **3. Procedimiento expropiatorio.**

A) Procedimiento especial de la Ley de Reforma Agraria de 1973: el requerimiento de peritación por el interesado equivale a la presentación de la hoja de aprecio, sin que quepa entender que el plazo de su presentación tiene carácter preclusivo.

4. Determinación y pago del justiprecio. A) Valoración del justiprecio. a) Momento al que debe referirse la valoración: la inaplicación del art. 36.1 de la LEF no resulta justificada por razones de equidad ni procede la aplicación analógica del art. 58 de la LEF para estimar un *dies a quo* posterior a la iniciación del expediente de justiprecio. b) La invocación del art. 43 de la LEF no desvirtúa la valoración de expropiaciones urbanísticas cuando éstas se practican conforme a valores urbanísticos. c) Carácter no urbanístico de las expropiaciones para construcción de carreteras pese a tratarse de terrenos clasificados en el Plan de Ordenación Urbana. d) Valoración de expectativas urbanísticas en expropiación ordinaria de finca rústica: competencia del ingeniero agrónomo para apreciarlas. e) Apreciación de desigualdad de trato en la aplicación judicial de la ley para la valoración de bienes expropiados: doctrina jurisprudencial. f) Criterios de valoración aplicables en expropiaciones urbanísticas: cuestiones diversas. B) Pago del justiprecio: alcance de la obligación de pago o consignación cuando hay litigios pendientes. C) Intereses de demora: atendiendo a las reglas de imputabilidad subjetiva de su pago puede calificarse de obligación mancomunada simple. **5. Garantías sustanciales.**

A) Retasación: interpretación finalista de la retasación cuando la aplicación del modo y momento legal al que referirla puede arrojar un resultado paradójico y contradictorio: doctrina jurisprudencial.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se comenta en este número la doctrina más sobresaliente del casi centenar de Sentencias del Tribunal Supremo analizadas, todas ellas pronunciadas entre los meses de febrero y mayo de 2000. Hay que destacar la inusual riqueza de cuestiones abordadas durante el período considerado, sobre todo en materia de determinación y pago del justiprecio. Junto a ello merece destacarse la relevante sentencia que se comenta en relación al instituto de la retasación, no tanto por su doctrina relativa a la naturaleza de la retasación y a la forma en que debe practicarse, que no es novedosa, como por las consecuencias que acarrea la rígida aplicación al caso examinado del que viene siendo el criterio jurisprudencial en la materia que, a la postre, llega a desvirtuar la finalidad del mecanismo de la retasación en los términos que refleja el voto particular formulado a dicha sentencia.

2. NATURALEZA Y ALCANCE DE LA GARANTÍA PATRIMONIAL

A) Responsabilidad patrimonial derivada de la anulación del planeamiento en el que traen causa las expropiaciones encausadas

Como hemos señalado en alguna ocasión anterior (por ejemplo, en el núm. 1 de esta Revista, pág. 130) la jurisprudencia viene sosteniendo el carácter unitario que desde un punto de vista finalista ofrece la garantía patrimonial pública frente a las privaciones o actuaciones lesivas llevadas a cabo con título (expropiación) o sin él (responsabilidad patrimonial). La identidad finalista de ambas instituciones conlleva, entre otras cosas, que el instituto de la responsabilidad patrimonial esté naturalmente llamado a paliar los quebrantos patrimoniales en los supuestos en que sea declarada la nulidad absoluta del procedimiento expropiatorio y no sea posible la restitución *in natura* de lo expropiado, incrementándose en estos casos la indemnización debida por justiprecio en atención al mayor alcance del perjuicio causado. La **STS de 4 de marzo de 2000** (Ar. 2456) recuerda esta consolidada doctrina afirmando que cuando se produce la anulación por sentencia firme de los instrumentos de planeamiento urbanístico en los que traen causa las expropiaciones practicadas debe declararse la consiguiente nulidad de éstas y de los acuerdos del Jurado de expropiación que fijaron los correspondientes justiprecios. Siendo procedente en estos casos, una vez comprobada la imposibilidad de reponer la situación a su estado primitivo por haberse ejecutado las actuaciones urbanísticas que motivaron la expropiación, el reconocimiento de una indemnización por los daños y perjuicios causados a los propietarios a resultas de la ocupación y privación ilegal de sus bienes. Indemnización que la jurisprudencia viene cuantificando en el justiprecio inicialmente acordado incrementado en un veinticinco por ciento.

A pesar de ser ésta la doctrina reiterada, en este caso, sin embargo, el Tribunal Supremo declara la imposibilidad de reconocer la indemnización en dichos términos, pues, de un lado, no queda probado si se llevó o no a cabo en su integridad la ejecución del planea-

VIII. Expropiación Forzosa

miento anulado, con lo que se desconoce la posibilidad de la restitución *in natura* de los bienes inicialmente expropiados; y, de otro lado, porque consta que se han aprobado nuevos instrumentos de planeamiento en sustitución de los anulados, con lo que la Sala estima que las nuevas determinaciones urbanísticas podrían influir ostensiblemente en la adecuada valoración del suelo expropiado, cuyo justiprecio inicial fue establecido de acuerdo a las previsiones del planeamiento anulado. A falta, pues, de estos elementos de juicio imprescindibles, y a pesar de anular las actuaciones expropiatorias acordadas a raíz de un planeamiento declarado nulo por sentencia firme de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma en cuestión (Sentencia respecto a la que el Supremo inadmitió el recurso de casación planteado en su día), el fallo comentado declina fijar la indemnización que correspondería a los litigantes por la privación ilegal de sus terrenos, sin perjuicio, eso sí, de lo que en el futuro haya de resolverse en caso de resultar imposible la ejecución de la sentencia del TSJCA que declaró nulo el planeamiento del que traen causa las expropiaciones ahora anuladas.

3. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

A) Procedimiento especial de la Ley de Reforma Agraria de 1973: el requerimiento de peritación por el interesado equivale a la presentación de la hoja de aprecio, sin que quepa entender que el plazo de su presentación tiene carácter preclusivo

En el supuesto de expropiación de fincas agrícolas por causa de interés social contemplado en los artículos 241 y siguientes de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973, se establece un procedimiento especial de tasación y determinación del justiprecio en el que se prevé la intervención inicial de dos peritos, uno nombrado por la Administración (por el Instituto de Reforma Agraria) y otro por el propietario de la finca a expropiar. Ambos peritos han de ponerse de acuerdo sobre el justiprecio firmando conjuntamente un documento de tasación en el plazo de cuatro meses desde la declaración del interés social de la expropiación. En caso de desacuerdo, la Ley prevé el concurso de un tercer perito designado a instancias de la Administración expropiante por el Juzgado de Primera Instancia de la localidad, que procederá a justipreciar motivadamente a la vista de los informes de los otros dos peritos. Asimismo, la Ley prevé que si el perito del propietario no comparece o demorase la firma del documento de tasación conjunta para salvar el plazo de cuatro meses antes referido, se entenderá que existe desacuerdo por parte del propietario y se procederá igualmente a la designación judicial de un perito que actuará sin más elemento de juicio que la valoración del perito de la Administración. En todo caso, y a la vista de los informes periciales emitidos, corresponde a la Administración actuante establecer el justiprecio, debiendo comprenderse la cantidad definitivamente fijada dentro de los límites señalados por los peritos que hayan actuado.

La STS de 8 de febrero de 2000 (Ar. 2323) conoce de un recurso de casación presentado por la Junta de Extremadura en el que se alega la infracción del régimen legal que acabamos de resumir, por cuanto entiende la recurrente que al permitir la Sala de instancia que se tuviese en cuenta en fase probatoria el dictamen emitido extemporánea-

mente (más allá de los cuatro meses establecidos por la Ley de Reforma Agraria) por el perito del propietario, vulnera el procedimiento legal para la determinación del justiprecio, ya que éste ha de comprenderse, en todo caso, dentro de los límites señalados por los peritos, y no podía tenerse en cuenta el límite establecido por el perito de la propiedad por haberse evacuado fuera del plazo legalmente establecido. La sentencia de casación rechaza este motivo alegando que no puede atribuirse al plazo de cuatro meses de la Ley de Reforma Agraria el efecto preclusivo que pretende la recurrente. La razón es que la actuación del perito de la propiedad en el procedimiento de tasación conjunta que contempla la Ley de Reforma Agraria participa, según declara el Tribunal Supremo, de la misma naturaleza que la hoja de aprecio en el procedimiento general de expropiación forzosa, en tanto que es determinante del máximo legal en que puede ser tasado el bien a juicio del propietario. Por ello, la falta de presentación en plazo no puede acarrear la imposibilidad de que se tenga en cuenta la peritación presentada extemporáneamente, pues, en última instancia, lo que debe imperar es la finalidad de hallar el valor real del bien expropiado, siempre que ello sea posible en función del curso del procedimiento expropiatorio o del ulterior proceso judicial.

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Supremo trae a colación las reglas que la Ley de Procedimiento Administrativo recoge en materia de términos y plazos, a la luz de las cuales no cabe entender que el transcurso de un plazo legal tenga que determinar en todo caso el efecto preclusivo del mismo, sino que dicho efecto sólo debe producirse cuando así lo exija la naturaleza del plazo o lo prevea expresamente la Ley, como ocurre cuando la actuación fuera de plazo pudiera lesionar el principio de igualdad de trato a los administrados o los derechos adquiridos. Y esta conclusión es aplicable por igual a las actuaciones administrativas fuera de plazo como a las de los particulares. De hecho, el propio Tribunal tiene declarado, en relación al procedimiento expropiatorio general, que la falta de presentación de la hoja de aprecio por el expropiado no permite entender establecido un límite máximo para la fijación del justiprecio por no haberse manifestado la voluntad del expropiado sobre tal extremo. Hasta el punto de que la más reciente jurisprudencia (comentada por nosotros en el núm. 6 de esta Revista, págs. 149 a 151) tiene declarado que la obligación de presentar la hoja de aprecio por el expropiado ha de interpretarse más como un derecho que como una obligación, de forma que su omisión no puede ser nunca obstáculo para acceder a la jurisdicción.

En armonía con lo razonado, la sentencia comentada afirma finalmente que la obligación de fijar el justiprecio dentro de las valoraciones efectuadas por los peritos en el plazo de cuatro meses a la que se refiere la Ley de Reforma Agraria ha de ser entendida, todo lo más, como una razonable limitación impuesta a la Administración expropiante, pero nunca como un impedimento para que, pese a los dictámenes obrantes en el expediente administrativo, pueda demostrarse cabalmente en el proceso que el valor real del bien expropiado es superior o inferior a aquellos límites, pues, como bien declara el fallo comentado, el principio constitucional de tutela judicial efectiva exige, también aquí, entenderlo así.

4. DETERMINACIÓN Y PAGO DEL JUSTIPRECIO

A) Valoración del justiprecio

a) Momento al que debe referirse la valoración: la inaplicación del art. 36.1 de la LEF no resulta justificada por razones de equidad ni procede la aplicación analógica del art. 58 de la LEF para estimar un *dies a quo* posterior a la iniciación del expediente de justiprecio

Como es sabido, el artículo 36.1 de la LEF establece que el momento al que debe referirse la valoración de los bienes expropiados es el de la iniciación de la pieza separada de justiprecio. La STS de 5 de febrero de 2000 (Ar. 2885) conoce en casación de un pronunciamiento en el que se había fijado un *dies a quo* para la tasación de los bienes expropiados en un momento muy posterior a la fecha en que realmente se inició el expediente de justiprecio, debido a que, según razona el Tribunal de instancia, la excesiva duración del procedimiento expropiatorio en lo referente a la fijación del justiprecio perjudicaba a los expropiados, por lo que, esgrimiendo razones de equidad y de aplicación analógica de lo establecido en el artículo 58 de la LEF para la retasación, procedía acoger una valoración pericial efectuada cuatro años después de iniciada la pieza separada de justiprecio. Lógicamente, el Tribunal Supremo casa y anula tal pronunciamiento afirmando que el principio *pro libertatis* no puede dar lugar a interpretaciones tan desviadas del mandato establecido en el artículo 36 de la LEF y de la propia lógica del sistema. En efecto, en primer lugar, porque no cabe argumentar razones de equidad más allá del supuesto tasado en el artículo 3.1 del Código Civil, según el cual las resoluciones judiciales sólo pueden descansar de manera exclusiva en la equidad cuando la Ley expresamente lo permita. Y, en segundo lugar, porque también resulta del todo improcedente compensar la aludida mora en la fijación del justiprecio, no ya por la vía de la llamada “retasación interna” (también prohibida por la jurisprudencia), sino invocando la aplicación analógica del artículo 58 de la LEF para justificar una tasación muy distinta a la que hubieran tenido los bienes en el momento de iniciarse el expediente de justiprecio. Como señala el Tribunal Supremo, lo que realmente contempla el artículo 58 de la LEF es una especial modalidad de responsabilidad por demora cuya apreciación exige que concurren los requisitos que tal precepto menciona, mientras que el retraso en la tramitación y pago del justiprecio tiene su propia vía compensatoria prevista en la LEF a través del abono legal de los intereses.

b) La invocación del art. 43 de la LEF no desvirtúa la valoración de expropiaciones urbanísticas cuando éstas se practican conforme a valores urbanísticos

Es doctrina reiterada por el Tribunal Supremo que cuando se trata de justipreciar bienes y derechos a efectos de su expropiación urbanística los criterios de valoración aplicables son los específicos de la legislación del suelo y no los criterios de la LEF, que devienen así inaplicables (inaplicación que, como venimos reiterando desde el primer número de esta Revista, ha generalizado la vigente Ley 6/1998, del Suelo también para las expropiaciones “ordinarias”, pues en dicha Ley se fijan los criterios de valoración aplicables a todo tipo de suelos, con independencia de su carácter urbanístico o no). En aplicación

de este criterio, el Tribunal Supremo ha venido rechazando las valoraciones de terrenos urbanísticos efectuadas con arreglo al artículo 43 de la LEF que, como es sabido, permite un amplio margen valorativo a fin de acercar la valoración de los bienes expropiados a su valor real, siempre que de la aplicación de los criterios específicos de valoración de la LEF resulte un valor claramente disconforme al real. Siendo éste un criterio jurisprudencial consolidado y reiterado hasta la saciedad, la **STS de 28 de marzo de 2000** (Ar. 3544), en los mismos términos que las posteriores **SSTS de 30 de marzo de 2000** (Ar. 3246), **de 4 de abril de 2000** (Ar. 3548) y **de 11 de abril de 2000** (Ar. 3366), precisan que, pese a ello, la mera invocación del artículo 43 de la LEF por el Jurado Provincial de Expropiación, o incluso por la Sala de instancia, no es razón suficiente para descartar por incorrectos los criterios de valoración empleados cuando es posible extraer la conclusión inequívoca de que, pese a la innecesaria y errónea cita del precepto citado, la valoración de los bienes expropiados se ha efectuado atendiendo al planeamiento que se ejecuta y en función del valor que deriva del aprovechamiento urbanístico del suelo. Esto es, cuando en realidad se comprueba que, pese a la superflua cita del artículo 43 de la LEF, la tasación se ha hecho de conformidad con los criterios que rigen la valoración de las expropiaciones urbanísticas. En estos casos, por lo tanto, aunque resulte superflua la invocación del método del artículo 43 de la LEF se trata de una referencia inocua que no alcanza a producir efecto invalidante alguno.

c) Carácter no urbanístico de las expropiaciones para construcción de carreteras pese a tratarse de terrenos clasificados en el Plan de Ordenación Urbana

En relación al orden de problemas que acabamos de comentar cabría decir que tampoco se revela siempre nítida la naturaleza urbanística o no de una expropiación a los efectos de su valoración, como testimonia la **STS de 4 de abril de 2000** (Ar. 3256). Esta sentencia examina la expropiación de unos terrenos para construir sobre ellos unos viales cuya ejecución estaba contemplada en el Plan General de Carreteras, pero también en el Plan General de Ordenación Urbana de la localidad en cuestión (en tanto que dichos viales constituían una variante de una carretera nacional llamada a convertirse en ronda de circunvalación), lo que sembraba la lógica duda sobre el carácter urbanístico o no de la expropiación y, por ende, de los criterios de valoración a emplear. Duda que finalmente disipa el Tribunal Supremo en virtud de un conjunto de factores tales como las pruebas practicadas en instancia, los propios términos empleados en la expropiación tramitada e, incluso, por la consideración de quién fue el órgano expropiante y responsable de la ejecución de las obras (la Demarcación de Carreteras del Estado en ejecución del Plan General del Carreteras, y no el Ayuntamiento en ejecución del Plan de Ordenación Urbana). Todo lo cual lleva a concluir que no se trataba de una expropiación urbanística sino ordinaria, por lo que resulta procedente —en este caso sí— la valoración de los terrenos según los criterios de la LEF y, concretamente, siguiendo el método apreciativo del valor real recogido en el artículo 43 de la misma.

No deja de llamar la atención este pronunciamiento por cuanto en otras ocasiones, de las que también hemos dado cuenta en esta Revista, el Tribunal Supremo ha sostenido que

VIII. Expropiación Forzosa

la expropiación tiene carácter urbanístico cuando el fin dotacional para el que se lleva a cabo está previsto en el Plan de Ordenación Urbana, con independencia de cual sea la Administración pública que cometa la actuación expropiatoria y la ejecución de la obra. Así, en un reciente supuesto relativo a la ejecución de una carretera por una Administración distinta a la municipal que calificó los terrenos en el planeamiento (caso de la STS de 21 de diciembre de 1999, comentada en el núm. 9 de esta Revista, pág. 148), el Tribunal Supremo afirmó que los criterios de valoración aplicables eran los de la Ley del Suelo, que era la *lex specialis* a los efectos de valoración, lo que parece entrar en abierta contradicción con la solución alcanzada en el caso que ahora se comenta.

d) Valoración de expectativas urbanísticas en expropiación ordinaria de finca rústica: competencia del ingeniero agrónomo para apreciarlas

La posibilidad y el alcance de la valoración de expectativas urbanísticas a los efectos de calcular el justiprecio de fincas rústicas es un tema abundantemente tratado en estas crónicas (véanse las referencias al mismo en el núm. 1, pág. 137, en el núm. 7, pág. 163, y en el núm. 8, pág. 159 de esta Revista), sobre el que la **STS de 10 de febrero de 2000** (Ar. 1869) ha efectuado algunas nuevas consideraciones dignas de comentario. La sentencia conoce en casación un pronunciamiento que había desestimado la pretensión de computar las expectativas urbanísticas de los terrenos expropiados en razón de una doble circunstancia. En primer lugar, que la finca rústica en cuestión no tenía otro valor a considerar que el inicial o rústico, dada su clasificación de no urbanizable de especial protección agrícola, sin que el justiprecio tuviese que contemplar las expectativas urbanísticas alegadas por el propietario, ni “sueños de ganancias” u otros “juegos especulativos en orden a futuras plusvalías que, en su caso, tanto antes como hoy, sólo corresponderían en parte a quienes con su esfuerzo se incorporan al proceso de crecimiento de las ciudades”. Y a mayor abundamiento, en segundo lugar, que las expectativas alegadas no podían ser consideradas por la incompetencia que para ponderarlas afecta al técnico que firma el informe probatorio de parte en razón de su condición de ingeniero agrónomo, que, a juicio del Tribunal *a quo*, no es la titulación idónea para efectuar valoraciones urbanísticas.

Antes de pronunciarse sobre el motivo de casación presentado, la sentencia comentada dedica una amplia argumentación destinada a corregir ambas afirmaciones. De un lado, porque es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que las expectativas urbanísticas en fincas rústicas de carácter no urbanizable deben ser tenidas en cuenta a la hora de determinar el justiprecio siempre que se den las circunstancias que la jurisprudencia viene ponderando para ello: su proximidad a centros urbanos, el acceso de la finca a vías públicas de comunicación y la creciente expansión de los núcleos de población que afecten, por su inmediatez, a la finca expropiada. Factores estos que quedan acreditados en relación al caso considerado, por cuanto varios de los aires de la finca en cuestión lindaban con suelo urbano. De otro lado, el Tribunal Supremo desdice la supuesta incompetencia pericial, afirmando que para valorar las expectativas urbanísticas de una finca rústica está suficientemente capacitado un ingeniero agrónomo, tal y como ha declarado el Tribunal Supremo en otras ocasiones.

Sentado lo anterior, y como quiera que el informe aportado por el interesado en el que se valoraban las expectativas urbanísticas de sus terrenos fue sin más descartado y del todo desconocido por el Jurado de Expropiación y por el Tribunal *a quo* (que incluso llegó a rechazar de plano la prueba pericial solicitada en el proceso por el expropiado para corroborar o desmentir lo que dicho informe pudiera tener de cierto o de infundado), el Tribunal Supremo aprecia que se ha producido una total indefensión para el interesado, por lo que casa y anula la sentencia recurrida ordenando reponer las actuaciones judiciales al momento en que se produjo la misma (aunque, en realidad, el fallo no sitúa la indefensión en el trámite de prueba, como parece que debiera hacerse, sino que, por razones de economía procesal, mantiene el trámite de conclusiones realizado en la instancia y declara por producida la falta en el momento inmediatamente anterior al señalamiento para votación y fallo, ya que habiendo sido denunciada la indefensión por el interesado en su escrito de conclusiones, el Tribunal *a quo* no acordó —debiendo hacerlo— diligencias para mejor proveer).

e) Apreciación de desigualdad de trato en la aplicación judicial de la ley para la valoración de bienes expropiados: doctrina jurisprudencial

Según la conocida jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad en la aplicación de la Ley, se produce una vulneración constitucional de dicho principio cuando un mismo órgano judicial resuelve en sentido contrario a como venía haciéndolo en supuestos sustancialmente iguales, sin que la nueva resolución judicial motive como sería exigible dicho cambio de criterio, cambio que además ha de tener vocación de generalidad y de continuidad. Asimismo, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que el principio de igualdad de trato en la aplicación de la Ley aconseja incorporar en los pleitos que puedan versar sobre idéntico objeto el informe o informes periciales emitidos en los procesos ya sustanciados, para evitar así una posible contradicción entre litigios sustentados por las mismas partes, u otras diferentes en situación equivalente (es decir, hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, que es la triple identidad exigida en estos casos para apreciar la equivalencia de las situaciones). De manera que no se pueda llegar a pronunciamientos distintos salvo que se motive suficientemente el apartamiento de la doctrina anterior (véase, por citar algún pronunciamiento reciente referido a la materia expropiatoria, las SSTS de 16 y 19 de noviembre de 1999, Ar. 631 y 634 de 2000). A lo que cabría añadir, por lo demás, que el artículo 61.5 de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se ha hecho eco de esta orientación jurisprudencial al disponer que:

“el Juez podrá acordar de oficio, previa audiencia de las partes, o bien a instancia de las mismas la extensión de los efectos de las pruebas periciales a los procedimientos conexos (...)”.

Pese a su evidente carácter general, la doctrina reseñada adquiere especial relevancia en sede expropiatoria, donde la pluralidad de pleitos surgidos de una misma actuación (en la que, por tanto, no es difícil reconocer las tres identidades a las que nos referíamos) es

VIII. Expropiación Forzosa

algo ciertamente habitual. En este sentido, merece destacarse la STS de 16 de marzo de 2000 (Ar. 3067) que examina un supuesto en el que la Sala de instancia aplica, sin motivarlo suficientemente, un justiprecio notablemente distinto al fijado por otras sentencias de la misma Sala para otras fincas comprendidas en la misma actuación urbanística y cuyas circunstancias valorativas parecen ser idénticas, desconociendo que en esos otros procesos ya sustanciados se habían aceptado informes y pericias que señalaban un valor urbanístico superior sobre el que aplicar el método residual para hallar el valor del suelo, por lo que, en aplicación de la doctrina sobre el principio de igualdad antes referida, parece que resultaba obligada su incorporación al proceso, ya para aceptarlos ya para rechazarlos motivadamente. A la vista de ello, el Tribunal Supremo casa y anula la sentencia impugnada, cosa que hace poniendo previamente de relieve un par de consideraciones para salir al paso de las alegaciones vertidas en el proceso de casación, que por su interés para completar la doctrina general comentada reseñamos brevemente.

En primer lugar, señala el Tribunal Supremo que no es obstáculo para la aplicación de la doctrina sobre el principio de igualdad el hecho de que las sentencias que se invocan como término de comparación no sean en su totalidad de fecha anterior a la que ahora se impugna en casación, pues el Tribunal Constitucional ha considerado válido esgrimir la doctrina sobre la igualdad en la aplicación de la Ley no sólo respecto de sentencias anteriores del mismo órgano jurisdiccional, sino también respecto a las dictadas con escasa diferencia de fechas por el mismo órgano judicial en procesos tramitados de forma simultánea. Con lo cual, cabe entender que la doctrina sobre el principio de igualdad en la aplicación de la Ley no exige que las sentencias alegadas como elemento de comparación sean firmes, sin perjuicio de que, como precisa el Tribunal Supremo en este fallo, la Sala de instancia deba tener muy presentes —por elementales razones de lógica procesal— las sentencias de casación que puedan dictarse en cuanto puedan afectar a la resolución del caso afectado. En segundo lugar, tampoco puede constituir obstáculo a la aplicación de la referida doctrina sobre el principio de igualdad el hecho de que su infracción no se haya invocado en la demanda de instancia, puesto que —como es obvio— la infracción no se puso de manifiesto hasta el momento mismo de dictarse sentencia, que fue la que realizó la valoración fijando un justiprecio distinto al admitido en otros casos en los que concurría identidad de circunstancias (aunque la existencia de precedentes discrepantes con el dictamen pericial ya fuese alegada en el trámite de conclusiones).

f) Criterios de valoración aplicables en expropiaciones urbanísticas: cuestiones diversas

A partir de su importantísima Sentencia de 10 de mayo de 1999 (comentada por nosotros en el núm. 7 de esta Revista, págs. 165 y 166) el Tribunal Supremo se ha enfrentado en numerosas ocasiones a la controvertida cuestión de si resultan o no aplicables los criterios de valoración contenidos en la Ley 8/1990 a las expropiaciones urbanísticas en las que, pese a haberse iniciado el expediente expropiatorio antes de la aprobación de la Ley 8/1990, el expediente de justiprecio se incoa después de haber entrado en vigor dicha Ley. Aunque ésta era una cuestión prevista y solventada en las Disposiciones Transitorias de la propia Ley 8/1990, el problema del régimen aplicable resurgió cuando dicho régimen transitorio quedó invalidado por la declaración de inconstitucionalidad de la STC 61/1997, lo que motivó que el Tribunal Supremo tuviese que fijar el dies

a quo al que referir la valoración de los expedientes afectados, afirmando (tras un largo razonamiento que no es preciso reiterar aquí) que tal momento era el de iniciación del expediente expropiatorio, y no el de la pieza de justiprecio, con lo que la valoración debía hacerse según los criterios de la LEF y no los de la Ley 8/1990.

En el período ahora contemplado destaca el gran número de asuntos que reiteran y aplican la doctrina allí sentada, gran parte de los cuales se refieren al mismo proyecto de actuación que motivó aquel primer pronunciamiento (proyecto de urbanización de “El Querol” del Ayuntamiento de Madrid), entre los que cabría citar los recursos de casación resueltos por **SSTS de 1 de febrero** (Ar. 2318), **15 de febrero** (Ar. 2117), **1 de marzo** (Ar. 2333), **8 de marzo** (Ar. 2465), o de **20 de marzo de 2000** (Ar. 3078). Debe destacarse, además, que estos pronunciamientos zanján en sentido afirmativo la cuestión, no menos relevante por su importancia práctica, de la procedencia de determinar la valoración de los terrenos expropiados partiendo del aprovechamiento medio que el Plan aplicable atribuya específicamente al sector o polígono considerado (art. 105.2 de la Ley del Suelo de 1976), y no del aprovechamiento (menor que el anterior en los casos enjuiciados) que el propio Plan contemple para todo el suelo urbanizable.

Partiendo de actuaciones urbanísticas distintas a las que acaban de citarse, las **SSTS de 1 de abril** (Ar. 3546) y **9 de mayo de 2000** (Ar. 3567), también reiteran la doctrina reseñada sobre la aplicabilidad de los criterios de valoración que estuviesen vigentes en el momento de iniciarse el expediente expropiatorio en los mismos términos que hiciese la anteriormente referida STS de 10 de mayo de 1999. Junto a ello, estas dos sentencias se pronuncian sobre otra delicada cuestión, cual es la de los criterios que deben regir la valoración del suelo dotacional público destinado a sistemas locales o generales a efectos de su ejecución por el sistema de expropiación. En este punto la jurisprudencia tiene declarada la procedencia de valorar dichas dotaciones como si de suelo urbanizable se tratase, independientemente de que su clasificación formal pueda ser la de no urbanizable (véase, al respecto, la doctrina comentada por nosotros en el núm. 7 de esta Revista, pág. 164). La necesidad de tener en cuenta tales aprovechamientos a la hora de ejecutar suelo dotacional se deriva, como recuerdan estas sentencias (y también hace la **STS de 7 de marzo de 2000**, Ar. 2461), de la propia lógica compensatoria de nuestro sistema urbanístico, pues de lo contrario quedaría vulnerada la obligación de equidistribuir los beneficios y cargas derivados del planeamiento.

B) Pago del justiprecio: alcance de la obligación de pago o consignación cuando hay litigios pendientes

Las **SSTS de 11 de marzo** (Ar. 3054) y **8 de abril de 2000** (Ar. 3552) argumentan que, tal y como establecen los artículos 50 y 51 de la LEF, en consonancia con el artículo 51 del REF, para evitar la responsabilidad por demora y poder ocupar la finca o hacer efectivo el derecho expropiado (salvando en este caso las especialidades de la ocupación en el procedimiento de urgencia), es preciso pagar el justiprecio o consignarlo cuando el expropiado rehúsa recibirlo. De manera que aunque el expropiado, el beneficiario o la

VIII. Expropiación Forzosa

Administración recurran ante los Tribunales el acuerdo del Jurado en el que se fija el justiprecio, la obligación de pago o consignación no desaparece ni se suspende. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que en los supuestos de consignación o pago de la cantidad que no es objeto de discordia a los que se refieren los artículos 50 de la LEF y 51 del REF no sólo se contemplan los litigios promovidos exclusivamente por desacuerdo en la valoración de los bienes o derechos expropiados, sino también los que puedan sustanciarse por otras causas. De ahí que el artículo 50.2 de la LEF disponga que la entrega provisional quedará subordinada al resultado del litigio, pues de dirimirse sólo el justiprecio y existir acuerdo hasta una suma concreta, dicha entrega ha de entenderse definitiva y carecería de sentido calificarla de provisional y subordinarla al resultado del litigio en los términos que hace el inciso final del artículo 50.2 de la LEF y el artículo 51.4 del REF. Ello demuestra que dichos preceptos se refieren a pleitos que no versan solamente sobre la valoración de los bienes y derechos expropiados, sino a aquellos otros en los que se diriman cuestiones distintas, como corrobora el artículo 51.b) del REF, que alude a la obligación de consignar cuando “fueren varios los interesados y no se pusieren de acuerdo sobre la cantidad que a cada uno corresponde, o existiere cualquier cuestión o litigio entre ellos, o entre ellos y la Administración”.

Atendiendo a este razonamiento, las sentencias arriba citadas consideran que la entrega al propietario expropiado de la cantidad consignada cuando no rehúsa recibir el justiprecio fijado por el Jurado no es una simple medida cautelar que quepa entender subordinada al resultado del litigio, sino el cumplimiento de la obligación de pago o consignación a la que se refieren los artículos 50.1 y 51 de la LEF (y que, con carácter general, sientan los artículos 48.1 para las expropiaciones que siguen el procedimiento ordinario y 52.7 para las de urgencia). De esta forma, y como quiera que en los casos sustanciados por dichas sentencias la entidad beneficiaria había consignado y puesto a disposición del Tribunal a quo la cantidad determinada por el Jurado, el Tribunal Supremo declara que para que dicha consignación pudiese surtir los efectos del pago la Sala de instancia debió ofrecer previamente la cantidad consignada a los expropiados tal y como hizo, sin que los Autos por los que ello se ordena encubran medida cautelar alguna como pretende la entidad beneficiaria que los recurre en casación. Antes al contrario, los Autos por los que se ordena la entrega a los interesados de la cantidad previamente consignada son el medio adecuado de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1176 a 1181 (y en el propio artículo 51 del REF) para provocar el efecto liberador de la consignación en relación a la obligación del pago.

C) Intereses de demora: atendiendo a las reglas de imputabilidad subjetiva de su pago puede calificarse de obligación mancomunada simple

Tal y como vimos detenidamente en el número 6 de esta Revista (págs. 153 y 154), la jurisprudencia tiene declarado que de la interpretación sistemática de los arts. 56 y 121.1 de la LEF y 71 y 72 del REF, se deriva la serie de reglas que configuran el complejo cuadro de la imputabilidad subjetiva de la obligación de abono de los intereses de demora por la tramitación y pago del justiprecio; reglas que pueden llegar a comprometer en distinta medida, y según qué casos, la responsabilidad de la Administración expropiante, la del beneficiario o incluso la del propio Jurado de Expropiación. Asimismo, indicábamos

que la jurisprudencia ha llegado a considerar los supuestos de responsabilidad por demora en la fijación del justiprecio como una manifestación específica del instituto de la responsabilidad patrimonial, argumentando la alusión que el art. 72.2 del REF hace al mismo. Llegándose a plantearse, en consecuencia, la aplicabilidad de la regla de la responsabilidad solidaria que rige en la determinación de la responsabilidad patrimonial (hoy consagrada en el art. 140 de la Ley 30/1992) para aquellas ocasiones en las que resulta imposible dirimir la parte alícuota de la responsabilidad de cada uno de los sujetos causantes de la mora en la tramitación y pago del justiprecio. Abundando en estas consideraciones, la STS de 3 de abril de 2000 (Ar. 3253) afirma, por su parte, que la obligación de abonar los intereses debidos por la demora en la tramitación y pago del justiprecio puede encuadrarse en las civilmente denominadas “obligaciones mancomunadas simples”.

5. GARANTÍAS SUSTANCIALES

A) Retasación: interpretación finalista de la retasación cuando la aplicación del modo y momento legal al que referirla puede arrojar un resultado paradójico y contradictorio: doctrina jurisprudencial

La STS de 18 de abril de 2000 (Ar. 3362) conoce en casación de un supuesto en el que, al objeto de calcular el nuevo justiprecio resultante de la retasación acordada, el Tribunal *a quo* había tenido en cuenta la calificación primitiva de los bienes en el momento en que fueron originariamente expropiados (suelo urbanizable de uso industrial), y no la calificación que dichos bienes tenían en el momento de la retasación, pues, a juicio de la Sala de instancia, la degradación que habían sufrido los destinos urbanísticos de los bienes expropiados “no puede ser tomada en consideración a los efectos de la retasación”, porque ello podría conllevar, en este caso, una minusvaloración de los bienes que pugnaría con la propia finalidad del instituto expropiatorio. Esta interpretación finalista, que supone aceptar la ficción de que a efectos de su retasación los bienes conservarían su calificación urbanística primitiva, es rechazada por el Tribunal Supremo que, reiterando su consolidada doctrina sobre la naturaleza y forma de practicar la retasación, acoge las pretensiones de la Administración recurrente para acabar anulando y casando el fallo de instancia. Así, el Tribunal Supremo recuerda que la retasación supone siempre una nueva valoración que a todos los efectos conlleva un nuevo expediente de justiprecio, con el único matiz del tiempo a que debe referirse la valoración, que será aquel en que la retasación se solicite (art. 58 de la LEF). Es decir, la retasación supone una nueva valoración de los bienes expropiados que ha de realizarse en función de las circunstancias concurrentes en el momento de practicar tal valoración; de forma que el único punto de conexión con la valoración originaria radica en que en la retasación han de evaluarse los bienes o derechos expropiados en su mismo estado material o físico que idealmente tenían en aquella ocasión, pero referidos a las pautas de valoración existentes en el momento de solicitar la retasación (recuérdese, en este sentido, la doctrina comentada por nosotros en el núm. 8 de esta Revista, págs. 161 y 162). Y ello pese a que la degradación del suelo de urbanizable a no urbanizable, y su consiguiente recalificación como tal, vino

VIII. Expropiación Forzosa

provocada, precisamente, por la ejecución de las obras que motivaron la expropiación (construcción de una variante de una carretera nacional).

Importa destacar, sin embargo, que esta rígida interpretación del momento al que debe referirse la retasación que contiene el fallo comentado cuenta con un denso y bien argumentado Voto Particular suscrito por tres Magistrados que disienten de la mayoría de la Sala del Supremo y que, en lo esencial, comulgan con la interpretación finalista acordada en instancia. La razón que esgrimen los disidentes es contundente:

“llevando a sus últimas consecuencias la interpretación de la Sala, se llegaría al contrasentido de que el nuevo justiprecio pudiera resultar inferior al fijado dos años antes por tener que soportar el propietario las consecuencias de una devaluación derivada de la actuación administrativa, de tal manera que las consecuencias adversas de la demora en el pago del justiprecio gravan a quien por efecto de la retasación debiera de resultar indemne de los perjuicios causados con dicha demora”.

Pero no es sólo la lógica finalista de la retasación la que lleva a estos Magistrados a oponerse al fallo, sino que además apoyan su opinión en una interpretación sistemática del artículo 58 de la LEF con otros preceptos de la misma y de la jurisprudencia que los interpreta. Con tal propósito citan el artículo 36.1 de la LEF, que impide tener en cuenta las plusvalías que sean consecuencia directa de la actuación expropiatoria para fijar el justiprecio, y que ha sido interpretado por el Tribunal Supremo en el sentido inverso de descartar también las minusvalías derivadas del plan o proyecto que da lugar a la expropiación. En consecuencia, la degradación de la clasificación del suelo, que en el caso examinado es una consecuencia directa de la ejecución del proyecto que motivó la expropiación, no puede influir en la nueva valoración que ha de realizarse para retasar los bienes, porque si aquélla se tuviese en cuenta se estaría conculcando la regla general contenida en el citado artículo 36 de la LEF que impide, como se ha dicho, atender a las plusvalías y a las minusvalías generadas por el destino de los bienes o derechos expropiados.

Y es que, en definitiva,

“si el bien o derecho expropiado experimenta, por causas distintas del plan o proyecto de obras, un incremento de valor, la retasación permite que el propietario se beneficie de éste (...), pero si aquéllos sufren cualquier demérito, la retasación, como institución para lograr la plena indemnidad por la demora en el pago del justiprecio, no permite que las consecuencias de tal demora repercutan en quien fue expropiado de un bien o derecho con un valor superior al que posteriormente vino a tener por efecto de un cambio del planeamiento urbanístico, ya que en su día se le privó de obtener el aprovechamiento que éste le permitía, y que tal aprovechamiento se habrá de atender al proceder a la nueva valoración conforme a lo dispuesto por los artículos 58 y concordantes de la Ley de Expropiación Forzosa, razón por la que la sentencia recurrida no ha infringido este precepto ni la jurisprudencia que lo interpreta”.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Imputabilidad subjetiva. A) Accidente en festejo organizado por empresas privadas y autorizado por la Administración. Responsabilidad concurrente. B) Asesinato por un policía con su arma reglamentaria en estado de embriaguez y fuera de servicio. Responsabilidad civil subsidiaria de la Administración.

3. Antijuridicidad y obligación de soportar el daño. A) Vasectomización con posterior paternidad sin prueba de negligencia médica. B) Alcance de la obligación de consentimiento informado. C) Cláusula del estado de los conocimientos. **4. Daño.** A) Alcance del perjuicio indemnizable en caso de nacimiento de un hijo tras ser operado de vasectomía. B) Distinción entre daño extracontractual y reconocimiento de derechos con carácter retroactivo. C) Retraso en el ingreso como personal al servicio de la Administración pública una vez superadas las pruebas selectivas. D) Obligación de soportar el daño derivado del fallecimiento de un militar en acto de servicio. E) Indemnizabilidad de los gastos y costas causados para conseguir en vía administrativa y en sede jurisdiccional la anulación de los actos o disposiciones causantes del daño.

5. Acción de responsabilidad y procedimiento. Cómputo del plazo para su ejercicio desde la fecha en que se notifica la sentencia. 6. Responsabilidad del legislador. Daños derivados de la aplicación de leyes posteriormente declaradas inconstitucionales. 7. Responsabilidad del poder judicial. Dilaciones indebidas.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La jurisprudencia comentada ofrece pronunciamientos de sumo interés e incluso contradictorios que ponen de relieve la fuerza del casuismo, típica en esta materia. Puede destacarse sobre todas la recientísima STS de 3 de octubre de 2000, de la Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Sexta, Ponente Xiol Ríos, en donde se abordan muy circunstanciadamente aspectos fundamentales del instituto en el ámbito sanitario.

2. IMPUTABILIDAD SUBJETIVA

A) Accidente en festejo organizado por empresas privadas y autorizado por la Administración. Responsabilidad concurrente

En la STS de 18 de abril de 2000, Ar. 2672, un asistente a un espectáculo taurino que se celebra en una plaza de toros desmontable cae desde la grada al suelo por rotura de la tarima, con resultado de graves secuelas. El TS entiende que son responsables tanto el propietario de la plaza como la empresa que la alquila, el arquitecto que no procedió a la comprobación del correcto montaje de las instalaciones, el Ayuntamiento, que no envió un técnico que lo inspeccionara in situ, y la Administración autonómica, que concedió su autorización para el festejo confiando en la fiscalización municipal y sin llevar a cabo su propia inspección. Todos los demandados son condenados solidariamente.

B) Asesinato por un policía con su arma reglamentaria en estado de embriaguez y fuera de servicio. Responsabilidad civil subsidiaria de la Administración

En la STS de 29 de marzo de 2000, Ar. 3482, Sala de lo Penal, se declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, en un caso de asesinato cometido por un policía con su arma reglamentaria fuera de sus horas de servicio y con total desconexión de sus funciones. La responsabilidad administrativa deriva de la creación de riesgo implícita en la puesta a disposición de los agentes del orden de una pistola reglamentaria, así como de la prescripción según la cual deberán desempeñar sus funciones con total dedicación, siempre, en cualquier tiempo y lugar, y se hallen o no de servicio. Además, en este caso, el policía cometió el asesinato en estado de embriaguez, siendo así que no era un episodio pasajero, sino que dicho agente tenía problemas de alcoholismo, sin que la Administración policial hubiera puesto remedio a esta situación de grave riesgo potencial.

3. ANTIJURIDICIDAD Y OBLIGACIÓN DE SOPORTAR EL DAÑO

A) Vasectomización con posterior paternidad sin prueba de negligencia médica

En la STS de 3 de octubre de 2000 (Ponente: Xiol Ríos), un padre de familia de escasos recursos económicos al que se ha practicado la vasectomía en un hospital público solicita indemnización en concepto de daños morales y gastos de manutención por el nacimiento de una hija cuya paternidad acredita en autos. Se discute, entre otras interesantísimas cuestiones, si entre la actividad administrativa y el daño producido existe nexo de causalidad; y si el daño padecido puede ser considerado antijurídico por no existir una obligación del particular de soportarlo. Es oportuno anticipar que la Sentencia no reconoce la responsabilidad de la Administración.

Se descarta que la vasectomización practicada fuera deficiente ya que esto no fue probado por el interesado ni los análisis postoperatorios revelaron la existencia de espermato-

IX. Responsabilidad Administrativa

zoides o una recanalización natural tardía. El TS tiene establecido que en estos casos corresponde al reclamante aportar prueba de paternidad, como en efecto hizo, demostrándolo con prueba de ADN. Ello lleva a la Sentencia a afirmar la existencia de relación de causalidad, considerando el fracaso de la finalidad pretendida por la operación (el hecho de la paternidad). Lo peculiar del caso es el realce que teóricamente se da al carácter objetivo de la responsabilidad administrativa al decir que:

“no son admisibles (...) otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que –válidas como son en otros terrenos– irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”.

Tal pronunciamiento puede antojarse discutible desde la lógica que ha venido rigiendo en el ámbito de los daños por intervenciones quirúrgicas, en el que se afirma que la obligación del servicio es de prestación de medios adecuados y no la garantía de un resultado. Sin embargo, nótese que, a la postre, la imputación del daño al servicio no la anudará la Sentencia a ese resultado final sino al hecho de si la operación quirúrgica logró o no técnicamente la esterilización del sujeto, con independencia de que se produjera el hecho de la paternidad por causas imprevisibles y ajenas a la correcta intervención quirúrgica practicada, cuestión que absorbe la solución del caso. Con ello se restablece el equilibrio, inicialmente decantado hacia la objetividad pura del sistema; y en ello juega un papel decisivo en este caso la cuestión de la antijuricidad del daño, sobre la que se vuelca esta rica y elaborada sentencia. Se traza aquí la línea de hasta dónde llegaba el deber del paciente de soportar la actuación administrativa, línea que no se hace coincidir con el hecho causal determinante del daño. Nos atrevemos a decir que el análisis de la antijuricidad tendría que haber precedido en este caso al de la relación de causalidad, lo que hubiera facilitado la comprensión del planteamiento de la Sentencia, en la que a pesar de haber excluido del ámbito de la antijuricidad el hecho dañoso (la paternidad no querida) éste se toma como elemento determinante de la relación de causalidad.

En efecto, la sentencia plantea una cuestión clave de nuestro sistema de responsabilidad, que puede formularse, en términos sencillos, del siguiente modo: ¿ha de responder la Administración aún en los casos en que se ha descartado un funcionamiento anormal (léase, una negligencia)? La respuesta, en clave de principios, es afirmativa, pero condicionada a que el particular no tenga el deber jurídico de soportar el daño. Esta consagrada fórmula, que es sólo una regla carente de criterios sobre cuándo el damnificado deba soportar el daño, es objeto de atención por la Sentencia comentada al aclarar que el particular no tiene el deber de soportarlo:

“(...) cuando se aprecia que la actividad administrativa genera un riesgo o un sacrificio especial para una persona o un grupo de personas cuyas consecuencias dañosas no deben ser soportadas por los perjudicados, o cuando del ordenamiento se infiere la existencia de un mandato que impone la asunción de las consecuencias perjudiciales o negativas de la actividad realizada por parte de quien la lleva a cabo”.

La cuestión se plantea en toda su crudeza en el ámbito de los daños sanitarios. Como norma general, de la que en los diversos números de esta crónica se han recogido ya numerosos testimonios, del cumplimiento o no de la *lex artis ad hoc*, esto es, de que el funcionamiento sea o no anormal, depende el éxito de la reclamación. No obstante, en algunos casos, la Administración ha resultado responsable cuando aun no habiéndose probado el funcionamiento anormal del servicio, el daño resulta atípico o desproporcionado en relación con lo que cabía esperar de la clase de intervención practicada. Pues bien, en esta sentencia el TS acoge una importante distinción entre cirugía curativa y satisfactiva, exigiéndose de ésta un resultado conforme a las expectativas depositadas por el interesado en el acto quirúrgico.

“El resultado, en la cirugía satisfactiva, opera como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional, de tal suerte que su consecución es el principal criterio normativo de la intervención. Por el contrario, cuando se actúa ante un proceso patológico, que por sí mismo supone un encadenamiento de causas y efectos que hay que abordar para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo, la interferencia de aquél en la salud convierte en necesaria la asistencia y eleva a razón primera de la misma los medios que se emplean para conseguir el mejor resultado posible. El criterio normativo aplicable se centra entonces en la diligencia y adecuación en la instrumentación de aquéllos, teniendo en consideración las circunstancias.” (FJ 9º)

Tal distinción supone un aporte doctrinal importante que debe ser bien acogido, aunque, como es sabido, la casuística que ofrece esta institución desaconseja la adopción de criterios rígidos, pues a la vista de cada caso concreto quizás pueda no ser justo garantizar siempre un buen resultado en la llamada cirugía satisfactiva, ni que quede siempre reducida la garantía al mero empleo de medios adecuados en el caso de intervenciones curativas a las que por su sencillez o tipicidad quepa exigir un resultado satisfactorio por ser éste el que típicamente acompaña a esas intervenciones.

Pues bien, planteada así la cuestión por la Sentencia, adquiriría singular importancia la calificación de la vasectomía como una cirugía de una u otra clase. La Sentencia, recordando doctrina de la Sala Primera sobre su posible calificación como una cirugía híbrida entre la curativa y la satisfactiva, se aparta en realidad de estos apriorismos y, centrándose en el resultado final (concordándose así, de paso, con lo que se predica de la cirugía satisfactiva) afirma que las pruebas acreditaron que se logró la infertilidad del varón de acuerdo con las reglas de la ciencia médica, pero que la recanalización posterior, siempre improbable pero no imposible, es una situación de riesgo no controlable por esa ciencia por lo que —en línea con lo dispuesto en el nuevo art. 141.1 de la Ley 30/1992—, no se advierte que el daño causado sea antijurídico, pues el paciente tenía obligación de soportar el riesgo de un fracaso de la intervención inevitable e incluso difícilmente explicable para la ciencia médica.

B) Alcance de la obligación de consentimiento informado

Las SSTs de 4 de abril de 2000, Ar. 3258 y de 3 de octubre de 2000 (antes comentada) resultan del máximo interés, en cuanto analizan en detalle el alcance del principio del consentimiento informado. Existe entre ambas un elemento diferencial que se mostrará relevante: mientras que la primera es un caso de la llamada “cirugía asistencial” o “curativa” (se actúa para poner freno a una determinada patología, en el caso de autos, una afección cardíaca); la segunda se inscribe más bien en la cirugía “satisfactiva” (se interviene para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo, como en las operaciones de cirugía estética, ligadura de trompas o vasectomía, siendo este último el supuesto de autos).

– En la STS de 4 de abril de 2000, el paciente queda con secuelas permanentes de hemiplejía en extremidades inferiores. El TS estima que habiéndose establecido en la instancia que los profesionales médicos actuaron de manera razonable, dentro de la ciencia y técnica del caso y, por tanto, de modo aceptable, no hay responsabilidad. Ahora bien, la recurrente alega, además, que:

“el derecho a la asistencia sanitaria no se agota en la prestación de atenciones médicas y farmacéuticas, sino que incluye el derecho esencial a la información previa al sometimiento a cualquier intervención quirúrgica de forma clara y comprensible para el enfermo o para su representante legal, con la advertencia de los riesgos y señalando los posibles tratamientos alternativos y, en todo caso, solicitando el preceptivo consentimiento previo a la intervención”.

Lo que no habría ocurrido en el presente caso. El TS sí estima este argumento. La Sentencia de instancia había entendido que no se había acreditado por el reclamante la falta de información. Sin embargo, para el TS la carga de la prueba ha de corresponder, de acuerdo con el art. 10 de la Ley General de Sanidad, a la Administración, que “da así realidad legislativa al llamado ‘consentimiento informado’, estrechamente relacionado, según la doctrina, con el derecho de autodeterminación del paciente característico de una etapa avanzada de la configuración de sus relaciones con el médico sobre nuevos paradigmas (...)”.

Conviene reproducir en su integridad las palabras del TS acerca del alcance del principio del “consentimiento informado”:

“Respecto del consentimiento informado en el ámbito de la sanidad se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto la importancia de los formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad.

El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada –puesto que un acto clínico es, en definitiva, la pres-

tación de información al paciente— y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica —no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión—, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario.

Asimismo, es fundamental tener en cuenta sus consideraciones sobre la carga de la prueba:

“Por ello la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, invocada en su defensa por la Administración recurrida (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla a la Administración). La obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración. Por otra parte, no es exigible a la parte recurrente la justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad. Al no haberlo apreciado así la sentencia de instancia, debe concluirse en la existencia de la infracción del citado precepto legal.” (FJ 3º)

Ahora bien, entiende que la deficiente información no puede conectarse causalmente con el resultado dañoso producido. Quedan desvinculados así el perjuicio físico y el consentimiento informado, dada la necesidad de la intervención quirúrgica que presentaba el caso; ello sin perjuicio de que la falta del consentimiento informado determinara un daño moral por frustración del derecho a la autodeterminación sanitaria. Así:

“ (...) la operación se desarrolló adecuadamente, (que era prácticamente necesaria y que, atendidas las circunstancias, la decisión tomada en el caso por el equipo médico de no aplazar la operación fue la esperable también de cualquier persona situada en la tesitura de arriesgarse a un porcentaje tan mínimo de riesgo como el de autos frente a un seguro futuro tan problemático respecto de la salud y en el momento en que ya empezaban los síntomas al respecto como era el de la hipertensión. Los daños corporales derivados de la operación no están, pues, ligados al funcionamiento anormal del servicio público sanitario y no son indemnizables.

IX. Responsabilidad Administrativa

No cabe duda, sin embargo, de que al omitir el consentimiento informado, se privó a los representantes del menor de la posibilidad de ponderar la conveniencia de sustraerse a la operación evitando sus riesgos y de asegurarse y reafirmarse en la necesidad de la intervención quirúrgica y se imposibilitó al paciente y a sus familiares para tener el debido conocimiento de dichos riesgos en el momento de someterse a la intervención. Esta situación no puede ser irrelevante desde el punto de vista del principio de autonomía personal, esencial en nuestro Derecho, que exige que la persona tenga conciencia, en lo posible y mientras lo desee, de la situación en que se halla, que no se la sustituya sin justificación en el acto de tomar las decisiones que le corresponden y que se le permita adoptar medidas de prevención de todo orden con que la persona suele afrontar los riesgos graves para su salud.

Esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que ésta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención.” (FJ 5°)

Daño moral que valora por analogía a los daños morales complementarios en el caso de secuelas de especial gravedad conforme a la tabla II de la Ley de responsabilidad civil y seguro de vehículos a motor.

– En la **STS de 3 de octubre de 2000**, cuyo presupuesto ya conocemos (vasectomía con posterior paternidad), se alega ausencia de consentimiento informado, dado que faltaba la autorización por escrito, y sólo obra en autos una ficha clínica en que el facultativo hace constar que se informó al paciente de la irreversibilidad de la intervención, del porcentaje mínimo pero existente de recanalizaciones y otros riesgos, así como de las precauciones a seguir en el postoperatorio.

El TS comienza reiterando la doctrina que antes reproducimos. Y además, matiza que, “en el caso de la medicina satisfactiva, la obligación de informar y el consentimiento del paciente adquieren perfiles propios.” En efecto, se produce:

“una intensificación de la obligación de informar al paciente tanto del posible riesgo inherente a la intervención, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención (...) Como consecuencia de ello, podemos añadir aquí que la información cuya ausencia vicia el consentimiento no es sólo la del riesgo de fracaso, en sí mismo, de la intervención, sino también la de las posibles consecuencias negativas que el abandono del tratamiento postoperatorio del paciente hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta puede comportar, así como de la necesidad o conveniencia de someterse a los análisis y cuidados preventivos y que resulten necesarios para advertir a tiempo, en la medida de lo posible, el fracaso tardío que pueda existir y conducir a la necesidad de una nueva intervención o de atenerse en la conducta personal a las consecuencias de haber recuperado la capacidad reproductora”. (FJ 11°)

Además, si bien es cierto que en la medicina satisfactiva, por su naturaleza, puede decirse que el consentimiento se presume,

“ (...) esto no minorra la exigencia de mayor rigor en el deber de información en la medicina satisfactiva, aun cuando éste se proyecta, más que sobre la intervención en sí, sobre el resultado perseguido y el riesgo de no obtenerlo (...).”

Ahora bien el *punctus saliens* de la cuestión es el de la formalización o no por escrito de tal consentimiento. En este caso, el TS entiende que el historial médico, aún a falta de consentimiento expreso escrito, acredita el cumplimiento de este requisito (a pesar de tratarse de cirugía satisfactiva), en especial por cuanto menciona expresamente que el paciente fue informado del porcentaje de recanalizaciones, mínimo, pero existente.

La Sentencia sienta principios plausibles que señalan el camino correcto a seguir, aunque no sigue, desde luego, una postura dogmática a la hora de resolver el caso en cuestión a partir del relato de hechos probados del tribunal de instancia.

C) Cláusula del estado de los conocimientos

Traemos aquí dos pronunciamientos de la Sala de lo Social del TS que interpretan el sentido y alcance de la cláusula del estado de los conocimientos introducida en el art. 141.1 LPC por la Ley 4/1999, en el marco de sendos recursos de casación para la unificación de doctrina.

– En la **STS de 6 de marzo de 2000**, Ar. 2600, Sala de lo Social, el supuesto es el de una intervención quirúrgica de cataratas con resultado de pérdida de visión, resultado que la reclamante anuda a un defecto en la práctica de la anestesia. El Tribunal de instancia desestima la pretensión, por falta de acreditación de culpa en el actuar médico, en aplicación del Código Civil. El recurrente aporta como sentencia de contraste la del TSJ de la Rioja de 22 de abril de 1996, que, en un caso cuya coincidencia sustancial es admitida por el TS, estima la responsabilidad. El TS, frente al Tribunal de instancia, aplica la LPC y considera que ha quedado acreditada la causalidad. Resulta curioso observar el valor atribuido a la modificación del art. 141.1 LPC llevada a cabo por la Ley 4/1999, que se declara inaplicable *ratione temporis*. Para la Sala de lo Social:

“El criterio de imputación utilizado guarda congruencia con la modificación legal, aludida más arriba, y que ha introducido la Ley 4/1999, pues si en ella ‘se matizan los supuestos de fuerza mayor’, y se otorga fuerza excluyente a los ‘hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción’ del daño, se está diciendo, *a contrario*, que antes no gozaba de virtualidad tal circunstancia, al menos en supuestos como el aquí contemplado, donde no es previsible, hoy, si ese tipo de reacciones va a tener lugar en algún paciente de los muchos que son atendidos de cataratas, sin que nada desfavorable o dañoso les suceda. Canon que será utilizable en litigios futuros, pero no en el presente. En

IX. Responsabilidad Administrativa

la misma línea de reflexión debe subrayarse que es esta novísima norma la que exonera a la Administración cuando las ‘lesiones producidas al particular (provengan) de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley’; quiere esto decir que será ahora, y no antes, cuando quepa construir una especie de antijuridicidad objetiva del hecho lesivo, en el sentido de que se pone en cabeza de quien acude a la asistencia sanitaria pública los daños que sean consecuencia de la misma, sin compensación ni reparación económica de clase alguna, salvo la que se decida por vía asistencial. Innovación de la norma dictada en 1999 que no puede tenerse por mera aclaración de lo anteriormente establecido, ni permite, por ese camino, concluir que también antes el paciente soportaba los daños sufridos por un ‘accidente’ ocurrido durante la intervención.” (FJ 5º)

En consecuencia, el TS casa la sentencia de instancia y reconoce la indemnización.

La Sentencia puede contrastarse con la de 31 de mayo de 1999, Ar. 6154, que comentamos en el número 7 de esta Crónica, y en la que la Sala de lo Contencioso-administrativo apuntaba que el nuevo art. 141.1 LPC, aun sin ser aplicable al asunto por razones temporales, procede “simplemente constatar que lo que hace es positivizar (...) un principio que ya estaba latente (...) en la regulación anterior”.

– Por su parte, la **STS de 5 de abril de 2000**, Ar. 3284, resuelve también un caso de daño derivado de asistencia sanitaria, en concreto, contagio del virus de la hepatitis C por transfusión sanguínea efectuada con anterioridad a que dicho virus fuera aislado. El Tribunal de instancia ha declarado la responsabilidad objetiva de la Administración, por no entender concurrente un supuesto de fuerza mayor. La Administración cita como sentencia de contraste la STS de 22 de diciembre de 1997, Ar. 737/1998 (comentada en el número 6 de esta Crónica). El TS reitera la solución acogida en dicha Sentencia y luego reiterada en la de **3 de diciembre de 1999**, Ar. 9349 (reseñada en el número anterior de esta Crónica) y exonera de responsabilidad a la Administración, por entender que se trata de un supuesto de fuerza mayor, con base en los mismos argumentos desplegados en dichas sentencias y por nosotros comentados (*loc. cit.*).

No puede sino destacarse que, tratándose de dos Sentencias, las ahora comentadas, dictadas con un mes de diferencia, en unificación de doctrina y por la misma Sala –la de lo Social– del TS, acogen doctrina contradictoria. Si la primera parte de que la exclusión de los daños imprevisibles o inevitables según el estado de los conocimientos sólo tiene vigencia a partir de la Ley 4/1999, dado que con anterioridad habría de considerarse como un supuesto de caso fortuito indemnizable, la segunda, por el contrario, considera dichos daños como supuestos de fuerza mayor que exoneran a la Administración de toda responsabilidad, aún en un sistema objetivo de responsabilidad como el de la LGDCU o el de la LPC, y con independencia, pues, de la vigencia o no de la cláusula acogida en el art. 141.1 LPC.

En cualquier caso, parece oportuno advertir que el uso de la cláusula del art. 141.1 LPC debe ser excepcional y restringido a las auténticas causas de desconocimiento de los “riesgos del progreso” y no a cualquier supuesto “corriente” de la actuación administrativa.

4. DAÑO

A) Alcance del perjuicio indemnizable en caso de nacimiento de un hijo tras ser operado de vasectomía

En la STS de 3 de octubre de 2000, comentada *supra*, se discute una cuestión sumamente delicada, a saber, si la paternidad no deseada puede contemplarse como un daño efectivo, individualizable y susceptible de evaluación económica. El TS entiende que no puede considerarse como un daño moral efectivo la situación de malestar o incertidumbre presumible en un caso como el de autos ni el nacimiento de un hijo inesperado:

“(…) pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad”.

Tampoco son indemnizables las cantidades destinadas a la manutención del hijo inesperado:

“pues ésta constituye para los padres una obligación legal, por lo que no sería un daño antijurídico, sino que habría obligación de soportarlo”.

En cuanto a los daños que sí son indemnizables, se distingue el relativo al poder de autodeterminación personal:

“Sin embargo, sí podría existir un daño moral, si concurren los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma (...) No cabe duda de que el embarazo habido ha supuesto haberse sometido a una siempre delicada intervención quirúrgica que ha venido, en definitiva, a demostrarse inútil y, por otra parte, la frustración de la decisión sobre la propia paternidad o maternidad y, con ello, ha comportado una restricción de la facultad de autodeterminación derivada del libre desarrollo de la personalidad, al que pertenecen también ciertas decisiones personalísimas en cuanto no afecten al *minimun* ético constitucionalmente establecido, como no puede menos de ser en un ordenamiento inspirado en el principio de libertad ideológica.” (FJ 5º)

A ello se le añaden los gastos necesarios para la comprobación de la paternidad.

Finalmente, como dijimos, no se consideran indemnizables los gastos de manutención pero existe una sutil e interesante distinción:

“Sólo podría existir lucro cesante en el caso de que se probara la existencia de un perjuicio efectivo como consecuencia de la necesidad de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo de recursos, en principio, previstos para otras finalidades, en tanto no sea previsible una reacomodación de la situación económica o social del interesado o de los interesados. En el caso examinado, la situación económica y familiar de los padres decla-

IX. Responsabilidad Administrativa

rada probada en la sentencia permite admitir, en principio, la existencia de este tipo de perjuicio, atendiendo a las necesidades familiares presumibles y los medios económicos disponibles para ello.”

Esto es, en otras palabras, que cuando el nacimiento se produce en familias con pocos recursos económicos, y supone por ello un importante quebranto financiero, puede entenderse que el nacimiento produce un daño patrimonial antijurídico.

B) Distinción entre daño extracontractual y reconocimiento de derechos con carácter retroactivo

En la STS de 18 de marzo de 2000, Ar. 3077, el reclamante ha obtenido previamente una sentencia que reconoce su derecho a una plaza de Jefe de Departamento en un Hospital Público, anulando el nombramiento realizado en favor de otra persona. Sin embargo, la sentencia que declara este derecho desestima la reclamación de reconocimiento con alcance retroactivo de efectos profesionales y económicos “por falta de viabilidad”, sin mayores precisiones ni argumentos. El afectado reclama ahora dichas cantidades en concepto de responsabilidad extracontractual.

El TS acoge la demanda. En realidad, se utiliza esta vía como medio alternativo, ante la desestimación del reconocimiento de haberes (por lo demás, sorprendente). El TS reconoce que la reclamación sólo se entiende en este contexto. Ante lo inusado de la situación, estima que el daño deriva de dicha desestimación, por lo que la *causa petendi* es distinta. En consecuencia, no cabe apreciar cosa juzgada, según lo establecido en el art. 1252.1 CC.

C) Retraso en el ingreso como personal al servicio de la Administración pública una vez superadas las pruebas selectivas

Traemos a colación la STS de 4 de abril de 2000, Ar. 3255, por cuanto gira sobre una problemática no del todo infrecuente. Se solicita indemnización ante la gran tardanza por parte de una Administración en la formalización de contratos laborales con las demandantes, que habían superado las pruebas selectivas mucho tiempo atrás. El TS reconoce la importante demora, pero tiene en cuenta que la Administración no había establecido plazo para dicha formalización, que se trataba de cubrir plazas para centros gerontológicos de nueva apertura, que en el interregno hubo una transferencia de servicios por parte del INSERSO a favor de la Comunidad Autónoma en cuestión, y que no se ha acreditado la existencia de vacante en las respectivas plantillas ni que personas ajenas hayan desempeñado concretas plazas de las que podrían corresponder a las reclamantes. Deduce que no ha existido un daño efectivo, sino que:

“ (...) las recurrentes eran simplemente portadoras de meras expectativas y no titulares de verdaderos derechos lesionados, pues éstos, en supuestos como el que contemplamos, se alcanzan definitivamente cuando se adquiere la condición de personal al servicio de la Administración Pública (...)” (FJ 5º)

D) Obligación de soportar el daño derivado del fallecimiento de un militar en acto de servicio

En la STS de 10 de abril de 2000, Ar. 3352, un piloto militar muere en accidente de aviación. El TS entiende que se trata de una profesión de alto riesgo, por lo que, a falta de prueba de un funcionamiento anormal, se trata de un daño que ha de ser soportado. Casa, pues, la sentencia de instancia, que había reconocido una cantidad en concepto de indemnización. Sin embargo, entiende que la viuda no debe por ello devolver la cantidad que ya le ha sido abonada, puesto que el Abogado del Estado no discutió la procedencia de la indemnización, sino su cuantía. Por lo cual, reputa que en los límites de la casación no procede imponer la devolución, sino sólo sentar la doctrina correcta, en el sentido antes indicado.

E) Indemnizabilidad de los gastos y costas causados para conseguir en vía administrativa y en sede jurisdiccional la anulación de los actos o disposiciones causantes del daño

La STS de 18 de marzo de 2000, Ar. 3077, sienta doctrina general sobre una cuestión que hasta ahora había recibido respuestas contradictorias, como reconoce el propio TS. El criterio establecido es que son indemnizables, en su caso, los gastos efectuados para conseguir la anulación en vía administrativa, pero no así las costas en el proceso contencioso-administrativo, sobre las que será el tribunal competente para la anulación del acto el que deba decidir.

5. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD Y PROCEDIMIENTO. CÓMPUTO DEL PLAZO PARA SU EJERCICIO DESDE LA FECHA EN QUE SE NOTIFICA LA SENTENCIA

En crónicas anteriores (números 1, 5 y 8) hemos seguido los vaivenes jurisprudenciales en torno al *dies a quo* para el cómputo del plazo de la acción de responsabilidad en los casos de daños derivados de actos anulados por sentencia judicial. Como vimos en el número anterior, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos ha entendido que no puede situarse el *dies a quo* en la fecha de la lectura y publicación de la sentencia, sino en el de su efectiva puesta en conocimiento a las partes. Pues bien, esta interpretación correctora de una línea jurisprudencial del TS que el TC no entendió inconstitucional, ha sido ya plenamente asumida por el TS, como lo muestran las SSTS de 21 de marzo de 2000, Ar. 4049, y 18 de abril de 2000, Ar. 3373 (esta última con referencia expresa al pronunciamiento del TEDH), por lo que puede considerarse una interpretación ya consolidada. Es más, en la primera de ellas, los reclamantes interponen la acción tras haber intentado la vía penal, decretándose en esa vía el archivo de diligencias más de un año antes. El TS entiende que no se ha acreditado la fecha de notificación del auto de archivo de diligencias a los reclamantes, lo que corresponde a la Administración al tratarse de la prescripción de una excepción, cuya prueba corresponde pues a la parte que trata de hacerla valer.

6. RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR. DAÑOS DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DE LEYES POSTERIORMENTE DECLARADAS INCONSTITUCIONALES

En el período de esta crónica se han dictado dos importantes sentencias condenatorias en esta materia. Nos referimos a las SSTs de 22 de febrero de 2000, Ar. 2329 y de 19 de febrero de 2000, Ar. 2730. Ambas comparten un mismo presupuesto: los daños derivan de la aplicación de leyes posteriormente declaradas inconstitucionales. La hipótesis es del máximo interés, puesto que enlaza dos temas capitales: la responsabilidad del legislador y el alcance de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad, en relación, además, con el efecto de cosa juzgada.

– El supuesto de la STS de 22 de febrero de 2000 puede sintetizarse como sigue. El reclamante ha sido condenado a tres años de prisión menor con base en pruebas policiales obtenidas en un registro domiciliario sin autorización judicial, en aplicación del art. 21.2 de la LO 1/1992, el cual fue declarado inconstitucional con posterioridad al cumplimiento de la mayor parte de la condena.

El TS interpreta el sentido del controvertido art. 139.3 de la LPC, que, como es sabido, establece que “las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”. Para el TS:

“Responde sin duda esta normación a la consideración de la responsabilidad del Estado legislador como un supuesto excepcional vinculado al respeto a la soberanía inherente al poder legislativo.

Se ha mantenido que si la ley no declara nada sobre dicha responsabilidad, los tribunales pueden indagar la voluntad tácita del legislador (ratio legis) para poder así definir si procede declarar la obligación de indemnizar. Esta cuestión es en cierto modo ajena a la planteada en este proceso, pues la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación 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. Existe, en efecto, una notable tendencia en la doctrina y en el derecho comparado a admitir que, declarada inconstitucional una ley, puede generar un pronunciamiento de reconocimiento de responsabilidad patrimonial cuando aquélla ocasione privación o lesión de bienes, derechos o intereses jurídicos protegibles y este mismo principio ha sido aceptado desde tiempo relativamente temprano por nuestra jurisprudencia (...) frente a la tesis de que la invalidación de una norma legal por adolecer de algún vicio de inconstitucionalidad no comporta por sí misma la extinción de todas las situaciones jurídicas creadas a su amparo, ni tampoco demanda necesariamente la extinción de todas las desventajas patrimoniales ocasionadas bajo su vigencia, en atención a que los efectos de la nulidad de la Ley inconstitucional no vienen definidos por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ‘que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso’.”

El reclamante había sido condenado con la única prueba de la tenencia de sustancia estupefaciente hallada en el registro domiciliario. El TS estima que la posterior absolución se basó en dicha prueba, siendo así que no existía delito flagrante en su sentido tradicional. En ausencia de prueba legal, se presume la inocencia.

“Consiguientemente, se está ante un supuesto en el que la estimación del recurso de casación se ha producido en un contexto de inexistencia de medios probatorios aptos para la demostración del hecho delictivo imputado, y no sólo como consecuencia de que los medios probatorios mediante los que se dio por probada dicha participación carecían de licitud por haberse practicado de acuerdo con un precepto legal vulnerador de los derechos fundamentales. Por consiguiente, la declaración de inconstitucionalidad del precepto legal no explica por sí sola la absolución pronunciada, la cual deriva también de la inexistencia de otras pruebas. Consiguientemente, la causación del perjuicio injusto, si concurren los requisitos para ello, debe anudarse directamente a la sentencia condenatoria pronunciada y luego anulada, y no a la Ley de Seguridad Ciudadana, a la que sólo indirectamente puede conectarse la condena dictada, que pudo fundarse en otros medios probatorios.

La conclusión a que debe llegarse es la de que, siendo la actuación relevante desde el punto de vista causal la condena dictada y luego anulada, y habiéndose producido ésta por aplicación del principio de presunción de inocencia, no existe responsabilidad patrimonial por funcionamiento de la Administración de Justicia. Ésta, en efecto, sólo puede anudarse, en el supuesto de prisión provisional, a la inexistencia del hecho dañoso (...) Hemos reiterado que no concurre dicha inexistencia cuando la absolución se produce por aplicación del principio de presunción de inocencia, y la misma apreciación debe conducirnos a entender que no existe error judicial susceptible de dar lugar a indemnización en los casos, como el presente, en que ha existido un período de cumplimiento de la pena privativa de libertad.”

– La STS de 29 de febrero de 2000 gira en torno a la Ley 5/1990, cuyo art. 38.2.2 estableció un gravamen complementario sobre la tasa fiscal que gravaba los juegos de suerte, envite o azar. En aplicación de dicha norma, el reclamante se vio obligado a hacer un ingreso en la Hacienda Pública. Posteriormente, dicho artículo fue declarado inconstitucional. Solicitada indemnización, el Consejo de Ministros la denegó sobre la base de la no revisabilidad de procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, en virtud de los arts. 40.1 LOTC y 158 LGT.

El TS repite la doctrina general antes consignada. Añade que:

“La determinación del título de imputación para justificar la responsabilidad del Estado legislador por inmisiones legislativas en la esfera patrimonial (que ha vacilado entre las explicaciones que lo fundan en la expropiación, en el ilícito legislativo y en la teoría del sacrificio, respectivamente) ofrece así una especial claridad en el supuesto de ley declarada inconstitucional.”

IX. Responsabilidad Administrativa

En estas hipótesis, el tema conecta con los efectos de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, dicha declaración no permite revisar un proceso fenecido mediante sentencia judicial con fuerza de cosa juzgada dictada con anterioridad a la declaración de inconstitucionalidad, cuando no está en juego la reducción de una pena o una sanción, o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad, únicos supuestos exceptuados por el art. 40.1 LOTC.

Ahora bien, y en este punto el pronunciamiento es del máximo relieve, el TS niega que el reconocimiento de responsabilidad atente contra dicho principio de cosa juzgada, aún en los casos en que, aparentemente (y sólo aparentemente), dicho reconocimiento se asemeje, en sus efectos, a los que hubiera producido una sentencia estimatoria de la pretensión inicial de anulación del acto de aplicación de la ley:

“ (...) la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia. El resarcimiento del perjuicio causado por el poder legislativo no implica dejar sin efecto la confirmación de la autoliquidación practicada, que sigue manteniendo todos sus efectos, sino el reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable, producido por el abono de unas cantidades que resultaron ser indebidas por estar fundado aquél en la directa aplicación por los órganos administrativos encargados de la gestión tributaria de una disposición legal de carácter inconstitucional no consentida por la interesada”.

Por ello mismo, declara la responsabilidad del legislador. La cuantía de la indemnización comprende el importe de lo indebidamente ingresado, debidamente actualizado. Por el contrario, no considera acreditada la existencia de causalidad entre la aplicación de la ley inconstitucional y el lucro cesante alegado (consistente en una mengua de ingresos importante respecto de los obtenidos en el ejercicio anterior al de la imposición del tributo).

Como hemos visto desde el número 1 de esta crónica, se está formando un auténtico corpus jurisprudencial, según el cual la responsabilidad del legislador se puede fundar tanto en la aprobación de leyes inconstitucionales (como son los casos comentados), como en la de leyes que, sin ser inconstitucionales, provocan un daño anormal y singular, bien por cuanto defraudan expectativas legítimas o bien porque provocan un sacrificio anormal y singular.

7. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL. DILACIONES INDEBIDAS

La STC 146/2000, de 29 de mayo, Ar. 146, aclara que sólo cabe estimar un recurso de amparo por dilaciones indebidas contrarias a la tutela judicial efectiva cuando el proceso aún se halla en curso, pero no *a posteriori*, pues el único efecto posible en ese caso sería servir de base a una eventual acción de responsabilidad por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, siendo así que dicha acción no precisa de declaración judicial previa. En consecuencia, desestima el recurso por falta de objeto.

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO
EMILIO GUICHOT REINA

X. FUNCIÓN PÚBLICA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Cuestiones generales. Potestad autoorganizativa de la Administración. Reestructuración funcional mediante relación de puestos de trabajo. Límites. 3. Acceso. A) Promoción interna. a) Necesidad de inclusión en la Oferta de Empleo Público de las plazas a cubrir por este sistema. El acceso en la Administración Local debe producirse, con carácter general, mediante oposición. b) Pruebas psicológicas que obligan a pronunciarse sobre aspectos amparados por la libertad ideológica y la intimidad personal. B) Diferencias injustificadas en la valoración de méritos. Vulneración del derecho de igualdad. C) Cuerpos Docentes Universitarios. Catedráticos de Universidad. Cuantificación de la valoración de las pruebas. Acreditación de la condición de Director de Proyecto de Investigación. **4. Carrera administrativa. Provisión de puestos de trabajo. Comisión de servicios. Necesidad urgente e inaplazable. Requisitos del puesto. 5. Derechos económicos.** A) Retribuciones básicas: no pueden determinarse a través de bases de convocatorias. B) Retribuciones complementarias: no cabe establecer diferencias en las mismas para personal que desarrolla las mismas funciones. C) Retribuciones de los especialistas de cupo: su régimen no puede establecerse en un simple Acuerdo administrativo. D) Retribuciones: los convenios colectivos de la Administración con su personal no pueden contener previsiones contrarias a las Leyes de Presupuestos. E) Retribuciones: cuantificación de los trienios en el supuesto de reclasificación del empleo. **6. Derechos laborales.** A) Derecho a descanso compensatorio por la realización de guardias médicas nocturnas en vísperas de fiesta. B) Límites a la movilidad funcional de los ATS de los servicios de salud. C) Permuta de destinos entre funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía: carácter discrecional. **7. Régimen disciplinario. Delito doloso e infracción disciplinaria. No existe bis in idem en los supuestos en que la condena penal aprecia la agravante de cargo público. Funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía. 8. Extinción de la relación funcional.** A) Cese de personal interino sin la correspondiente cobertura de la plaza. B) Régimen del personal del Tribunal de Cuentas jubilado con anterioridad al 1 de enero de 1997.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge varias sentencias que realizan interesantes pronunciamientos sobre cuestiones generales del Derecho de la función pública. En particular, cabe destacar el conjunto de sentencias relativas al acceso a la función pública, derechos económicos y laborales de los funcionarios.

2. CUESTIONES GENERALES. POTESTAD AUTOORGANIZATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN. REESTRUCTURACIÓN FUNCIONARIAL MEDIANTE RELACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO. LÍMITES

La STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de febrero de 2000, Ar. 258, resuelve el recurso planteado contra la convocatoria de provisión por libre designación del puesto de Responsable de la Residencia Asistida de la Tercera Edad de Ciudad Real y el posterior nombramiento en comisión de servicios para el mismo de F.R.D.

La actora venía ocupando el puesto de Directora Gerente de dicha Residencia, dependiente del INSERSO en el momento de producirse la transferencia de competencias, medios personales y materiales a la Junta de Castilla-La Mancha. Con motivo de la transferencia, el Decreto 184/1995 modificó la relación de puestos de trabajo del personal funcionario de la Junta de Castilla-La Mancha, creando una plaza de Responsable de la Residencia, manteniendo la plaza existente de Administrador y convirtiendo la plaza ocupada por la actora en una plaza de Gerente a amortizar. Tras la convocatoria y provisión por libre designación de la primera de las plazas mencionadas, la actora resultó privada de un puesto de trabajo que ganó por concurso.

Para resolver el recurso formulado, el TSJ de Castilla-La Mancha aplica la reiterada doctrina sobre la potestad autoorganizativa de la Administración –que resume la STS de 13 de abril de 1999–, y en particular, sobre las reorganizaciones funcionariales realizadas mediante las relaciones de puestos de trabajo que, además de respetar los derechos adquiridos de los funcionarios, han de llevarse a cabo de forma justificada y razonable, pues, en caso contrario, se estaría en presencia de un supuesto de arbitrariedad e, incluso, de desviación de poder.

En la búsqueda del motivo que habría justificado el aumento de puestos directivos de la Residencia de la Tercera Edad, el TSJ de Castilla-La Mancha advierte que la reestructuración realizada por la relación de puestos de trabajo no respondía a la necesidad de crear nuevos órganos superiores encargados de supervisar las funciones de nuevas unidades administrativas, que no se crearon. Tampoco pretendía dar una respuesta a la situación planteada por la eventual adscripción del contingente de personal transferido y la consiguiente necesidad de coordinación con el personal propio de la Administración receptora de la transferencia.

X. Función Pública

Por otro lado, no entiende el Tribunal cómo, si se considera necesario crear un nuevo puesto y distribuir las funciones de dirección y gestión con el anterior, un año y medio después de la reestructuración, aparentemente basada en una redistribución de funciones, no se sepa cuáles son las funciones concretas a redistribuir. Igualmente sorprende al Tribunal que la plaza de Gerente de nueva creación lo sea a amortizar cuando sea abandonada por quien la ocupa, de modo que la estructura directiva volvería a disponer de un solo puesto. Suponiendo que la Administración hubiese pretendido con dicha reestructuración convertir el nuevo puesto directivo de Responsable en un puesto de libre designación, a diferencia del antiguo puesto de Director, provisto por concurso, debería haberlo hecho:

“(…) De forma directa y respetando los derechos y procedimientos legalmente establecidos y no a través de vías indirectas que, aparentemente fundadas en necesidades de reorganización, sólo encubren una clara desviación de poder, pues suponen la utilización de facultades de organización legítimas, pero que están huecas y vacías en cuanto a la justificación de su uso, todo ello para conseguir un fin distinto del de una reorganización legítima y necesaria del servicio, que no es otro que el de conseguir la posibilidad de nombrar por libre designación al titular del puesto sin esperar a que quien lo ocupa por concurso agote su derecho legal a permanecer en el puesto”.

La Sentencia comentada estima el recurso y anula el Decreto autonómico 184/1995, por el que se modificaron las relaciones de puestos de trabajo del personal funcionario de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en el punto en el que crea la plaza de Responsable de la Residencia de la Tercera Edad de Ciudad Real, y determina que el puesto de Director Gerente con el que fue transferida la actora se clasifica como de Gerente a amortizar.

3. ACCESO

A) Promoción interna

a) Necesidad de inclusión en la Oferta de Empleo Público de las plazas a cubrir por este sistema. El acceso en la Administración Local debe producirse, con carácter general, mediante oposición

La STS de 29 de febrero de 2000, Ar. 3167, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, estima el recurso de casación interpuesto por el abogado del Estado, anulando la Sentencia de instancia en la parte que confirmó el art. 24 del Convenio Colectivo del Personal Laboral y del Acuerdo con el Personal Funcionario. En virtud de dichos preceptos, en caso de vacante en la plantilla del personal laboral o funcionario, el Ayuntamiento podrá incluir la plaza en la Oferta de Empleo del año siguiente o convocar pruebas selectivas en régimen de promoción interna para cubrirla en el plazo más breve. A tal efecto, los preceptos mencionados señalan que se acudirá preferentemente al concurso de méritos como sistema de acceso, sin perjuicio de la posibilidad de optar por el sistema de oposición o concurso-oposición.

Los citados preceptos vulneran, por un lado, el art. 18 de la LMRFP, que dispone la inclusión de las plazas vacantes en la Oferta de Empleo Público de aquellas plazas dotadas presupuestariamente que, encontrándose vacantes sin posibilidad de ser cubiertas con el personal disponible, vayan a ser objeto de convocatoria de pruebas selectivas. Todo ello, sin hacer ninguna salvedad en cuanto a las plazas reservadas al sistema de promoción interna. Por otro lado, resulta vulnerado también el art. 2 del RD 896/1991, que lejos de otorgar libertad ilimitada para optar entre los distintos sistemas de acceso a la función pública local, dispone la necesidad de acudir, con carácter general, al sistema de oposición. Lejos de ello, los preceptos en cuestión convierten la excepción en regla general, sin subordinar el recurso a los sistemas de concurso-oposición o concurso de méritos a la mayor idoneidad de éstos en relación con la naturaleza de las plazas o de las funciones a desempeñar, tal como establece el art. 2 del RD 896/1991.

b) Pruebas psicológicas que obligan a pronunciarse sobre aspectos amparados por la libertad ideológica y la intimidad personal

La STSJ de Cataluña de 2 de marzo de 2000, Ar. 417, estima el recurso interpuesto contra la calificación de no apto obtenida en la segunda prueba de la fase de oposición de la convocatoria de concurso-oposición para cubrir mediante promoción interna plazas de caporal del cos de Mossos d'Esquadra de la Generalitat de Catalunya.

Dicha prueba consistía en la realización de un test psicológico. Sin entrar a valorar la idoneidad de la prueba psicológica para detectar perfiles de personalidad adecuados para el desempeño de las funciones propias de los Mossos d'Esquadra, y teniendo en cuenta además que los aspirantes ya habían superado las pruebas psicológicas pertinentes para ejercer dicha función, pues no ha de olvidarse que la prueba lo era para la promoción interna al rango de cabo, el TSJ de Cataluña aprecia que la mencionada prueba resulta totalmente desproporcionada en atención a los fines que pueda perseguir, pues invade el núcleo más íntimo de la persona, incluyendo numerosas cuestiones relativas a la familia, ideología y creencias de los aspirantes, tales como “estoy seguro que sólo hay una religión verdadera”, “tengo unas opiniones políticas muy bien definidas”, etc.

Para el TSJ de Cataluña no existe duda alguna sobre la desproporción de las pruebas psicológicas, que bien podrían haber sido desarrolladas sin incidir en los ámbitos constitucionalmente preservados de la libertad ideológica, de la libertad religiosa y de la intimidad personal. Por ello, no son admitidas las alegaciones de la parte demandada sobre la posibilidad de no responder a las cuestiones formuladas y sobre la confidencialidad de las respuestas. En este sentido, señala el TSJ de Cataluña que en el cuadernillo de instrucciones se conmina a los aspirantes a contestar con sinceridad las cuestiones formuladas. Asimismo, precisa el Tribunal que la vulneración de derechos fundamentales se consuma por el solo hecho de obligar a pronunciarse sobre cuestiones amparadas por la libertad ideológica, la libertad religiosa y la intimidad personal, independientemente de la garantía de confidencialidad de las respuestas. Confidencialidad, por lo demás, que no queda

X. Función Pública

asegurada desde el momento en que dichas pruebas se incluyen en un proceso selectivo y la Administración convocante tiene acceso a todos los datos relativos a dicho proceso.

La Sentencia del TSJ de Cataluña concluye anulando el test realizado, así como la declaración de no apto de los recurrentes en la segunda prueba de la fase de oposición.

B) Diferencias injustificadas en la valoración de méritos. Vulneración del derecho de igualdad

La SAN de 9 de marzo de 2000, Ar. 599, estima el recurso interpuesto contra la Orden que convoca pruebas selectivas para el ingreso en la Escala de Técnicos de Gestión de Organismos Autónomos, especialidad de Sanidad y Consumo. Dicha orden establece en las Bases de la convocatoria la posibilidad de que participen en las pruebas los licenciados en Medicina y Cirugía, Farmacia y Veterinaria, que en condiciones de igualdad han de superar la fase de oposición, permitiendo después, en la fase de concurso, que los licenciados en Veterinaria puedan obtener una puntuación más elevada, pues éstos pueden alegar como méritos no sólo la titulación —como ocurre con los aspirantes de otras licenciaturas— sino también las calificaciones obtenidas en la misma.

La AN ordena la anulación del precepto de la Orden de la convocatoria que establece un sistema diferenciado de puntuación para los licenciados y doctores en Farmacia, dado que la Administración convocante no ha ofrecido justificación alguna de la desigualdad de trato, de modo que sea posible determinar si ésta tiene un fundamento lógico y objetivo. En este sentido, señala la AN, si la Administración considera mejor preparados para el desempeño de los puestos convocados a los licenciados en Farmacia, no se entiende por qué permite que concurran a las pruebas quienes tienen otra titulación. Asimismo, la Administración pudo optar por distribuir las plazas en diversas áreas, tal como hizo en la convocatoria para el ingreso en la misma Escala y especialidad en el proceso de consolidación de empleo temporal.

C) Cuerpos Docentes Universitarios. Catedráticos de Universidad. Cuantificación de la valoración de las pruebas. Acreditación de la condición de Director de Proyecto de Investigación

La STSJ de Castilla y León de 25 de marzo de 2000, Ar. 430, se pronuncia sobre algunas cuestiones de interés en relación con las pruebas de acceso a los Cuerpos Docentes Universitarios. En el caso enjuiciado por dicha Sentencia, la actora solicitó del Rector que suspendiese el nombramiento del candidato propuesto para ocupar una plaza de Catedrático de Universidad, por entender que se incumplió el art. 8.2.a) del RD 1888/1984 al no puntuarse a cada candidato en la primera prueba, y por resultar vulnerado también el art. 9.6 del mismo Real Decreto al no haber aportado el candidato propuesto certificado de los miembros del equipo de investigación que le confirmase como Director del mismo.

Conforme a lo preceptuado en el art. 9.6 del RD 1888/1984, la segunda prueba de los concursos a plaza de Catedrático de Universidad será pública y consistirá en la exposi-

ción por el concursante de un trabajo original de investigación realizado por el concursante solo o en equipo, en este último caso como Director de la investigación, lo que deberá ser certificado por los miembros del equipo. Según el art. 9.4 del RD 1888/1984, para la realización de la segunda prueba los concursantes entregarán a la Comisión, una vez realizada la calificación de la primera, un resumen del tema elegido o del trabajo original de investigación que vaya a ser expuesto oralmente. Pues bien, el señor T. entregó a la Comisión un Proyecto de Investigación con un escrito de la DGICT del MEC comunicándole la aprobación del proyecto subvencionado en el que él figuraba como Investigador Principal. En consecuencia, en el momento de celebrarse la segunda prueba, la Comisión de Selección tuvo conocimiento de la condición de Investigador Principal del señor T. Si bien el concursante no aportó certificación de los miembros de su equipo que le acreditase como Director de la Investigación, esta circunstancia no constituye un defecto formal determinante de nulidad, y como tal es subsanable (se subsanó entregando el certificado a la Comisión de Garantías, legalmente acreditada para comprobar si se han cumplido los requisitos formales precisos). En definitiva, tampoco afecta a la validez del juicio emitido por la Comisión de Selección, que valoró el contenido y la calidad del proyecto de Investigación presentado y defendido oralmente ante ella. En definitiva, el mencionado certificado no es una condición de legitimación para poder desarrollar las pruebas del ejercicio.

No ocurre lo mismo con la falta de calificación numérica en la primera prueba, en la que todos los miembros de la Comisión de Selección otorgaron voto favorable a todos los concursantes. La Comisión de Selección otorgó a la primera prueba un valor doble que a la segunda. Teniendo en cuenta que, además, esta última prueba no tiene carácter eliminatorio, la falta de calificación numérica individual a cada uno de los candidatos en la primera prueba supone un defecto de valoración que priva de racionalidad a la valoración final del conjunto de las pruebas, a realizar mediante medias o promedios de puntuaciones parciales obtenidas. La Sentencia del TSJ de Castilla y León concluye con un pronunciamiento de nulidad de la resolución impugnada, ordenando la retroacción de las actuaciones a la fase de valoración de la primera prueba practicada, de modo que sea subsanada la falta de motivación.

4. CARRERA ADMINISTRATIVA. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO. COMISIÓN DE SERVICIOS. NECESIDAD URGENTE E INAPLAZABLE. REQUISITOS DEL PUESTO

La STSJ de Asturias de 25 de febrero de 2000, Ar. 241, estima el recurso interpuesto contra el Acuerdo por el que se otorgó una comisión de servicios para ocupar el puesto de trabajo de Ayudante de Inspección en los Servicios de Sanidad Exterior de la Unidad Administrativa de Málaga.

X. Función Pública

En aplicación del art. 64 del RD 364/1995, el TSJ de Asturias anula el Acuerdo impugnado, puesto que no resultó acreditada la necesidad urgente e inaplazable de cubrir el puesto de trabajo vacante. Incluso aunque concurriese dicha circunstancia, se debió optar por otro medio de provisión que permitiese hacer frente a tal contingencia con carácter definitivo, y no a través de soluciones temporales. Por último, tampoco resultó probado que la funcionaria nombrada en comisión de servicios reuniese los requisitos del puesto de trabajo en cuestión, de adscripción exclusiva a determinada categoría de funcionarios.

5. DERECHOS ECONÓMICOS

A) Retribuciones básicas: no pueden determinarse a través de bases de convocatorias

La STS de 9 de febrero de 2000, Sala Cuarta, Ar. 1751, reitera la doctrina establecida en la STS de 14 de enero de 2000, Ar. 399, conforme a la cual a través de las bases de una convocatoria de plazas no pueden garantizarse retribuciones anuales contrarias a la regulación establecida legalmente. En el presente caso se trataba de una convocatoria del Servicio Valenciano de Salud para la provisión de plazas de libre designación de Dirección de Gestión y Servicios Generales de Instituciones Hospitalarias. El TS recuerda que ya en su Sentencia de 27 de abril de 1995, Ar. 3274, seguida entre otras por la de 13 de noviembre de 1998, Ar. 9744, se afirmó que las Instrucciones y Resoluciones de las Administraciones de las Comunidades Autónomas que han asumido el Servicio de Salud no pueden enervar el Real Decreto-Ley 3/1987, regulador de las retribuciones del personal estatutario, que es una norma estatal con rango de ley, ni pueden suponer tampoco un compromiso de fondos públicos al margen de la legalidad.

B) Retribuciones complementarias: no cabe establecer diferencias en las mismas para personal que desarrolla las mismas funciones

La STS de 21 de febrero de 2000, Sala Tercera, Ar. 2648, reitera la doctrina recogida en su Sentencia de 14 de diciembre de 1990, Ar. 10163, en la que ya se afirmó que no existe diferenciación alguna en los cometidos a desempeñar por los Subinspectores de Tributos de las categorías A y B, por lo que la menor retribución económica complementaria prevista para los Subinspectores de categoría B constituye una discriminación retributiva contraria al artículo 14 de la Constitución. Procede, por tanto, el abono de las diferencias retributivas dejadas de percibir.

De semejante tenor es la STSJ de Cataluña de 22 de marzo de 2000, Ar. 581, que afirma que las diferencias en las retribuciones complementarias entre los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social con nivel 25 de complemento de destino, y los Inspectores con nivel 26 no se apoyan en la atribución a los mismos de distintas funciones, cometidos o responsabilidades y que se deben únicamente al carácter de funcionarios de nuevo ingreso de los primeros, sin que ello pueda lógicamente justificar la diferencia retributi-

va, constituyendo una vulneración del principio de igualdad. En consecuencia, la Sala declara la nulidad de la Relación de Puestos de Trabajo en este aspecto y reconoce los derechos económicos y administrativos de la actora.

C) Retribuciones de los especialistas de cupo: su régimen no puede establecerse en un simple Acuerdo administrativo

La STS de 29 de febrero de 2000, Sala Tercera, Ar. 2657, confirma la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana que anuló el Acuerdo del Consell de la Generalidad Valenciana de 11 de mayo de 1992 por el que se adaptaban las retribuciones de los facultativos especialistas de cupo al sistema establecido por el Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre, y en el que, además, se habían regulado también otros aspectos como la dependencia de estos facultativos, su ámbito de actuación y asistencia, y su dedicación, horario y jornada. El acuerdo se había elaborado y aprobado como si fuera un simple acto administrativo, lo que ha sido práctica habitual en el desarrollo del citado Real Decreto-Ley. El TS recuerda que ya en Sentencias anteriores, y más concretamente en la de 10 de marzo de 1993, tuvo ocasión de afirmar que estos Acuerdos por su contenido abstracto y su temporalidad indefinida no pueden considerarse meros actos administrativos, sino auténticas disposiciones de carácter general. Por ello, se trata de regulaciones cuya elaboración y aprobación debería de haber seguido el cauce procedimental previsto para los reglamentos y la inobservancia de semejante requisito esencial obliga a la anulación del mismo.

D) Retribuciones: los convenios colectivos de la Administración con su personal no pueden contener previsiones contrarias a las Leyes de Presupuestos

La STS de 9 de marzo de 2000, Sala Tercera, Ar. 2901, anula un precepto del Convenio para el personal funcionario y laboral fijo de plantilla del Ayuntamiento de Castrillón para 1993 y 1994 que garantizaba al personal municipal que se encontrara en los diez años anteriores a la fecha de la jubilación obligatoria el máximo del complemento de destino correspondiente al Grupo al que perteneciesen, por vulnerar la Ley de Presupuestos Generales para 1994 que prohibía que las retribuciones del personal del sector público experimentasen una variación respecto a las de 1993 “en términos de homogeneidad para los dos períodos de la comparación, tanto por lo que respecta a los efectivos del personal como a la antigüedad del mismo”. El Tribunal afirma también que la previsión es contraria a la LMRFP, por cuanto supone una singularidad retributiva para un determinado colectivo de personal público contraria al principio de igualdad que consagra el artículo 24 de esta Ley.

Por su parte, la STSJ de Asturias de 14 de febrero de 2000, Ar. 238, anula varios preceptos de un Convenio Colectivo aplicable al personal laboral del Ayuntamiento de Mieres que preveía retribuciones, seguros y fondos de pensiones que eran claramente contrarios a las Leyes de Presupuestos de los años correspondientes.

E) Retribuciones: cuantificación de los trienios en el supuesto de reclasificación del empleo

La SAN de 9 de marzo de 2000, Ar. 642, resuelve la cuestión de cómo deben cuantificarse los trienios cuando se ha producido una reclasificación del empleo y éste ha pasado de un índice de proporcionalidad inferior a uno superior. La Audiencia, siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (STC 7/1982) y por el Tribunal Supremo (entre otras, SSTs de 23 de octubre de 1985, Ar. 4866, 14 de noviembre de 1986, Ar. 6427, y 2 de noviembre de 1993), afirma que en estos casos “no se produce un cambio o acceso del funcionario desde un Cuerpo a otro, sino un cambio de denominación que no altera la situación administrativa y escalafonal del funcionario”, por lo que no es de aplicación el criterio relativo al cómputo de trienios a los funcionarios en supuestos de servicios prestados en más de un Cuerpo, escala o plaza con distinto índice de proporcionalidad, “lo que supone que la asignación de un nuevo coeficiente (índice de proporcionalidad) lo es a todos los efectos y aplicable tanto a los servicios prestados bajo la nueva denominación como los llevados a cabo en el tiempo que se identificada con otro nombre”. No obstante, en el presente caso, el Real Decreto 359/1989, norma que había reclasificado el empleo de Subteniente del Ejército, estableció que los trienios perfeccionados con anterioridad al primero del mes siguiente a su entrada en vigor, no resultarían afectados por el cambio operado. Este Real Decreto fue posteriormente derogado por el Real Decreto 1494/1991, sin que éste recogiera referencia alguna al supuesto en cuestión, por lo que la Audiencia concluye que derogada aquella norma carece de apoyo legal la distinción a efectos remuneratorios de trienios perfeccionados en el empleo de Subtenientes antes y después del RD 359/1989. En consecuencia, reconoce el derecho del recurrente a percibir los trienios perfeccionados en la cuantía correspondiente a la reclasificación, con el plazo límite de retroactividad de cinco años a contar desde la reclamación inicial en aplicación del art. 46 de la Ley General Presupuestaria.

6. DERECHOS LABORALES

A) Derecho a descanso compensatorio por la realización de guardias médicas nocturnas en vísperas de fiesta

La STS de 18 de febrero de 2000, Sala Cuarta, Ar. 2051, se enfrenta al problema de si los facultativos que prestan servicio para el INSALUD y realizan guardias en vísperas de festivos, tienen o no derecho, conforme al Acuerdo de 22 de febrero de 1992 suscrito entre la Administración sanitaria y las organizaciones sindicales sobre aspectos retributivos y jornada laboral, a que seguidamente se les conceda un descanso semanal de 36 horas. El TS reitera la doctrina ya sentada en su Sentencia de 12 de junio de 1999, Ar. 6447, en la que se afirma que el reconocimiento de un derecho a un descanso compensatorio depende del tipo de guardia que se realice, debiendo distinguirse entre la guardia con presencia física y la guardia de localización. El derecho al descanso se reconoce para una jornada semanal de trabajo efectivo, por lo que las guardias de presencia física en los sábados o vísperas de festivo determinan siempre el surgimiento del derecho de descanso, mientras que las guardias de localización dan derecho al mismo únicamente si efectivamente se trabajó.

B) Límites a la movilidad funcional de los ATS de los servicios de salud

La STSJ de Andalucía (Málaga) de 7 de febrero de 2000, Ar. 557, anula la Nota de Circulación Interna del Jefe de Bloque del Servicio Andaluz de la Salud que comunicaba a las ATS destinadas en el Servicio de Laboratorio de Microbiología, que sus funciones alcanzarían a todas las que se desarrollan dentro del servicio incluyendo las de limpieza del material y útiles y la recepción de muestras, lo que sin embargo era una tarea encomendada en la Orden de 14 de junio de 1984 a las categorías inferiores de Auxiliares de Enfermería y Técnicos Especialistas. Ante la ausencia de una regulación específica de la movilidad funcional en el Estatuto del Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica (actualmente denominado Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo) y en la Ley 30/1984, de aplicación supletoria, la Sala realiza un examen del Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales a efectos de su aplicación analógica. De ese examen, la Sala deduce que los límites comunes a cualquier tipo de movilidad funcional son las titulaciones y el respeto a la dignidad del trabajador y a su derecho a la formación y promoción profesional, y aplicando esta doctrina concluye que procede la anulación de la decisión adoptada en la nota interna, pues la limpieza de materiales y recepción de muestras es una tarea que corresponde a categorías inferiores y su asignación a los ATS supone un menoscabo de su dignidad profesional y un perjuicio para su formación profesional.

C) Permuta de destinos entre funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía: carácter discrecional

La STSJ de Baleares de 31 de marzo de 2000, Ar. 694, afirma que tanto del art.119 del RD 2038/1975 (“El Director General de Seguridad podrá autorizar las permutas de destino entre funcionarios de la misma escala previo informe de los Jefes inmediatos de los solicitantes”) como del art. 62 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (“se podrá autorizar excepcionalmente permutas de destino”) se deduce el carácter discrecional del otorgamiento de la permuta de destinos, dado la utilización en ambas normas de la expresión “podrá”. La simple concurrencia de los requisitos exigidos en la legislación no es, por tanto, suficiente para obtener la permuta, pues la Administración puede denegarla por motivos de interés público y concretamente por razones de política de personal, aunque la denegación deberá estar debidamente motivada y justificada. En el presente caso, la resolución denegatoria inicial presentaba una clara deficiencia en la motivación, pero esa insuficiencia de la motivación quedó subsanada en la resolución desestimatoria del recurso ordinario, por lo que en aplicación del principio de economía procesal la Sala rechaza la anulación de la denegación de la permuta.

7. RÉGIMEN DISCIPLINARIO. DELITO DOLOSO E INFRACCIÓN DISCIPLINARIA. NO EXISTE BIS IN IDEM EN LOS SUPUESTOS EN QUE LA CONDENA PENAL APRECIA LA AGRAVANTE DE CARGO PÚBLICO. FUNCIONARIOS DEL CUERPO NACIONAL DE POLICÍA

La SAN de 3 de abril de 2000, Ar. 738, desestima el recurso interpuesto por un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía sancionado con la separación del servicio, como autor de una falta muy grave [“cualquier conducta constitutiva de delito doloso”, art. 27.3.b) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad], impuesta a consecuencia de una Sentencia que le condenó como autor de un delito de amenazas condicionadas, con la agravante de prevalerse de su condición de cargo público.

Según la SAN, el principio *non bis in idem* solamente puede ser de aplicación cuando el expediente disciplinario se atiene únicamente a los hechos probados en la sentencia penal y ésta, a su vez, castiga un tipo penal en el que se tiene en cuenta fundamentalmente la condición de funcionario del autor. En el supuesto comentado, el policía fue condenado por un delito en el que la condición de funcionario no era un elemento constitutivo del tipo. Por tanto, no cabe la invocación del principio *non bis in idem*, pese a que la condena penal apreció la circunstancia agravante de prevalimiento de la condición de cargo público, pues la misma hace referencia a la responsabilidad penal y no a la tipificación de la conducta.

La Sentencia mencionada aprecia además la proporcionalidad de la sanción disciplinaria de separación del servicio, la más grave de las contempladas por la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, por el grave daño que causa a la Corporación policial la comisión de un delito por uno de sus miembros que, precisamente, tiene encomendada la función de velar por el cumplimiento del orden jurídico, así como prevenir, investigar y prevenir los delitos.

8. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL

A) Cese de personal interino sin la correspondiente cobertura de la plaza

La STS de 25 de enero de 2000, Sala Cuarta, Ar. 1597, reitera la doctrina sentada en sentencias anteriores [SSTS de 21 de septiembre de 1993 (Ar. 6891), 29 de enero de 1994 (Ar. 391), 16 de junio de 1994 (Ar. 5441), 19 de mayo de 1997 (Ar. 4104) y 15 de diciembre de 1997 (Ar. 9318)], de acuerdo con la cual el cese del personal estatutario de la Seguridad Social sin mediar la cobertura de la plaza no es un despido improcedente, sino un cese afectado de un vicio de nulidad, pues el personal estatutario no está vinculado a la Administración por una relación jurídica de naturaleza laboral, sino por una relación de Derecho Público, que está excluida expresamente del Estatuto de los Trabajadores en su artículo 1.3.a). En consecuencia, se trata de un cese ilegal y nulo que determina la obligación de la entidad gestora de reintegrar al actor a su puesto de traba-

jo, sin la posibilidad, sólo existente para los despidos improcedentes, de optar por una indemnización.

B) Régimen del personal del Tribunal de Cuentas jubilado con anterioridad al 1 de enero de 1997

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo resuelve en las SSTS de 19 de noviembre de 1999, Ar. 2837 y 2839, 26 de noviembre de 1999, Ar. 2842 a 2844 y 3196, 30 de noviembre de 1999, Ar. 3201, y 9 de diciembre de 1999, Ar. 3270, la cuestión relativa a si el personal funcionario del Tribunal de Cuentas jubilado con anterioridad al 1 de enero de 1997 tiene derecho o no a que se le conceda la prolongación de la situación de servicio activo hasta que cumpla los setenta años de edad. En apoyo de esa pretensión, los recurrentes alegan que es una exigencia del principio de igualdad si se tiene en cuenta, por un lado, que tal posibilidad está prevista para otros empleados públicos (jueces, magistrados, secretarios judiciales, fiscales, letrados del Tribunal Constitucional y profesores universitarios), y, por otro lado, que conforme a la nueva redacción dada al art. 33 de la Ley 30/1984 por la Ley 13/1996, todos los funcionarios jubilados a partir del 1 de enero de 1997 pueden solicitar la permanencia en el servicio activo, lo que genera una situación de clara desigualdad con los jubilados con anterioridad a dicha fecha. El TS rechaza ambos argumentos afirmando, en primer lugar, que el Tribunal Constitucional ha aclarado, entre otras en su Sentencia 53/1993, que la vulneración del principio de igualdad no puede asentarse en una comparación entre diferentes cuerpos de funcionarios que desempeñan funciones distintas, y, en segundo lugar, que la diversa situación de los jubilados antes y después del 1 de enero de 1997 es la consecuencia normal de los principios de sucesión de normas en el tiempo y de irretroactividad. El funcionario se encuentra, además, en una situación jurídica objetiva definida legal y reglamentariamente y al entrar al servicio de la Administración acepta el régimen que configura la relación estatutaria funcionarial. En la relación estatutaria del jubilado antes del 1 de enero de 1997 no estaba comprendido derecho alguno a la prolongación de la situación de servicio activo, ni, por tanto, puede reclamarlo ahora.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

BELÉN MARINA JALVO

EVA DESDENTADO DAROCA

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

XI. URBANISMO**Sumario:**

1. Suelo urbano: En municipios sin Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano, será urbano el que tenga las condiciones para serlo. 2. Planeamiento urbanístico. A) Las ordenanzas urbanísticas prevalecen sobre el contrato del Estado con la Compañía Telefónica Nacional. B) No es ilegal modificar un PGOU antes de su publicación.

3. Ejecución del planeamiento. A) Entidades Urbanísticas de Conservación. B) Proyectos de Urbanización: los propietarios de suelo urbano no consolidado deben costear la urbanización. C) Sistemas de Actuación: cooperación: incumplimiento del deber de equidistribución de los beneficios y de las cargas. **4. Intervención en la edificación y uso del suelo.** A) Alcance de la declaración de inconstitucionalidad del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992. B) Efectos de la anulación de los Planes urbanísticos sobre las licencias ya concedidas. a) Mantenimiento de las licencias que hayan devenido firmes pese a la anulación de los Planes urbanísticos que las fundamentan. b) Imposibilidad de convalidación de las licencias por la normativa sustitutiva del Plan anulado. **5. Declaración de ruina.** A) Conceptos valorables en la ruina económica. B) Determinación de sujetos interesados en los expedientes de declaración de ruina de edificios catalogados como histórico-artísticos. **6. Protección de la legalidad urbanística.** A) Legitimación de los Concejales para anular licencias otorgadas por sus Corporaciones Locales. B) Legalización de obras realizadas sin licencia: la imposición de condiciones con la finalidad de legalizar unas obras construidas sin licencia no enerva el carácter reglado de las autorizaciones urbanísticas. C) Principio de proporcionalidad: no resulta de aplicación a la obligación de restaurar la realidad física alterada por una actuación ilegal. D) Alcance de la prescripción de las infracciones urbanísticas.

1. SUELO URBANO: EN MUNICIPIOS SIN PROYECTO DE DELIMITACIÓN DE SUELO URBANO, SERÁ URBANO EL QUE TENGA LAS CONDICIONES PARA SERLO

La Sentencia revisada en casación por el Tribunal Supremo había aceptado que el suelo sobre el que se había construido contaba con los servicios exigidos por el artículo 81.2

TRLS, pero lo consideraba insuficiente, pues entendía que todo el término municipal debía ser tratado como suelo no urbanizable al carecer el municipio de Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano.

La STS de 3 de mayo de 2000, Ar. 4075, rebate esa tesis con cinco argumentos: 1º) el art. 81.3 TRLS presupone la existencia de un PDSU en el que se incluye el suelo urbano y atribuye al resto la condición de no urbanizable; 2º) la atribución de la categoría de suelo urbanizable no es discrecional, pues han de calificarse necesariamente como tales los terrenos que cuenten con lo previsto en los arts. 78.a) o 81.2 TRLS; 3º) el disfrute de los derechos inherentes a los propietarios de suelo no puede quedar cercenado por el incumplimiento de los Ayuntamientos de su obligación de formular un PDSU, conforme a la Disposición Transitoria Quinta.3 TRLS; 4º) lo contrario llevaría al contrasentido de que sólo podrían concederse licencias para viviendas en suelo no urbanizable donde no exista posibilidad de formación de un núcleo de población; 5º) el art. 74.1 TRLS regula las condiciones máximas de altura en que pueden autorizarse las construcciones en suelo urbano carente de norma urbanística.

2. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

A) Las ordenanzas urbanísticas prevalecen sobre el contrato del Estado con la Compañía Telefónica Nacional

El problema fundamental que se plantea en la STS de 29 de febrero de 2000, Ar. 3665, es la relación entre las normas contractuales del Decreto de 31 de octubre de 1946 (que aprobó el Contrato entre el Estado y la CTNE) y las normas urbanísticas de cada municipio.

Dicho problema, según la Sentencia, ha sido objeto de soluciones contradictorias en la jurisprudencia, si bien se ha ido decantando en el sentido de conceder prevalencia jerárquica a la normativa urbanística vigente en los municipios donde se pretendía la instalación de partes y cables telefónicos, en virtud de principio interpretativo de adecuación a la realidad político-social imperante en el momento de la aplicación de las normas (art. 3 del Código Civil); extrayendo la conclusión de que la CTNE está obligada a la instalación subterránea cuando así lo prevea la norma urbanística concreta. Tal doctrina, concluye el TS, se acentúa en estos momentos con motivo de la liberalización y la privatización de los servicios telefónicos.

B) No es ilegal modificar un PGOU antes de su publicación

La jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene establecido, como se sabe, que la falta de publicación de los Planes urbanísticos no los invalida, pues sólo afecta a su eficacia. Echando mano de esta doctrina, la STS de 25 de mayo de 2000, Ar. 4110, resuelve que sí es posible la modificación de un PGOU aún no publicado, esto es, aún no nacido a la vida jurídica:

XI. Urbanismo

“Una modificación de una norma no es un acto de aplicación ni de desarrollo de esa norma, sino que es la norma misma, que resulta modificada; así que, por decirlo con otras palabras, cuando una norma se modifica, no se aplica, ni se ejecuta, ni se desarrolla, sino que simplemente se vuelve a gestar como norma, y el resultado es la norma misma, con igual valor y alcance y significado que aquella tenía.”

3. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

A) Entidades Urbanísticas de Conservación

El TS, en su **Sentencia de 13 de marzo del 2000**, Ar. 3675, debe de pronunciarse sobre la posibilidad de constituir Entidades Urbanísticas de Conservación sin que existan obras de urbanización que deban ser conservadas.

Para ello, indica que ciertamente la constitución de tales Entidades Urbanísticas se supe- dita en los preceptos contenidos en los arts. 25.2 y 3 del RGU 1979 a la existencia de obras de urbanización que deban ser conservadas, y reseña que también es verdad que si no existen tales obras de urbanización que hayan de conservarse, no es necesaria la existencia de dichas Entidades.

Sin embargo, el TS matiza dicha argumentación, al resaltar que:

“aunque no haya obras de urbanización, nada impide que en previsión de su existencia se proceda a la Constitución y fijación de los Estatutos de la Entidad que, en su día, habrá de hacer frente a tales obligaciones. En tanto la Entidad de Conservación no asuma obligaciones que no le están atribuidas, es posible su creación para poder cumplir, desde su inicio, a las obligaciones que un día serán propias” (FJ 2º).

Además, en el supuesto concreto en controversia (en el cual sí existían unas obras de urbanización que es función de la Entidad creada conservar), el ente constituido estaba previsto en el Plan, por lo que su creación, a juicio del TS, “no es sino el cumplimiento de una previsión urbanística recogida en el Plan, lo que legitima su existencia en virtud del art. 25.3 del Reglamento de Gestión Urbanística” (FJ 2º).

B) Proyectos de Urbanización: los propietarios de suelo urbano no consolidado deben costear la urbanización

Una de las cuestiones que debía resolver la **STS de 6 de marzo del 2000**, Ar. 2422, era la corrección de una actuación urbanizadora realizada por medio de un proyecto de urbanización referido a varias urbanizaciones que no se encontraban en curso de ejecución sino que ya estaban terminadas y habían sido recepcionadas por el Ayuntamiento correspondiente.

A este respecto, el TS va a indicar que los arts. 117.3 y 83.3.2º del TRLS 1976:

“permiten, en efecto, actuar sistemáticamente en suelo urbano por unidades de actuación y a cargo de los propietarios, pero no autorizan a exigir a éstos, que ya cedieron y costearon la urbanización, mejoras y reformas sucesivas y reiterada, a modo de urbanización inacabable, es decir, mediante la imposición de actuaciones de mejora de servicios que no responden a nuevas concepciones globales urbanísticas (v. gr. de reforma interior), sino a cambios y mejoras puntuales de los servicios urbanísticos como los de energía eléctrica, suministro de agua, evacuación de residuales, etc.” (FJ 6º).

El TS continua indicando en la Sentencia citada que la argumentación anterior no significa que el Ayuntamiento no pueda acometer tales obras ni que los propietarios no deban costearlas en la medida que legalmente corresponda, por ejemplo, mediante contribuciones especiales, pero sí que ello no puede hacer como obligación impuesta por el ordenamiento urbanístico.

De todo lo anterior, se deduce, en palabras del Tribunal:

“que la obligación de costear la urbanización que el artículo 83.3.2º impone a los propietarios de suelo urbano viene referida a las partes de suelo urbano que todavía no cuentan con los servicios urbanísticos y que sólo son suelo urbano por encontrarse en áreas consolidadas [artículos 78.a) y 81.2 del TRLS de 9 de abril de 1979], pero no a los propietarios de suelo que cuenta con todos los servicios” (FJ 6º).

Aunque el supuesto de hecho sobre el que versa esta Sentencia y otras posteriores es muy anterior a la Ley 6/1998, de 13 de abril, su doctrina es muy interesante porque ya anticipa la interpretación del art. 14.1 y 2 de la nueva Ley del Suelo, que para el Tribunal Supremo expresa una “verdad elemental del derecho urbanístico, que ya estaba sin duda implícita en el propio Texto Refundido de 1976”.

En concreto, la Sentencia considera que:

“(…) la obligación de costear la urbanización que el art. 83.3.2º impone a los propietarios de suelo urbano viene referida a las partes de suelo urbano que todavía no cuentan con los servicios urbanísticos y que sólo son suelo urbano por encontrarse en áreas consolidadas [arts. 78.a) y 81.2 TRLS] pero no a los propietarios de suelo que cuenta con todos los servicios. La nueva Ley del Suelo de 13 de abril de 1998 así lo especifica claramente, al imponer la obligación de costear la urbanización sólo a los propietarios de suelo urbano no consolidado, según su art. 14.2.c), exigiendo por el contrario a los propietarios de suelo urbano consolidado no costear la urbanización, sino “completar a su costa la urbanización necesaria para que los mismos alcancen, si aún no la tuvieran, la condición de solar”, según su artículo 14.1 (en el bien entendido de que ese “alcanzar la condición de solar” sólo se produce una vez, y que, a partir de entonces, el suelo es ya para siempre suelo urbano consolidado)” (En el mismo sentido, las SSTs de 30 de marzo de 2000, Ar. 4916, y 10 de mayo de 2000, Ar. 4087, 4088 y 4089).

XI. Urbanismo

C) Sistemas de Actuación: cooperación: incumplimiento del deber de equidistribución de los beneficios y de las cargas

En la Sentencia de 7 de junio del 2000, Ar. 4377, el TS va a terciar en la relación que se establece entre la obligación que recae en todos los propietarios afectados por una actuación urbanizadora de ceder terrenos de manera gratuita y libre de cargas y el principio de justa distribución de los beneficios y de las cargas.

Así, el TS comienza indicando que la cesión de los terrenos por los propietarios afectados debe ser gratuita y libre de cargas, pues así se recoge en la normativa urbanística [arts. 83.3.1º y 84.3, letras a) y b) del TRLS 1976]. Pero constituye un error jurídico muy claro entender que, como la cesión es gratuita, no hay que repartir el importe de lo cedido entre el resto de propietarios.

Para ello, el Tribunal resalta que el reparto de beneficios y cargas es siempre exigible, según el art. 3.º 2, letra b), del TRLS 1976, con la finalidad de impedir una desigual atribución de los beneficios y cargas del planeamiento entre los propietarios afectados e imponer la justa distribución. Esto significa, en palabras del TS:

“que los que tienen la obligación de ceder gratuitamente son todos los propietarios, y no sólo uno o alguno de ellos; todo lo cedido lo ceden entre todos y no solo los propietarios a quienes la mala suerte ha destinado su suelo o parte de él a viales, parques, jardines, etc. La cesión es gratuita, pero la hacen y la costean todos, y no sólo los que materialmente ceden. Esto es una verdad elemental en el ordenamiento urbanístico” (FJ 7º).

Una vez establecida esta doctrina general, el TS indica que sólo se puede excusar la equidistribución cuando en un polígono o unidad de actuación existe un solo propietario, “el cual cede todo en compensación a los beneficios que recibe, que son también todos” (FJ 7º). Sin embargo, dado que esta situación es una excepción al principio general de equidistribución, el Tribunal requiere que exista “cumplida prueba” de la misma para que tal excepción tenga virtualidad. La falta de prueba suficiente es, precisamente, lo que va a permitir al TS desestimar el recurso de casación interpuesto en el supuesto concreto de que se ocupa la Sentencia antes citada.

4. INTERVENCIÓN EN LA EDIFICACIÓN Y USO DEL SUELO

A) Alcance de la declaración de inconstitucionalidad del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992

La tesis general mantenida por el Tribunal Supremo respecto a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 realizada por la STC 61/1997, de 20 de marzo, en orden a determinar la legislación estatal aplicable, con carácter supletorio, a los asuntos pendientes de su decisión, ha sido la de considerar como *ius superveniens* el Texto de 1976 cuando los preceptos de éste son prácticamente coincidentes con el contenido material de los de aquél.

Así se ha entendido, entre otras, y por lo que respecta al período en esta crónica considerado, por la STS de 10 de mayo de 2000, Ar. 4092, respecto del ejercicio de la acción popular, la STS de 7 de abril de 2000, Ar. 4926, por lo que se refiere a las obras que son admisibles en los edificios declarados fuera de ordenación y la STS de 14 de febrero de 2000, Ar. 1948, resolutoria de un asunto referente a la declaración de ruina de un edificio, y en atención a la cual la inconstitucionalidad realizada por el Tribunal Constitucional de la Disposición Derogatoria Única del Texto Refundido de 1992, en cuanto abrogaba el anterior Texto de 1976, determina la “reviviscencia” de esta última disposición, que se convierte, de esta manera, en Derecho supletorio estatal. Dicha “reaparición” posibilita que pueda ser aplicado a la cuestión controvertida el precepto de 1976, que presenta el mismo contenido material que el de 1992 anulado, sin que la falta de identidad en la dicción de ambos preceptos impida esta solución.

No obstante, en este último fallo, el Magistrado Manuel GARZÓN HERRERO formula un voto particular en contra del anterior argumento que es necesario reseñar.

Partiendo del alcance de los pronunciamientos de inconstitucionalidad, el Magistrado discrepante considera que éstos determinan que la norma así declarada se encuentre fuera del Ordenamiento jurídico. Por ello, entiende que no se puede argumentar como motivo de casación la vulneración de un precepto inexistente, una infracción del Ordenamiento jurídico que no se ha producido.

Asimismo, entiende el Magistrado que no es de recibo la reconducción que efectúa la Sala del artículo del Texto Refundido de 1992 al correlativo de la normativa urbanística de 1976. Y ello por varias razones, fundamentalmente relativas a la ausencia de privación de las debidas garantías procesales a las partes, dado tanto el carácter aparente del proceso, en el que no existe Derecho que sirva de fundamento a las pretensiones de las mismas como por el exceso en que ha incurrido el Tribunal de Casación al pretender la resolución del problema desde la perspectiva de la tutela judicial.

Tampoco está de acuerdo el Magistrado con la tesis mantenida por la Sala respecto de la supletoriedad del Derecho estatal en este supuesto. Como además, la aplicación de esta cláusula exige un análisis del Derecho autonómico, y va dirigida al mismo, termina por concluir, por mor de los artículos 93.2 y 96.4 de la Ley Jurisdiccional, la incompetencia del Tribunal Supremo para conocer de este asunto, que corresponderá a los Tribunales Superiores de Justicia.

B) Efectos de la anulación de los Planes urbanísticos sobre las licencias ya concedidas

a) Mantenimiento de las licencias que hayan devenido firmes pese a la anulación de los Planes urbanísticos que las fundamentan

En la STS de 7 de febrero de 2000, Ar. 1935, el Tribunal no acoge la pretensión de los recurrentes a los que el Tribunal de Justicia de Cantabria les había anulado una licencia

XI. Urbanismo

de construcción por venir la misma amparada en un Plan urbanístico anulado por el propio Tribunal de instancia.

Para el Supremo, la postura mantenida por los recurrentes, basada en su propia jurisprudencia y en los artículos 120 y 112 de la antigua Ley de Procedimiento Administrativo, de mantener, pese a la anulación de los planes, las validez de las licencias ya firmes, no es aplicable al caso enjuiciado, ya que las autorizaciones cuya validez se discute ahora no habían devenido firmes al haberse impugnado las mismas por vía indirecta, con ocasión del recurso directo planteado frente a las Normas Subsidiarias de Planeamiento en que se amparaban.

b) Imposibilidad de convalidación de las licencias por la normativa sustitutiva del Plan anulado

La STS de 9 de junio de 2000, Ar. 4379, declara la imposibilidad de entender convalidada, en aplicación de la normativa vigente, una licencia de construcción que había resultado anulada por venir amparada en un Plan General que había sido declarado nulo por sentencia judicial.

Para el Tribunal:

“(…) desprovista de apoyo normativo urbanístico, la licencia perdió su soporte legal, y la posterior nueva aprobación definitiva del Plan no puede tener efectos convalidatorios, porque el vicio que ocasionó la anulación del Plan en la anterior Sentencia fue un vicio de nulidad de pleno derecho (...)”.

Esta conclusión es la misma a la que llega el TS en su Sentencia de 10 de abril de 2000, Ar. 4932. En esta ocasión, la pretensión de los recurrentes es, asimismo, la convalidación de una licencia dictada conforme a un Plan publicado seis meses después del otorgamiento de la autorización. El Tribunal señala que los efectos de los Planes urbanísticos han de situarse desde la fecha de su publicación, por lo que resulta infundado pretender la convalidación de una licencia que no tenía soporte normativo alguno.

5. DECLARACIÓN DE RUINA

A) Conceptos valorables en la ruina económica

La STS de 17 de febrero de 2000, Ar. 1952, –siguiendo en este punto su doctrina, definida, entre otras en las Sentencias de 24 de febrero de 1989, 5 de junio de 1991, 2 de junio de 1992, 1 de febrero de 1993 y 2 de febrero de 1993–, considera el porcentaje del Impuesto de Valor Añadido que corresponde a los costes de reparación de los edificios como concepto que debe computarse a efectos de declaración de ruina económica de los mismos. Por su parte, la STS de 27 de marzo de 2000, Ar. 3832, incluye entre estos elementos, ateniéndose a su reiterada doctrina, los gastos de materiales y mano de obra, así como el beneficio industrial y las tasas municipales.

B) Determinación de sujetos interesados en los expedientes de declaración de ruina de edificios catalogados como histórico-artísticos

En la Sentencia de 8 de febrero de 2000, Ar. 1942, el TS resuelve un recurso interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra la resolución del Ayuntamiento de Barcelona que declaró ruina parcial de un inmueble de interés cultural. El recurso había sido iniciado por una entidad mercantil que pretendía la declaración de ruina para todo el edificio, pretensión que fue acogida por la Sentencia de instancia que ahora se casa.

El problema que se trata de dilucidar es el de si el Departamento de Cultura del órgano autonómico, que se había personado como parte interesada en el expediente de declaración de ruina, debía haber sido o no notificado de la interposición de los correspondientes recursos judiciales (ante el TSJC y ante el TS después).

El TS se plantea si debe prevalecer en el supuesto considerado lo establecido en el artículo 24.1 de la Ley de Patrimonio Histórico Español, Ley 16/1985, de 25 de junio, —que dispone que “Si a pesar de lo dispuesto en el art. 36 llegara a incoarse expediente de ruina de algún inmueble afectado por expediente de declaración de Bien de Interés Cultural, la Administración competente para la ejecución de esta Ley estará legitimada para intervenir como interesado en dicho expediente, debiéndole ser notificada la apertura y las resoluciones que en el mismo se adopten”—, o, por el contrario, debe atenderse a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional conforme a la cual se excluye, como regla general, el emplazamiento personal de las Administraciones Públicas, suponiendo que éstas tiene el deber de conocer los anuncios de litigios iniciados y que afecten a sus intereses.

El FJ 3º aclara el criterio al que ha de ajustarse el caso, señalando que:

“Entendemos que dicha jurisprudencia del Tribunal Constitucional no es aplicable al supuesto que decidimos. El artículo 24.1 de la Ley de Patrimonio Histórico Español exige la notificación a la Administración competente de las resoluciones que en el expediente de ruina se adopten. Desde esta posición legalmente consagrada, y habiendo comparecido en el expediente de ruina incoado, la Generalidad pudo racionalmente deducir que cualquier resolución que se adoptase le iba a ser comunicada, sin que fuera necesario vigilar los anuncios que de la interposición de recursos se hicieran en los periódicos oficiales. La diligencia exigible a la Administración, en esta situación, es la de estar pendiente de lo que suceda en el expediente y ser consecuente con lo que en el mismo se decida. No es exigible, por el contrario, a la Administración, que es parte en un expediente, que esté pendiente de conocer por otros medios aquello que debe conocer y comunicársele en el expediente.”

6. PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA

A) Legitimación de los Concejales para anular licencias otorgadas por sus Corporaciones Locales

La STS de 23 de mayo de 2000, Ar. 4365, aclara cuáles son las normas que regulan la legitimación de los Concejales para impugnar los acuerdos de sus respectivas Corporaciones en que hayan tomado parte los mismos. Siguiendo la Sentencia de la Sala de 5 de julio de 1999, determina que estos requisitos son: que hubieren intervenido en la adopción del acuerdo y hubieren votado en contra del mismo.

Esta circunstancia no se produce en el supuesto planteado en esta resolución, en la que los recurrentes (que obtuvieron del Tribunal de instancia la anulación de una licencia, lo que confirma el TS), no tenían en el momento de concesión de la licencia la condición de miembros de la Corporación local, ya que tomaron posesión de sus cargos al día siguiente de firmar aquel acuerdo.

B) Legalización de obras realizadas sin licencia: la imposición de condiciones con la finalidad de legalizar unas obras construidas sin licencia no enerva el carácter reglado de las autorizaciones urbanísticas

El TS señala, en su Sentencia de 17 de abril de 2000, Ar. 3845, que no constituye una condición de las que enervan el carácter de las licencias urbanísticas como regladas la obligación que se impone al recurrente de desmontar unas obras que se consideran ilegales, a efectos de regularizar la situación urbanística de la construcción realizada sin licencia.

El FJ 5º de la decisión expresa que la *condictio iuris* o carga modal, precisa, cierta y concretamente determinada, a realizar por el solicitante tiende a posibilitar, precisamente, la concesión de esa autorización para edificar, al entenderse eliminados los obstáculos que impiden su concesión precisamente debido al carácter reglado de las licencias urbanísticas.

C) Principio de proporcionalidad: no resulta de aplicación a la obligación de restaurar la realidad física alterada por una actuación ilegal

La STS de 28 de abril de 2000, Ar. 4953, señala que el principio de proporcionalidad no es aplicable a las categorías de normas denominadas “imperativas o cogentes” y en cuanto a su protección, de las “pluscuamperfectas”, como la que determina, en el supuesto enjuiciado, la obligación de demoler lo indebidamente construido cuya legalización resulta imposible. Frente a actuaciones como la sometida a la consideración del Alto Tribunal, que contradicen el planeamiento urbanístico, la Administración está compeliada a restaurar la realidad física alterada o transformada por medio de la acción ilegal, sin posibilidad alguna de optar entre dos o más medios distintos, que sería el criterio que ampararía el ámbito de aplicación del mencionado principio.

D) Alcance de la prescripción de las infracciones urbanísticas

La STS de 3 de abril de 2000, Ar. 4918, desestima el recurso de casación interpuesto por un particular contra la denegación de la licencia de primera ocupación de dos viviendas construidas ilegalmente pero que no pudieron ser sancionadas por haber prescrito la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística.

Considera el Tribunal que el principio de prescripción de las infracciones urbanísticas no puede extender sus efectos más allá del mantenimiento de lo ilegalmente construido, sin posibilidad, por consiguiente, de amparar un derecho de ocupación o un uso urbanístico no permitido.

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 generales. B) Enajenación de bienes patrimoniales. Requisitos para permutar un bien. C) Utilización de los bienes de dominio público. Los bienes destinados a un uso público. D) Utilización de los bienes de dominio público. Los bienes destinados a un servicio público. E) Utilización de los bienes de dominio público. El aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales. F) Utilización de los bienes de dominio público. Carácter oneroso de las utilidades especiales y privativas. G) Utilización de los bienes patrimoniales. Vinculación a la prestación de un servicio público. H) Prerrogativas de las Entidades locales. Recuperación de oficio. I) Defensa de los bienes municipales. Ejercicio de la acción reivindicatoria. **3. Aguas continentales.** A) Aguas subterráneas. B) Aguas privadas (Legislación anterior). C) Aprovechamientos hidroeléctricos. D) Régimen económico-financiero. E) Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. **4. Aguas marítimas.** A) Deslinde. B) Limitaciones sobre las propiedades colindantes. C) Los usos del dominio público marítimo-terrestre. D) Titularidad y competencias sobre el demanio marítimo. E) Puertos. F) Pesca y cultivos marinos. **5. Carreteras.** A) Autopistas de peaje: indemnización por revisión de tarifas. B) Realización de obras en zona límite de edificación. C) Acceso a finca situada al lado de una carretera: derecho de restablecimiento. **6. Montes.** A) Montes catalogados: autorización de ocupación precedente. B) Montes vecinales en mano común: requisitos de clasificación. C) Derecho de retracto a favor de la Administración: ejercicio correcto.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia constitucional aparecida desde el BOE de 30 de junio de 2000 al día 20 de octubre de 2000 y la jurisprudencia ordinaria publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi del año 2000 entre los números 1551 y 3550 (cuadernillos 8 a 15).

2. BIENES LOCALES

A) Enajenación de bienes patrimoniales. Requisitos generales

La regla general para la enajenación de los bienes patrimoniales de las Entidades locales es el procedimiento de subasta. Así, lo declara el artículo 80 del TRLRL de 1986; ello supone una medida preventiva de garantía, en salvaguardia de la integridad administrativa y en evitación de colusiones lesivas de intereses públicos. En el caso enjuiciado en la **STS de 14 de marzo de 2000**, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 3678, en cambio se aplica el artículo 170 de la Ley del Suelo de 1976 y se adjudica directamente la parcela por entender que forma parte del patrimonio municipal del suelo y permitirlo el precepto citado; sin embargo, para acudir al procedimiento previsto en dicho precepto es necesario que la parcela forme parte de patrimonio municipal del suelo y que dicho patrimonio especial y separado esté constituido.

B) Enajenación de bienes patrimoniales. Requisitos para permutar un bien

Para permutar un bien patrimonial municipal por otro de un particular, excluyendo la subasta, en el artículo 112 del Reglamento de Bienes de 1986 se exigen dos requisitos sustantivos: acreditar la necesidad de la permuta y que la diferencia del valor entre los bienes que se trata de permutar no sea superior al 40 por ciento del que lo tenga mayor. Como se indica en la **STS de 31 de enero de 2000**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2112, el incumplimiento de estos requisitos es insubsanable, ya que no constituyen meros requisitos formales del expediente, sino que afectan a la esencia de la validez de la permuta.

En cuanto al primer requisito, la acreditación de la necesidad de la permuta, no es suficiente que se acredite en el expediente la justificación de la adquisición del bien y la finalidad a la que se pretende destinar, sino que también debe aportarse al expediente los informes y consideraciones técnicas, económicas y jurídicas que justifiquen la necesidad de efectuar esa adquisición mediante permuta, sistema excepcional de enajenación de los bienes municipales que los excluye de la subasta, dado que también pudo llevarse mediante los procedimientos de compra o expropiación forzosa.

En cuanto al segundo requisito, la diferencia de valor máxima entre los valores permutados, se debe acudir a las valoraciones que figuran en el expediente. En el caso debatido, en la Sentencia citada sólo constaba la valoración del arquitecto municipal, por lo que a ella es necesario atenerse y no a la valoración subjetiva del propietario del bien que se pretendía permutar, dadas las circunstancias concurrentes.

C) Utilización de los bienes de dominio público. Los bienes destinados a un uso público

La utilización especial o privativa de los bienes destinados a un uso público requiere el otorgamiento de una licencia o concesión. En el caso discutido en la **STS de 4 de mayo**

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

de 2000, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 4077, se parte de que la ocupación de un bien de dominio público por una carpa-terraza es una utilización privativa y requiere la solicitud de una concesión. En consecuencia, el particular no puede ocupar un bien de dominio público con esa finalidad sin haber solicitado ni concesión ni autorización; ni tampoco pretender que el Ayuntamiento tiene la obligación de otorgársela. Por otra parte, la posibilidad de realizar obras de carácter provisional contempladas en el artículo 136 de la Ley del Suelo de 1992 y 58.2 de la Ley del Suelo de 1976 no eximen, si se pretenden realizar sobre terrenos de propiedad municipal, de contar con el previo consentimiento del Ayuntamiento titular de tales bienes, expresado por el procedimiento legalmente establecido; previsión que se corresponde con lo indicado en el artículo 2 del Reglamento de Disciplina Urbanística. Finalmente, debe indicarse que la actividad que se quiere realizar está sujeta a las prescripciones del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 1961, por lo que también habría que sujetarse a lo en él establecido.

Además, el otorgamiento de la concesión debe realizarse por el procedimiento legalmente establecido. En caso contrario, en el artículo 81 del Reglamento de Bienes de 1986 se determina la nulidad de las concesiones de uso privativo de dominio público que se hubiesen ajustado a los trámites especificados en la respectiva normativa, que impone entre otras circunstancias la existencia de una licitación. En el supuesto enjuiciado en la **STS de 5 de abril de 2000**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4013, no se había logrado probar que la concesión se había otorgado a determinados vecinos para construir una piscina de acuerdo con el procedimiento, al no obrar el correspondiente expediente en el Ayuntamiento y sólo constar un documento privado de cesión de uso no firmado por el Ayuntamiento, un proyecto de legalización de la piscina y un escrito de oposición de los vecinos a que saliera en licitación la concesión de la piscina.

Por otra parte, en ciertos casos las competencias de los Ayuntamientos para autorizar las ocupaciones de los bienes de dominio público están limitadas. Éste es el supuesto de la ocupación del dominio público local por infraestructuras pertenecientes a empresas de telecomunicaciones. La autorización para que puedan actuar estas empresas y construir las infraestructuras en los bienes públicos o privados que resulten precisos la otorga una Administración diferente al Ayuntamiento. En consecuencia, la Entidad local no puede denegar las solicitudes de ocupación del dominio público local imprescindible para que las empresas realicen la actividad a la que están autorizadas. Esta limitación de las atribuciones locales no es contraria a la autonomía municipal, dado que la competencia para autorizar en el sector de telecomunicaciones no es local, sino que corresponde a otra Administración, y con la denegación de la ocupación del dominio público se estaría impidiendo el ejercicio efectivo de la competencia de esa otra Administración. Además, se respeta la autonomía local, en la medida que el Ayuntamiento es quien determina en última instancia el lugar en el que se situarán las infraestructuras de telecomunicaciones e, incluso, puede establecer una ordenación de los espacios que deben ocuparse. **STS de 24 de enero de 2000**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 331.

D) Utilización de los bienes de dominio público. Los bienes destinados a un servicio público

En el artículo 74 del Reglamento de Bienes de 1986 se establece que el uso de los bienes de servicio público se regirá, ante todo, por las normas del Reglamento de Servicios de las Entidades locales y subsidiariamente por las del Reglamento de Bienes. Tal remisión al Reglamento de Servicios puede apreciarse en la **STS de 15 de febrero de 2000**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2645, en la que surgen diversas diferencias sobre la utilización del mercado central de frutas y verduras de determinada localidad y en la que el Tribunal aplica el Reglamento de Servicios.

E) Utilización de los bienes de dominio público. El aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales

El sistema de aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales se encuentra regulado en el artículo 75 de la Ley de Régimen Local de 1986. Dicho precepto escalona por orden de preferencia cada una de las posibles formas de explotación de los bienes comunales, de modo que su aplicación respectiva requiere que no sea posible acudir a la anterior; así sólo cuando sea impracticable el aprovechamiento y disfrute general simultáneo, podrá acudirse a la costumbre u ordenanza local, en su defecto, a la adjudicación de suertes o lotes y, sólo finalmente, a la adjudicación en pública subasta, mediante precio. Este orden, en el caso debatido en la **STS de 18 de octubre de 1999**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2005, no había sido respetado por el Ayuntamiento, que acudió directamente al sistema de subasta, sin acreditar previamente que los otros no fueran viables y tomando como punto de partida no el ganado vecinal, sino el uso privado de cada vecino, en el sentido estricto y uniforme en que este concepto es determinado en el artículo 243 del Reglamento de Montes. Por otra parte, no puede justificarse la subasta en el hecho de que se esté en presencia de un monte catalogado. Aunque el monte sea de utilidad pública y resulten de aplicación las prescripciones de la Ley de Montes, en el artículo 4 de esta última norma se establece que el régimen jurídico del disfrute del monte inherente a la propiedad municipal es el fijado en la legislación de régimen local, por lo que siendo comunal el monte debió respetarse lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley de Régimen Local citado.

F) Utilización de los bienes de dominio público. Carácter oneroso de las utilizaciones especiales y privativas

La utilización especial y privativa del dominio público es onerosa. Por tanto, procede la exigencia de precios públicos, en la configuración jurídica de la versión originaria de la Ley de Haciendas Locales de 1988, o actuales tasas, en la nueva redacción dada a los artículos 20 y siguientes de la Ley de Haciendas Locales por la Ley 25/1998, de 13 de julio.

No obstante, no procede el abono de estos ingresos de Derecho público por ocupación del dominio público cuando dicha ocupación sea precisa para la prestación del servicio público al que estén destinados. Caso que sucede en el caso de las viviendas destinadas a

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

maestros, que constituyen dominio público municipal destinado a un servicio público docente y quienes lo disfrutan lo hacen precisamente por ser profesores encargados de dicho servicio, por lo que sólo si, previa autorización de la Administración educativa correspondiente, el Ayuntamiento procediera a la desafectación de las viviendas, cabría la cobranza de una renta. **STS de 28 de abril de 2000**, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 3032. Tampoco resulta procedente cuando se realiza una concesión mixta de servicio público y de construcción y para llevar a cabo las obras necesarias se ocupa transitoriamente dominio público, porque se entiende comprendido dentro del ámbito de la concesión otorgada. **SSTS de 18 de abril y 4 de mayo de 2000**, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 4221 y 4228.

El importe de los ingresos de Derecho público se fijará tomando como referencia el valor que tenga en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si lo bienes afectados no fuesen de dominio público. Criterios legales que son los únicos que pueden tenerse en cuenta, como se desprende de la **STS de 15 de abril de 2000**, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 3023. Para ello será necesario la elaboración de unos informes técnico-económicos o unas memorias económico-financieras. En caso de faltar estos estudios previos quedará afectada la ordenanza donde se establezca la imposición de ese precio público, actual tasa, como se indica en las **SSTS de 7 de febrero, 15 y 22 de abril y 19 de mayo de 2000**, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 2784, 3021, 3025 y 4230. En todo caso, las Ordenanzas que se aprueben deberán seguir el procedimiento de tramitación previsto en la legislación. **STS de 14 de abril de 2000**, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 4273.

En la Ley de Haciendas Locales se establece un sistema especial de determinación de la cuantía de la tasas por aprovechamientos especiales y privativos de vías públicas por empresas explotadoras de servicios de suministros consistente en la aplicación del porcentaje del 1,5 por ciento sobre los ingresos brutos de las citadas empresas. Sistema que se aplica en las **Sentencias de 13, 14 y 15 de abril de 2000**, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 3018, 3019 y 3022.

G) Utilización de los bienes patrimoniales. Vinculación a la prestación de un servicio público

En algunas ocasiones la utilización de determinados bienes patrimoniales puede resultar imprescindible para la prestación de un servicio. En este caso será de aplicación prioritaria el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Aplicación prioritaria que se contiene en la **STS de 24 de marzo de 2000**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 3504.

H) Prerrogativas de las Entidades locales. Recuperación de oficio

La utilización privativa de los bienes de uso público requiere una concesión previa. En el caso de que no se haya otorgado, una vez probada la propiedad municipal de las parcelas y que no ha existido concesión, resulta procedente la recuperación de los bienes municipales. Además, debe tenerse en cuenta que en el artículo 68 de la Ley de Bases de

Régimen Local se establece que las Entidades locales tienen la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos; y que cualquier vecino podrá requerir su ejercicio a la Entidad interesada, de suerte que a falta de ejercicio de las mismas en el plazo de treinta días por parte del Ayuntamiento dará lugar a la posibilidad de que los vecinos interesados puedan ejercitarlas por sí mismas con las consecuencias previstas en el apartado cuarto del artículo 68 citado, relativas al resarcimiento de las costas y daños y perjuicios que se le hubieran causado al vecino, en el caso de que prosperase la acción. **STS de 5 de abril de 2000**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4013.

1) Defensa de los bienes municipales. Ejercicio de la acción reivindicatoria

El Ayuntamiento puede ejercitar la acción reivindicatoria ante los tribunales ordinarios en defensa de los bienes que considere de su propiedad. Pero es al actor que pretende la reivindicación del bien controvertido a quien incumbe la prueba de los requisitos de la acción ejercitada, entre ellos el título de dominio que alega. Dominio que no se probó por la Entidad reivindicante en el caso debatido en la **STS de 26 de mayo de 2000**, Sala Primera, Ar. 3498. De esta forma, no resultaron suficientes la inclusión del cementerio en el Catastro de la riqueza rústica y en el Inventario de bienes del Ayuntamiento, un acuerdo municipal de cesión de la administración del bien y los datos obrantes en un libro publicado por un particular sobre los apuntes históricos de la parroquia.

Por lo que respecta a los datos obrantes en el Catastro, en la Sentencia citada se afirma que figuran en el Catastro de riqueza rústica desde el año 1930 y del de la Contribución territorial urbana a partir de 1985. Pero las certificaciones de los datos obrantes en el Catastro no prueban la propiedad, sino que son meros indicios que necesitan conjugarse con otros medios probatorios. En caso contrario se convertiría a los órganos administrativos encargados de ese registro en definidores del derecho de propiedad y haría inútil la existencia de los Tribunales de Justicia, cuya misión es precisamente la de declarar los derechos controvertidos. Y en relación con la inclusión de la finca en el Inventario de bienes del Ayuntamiento, carece de fuerza probatoria para afirmar el dominio, puesto que son los Tribunales de Justicia los encargados de declarar el dominio controvertido.

3. AGUAS CONTINENTALES

A) Aguas subterráneas

Según resulta del art. 184.6 del RDPH, para que un aprovechamiento resulte afectado por otro nuevo, ha de demostrarse la existencia de un perjuicio directo. En la **STS de 10 de abril de 2000**, Ar. 2950, se acude a este precepto para resolver el caso controvertido, resolviéndose sobre la validez de la concesión de aguas subterráneas otorgada por la CH del Júcar, al no demostrarse por los recurrentes la relación directa perjudicial entre dicho otorgamiento y sus aprovechamientos (la extracción de aguas se sitúa a 25 kms de distancia). Tampoco obsta a la validez del título concesional la no aprobación del Plan

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Integral de Explotación de los acuíferos de La Mancha Oriental, por aplicación analógica de la Disposición Transitoria Sexta de la Lag., y de jurisprudencia anterior (SSTS de 9 y 30 de marzo de 1998, crónica XII.3.G, y de 8 de marzo de 2000, crónica XII.3.B de esta Revista).

Sobre una problemática similar versa la **STS de 23 de mayo de 2000**, Ar. 3889. En esta decisión también se considera conforme a derecho la concesión de aguas subterráneas impugnada. Dada la presunción de validez de los actos administrativos, la carga de la prueba compete al que pretende desvirtuar aquéllos, y en el presente caso no consigue demostrarse la relación entre los alegados perjuicios a otros aprovechamientos y la explotación concedida.

B) Aguas privadas (Legislación anterior)

Se analiza en la **STS de 21 de febrero de 2000**, Ar. 3851, si las aguas que nacen en una finca propiedad de un particular, que desde allí son conducidas por tubería hasta su domicilio, después de atravesar otras dos fincas de su propiedad, y una porción de camino público, poseen el carácter de sobrantes y por tanto de públicas o no, desde el momento mismo en que traspasan los linderos de la finca en que nacen. El parecer mayoritario del TS es que, partiendo de los arts. 5 y 9 de la Lag. de 1879, 412 CC y Disposición Transitoria Segunda de la Lag. de 1985, las aguas no aprovechadas en el mismo predio donde nacen, adquieren el carácter de públicas sin que puedan ser en manera alguna desviadas del curso por donde primitivamente se alejaban. No obstante, se emite un voto particular, discrepando de la decisión referida.

C) Aprovechamientos hidroeléctricos

En la **STS de 17 de enero de 2000**, Ar. 4186, se considera incorrecta una Resolución administrativa de 1989, por la que se convocaba concurso para adjudicar la elaboración del proyecto relativo a los aprovechamientos hidroeléctricos del tramo final del acueducto Tajo-Segura, sobre el embalse de Talave. La empresa eléctrica recurrente contaba a su favor con una reserva del salto a pie de presa derivado de un Convenio de 1968, de manera que la DGOH incurrió en error al entender prescrito el derecho concesional citado. En efecto, según el TS la prescripción de 15 años a que alude el art. 1964 CC, ha de contarse desde el día en que pudo ejercitarse el derecho, según prescribe el art. 1969 del mismo cuerpo legal, es decir, no desde 1968 –fecha del Convenio–, sino desde 1979, momento en que la presa estaba acabada, albergaba ya las aguas del trasvase, y podía hacerse factible el aprovechamiento hidroeléctrico.

D) Régimen económico-financiero

Por la **STS de 3 de abril de 2000**, Ar. 3012, se entiende que la Resolución de la DGOH de 1985, aprobatoria del canon de regulación de los Embalses de Cenajo y Camarillas para 1984, girada a la “Junta de Hacendados de la Huerta de Murcia”, y objeto de con-

troversia, es correcta debido a que —como ha quedado demostrado— los regadíos tradicionales también se benefician de las obras de regulación construidas por el Estado, no pudiéndose amparar la pretendida exención en lo contenido en el art. 5 del Decreto de 25 de abril de 1953. (En el mismo sentido, véanse las SSTs de 18 y 26 de febrero de 2000, crónica XII.3.E de *Justicia Administrativa* núm. 9.) Similar jurisprudencia puede encontrarse en las SSTs de 17 de febrero de 2000, Ar. 4208, 30 de marzo de 2000, Ar. 3761 y 25 de abril de 2000, Ar. 3029.

De otro lado, y en relación al canon de vertido, la STS de 31 de marzo de 2000, Ar. 2634, declara correcta la liquidación practicada por la CH del Norte a una empresa para el ejercicio 1988, no siendo obstáculo para ello que dicha entidad disponga de una autorización provisional de vertido, amparada en la Orden de 23 de diciembre de 1986. La obligación de satisfacer el canon surge de los arts. 92 y 105 Lag. y concordantes del RDPH, y en esos preceptos no se distingue entre autorizaciones definitivas y provisionales, de manera que ni el principio de reserva de ley ni el de jerarquía normativa aparecen vulnerados. (Puede consultarse con un contenido semejante la STS de 23 de octubre de 1999; crónica XII.3.G del núm. 8 de esta Revista.) Sentando una jurisprudencia similar hay que destacar las SSTs de 6, 8 y 14 de abril de 2000, Ar. 3014, 3771 y 3020, respectivamente.

Añadiendo a esa doctrina, que no es obstáculo para la liquidación del canon de vertido la no aprobación del PHC en ese momento, habría que resaltar la STS de 31 de mayo de 2000, Ar. 4506, conclusión a la que se llega partiendo de jurisprudencia anterior (así, STS de 27 de marzo de 1998, crónica XII.3.I del núm. 2 de *Justicia Administrativa*, y STS de 26 de febrero de 2000, crónica XII.3.E del núm. 9 de esta Revista).

E) Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

Conforme al art. 121.2 LEF, en los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso de que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste. Al no cumplirse estas dos últimas condiciones, en la STS de 12 de febrero de 2000, Ar. 2172, se afirma que de los daños producidos por la rotura de la red de agua potable del municipio, que dieron lugar a la ruina de un edificio, debe responder la empresa concesionaria del servicio, ya que entre las obligaciones asumidas por ésta, se encontraba la de conservación de las instalaciones.

Fuera ya del ámbito de la concesión de servicio público, en la STS de 30 de marzo de 2000, Ar. 4052, se resuelve un caso que versa también sobre una reclamación de daños frente a la Administración. La Sentencia de instancia había declarado la concurrencia de fuerza mayor excluyente de la responsabilidad patrimonial de la Administración, y precisó que los daños sufridos en varios locales de la zona fueron causados por las fuertes lluvias, pero no por el desembalse de la presa El Atazar ordenado por el Consejero de la Presidencia de la CA de Madrid. El TS confirma la Sentencia impugnada por cuanto quedó

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

demostrado que el desembalse fue efectuado de modo paulatino, aminorando los efectos de lo que fue un fenómeno natural imprevisible e inevitable.

4. AGUAS MARÍTIMAS

A) Deslinde

El deslinde, como tal, es el acto material resultante del ejercicio de una potestad administrativa estatal inherente a la naturaleza demanial de los bienes sobre los que se ejercita, siempre con la pretensión de fijar los límites del dominio público marítimo-terrestre frente a otros terrenos colindantes que carecen de aquélla. Por eso, es exclusivamente el resultado del mismo el que señala la meritada naturaleza en relación con una superficie concreta y, derivado de lo anterior, el que determina la aplicación sobre ella de las limitaciones que suelen caracterizar a los bienes de tal manera calificados. Así lo recuerdan las SSTs de 22 de marzo de 2000 (dos), Ar. 3691 y 3692.

B) Limitaciones sobre las propiedades colindantes

La existencia de limitaciones sobre la propiedad privada contigua al demanio marítimo con el fin de cumplimentar necesidades públicas pero, sobre todo, con el de su salvaguardia, es lugar común tanto en la normativa precedente como en la actual, si bien en aquélla con un evidente menor rigor que en ésta. Muestra de la primera es, sin ir más lejos, la admisión general que la Ley 28/1969, de 6 de abril, de Costas, hacía de la realización en zona de servidumbre de salvamento –hoy de protección– de obras e instalaciones, siempre que no supusieran un obstáculo para la efectividad de la servidumbre allí establecida, que no afectasen a la integridad del dominio público y que no se opusiesen a lo establecido en los Planes de Ordenación existentes; supuesto este hoy impensable. Por esta razón, y dado que la licencia para la construcción de una vivienda unifamiliar sobre la que versa el supuesto resuelto por la STS de 28 marzo de 2000, Ar. 1849, fue solicitada durante la vigencia de la misma, debe ser otorgada, siendo indiferente que la resolución definitiva viniese ya producida bajo el imperio de la nueva Ley de Costas de 1988, en tanto que el retraso se debió a una dilación injustificada imputable a la propia Administración.

En lo que hace a esta última norma, vigente en la actualidad, las limitaciones al derecho de propiedad sobre los terrenos contiguos al dominio público marítimo-terrestre se traducen, sobre todo, en la prohibición de realizar en los mismos obras y actividades que puedan poner en peligro la integridad de aquél. En este sentido, el artículo 25.1.a) establece que en la zona de servidumbre de protección –extensiva a una franja de terreno de 100 metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar (artículo 23.1)– sólo se permitirá, con carácter ordinario, la realización de obras, instalaciones y actividades que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación o presten servicios necesarios o convenientes para el uso del dominio público marítimo-terrestre, así como

las instalaciones deportivas descubiertas. Al margen de éstas, sólo en casos excepcionales y debidamente justificados podrán autorizarse obras y actividades distintas; excepcionalidad y justificación que no concurren en el supuesto enjuiciado por la STS de 3 de mayo de 2000, Ar. 3867, en el que se pretendía la nueva construcción de viviendas y bar-restaurante situado en la planta baja, lo que colisiona con la prohibición general de realizar en dicha zona edificaciones destinadas a residencia o habitación.

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, y en tanto que excluyen el uso general del mismo, requieren de concesión administrativa otorgada previamente por la Administración competente. Concesión que, obviamente, habrá de venir anudada al cumplimiento de las condiciones fijadas en la misma, declarándose en el caso contrario su caducidad, sin derecho alguno a indemnización. Así lo recuerda, en lo que hace a la regulación pasada –idéntica de fondo en este punto a la presente–, la STS de 27 de marzo de 2000, Ar. 2630.

D) Titularidad y competencias sobre el demanio marítimo

El hecho de que el demanio marítimo sea estatal no ha de identificarse, en ningún momento, con el hecho de que las Comunidades Autónomas no dispongan de competencias para actuar sobre aquél. Antes al contrario, tal y como ha sido reconocido en la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio, sobre la Ley de Costas, aquéllas disponen, en la medida en que la contemplan sus Estatutos de Autonomía, y entre otras, de habilitación suficiente para regular y controlar las zonas de protección o de servidumbre aledañas al dominio público en sentido estricto y, por ende, para imponer de ser preciso las sanciones que correspondan a posibles ilícitos realizados sobre las mismas. Así lo recuerdan recientemente las SSTS de 28 de febrero, 15 de marzo y 6 de abril de 2000, Ar. 1545, 1917 y 2947, respectivamente.

E) Puertos

La utilización de los puertos, en tanto que instalaciones de naturaleza demanial, requiere el correspondiente título administrativo –generalmente, una concesión–, que lleva anudado el devengo de una figura tributaria (cánones diversos en función del tipo de uso) como contraprestación pecuniaria por aquélla. La anulación jurisdiccional de la norma por la que se ha procedido al cálculo de los mencionados cánones, siquiera por cuestiones procedimentales (falta de informes), supone su expulsión del ordenamiento jurídico, sin que en ningún momento pueda otorgársele efecto alguno pro futuro. Así lo recuerda la STS de 27 de abril de 2000, Ar. 3030.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

En sintonía con lo anterior, no es necesario nuevamente volver a explicar con detalle la incidencia que la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 de diciembre, ha tenido sobre las figuras de las tasas y los precios públicos y, en lo que nos interesa, en la nueva consideración que las tarifas por servicios portuarios —en este caso concreto, el canon por ocupación del dominio público portuario— han pasado a ostentar a sus resultados. En efecto, como ya quedó manifestado en anteriores entregas de esta misma Revista, las mencionadas tarifas son, en la actualidad, y por derivación de la doctrina en aquélla recogida, perfectamente encuadrables en la categoría jurídica de las tasas y, por ende, se ven sujetas al principio de reserva de ley característico de todos los tributos. Ello ha de significar, obviamente, que la fijación de los elementos esenciales configuradores de aquélla ha de venir dada por una norma de esta naturaleza, habiendo de considerarse, *a sensu contrario*, como una manifiesta ilegalidad la utilización a este fin de una simple Orden Ministerial. Así lo ha indicado en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo, y así vuelve a hacerlo a través de la **STS de 25 de febrero de 2000, Ar. 2794**.

F) Pesca y cultivos marinos

Desde el preciso momento en que España entró a formar parte, en calidad de un miembro más, de la Unión Europea, se comprometió a asumir el conocido como acervo comunitario; esto es, todo el conjunto de normas conformadoras del ordenamiento jurídico a tal nivel, debiendo en este sentido, y con el tiempo, adaptar su derecho interno a las previsiones contempladas en el mismo. Pues bien: en lo que en estos momentos interesa, hay que destacar que la pesca marítima es una de las materias que más intensamente han notado la influencia comunitaria, siendo como es ésta una actividad de evidente trascendencia económica. Sin ir más lejos, dentro de la normativa comunitaria se regula el acceso de la flota de todos los Estados y, entre ellos, de la española a caladeros de la NEAFC (North East Atlantic Fishing Commission), para lo cual se establece un sistema de listas de buques autorizados. En nuestro país, esta lista —modificable en supuestos de fuerza mayor— vienen establecidas por una Orden Ministerial de 1981; norma considerada por el Tribunal Supremo (**STS de 16 de febrero de 2000, Ar. 1889**) como manifiestamente insuficiente a este fin, en la medida en que, sustituyendo a los Ministros en el ejercicio de su potestad reglamentaria indelegable en lo que se refiere a disposiciones de carácter general (de acuerdo con lo previsto en la LPA de 1957, aplicable en esos momentos), pretende incorporar a la normativa española unos extremos anteriormente no contemplados en la misma, con vocación de permanencia y dirigidos a una pluralidad indeterminada de personas. Tampoco la reforma que de ella llevó a cabo la Resolución de la Secretaría General de Pesca Marítima de 10 de abril de 1990 subsana esta insuficiencia, sin que, además, hubiese en ningún momento de considerarse preceptiva en su elaboración la audiencia a toda Asociación más o menos relacionada con la actividad pesquera y, singularmente, las que, como la de Armadores de Buques de Pesca de Pasajes, no son representativas de intereses generales y corporativos.

De acuerdo con los Reales Decretos 219/1987 y 1027/1989, pueden aportarse como baja para la construcción de nuevos buques pesqueros las toneladas de otra nave ya existente, siempre que ambos —la que se da de baja y el que se construye— vayan a dedicarse a esta misma actividad. No sucede así en el supuesto resuelto por la **STS de 24 de**

febrero de 2000, Ar. 1899, en la que se declara probada la pretensión del recurrente de sumar a la construcción de un nuevo barco pesquero el tonelaje correspondiente a una embarcación deportiva.

5. CARRETERAS

A) Autopistas de peaje: indemnización por revisión de tarifas

En la STS de 12 de febrero de 2000, Ar. 2789, se vuelven a reiterar los argumentos ya defendidos por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 6 de febrero de 1999, Ar. 1968 (comentada en el número 6 de esta revista, pág. 213), en un supuesto muy similar, donde entonces fue sólo una la empresa concesionaria recurrente. Ahora son tres las que impugnan el RD 365/1997, de 14 de marzo, que prorrogó las tarifas de las autopistas a partir del mes de septiembre de aquel año.

En la presente ocasión, el problema planteado es el mismo que en la citada Sentencia de 1999: las concesionarias tienen derecho a solicitar una revisión anual de las tarifas de peaje, y las tarifas revisadas podrán aplicarse por el concesionario en el mes de marzo de cada año. Así lo establece la cláusula 45 del Pliego de cláusulas generales sobre autopistas de peaje, aprobado por el Decreto 215/1973, de 25 de enero, modificada por el RD 210/1990, de 16 de febrero.

Pues bien, en este caso se estima que la Administración debe indemnizar a las concesionarias, pues la citada revisión de tarifas no entró en vigor en marzo de 1997, sino en septiembre, de modo que el equilibrio económico-financiero de la concesión ha quedado alterado como consecuencia de esta circunstancia. No se discute pues la validez de la revisión tarifaria, sino el retraso de varios meses en la aplicación de los nuevos peajes.

En este contexto, el fundamento legal para la revisión de tarifas se encuentra en el artículo 24.1 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de autopistas en régimen de concesión, que se refiere a la modificación de las tarifas de peaje como una de las modalidades de modificación concesional. Y el Tribunal Supremo considera en este caso, al igual que sucedió en la citada Sentencia de 1999, que la Administración debe compensar a las concesionarias, con el fin de mantener el equilibrio económico-financiero (artículo 24.2 de la mencionada Ley), aspecto también contemplado, en relación con la concesión de servicio público, en el artículo 164.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 (art. 163.2 del Texto Refundido de 2000).

B) Realización de obras en zona límite de edificación

En la STS de 15 de marzo de 2000, Ar. 1848, se desestima el recurso interpuesto por una empresa contra la denegación de construcción de una nave industrial en un lugar situa-

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

do dentro de la línea límite de edificación de una carretera, que el artículo 37.1 de la Ley de carreteras de 1974 fijaba en 25 metros, argumentación que el Tribunal Supremo apoya además con la mención de los artículos 77 y 78 del Reglamento de carreteras de 1977, los artículos 168, 169 y 170 de la Ley de transportes terrestres de 1987 y los artículos correspondientes de la actual Ley estatal de carreteras de 1988.

Por todos estos motivos, no ha existido pues arbitrariedad de la Administración de carreteras, por haber denegado la construcción de una octava nave cuando el recurrente ya había sido autorizado a construir previamente otras siete. Y la existencia de una licencia municipal en este caso no impide que la Administración titular de carreteras deniegue la autorización correspondiente, en un supuesto donde además existe un estudio funcional de un área ferroviaria, que también debe no obstante respetar la mencionada distancia de 25 metros a la carretera.

C) Acceso a finca situada al lado de una carretera: derecho de restablecimiento

Por otra parte, en la **STS de 19 de abril de 2000**, Ar. 3862, se confirma la decisión de la Audiencia Nacional de declarar el derecho de un particular a acceder a una finca de su titularidad, situada al lado de una carretera estatal. En aquella ocasión se condenó a la Administración del Estado a reponer el acceso antes existente, situado en la Nacional II. Con ello, se rechaza la alegación del Abogado del Estado de que no existió expropiación forzosa de ningún derecho de acceso a la finca (donde alegó el artículo 40 de la Ley de carreteras de 1974 y el artículo 93 de su Reglamento de 1977). Según el Tribunal Supremo, sí que existió la expropiación para las obras de paso inferior en el citado lugar, con lo que se suprimió el acceso a la finca que se encontraba enfrente, y que lindaba con la carretera.

Y aunque la Administración puede limitar los accesos a las carreteras, en supuestos como éste debe proceder a una reordenación (artículos 96 y 97 del Reglamento de carreteras de 1977). No existe aquí discrecionalidad absoluta de la Administración (FJ 4º).

6. MONTES

A) Montes catalogados: autorización de ocupación precedente

En relación con este supuesto, destaca la **STS de 16 de febrero de 2000**, Ar. 1888, que confirmó la decisión del Tribunal de instancia, que desestimó la pretensión de un Ayuntamiento castellano-manchego frente a la decisión de la Administración autonómica de autorizar la ocupación de un terreno situado en un monte catalogado (de utilidad pública y de titularidad del citado municipio), con la finalidad de construir unas obras de conducción de aguas desde un arroyo situado en dicho término municipal. Un Ayuntamiento limítrofe, titular de una concesión para la captación de aguas, era el interesado en realizar la citada conducción. El Tribunal Supremo considera en primer lugar

que la Comunidad Autónoma es competente para actuar en este supuesto (según se desprende de la Constitución y del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha). Además, la decisión autonómica sobre la autorización de las obras en el monte catalogado es independiente de la concesión de aguas.

B) Montes vecinales en mano común: requisitos de clasificación

En esta ocasión, la **STS de 24 de abril de 2000**, Ar. 3814, confirma la decisión del TSJ gallego de 1993, que dio en parte la razón a Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), que recurrió entonces contra una decisión del Jurado Provincial de montes vecinales en mano común de Pontevedra, que había clasificado determinados montes de varios municipios como vecinales en mano común. La propiedad de estos montes debe ser determinada por la jurisdicción civil (artículo 10.9 de la Ley 55/1980, de montes vecinales en mano común), y en el presente caso sólo se enjuicia la clasificación realizada por el Jurado Provincial, donde parte de estos montes habían sido ocupados por un aeropuerto.

Los montes vecinales son imprescriptibles (artículo 2 de la Ley 55/1980), y los criterios para su clasificación han sido reiterados por numerosas Sentencias del Tribunal Supremo, donde ahora se exponen nuevamente las líneas generales de esta jurisprudencia (FJ 2º). Y el elemento clave en ese caso, para realizar la clasificación como tales, es que se haya producido en los últimos años un aprovechamiento por los vecinos del monte (artículo 1 de la Ley 55/1980), aspecto que no concurre aquí, al quedar acreditado el uso no forestal de los terrenos.

C) Derecho de retracto a favor de la Administración: ejercicio correcto

Por último, es preciso hacer referencia a la **STS de 3 de mayo de 2000**, Ar. 3869, que revoca la Sentencia de instancia y da la razón a la Administración autonómica murciana, que había ejercitado su derecho de retracto sobre una finca de uso predominantemente forestal. En relación con ello, el primer argumento principal de esta Sentencia se refiere al plazo para ejercitar el retracto, que se establece en 6 meses desde que la Administración tiene conocimiento de la realización de la venta, según dispone el artículo 66 del Reglamento del Patrimonio Forestal del Estado de 1941, modificado por el Decreto de 16 de junio de 1950. Tras detallar pormenorizadamente las distintas actuaciones llevadas a cabo por la Administración autonómica, el Tribunal Supremo considera que sí se ha cumplido el mencionado plazo de 6 meses (aspecto sobre el que se pronunciaron también las SSTS de 7 de octubre de 1998, Ar. 9056, comentada en el número 4 de esta Revista; y de 2 de febrero de 1999, Ar. 721, comentada en el número 5 de la presente Revista).

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

El segundo de los argumentos principales aquí empleados se refiere a la necesidad de que la superficie cultivada de la finca objeto de retracto sea inferior al 25 por ciento, como establece el artículo 17 de la Ley del Patrimonio Forestal de 1941 (modificada por el Decreto-Ley de 1 de mayo de 1952). Según los datos que resultan del informe pericial, la extensión cultivada es del 30 por ciento, pero como parte de esta superficie se destinó al cultivo sin autorización administrativa previa, el porcentaje que debe considerarse es el 23,4 por ciento. Con ello, se inaplicó el artículo 1.2 de la Ley de Montes de 1957 y los artículos 1 y 2 del RD 2062/1976, de 23 de julio, que aprueba el proyecto de restauración hidrológica forestal en aquella zona, al igual que el Decreto 1687/1972, de 15 de julio, que desarrolla el artículo 36 del Reglamento de Montes.

Por todo ello, la Administración sí puede ejercitar el derecho de retracto establecido en el artículo 17 de la citada Ley de Patrimonio Forestal.

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) Incumplimiento de Estado en la Directiva 76/464/CEE. B) Problemas de la evaluación de impacto ambiental de determinados proyectos.

3. Actividades clasificadas. A) Reconocimiento autónomo de la condición de Actividad Clasificada a determinadas actividades relacionadas con otras que ya tienen sin duda tal condición. B) Procedimiento de concesión de la licencia: escrito de solicitud de la licencia (art. 29 RAC), audiencia previa ante la Comisión provincial (art. 33.2 RAC) y silencio positivo (art. 33.4 RAC).

4. Fauna: especies protegidas. Muerte de un águila imperial en un cepo de caza de conejos. 5. Aguas continentales. A) Medidas de protección piscícola: jurisprudencia del TC. B) Vertidos.

6. Aguas marítimas. Vertidos. 7. Montes: rebaja en unas sanciones por vertido de escombros.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia comunitaria aparecida durante los meses de julio y septiembre del año 2000, la ordinaria publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi del año 2000 entre los números 1551 y 3550 (cuadernillos 8 a 15) y la jurisprudencia constitucional desde el BOE de 30 de junio de 2000 al día 20 de octubre de 2000.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**A) Incumplimiento de Estado en la Directiva 76/464/CEE**

El Asunto C-261/98, opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Portuguesa. La Comisión solicita que el Tribunal declare que la República

Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las disposiciones del art. 7 de la Directiva 76/464/CEE del Consejo, de 4 de mayo de 1976, relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad al no haber adoptado ni/o comunicado de forma sucinta los programas de reducción de la contaminación que fijen los objetivos de calidad, así como sus resultados para las sustancias prioritarias a que se refiere el primer guión de la lista II del Anexo de esta Directiva. El TJCE en su **Sentencia de 13 de julio de 2000**, así lo va a declarar, indicando que Portugal aunque aprobó determinados programas que pretendían ser cumplimiento de la Directiva, no afectaban a todo el país, sino a ciertas localidades, describían de manera muy general los proyectos que la República Portuguesa pretendía llevar a cabo sin dar indicaciones sobre objetivos de calidad ni sobre los plazos de ejecución. La conclusión es que aun llamados programas, no lo eran tales en el sentido indicado por la Directiva. La Sentencia condena en costas a Portugal al haber perdido el proceso y haberlo solicitado la otra parte expresamente.

B) Problemas de la evaluación de impacto ambiental de determinados proyectos

La **STJCE de 19 de septiembre de 2000**, recaída en el asunto C-287/98, resuelve una petición dirigida al Tribunal con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente numerado art. 234) por el Tribunal d'arrondissement de Luxembourg destinada a obtener una decisión prejudicial sobre la interpretación del art. 1.5 de la Directiva 85/377/CEE del Consejo relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente. El litigio se había originado en el marco de una expropiación de parcelas para la construcción de una autopista. El art. 1.5 dispone que la Directiva no se aplicará a los "proyectos detallados adoptados mediante un acto legislativo nacional específico, dado que los objetivos perseguidos por la presente Directiva, incluido el objetivo de la disponibilidad de informaciones, se consiguen a través del procedimiento legislativo". La cuestión es que el derecho luxemburgués se adaptó a la Directiva por la Ley de 31 de julio de 1995 que tenía el objeto, además, de modificar y completar la Ley modificada de 16 de agosto de 1967 relativa a la creación de una gran red viaria de comunicación. En ejecución de esta Ley (que era norma de transposición además, nótese) tuvieron lugar las expropiaciones en el curso de las cuales se suscitó el litigio que llegó al Tribunal de Justicia. Se trataba de saber si era necesaria la aplicación de la Directiva (realización de un estudio de impacto ambiental y la evaluación consiguiente) a un proyecto de carreteras aprobado por la propia Ley, que en aquel momento tenía trazados alternativos que fueron decididos posteriormente por un Reglamento de 1996 no habiendo tenido lugar la evaluación específica ordenada por la Directiva 85/377.

El Tribunal, respondiendo a las preguntas concretas que le plantea el Tribunal luxemburgués, le indica que tiene competencia para controlar en el marco del procedimiento de expropiación, si se han respetado los principios de la Directiva 85/377 en el caso concreto; que los conceptos de acto legislativo nacional específico y de proyecto menciona-

dos en el art. 1.5 deben ser interpretados conforme al derecho comunitario (interpretación autónoma) y que el cumplimiento de dicho precepto supone que el procedimiento legislativo haya permitido alcanzar los objetivos perseguidos por la Directiva 85/377, incluido el objetivo de la disponibilidad de informaciones y siempre que el Parlamento, en el momento de adoptar el proyecto detallado, haya dispuesto de informaciones equivalentes a las que deberían haberse facilitado a la autoridad competente en el marco de un procedimiento ordinario de autorización de proyectos.

3. ACTIVIDADES CLASIFICADAS

A) Reconocimiento autónomo de la condición de Actividad Clasificada a determinadas actividades relacionadas con otras que ya tienen sin duda tal condición

El Tribunal Supremo viene dictando una serie de sentencias en las que se identifican o no las actividades u operaciones concretas como actividades clasificadas. Así en la entrega de sentencias objeto de comentario podemos percibir como adquieren o no autonomía propia como actividades clasificadas determinadas operaciones que en otros casos podrían integrarse como una única actividad que exigiría una única licencia como actividad clasificada.

En sentido positivo la **STS de 8 de marzo de 2000**, Ar. 2711, en la que se combate la orden de *retirada de excrementos y restos de animales*, parece reconocer la condición de actividad clasificada al depósito, manipulado y secado de estiércol procedente de una explotación avícola. Y en la misma línea la **STS de 1 de marzo de 2000**, Ar. 1571, otorga la condición de actividad clasificada autónoma a un quiosco-bar inmediato o contiguo a un restaurante y regido por la misma propiedad de este último en el que se expendían determinados alimentos y bebidas sin licencia específica, siéndole de aplicación el RAC en cuanto que puede ser insalubre y provocar molestias al vecindario y al público en general.

Por contra la **STS de 12 de abril de 2000**, Ar. 2588, no va atribuir la categoría de actividad clasificada ni a exigir licencia de actividad para la realización de *catas y unos estudios* al margen de lo que haya de resolverse en relación con la futura concesión de una explotación minera.

B) Procedimiento de concesión de la licencia: escrito de solicitud de la licencia (art. 29 RAC), audiencia previa ante la Comisión provincial (art. 33.2 RAC) y silencio positivo (art. 33.4 RAC)

Traemos aquí tres Sentencias que atienden a otros tantos aspectos del procedimiento de otorgamiento de la licencia. La **Sentencia de 22 de febrero de 2000**, Ar. 1894, de la que destacamos la doctrina sentada en otras anteriores según la cual el escrito de petición que abre el trámite de solicitud de la licencia debe ser preciso y concretar de forma detallada la actividad concreta que se pretende ejercer (en este caso lo era la de simple bar). Pues lo expresado en el escrito condiciona la actividad futura del titular, de la

Administración y de los afectados y por ello no es posible hacer la petición de forma que ofrezca dudas sobre su contenido y alcance. Sin que afecte al tipo de licencia que se debe otorgar la aportación, junto con la solicitud, del impreso de alta en el impuesto de actividades económicas (en el que figuraba la de bar de categoría especial con megafonía) si este último contradice lo expresado en el escrito de petición de la licencia.

En la **Sentencia de 28 de febrero de 2000**, Ar. 2162, el TS nos recuerda que el artículo 33.2 del RAC prescribe la obligación de la correspondiente Comisión de Actividades Clasificadas de dar audiencia previa al interesado antes de proceder a rechazar los sistemas correctores propuestos y su grado de seguridad. Acarreando en su defecto la nulidad de actuaciones y provocando la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior, como se resolvió en el caso de autos.

Finalmente el TS en su **Sentencia de 23 de marzo de 2000**, Ar. 2577, reitera una vez más el criterio de que la regulación del silencio aplicable en materia de concesión de licencias de actividades clasificadas es la contenida en el art. 33.4 del RAC. Sistema que requiere la denuncia de mora simultáneamente ante el Ayuntamiento y la Comisión Provincial competente. Frente a la regulación general contenida en el art. 1 del RD-Ley 1/1986, de 14 de marzo, que no modificó los preceptos específicos como el del citado reglamento.

4. FAUNA: ESPECIES PROTEGIDAS. MUERTE DE UN ÁGUILA IMPERIAL EN UN CEPO DE CAZA DE CONEJOS

Los hechos que van a provocar el correspondiente recurso ante el TSJ de Castilla-La Mancha y el subsiguiente de Casación, cuya doctrina permite el comentario que sigue, se centran en el enjuiciamiento de la sanción impuesta al arrendatario de los derechos de caza de una finca por considerarlo incurso en una falta muy grave tipificada en el art. 38.6 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, sobre Espacios Naturales Protegidos y Conservación de la Fauna y Flora Silvestres, al haberse producido la muerte de un águila imperial especialmente protegida en un cepto instalado para la captura de conejos para cuya instalación no se disponía de la correspondiente autorización.

El TS en la **Sentencia de 14 de febrero de 2000**, Ar. 1884, reconocerá que la tipificación de los hechos como falta grave del art. 38.13 de la citada Ley 4/1989, realizada por el TSJ al estimar parcialmente el recurso interpuesto por el demandante, es ajustada a derecho pero no así la autoría de los hechos que, según entiende, no correspondería al arrendatario de los derechos de caza sino al propietario de la finca. Parte el TS para llegar a tal conclusión, entre otros, del dato central de que la colocación de los cepos tenía como finalidad prevenir daños en los cultivos a tenor de la solicitud de permiso de instalación que había sido formulada por el propietario.

5. AGUAS CONTINENTALES

A) Medidas de protección piscícola: jurisprudencia del TC

En la STC 166/2000, de 15 de junio (BOE de 11 de julio), partiendo de lo sentado en jurisprudencia anterior (así, SSTC 15/1998, de 22 de enero y 110/1998, de 21 de mayo, comentadas respectivamente en los números 1, crónica XIII.7.A, y 2, crónica XIII.5, de esta Revista) se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno estatal contra la Ley Foral de Navarra 2/1993, de 5 de marzo, de Protección y Gestión de la Fauna Silvestre y sus Hábitats, declarando inconstitucionales algunos preceptos, e interpretando en un determinado sentido otros artículos.

Entre los preceptos declarados inconstitucionales, está el art. 46 que indicaba en su párrafo final que los concesionarios de aprovechamientos hidráulicos no pueden originar variaciones del caudal o nivel del agua que supongan alteración del medio en el que vive la fauna, sin autorización autonómica. Según el TC, al formularse esta prescripción sin tener en cuenta las facultades que corresponden al Organismo de cuenca en aguas intercomunitarias sobre el régimen de caudales, ha de considerarse contraria al reparto constitucional.

De igual forma, se anula el art. 48 de la Ley Foral 2/1993 que prohibía la instalación de centrales hidroeléctricas, la extracción de gravas y arenas, y otras actividades en las Áreas de Protección de la Fauna Silvestre y en los tramos de río declarados de especial interés ecológico (o sea en la práctica totalidad de los espacios protegidos de Navarra, si se tiene en cuenta lo dispuesto en el art. 22). El TC entiende que al tratarse de una prohibición general, taxativa y apriorística ocasiona una clara interferencia en el ejercicio de la competencia del Estado sobre recursos y aprovechamientos hidráulicos (art. 149.1.22^a CE). Por similares motivos que los aducidos al hilo de la anulación de los arts. 46 y 48, el TC declara inconstitucionales también los arts. 112.10^o y 11^o y 113.6^o, referidos a determinadas infracciones.

Sin embargo, otros preceptos se consideran válidos partiendo de una concreta interpretación. Así, en relación al art. 40 de la Ley Foral 2/1993, que impone a los concesionarios la construcción de escalas o pasos en presas y diques edificadas en las masas de agua, sólo puede admitirse su constitucionalidad si se entiende como una prescripción a tener en cuenta de forma previa al acto de otorgamiento de la concesión dada por el Organismo de cuenca, pero no respecto a concesiones existentes, pues en este último caso, como ya se puso de manifiesto en las SSTC 15/1998 y 110/1998, se interferiría en el régimen concesional establecido, disponiendo sobre el concesionario un nuevo gravamen con perturbación de la competencia estatal sobre los aprovechamientos hidráulicos en cuencas intercomunitarias (art. 149.1.22^a CE), (FJ 4^o). Del mismo modo ha de entenderse el sentido del art. 45 (FJ 7^o).

Se estima como una medida complementaria de protección el art. 41, objeto de impugnación en sus apartados a), b), c), d), e) y g), que somete a autorización autonómica una serie de actividades como: eliminar o modificar la vegetación de los cauces, reducir el

caudal de las aguas y proceder al agotamiento de los caudales, la construcción de presas y sus modificaciones, etc. El TC llega a esa conclusión por cuanto el encabezamiento del precepto, e incidiendo en ello la DA Tercera, dejan a salvo las competencias de los organismos de las cuencas hidrográficas, es decir, la Ley Foral 2/1993 hace compatibles en este punto las facultades autonómicas con las del Organismo de cuenca (FFJJ 5º y 6º). De similar forma se interpreta el art. 44 (FJ 8º) y el art. 47 (FJ 10º), considerándose estos preceptos como normas adicionales de protección.

En el FJ 7º, se aborda principalmente la impugnación del art. 43.3 de la Ley Foral 2/1993, que dispone que las centrales hidroeléctricas poseerán dispositivos que garanticen el mantenimiento del caudal mínimo fijado. Como advierte el TC, este precepto no puede analizarse al margen de los dos primeros apartados del art. 43, en los que se señala respectivamente que ese caudal mínimo se fijará reglamentariamente de acuerdo con las previsiones de los PPHCC (apartado 1), y que los caudales mínimos serán informados a la correspondiente Confederación Hidrográfica para el trámite concesional. Desde esta perspectiva, el TC atribuye un alcance puramente temporal y subsidiario a lo dispuesto en la DT Décima, en la que se remite a lo previsto en la Orden Foral 400/1991, de 23 de mayo, para evitar vacíos normativos.

Con todo, resulta que la exigencia de un caudal mínimo no se impone por el legislador autonómico ni unilateralmente, sino dentro de lo dispuesto en el PHC, ni con posterioridad, y por tanto alterando lo contemplado en los títulos concesionales otorgados por la Administración hidráulica. Se trata pues de una norma adicional de protección del medio ambiente que el Organismo de cuenca ha de tener presente en el momento de otorgar la oportuna concesión, facilitando la coordinación de las competencias estatales y autonómicas, según lo declarado por la STC 243/1993.

B) Vertidos

Confirmando la opinión de la Sentencia de instancia, en la STS de 13 de abril de 2000, Ar. 3857, se estima incorrecta una Resolución del MOPU de 1986, por cuanto rechazó el proyecto presentado por el Ayuntamiento de Tortosa para vertido de aguas residuales, basándose en criterios subjetivos, más que jurídicos o técnicos. Así, en la discutida Resolución no se aducen en contra del proyecto del Ayuntamiento razones de infraestructura, ni agresiones medioambientales, ni problemas urbanísticos o sanitarios, sino que se afirma que a pesar de ser viable el proyecto, la “depuración de fangos activados” conlleva un excesivo coste de mantenimiento, motivo que por sí solo no puede sostener la mencionada denegación.

6. AGUAS MARÍTIMAS. VERTIDOS

El vertido de residuos procedentes de una fosa séptica en un colector que desagua en una ría, provocando una grave contaminación en la misma y conllevando una gran nocividad para la fauna marina que allí habita, es considerada por nuestro ordenamiento como un delito contra los recursos naturales contemplado en el artículo 325 del vigente Código Penal. Delito en la medida en que infringe una disposición administrativa protectora del medio ambiente, siendo en este caso la afectada la Ley de Costas de 1988, que en sus artículos 56 y siguientes prohíbe los vertidos tanto líquidos como sólidos realizados sobre cualquier bien de dominio marítimo-terrestre, salvo previa autorización administrativa —que no existía en el supuesto resuelto por la **STS de 13 de marzo de 2000**, Ar. 3315—. Y delito que, además, ha de considerarse de peligro concreto, esto es, consumado por el mero hecho de la creación del riesgo de contaminación, con independencia de que, finalmente, ésta se produzca efectivamente —lo que daría lugar a la identificación de un delito adicional de lesiones—; cosa que, además, sucedió asimismo en aquel caso. Por estas razones, no puede caber duda sobre la calificación que corresponde a esta actuación.

7. MONTES: REBAJA EN UNAS SANCIONES POR VERTIDO DE ESCOMBROS

En relación con esta materia, destaca la **STS de 10 de marzo de 2000**, Ar. 2714, que confirma la Sentencia de instancia y reduce unas sanciones impuestas por la Administración autonómica aragonesa a un particular por vertido de tierras y escombros en un monte de titularidad de la Comunidad Autónoma. Esta infracción fue considerada como grave, según el artículo 38.12 de la Ley 4/1989, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestre, así como según el artículo 410.1 del Reglamento de Montes de 1962.

Pero el Tribunal Supremo comparte el criterio del TSJ aragonés y considera que no es aquí aplicable el citado artículo 38.12 de la Ley 4/1989, por tratarse de actuaciones (el vertido de escombros) no incluidas en el supuesto de hecho normativo. Y ello a pesar de que la Ley 4/1989 no sólo se aplica, y en particular su régimen sancionador, a los espacios naturales protegidos, sino también a otras muchas actuaciones que tienen incidencia sobre el medio ambiente. Pero en este caso, aunque no se trata de un espacio natural protegido, tampoco se cumple, pues, el supuesto de hecho.

En este contexto, la normativa sancionadora a aplicar aquí es la relativa a montes (aspecto permitido por la Disposición Adicional Tercera de la citada Ley 4/1989), donde el artículo 81 de la Ley de Montes de 1957 se refiere a la existencia de una infracción cuando se realicen obras en montes catalogados sin contar con la preceptiva autorización. Y a ello es preciso añadir también el artículo 86 de la citada Ley, que autoriza al Gobierno para establecer las disposiciones sancionadoras en desarrollo de esta norma, papel que cumple aquí el Reglamento de Montes de 1962. En concreto, el precepto a aplicar, según

el Tribunal Supremo, es el 410.1 de este último, por lo que confirma la rebaja en las dos sanciones de 4 millones de pesetas impuestas por la Administración autonómica, a dos de 100.000 pesetas.

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) Órganos de participación institucional y entidades agrarias con derecho a formar parte de los mismos. B) Concentración parcelaria. **3. Energía.** A) Energía eléctrica. Facturación. B) Gas. Suministro. C) Gas. Competencias de las Comunidades Autónomas. **4. Industria.** A) Fomento. B) Seguridad industrial. C) Competencias de las Comunidades Autónomas. **5. Libertad de empresa.**

6. Medicamentos. Clasificación anatómica. Competencia para su determinación.

7. Pesca. Nulidad de norma sancionadora por falta de tipificación suficiente en virtud del planteamiento de una cuestión de ilegalidad. 8. Telecomunicaciones. A) Servicio telefónico. a) Servicio universal y obligaciones de carácter público. b) Reglamento técnico de la telefonía móvil automática. c) Obligaciones en materia de interconexión y acceso a redes públicas y normativa comunitaria. Cuestión prejudicial. B) Televisión digital terrenal. Plan técnico. **9. Transportes.** A) Por carretera. Caducidad de las concesiones. B) Funerario. **10. Tribunal de Defensa de la Competencia.** A) Pago con tarjeta. Tasa máxima a aplicar. Autorización singular. B) Colegio profesional. Farmacias. Recomendación colectiva. Restricción de la competencia en el mercado de los alimentos infantiles. C) Colegio profesional. Veterinarios. Limitación territorial de actividad. D) Medidas cautelares. Obligación de suministro en condiciones no discriminatorias. E) Contratación pública. Ámbito de conocimiento del TDC. F) Empresa pública. Urbanismo. Acuerdo de modificación de planeamiento urbanístico. Convenio urbanístico. **11. Seguros.** A) Baremo de valoración de daños.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el presente número se recogen las Sentencias del Tribunal Supremo dictadas en el período de enero a marzo de 2000, las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia dictadas en el período abril a junio de 2000 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período comprendido desde la STC 166/2000, de 15 de junio, hasta la STC 223/2000, de 21 de septiembre.

2. AGRICULTURA

A) Órganos de participación institucional y entidades agrarias con derecho a formar parte de los mismos

La Coordinadora de Organizaciones de Agricultores y Ganaderos (COAG) impugnó el artículo 2.2 del RD 699/1998, de 24 de abril, por el que se creó la Comisión de seguimiento del Acuerdo sobre política de inversiones y empleo agrario. La recurrente alega su derecho a formar parte de la Comisión de seguimiento en tanto organización profesional agraria más representativa de los intereses plasmados en el acuerdo.

El TS, en su **Sentencia de 19 de enero 2000**, Ar. 268, con un razonamiento basado en doctrina propia en relación a los organismos administrativos de representación institucional, estimó el recurso.

Para el Tribunal Supremo, a pesar de no ser la COAG entidad sindical, es aplicable la doctrina según la cual una asociación profesional a la que se reconozca el carácter de mayor representatividad no puede ser excluida de un órgano de representación por el hecho de no haber suscrito los acuerdos que justifican la creación del órgano.

Por otra parte, analizando el contenido del Acuerdo cuyo seguimiento se atribuye a la Comisión de seguimiento se concluye que el mismo no sólo afecta a las partes firmantes, sino que incluye decisiones afectantes al sector de la agricultura en su conjunto.

Como consecuencia de todo ello, se declara la nulidad del precepto impugnado y el derecho de la asociación a integrarse en la Comisión de seguimiento.

B) Concentración parcelaria

Las SSTS de **19 de enero** y **3 de marzo de 2000**, Ar. 329 y 2167, desestiman los recursos interpuestos frente a un acuerdo de concentración parcelaria reiterando la doctrina, ya consolidada, sobre el reconocimiento de un ordenamiento regulador basado en un sistema de garantías escalonado. Sistema basado en la previa fijación de las bases, cuya firmeza es trámite preclusivo para que pueda pasarse a la adopción del acuerdo de concentración.

Por tanto, la no impugnación de las bases limita el objeto del recurso a los supuestos de infracción de las formalidades o de vulneración de las bases rectoras. Al no demostrarse que se hubieran impugnado las bases, se desestima el recurso.

3. ENERGÍA

A) Energía eléctrica. Facturación

La STS de 24 de enero de 2000, Ar. 316, reiterando una doctrina propia ya consolidada, estimó el recurso de apelación frente a la Sentencia de instancia en materia de facturación de energía eléctrica.

La Sentencia de instancia estimó que no era procedente la facturación de la energía eléctrica consumida y no facturada como consecuencia de un defectuoso funcionamiento del contador no imputable al consumidor.

Para el Tribunal Supremo, recogiendo la doctrina establecida en diversas Sentencias anteriores, entre otras en la de 29 de noviembre de 1985 y 23 de marzo de 1999, procede facturar la energía consumida y no facturada por causas fortuitas, en base a una interpretación lógica y teleológica de los artículos 46 y 47 del Reglamento de Verificaciones, y no por aplicación de los principios generales de buena fe y enriquecimiento injusto.

B) Gas. Suministro

Formalizado un contrato de suministro de gas líquido (Butano), el distribuidor se negó a efectuar el suministro con el pretexto de dificultades en las calles y vías de acceso al domicilio en donde debía realizarse el suministro contratado.

Planteado el conflicto por el usuario del servicio, el TSJ de Canarias desestimó el recurso. Apelada la Sentencia, el TS, en la Sentencia de 10 de febrero de 2000, Ar. 1537, revoca la Sentencia de instancia, y aplicando el artículo 4 del Decreto 2913/1973, Reglamento del Servicio Público de Gases Combustibles, establece que el citado precepto exige llevar las bombonas de butano a las viviendas de los usuarios que hayan formalizado el oportuno contrato. Para el Tribunal Supremo las circunstancias que pueden impedir el suministro deben examinarse antes de formalizar el contrato, pero no pueden aducirse para no cumplir lo acordado.

En ningún momento en la Sentencia del Tribunal Supremo vemos plantearse la cuestión relativa a la competencia del orden contencioso-administrativo para resolver un conflicto de naturaleza privada, la relación contractual entre suministrador y usuario. Si bien el litigio se resuelve al amparo de lo dispuesto en el Reglamento del Gas, lo cierto es que no existe acto administrativo impugnado.

C) GAS. Competencias de las Comunidades Autónomas

En relación con el Reglamento de la actividad de distribución de gases licuados del petróleo, aprobado por RD 1085/1992, se planteó conflicto de competencias que es resuelto

por la **STC 223/2000, de 21 de septiembre**. Entre los puntos discutidos se encuentra la autorización e inscripción registral de operadores y de empresas. Se trata de actividad relativa al comercio interior, pero forma parte de las bases estatales la autorización de los operadores al por mayor, que actúan en todo el territorio; mientras que las empresas al por menor, cuya autorización es reglada, es competencia autonómica.

En cambio, la determinación de las existencias mínimas de seguridad que deben mantener las empresas forma parte del régimen energético, de competencia estatal, a fin de preservar el abastecimiento en todo el mercado nacional. En fin, no se atiende la posición autonómica de canalizar la información que se deba aportar a la Administración del Estado. Tratándose de medidas ejecutivas de simple gestión, es discutible la decisión del Tribunal, que en el fondo minusvalora las relaciones de cooperación y de colaboración, y así se pone de manifiesto en el voto particular del magistrado Viver.

4. INDUSTRIA

A) Fomento

En materia de subvenciones para el fomento de la industria en zonas de promoción económica se han producido numerosos conflictos, la mayoría de ellos relativos a la revocación de las ayudas concedidas. En números anteriores de esta Revista y sección hemos dado cuenta de los mismos.

La **STS de 15 de febrero de 2000, Ar. 793**, resuelve un conflicto de contenido diverso, al versar sobre la denegación de una ayuda solicitada, denegación fundada en la estimación de que el proyecto presentado por la empresa solicitante no contribuiría al cumplimiento de los objetivos establecidos en la norma relativa a la creación de la zona promocionable de Aragón (RD 491/1988).

El Tribunal Supremo, tras reconocer que en materia subvencional la Administración posee un margen amplio de apreciación, anula en el caso concreto enjuiciado la resolución denegatoria de la subvención, al entender que de la lectura del expediente no se justifican los argumentos que llevaron a la Administración a denegar la ayuda, esto es, que el Proyecto presentado no permite lograr los objetivos del artículo 4 del RD 491/1988.

Por su parte, la **STS de 24 de febrero de 2000, Ar. 1334**, forma parte del conjunto de Sentencias en las que se confirma la revocación de beneficios por incumplimiento de condiciones.

Por último, las **SSTS de 19, 20 y 26 de enero y 6 de marzo de 2000, Ar. 129, 132, 133 y 1549**, se incluyen entre las Sentencias que anulan la revocación de beneficios por prescripción del derecho de las Administraciones para exigir la devolución de los beneficios concedidos.

B) Seguridad industrial

La STS de 21 de enero de 2000, Ar. 23, tiene como objeto definir la obligatoriedad o no del visado colegial en relación a la certificación de fin de obra de las instalaciones de ascensores.

El conflicto viene provocado por sendas Resoluciones de la Consejería de Fomento de la Junta de Andalucía en la que se exigía el certificado de técnico competente, pero no el visado del ente colegial. Impugnadas estas Resoluciones fueron anuladas en primera instancia, al estimar el Tribunal Superior de Justicia que dichas Resoluciones debían exigir el visado colegial. El Tribunal Supremo confirma la Sentencia apelada.

Para el Tribunal Supremo la necesaria exigencia del visado colegial deriva de lo establecido en el RD 2315/1980, de 26 de septiembre, así como de lo establecido en la normativa colegial (Estatutos generales de los Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales y de Peritos e Ingenieros Técnicos). En relación con esto último, el Tribunal Supremo destaca la funcionalidad del visado colegial que garantiza “la capacidad, colegiación e idoneidad del técnico para llevar a cabo determinadas actuaciones profesionales de las que no se excluyen aquellas que acreditan la conformidad de una determinada instalación industrial al proyecto técnico al que debe adaptarse”.

C) Competencias de las Comunidades Autónomas

Una vez más se resuelve por el Tribunal Constitucional un conflicto de competencias que tiene por objeto la regulación por el Estado de determinadas medidas relacionadas con el fomento de la actividad industrial. En concreto, la STC 190/2000, de 13 de julio, decide el conflicto planteado por la Generalitat de Cataluña respecto de la Orden Ministerial de 16 de julio de 1992 sobre medidas de adaptación a la competencia internacional y diversificación de zonas con implantación de industria textil-confección.

Siguiendo la doctrina establecida en anteriores Sentencias (STC 186/1999, STC 242/1999) ya comentadas en esta Revista, para decidir a quién corresponde tramitar y otorgar las ayudas o subvenciones se barajan los títulos competenciales de industria, reestructuración de sectores industriales, así como fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica. En la gran mayoría de subvenciones previstas en la Orden de 1992 —que después se reproducen en años sucesivos— el Tribunal Constitucional, aplicando los criterios de análisis establecidos en su STC 13/1992, considera que al fijarse normativamente unos parámetros sobre dimensión o viabilidad de los proyectos, calidad e importancia de los mismos, no se justifica su gestión centralizada.

Bien al contrario, puesto que la discrecionalidad administrativa en la concesión de ayudas queda limitada por dichos criterios normativos, es más inexcusable reconocer la competencia de las Comunidades Autónomas para la regulación de los procedimientos y su misma aplicación, excepción hecha del control por parte del Tribunal de Cuentas.

Quedan al margen, por lo demás, las subvenciones destinadas a fomentar la investigación y desarrollo de innovaciones técnicas, investigación de nuevos materiales o productos, etc. En fin, se subraya que no puede condicionarse el ejercicio de las competencias autonómicas a la suscripción de un convenio con el Estado.

5. LIBERTAD DE EMPRESA

La creación por el Consejo General del Poder Judicial del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) mediante el RD 1/1997, y la aprobación por el mismo órgano constitucional de la Instrucción sobre remisión de las resoluciones judiciales a dicho Centro, motivó la oposición de diversos administrados que venían ejerciendo hasta aquel momento una actividad profesional de recopilación y difusión de jurisprudencia en soporte informático, los cuales interpusieron recurso frente al Reglamento del CENDOJ, RD 1/1977 y el Acuerdo que aprobó la Instrucción sobre remisión de resoluciones al mismo.

Para los recurrentes, la centralización en el CENDOJ de la recopilación y difusión de las resoluciones judiciales del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales carece de cobertura legal, impide la competencia y altera de forma brusca la situación existente, impidiéndoles el ejercicio de una actividad económica que hasta este momento desarrollaban en libre concurrencia.

El conflicto ha sido resuelto por la STS de 7 de febrero de 2000, Ar. 1588.

En primer lugar la Sentencia citada rechaza un argumento de contenido competencial. Para los recurrentes la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 107.10, atribuye al Consejo la publicación oficial de la colección de jurisprudencia del Tribunal, por lo que el Reglamento no podía extender esta facultad a un órgano distinto.

Frente a este argumento formal, el Tribunal Supremo antepone una interpretación de la norma basada en el principio de eficacia, el cual permite entender que potestades atribuidas expresamente por la Ley sean interpretadas en términos que permitan satisfacer debidamente, con plenitud y eficacia, los fines implícitos en la concreta atribución de potestad de que se trate. Siguiendo en esta línea se destaca cómo la atribución de esta función de publicación de las Sentencias del Tribunal Supremo al CGPJ tiene su origen en la tradición decimonónica, tradición superada por el interés que en la actualidad poseen también las resoluciones de otros órdenes judiciales. El interés general en la difusión de las Sentencias desborda a la simple publicación de las Sentencias del Tribunal Supremo. En esta situación podría haberse optado por encomendar la publicación a la iniciativa privada, pero razones vinculadas al interés general y diversos antecedentes jurisprudenciales, aconsejaron de forma acertada constituir el CENDOJ. Se concluye así que es “clara la competencia del Consejo para prestar el servicio público que regula las

XIV. Derecho Administrativo Económico

normas reglamentarias impugnadas, al ser obvia la necesidad del mismo y responder su implantación a razones sustancialmente análogas a las que originaron el mandato legal de que publicase oficialmente las sentencias del Tribunal Supremo”.

El Tribunal continúa calificando la actividad de difusión, en condiciones de igualdad, de las resoluciones de los diversos órdenes judiciales, como actividad de servicio público. Para la prestación del mismo, se añade, el CGPJ crea el CENDOJ, sin que tal opción por encomendar esta actividad a un órgano público vulnere la libre competencia tal y como la misma se configura en la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

Para el Tribunal Supremo no se ha creado una empresa concesionaria monopolística, en primer lugar porque el servicio se presta directamente por un órgano del propio CENDOJ. En segundo lugar, porque:

“aún en el caso de que se conceda la explotación del servicio, la Ley 16/1989 se refiere a las situaciones del mercado, en la que no se hallan inicialmente las sentencias judiciales, al estar sometidas al régimen específico de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de modo que en realidad, debido a las restricciones y garantías para acceder a ellas a las que nos hemos referido, solamente a través de un servicio público como el instaurado por el Consejo se asegura un acceso completo a la jurisprudencia que, ofrecida en condiciones de igualdad a quienes tienen interés en ella, permitirá también su posterior explotación mercantil en régimen de libre competencia por quienes quieran ofrecerla con arreglo a sistemas o formatos que puedan tener algún tipo especial de aceptación pública y por eso un valor en el mercado”.

De acuerdo con este mismo razonamiento, se niega igualmente que la creación del CENDOJ haya supuesto una brusca alteración de una situación jurídica en cuya estabilidad habían confiado los recurrentes para ordenar su actividad económica, ya que para el Tribunal Supremo la situación previa a la creación del servicio por el Consejo impedía ya el acceso libre de las empresas a las sentencias depositadas en las secretarías.

6. MEDICAMENTOS. CLASIFICACIÓN ANATÓMICA. COMPETENCIA PARA SU DETERMINACIÓN

La STS de 20 de enero de 2000, Ar. 388, desestima el recurso de casación del Abogado del Estado y anula la Orden del Ministro de Sanidad y Consumo de 13 de octubre de 1989, al estimar que la misma adolece de un vicio de nulidad radical al haberse aprobado por un órgano que carecía manifiestamente de competencia.

La citada Orden Ministerial actualizó la clasificación anatómica de medicamentos. El Tribunal Supremo no niega la competencia ministerial para dictar una norma limitada a este contenido, pero sí para incluir en la citada norma un cambio en la aportación que deben realizar los beneficiarios de la Seguridad Social por dichos medicamentos. Dado

que el artículo 107.1 del Texto Refundido de la Seguridad Social establece que la aportación que deben realizar los beneficiarios ha de determinarse por el Consejo de Ministros, el Tribunal Supremo estima que la Orden Ministerial fue dictada por órgano manifiestamente incompetente.

7. PESCA. NULIDAD DE NORMA SANCIONADORA POR FALTA DE TIPIFICACIÓN SUFICIENTE EN VIRTUD DEL PLANTEAMIENTO DE UNA CUESTIÓN DE ILEGALIDAD

La Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Castilla y León anuló diversas sanciones impuestas en materia de pesca. Al haber fundado su resolución en la nulidad del RD 1095/1989, planteó la preceptiva cuestión de ilegalidad ante el Tribunal Supremo. Éste, en su **Sentencia de 22 de febrero de 2000**, Ar. 973, declara haber lugar a la cuestión de ilegalidad planteada y anula el artículo 7.2 del RD 1095/1989.

El núcleo del debate se centra en la tipificación como infracción, por el precepto reglamentario, de la pesca en épocas de celo, reproducción y crianza. Para el Tribunal Superior de Justicia, dicha norma carece de cobertura legal, lo que supone vulnerar el principio de reserva legal establecido en el artículo 25.1 de la CE.

El Tribunal Supremo concluye que la norma reglamentaria no tiene cobertura ni en el artículo 34 ni en el 38.10 de la Ley 4/1989, pues el primero de tales preceptos se refiere tan sólo a la prohibición de la caza, pero no de la pesca, mientras que el segundo de ellos se refiere genéricamente al medio ambiente. En consecuencia, reiterando la doctrina ya consolidada sobre la no aplicación de la analogía o interpretación extensiva en materia sancionadora, declara haber lugar a la cuestión de ilegalidad y anula la norma que el Tribunal de instancia inaplicó para anular el acto impugnado.

8. TELECOMUNICACIONES

A) Servicio telefónico

a) Servicio universal y obligaciones de carácter público

Telefónica, SA impugnó el RD 1736/1998, de 31 de julio, por el que se desarrolló el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones, en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones.

El TS, en la **Sentencia de 2 de febrero de 2000**, Ar. 319, desestimó el recurso.

Debe señalarse que la oposición a los artículos impugnados se basa en razones formales, esto es, en la exlimitación en la que, a juicio de la recurrente, ha incurrido el reglamento por relación con la ley habilitante.

El Tribunal Supremo, tras unas consideraciones iniciales de carácter general sobre el alcance de la potestad reglamentaria, rechaza en relación a cada uno de los preceptos impugnados que los mismos carezcan de cobertura legal suficiente. De forma particular se tiene en cuenta la finalidad de la ley para interpretar la adecuación o no del Reglamento a la norma habilitante.

b) Reglamento técnico de la telefonía móvil automática

La STS de 1 de febrero de 2000, Ar. 318, tiene como objeto la impugnación de la modificación del Real Decreto 1252/1997, de 24 de julio, que modifica el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telecomunicación de Valor Añadido de Telefonía Móvil Automática.

La citada modificación fue impuesta por la Decisión de la Comisión europea de 18 de diciembre de 1996, que obligó al Estado español a hacer desaparecer la ilegalidad cometida en el contrato de adjudicación de la concesión a Airtel, reparación que no podía suponer la revocación de la concesión, pues hubiera supuesto reinstaurar la situación previa de monopolio. Concretamente la cláusula del Pliego considerada ilegal era la novena, que exigía a la entidad concesionaria el pago al Tesoro de determinada cantidad.

Por ello, se optó por anular la mencionada cláusula novena del Pliego del contrato concesional transformándola en un derecho de crédito a favor de la concesionaria.

El Tribunal Supremo se plantea la legalidad de la anulación de la cláusula. En primer lugar analiza la vía seguida para anular la cláusula en cuestión, a partir del vicio en que la misma pueda haber incurrido. Sobre este punto concluye que se trata de una cláusula viciada de anulabilidad y que puede considerarse aislada del resto del contrato. Al ser un acto no favorable, procedía aplicar la revocación prevista en el artículo 105 de la Ley 30/1992.

De esta forma se concluye que:

“consecuentemente, aún partiendo de la tesis propugnada por la parte actora, de que a través del Real Decreto 1252/1997 se ha revocado la base novena del Pliego de Cláusulas Administrativas del contrato, ello no puede ser considerado ilegal, pues se habría utilizado uno de los mecanismos arbitrados en la Ley para conseguir este efecto. Podrá ser de dudosa técnica jurídica usar un reglamento para, junto a normas generales, tomar decisiones particulares, pero esto en nada afecta a su legalidad”. A continuación se añade que “tampoco cabe hablar de desviación de poder, ni de fraude de ley, al tratarse de un acto debido, que le venía impuesto por la Decisión comunitaria, en cuyo cumplimiento ha sido

dictado, como así se expresa en la exposición de motivos del Real Decreto. No puede pretenderse que, ante el dilema de una responsabilidad del Estado frente a la Unión Europea por incumplimiento de un acto de la Comisión, se impidiese su cumplimiento interno, cuando existen instrumentos jurídicos que posibilitan su efectividad. A este respecto, conviene traer a colación la doctrina del Tribunal de Justicia, conforme a la cual un Estado miembro no podría invocar disposiciones, prácticas o situaciones de su orden jurídico interno para sustraerse de la ejecución de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario”.

Declarada la validez de la anulación, el Tribunal Supremo examina si las medidas compensatorias introducidas en el RD 1252/1997 son válidas desde una doble perspectiva: a) Si cabe la modificación del contrato inicial que tales medidas implican, y b) Si consideradas en sí mismas suponen vulneración del ordenamiento.

En relación a la primera cuestión se analiza el alcance del *ius variandi* en la contratación administrativa, para concluir que en el caso analizado la decisión comunitaria, que incluía la prohibición de revocar el contrato, justificaba la modificación del contenido contractual.

Por lo que hace a la segunda de las cuestiones, analizadas las diversas modificaciones introducidas, se concluye que:

“ni las rebajas de tarifas de interconexión, ni la ampliación del plazo de concesión, ni la concesión de un mayor volumen de frecuencias, ni la extensión de la licencia a la modalidad DCS-1800, ni las restantes medidas introducidas en el Real Decreto (...) pueden considerarse como alteraciones sustanciales del contrato, que lo hagan esencialmente distinto del celebrado, pues su objeto, recogido en la base 1 del Pliego –aprobado por Orden de 26 de septiembre de 1994– sigue siendo el mismo, explotar en competencia el servicio público de telecomunicaciones de valor añadido de telefonía móvil automática GSM”.

c) Obligaciones en materia de interconexión y acceso a redes públicas y normativa comunitaria. Cuestión prejudicial

La entidad “Telefónica de España, SA” interpuso recurso contencioso-administrativo contra el RD 1651/1998, de 24 de julio, sobre interconexión y acceso a las redes públicas.

El Tribunal, tras plantear a las partes el preceptivo trámite de alegaciones, decidió por **Auto de 14 de febrero de 2000**, Ar. 618, plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

La cuestión prejudicial tiene como objeto la siguiente cuestión: “¿ la interpretación combinada de los artículos 4.2 y 9.2, en relación con el Anexo VII, parte 2, letra c) de la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio, relativa a la

XIV. Derecho Administrativo Económico

interconexión en las redes de telecomunicaciones, para garantizar el servicio universal y la interoperabilidad, mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP), permite:

- a) que las autoridades nacionales de reglamentación puedan imponer *ex ante* a un operador que tenga un peso significativo en el mercado la obligación de facilitar a los demás operadores el acceso al bucle de abonado y de ofrecer la interconexión en las centrales de conmutación locales y de nivel superior de conmutación,
- b) o, por el contrario, dichas autoridades sólo pueden, respecto del acceso y de la interconexión en aquellos puntos específicos de la red, fomentar acuerdos negociados entre los distintos operadores, pero no imponer uno y otra como obligación *ex ante* del operador que tenga un peso significativo en el mercado?”.

B) Televisión digital terrenal. Plan técnico

Por una entidad local se impugnó el RD 2169/1998, de 9 de octubre, que, dictado en desarrollo de la Disposición Adicional Cuadragésima Cuarta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, aprobó el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrenal. La entidad recurrente alegó que el Real Decreto suponía la desaparición mediante norma reglamentaria del régimen jurídico de la Televisión local en mano municipal establecido por la Ley 41/1995. Desaparición que imputa a los silencios de la norma impugnada.

El TS, en su **Sentencia de 7 de febrero de 2000**, Ar. 378, rechaza el recurso. La Sentencia expone la evolución del régimen jurídico de las televisiones, y destaca como el RD impugnado responde a los cambios tecnológicos aplicables a la televisión terrenal. Es este cambio el que impone una modificación del régimen concesional para integrar en el mismo la tecnología digital (posibilidad de aumentar el número de concesionarios, y posibilidad de prestar nuevos servicios a través de los canales).

A la vista de estas consideraciones, y considerando que el recurso impugna el Real Decreto 2169/1998 por lo que no dice, el Tribunal Supremo entiende que la norma impugnada no se opone a la Ley 41/1995, y que sus silencios derivan del estadio del proceso de implantación de la televisión local.

9. TRANSPORTES

A) Por carretera. Caducidad de las concesiones

Por Acuerdo de 4 de diciembre de 1986 del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, se declaró la caducidad de una concesión del Servicio público regular de viajeros por carretera. Dicha declaración se fundamentó en una infrac-

ción reiterada de una de las condiciones esenciales de la concesión, concretamente el haber prolongado el itinerario sin autorización. La entidad concesionaria impugnó el acuerdo en base a diversos motivos, los cuales fueron rechazados en la STS de 16 de febrero de 2000, Ar. 961.

Así, en primer lugar se desestimó la alegada vulneración del principio de igualdad por el hecho de haberse acordado el sobreseimiento de un expediente de caducidad, iniciado en fecha próxima, a otra empresa del sector. El Tribunal Supremo pone de relieve la no identidad de las situaciones, lo que no permite aplicar el principio de igualdad.

En segundo lugar se desestima la alegación de la existencia de vicios formales en el expediente de caducidad, pues no se dio indefensión y, por otro lado, la falta de notificación de la propuesta de resolución no está prevista en el procedimiento especial contenido en el Reglamento de Ordenación de los Transportes por Carretera (Decreto de 9 de diciembre de 1949).

Por último, el Tribunal Supremo niega que no se hubieran producido los hechos que motivaron la declaración de caducidad.

B) Funerario

Las SSTS de 26 de enero y 1 de febrero de 2000, Ar. 70, 71 y 219, tienen como objeto la impugnación de la modificación del artículo 139 del Reglamento de Ordenación de Transportes Terrestres, precepto relativo al transporte mortuorio. La modificación se llevó a cabo por el RD 927/1998.

La entidad recurrente se opone a la validez de la norma impugnada por razones formales (relativas al procedimiento de elaboración de la norma) y sustantivas.

Rechazada la existencia de vicios formales, el Tribunal Supremo, recogiendo su propia doctrina (STS de 17 de junio de 1999, Ar. 5479) rechaza también la existencia de vicios sustanciales. El Tribunal recuerda que la reforma se enmarca en el proceso de liberalización impulsado por el RD-Ley 7/1996. Es precisamente esta finalidad que domina el RD-Ley liberalizador la que justifica el contenido de la norma reglamentaria de desarrollo que se impugna, y en concreto la supresión de la autorización municipal para ejercer la actividad y la limitación relativa a que sólo se podía ejercer la actividad de transporte funerario cuando tuviera su origen en el municipio sede de la empresa.

Por otra parte, señala el Tribunal Supremo, la liberalización no supone desconocer la necesaria regulación del sector, pues la misma queda cubierta por la remisión que se hace a la autorización estatal o de la Comunidad Autónoma, previo informe vinculante del Ayuntamiento.

10. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

A) Pago con tarjeta. Tasa máxima a aplicar. Autorización singular

El TDC, en su Resolución de 26 de abril de 2000 (Expte. A 264/99, Tasas Pago con Tarjeta) ha otorgado una autorización singular para el acuerdo suscrito por SISTEMA 6000/Confederación Española de Cajas de Ahorro, VISA ESPAÑA, SC y Sistema 4B, SA, por el que se establecen las tasas máximas de intercambio a aplicar entre distintas entidades de crédito en las operaciones de pago mediante tarjeta.

Es oportuno recordar que en el sistema de pago mediante tarjeta intervienen distintos agentes: a) el banco emisor o entidad de crédito que emite la tarjeta y que es quien asume los principales riesgos y costes del sistema; b) el titular de la tarjeta que, a cambio de una cuota anual, recibe una tarjeta que le permite pagar bienes y servicios en establecimientos adheridos; c) el comercio o establecimiento adherido que se compromete a aceptar los pagos con tarjeta; d) el banco adquirente, que es banco del comerciante que recibe y procesa las transacciones abonándose las al comerciante con un descuento o comisión denominada tasa de descuento; e) el sistema de redes de pago que gestiona el centro de autorizaciones de pago y los procesos de compensación y liquidación.

Para analizar el posible otorgamiento de una autorización singular, es determinante, lógicamente, considerar que la conducta vulnera las prohibiciones del artículo 1 LDC. Así lo afirma el TDC en este caso:

“examinado el Acuerdo objeto de la presente autorización dentro de este marco, es claro que el mismo, en cuanto que establece los máximos que pueden alcanzar las Tasas de Intercambio intersistemas, es un acuerdo prohibido por el artículo 1.1 de la LDC en cuanto que supone la fijación de ‘precios’ entre tres importantes competidores en el mercado de los medios de pago mediante tarjeta, constituyendo, por tanto, un acuerdo de los prohibidos por el citado precepto”.

El TDC considera que pese a esta infracción concurren en la conducta las circunstancias que habilitan su autorización singular. La principal motivación del TDC es la siguiente:

“el acuerdo objeto de este expediente es susceptible de autorización al cumplirse las condiciones establecidas en el artículo 3 de la LDC, puesto que cabe esperar que, al tratarse de un Acuerdo que reduce las tasas de intercambio, se produzca una reducción de las tasas de descuento permitiendo una adecuada participación de los comerciantes y, en último caso, de los usuarios de tarjetas en las ventajas de dicho Acuerdo. Sin que resulte ocioso señalar, además, que, como ha ido perfilando este Tribunal en Resoluciones relativas a la ordenación del crédito y la banca, ‘existen materias que requieren un sistema unitario para asegurar los objetivos básicos de garantía de transparencia, solvencia, estabilidad y eficaz funcionamiento del sistema monetario, beneficiando también al usuario final de estos servicios interbancarios”.

B) Colegio profesional. Farmacias. Recomendación colectiva. Restricción de la competencia en el mercado de los alimentos infantiles

La Resolución del TDC de fecha 7 de abril de 2000 (Expte. 472/99, Colegio Farmacéuticos Valencia) es significativa por afectar a un ámbito material en el que se han producido cambios normativos recientes que liberalizan determinada actividad económica. En concreto, el Real Decreto 46/1996, de 19 de enero, por el que se modificó la Reglamentación Técnico-Sanitaria específica de los preparados para lactantes y preparados de continuación, conllevó que las leches infantiles y otros productos de alimentación infantil no sólo se pudieran vender en oficinas de farmacia. En el momento en que un operador económico productor procedió a comercializar estos productos en centros comerciales, el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia emprendió una conducta de rechazo y restricción.

Como se expone en la Resolución, el Colegio emitió la Circular de 15 de julio de 1997 de la Junta de Gobierno en la que ante esa realidad económica se establecía que:

“los farmacéuticos valencianos tenemos legítima capacidad de apoyar a partir de ahora a los fabricantes que siguen confiando en la oficina de farmacia como único canal de venta sin que ello signifique desviarnos de nuestro objetivo prioritario: la buena salud y la adecuada alimentación infantil.

De momento las opciones pueden ser algunas de las siguientes:

1. Recomendar explícitamente cualquiera de las demás marcas de fabricantes que cumplen sobradamente su doble condición de calidad y exclusividad en oficina de farmacia.
2. Relegar los productos Nestlé a la rebotica y venderlos únicamente ante una petición concreta de los mismos.
3. No venderlos a partir de ahora y devolver los que tengamos en stock.

No olvidéis que la libertad que alegan esas empresas es la misma que tenemos nosotros y que de nuestra respuesta dependerán perjuicios futuros y más graves para nuestra profesión”.

El TDC, después de resolver distintas cuestiones formales y de procedimiento, procede a analizar sustantivamente la conducta. La conclusión es rotunda:

“La conducta llevada a cabo por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia constituye un tipo preciso de los comportamientos prohibidos por el citado artículo 1 LDC. En efecto, es una recomendación colectiva que ha tenido el objeto de impedir la competencia entre canales comerciales para determinados productos de la alimentación infantil y que, además, tiene aptitud para producir el efecto perseguido de impedir la competencia

XIV. Derecho Administrativo Económico

mediante el control de la distribución, aunque el Servicio en sus investigaciones no haya acreditado, según él mismo reconoce, los efectos que se hayan podido producir.”

El TDC rechaza las alegaciones del Colegio y le impone una sanción de 30 millones de pesetas.

C) Colegio profesional. Veterinarios. Limitación territorial de actividad

La Resolución del TDC de 13 de abril de 2000 (Expte. 460/99, Veterinarios Ciudad Real), declara que el Colegio Oficial de Veterinarios de Ciudad Real ha incurrido en una práctica prohibida por el artículo 1.1.c) de la LDC al realizar, sin cobertura legal, actos encaminados a limitar territorialmente la actividad profesional de los veterinarios. A continuación, le impone una sanción de 2 millones de pesetas.

De forma resumida, los hechos que originan la Resolución consisten en la emisión por parte del Colegio Oficial de Veterinarios de Ciudad Real de la Circular 3/1998, que establece los criterios de selección de los colegiados para participar en la campaña antirrábica del año 1998. En la Circular se establece con claridad que los veterinarios deben actuar únicamente en la provincia de Ciudad Real y se indica que se cotejarán las listas con otros Colegios y la falsedad será sancionada con la inhabilitación para actuar en las tres campañas siguientes.

El expediente se inicia cuando un colegiado, que también lo era de otro colegio, presenta una denuncia contra el Colegio de Ciudad Real ante el SDC. La colegiado venía participando en las campañas antirrábica de anteriores ejercicios y veía como la Circular 3/1998 le impedía tomar parte de la del correspondiente año.

Respecto a esta conducta, que el TDC considera no tiene cobertura en ninguna norma legal, la Resolución afirma con absoluta rotundidad que:

“es preciso reconocer que la Circular 3/1998, en cuanto impide a un veterinario participar en actividades profesionales convocadas y organizadas por un Colegio Oficial al que se encuentra incorporado, por la simple razón de tomar o haber tomado parte en una actividad similar organizada en otra provincia, constituye una decisión discriminatoria, tendente a acotar territorialmente la actuación profesional de los veterinarios al margen de las normas y requisitos propios de la colegiación, que se encuentra tipificada en el artículo 1.1.c) de la LDC, que declara prohibidos aquellos acuerdos o decisiones que, consistiendo en un reparto de mercado, tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia”.

D) Medidas cautelares. Obligación de suministro en condiciones no discriminatorias

La Resolución del TDC de 6 de abril de 2000 (Expte. MC 31/00 3M/SIGESA) estima la propuesta del SDC y acuerda, sin prestación de fianza y por un plazo de 6 meses, la adopción de concretas medidas cautelares.

En términos generales cabe afirmar que en la actualidad la adopción de medidas cautelares no está teniendo la importancia que a mediados de los noventa se podía apreciar. En contadas ocasiones el TDC debe resolver sobre una petición de medidas cautelares.

En el supuesto concreto de la Resolución de 6 de abril de 2000 la cuestión se plantea en el mercado relevante de las aplicaciones informáticas conocidas como agrupadores, que permiten asignar a cada uno de los pacientes de un establecimiento hospitalario un código que recoge toda la información relevante sobre sus circunstancias personales y clínicas. En este mercado la empresa 3M parece ostentar una posición dominante, que ha sido, como señala el TDC expresamente, legítimamente obtenida por la superioridad del producto que ofrece.

Un mercado conexo a éste es el de los analizadores, que son programas informáticos que a partir de los códigos obtenidos con los agrupadores, permiten obtener previsiones necesarias para la gestión hospitalaria, tanto en el aspecto clínico como en el administrativo.

Los hospitales públicos, que deben usar obligatoriamente estos productos, requieren a las empresas suministradoras la oferta simultánea de ambos productos.

La controversia se origina cuando una empresa de analizadores cuestiona la actuación de 3M en el suministro de agrupadores, esencialmente en la incertidumbre en sus precios y peligro de demora en la entrega.

Al respecto afirma el TDC que:

“siempre desde la posición indiciaria que caracteriza el momento de adopción de medidas cautelares, la posición de dominio de 3M/SIGESA en el mercado de agrupadores, algunas de las prácticas acreditadas en el expediente tendrían carácter abusivo, al prevalerse dichas empresas de su posición dominante para ganar cuota en el mercado conexo de los analizadores y, en particular, las consistentes en mantener reserva e incertidumbre sobre los precios de cesión del agrupador AP y en ofertarlo a los hospitales a precios discriminatoriamente elevados en los casos en que compite con IASIST para la venta de analizadores”.

En este entorno las medidas cautelares solicitadas supondrán el previo conocimiento del precio del agrupador AP y en caso de resultar adjudicatario del concurso público la seguridad en su suministro.

El TDC estima que estas medidas no han de generar perjuicios irreparables para 3M, pues de su operatividad únicamente se podrán derivar la venta de sus agrupadores, sin incidir en la competencia en el mercado de analizadores.

Por ello, la Resolución ordena a la empresa suministrar el agrupador AP en condiciones no discriminatorias para que el denunciante pueda a su vez suministrarlo a sus clientes

XIV. Derecho Administrativo Económico

junto con su analizador. Asimismo, ordena proporcionar toda la información relativa a precios y condiciones de suministro del agrupador para cada período de referencia.

En el cumplimiento de esta Resolución se suscitó una nueva controversia que culminó con una nueva Resolución de incidente de fecha 22 de junio de 2000, que vino a especificar en mayor medida las obligaciones de la empresa denunciada.

E) Contratación pública. Ámbito de conocimiento del TDC

La Resolución del TDC de fecha 31 de mayo de 2000 (Exp. R 363/99 Cst-D.G. Aviación Civil) desestima el recurso interpuesto por el denunciante contra el acuerdo del SDC de archivo de la denuncia contra la Dirección General de Aviación Civil.

La denuncia se fundamentaba esencialmente en el incumplimiento por parte de la Dirección General de Aviación Civil de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto al carácter secreto de la licitación pública en determinado concurso público.

El TDC pone de relieve que la revisión de la adecuación de los actos administrativos a las leyes corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa y que a los órganos de defensa de la competencia únicamente corresponde la instrucción y resolución de expedientes relativos a conductas infractoras de la LDC.

Además, insiste en uno de los principios de la LDC:

“por ello, aunque los órganos de defensa de la competencia atribuyen la mayor importancia a la transparencia e integridad de los procesos competitivos que se producen en los concursos públicos, no pueden intervenir más que cuando existen indicios de colusión o de abuso. En el caso objeto de este recurso, los actos de la Dirección General de Aviación Civil que se denuncian son actos unilaterales que, como tales, no son compatibles con la colusión y tampoco pueden ser considerados abusivos si no se señala el mercado relevante en que la DGAC pudiera tener posición de dominio ni de qué forma se prevale dicho organismo para abusar de ella”.

F) Empresa pública. Urbanismo. Acuerdo de modificación de planeamiento urbanístico. Convenio urbanístico

La Resolución del TDC de 6 de abril de 2000 (Expte. R 402/99 Valderrama/Impulsa) desestima un recurso interpuesto contra un acuerdo del SDC de archivo de actuaciones iniciadas por una denuncia.

De forma muy resumida, la denuncia cuestiona la actuación de Impulsa, empresa mercantil participada íntegramente por el Ayuntamiento del Puerto de Santa María, en la compraventa de determinados terrenos en la que se incorporaba una condición resolu-

toria en caso de que no se modificase el plan general de ordenación urbana para posibilitar la implantación de un campo de golf en desarrollo de un convenio urbanístico a suscribir con el Ayuntamiento.

Es decir, desde la óptica del denunciante la empresa pública vende los terrenos contando con el apoyo de la modificación del planeamiento general, lo que incide notoriamente en el mercado del suelo urbanizable o del suelo destinable a la construcción de campos de golf.

El TDC confirma el archivo de las actuaciones. No obstante, considera que IMPULSA ostenta una posición de dominio en el mercado de los terrenos susceptibles de ser utilizados para campos de golf:

“en ese mercado, IMPULSA ostentaría una posición de dominio como consecuencia de su especial vinculación con el Ayuntamiento y el carácter abusivo de la conducta (segundo elemento de la tipificación de las prácticas incursas en el art. 6) vendría dado por la modificación arbitraria del PGOU”.

Pese a ello, desestima los argumentos del denunciante en base a la cobertura legal que tendría la actuación desarrollada por la conexión entre la empresa y el Ayuntamiento:

“Debe tenerse en cuenta, a estos efectos, que el capital de la sociedad IMPULSA pertenece en su totalidad al Ayuntamiento y que dicha empresa tiene por objeto social la puesta en práctica de ciertas facultades urbanísticas atribuidas a la corporación municipal, por lo que constituye una proyección de dichas competencias en ciertos aspectos de la actividad económica. De esta forma, debe considerarse al ente binario Ayuntamiento-IMPULSA como una unidad de actuación y resulta cierto que Ayuntamiento-IMPULSA se encontraba en la situación única de poder recalificar los terrenos, de manera que fuera posible cumplir las condiciones pactadas con Golf El Puerto. Sin embargo, tal facultad se encuentra concedida al Ayuntamiento en virtud de la normativa legal que regula las competencias de las distintas entidades que forman parte de la estructura del Estado, en concreto la Ley 7/1985, de 3 de abril, de Bases del Régimen Local, por lo que no es asimilable al concepto de posición de dominio, referida a un mercado y, por tanto, de contenido esencialmente económico, que prevé la LDC. Por ello, el analizar la actuación del Ayuntamiento-IMPULSA, consistente en vender unos terrenos condicionados a su recalificación, y el pronunciarse sobre cómo se fraguó dicha decisión, y si se tomó o no conforme a Derecho, no corresponde a este Tribunal sino a las oportunas instancias judiciales.”

11. SEGUROS

A) Baremo de valoración de daños

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la cuestión, tan debatida por la doctrina, de la constitucionalidad del baremo de valoración de daños de la Ley sobre

XIV. Derecho Administrativo Económico

Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de vehículos a motor, según la redacción dada por la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación del Seguro Privado. Varios órganos jurisdiccionales habían planteado sendas cuestiones de inconstitucionalidad, que se resuelven por la **STC 181/2000, de 29 de junio**, por presunta infracción del principio de igualdad, del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio de exclusividad jurisdiccional.

De las distintas dudas suscitadas, que atañen más a las relaciones privadas, sólo interesa destacar aquí la afirmación del Tribunal Constitucional de que la Constitución no exige que la regulación de la responsabilidad civil extracontractual deba ser igual en todos los casos, sino que el legislador puede establecer diferencias en atención a diversos contextos sociales. Al margen de ello, determinadas cuestiones referentes al concreto régimen de aplicación del sistema de daños tasados es lo que ofrece reparos de inconstitucionalidad, lo que suscita a su vez varios votos particulares.

LLUIS CASES PALLARÉS
JOAQUÍN TORNOS MAS
TOMÁS FONT I LLOVET

XV. EDUCACIÓN, SANIDAD Y BIENESTAR SOCIAL**Sumario:**

1. Consumo. A) ¿Una normativa nacional que imponga un precio fijo de venta de los libros, al margen del derecho de libre competencia, es contrario al Derecho Comunitario? **2. Educación.** A) No universitaria. a) La denominación de un Cuerpo o Escala forma parte de la discrecionalidad inherente a la potestad organizatoria de la Administración. B) Universitaria. a) Revisión de Sentencia firme ganada por maquinación fraudulenta de la Universidad. b) Readscripción del profesorado a Universidad de nueva creación. **3. Fuerzas y cuerpos de seguridad y orden público.** A) Arresto domiciliario de guardias civiles y procedimiento de *habeas corpus*. B) Denegación de permiso de estancia a ciudadanos comunitarios por razón de orden público. **4. Extranjeros.** A) Las limitaciones a extranjeros para la compraventa de inmuebles sólo pueden justificarse, en el ámbito comunitario, en el caso de que los intereses militares del Estado miembro afectado corran un riesgo real, concreto y grave, que no pueda evitarse por otro medio menos restrictivo. B) Derechos fundamentales de los extranjeros: situación de extranjero custodiado por la policía a quien se deniega el asilo: plazo y *habeas corpus*. C) Exención de visado de residencia: la circunstancia excepcional de arraigo en territorio español. D) Expulsiones. E) Refugio y asilo. F) Nacionalidad: el requisito de la buena conducta cívica. G) Extradición pasiva o entrega de extranjero: control del acto gubernamental. **5. Juego.** A) ¿Puede negársele la naturaleza de acto administrativo a la resolución de un concurso para la provisión de administraciones de lotería? **6. Sanidad.** A) Exigencias del principio de participación democrática en el sistema sanitario público.

1. CONSUMO

A) ¿Una normativa nacional que imponga un precio fijo de venta de los libros, al margen del derecho de libre competencia, es contrario al Derecho Comunitario?

La STJCE de 3 de octubre de 2000 (asunto C-9/99) resuelve una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal de Grenoble en la que se debe dilucidar si la legislación fran-

cesa –cuando sanciona a una distribuidora (“Echirolles, SA”) por haber puesto a la venta libros a un precio inferior, en más del 5 por ciento al fijado por el editor o el importador– es o no contraria al Derecho Comunitario.

“Echirolles” sostiene que en la medida que la legislación francesa excluye la competencia es contraria al concepto de mercado que implica la confrontación entre la oferta y la demanda. Libre competencia que se excluye por igual en cualquier tipo de libros –como soporte de la creación artística, literaria o técnica– y que, a su juicio, en ningún caso puede vincular a distribuidoras, más allá de las fronteras nacionales, lo que plantea un problema de desigualdad con otras distribuidoras comunitarias.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia entiende que el sistema francés de precio fijo impuesto por el editor no se opone al Derecho Comunitario y, un tanto apodícticamente, señala que:

“los artículos 3.A, 102.A y 103 del Tratado, que se refieren a la política económica, que se debe llevar a cabo respetando el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia (artículos 3.A y 102.A), constituyen disposiciones que no imponen a los Estados miembros obligaciones claras e incondicionales que los particulares puedan invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales. En efecto, se trata de un principio general que para su aplicación exige apreciaciones económicas complejas que son competencia del legislador o de la Administración nacional”.

2. EDUCACIÓN

A) No universitaria

a) La denominación de un Cuerpo o Escala forma parte de la discrecionalidad inherente a la potestad organizatoria de la Administración

Ante un recurso directo contra el RD 1635/1995, de 6 de octubre, por el que se adscribe al profesorado de los Cuerpos de Profesores Técnicos de Formación Profesional a las especialidades propias de la formación profesional específica, la STS de 8 de noviembre de 1999, Ar. 2299/2000, afirmará que:

“la denominación de un Cuerpo o Escala es cuestión enmarcada dentro de la discrecionalidad inherente a la potestad organizatoria de la Administración, por lo que su alteración no afecta a los derechos adquiridos de los funcionarios públicos, según una consolidada jurisprudencia”.

Añadiendo un poco más adelante que, tratándose de una regulación *ex novo* (la de la LOGSE, de la que este Real Decreto impugnado es una norma reglamentaria de desarrollo) –que introduce una profunda modificación en la estructura docente y se manifiesta

como un ejercicio de la potestad organizatoria que no altera sino indirectamente aspectos de la relación de servicios de los funcionarios docentes, que no repercute sobre sus derechos adquiridos—, difícilmente puede hablarse de vulneración de los principios de irretroactividad de las normas y de respeto a derechos adquiridos por los funcionarios docentes.

B) Universitaria

a) Revisión de Sentencia firme ganada por maquinación fraudulenta de la Universidad

La STS de 18 de febrero de 2000, Ar. 2993, resuelve (de discutible manera) un caso de recurso extraordinario de revisión de una Sentencia firme dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid en el que se aduce el motivo recogido en la letra d) del art. 102.c), apartado 1, de la LJCA (en su reforma de 1992; la vigente redacción de este supuesto es algo diferente), esto es, haberse ganado la sentencia injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta. Más concretamente, la maquinación fraudulenta se precisa por el Tribunal Supremo que tiene que tratarse del “resultado de una asechanza artificial; o sea producida con arte y habilidad, pero de modo disimulado, para obtener un resultado que perjudica a otro” y que ha de haberse producido, precisamente, en el desarrollo del proceso judicial. Pues bien, en el caso concreto de que se trataba (un problema de asignación de docencia a una profesora por parte del Departamento), los argumentos utilizados por la Universidad demandada para justificar el acuerdo del Consejo de Departamento impugnado (y la subsiguiente resolución desestimatoria del recurso de alzada por parte del Rectorado) serán considerados maquinación fraudulenta. Dejando ahora a un lado las razones de fondo que enfrentaban a las partes (una profesora y la dirección de su Departamento), lo llamativo del caso es la amplitud con la que se define esta causa de revisión:

“La maquinación fraudulenta en las personas jurídicas tiene un componente psicológico e intelectual muy importante, pues se trata de convencer, sin razón alguna, a un Tribunal de Justicia, mediante argumentos equívocos o sesgados, por supuesto, bien presentados retóricamente, y también aportando el componente fáctico adecuado, pues para que tales argumentos sean convincentes deben estar acompañados por una adecuada y artificiosa exposición de los hechos, u omisión de los mismos (...)”

A partir de este planteamiento, la Sentencia analiza la defensa jurídica que por parte de la Universidad demandada se hizo en el recurso contencioso-administrativo originario (la que llama “línea argumental”) —que fue la que siguió “fielmente la Sentencia, sin advertir que, pese a estar expuesta con un castellano elegante y pulido, con cita y comentario de la normativa reguladora de la materia, era substancialmente engañosa y una justificación artificiosa del proceder del Consejo de dicho Departamento”— llegando a la conclusión de que “la argumentación esgrimida por la Universidad (...), seguida por la Sentencia recurrida en revisión, ha ocultado que el proceder lógico y ajustado a derecho

es que el Consejo de Dirección de cualquier Departamento no puede arbitrariamente asignar las asignaturas, dentro de un área de conocimiento a cualquier docente, sino que debe tener presente el perfil académico o especialización de los docentes”. Con esta motivación y algunas otras discrepancias con el proceder de la Universidad, el Tribunal Supremo declarará “que ha existido maquinación fraudulenta” y rescindirá en parte la recurrida, declarando que el Acuerdo del Consejo del Departamento en cuestión “es nulo de pleno derecho, por no ser conforme a Derecho” (sic).

b) Readscripción del profesorado a Universidad de nueva creación

En la STS de 11 de abril de 2000, Ar. 4820, relativa a la impugnación del Decreto catalán 133/1992 –que regula la integración de la Universidad de Lérida, a partir de los Centros, Institutos y Servicios Universitarios ubicados en la ciudad de Lérida y pertenecientes a las Universidades de Barcelona, Autónoma de Barcelona y Politécnica de Cataluña, acordándose el correspondiente traspaso de su personal (funcionario, contratado administrativo y contratado laboral) a la Universidad de Lérida, respetándose sus derechos– se plantean diversas cuestiones (que, a la postre, serán todas desestimadas) y de entre las cuales quizás la más relevante sea su afirmación de que:

“la readscripción de centros de una Universidad a otra distinta trae como consecuencia que la relación estatutaria, que vincula a los profesores que prestan sus servicios en estos centros con la Universidad a la que pertenecen antes de la readscripción, se sustituye por otra relación de idéntica naturaleza con la Universidad a la cual esos centros se adscriben, pero también es cierto que el argumento según el cual dicha sustitución no puede realizarse sin la voluntad de los profesores afectados por ella sólo puede referirse al interés personal de cada Profesor, que, en su caso, podrá defender, según su voluntad, los derechos que a tal efecto les concede la Constitución y el ordenamiento jurídico”.

3. FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD Y ORDEN PÚBLICO

A) Arresto domiciliario de guardias civiles y procedimiento de *habeas corpus*

Han sido tres las Sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en esta materia (SSTC 208/2000 y 209/2000, ambas de 24 de julio y la 233/2000, de 2 de octubre). En todas ellas se reitera que el procedimiento de *habeas corpus* es procedente en los casos de sanciones privativas de libertad impuestas por la Administración militar, máxime si se tiene presente que el art. 54.1 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil prevé que las sanciones disciplinarias impuestas son inmediatamente ejecutivas. Por lo tanto, se otorga el amparo –aunque obviamente no cabe retrotraer las actuaciones al momento en que se produce la vulneración del derecho a la libertad– frente a los Autos que inadmiten a trámite el *habeas corpus*, sobre la base de que la privación de libertad es aparentemente legal, en cuyo caso la resolución judicial anticipa el fondo en el trámite de admisión.

B) Denegación de permiso de estancia a ciudadanos comunitarios por razón de orden público

La STJCE de 9 de noviembre de 2000 declara que 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, deben interpretarse en el sentido de que no se puede calificar de “decisión sobre la admisión de entrada” en el sentido de dicho artículo 8 la decisión por la que las autoridades de un Estado miembro deniegan a un nacional comunitario, que carece de permiso de residencia, el derecho a entrar en su territorio, en un supuesto como el de autos, en el que el interesado fue admitido con carácter temporal en el territorio de dicho Estado miembro, a la espera de la decisión que debía adoptarse tras las indagaciones necesarias para examinar su expediente, y residió así casi siete meses en dicho territorio antes de que le fuera notificada dicha decisión, debiendo poder ampararse tal nacional en las garantías procesales contempladas en el artículo 9 de la Directiva 64/221.

El período de tiempo transcurrido tras la decisión de la autoridad competente debido a la interposición de un recurso judicial que tenga efectos suspensivos, por una parte, y la autorización para ejercer un empleo a la espera de que se resuelva dicho recurso, por otra parte, carecen de incidencia sobre la calificación de dicha decisión con arreglo a la Directiva 64/221.

4. EXTRANJEROS

A) Las limitaciones a extranjeros para la compraventa de inmuebles sólo puede justificarse, en el ámbito comunitario, en el caso de que los intereses militares del Estado miembro afectado corran un riesgo real, concreto y grave, que no pueda evitarse por otro medio menos restrictivo

La STJCE de 13 de julio de 2000, as. Albore, C-423/98, resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Corte d'appello de Nápoles en un recurso de apelación interpuesto por un Notario contra la negativa del Registrador de la Propiedad a inscribir la compraventa de dos inmuebles en favor de nacionales alemanes, por no haber solicitado éstos la autorización del Prefecto requerida por la legislación italiana para los inmuebles situados en zonas del territorio declaradas de importancia militar. A esta cuestión responderá el Tribunal de Luxemburgo que la libertad de movimientos de capitales entre Estados miembros de la Comunidad Europea se opone a la legislación nacional de un Estado miembro que, por razones relacionadas con las exigencias de la defensa del territorio nacional, dispensa a los nacionales de dicho Estado, y sólo a ellos, del deber de solicitar una autorización administrativa para cualquier adquisición de un bien inmueble situado en una zona del territorio nacional declarada de importancia militar. Sólo cabría una solución distinta –según el Tribunal de Justicia– si se pudiera demostrar ante el Juez nacional competente que, en una zona determinada, un trato no discriminatorio de los nacionales de todos los Estados miembros implicaría que los intereses militares del Estado miembro

afectado corriesen riesgos reales, concretos y graves, que no pudieran evitarse por procedimientos menos restrictivos.

B) Derechos fundamentales de los extranjeros: situación de custodiado por la policía a quien se deniega el asilo: plazo y *habeas corpus*

La STC 179/2000, de 26 de junio, resuelve un recurso de amparo planteado por un extranjero procedente de Senegal que solicitó el reconocimiento de la condición de refugiado y la concesión de asilo y que, denegada ésta, pidió su reexamen. Así, su situación en la zona de tránsito del aeropuerto de Barajas durante más de setenta y dos horas y la inadmisión a trámite de su solicitud de *habeas corpus* es lo que constituye el objeto de su recurso ante el Tribunal Constitucional.

Respecto de la situación de privación de libertad, la Sentencia señalará que, para que se respete el derecho fundamental que consagra el art. 17.1 CE, es preciso que tenga una duración acorde con el principio de limitación temporal que se induce del art. 17.2 CE y, aunque pueda superar el plazo de las setenta y dos horas que establece este precepto constitucional, no puede, sin embargo, ni durar más que el tiempo que requiera adoptar las medidas necesarias que permitan ejecutar el acto administrativo (esto es, proceder a la devolución del extranjero a su país de procedencia), ni tampoco tener una duración que, en sí misma, pueda considerarse muy superior a la que en condiciones normales conllevaría la ejecución del acto. Respecto al *habeas corpus*, el Tribunal Constitucional considerará que se ha producido una lesión del derecho que garantiza el art. 17.4 CE porque con la inadmisión se efectuó, en definitiva, un enjuiciamiento de fondo de la legalidad de la situación sin que el interesado fuese puesto en presencia del Juez.

C) Exención de visado de residencia: la circunstancia excepcional de arraigo en territorio español

Sobre esta condición, que permite la exención del visado, se ha vuelto a pronunciar en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo, de las que ahora podemos destacar alguna.

Así la STS de 14 de marzo de 2000, Ar. 3062, la aplica para el caso de una persona que había ganado por Sentencia previa el derecho a obtener permiso de trabajo y residencia, y que, además “estaba esperando el próximo nacimiento de su hijo y tenía que cuidar de su esposa residente en El Ejido con la que convive y ayuda económicamente, la cual dispone de permiso de trabajo y residencia”.

No demuestra tal arraigo, por el contrario, según la STS de 1 de abril de 2000, Ar. 3251, la voluntad expresada de residir en España para realizar estudios de bachillerato.

D) Expulsiones

En la **STS de 11 de febrero de 2000**, Ar. 1703, se considera nula de pleno derecho la decisión gubernativa de expulsión decretada antes de la resolución de la solicitud de renovación de permiso de trabajo y de permiso de residencia realizada sin tener en cuenta su matrimonio con una persona que le proporcionaba medios lícitos de vida en España.

La **STS de 21 de marzo de 2000**, Ar. 3540, reitera su doctrina de que, producida una orden de expulsión y estando pendiente el recurso de casación, el dato sobrevenido del matrimonio con ciudadano español no es causa suficiente para anular la Sentencia recurrida (que, obviamente, no había podido tener en cuenta tal circunstancia), sino que los eventuales efectos se tienen que desplegar a partir de tal fecha y por medio de una nueva petición a la Administración (“a lo que puede optar el recurrente es a que la nueva situación fáctica pueda inducir a la Administración a reconsiderar su acuerdo y facilitarle la permanencia”, dirá la Sentencia).

En la **STS de 19 de febrero de 2000**, Ar. 2449, se anula una orden de expulsión basada exclusivamente en la iniciación de unas diligencias penales (por falsificación y fraude fiscal) en cuyo proceso se decretó el sobreseimiento provisional del interesado; añadiéndose que, por tratarse de un ciudadano de la Unión Europea, con más razón aún debía actuarse así.

También en referencia a un ciudadano de la Unión Europea, la **STS de 4 de marzo de 2000**, Ar. 2458, aplicando el Derecho Comunitario, anulará la orden de expulsión, porque ésta sólo cabe por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, entendiéndose aquel concepto por el Tribunal de Luxemburgo como invocable en el caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, sin que las meras condenas penales constituyan motivo para la adopción de la medida de expulsión, pues sólo cuando tales condenas evidencian la existencia actual de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público es posible restringir la estancia de un nacional de otro Estado miembro (arts. 1.1 y 3 de la Directiva 64/221).

Sin embargo, en otro supuesto de orden de expulsión de un ciudadano británico, condenado por un delito contra la salud pública, la **STS de 14 de marzo de 2000**, Ar. 3063, no admite la suspensión de dicha medida por entender que no procede la misma cuando el peligro para los intereses públicos se infiere de la conducta del afectado puesta de relieve mediante una condena penal por un delito específico contra la salud pública de especial gravedad, reveladora de la realización de una actividad lesiva para la salud de la población y no sólo potencialmente peligrosa para la salud del interesado.

E) Refugio y asilo

En esta materia la abundante jurisprudencia se mantiene en línea de continuidad con los pronunciamientos anteriores, si bien la STS de 28 de abril de 2000, Ar. 4830, realiza un destacado esfuerzo por explicitar el *status quaestionis* en términos normativos.

F) Nacionalidad: el requisito de la buena conducta cívica

En cuanto a este siempre discutido presupuesto establecido en el art. 22.4 CC, la STS de 25 de febrero de 2000, Ar. 18765, entiende que no es correcta la interpretación que considera que no se acredita tal requisito por la existencia previa de dos condenas penales de corta duración (en 1982 y remitidas definitivamente en 1986) y si además se demuestran una normal y armónica convivencia matrimonial y haber venido disfrutando de sucesivos permisos de residencia.

G) Extradición pasiva o entrega de extranjero: control del acto gubernamental

Según la STS de 26 de noviembre de 1999, Ar. 3197/2000, el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que procede a reconocer la entrega de un ciudadano a las autoridades francesas “presenta desde la perspectiva de los derechos fundamentales, un alcance directamente aplicativo, suficiente para admitir su impugnabilidad a través de la vía procesal utilizada por el recurrente” (el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales), frente a la causa de inadmisibilidad opuesta conjuntamente por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal por entender que el acto recurrido no era susceptible de control jurisdiccional; aunque, en cuanto al fondo, la Sentencia desestimaré el recurso.

5. JUEGO**A) ¿Puede negársele la naturaleza de acto administrativo a la resolución de un concurso para la provisión de administraciones de lotería?**

La STS de 10 de julio de 2000, Ar. 4792, resuelve el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado, frente a una Sentencia anterior de la Audiencia Nacional, que estima en parte un recurso contra la Orden Ministerial que adjudica una administración de lotería.

En síntesis el abogado del Estado pretende argumentar que el acto de resolución de un concurso de adjudicación no constituye propiamente un acto administrativo limitador de derechos subjetivos necesitado de motivación, sino que más bien se trata de un acto-concesión en el que la motivación está implícita. Al respecto, el TS –que impone las costas a la parte recurrente– declara:

“a) que la Administración ha de expresar las razones que le inducen a otorgar preferencia a uno de los solicitantes frente al resto de los concursantes, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo, al mismo tiempo, que el no beneficiario pueda contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto y el órgano judicial apreciar si se ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos, b) que tal exigencia de motivación no puede ser suplida por la simple fijación de puntuaciones, y c) que con esa exigencia no se trata de sustituir el criterio técnico de la Administración, sino de conocer en qué ha consistido éste y cuáles han sido los datos determinantes en la decisión”.

6. SANIDAD

A) Exigencias del principio de participación democrática en el sistema sanitario público

En la STS de 29 de mayo de 2000, Ar. 5125, el criterio de la participación democrática al que deben ajustarse las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias en materia sanitaria (establecido, con carácter básico, en el art. 53 de la Ley General de Sanidad de 1986) será el argumento principal para declarar nulo un Decreto gallego de creación y funciones de los Consejos Asesores Técnicos (de la Consellería de Sanidad del la Xunta), puesto que en su procedimiento de elaboración no se dio audiencia a los Colegios Oficiales de Médicos de Galicia (que, además, con la nueva reglamentación veían desaparecer las funciones consultivas que hasta entonces venían realizando en el Consejo de Sanidad de Galicia, que desaparecía para ser sustituido por los nuevos órganos).

IÑAKI AGIRREAZCUENAGA
EDORTA COBREROS

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES**Sumario:**

Introducción. 1. Recurso Contencioso-Administrativo. A) Competencia. a) La Jurisdicción Contencioso-Administrativa es competente para conocer del recurso contra una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que anuló la dene-gación de la inscripción de obra nueva. b) Corresponde conocer a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sobre la aprobación municipal de un Convenio Colectivo de personal laboral. c) La Jurisdicción Contencioso-Administrativa es competente para conocer de los arrendamientos históricos. d) El precio de venta de una Vivienda de Protección Oficial es una cuestión civil. e) Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo son competentes para conocer de los recursos relativos a actos de un órgano periférico de un organismo autónomo estatal. f) Corresponde a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conocer de los recursos relativos a actos de la Dirección General en Madrid de la Tesorería General de la Seguridad Social (artículo 8.3 LJCA de 1998).

B) Objeto. a) No es recurrible la aplicación de un Tratado de Doble Nacionalidad. b) Actos políticos: la extradición pasiva tiene naturaleza administrativa y judicial.

C) Sujetos. a) Postulación: los funcionarios jubilados tienen poder de postulación para representarse y defenderse por sí mismos. b) Legitimación: la Organización de Consumidores y Usuarios ostenta un interés colectivo en la impugnación del Reglamento del IRPF [artículo 19.1.b) LJCA de 1998]. D) Procedimiento.

a) Interposición: no se puede tomar en consideración la fecha de presentación de los recursos en las Oficinas de Correos. b) El emplazamiento mediante edictos publicados en Boletines Oficiales no causa indefensión a una corporación de Derecho Público.

c) Si la Administración entró a resolver el recurso de reposición, no puede alegar su extemporaneidad en vía contenciosa. d) En caso de prueba no practicada por culpa de la Sala, las actuaciones se pueden retrotraer al momento anterior a la votación y fallo.

e) El requisito de motivación de las Sentencias no se cumple con el uso de los impresos normalizados. f) El requisito de la congruencia de las Sentencias se satisface con res-puestas globales y genéricas. E) Suspensión. a) Cuando ambas partes son entes públicos

hay que atender al marco normativo en el que se producen los actos administrativos.

b) En la LJCA (de 1998) se destaca el aseguramiento de la efectividad de la Sentencia y la transcendencia de la ponderación de todos los intereses en conflicto. c) En materia de suspensión no es admisible la garantía hipotecaria. d) La suspensión se adopta, según la nueva LJCA (de 1998), según el grado de sacrificio que debe soportar de cada una de las partes. e) El nuevo artículo 130 LJCA (de 1998) exige que la ponderación se realice en función del grado de interés público en juego. F) Costas: no es admisible una

partida de “estudio de antecedentes”. **2. Recurso de Casación.** A) Sujetos: representación procesal: los funcionarios en cuestiones de personal deben comparecer ante el Tribunal Supremo por medio de Procurador y con la asistencia de Abogado. B) Objeto.

a) Autos dictados en ejecución de Sentencias: no se puede discutir el quantum de indemnización fijado. b) Es irrecurrible el auto que se pronuncia sobre la entrega del justiprecio. c) Impugnación indirecta: no lo es la cuestión de la vigencia y aplicabilidad de una Ordenanza Fiscal. C) Procedimiento. a) El apartado primero de la Disposición

Transitoria Tercera LJCA (de 1998) no conculca el principio de tutela judicial efectiva. b) Plazo de interposición: la solicitud de traducción al castellano de los escritos de

demanda y preparación no suspende el plazo de la interposición del recurso de casación. c) Preparación: ha de alegarse el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos. d) La decisión de admisión del recurso de casación es irrecurrible. e) El trámite del artículo 101.1 LJCA (de 1956) lo es para oponerse a la admisión, no para adherirse al recurso. D) Inadmisibilidad. a) Defectuosa preparación: no basta con indicar cuál es la norma estatal infringida, sino que hay que justificar la relevancia de su infracción. b) El recurso debe articularse en motivos concretos y separados, con invocación en cada uno de ellos del apartado concreto en que se basa. c) Las controversias

sobre actos cuya competencia es de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo no son recurribles en casación. d) No es recurrible en casación, a pesar de invocarse el principio de igualdad, cuando se analiza Derecho Autonómico. e) Cuantía. a’) A las exenciones de tributos se aplica la regla del artículo 489.6 LECiv. b’) Es inadmisibile el recurso de casación sobre sanción económica del Tribunal de Defensa de la Competencia que no alcance el límite casacional, a pesar de su publicación. f) Personal.

a’) El artículo 86.2.b) LJCA (de 1998) no abre el recurso de casación a las cuestiones de

a’) El artículo 86.2.b) LJCA (de 1998) no abre el recurso de casación a las cuestiones de

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

personal. b') Los actos relativos al nacimiento o la extinción de la relación de servicio del personal estatutario no abren el acceso a la casación. c') El reingreso de funcionarios docentes se equipara a la extinción de la relación de servicio. d') Los actos de habilitación de Oficiales de la Administración de Justicia no es cuestión de personal.

3. Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina. A) El plazo de subsanación previsto en el artículo 102.a).4 LJCA (de 1956) corre sin necesidad de requerimiento.

4. Recurso de Revisión. A) El artículo 102.c) LJCA (de 1956) no se refiere a maquinación fraudulenta cometida por o ante los órganos administrativos, sino ante los Tribunales de Justicia.

INTRODUCCIÓN

La presente crónica, que abarca el período de mayo a junio de 2000 en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi y las SSTC publicadas en el BOE en los meses de marzo a mayo del mismo año, si bien contiene aún algunos pronunciamientos sobre la ya derogada Ley Jurisdiccional de 1956, recoge ya un número abundante de pronunciamientos sobre la nueva Ley de 1998, destacando las relativas a la atribución competencial a los nuevos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, los actos políticos, la tutela cautelar y al alcance de la excepción de las cuestiones de personal en el recurso de casación.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Competencia

a) La Jurisdicción Contencioso-Administrativa es competente para conocer del recurso contra una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que anuló la denegación de la inscripción de obra nueva

El artículo 1.1 LJCA (de 1956), dispone que no corresponderán a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa “las cuestiones de índole civil o penal atribuidas a la jurisdicción ordinaria, y aquellas otras que, aunque relacionadas con actos de la Administración pública, se atribuyan por una ley a la jurisdicción social o a otras jurisdicciones”.

Falta en nuestro ordenamiento una definición general de lo que se considera cuestión civil. Tanto las leyes especiales como la jurisprudencia parten de considerar que los conflictos que afectan al derecho de propiedad, como institución nuclear del Derecho patrimonial privado, constituyen cuestiones de naturaleza civil. Ésta es la razón por la que las

cuestiones relativas al Derecho inmobiliario registral han gozado de idéntica calificación. Las cuestiones registrales, tal como han sido tradicionalmente concebidas, afectan a la constancia y subsistencia del derecho de propiedad y demás derechos reales incluso cuando se proyectan sobre aspectos externos o formales del título autorizado o inscrito, las cuales pueden estar en conexión con el Derecho administrativo. La jurisprudencia se ha fundado en lo dispuesto en los artículos 1 y 66 de la Ley Hipotecaria y 111 del Reglamento hipotecario para sostener el carácter civil de las cuestiones decididas en el ejercicio de la función calificadora de los Registradores. Esta posición se ha mantenido cuando la función calificadora se ha proyectado sobre aspectos formales externos relacionados con requisitos de carácter administrativo o fiscal.

La legislación reciente, sin embargo, atribuye en ocasiones a los Registradores funciones de control del cumplimiento de requisitos administrativos que pueden ir más allá de la mera comprobación de la intervención de la Administración competente para el ejercicio de la potestad correspondiente. En dichos supuestos puede ocurrir que en vía registral se resuelva de manera definitiva una cuestión de carácter administrativo.

Tal es lo que sucede en el supuesto cuya competencia se resuelve en la **STS de 15 de febrero de 2000**, Ar. 2326, a favor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La decisión de inscribir se produce por estimar la DGRN que la certificación emitida lo ha sido por el órgano o sujeto administrativo competente, en contra del criterio seguido inicialmente por el Registrador de la Propiedad, que apreció falta de competencia en el Secretario del Ayuntamiento. La decisión de inscribir resuelve, así, definitivamente sobre la cuestión administrativa suscitada más allá del terreno de las formalidades extrínsecas del documento presentado, consistente en determinar a quién corresponde la competencia para emitir la certificación a que se refiere el artículo 37 del Texto refundido de la Ley del Suelo y ordenación urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio.

La pretensión encaminada a discutir la competencia decidida por la autoridad registral se encuadra en estos supuestos en las que el artículo 9.4 LOPJ define como “pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo” determinante de la competencia de la jurisdicción de esta índole. Según el Alto Tribunal, no cabe la exclusión de esta jurisdicción por razón de la materia, pues no se trata de una cuestión de índole civil. La decisión de la autoridad registral contra la que se dirige la pretensión va más allá de la mera comprobación de los requisitos extrínsecos del documento sobre el cumplimiento de formalidades administrativas en una manifestación del principio de colaboración con la Administración. Engloba un juicio definitivo sobre una cuestión de neto carácter jurídico-administrativo.

b) Corresponde conocer a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sobre la aprobación municipal de un Convenio Colectivo de personal laboral

El conocimiento de la impugnación del acto administrativo por el que se aprueba un Convenio Colectivo formalizado entre un Ayuntamiento y el personal laboral a su servi-

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

cio corresponde, según las SSTS de 11 de noviembre de 1999, Ar. 2659 y 2660, a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con apoyo, en síntesis, en los artículos 65 y 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y en el artículo 3.a) del Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, a cuyo tenor no conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social de las pretensiones que versen sobre impugnación de los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral, así como en el artículo 9 LOPJ.

c) La Jurisdicción Contencioso-Administrativa es competente para conocer de los arrendamientos históricos

La STS de 15 de marzo de 2000, Ar. 2721, atribuye a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el conocimiento de la controversia existente sobre la existencia o no de un arrendamiento histórico valenciano, ya que deferir a la Jurisdicción Civil el conocimiento de la pretensión anulatoria de la declaración efectuada por la Administración equivaldría a sostener la tesis de que la Administración puede ser emplazada como demandada o codemandada en el curso de un procedimiento civil por los actos dictados con sujeción al Derecho Administrativo, y en el ejercicio de las potestades que el ordenamiento jurídico le confiere, lo cual no se adecua a lo previsto en dicho ordenamiento.

d) El precio de venta de una Vivienda de Protección Oficial es una cuestión civil

Partiendo de que sin duda el contrato celebrado para la venta de unas viviendas de protección oficial de promoción privada tiene naturaleza jurídico-privada, aunque su promotor sea un Ayuntamiento, la STS de 20 de marzo de 2000, Ar. 3275, llega a la conclusión de que el núcleo de lo debatido no es ni la competencia ni la regularidad del procedimiento administrativo seguido por la Corporación para adjudicar las viviendas o determinar su precio, sino la cuantía de éste atendiendo a las eventuales consecuencias vinculantes e interpretación que merezcan los contratos privados y apéndices suscritos con cada uno de los adquirentes, es decir, que el tema que está en juego no es un acto separable, derivado de la naturaleza pública de la competencia y procedimiento para formar la voluntad administrativa, sino el contenido de esta voluntad plasmada en el pertinente contrato privado, que por eso no constituye materia reservada por la doctrina de los actos separables a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que ha de entenderse residenciada en su natural sede de la jurisdicción ordinaria.

e) Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo son competentes para conocer de los recursos relativos a actos de un órgano periférico de un organismo autónomo estatal

La STS de 10 de abril de 2000, Ar. 2921, ha resuelto a favor de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, la cuestión de competencia negativa suscitada entre éste y un Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, respecto del conocimiento de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Subdirección General de Servicios Técnicos del INEM que, actuando por delegación de la Dirección

General de ese organismo, desestimó el recurso ordinario promovido contra una resolución de la Dirección Provincial del INEM que exigía el recurrente la devolución de determinada cantidad en concepto de cobro indebido de prestación de desempleo.

Si bien nueva LJCA carece de una norma específica que determine la atribución de la competencia judicial para conocer de las impugnaciones de actos o resoluciones procedentes de órganos desconcentrados o periféricos de los organismos autónomos estatales, el Alto Tribunal considera que debe estarse a lo que establece el artículo 13.a) LJCA acerca de que para aplicar las reglas de distribución de competencia contenidas en los artículos que le preceden, habrá que tenerse en cuenta que las referencias que se hacen a la Administración del Estado comprenden las entidades y corporaciones vinculadas a ellas. De ahí que si, como se ha dicho, no existe una regla específica respecto de los actos procedentes de los órganos periféricos de un organismo autónomo adscrito a la Administración del Estado, la lógica jurídica conduce a que en esos casos se dé al problema una solución similar a la que se establece en el inciso inicial del artículo 8.3 LJCA (de 1998), que dispone que corresponde a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo el conocimiento de las impugnaciones de actos de la Administración Periférica del Estado. Es decir que en este caso se determine la competencia teniendo en cuenta las reglas referidas a la Administración Estatal tutelante y a los órganos desconcentrados de ella dependiente.

Esta solución viene por otro lado impuesta por la circunstancia de que el acto administrativo a considerar como relevante a efectos de competencia judicial no procede directamente de un órgano central del organismo autónomo, INEM, con competencia extensible a todo el territorio nacional, sino de una Dirección Provincial del mismo con competencia territorial limitada, pues el que en el escrito de interposición del contencioso se cita como recurrido —el de la Subdirección General del Instituto— es totalmente confirmatorio del que fue objeto de recurso ordinario. Lo que hace inaplicable el apartado c) del artículo 9 LJCA (de 1998) para atribuir la competencia al Juzgado Central, que sí sería de aplicación respecto de actos inmediatamente procedentes del Instituto, y no resolutorios de recursos ordinarios, u hoy de alzada o que rectificaran en vía de recurso otros dictados por órgano inferior.

f) Corresponde a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conocer de los recursos relativos a actos de la Dirección General en Madrid de la Tesorería General de la Seguridad Social (artículo 8.3 LJCA de 1998)

En base al artículo 8.3 LJCA (de 1998), las SSTs de 18 y 19 de abril de 2000, Ar. 2922, 2923 y 2924, han declarado competente a un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, en la cuestión de competencia negativa surgida entre éste y un Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo relativa a un acto de una Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para ello se parte del hecho de que dicha Tesorería es una entidad de Derecho público, con personalidad jurídica propia, dependiente de la Administración General del Estado

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

que, para hacer efectiva la gestión recaudatoria, está dotada de una estructura orgánica con diferenciación entre los Órganos Directivos Centrales y las Direcciones Provinciales, entre las que se incluyen las Administraciones y Unidades de Recaudación Ejecutiva de las mismas.

El espíritu que anima a la norma contenida en el enunciado del artículo 8.3 LJCA (de 1998) obedece al propósito –con las excepciones propias de la trascendencia de la materia o de la cuantía del acto recurrido, expresamente previstas en el mismo– de establecer una correlación entre la competencia territorial del órgano administrativo autor del acto impugnado y la del órgano jurisdiccional llamado a su enjuiciamiento, interpretación finalista que corrobora el artículo 13 de la misma Ley, cuando al relacionar los criterios que deben tenerse en cuenta para aplicar las reglas de distribución de competencia contenidas en los artículos anteriores preceptúa –letra a)– que las referencias que se hacen a la Administración del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales comprenden a las Entidades y Corporaciones dependientes o vinculadas a cada una de ellas.

B) Objeto

a) No es recurrible la aplicación de un Tratado de Doble Nacionalidad

El ATS de 28 de enero de 2000, Ar. 2182, inadmite un recurso contencioso-administrativo en el que el caso enjuiciado no integra el supuesto contemplado en el artículo 29.1 LJCA (de 1956), en razón a que la Administración no viene compelida en virtud de disposición de carácter general o en virtud de actos, contrato o convenio administrativo a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, sino que el Tratado de Doble Nacionalidad Hispano-Peruano, en que se funda el recurrente, concede determinados derechos que para su efectividad requieren de actos de aplicación, lo cual es cuestión distinta.

b) Actos políticos: la extradición pasiva tiene naturaleza administrativa y judicial

La STS de 26 de noviembre de 1999, Ar. 3197, ha admitido la impugnabilidad en la vía contencioso-administrativa de un Acuerdo del Consejo de Ministros –tramitado con arreglo al Procedimiento de Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona– en un procedimiento de extradición, en relación con el incumplimiento de garantías procedimentales.

Para ello, se basa el Tribunal en las siguientes circunstancias. En primer lugar, que la nueva LJCA (de 1998) no excluye del control jurisdiccional el acto sometido a conocimiento en la vía de protección de los derechos fundamentales, puesto que estaríamos ante un acto del artículo 97 CE, que sería de Derecho Constitucional y aun en el supuesto de tratarse de un acto de Gobierno en materia de relaciones internacionales, sería el Derecho Constitucional y Administrativo y no el Derecho Internacional el que regularía tales actos en el ámbito de nuestro Derecho Interno, por lo que, si bien el control judicial se mueve en este ámbito dentro de unos estrictos límites, más estrechos que en relación con los

restantes actos sometidos a control, ello no excluye el necesario conocimiento judicial de los elementos reglados de los actos del Gobierno, teniendo en cuenta que el artículo 26.3 de la Ley del Gobierno 50/1997, no excluye del conocimiento por esta jurisdicción de los actos del Gobierno y de los órganos regulados en la ley.

En segundo lugar, el artículo 2.a) de la nueva Ley, establece que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y los elementos reglados del acto, cualquiera que fuera la naturaleza de dichos actos, lo que implica, de conformidad con la Exposición de Motivos de la nueva Ley, que se parte del principio del sometimiento de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, que se excluye el reconocimiento de categorías exentas o excluidas del control jurisdiccional y que, en todo caso, corresponde a esta Jurisdicción determinar el carácter político o administrativo del acto recurrido, teniendo en cuenta que el reconocimiento del control sobre los elementos reglados del acto, no excluye la vigencia del artículo 24.1 de la Constitución y permite que el legislador defina mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos, por lo que corresponde al orden contencioso-administrativo examinar eventuales extralimitaciones o incumplimientos de los requisitos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión en el Acuerdo de Consejo de Ministros recurrido.

Por último, el Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957, firmado en Estrasburgo el 24 de julio de 1979 y las previsiones contenidas en la Exposición de Motivos de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, determinan que la extradición es un acto de soberanía en relación con otros Estados como función del poder ejecutivo, sin perjuicio de que sus aspectos técnicos penales y procesales hayan de ser resueltos por los Tribunales, con la intervención del Ministerio Fiscal.

En definitiva, considera el Alto Tribunal que es siempre controlable el elemento reglado judicialmente asequible de los actos de los poderes públicos, sin que quepa aquí acusar al órgano jurisdiccional de que se introduzca en el ámbito de una discrecionalidad ajena al estricto control jurisdiccional, cuando lo invocado en el recurso es la causación de indefensión y la omisión del procedimiento legalmente establecido y dichos aspectos procedimentales y de competencia son aspectos reglados, susceptibles de control jurisdiccional.

El Derecho español reconoce la extradición pasiva o entrega de un ciudadano extranjero a otro Estado, lo que constituye un procedimiento mixto que tiene naturaleza administrativa y judicial, en el que se decide acerca de la procedencia o no de la entrega solicitada por dicho Estado y en el proceso en vía judicial de la extradición no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado, ni se realiza un pronunciamiento condenatorio, sino simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado.

C) Sujetos

a) Postulación: los funcionarios jubilados tienen poder de postulación para representarse y defenderse por sí mismos

En relación con la petición de reingreso al servicio activo y prolongación de dicha situación de una funcionaria, las SSTS de 19, 26, 29 y 30 de noviembre de 1999, Ar. 2837, 2838, 2839, 2842, 2843, 2844, 3196, 3198 y 3201, rechazan la causa de inadmisibilidad promovida por el Abogado del Estado, que entiende que la parte recurrente, al haber sido jubilada, no ostenta ya la condición de funcionaria pública, por lo que no tiene ya poder de postulación para representarse y defenderse a sí misma, sino que deberá hacerlo a través de técnicos en Derecho (artículo 33.1 y 2 LJCA de 1956).

Se basa el Tribunal en que la parte actora, aunque jubilada, acude al proceso ejercitando una pretensión sobre cuestión de personal, que se ha tramitado sin oposición de la parte demandada por el procedimiento especial regulado en la Sección Primera del Capítulo IV del Título IV de la Ley de la Jurisdicción de 1956, cuestión de personal que además consiste en la petición de reingreso al servicio activo, por lo que ostenta el derecho a comparecer por sí misma que le otorga el artículo 33 de la referida Ley Jurisdiccional. Por otra parte, el artículo 37 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (texto articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero) distingue entre las causas de pérdida de la condición de funcionario (apartado 1) y la jubilación forzosa o voluntaria, en que se cesa en la relación funcional, pero sin perderse la condición de funcionario (apartado 2), lo que confirma el razonamiento anteriormente efectuado de desestimación de la causa de inadmisibilidad.

b) Legitimación: la Organización de Consumidores y Usuarios ostenta un interés colectivo en la impugnación del Reglamento del IRPF [artículo 19.1.b) LJCA de 1998]

La STS de 11 de marzo de 2000, Ar. 2997, tras exponer unas ideas generales sobre la legitimación en la nueva LJCA (de 1998), entra a examinar la legitimación activa de la Organización de Consumidores y Usuarios para impugnar el desarrollo que el Reglamento 214/1999, de 5 de febrero, hace de la deducción por inversión en vivienda habitual, [concretamente art. 52.2.c) (adquisiciones de determinados inmuebles que no se consideran vivienda), 53 (condiciones de financiación de la vivienda habitual para la aplicación de los porcentajes de deducción incrementados) y 54.2 (deducciones en las cuentas vivienda)], materia que el Tribunal considera de relevante interés colectivo para los consumidores y usuarios afiliados a la Asociación, en cuanto participan, como adquirentes, en el intenso tráfico de compra y venta de viviendas.

Hay, según el Tribunal, intereses colectivos indiscutibles de los ciudadanos cuya defensa constituye uno de los objetivos característicos de la Organización, como puede apreciarse en el art. 3.2 de sus Estatutos: "Difundir y defender los derechos de los consumidores y usuarios, en cuanto son personas que compran o utilizan bienes para su uso individual, familiar o colectivo y resultan afectados por los diferentes aspectos de la vida social

que inciden directa o indirectamente en el consumidor o usuario”. Dicho de otro modo, la disposición impugnada es susceptible de afectar a los intereses colectivos de todos los ciudadanos y, a los de los asociados de la Organización, la cual al accionar lo hace con legitimación nacida del art. 19.1.b) LJCA (de 1998).

Los intereses colectivos, si se les quiere diferenciar con nitidez de los meros intereses difusos –reconocidos por el art. 7 de la LOPJ 6/1985, de 1 de julio, como aptos para generar un título legitimador– es preciso reconocer en ellos los que corresponden a los entes, asociaciones o corporaciones representativas o depositarias de los intereses de grupos profesionales y económicos. A diferencia de los colectivos, los intereses difusos no tienen depositarios concretos. Son intereses generales que en principio afectan a todos los ciudadanos y que, por su interés prevalente, han obtenido reconocimiento público, plasmado en algún instrumento jurídico, que puede ser del más variado signo, desde un acuerdo municipal hasta una norma constitucional.

D) Procedimiento

a) Interposición: no se puede tomar en consideración la fecha de presentación de los recursos en las Oficinas de Correos

El ATS de 24 de marzo de 2000, Ar. 2909, nos recuerda que no se puede tomar en consideración la fecha de presentación de los recursos en las Oficinas de Correos, pues es jurisprudencia consolidada la que declara la falta de eficacia de la utilización de los sistemas previstos en el artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo (artículo 38.4 de la Ley 30/1992) y, concretamente, la presentación de escritos forenses en las Oficinas de Correos, ya que los Tribunales no son órganos de la Administración Pública, por lo que debe mantenerse como fecha de presentación del recurso aquélla en que efectivamente dicho escrito tiene entrada en el Registro General del órgano jurisdiccional.

b) El emplazamiento mediante edictos publicados en Boletines Oficiales no causa indefensión a una corporación de Derecho Público

El Tribunal Constitucional viene exigiendo, tanto de las Administraciones Públicas como de los funcionarios incorporados a su ámbito, un especial o más riguroso deber de diligencia a la hora de la consulta de los diarios o boletines oficiales en los que se anuncia la interposición de los recursos contencioso-administrativos en los que se ventilan cuestiones en las que aparecen directamente concernidos. Por esta causa, la STC 62/2000, de 13 de marzo, ha desestimado el recurso de amparo interpuesto por una Corporación de Derecho Público contra una Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el que se alegó la situación de indefensión material que le produjo la ausencia de emplazamiento personal y directo en el proceso cuya interposición se anunció en el Boletín Oficial del Estado y tuvo una amplia cobertura en la prensa local y nacional.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

c) Si la Administración entró a resolver el recurso de reposición, no puede alegar su extemporaneidad en vía contenciosa

La STS de 7 de febrero de 2000, Ar. 1937, ha recordado la doctrina consolidada en materia de inadmisibilidad del proceso contencioso-administrativo por extemporaneidad del recurso de reposición, de que la Administración que no ha hecho objeción alguna por fuera de plazo sobre la interposición ante ella del recurso de reposición y ha entrado, en consecuencia, a resolver en vía administrativa el fondo de las cuestiones en él planteadas no puede oponer luego en esta vía jurisdiccional la extemporaneidad de dicho recurso, por vedarlo el principio del respeto a los propios actos.

d) En caso de prueba no practicada por culpa de la Sala, las actuaciones se pueden retrotraer al momento anterior a la votación y fallo

En un supuesto de anulación de Sentencia por infracción procesal consistente en un inexplicable e inexplicado olvido de la Administración Judicial (artículo 102.1.2º LJCA de 1956), la STS de 10 de febrero de 2000, Ar. 1869, ordena reponer las actuaciones al estado y momento en que se ha producido la falta, —aunque con una interpretación estricta tendría que situarse ese momento antes del vencimiento del término de prueba—, ya que razones de economía procesal aconsejan mantener el trámite de conclusiones realizado y tener, en consecuencia, por producida la falta en el momento inmediatamente anterior al señalamiento para votación y fallo, pues, denunciada aquélla en el escrito de conclusiones de la parte recurrente, la Sala no acordó, debiendo hacerlo, el mejor proveer solicitado.

e) El requisito de motivación de las Sentencias no se cumple con el uso de los impresos normalizados

La STS de 10 de abril de 2000, Ar. 3360, considera insuficientemente motivada aquella resolución judicial que es un simple impreso cumplimentado cuyo texto se limita a reproducir la doctrina jurisprudencial, omitiendo lo verdaderamente esencial que es poner en conexión esa doctrina con el caso enjuiciado.

f) El requisito de la congruencia de las Sentencias se satisface con respuestas globales y genéricas

La STS de 16 de febrero de 2000, Ar. 1889, aborda el tema de la incongruencia omisiva en las Sentencias judiciales cuando el pronunciamiento de la pretensión es totalmente desestimatorio. Los pronunciamientos en esta cuestión han pasado por vicisitudes diversas que van desde denegar su existencia, pura y simplemente por entender que el fallo desestimatorio resuelve implícitamente todas las cuestiones planteadas, hasta resoluciones más ponderadas, de las que constituye un ejemplo bien patente la recientemente pronunciada por el Tribunal Constitucional con fecha 31 de mayo de 1999 y en la que en cierto modo se resume la totalidad de la doctrina al respecto. Se admite como congruente y satisfactorio para la tutela judicial efectiva aquel pronunciamiento judicial que otorgue una respuesta global y genérica a las pretensiones de las partes, e igualmente se

considera suficiente con la posibilidad de deducir razonablemente del conjunto de la argumentación contenida en dicho pronunciamiento, que el órgano judicial haya valorado tanto la pretensión como los motivos que fundamentan una respuesta desestimatoria tácita, aunque no exista un pronunciamiento explícito sobre alguna de las razones de pedir.

E) Suspensión

a) Cuando ambas partes son entes públicos hay que atender al marco normativo en el que se producen los actos administrativos

La STS de 5 de octubre de 1999, Ar. 2004, ha señalado que cuando ambas partes litigantes son Entes públicos, la ponderación para acordar o no la suspensión del acto administrativo recurrido es más difícil, ya que es inaplicable la regla que atiende a la prevalencia inicial de los intereses de carácter público.

Con el objeto de superar este inconveniente la Sala atiende al marco normativo en el que se mueven los actos administrativos objeto de controversia, para obtener así los criterios que hayan de presidir dicha ponderación. De esta forma, y en relación con la suspensión de un Acuerdo del Consejo de Administración del Ente Público Radiotelevisión Canaria sobre contratación y suministro de producciones audiovisuales destinadas a la programación de la Televisión Autónoma, la síntesis de los criterios resultantes es la siguiente: 1) la configuración de la televisión como servicio público de carácter “esencial”; 2) la prevalencia en materia de televisión de los intereses estatales; 3) el propósito de que la gestión mercantil se lleve a cabo por sociedades de capital íntegramente público, y 4) la amplitud con la que aparece configurado el ámbito de actividades que han de considerarse incluidas en la gestión.

Desde estas premisas, el Alto Tribunal aprecia una mayor relevancia inicial en los intereses invocados por la Administración estatal demandante, por lo que suspende cautelarmente los actos administrativos impugnados.

b) En la LJCA (de 1998) se destaca el aseguramiento de la efectividad de la Sentencia y la transcendencia de la ponderación de todos los intereses en conflicto

El ATS de 15 de marzo de 2000, Ar. 2196, señala como la nueva regulación de las medidas cautelares en los artículos 129 y siguientes de la LJCA (de 1998), tal como expresamente se indica en su Exposición de Motivos, se apoya en que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, como ya había declarado la jurisprudencia de esta Sala, y que, por ello, la adopción de medidas provisionales que permiten asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario, consistiendo el criterio para su adopción, cualquiera que sea su naturaleza, en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueden hacer perder la finalidad del recurso, pero siem-

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

pre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto.

Destácanse, pues, en la finalidad de la medida cautelar, únicamente el aseguramiento de la efectividad de la sentencia o del resultado del proceso cuando sea necesario, y la transcendencia de la ponderación de todos los intereses en conflicto, generales o de terceros, cuya frecuente tensión, por hallarse habitualmente enfrentados, entre otros, los de efectividad de la decisión judicial y los de eficacia administrativa (artículos 24.1 y 103.1 CE), ha de solucionarse a base de ponderar, casuísticamente, su preeminencia o prevalencia, en vista de la dificultad de fijar reglas generales.

c) En materia de suspensión no es admisible la garantía hipotecaria

La suspensión de la eficacia de una Resolución de un Tribunal Económico-Administrativo Regional que se solicita en vía jurisdiccional queda sometida a las normas de la LJCA (de 1956) y no a las del Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas, aprobado por el Real Decreto 1999/1981, de 20 de agosto. La norma jurídica aplicable al caso es el artículo 124.2 de la LJCA que claramente dispone: “La caución habrá de constituirse en metálico o fondos públicos, depositados en la Caja General de Depósitos o en las sucursales de provincia, o en la de las Corporaciones Locales, respectivamente, o mediante aval bancario”. Los términos imperativos de este precepto obligan a la STS de 22 de diciembre de 1999, Ar. 2620, a rechazar la garantía hipotecaria ofrecida.

d) La suspensión se adopta, según la nueva LJCA (de 1998), según el grado de sacrificio que debe soportar de cada una de las partes

Los AATS de 2 de marzo de 2000, Ar. 2891 y 2892, han señalado que la medida provisionalísima que regula el artículo 135 LJCA (de 1998) ha de conectarse con lo establecido en el artículo 130, según el cual, la medida cautelar de suspensión se adoptará únicamente cuando la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso. Dicha medida debe acordarse previa valoración de todos los intereses en conflicto, y podrá denegarse cuando de su adopción pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Tribunal ponderará de forma circunstanciada. Se trata pues de determinar los intereses en conflicto y decidir cuál debe prevalecer, esto es, qué sacrificio sería más soportable para una u otra de las partes según que entendamos que la medida de suspensión debe o no adoptarse.

e) El nuevo artículo 130 LJCA (de 1998) exige que la ponderación se realice en función del grado de interés público en juego

El artículo 130 LJCA (de 1998), dice que la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, finalidad que el artículo 129 reconduce directamente a la “efectividad de la Sentencia”.

El ATS de 15 de marzo de 2000, Ar. 2934, ha recordado que la razón decisiva para acceder o no a la suspensión de la ejecución del acto o disposición objeto de impugnación

en vía jurisdiccional se encuentra en la coordinación del aludido principio de efectividad de la tutela judicial con el de la eficacia administrativa, recogido reiteradamente en nuestro ordenamiento a través de la denominada “ejecutividad de los actos administrativos”; uno y otro amparan dos intereses constitucionalmente protegidos, incluso uno de ellos con el carácter de derecho fundamental: el de evitar que por medio de la ejecución del acto impugnado se causen daños o perjuicios de imposible o difícil reparación y el de impedir el daño a los intereses públicos, que pudieran derivarse de la suspensión de la ejecución. La tensión en que aparecen dichos intereses exige ponderar en cada caso concreto, su respectiva preeminencia o prevalencia, a fin de dirimir la contraposición de los bienes enfrentados.

Consecuentemente, los elementos básicos a considerar son, por una parte, la existencia o no de daños o perjuicios de imposible o difícil reparación y, por otra, la ponderación de la medida en que los intereses públicos exija la ejecución para otorgar la suspensión con mayor o menor amplitud según el grado en que el interés público esté en juego. Y así, como ha reiterado la doctrina de esta Sala, cuando las exigencias de ejecución que el interés público representa son tenues, pueden bastar perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; y, por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración pueden determinar la suspensión, pues la tutela cautelar no supone adelantar la tutela que, en su caso, pudiera otorgarse por la Sentencia definitiva, sino posibilitar que cuando ésta se dicte esa tutela sea realmente efectiva.

F) Costas: no es admisible una partida de “estudio de antecedentes”

La STS de 11 de abril de 2000, Ar. 3775, ha señalado que no se puede incluir en la minuta actuaciones referidas a aspectos previos a las propias actuaciones ante los órganos jurisdiccionales, dado que el estudio de los antecedentes es una actividad lógica y obligada para poder elaborar cualquier escrito y no puede ser desconectada de éste, en cuyos honorarios se subsume, sin que pueda ser minutado separadamente.

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) Sujetos: representación procesal: los funcionarios en cuestiones de personal deben comparecer ante el Tribunal Supremo por medio de Procurador y con la asistencia de Abogado

El artículo 23.2 LJCA (de 1998) hace extensiva a todos los órganos colegiados de esta jurisdicción la regla que en la derogada Ley de 1956 (versión de 1992) –representación por medio de Procurador y asistencia de Abogado– sólo se exigía para actuar ante el Tribunal Supremo, concretamente, en el recurso de casación. Ninguna modificación, pues, se ha producido en orden a la capacidad de postulación porque en el artículo 90.1 de la nueva Ley no se haga mención expresa a la comparecencia de las partes mediante

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

Procurador, a diferencia de lo que decía el artículo 97.1 LJCA (de 1956), porque esa exigencia, y la consiguiente asistencia de Abogado, viene ahora establecida con carácter general en el artículo 23.2 de la vigente Ley (“en sus actuaciones ante órganos colegiados, las partes deberán conferir su representación a un Procurador y ser asistidas por Abogado”).

Es cierto que, como excepción a las reglas generales en materia de postulación de los apartados 1 y 2 del artículo 23, el apartado 3 del mismo habilita a los funcionarios públicos para comparecer por sí mismos en defensa de sus derechos estatutarios, cuando se trate de cuestiones de personal que no impliquen separación de empleados públicos inmovilables, pero esta norma singular, como señala el ATS de 10 de abril de 2000, Ar. 3591, no es aplicable al recurso de casación.

No obstante el silencio del artículo 90.1 de la vigente Ley Jurisdiccional la comparecencia ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de los funcionarios públicos cuando la Sentencia recurrida se refiere a cuestiones de personal debe hacerse por medio de Procurador y el escrito de interposición formularse además con la asistencia de Abogado, conclusión que queda reforzada si se repara en que en el artículo 85.3 LJCA (de 1998), a propósito de la sustanciación del recurso de apelación, se obliga a los funcionarios públicos, en los procesos a que se refiere el artículo 23.3 de la misma Ley, a designar un domicilio para notificaciones en la Sala de lo Contencioso-Administrativo competente para resolver el recurso, norma que, en cambio, no tiene su equivalente en el recurso de casación para la unificación de doctrina, a pesar de que también se sustancia, como el recurso de apelación, ante el órgano jurisdiccional *a quo*.

B) Objeto

a) Autos dictados en ejecución de Sentencias: no se puede discutir el quantum de indemnización fijado

La STS de 14 de febrero de 2000, Ar. 1947, nos recuerda que en los recursos extraordinarios de casación previstos en el artículo 94.1.c) de la LJCA (de 1956) contra autos dictados en ejecución de Sentencia, la simple determinación del quantum a percibir como indemnización conforme a la Sentencia que se ejecuta es una cuestión de hecho que corresponde resolver en forma exclusiva al Tribunal sentenciador y que, en cuanto tal, no es susceptible de casación a efectos del referido artículo.

b) Es irrecurrible el Auto que se pronuncia sobre la entrega del justiprecio

Las SSTS de 3 de marzo y de 8 y 12 de abril de 2000, Ar. 2339, 3370 y 3552, han considerado irrecurrible en casación el Auto que acordó entregar al expropiado la cantidad consignada en la Caja General de Depósitos por el beneficiario de la expropiación, porque no pone término a la pieza separada de suspensión, sino que pone fin al incidente planteado por el expropiado a fin de que se le entregase efectivamente la cantidad consignada a disposición del Tribunal correspondiente al justiprecio, en virtud de lo establecido en los artículos 50.1.2 LEF y 51.2 de su Reglamento ejecutivo.

c) Impugnación indirecta: no lo es la cuestión de la vigencia y aplicabilidad de una Ordenanza Fiscal

Según la STS de 12 de febrero de 2000, Ar. 2788, la cuestión relativa a que unas Ordenanzas Fiscales deberían haber sido publicadas antes de determinada fecha y con su texto íntegro en el Boletín Oficial de la Provincia, no constituye un problema de nulidad de una liquidación tributaria por ser nula la Ordenanza a cuyo amparo se practicó, sino que es una cuestión de vigencia y aplicabilidad de tal Ordenanza que no constituye una impugnación indirecta de una disposición administrativa.

C) Procedimiento**a) El apartado primero de la Disposición Transitoria Tercera LJCA (de 1998) no conculca el principio de tutela judicial efectiva**

A partir de la entrada en vigor de la LJCA de 1998, la impugnación de las resoluciones de los distintos Tribunales se acomoda al nuevo sistema de recursos. Esta excepción al principio de irretroactividad, con arreglo al cual la limitación de los recursos no afectaría a los procesos contencioso-administrativos ya en trámite, rige con la nueva Ley, de esta manera se aplica el nuevo régimen de recursos a las resoluciones judiciales de fecha posterior a su entrada en vigor y a las de fecha anterior no firmes todavía. Así, resoluciones judiciales dictadas en un proceso iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley y que hubieran sido recurribles, pueden dejar de serlo. El ATS de 24 de abril de 2000, Ar. 3599, basándose en la doctrina del Tribunal Constitucional, ha señalado que estas posibles restricciones a la recurribilidad de determinadas resoluciones –por ejemplo, por aumento del límite económico casacional– no son incompatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva.

b) Plazo de interposición: la solicitud de traducción al castellano de los escritos de demanda y preparación no suspende el plazo de la interposición del recurso de casación

Tras haberse agotado el plazo legalmente establecido para interponer el recurso de casación sin que la parte recurrente lo hubiese presentado, el ATS de 17 de marzo de 2000, Ar. 1975, declara desierto el recurso por imperativo del art. 92.2 LJCA (de 1956), entendiéndose que no puede oponerse que la parte que preparó el recurso de casación ante el Tribunal *a quo* presentase dentro del plazo de interposición del recurso de casación escrito interesando la traducción al castellano de sus propios escritos de demanda ante la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y de preparación del referido recurso de casación, redactados en lengua gallega, pues aparte lo que dice el artículo 11.1, primer inciso, de la LOPJ, la formulación de aquella pretensión de traducción no suspende el transcurso del plazo de treinta días previsto en el art. 90.1 de la nueva Ley Jurisdiccional.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

c) Preparación: ha de alegarse el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos

La “sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos exigidos” en el escrito de preparación del recurso de casación, a que se refería el artículo 96 LJCA (de 1956) no comprende la necesidad de expresar brevemente los motivos de fondo contra la resolución recurrida, sino la alegación de que concurren los requisitos procesales para la procedencia del recurso. De esta manera, según la **STS de 8 de mayo de 2000**, Ar. 3875, se debe manifestar la legitimación; que la Sentencia es susceptible de recurso de casación; que el asunto decidido no se encuentra comprendido en alguno de los supuestos excepcionados del mismo; que se interpone en plazo; así como la naturaleza estatal de la norma aplicada en la Sentencia y que ésta sea relevante y determinante del fallo.

d) La decisión de admisión del recurso de casación es irrecurrible

El artículo 90.3 LJCA (de 1998) excluye de cualquier recurso la providencia en la que se tenga por preparado el recurso de casación aunque la parte recurrida pueda oponerse a su admisión al tiempo de comparecer ante el Tribunal Supremo. El artículo 93, apartados 4 y 6 de la misma Ley, mantiene la irrecurribilidad de los autos de inadmisión total o parcial. Por lo mismo, el **ATS de 10 de abril de 2000**, Ar. 3597, señala que la decisión de admisión a trámite del recurso de casación no es susceptible de recurso alguno, y que será en el escrito de oposición al recurso en el que deberán las partes recurridas exponer o insistir en las causas de inadmisión que consideren concurrentes, las cuales podrán ser apreciadas en la Sentencia ex artículo 95.1 de la nueva Ley.

e) El trámite del artículo 101.1 LJCA (de 1956) lo es para oponerse a la admisión, no para adherirse al recurso

La **STS de 11 de marzo de 2000**, Ar. 3054, ha señalado que el trámite contemplado por el artículo 101.1 LJCA (de 1956), lo es para formalizar la oposición al recurso de casación interpuesto y no para adherirse al mismo abundando en razones y argumentos para estimar los motivos invocados, ya que, de no compartirse el criterio de la Sala de instancia o de no estar conforme con su decisión, procedería, si se considerase oportuno, preparar el correspondiente recurso de casación, interponiéndolo por escrito dentro del plazo concedido, sin que sea legítimo ni admisible utilizar el trámite de oposición al recurso de casación para adherirse al mismo o apoyar las tesis del recurrente.

D) Inadmisibilidad

a) Defectuosa preparación: no basta con indicar cuál es la norma estatal infringida, sino que hay que justificar la relevancia de su infracción

En el caso de que sólo se manifieste en el escrito de preparación del recurso cuál es, a efectos de lo dispuesto por el artículo 93.4 de la LJCA (de 1956) el precepto estatal de carácter básico infringido. El **ATS de 13 de marzo de 2000**, Ar. 1969, considera incum-

plido lo exigido imperativamente en el artículo 96.2 de la misma Ley, ya que si bien se indica qué norma –no emanada de los órganos de la Comunidad Autónoma– se considera infringida, no se ha justificado lo más mínimo que su pretendida vulneración sea relevante y determinante del fallo, justificación que, como ha dicho esta Sala, ha de ser acreditada haciendo explícito cómo, por qué y de qué forma ha influido y ha sido determinante del fallo, lo que ya de por sí basta para declarar la inadmisión del recurso.

b) El recurso debe articularse en motivos concretos y separados, con invocación en cada uno de ellos del apartado concreto en que se basa

La STS de 20 de marzo de 2000, Ar. 2937, ha señalado que el artículo 95 LJCA (de 1956) exige que el planteamiento del recurso de casación no se reduzca a un simple escrito de alegaciones, sino que tiene que acomodarse a un mínimo de formalidades que acrediten su procedencia, que pueden reducirse, en síntesis, a la articulación de motivos concretos y separados, con invocación, en cada uno de ellos, del apartado en que pretenda ampararse, y con mención expresa y razonada del precepto o preceptos, o de la jurisprudencia en su caso, que se consideren infringidos.

c) Las controversias sobre actos cuya competencia es de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo no son recurribles en casación

El ATS de 24 de marzo de 2000, Ar. 2907, ha considerado bien denegada la preparación de un recurso de casación relativo a un Acuerdo de Ayuntamiento por el que se aprobaban las bases de la convocatoria para cubrir, por el procedimiento de concurso, una plaza de Oficial Jefe de Policía.

Los motivos esgrimidos para ello han sido, por un lado, considerar que se trata de una cuestión de personal que no afecta al nacimiento de la relación de servicio de un funcionario de carrera, puesto que esa condición de funcionario de carrera ya existe al constituir un requisito del concurso impugnado en la instancia, lo que implica que el vínculo funcional era ya preexistente, teniendo en realidad el concurso el significado de una promoción, y no el de una constitución *ex novo* de la relación funcional.

Sin embargo, otra razón más abona la inadmisión del recurso de casación. El acto en cuestión ha sido dictado por un ente local (Ayuntamiento) cuya competencia territorial no se extiende a todo el territorio nacional y la competencia para conocer de los recursos deducidos frente a los actos emanados de dichos entes es ahora de los Juzgados unipersonales de lo Contencioso-Administrativo [artículo 8.1.a) LJCA de 1998].

Por este motivo, y acudiendo a una interpretación sistemática de las Disposiciones Transitorias Primera.2, inciso final, y Tercera.1 de la nueva LJCA, es aplicable el régimen de los recursos establecidos en la nueva Ley para las Sentencias dictadas en grado de apelación a este tipo de resoluciones, que no son por ello susceptibles de recurso de casación porque, en definitiva, ya ha conocido de este asunto el órgano colegiado –Sala de

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia– al que habría correspondido conocer en grado de apelación. No se olvide (Disposición Transitoria Única.2 de la LO 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la LOPJ) que estas Salas pueden constituirse con un solo Magistrado en los asuntos ahora atribuidos a los Juzgados y que estaban pendientes a la entrada en vigor de la ley.

d) No es recurrible en casación, a pesar de invocarse el principio de igualdad, cuando se analiza Derecho Autonómico

Las SSTS de 16 y 21 de marzo de 2000, Ar. 3972, 3973, 4036 y 4037, entre otras, han señalado que el juego del principio de igualdad no opera en relación con el contenido directo de las causas de discriminación vedada por el artículo 14 CE, lo que, en su caso, dotaría de sustancialidad individualizada a dicho artículo de la Constitución, 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. Por el contrario, cuando en la Sentencia recurrida en casación la invocación al principio de igualdad sea una mera consecuencia del análisis de disposiciones de la Comunidad Autónoma, el centro de gravedad del proceso se sitúa en la normativa autonómica.

Por su parte, la STS de 3 de noviembre de 1999, Ar. 2009, declara no haber lugar al recurso de casación en el que el acto impugnado es de una Comunidad Autónoma y la fundamentación de la Sentencia gira en torno a normas de la propia Comunidad, aunque en el mismo se aluda a la infracción del principio de igualdad, ya que el centro de gravedad del proceso se sitúa en la normativa autonómica, lo que conlleva a la conclusión de que el caso examinado no halla adecuado encaje en el supuesto del artículo 93.4 de la LJCA (de 1956) que exige que la relevancia de la normativa estatal se sitúe en el fallo recurrido, al margen de lo que se invoque en el escrito de interposición del recurso de casación.

e) Cuantía

a') A las exenciones de tributos se aplica la regla del artículo 489.6 LECiv

Según los AATS de 14 de febrero y 3 de marzo de 2000, Ar. 2618 y 2775, en los casos en que el litigio versa sobre la exención de un tributo de devengo anual, la cuantía viene determinada por el importe de la cuota tributaria multiplicado por diez, ex artículo 489, regla Sexta, LEC, en relación con el artículo 51.1 LJCA de 1956.

b') Es inadmisibile el recurso de casación sobre sanción económica del Tribunal de Defensa de la Competencia que no alcance el límite casacional, a pesar de su publicación

La STS de 30 de enero de 2000, Ar. 2935, considera que el recurso de casación relativo a la imposición, por el Tribunal de Defensa de la Competencia, de una multa de 4.200.000 pesetas y, junto a ello, la orden de publicar, a cargo del sancionado, la parte

dispositiva de la resolución en el BOE, en uno de los diarios de ámbito nacional y en el de mayor circulación de la provincia del domicilio de la empresa, es inadmisibles en la parte correspondiente a la sanción, al no superar la cuantía de 6 millones de pesetas, porque, la publicación del acto, caso de producirse, ocasionaría perjuicios en la imagen pública del sancionado.

f) Personal

a') El artículo 86.2.b) LJCA (de 1998) no abre el recurso de casación a las cuestiones de personal

El ATS de 28 de febrero de 2000, Ar. 1958, examina si la excepción prevista en el artículo 86.2.b), *in fine*, de la nueva LJCA —que abre el recurso de casación, cualquiera que sea la cuantía del asunto litigioso, respecto de las sentencias recaídas en el procedimiento especial de defensa de los derechos fundamentales— es también aplicable a las Sentencias que se refieran a cuestiones de personal.

La respuesta dada es negativa por varios motivos. En primer lugar, por la propia literalidad del precepto que enerva la virtualidad del motivo de inadmisión por cuantía, pero no explícita que la casación quede abierta “cualquiera que sea la materia” porque la Sentencia se produzca en ese procedimiento especial. Esta mención a “cualquier materia” que se hace en el párrafo b) del artículo 86.2, para luego ponerla en relación con la cuantía del asunto, no puede interpretarse en otro sentido. En segundo lugar, por su ubicación sistemática. Si el legislador hubiese querido que todas las Sentencias recaídas en ese procedimiento especial fuesen susceptibles de recurso de casación, la excepción contenida en el final del apartado comentado se habría colocado independientemente del tope casacional por cuantía contenido en el mismo, es decir, en otro apartado. Al incorporarse en la letra b) del artículo 86.2, la excepción despliega sus efectos sólo dentro del supuesto en él contenido, permite la casación cualquiera que sea la cuantía, pero sin desbordarse más allá y, por tanto, no abre tal recurso en los casos previstos en la letra a), que contempla un límite diferente e independiente al económico. Y, en tercer lugar, por la propia tramitación parlamentaria del precepto, en la que no se alude a la posibilidad de extender al criterio de inadmisibilidad de cuestión de personal la excepción que se propuso para el apartado siguiente que ahora examinamos.

En conclusión, respecto de las resoluciones dictadas en el proceso especial para la protección de los derechos fundamentales, no opera la excepción del apartado b) del número 2 de este artículo —la referente a la cuantía—, pero sí las demás, limitándose la virtualidad de la excepción contenida en el artículo 86.2.b), *in fine*, a la exigencia de la *summa gravaminis*; por tanto, no se ponen ya condicionantes de carácter económico a la admisión de los recursos de casación cuando se trate del procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales, pero los asuntos de personal se rigen estrictamente por lo previsto en el artículo 86.2.a).

b') Los actos relativos al nacimiento o la extinción de la relación de servicio del personal estatutario no abren el acceso a la casación

Nuestro Alto Tribunal ha considerado que la condición de funcionario de carrera no es estrictamente predicable del personal estatutario, sin perjuicio de la indiscutible similitud y proximidad existente entre este personal estatutario de la Seguridad Social y el personal funcionario de las Administraciones Públicas, sin bien no puede olvidarse que aquél presenta ciertas peculiaridades y caracteres específicos que le dan una estructura y consistencia propias diferenciándolos de los funcionarios administrativos en sentido estricto. De ahí que, en no pocas ocasiones, se haya hablado de que este personal estatutario venía a constituir un *tertium genus* entre los trabajadores sometidos al Derecho Laboral y los funcionarios que se rigen por el Derecho Administrativo.

La naturaleza extraordinaria del recurso de casación y su ámbito limitado no abonan interpretaciones extensivas a supuestos que no están estrictamente comprendidos en el marco que delimita el nuevo artículo 86 de la LJCA.

Así pues el artículo 86.2.a) LJCA (de 1998) exige para abrir el cauce casacional que se trate del nacimiento —o extinción— de la relación de servicio de funcionarios de carrera. Es necesario, pues, que se trate de funcionario de carrera tal y como se define en los artículos 3 y 4 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, frente al concepto más amplio de “funcionarios públicos” de la versión anterior —de 1992— de la LJCA. Dicha condición estricta no la tiene el Personal Estatutario de la Seguridad Social, como señala el **ATS de 28 de febrero de 2000**, Ar. 1958. No se puede llegar a otra conclusión tras el examen de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de reforma de la Función Pública, que distingue claramente entre el estricto personal funcionario de la Seguridad Social, incluido expresamente, sin perjuicio de sus peculiaridades, en el ámbito de aplicación de dicha Ley —ex artículo 1.1º.c) — entendiéndose por tal únicamente a los numerosos Cuerpos y Escalas que se mencionan en la Disposición Adicional Decimosexta, y el resto del personal dependiente de la Seguridad Social a que se refiere la Disposición Transitoria Cuarta de dicha Ley, regulado en los peculiares Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social, Estatuto del Personal Auxiliar Sanitario Titulado, Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social, y Estatuto del Personal no sanitario al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. Por último, el Personal Estatutario de la Seguridad Social está regulado por sus propias normas, así sobre Selección y Provisión de plazas de Personal Estatutario de los Servicios de Salud, en la Ley 30/1999, de 5 de octubre, contemplándose expresamente la distinción entre ambos en su Disposición Adicional Sexta donde arbitra la posibilidad de establecer procedimientos para integrar en la condición de “personal estatutario” a quienes presten servicios sanitarios con la condición de “funcionarios de carrera”.

c') El reingreso de funcionarios docentes se equipara a la extinción de la relación de servicio

La STS de 26 de octubre de 1999, Ar. 2292, entiende que los funcionarios docentes de Universidad, para volver al servicio activo tienen que realizar la totalidad de pruebas en

igualdad de condiciones con los candidatos aspirantes, conforme a los artículos 41.1 de la Ley Orgánica 11/1983, de Reforma Universitaria y en relación con los excedentes voluntarios, el artículo 5.4 del Real Decreto 898/1985, les impone la superación de los concursos que la Universidad celebre para la provisión de plazas del Profesorado del cuerpo al que pertenezca el Profesor excedente, circunstancia que permite señalar que esa declaración es más gravosa que para el resto de la función pública y a los puros efectos procesales el Alto Tribunal considera que es recurrible la Sentencia al tratarse de una materia equiparada a los efectos de una extinción de relación de servicio.

d') Los actos de habilitación de Oficiales de la Administración de Justicia no es cuestión de personal

La STS de 16 de noviembre de 1999, Ar. 2829, considera que los actos de habilitación de los Secretarios Judiciales a favor de los Oficiales no constituye una estricta cuestión de personal, que afecte con exclusividad al régimen estatutario de los Secretarios Judiciales, en la medida en que trasciende la pura relación personal al ámbito y funcionamiento de la organización judicial.

3. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) El plazo de subsanación previsto en el artículo 102.a).4 LJCA (de 1956) corre sin necesidad de requerimiento

La STC 88/2000, de 27 de marzo, ha señalado que la interpretación del Tribunal Supremo —en relación con los requisitos establecidos en el artículo 102.a).4 LJCA (de 1956) para la admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina— acerca de que el plazo de subsanación corre sin necesidad de requerimiento, pues tiene como destinatario directo al propio recurrente, constituye una interpretación que, si bien podrá sin duda ser discutida en el específico ámbito de la legalidad procesal, no puede tenerse por arbitraria, inmotivada, fundada en error con relevancia constitucional o tomada de forma rigorista y desproporcionada.

4. RECURSO DE REVISIÓN

A) El artículo 102.c) LJCA (de 1956) no se refiere a maquinación fraudulenta cometida por o ante los órganos administrativos, sino ante los Tribunales de Justicia

El motivo de revisión, previsto en el artículo 102.c).1.d) LJCA (de 1956) señala que: “1. Contra las sentencias firmes de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia podrá utilizarse el recurso extraordinario de revisión en los siguientes casos (...) d) Que la sentencia se hubiera ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta”.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

La STS de 18 de febrero de 2000, Ar. 2993, puntualiza al respecto que maquinación es el resultado de una asechanza artificiosa o sea producida con arte y habilidad, pero de modo disimulado, para obtener un resultado que perjudica a otro, de ahí que la Ley añade el adjetivo fraudulento, que en nuestro Derecho significa engaño. En el supuesto previsto y regulado en el artículo 102.c).1.d), referido, el resultado que se pretende con la maquinación fraudulenta es lograr de un Tribunal de Justicia una Sentencia injusta.

Matiza el Tribunal que este motivo de revisión no puede referirse a maquinación fraudulenta cometida por o ante los órganos administrativos, sino ante los Tribunales de Justicia, es decir, se ha de estudiar que la Sentencia se ganó injustamente por una de las partes como consecuencia de maquinación fraudulenta llevada a cabo por la misma. La maquinación fraudulenta en los procesos judiciales tiene un componente psicológico e intelectual muy importante, pues se trata de convencer, sin razón alguna, a un Tribunal de Justicia mediante argumentos equívocos o sesgados, por supuesto, bien presentados retóricamente y también aportando el componente fáctico adecuado.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. MEMORIA 1999

V. Actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional en el año 1999

MARGARITA BELADIEZ ROJO

Letrada del
Tribunal Constitucional

Sumario:

Nota introductoria. 1. Datos generales. a) La demanda de justicia constitucional.

b) Las Sentencias. c) La restante actividad jurisdiccional. d) El trámite de admisión de recursos. e) Balance estadístico. f) La pendencia de asuntos. **2. Sentencias del Pleno.**

a) Preliminar. b) El Estado de las Autonomías. c) Principios constitucionales y fuentes del Derecho. d) Los derechos y libertades. **3. Sentencias de las Salas.** a) Preliminar.

b) Derechos y libertades fundamentales. c) El derecho a la igualdad. d) Los derechos a la tutela judicial (art. 24 CE).

NOTA INTRODUCTORIA

El Tribunal Constitucional, por primera vez en sus veinte años de existencia, ha publicado su Memoria anual (existe, no obstante, un precedente que es la Memoria correspondiente al sexenio 1980-1986). Este documento tiene un gran interés, pues además de permitir conocer el funcionamiento de este relevante órgano constitucional, ofrece una exposición sistematizada de la actividad realizada por el mismo durante el último año. La Memoria la presenta Pedro Cruz Villalón, Presidente del Tribunal Constitucional, aprovechando la ocasión para efectuar una reflexión, crítica y sugerente, sobre las tareas que corresponden a este Alto Tribunal.

La Memoria consta de nueve apartados. En el primero se alude a la última renovación del Tribunal (diciembre de 1998), su actual composición y la distribución de sus miembros en Salas y Secciones. En el segundo se refiere al Secretario General, a los Letrados, al Gabinete Técnico, a las Secretarías de Justicia, a la Gerencia y a la Intervención. En el apartado tercero se exponen las reformas de las que ha sido objeto durante el pasado y presente año la Ley Orgánica reguladora de este Tribunal y en el cuarto las reformas del Reglamento de Organización y Personal del Tribunal Constitucional. En el apartado quinto, partiendo de los datos estadísticos elaborados por el propio Tribunal, se resume su actividad jurisdiccional durante el año 1999. Los siguientes apartados están dedicados a la Secretaría General y a los Servicios del Tribunal (apartado sexto) y a su presupuesto

(apartado séptimo). En el apartado octavo se exponen las relaciones con otros Tribunales Internacionales y Constitucionales. Y en el último apartado se hace referencia al Premio Tomás y Valiente de ensayos sobre Constitución y Justicia Constitucional y a su actividad editorial. Como anexo se incluyen las normas legales y reglamentarias relativas al Tribunal Constitucional; la relación de Sentencias dictadas en 1999 y los comentarios doctrinales que se han realizado de las resoluciones de este Tribunal; las estadísticas jurisdiccionales; y se informa sobre la actividad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con España.

Dada la extensión de esta Memoria no es posible reproducirla íntegramente. Por ello, se ha optado por transcribir únicamente el apartado en el que se resume la actividad jurisdiccional del Tribunal en el año 1999. No obstante, el lector interesado en conocer los demás contenidos de la Memoria puede acceder a la misma a través de la página web del Tribunal Constitucional (www.tribunalconstitucional.es).

1. DATOS GENERALES

La actividad jurisdiccional del Tribunal durante el año 1999 puede resumirse con un conjunto de datos deducidos de sus estadísticas (que se pueden ver completas en el Anexo III). Por razones de claridad expositiva, se ordenan en los siguientes epígrafes: la demanda de justicia constitucional, las Sentencias dictadas por el Tribunal y la restante actividad jurisdiccional.

a) La demanda de justicia constitucional

Al Registro del Tribunal Constitucional llegaron, a lo largo del año, un total de 5.651 asuntos jurisdiccionales. La mayoría fueron recursos de amparo (5.582, un 98,77 por ciento del total), competencia de las dos Salas del Tribunal. El Pleno recibió 69 asuntos: 23 recursos de inconstitucionalidad, 33 cuestiones de inconstitucionalidad y 13 conflictos positivos de competencia. A ellos se suman dos recursos de amparo que fueron avocados por el Pleno. Debe tenerse en cuenta que un número significativo de los 69 asuntos ingresados en el Pleno se referían a un mismo o parecido objeto. En realidad, la mayoría se encuadra en alguno de estos tres grupos de materias: Financiación autonómica, pensiones y sistema de valoración de daños corporales en accidente.

Los recursos de inconstitucionalidad fueron interpuestos, principalmente, por Comunidades Autónomas respecto de leyes del Estado (9, de los cuales 5 fueron planteados por Andalucía) y por el Presidente del Gobierno frente a leyes de aquéllas (9 igualmente). Los Diputados o Senadores promovieron 4 recursos, únicamente contra leyes estatales. El Defensor del Pueblo también interpuso uno, respecto de los criterios de participación de los entes locales en los tributos estatales previstos por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1999.

La mayoría de las cuestiones de inconstitucionalidad fueron suscitadas por Juzgados y Audiencias Provinciales (18); los Tribunales Superiores de Justicia elevaron 14, mientras que ni la Audiencia Nacional ni el Tribunal Supremo plantearon ninguna. La Sala Primera del propio Tribunal Constitucional suscitó ante el Pleno una cuestión sobre la constitucionalidad de la Ley de Clases Pasivas (art. 41.2: subordinación de las pensiones de orfandad para hijos adoptivos a un plazo de dos años), como consecuencia del amparo otorgado en la STC 46/1999.

Los conflictos positivos de competencia han sido promovidos por los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas contra el Gobierno de la Nación (7, de los cuales 5 por Cataluña), y por éste contra aquéllos (5, de los cuales 3 se dirigen contra Andalucía). Únicamente en un caso se ha planteado conflicto de competencia entre dos Comunidades Autónomas.

La gran mayoría de los recursos de amparo han sido promovidos por particulares (5.446 del total de 5.582); el resto (136) ha sido interpuesto por órganos o entidades públicas. Ni el Ministerio Fiscal ni el Defensor del Pueblo han pedido este año el amparo de derechos fundamentales.

Los recursos de amparo impugnan Sentencias y otras resoluciones judiciales que proceden de Tribunales del orden jurisdiccional penal (2.347, que representan el 42 por ciento de los recursos de amparo), del orden civil (1.263, 22,6 por ciento), del orden contencioso-administrativo (1.274, 22,8 por ciento), del orden social (652, 11,6 por ciento), y del orden militar (43, 0,77 por ciento). Sólo 3 recursos de amparo se dirigieron contra actos parlamentarios, por el cauce del art. 42 LOTC (0,05 por ciento). Una cuarta parte de los recursos de amparo se formulan después de que el Tribunal Supremo se haya pronunciado, mediante Sentencia o Auto (1.411, 25,27 por ciento); las tres cuartas partes restantes son recursos que dimanen de litigios y causas resueltas por otros Tribunales.

4.601 recursos pedían amparo para alguno o varios de los derechos a la tutela judicial que enuncia el artículo 24 de la Constitución (lo que supone que esos derechos fueron invocados en el 82,42 por ciento de los recursos de amparo). El derecho a la igualdad (art. 14 CE) fue invocado en 1.068 demandas (19,13 por ciento). Los restantes derechos y libertades fueron alegados en 1.104 recursos de amparo (19,77 por ciento).

El derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) fue invocado en tres de cada cuatro demandas de amparo: 4.170 veces (74,70 por ciento de los recursos de amparo, 73,79 por ciento de todos los recursos sometidos a la jurisdicción del Tribunal). De los derechos al juicio justo (art. 24.2 CE), la presunción de inocencia fue invocada en 765 recursos de amparo (13,7 por ciento de éstos); el derecho a la prueba pertinente, en 348 (6,23 por ciento); y el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley en 93 (1,66 por ciento).

b) Las Sentencias

El Tribunal Constitucional pronunció 242 Sentencias durante el año. El Pleno del Tribunal dictó 23; las Salas las 219 restantes (92 la Sala Primera y 127 la Segunda).

La relación completa de las Sentencias dictadas durante 1999 puede verse en el Anexo II, con una síntesis de su contenido y fallo. Luego se ofrece una perspectiva general de su contenido, tanto de las Sentencias del Pleno como de las pronunciadas por las Salas.

c) La restante actividad jurisdiccional

El Tribunal, además de sentenciar los recursos, cuestiones y conflictos sometidos a su jurisdicción, adopta otras muchas resoluciones (con la forma de Auto o de providencia, según la decisión que incorpora y el grado de su motivación). Una parte sustancial se dedica a la admisión (e inadmisión) de los recursos presentados ante él. Por otra parte, son numerosísimas las resoluciones de trámite, que impulsan y ordenan los procesos de que conoce.

En relación con estas últimas, puede ser de interés hacer algunas observaciones. En materia de medidas cautelares, el Pleno dictó 13 Autos acordando levantar o mantener la suspensión de leyes impugnadas ante él: en 11 ocasiones resolvió levantar –total o parcialmente– la suspensión, y en 2 mantenerla hasta dictar Sentencia. Las Salas resolvieron 79 peticiones de suspensión de las resoluciones administrativas o judiciales que habían dado lugar a recursos de amparo admitidos: en 33 Autos se acordó la suspensión, total o parcial; en 46, en cambio, se denegó la suspensión solicitada.

La mayoría de los recursos que terminaron por causa distinta a la inadmisión, o por Sentencia, fue por desistimiento del recurrente: el Tribunal dictó 62 Autos, en su mayoría aceptándola en recursos de amparo; el Pleno dictó menos (8), denegándola en varias ocasiones (AATC 56/1999 y 71/1999). Se dictaron Autos poniendo fin al proceso por otros motivos en 5 ocasiones (AATC 3/1999, 54/1999, 231/1999 y 246/1999, en amparo; 57/1999, de Pleno).

El Tribunal dictó 5 Autos de aclaración: tres de Sentencias (AATC 172/1999, 221/1999 y 232/1999) y dos de Autos (AATC 27/1999 y 253/1999). Se dictaron 18 Autos sobre acumulación de recursos, la mayoría por el Pleno (11), denegándose en alguna ocasión (por ejemplo, ATC 162/1999). Mediante el ATC 51/1999 se resolvió un incidente de ejecución de Sentencia.

El Tribunal estimó recursos de súplica, por diversos motivos, en 4 ocasiones (AATC 53/1999, 160/1999, 183/1999 y 186/1999), y desestimó 7 (AATC 26/1999, 62/1999, 92/1999, 131/1999, 151/1999, 163/1999, 264/1999).

No se adoptaron resoluciones en materia de prueba mediante Auto.

d) El trámite de admisión de recursos

El Pleno admite a trámite la mayor parte de los asuntos que se le plantean (recursos y cuestiones de inconstitucionalidad y conflictos de competencia, principalmente). Durante 1999, admitió 45 asuntos e inadmitió 8: todas ellas eran cuestiones de inconstitucionalidad, que no fueron sustanciadas bien por falta de condiciones procesales (2, AATC 17/1999 y 93/1999), bien por apreciar que eran notoriamente infundadas (6, AATC 69/1999, 70/1999, 229/1999, 289/1999, 290/1999, 31/1999), a tenor del art. 37.1 LOTC.

La situación es la inversa en recursos de amparo. El Tribunal inadmite la mayoría de los recursos suscitados: durante 1999, las Secciones de tres Magistrados inadmitieron 4.485 amparos (4.369 mediante providencia y 116 mediante Auto); simultáneamente, las Secciones o las Salas admitieron a trámite 224 asuntos. Por consiguiente, del total de decisiones de admisión adoptadas a lo largo del año, 4,75 por ciento dieron lugar a la tramitación del recurso de amparo para resolver mediante Sentencia; y 95,24 por ciento conllevaron la inadmisión del recurso. En dos ocasiones, la inadmisión de un recurso de amparo fue revocada en recurso de súplica interpuesto por el Fiscal (art. 50.2 LOTC), dando lugar a la admisión a trámite: AATC 160/1999 y 183/1999.

Un examen de los Autos y de las providencias dictadas para rechazar *in limine litis* los recursos durante el año arroja los siguientes resultados:

Los 116 Autos que inadmitieron recursos de amparo se pronunciaron sobre resoluciones dictadas por Juzgados y Tribunales del orden penal en 40 ocasiones (el 34,47 por ciento, de las cuales 4 eran de carácter penitenciario, 3,44 por ciento); sobre la jurisdicción contencioso-administrativa se pronunciaron 31 inadmisiones (26,72 por ciento), y 29 sobre la civil (25 por ciento). El resto de los recursos se había originado en otros ámbitos: 13 en órganos judiciales sociales (11,20 por ciento), 2 en Tribunales militares (1,72 por ciento), y sólo uno procedía de un Parlamento (0,86 por ciento).

La gran mayoría de las demandas de amparo inadmitidas mediante Auto se fundaban en el artículo 24 de la Constitución: 87 (que equivale al 72,41 por ciento de las inadmitidas). Le seguían, en frecuencia, las apoyadas en el derecho a la igualdad (13, 11,20 por ciento), los derechos del art. 25 CE (6, 5,17 por ciento), la libertad personal (3, 2,58 por ciento), y otros derechos (7, 6,03 por ciento).

La razón por la que fueron inadmitidas mediante Auto consistió, normalmente, en que la demanda carecía manifiestamente de contenido que justificara dictar Sentencia [art. 50.1.c) LOTC]: esta causa de inadmisión fue el fundamento principal de 105 Autos de inadmisión (90,51 por ciento del total). El resto de las inadmisiones fue decretada porque las demandas de amparo eran procesalmente inviables [art. 50.1.a) LOTC]: 11 Autos se fundan en ese motivo (9,48 por ciento). Más concretamente, apreciaron extemporaneidad 4 Autos (3,44 por ciento), falta de agotamiento de la vía

judicial 5 Autos (4,31 por ciento), y falta de invocación del derecho fundamental 2 Autos (1,72 por ciento). Ninguna de las restantes causas de inadmisión fueron aplicadas en Auto.

En cuanto a las providencias, casi la mitad inadmitieron recursos de amparo surgidos de procesos penales (1.760 del total de 4.370, es decir 40,27 por ciento); sumados a los de carácter penitenciario (139, 3,18 por ciento), dan un total de 1.899 providencias (que equivalen al 43,45 por ciento de las dictadas durante el año). Los restantes órdenes jurisdiccionales de los que provenían los recursos inadmitidos por providencia eran, en número decreciente: civil (1.017 providencias, 23,27 por ciento), contencioso-administrativo (940, 21,51 por ciento), social (493, 11,28 por ciento), y militar (18, 0,41 por ciento). Fueron inadmitidos 3 recursos de origen parlamentario (art. 42 LOTC), que representan el 0,06 por ciento.

Los derechos fundamentales invocados en las demandas de amparo que resultaron inadmitidas por providencia eran, en su gran mayoría, los enunciados en el art. 24 CE: uno o varios de los derechos a la tutela judicial fueron invocados 3.483 veces (o un 77,04 por ciento, sobre un total de 4.521 invocaciones de derechos). Le sigue el derecho a la igualdad (art. 14 CE), que fue alegado en 586 demandas inadmitidas de plano (12,96 por ciento de las invocaciones). Los derechos a la legalidad penal o penitenciaria (art. 25 CE) fundaban 204 de las demandas inadmitidas (4,51 por ciento). El derecho a la libertad personal (art. 17 CE) se invocaba en 73 demandas inadmitidas por providencia (1,61 por ciento). Los derechos al honor y a la intimidad (art. 18 CE) eran alegados en 62 recursos (1,37 por ciento). Los derechos de libertad sindical y de huelga (art. 28 CE) fueron invocados en 27 demandas inadmitidas (0,59 por ciento). Las libertades de expresión (art. 20 CE) en 14 recursos de amparo rechazados *in limine* (0,59 por ciento). Otros derechos fundamentales, distintos a los anteriores, eran invocados en 69 demandas inadmitidas (1,52 por ciento).

Para apreciar las causas que justificaron la inadmisión a trámite de los recursos de amparo (enumeradas en el art. 50, apartados 1 y 5, LOTC), es preciso tener en cuenta que algunas providencias se fundaron en más de una: las 4.370 providencias dictadas en 1999 se apoyaron, concretamente, en 4.934 razones de inadmisión.

La más frecuente consistió en que la demanda carecía manifiestamente de contenido que justificara dictar Sentencia [art. 50.1.c) LOTC]: 3.364 veces fue apreciada esa causa de inadmisión (68,17 por ciento de las razones que dieron lugar a la inadmisión).

Le sigue en importancia el incumplimiento definitivo de requisitos procesales [art. 50.1.a) y 5 LOTC], que dio lugar a la inadmisión en 1.487 ocasiones (un 30,13 por ciento del total). En 439 ocasiones la inadmisión fue debida a la inactividad de los demandantes de amparo, que habían presentado recursos defectuosos; puesta de mani-

fiesto esta circunstancia por las Secciones para su subsanación, no hubo respuesta en el 8,89 por ciento de los casos. En los 1.036 recursos restantes, el Tribunal apreció que no se cumplían uno o varios presupuestos procesales (21,23 por ciento): el recurso había sido interpuesto fuera de plazo 519 veces (10,51 por ciento); no se había agotado la vía judicial previa, 451 (9,14 por ciento); no se había invocado el derecho fundamental ante los Tribunales, 66 veces (1,33 por ciento); por último, la falta de jurisdicción o de competencia del Tribunal Constitucional, ex art. 4.2 LOTC, dio lugar a 12 providencias de inadmisión (0,24 por ciento).

La demanda se dedujo respecto de derechos o libertades no susceptibles de amparo constitucional [art. 50.1.b) LOTC] en 26 ocasiones (0,52 por ciento).

Finalmente, que el Tribunal había ya desestimado en el fondo un recurso o cuestión, en supuesto sustancialmente igual [art. 50.1.d) LOTC], justificó 57 providencias de inadmisión (1,15 por ciento).

e) Balance estadístico

Una apreciación de la labor del Tribunal durante el año no quedaría completa si no se repara en el grado de respuesta conseguido a los recursos, cuestiones y conflictos recibidos durante 1999, más los pendientes del año anterior. Una comparación entre los asuntos ingresados durante el año y los asuntos resueltos, ya sea mediante Sentencia, ya mediante otras resoluciones (Autos y providencias de inadmisión, Autos de terminación por otras causas) arroja los siguientes resultados:

El Pleno recibió durante 1999 un total de 69 asuntos nuevos (los cuales, según se ha dicho, se agrupan en su mayor parte en tres grupos temáticos), más un recurso de amparo avocado de la Sala Primera. Admitió a trámite 45 asuntos (más el avocado) e inadmitió 8, dejando pendientes de admisión un total de 15 asuntos nuevos.

El Pleno del Tribunal dictó 23 Sentencias, que resolvieron 41 recursos (pues varios estaban acumulados), y 10 Autos que terminaron por causas diversas: terminación, pérdida sobrevenida de objeto, desistimiento. Al haber admitido a trámite 45 asuntos, más un amparo avocado, y haber resuelto –por Sentencia o por Auto de terminación– 51 recursos, el Pleno finalizó el año con 5 asuntos menos pendientes de Sentencia.

En cuanto a las Salas, la Primera recibió 2.796 recursos de amparo nuevos. Inadmitió 2.183 mediante providencia y 48 por medio de Auto (total: 2.231); además, dio por terminados 74 recursos que se encontraban pendientes de admisión (por desistimiento u otras causas), y admitió 134. Por ende, al finalizar el año quedaban pendientes de admisión 357 recursos nuevos.

La Sala Segunda ingresó 2.786 recursos. Inadmitió 2.445 recursos (de 1999 o de años anteriores) mediante providencia y 68 mediante Auto (total: 2.513); dio por terminados

22 asuntos pendientes de admisión y admitió 93. Por lo que, al finalizar el año, quedaron 158 recursos nuevos pendientes de decidir sobre su admisibilidad.

En cuanto a la resolución de recursos de amparo admitidos a trámite, la Sala Primera dictó 92 Sentencias (que resolvieron 93 asuntos, pues dos estaban acumulados), y dio por terminados 2 recursos de amparo previamente admitidos y 1 que fue avocado por el Pleno. Como queda dicho, durante el año las Secciones Primera y Segunda, o la propia Sala, admitieron a trámite 134 recursos. Al finalizar el año, por tanto, la Sala había sumado 38 nuevos recursos a los pendientes de Sentencia.

La Sala Segunda, por su parte, pronunció 127 Sentencias (que resolvieron 140 recursos) y terminó, por diversas causas, 5 asuntos previamente admitidos a trámite. Durante el año, las Secciones Tercera y Cuarta, o la propia Sala, admitieron a trámite 93 recursos. Así, al finalizar el año la Sala había restado 52 recursos de amparo a los que tenía de años anteriores pendientes de Sentencia.

Los resultados totales suponen, por tanto, que las Salas finalizaron el año con 515 recursos de amparo más pendientes de admisión y con 14 recursos menos pendientes de Sentencia; el Pleno lo hizo con 16 asuntos más pendientes de admisión y con 5 asuntos jurisdiccionales menos.

f) La pendencia de asuntos

Al final de 1999 penden ante el Tribunal un total de 4.927 asuntos jurisdiccionales. La gran mayoría son recursos de amparo ante las Salas (4.548); los restantes 375 asuntos se encuentran en el Pleno.

El Pleno debe resolver, normalmente mediante Sentencia, 154 recursos de inconstitucionalidad, 159 cuestiones de inconstitucionalidad, 57 conflictos positivos de competencia, 1 conflicto entre órganos constitucionales y 4 recursos de amparo avocados.

Los recursos de amparo pendientes ante las Salas son, en su gran mayoría, recursos en fase de admisión: ya porque el recurso ha sido planteado directamente por el interesado, y se está nombrando Procurador y Abogado de oficio para su defensa, o bien estos profesionales están estudiando el asunto para formular demanda; ya porque el recurso ha sido plasmado en una demanda que adolece de defectos formales, que han de ser subsanados; ya porque el recurso de amparo, formulado mediante una demanda documental-mente completa, se encuentra en fase de estudio y decisión de admisibilidad por parte de las Secciones de tres Magistrados o, en su caso, por las Salas (de seis Magistrados).

Se encuentran en alguna de estas situaciones, previas a la admisión a trámite, un total de 3.914 recursos de amparo (es decir, el 85,98 por ciento de los recursos de amparo pendientes): 2.116 penden ante la Sala Primera, y 1.798 ante la Segunda.

Se han admitido a trámite, pero todavía no han recibido Sentencia, un total de 638 recursos de amparo (el 14 por ciento de los recursos pendientes): 323 deben ser resueltos por la Sala Primera y 315 por la Sala Segunda. De ellos, 170 se encuentran en tramitación (reclamación de actuaciones, alegaciones y prueba); los restantes 468 recursos de amparo se encuentran concluidos y pendientes de señalamiento para su deliberación y votación por las Salas: 217 ante la Primera y 251 ante la Segunda.

2. SENTENCIAS DEL PLENO

a) Preliminar

Durante 1999 el Pleno del Tribunal Constitucional ha pronunciado 23 Sentencias, que resuelven 41 asuntos (pues numerosos asuntos son acumulados para tramitarlos y decidirlos unidos, en virtud del art. 83 LOTC). La Sentencia que ha resuelto un mayor número de procesos ha sido la dictada sobre Haciendas Locales (STC 233/1999), que resolvió tres recursos de inconstitucionalidad y cinco cuestiones de inconstitucionalidad, simultáneamente.

La mayoría de las Sentencias del Pleno resolvieron controversias nacidas del funcionamiento del Estado de las Autonomías: 16, sobre el total de 23 (69,5 por ciento), de las cuales 14 versan sobre el orden constitucional de competencias, y 2 sobre aspectos institucionales (el ámbito de las leyes de presupuestos en una Comunidad Autónoma: STC 130/1995, y el respeto a la autonomía local: STC 11/1999). En su mayor parte, los conflictos resueltos habían nacido de la impugnación de normas con rango de ley (5 de las instituciones generales del Estado, y 4 de las instituciones autonómicas); por ende, fueron tramitados como recursos de inconstitucionalidad, dando lugar a nueve Sentencias. Otras cinco Sentencias resolvieron conflictos positivos de competencia. Sólo dos de las Sentencias de contenido autonómico fueron originadas por una cuestión de inconstitucionalidad, y no atañía a la distribución territorial de competencias, sino a aspectos institucionales: la suspensión autonómica de actos dictados por corporaciones locales, protegidas por el principio de autonomía (STC 11/1999), y la delimitación funcional de las leyes de presupuestos (STC 130/1995).

Las 7 Sentencias de Pleno restantes resolvieron un recurso de inconstitucionalidad (promovido por Diputados contra la Ley de técnicas de reproducción asistida: STC 116/1999); cuatro cuestiones de inconstitucionalidad (sobre el acceso a la función pública autonómica: STC 12/1999; sobre internamiento psiquiátrico: STC 129/1999; sobre edificios judiciales: STC 131/1999; y sobre segunda actividad de los policías: STC 234/1999); y dos recursos de amparo, que habían sido avocados al Pleno (ambos dimanantes de procesos penales, uno por droga –STC 49/1999– y otro por colaboración con banda armada: STC 136/1999). A estas resoluciones debe sumarse la Sentencia sobre Haciendas Locales (STC 233/1999), ya mencionada, pues junto a cuestiones autonómicas (competencias de las Comunidades Autónomas en la materia y respeto a la auto-

mía local) también resolvió impugnaciones de carácter sustantivo (alcance de la reserva de ley en materia tributaria, principalmente).

b) El Estado de las Autonomías

El orden constitucional de competencias

Las Sentencias que interpretan y aplican el reparto de competencias dispuesto por el bloque de la constitucionalidad resuelven recursos de inconstitucionalidad (contra leyes del Estado y de las Autonomías) y conflictos de competencia:

La legislación estatal sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común fue examinada en la STC 50/1999, que resolvió los recursos de inconstitucionalidad promovidos por la Junta de Castilla y León y por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra la Ley 30/1992, básica en la materia. La Sentencia mantiene el criterio jurisprudencial establecido, que deja a las Comunidades Autónomas el mayor margen de autoorganización de sus respectivas Administraciones Públicas, pero dentro siempre de las normas básicas estatales (art. 149.1.18ª CE). Su fallo mantiene la validez de la regulación estatal sobre órganos colegiados, pero declara contrarios al orden constitucional de competencias numerosas normas que detallaban la normativa excesivamente. Y subordina el precepto de la Ley que obligaba a traducir al castellano los documentos o expedientes administrativos, cuando iban a surtir efecto en otra Comunidad Autónoma, a una interpretación conforme con la Constitución: la obligación de traducir no alcanza a las Comunidades Autónomas que tienen la misma lengua cooficial. Sobre este último punto se produjo un Voto particular, firmado por dos Magistrados, que propugnaban la anulación del precepto en su redacción original (antes de ser reformado por la Ley 4/1999, aprobada tres meses antes de la Sentencia).

Las marcas y nombres comerciales, regulados por la Ley 32/1988, de Marcas, fueron objeto de la STC 103/1999. El Gobierno Vasco y el Parlamento de Cataluña no impugnaban su regulación, pues el Estado ostenta competencia indudable sobre propiedad intelectual (art. 149.1.9ª CE); pero sí que la Ley estableciera un Registro de la Propiedad Industrial único para toda España, gestionado por la Administración general del Estado, a pesar de que las Comunidades Autónomas recurrentes ostentaban competencia de ejecución en la materia. El fallo de la Sentencia confirma la validez de la opción adoptada por las Cortes Generales, y el precepto que establece el castellano como lengua de registro. Pero declara que corresponden a las instituciones autonómicas determinadas competencias de ejecución en la materia, que deberán llevar a cabo en coordinación con el Registro estatal y a tenor de los puntos de conexión que defina la ley estatal: como la presentación de solicitudes y documentación, el examen de su regularidad documental (no de la de fondo), y todo lo relativo a los rótulos de los establecimientos.

La STC 208/1999 enjuicia la Ley de Defensa de la Competencia (Ley de Cortes Generales 16/1989). Estima parcialmente los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el

Gobierno Vasco y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, y declara inconstitucional la cláusula “en todo o en parte del mercado nacional” que se contenía en diversos pasajes de la Ley estatal. La Sentencia no admite la tesis sustentada por las Comunidades Autónomas recurrentes de que toda la intervención administrativa en la economía para salvaguardar la competencia les corresponde a ellas, quedando limitado el Estado a legislar sobre la materia; pero tampoco admite la tesis contraria, sustentada por el Abogado del Estado, y defendida por tres Magistrados en un Voto particular. La Sentencia analiza los distintos títulos competenciales que establecen la Constitución y los Estatutos de Autonomía, ninguno de los cuales se refiere directamente a la “defensa de la competencia” como tal. Luego, concluye que la Ley de Cortes puede crear instituciones estatales para velar por la competencia entre empresas (como el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia); pero no puede vaciar la competencia de algunas Comunidades Autónomas sobre comercio interior, que comprende aquellas actuaciones ejecutivas en defensa de la competencia que hayan de realizarse en su territorio y que no afecten al mercado supracomunitario.

La última Sentencia del año que enjuicia una Ley estatal es, también, en materia económica. La STC 235/1999 estima parcialmente el recurso planteado por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra la Ley 3/1994, que adaptó la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de la Comunidad Europea de coordinación bancaria. Con carácter general, la Sentencia confirma una amplia jurisprudencia anterior sobre el alcance de las competencias ejecutivas, en materia de bancos y otras entidades de crédito, del Ministerio de Economía y Hacienda y, especialmente, del Banco de España (que el Voto particular concurrente de un Magistrado hubiera razonado más ampliamente). Pero, en consonancia con lo declarado en la STC 96/1996, sobre disciplina bancaria, el fallo entiende que la Comunidad Autónoma tiene reconocidas una serie de competencias en la materia que no se agotan con la intervención de las Cajas de Ahorro y de las Cooperativas de Crédito de su ámbito, sino que alcanza a otras entidades financieras. Corresponde a las Cortes generales una inicial labor configuradora de lo que puede estimarse básico en la materia y de la intervención que, correlativamente, debe reconocerse a las Comunidades Autónomas, dentro de un plazo de tiempo razonable. El Tribunal no estima, llegado el momento de expresar un pronunciamiento de nulidad cuya eficacia quede deferida a un determinado plazo, y se limita a declarar la nulidad del precepto relevante en este punto.

El Pleno del Tribunal se ha pronunciado sobre el respeto del orden constitucional de competencia por parte de las leyes de tres Comunidades Autónomas, siempre a instancia del Presidente del Gobierno. La STC 22/1999 confirma la validez de la Ley del Parlamento Vasco sobre Cámaras Agrarias (Ley 6/1990). La competencia de las instituciones generales del Estado sobre la regulación básica de la organización de todas las Administraciones Públicas (art. 149.1.18ª CE y STC 132/1989) ha de ser conjugada con las competencias exclusivas del País Vasco (en materia de Cámaras agrarias, agricultura y su propia Administración): las bases establecidas por el Estado operan tan sólo como límite al ejercicio de la competencia autonómica. Las discrepancias literales entre la Ley estatal en la materia, de 1986, y los preceptos de la Ley autonómica, de 1990, no con-

ducen a la declaración de inconstitucionalidad de éstos, pues respetan los principios básicos definidos por aquélla.

Dos aspectos de la Ley del Parlamento de Galicia 13/1989, sobre montes vecinales en mano común, fueron impugnados por el Abogado del Estado: el que disponía que un Magistrado de la correspondiente Audiencia Provincial formase parte del Jurado Provincial de Clasificación de Montes Vecinales; y el que establecía que todos los procedimientos, salvo el de clasificación, serían sustanciados por el trámite de incidentes ante el Juzgado de Primera Instancia. Ambos fueron anulados por la STC 127/1999, en aras de la competencia exclusiva del Estado sobre la Administración de Justicia y sobre legislación procesal (art. 149.1, números 5ª y 6ª CE). La primera cuestión ya había sido abordada por la STC 150/1998. En cuanto al procedimiento judicial, la Sentencia razonó que el Derecho gallego sustantivo no ofrecía especialidades que pudieran justificar normas procesales propias.

La Ley Foral del Parlamento de Navarra 7/1989, sobre suelo y vivienda, fue declarada nula en el único punto impugnado por el Presidente del Gobierno: la previsión de determinadas infracciones y sanciones a los Notarios y Registradores de la Propiedad que no cumplieran diversos deberes, impuestos por la misma Ley Foral. La STC 207/1999 razonó que esa disposición legal no podía encuadrarse en la competencia exclusiva de la Comunidad Foral sobre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda. Pertenece más bien a una esfera diversa, la de las correcciones gubernativas o disciplinarias que pueden imponerse a dichos funcionarios públicos cuando incumplen sus deberes profesionales, que se incardina en el ámbito de la legislación estatal (art. 149.1, números 8ª y 18ª, CE).

El Pleno dedicó varias Sentencias a resolver controversias competenciales trabadas entre las distintas Administraciones Públicas que forman el Estado de las Autonomías. La STC 21/1999 estimó el conflicto suscitado por el Gobierno Vasco contra el de la Nación, y declaró la competencia de la Comunidad Autónoma sobre determinadas facetas de la intervención administrativa en la comercialización de los materiales forestales de reproducción, incluida la certificación sobre los controles oficiales que establece la legislación de la Comunidad Europea.

El conflicto positivo de competencias suscitado por la Diputación General de Cantabria contra el Gobierno de la Nación, en relación con un Real Decreto sobre mejora de las estructuras agrarias, fue parcialmente estimado por la STC 128/1999. La Sentencia razona que las subvenciones agrarias, vinculadas a programas de reforma estructural que guardan conexión con la normativa de la Comunidad Europea, y que se financian parcialmente con fondos comunitarios, deben respetar diversos límites constitucionales. Tras un análisis detallado de dicho marco, a la sombra de la STC 13/1992, fundamentalmente, concluye que el Estado puede limitar los recursos globales que destina a cofinanciar distintas ayudas estructurales; pero no puede condicionar la financiación estatal a una efectiva cofinanciación autonómica, so pena de vulnerar la competencia exclusiva de la Comunidad

Autónoma sobre agricultura y su autonomía financiera. Tampoco puede regular los requisitos y condiciones de las ayudas financiadas con fondos propios de la Autonomía.

La STC 175/1999 resuelve, con el Voto particular de tres Magistrados, que corresponden al País Vasco determinadas funciones de control sobre establecimientos de interés policial (los que se dedican al comercio o empeño de objetos usados de oro u otros metales preciosos, muebles, ropa y otros efectos, o al alquiler o desguace de vehículos de motor). La competencia del Estado sobre seguridad pública (art. 149.1.29ª CE) no justifica que sean sus Fuerzas y Cuerpos de Seguridad quienes aseguren el control de los libros registro y los restantes documentos que deben ser llevados por aquellos establecimientos, cuando radican en el territorio de la Comunidad Autónoma. La procedencia de los objetos registrados, o su utilización anterior o posterior, no alteran el punto de conexión anterior. Las necesidades de información del Estado, que nunca debe sufrir un vacío en ninguna materia relacionada con la seguridad pública, pueden ser cubiertas mediante los mecanismos de coordinación y colaboración que estime convenientes. Por lo tanto, la Sentencia estima parcialmente el conflicto planteado por el Gobierno Vasco en relación con unas Órdenes del Ministerio de Interior.

La STC 186/1999 estima sustancialmente el conflicto planteado por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra el Gobierno de la Nación, en relación con una Orden del Ministerio de Industria sobre concesión de subvenciones del plan de promoción del diseño industrial. De nuevo los criterios sobre territorialización de las ayudas públicas, condensados en la STC 13/1992, son determinantes para ordenar las competencias del Estado y de la Comunidad Autónoma sobre industria, reestructuración de sectores industriales, planificación económica, comercio exterior e investigación científica y técnica. Tras un deslinde de todos estos títulos competenciales, la Sentencia concluye que la mayoría de las ayudas públicas controvertidas corresponde a la competencia ejecutiva de Cataluña; sólo deben permanecer en manos de la Administración General del Estado los programas destinados a promover y consolidar centros de promoción e investigación sobre diseño industrial, públicos o sin ánimo de lucro.

En términos análogos se pronuncia la STC 242/1999, que resuelve tres conflictos de competencia promovidos por la Generalidad de Cataluña contra el Gobierno de la Nación sobre diversos incentivos y subvenciones a las empresas del sector turístico, en el ámbito del Plan marco de competitividad del turismo español (Plan FUTURES). Tras analizar detenidamente las competencias que inciden sobre el sector, de indudable peso en la economía española (turismo, planificación de la actividad económica, comercio exterior e investigación científica y técnica), el fallo de la Sentencia estima parcialmente los conflictos, y declara que numerosas ayudas e incentivos dispuestos por el Ministerio de Comercio y Turismo, y por el Instituto de Turismo de España (Turespaña), vulneran las competencias de Cataluña. Sólo corresponden a la competencia estatal, en lo que atañe a empresas catalanas, los proyectos de instalación de empresas y de servicios turísticos en mercados exteriores; y la prestación de servicios y asistencia técnica por parte de Turespaña, siempre que se interprete que queda subordinada a un marco de cooperación y coordinación con la Generalidad.

Hacienda

Ya ha podido advertirse que numerosos recursos y conflictos de carácter competencial abordados por el Pleno tenían un componente presupuestario de primer orden. La STC 128/1999, sobre mejora de las estructuras agrarias en Cantabria, expresamente declara que uno de los fundamentos de la decisión consiste en el principio de autonomía financiera de la Comunidad Autónoma, que puede ser invocado en el cauce procesal del conflicto de competencias. En materia específicamente financiera, sin embargo, destacan dos Sentencias.

La primera analiza el alcance que las Comunidades Autónomas pueden dar a las exenciones y beneficios fiscales que establecen en sus leyes. La STC 176/1999 enjuició la Ley de Cataluña 12/1993, que creó el Instituto para el desarrollo de las comarcas del Ebro; concretamente, el artículo que le otorgó el goce de “las exenciones y los beneficios fiscales que corresponden a la Generalidad”. Su fallo desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno, porque interpretó que la disposición sólo atribuye al organismo autónomo aquellos beneficios y exenciones fiscales sobre los que la Comunidad Autónoma ostenta competencia; por lo que son de exclusiva aplicación a los tributos que corresponde establecer a la Generalidad, no a los tributos estatales o locales. Tres Magistrados formularon un Voto particular, propugnando una Sentencia interpretativa.

La Sentencia más amplia dictada durante el año fue la que se pronunció sobre los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad suscitados respecto a la Ley de Cortes Generales 39/1988, reguladora de las Haciendas Locales. Los 47 antecedentes y 43 fundamentos jurídicos de la STC 233/1999, que ocupan 80 páginas del Boletín Oficial del Estado, dieron respuesta al recurso de inconstitucionalidad promovido por Diputados del Grupo Popular, a los recursos interpuestos por el Consejo Ejecutivo y el Parlamento de la Generalidad de Cataluña, y a cinco cuestiones de inconstitucionalidad suscitadas por varias Salas de lo contencioso-administrativo de Tribunales Superiores de Justicia, sobre diversos aspectos que afectan sustancialmente al núcleo de las finanzas de todos los Ayuntamientos y demás entidades locales de España.

La Sentencia aborda diversos temas, junto con el relativo al orden constitucional de competencias que se trata aquí: autonomía local, reserva de ley tributaria, normas básicas del Estado y derechos de los ciudadanos. Cada uno de estos temas será mencionado en su lugar sistemático oportuno.

Las instituciones de la Generalidad de Cataluña dedujeron numerosas impugnaciones contra la Ley de Haciendas Locales, por vulneración de las competencias que les atribuye su Estatuto de Autonomía. Los Diputados populares, por su parte, efectuaron una impugnación genérica, sosteniendo que el legislador había equivocado los títulos competenciales que justificaban una normación estatal en la materia, por lo que la Ley en su conjunto era nula. La STC 233/1999 efectuó, por consiguiente, un análisis en estos dos planos:

1) Con carácter general, precisó que las instituciones generales del Estado disponen de una competencia legislativa básica para regular la Hacienda Local, que se sitúa en las bases de las Administraciones Públicas (art. 149.1.18ª CE); sólo de manera puntual puede el Estado regular con carácter exclusivo tal materia, haciendo prevalecer su competencia sobre la Hacienda general (art. 149.1.14ª CE): cuando la normativa estatal regula instituciones comunes a las distintas Haciendas o medidas de coordinación entre la Hacienda estatal y las locales; o también cuando su finalidad es la salvaguarda de la suficiencia financiera de las Haciendas Locales (art. 142 CE), en cuanto presupuesto indispensable de la autonomía local. La Ley incurre en un tenor farragoso, pero compatible con el planteamiento constitucionalmente correcto, por lo que la impugnación general contra toda ella es rechazada (FJ 4º).

2) Las numerosas impugnaciones específicas fueron rechazadas, asimismo, con una excepción: la eventual creación por las entidades locales de unidades administrativas determinadas, en materia de pagos o tesorería, no tiene carácter básico y vulnera el orden constitucional de competencias (fallo 4º y FJ 38º *in fine*). Sí es constitucional, en cambio, que la Ley estatal disponga la publicación de las ordenanzas y otros acuerdos locales en el Boletín Oficial de la Provincia, con plenos efectos jurídicos, sin impedir su publicación en el Boletín de la respectiva Comunidad Autónoma (FJ 8º); que establezca los tributos locales, tanto de carácter obligatorio como facultativo, sin dejar margen legislativo a Cataluña, así como el incremento de su gravamen (FFJJ 22º y 26º), y los recursos de la Provincias y de otras entidades, como comarcas o áreas metropolitanas (FFJJ 36º y 37º); que regule la participación de los entes locales en los tributos del Estado, y establezca asignaciones complementarias, sin participación autonómica (FJ 31º), y disponga medidas específicas para financiar los transportes colectivos urbanos [FJ 41º.d)]; que prevea compensaciones si la Comunidad Autónoma establece un Impuesto sobre vehículos [FJ 41º.a)]; que la Ley regule el catastro, y que confíe su organización y funcionamiento a un órgano de la Administración General del Estado (FJ 25º); que atribuya a los Ayuntamientos la gestión del Impuesto de Actividades Económicas (IAE), sin prever las atribuciones de la Comunidad Autónoma en forma de delegación y coordinación, o de inspección, pues no se ven impedidas por la Ley (FJ 29º); o que permita a la Administración estatal ejercer transitoriamente la gestión de diversos impuestos locales (FJ 42º); que regule detalladamente la documentación presupuestaria, así como las fases principales del gasto público (FJ 38º); que regule determinadas operaciones de crédito y de tesorería (FJ 21º); que establezca normas generales sobre compensación de deudas entre entes públicos [FJ 41º.c)]; y, finalmente, que confíe su desarrollo reglamentario al Gobierno, que se entiende atribuido dentro del ámbito de competencia estatal (FJ 43º).

Autonomía local

La Sentencia sobre Haciendas Locales (STC 233/1999) enjuicia distintos preceptos de la legislación estatal desde la perspectiva del principio de autonomía local, básico en la configuración del Estado de las Autonomías (arts. 137 y concordantes CE). Ya se ha apuntado su influencia al precisar el alcance de las competencias del Estado, que por regla general se limitan a lo básico, pero que son exclusivas cuando se trata de asegurar la

suficiencia de medios, premisa de la autonomía local (FJ 4º), con diversas manifestaciones concretas (FFJJ 21º, 37º, 38º). Esta idea cobra especial importancia cuando se trata de enjuiciar la licitud de que la Ley estatal establezca el conjunto de tributos locales: el Impuesto de Actividades Económicas, el Impuesto de Bienes Inmuebles, etc. (FJ 22º y cc.), así como los criterios de distribución en los tributos del Estado (FJ 31º). Aunque su virtualidad no acaba ahí: la autonomía local modela decisivamente el alcance de la reserva de ley tributaria (*infra*).

c) Principios constitucionales y fuentes del Derecho

La STC 116/1999, que enjuició la Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida, rechazó dos impugnaciones formales: que la normativa hubiera debido aprobarse mediante Ley Orgánica (art. 81.1 CE), y que no debía regular las relaciones paterno-filiales, las cuales debían ser regidas por normas del ordenamiento civil (art. 9.3 CE). La Sentencia entiende que la Ley no desarrolla el derecho a la vida, único relevante, porque los no nacidos no son titulares de ese derecho fundamental; por lo que no procedía imponer la mayoría cualificada propia de las Leyes Orgánicas (FFJJ 3º y 4º). Asimismo, niega que el legislador haya incurrido en arbitrariedad por introducir disposiciones acerca de la filiación de las personas nacidas a partir de las técnicas reguladas en la propia Ley, porque la Constitución no exige que todas las normas civiles se contengan en un texto legal único, y la regulación no carece de toda explicación racional (FJ 14º). Una tercera cuestión, la deslegalización de la materia a favor de reglamentos del Gobierno, quedó imprejuzgada porque el plazo para dictarlos había transcurrido con exceso (FJ 17º). Dos Magistrados formularon un Voto particular, propugnando la anulación de toda la Ley por haber vulnerado la reserva de Ley Orgánica (art. 81.1 CE).

La STC 129/1999 también rechazó, con un Voto particular, que la reserva de Ley Orgánica alcance a la regulación del procedimiento judicial que se debe seguir para decidir sobre el internamiento en centros psiquiátricos: el internamiento acordado por el Juez civil es una privación de libertad, sujeta al art. 17 CE; pero la reserva de Ley Orgánica se limita a las leyes que delimitan y definen los derechos fundamentales, regulándolos directamente, lo que no es el caso (FJ 2º).

La STC 130/1999, por su parte, resuelve una cuestión de inconstitucionalidad que pone en cuestión la función institucional de las leyes de presupuestos, y el correlativo papel de Parlamento y Gobierno en una Comunidad Autónoma. La Sentencia falla que la Ley de Presupuestos en Cantabria no puede lícitamente establecer el Cuerpo de Letrados de la Comunidad Autónoma: su Estatuto de Autonomía refleja en este punto el sistema estatal (como se juzgó en la STC 174/1998), no diverge de él (como en la STC 116/1994).

El papel que corresponde a las leyes de presupuestos, en el plano del Estado, ha sido objeto de dos pronunciamientos, que prosiguen la labor definida en la STC 76/1992, por impulso de varias cuestiones de inconstitucionalidad. La STC 131/1999 sostiene la cons-

titucionalidad de que la Ley de Presupuestos Generales del Estado incluya entre sus previsiones adicionales la recuperación de dependencias en edificios judiciales que no estuvieran dedicadas a usos jurisdiccionales: su finalidad era obtener un uso óptimo de las infraestructuras existentes con el menor coste económico posible, y venía impuesta por la progresiva aplicación de la Ley de Demarcación y Planta Judicial. La STC 234/1999, en cambio, declara la nulidad de una Disposición Adicional incluida en una Ley de Presupuestos: la fijación de la edad en la que los policías deben pasar a la situación administrativa de segunda actividad excede el contenido lícito de ese tipo de ley (a tenor del art. 134 CE), pues no es posible apreciar una relación directa con la previsión de ingresos o la habilitación de gastos públicos, ni representa un complemento necesario de la política económica del Gobierno.

La Sentencia sobre Haciendas Locales (STC 233/1999), por último, incide en diversas cuestiones importantes sobre fuentes del Derecho. Por un lado, en materia de normas básicas del Estado, mantiene la doctrina que exige a las Cortes Generales determinar con claridad el carácter básico de los preceptos que aprueba con tal carácter (FJ 5º, que se hace eco de la STC 69/1988); e introduce diversas precisiones acerca de la fuerza de ley de las normas básicas, que no constituyen un tipo o forma de ley distinta de las restantes leyes del Estado, sino que comparten plenamente su fuerza de ley, tanto activa como pasiva (FJ 40º).

La STC 233/1999, por otro lado, dedica uno de sus bloques más importantes a analizar el alcance de la reserva de ley que la Constitución traza en materia tributaria (en especial, en su art. 31). Las numerosas impugnaciones dirigidas contra la Ley de Haciendas Locales se concentraban en dos puntos: la regulación de las tasas y, sobre todo, de los precios públicos suponía una deslegalización, que dejaba en manos de los distintos Ayuntamientos la determinación de elementos esenciales de tributos que debían estar regulados por ley, y por ende la libre fijación de la carga tributaria; en segundo lugar, la regulación de las prestaciones personales y de transportes en pequeños municipios, que asimismo vulneraba la reserva constitucional de ley.

En la primera cuestión, la Sentencia insiste en que la Ley remite su desarrollo a las determinaciones que adopten órganos electivos y que representan a los ciudadanos, como son los Plenos de los Ayuntamientos. La situación es, por tanto, muy distinta a la que dio lugar a la declaración de inconstitucionalidad parcial de la legislación estatal sobre precios públicos, pues se trataba del Gobierno y los Ministros (lo que lleva a modular el alcance de la doctrina de la STC 185/1995, en sintonía con la STC 19/1987). Esta diferencia estructural, y el contenido específico de los preceptos, salva la constitucionalidad de las normas sobre tasas locales (FFJJ 9º, 10º y 11º) y sobre precios públicos (FFJJ 15º y 16º), salvo en lo que toca a la fijación de precios públicos exigibles por servicios o actividades de solicitud o recepción obligatoria, de carácter indispensable o prestados en régimen de monopolio de hecho o de Derecho [fallo 1º y FJ 19º.c)]; en el bien entendido de que el Pleno de la corporación no puede delegar el establecimiento o modificación de la totalidad de los precios públicos en la Comisión de Gobierno, precisamente porque este órgano no es representativo de los vecinos (fallo 2º, FJ 18º, *in fine*).

Las prestaciones personales y patrimoniales que pueden imponer, según la Ley, los pequeños Ayuntamientos a sus vecinos no suscitaron especiales dificultades desde el punto de vista de la reserva de ley (FJ 34°), sino desde la perspectiva material de si respetaban o no el principio de igualdad.

La STC 233/1999 enjuicia otras muchas disposiciones legales, acusadas de vulnerar la reserva de ley tributaria (art. 31 CE): las referencias a las “demás prestaciones” que pueden establecer las entidades locales (FJ 6°); la remisión al reglamento para precisar los medios de intercambio de datos tributarios entre Administraciones (FJ 7°); distintos aspectos de la regulación de las contribuciones especiales, como el tope máximo de su base imponible, la sujeción de las compañías de seguros para financiar el servicio de extinción de incendios, y el aplazamiento o anticipación del pago de las contribuciones (FFJJ 12°, 13° y 14°). Finalmente, la regulación de diversas figuras tributarias locales (el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, de Actividades Económicas, etc.) fueron analizadas desde la óptica de los principios constitucionales de capacidad económica y de interdicción de confiscaciones, concluyéndose que la norma no incurría en inconstitucionalidad (FFJJ 23°, 24°, 27° y 28°).

d) Los derechos y libertades

La Sentencia del Pleno sobre Haciendas Locales (STC 233/1999) también analizó distintas pretensiones de que la regulación de la Ley 39/1988 vulneraba diversos derechos constitucionales. Con especial insistencia se formuló esta tacha en el recurso de inconstitucionalidad presentado por los Diputados del Grupo Popular, fundándose en el derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) y en su dimensión territorial (arts. 139.1, 139.2 y 149.1.1ª CE), unida a la libertad de circulación (art. 19 CE). La Sentencia rechazó estas alegaciones: las diferencias tributarias entre las entidades locales tienen un firme fundamento en el principio de autonomía local, reconocido por la Constitución; una vez salvaguardada la identidad básica de derechos y deberes de los españoles, las cargas fiscales que deban soportar pueden ser distintas (FJ 26°, acerca del IBI, y siguientes respecto de otros tributos).

La STC 233/1999 también rechazó que el deber que la Ley impone a las Administraciones de comunicarse los hechos con trascendencia tributaria que descubran vulnerase el derecho a la intimidad, en general, y a la intimidad informática, en especial (art. 18, apartados 1 y 4, CE). Aunque los datos relativos a la situación económica de una persona entran dentro del ámbito protegido por la Constitución, la previsión legal sirve a fines legítimos de manera adecuada; no requiere Ley Orgánica, pues no desarrolla derecho fundamental alguno; y no se contradice, sino que se complementa, con las garantías establecidas por la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (FJ 7°).

La cuestión que concitó mayor disenso en el Pleno fue la relativa a la regulación de las prestaciones personales y patrimoniales que la Ley permite que los pequeños munici-

pios impongan a sus vecinos, así como la previsión de su redención en metálico, a la luz del derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE). La mayoría del Tribunal se inclinó por salvar la constitucionalidad de los preceptos de la Ley de Haciendas Locales; pero subordinó la facultad de redimir en metálico la prestación personal a que se interprete que la sustitución no corresponde unilateralmente al interesado, sino a la autoridad municipal, previa petición y una vez se acredite la concurrencia de una causa objetiva que la justifique (fallo 3º y FFJJ 32º a 35º). Un Magistrado formuló un Voto particular, sosteniendo que se hubiera debido anular parcialmente el precepto legal; otro Magistrado formuló un Voto diametralmente opuesto, sosteniendo la plena validez de la norma.

El Pleno resolvió el recurso de inconstitucionalidad presentado por Diputados del Grupo Popular contra la Ley 35/1988, sobre técnicas de reproducción asistida, en la STC 116/1999. Su fallo anula parcialmente la norma que definía las infracciones a la Ley e impone la interpretación de uno de sus preceptos (de tal modo que sólo son lícitas las intervenciones sobre embriones o fetos que estén “amparadas legalmente”, además de por la propia Ley, por la norma del Código Penal que regula el aborto); en lo restante, desestima el recurso.

La Sentencia analiza principalmente el derecho a la vida (art. 15 CE) y la protección constitucional a la familia (arts. 39 y concordantes CE). En el primer aspecto, precisa que su juicio no versa sobre si la Ley respeta el contenido esencial del derecho fundamental a la vida, pues los no nacidos carecen de ese derecho, sino que se trata de analizar si el legislador respeta el bien constitucionalmente protegido, en su doble faceta de abstenerse de interrumpir u obstaculizar el proceso natural de gestación, y de establecer un sistema legal de defensa de la vida que la proteja efectivamente (FJ 5º, que sigue las SSTC 53/1985 y 212/1996).

Desde estas premisas, la STC 116/1999 examina las normas impugnadas: 1) las que regulan la investigación sobre gametos, realidad biológica anterior incluso a la fecundación, insistiendo especialmente en los límites que la Ley impone a la hibridación entre seres humanos y animales (FFJJ 6º y 7º); 2) las relativas a la investigación sobre preembriones, estrictamente limitadas por la Ley en términos que no son inconstitucionales; y, con especial detalle, analiza las normas relativas a la experimentación en preembriones, que al quedar limitada según la Ley –rectamente interpretada– a los inviábiles, regula una materia que queda fuera de la protección constitucional de la vida humana (FFJJ 8º y 9º).

La Sentencia enjuicia otros preceptos de la Ley de reproducción asistida: la facultad de suspender el tratamiento, reconocida a la mujer receptora de estas técnicas, que no supone la creación de un nuevo supuesto de aborto (FJ 10º); la limitación del número de preembriones que se pueden transferir al útero materno, y las concomitantes previsiones sobre los preembriones sobrantes (FJ 11º); la posibilidad de donar gametos y preembriones que, precisamente, prohíbe cualquier causa lucrativa (FJ 11º). Finalmente, la Sentencia examina la normativa sobre intervenciones diagnósticas o terapéuticas, que no suscita reparos cuando se refiere a preembriones, incluso cuando pueden dar como resultado que se desaconseje su transferencia en caso de detectar enfermedades heredi-

tarias; pero que, cuando atañe a embriones o fetos, es sometida a una interpretación estricta, que restringe la remisión de intervenciones “amparadas legalmente” a las regidas por el Código Penal (FJ 12°).

El otro gran tema de la STC 116/1999 consiste en la protección constitucional de la familia (condensada en el art. 39 CE). La Sentencia afirma que la Constitución protege el instituto de la familia; pero el concepto constitucional posee perfiles amplios, que incluyen la familia de origen matrimonial y con relaciones paterno-filiales, pero la desborda, protegiendo asimismo las de origen no matrimonial y las que carecen de descendencia, así como las formadas mediante adopción. Por ende, es lícito que la Ley permita la fertilización de cualquier mujer, esté o no casada, y que disocie el progenitor biológico y el padre legal (FJ 13°). La donación anónima de gametos, por otra parte, no infringe la previsión constitucional sobre investigación de la paternidad (art. 39.2 CE): ni la Constitución otorga un derecho incondicionado a averiguar la identidad del progenitor, ni la Ley establece un anonimato absoluto, ni carecen sus disposiciones de toda explicación racional (FJ 15°).

Finalmente, la STC 116/1999 rechaza que el cuadro de infracciones y sanciones administrativas previstas por la Ley sea inconstitucional, por prever una reacción meramente administrativa, no penal, a las vulneraciones de sus normas: la protección a la vida que impone la Constitución implica una garantía penal, pero sólo en último término, gozando el legislador de un amplio margen (que, por lo demás, ha ejercido en el Código Penal de 1995). Solamente estima la impugnación que se fundaba en el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), porque, aunque la remisión que efectúa la Ley al régimen sancionador dispuesto por la Ley General de Sanidad es válido, permitir “las adaptaciones requeridas por la peculiaridad de la materia regulada en esta Ley” deja el régimen sancionador de la Ley en la más completa indeterminación; lo cual arrastra la inconstitucionalidad y nulidad de ese inciso (FJ 16°).

La STC 129/1999 declaró que el procedimiento previsto por el Código Civil para ordenar internamientos en centros psiquiátricos no vulnera la Constitución. La norma, contenida en el segundo párrafo del artículo 211 del Código Civil (redactado por la Ley 12/1983), había sido cuestionada por un Juzgado de Orihuela, que debía decidir sobre el internamiento de una mujer señalada como enferma esquizofrénica. Además de rechazar que se hubiera vulnerado la reserva de Ley Orgánica (*supra*), la Sentencia analiza el procedimiento previsto por la norma (tanto directa como indirectamente, por remisión a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre jurisdicción voluntaria); y concluye que ofrece garantías suficientes para la defensa del afectado (FJ 3°).

El Pleno resolvió recursos de amparo, avocados de las Salas, en las SSTC 49/1999 y 136/1999. Ambos contaron con varios Votos particulares.

La STC 49/1999, que resolvió seis recursos acumulados, otorgó parcialmente amparo a nueve personas que habían sido condenadas a penas de prisión y multa por cometer deli-

tos contra la salud pública y contrabando, al introducir en España 400 kilogramos de hachis. Las pruebas de cargo se habían basado en las conversaciones telefónicas mantenidas por los acusados para preparar el envío de la droga y para llevarlo a cabo; y en que muchos de ellos habían sido detenidos cuando habían arribado a una playa de Torremolinos, con una patera que transportaba el hachis, el cual había sido aprehendido. El fallo de la Sentencia declaró vulnerado el derecho de los recurrentes al secreto de las comunicaciones telefónicas y a un proceso con todas las garantías (arts. 18.3 y 24.2.7 CE), y anuló los Autos de intervención telefónica y las Sentencias condenatorias, retro trayendo la actuaciones de la causa penal para que se celebrase un segundo juicio si se mantenía la acusación.

La Sentencia es unánime al considerar que las escuchas telefónicas, que sirvieron para descubrir y detener a los acusados, y luego en el juicio para probar la acusación contra ellos, vulneraron el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: primero, porque carecían de cobertura legal (FFJJ 4º y 5º, que se hacen eco de la Sentencia del Tribunal Europeo en el caso *Valenzuela*, de 30 de julio de 1998); segundo, porque las resoluciones judiciales que autorizaron a la policía a intervenir los teléfonos de los investigados no estuvieron motivadas suficientemente (FFJJ 6º a 11º); a mayor abundamiento, sus resultados fueron aportados al proceso sin las garantías debidas (FJ 13º).

Sin embargo, hubo diversas opiniones acerca de las consecuencias que debían anudarse a la apreciación de que el derecho de los actores al secreto de sus comunicaciones había sido vulnerado: en especial, acerca de si la prueba era ilícita, y con qué alcance. La mayoría del Tribunal consideró que la Constitución prohíbe admitir como prueba en juicio las conversaciones telefónicas intervenidas, por ningún medio; pero que las pruebas reflejas o derivadas, en especial la aprehensión del hachis, no quedaban necesariamente invalidadas y podían ser valoradas siempre que fueran independientes de la vulneración constitucional cometida al interceptar las comunicaciones telefónicas (a tenor de la doctrina de la STC, Pleno, 81/1998). Apreciación que correspondía efectuar al Tribunal penal, si el Fiscal mantenía la acusación con las pruebas no prohibidas (FFJJ 12º y 14º). Dos Magistrados suscribieron un Voto particular, sosteniendo que las pruebas obtenidas de las escuchas telefónicas eran determinantes de la condena y que, por tanto, las Sentencias penales habían vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de los demandantes de amparo; por lo tanto, el fallo debió anular la condena, sin retroacción de actuaciones que permitiera un segundo juicio penal. El Presidente del Tribunal también formuló un Voto particular, en sentido opuesto: la vulneración cometida por los Juzgados de Instrucción, al motivar insuficientemente los Autos que permitieron las intervenciones telefónicas, fue debida al error, era de escasa gravedad y, por ende, no justificaba la exclusión de las pruebas obtenidas, por lo que el amparo debió ser desestimado (salvo en lo tocante a las irregularidades en la práctica de las pruebas magneto-fónicas).

La segunda Sentencia de amparo dictada por el Pleno versó sobre la condena impuesta a los directivos de la agrupación política Herri Batasuna. Los veintitrés miembros de la Mesa que dirige el partido, según sus estatutos, habían sido declarados culpables de un

delito de colaboración con banda armada, y condenados a penas de siete años de prisión y multa. El delito se encontraba previsto en el artículo 174 bis.a) del Código Penal antiguo (Texto refundido de 1973, redactado en este punto por la Ley Orgánica 3/1989), y castigado con una pena de prisión entre seis años y un día a doce años, así como multa. La conducta consistía en haber intentado difundir, durante la campaña electoral correspondiente a las elecciones generales de 1996, una videocinta de la organización terrorista ETA y propaganda electoral que incorporaba imágenes y textos sacados de ella, en especial a través de los espacios electorales gratuitos que correspondían a la formación política en las televisiones y radios.

La STC 136/1999 otorgó amparo a los recurrentes: declaró que el precepto del Código Penal, al ser aplicado al caso, había vulnerado su derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), y anuló la Sentencia que les había condenado.

La Sentencia, que había rechazado todas las quejas de índole formal o procesal de la demanda de amparo (FFJJ 3º a 11º), examinó conjuntamente la incidencia que en el caso tenían varios derechos fundamentales: a la participación política, a las libertades de expresión y de información, y a la legalidad penal, pues todos ellos se encontraban interrelacionados (FFJJ 13º y 20º). Muy sucintamente expuestos, los fundamentos del fallo son los siguientes:

- 1) Los derechos de participación en los asuntos públicos y de acceso a los cargos públicos (art. 23 CE) poseen un contenido de libertad, que protege de interferencias o intromisiones de los poderes públicos a los actores políticos cuando ofrecen a los ciudadanos sus análisis y propuestas, y a los ciudadanos para que puedan elegir los programas que estimen más adecuados; asimismo, las libertades de expresión y de comunicación [art. 20.1.a) y e), CE] alcanzan su mayor amplitud cuando son instrumento de los derechos de participación política (FFJJ 14º y 15º);
- 2) Ninguna de estas libertades, empero, protege la difusión de mensajes o programas que por su contenido, debidamente contextualizado, resultan amenazantes o intimidatorios; incluso aunque los mensajes no constituyan delito de amenazas o coacciones, aunque hay que extremar la cautela, para evitar que los poderes públicos puedan acotar la libertad de los ciudadanos, especialmente durante los procesos electorales; y dejando a salvo la posibilidad de transmitir estos mensajes por terceros, mediante un reportaje neutral (FFJJ 14º, 15º y 16º);
- 3) Tras un detallado análisis de la cinta magnetofónica elaborada por Herri Batasuna, del spot remitido a las televisiones, y de la videocinta destinada a ser difundida en actos públicos, la Sentencia llega a la conclusión de que no se trata de un reportaje neutral, por el que la agrupación política se limitaba a transmitir el mensaje del grupo terrorista; sino que aquella utilizaba información ajena como elemento de su propio mensaje, para solicitar el voto de los electores (FJ 18º);

4) Asimismo, un examen detenido de los mensajes encausados (los objetivos de la banda terrorista, la afirmación de que si se logran cesará la violencia, la presencia de armas y encapuchados en las imágenes, la vinculación explícita con la petición de voto) lleva a apreciar su carácter intimidatorio o coactivo, pues la credibilidad de la intimación y su gravedad eran evidentes para cualquier elector medio (FJ 19°);

5) Por consiguiente, las conductas por los que los dirigentes de HB fueron enjuiciados no suponía un ejercicio lícito de los derechos a la participación política ni de las libertades de expresión, por lo que —en principio— podían ser sancionadas penalmente; con todo, la sanción sólo sería constitucional si se respetan las exigencias del principio de legalidad penal y si, además, su severidad no produce un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad o un efecto disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada (FFJJ 19°, *in fine* y 20°); ideas fundamentales que luego son desarrolladas pormenorizadamente, a la luz de la jurisprudencia constitucional y de la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (FFJJ 21° a 24°);

6) Su aplicación al caso lleva a analizar el precepto del Código Penal aplicado por la Sentencia impugnada, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Supremo, que es a quien corresponde la interpretación y aplicación de los tipos penales: el precepto conlleva un castigo de prisión mínima de seis años y un día, para conductas llevadas a cabo por los dirigentes de una asociación política legal en el curso de una campaña electoral y tendentes a difundir mensajes intimidatorios para que los ciudadanos conocieran las propuestas de ETA y de la propia HB, y a pedir el voto para esta última; siendo indiferente que el intento de difusión hubiera sido frustrado, por la prohibición adoptada por un Juzgado de Instrucción, pues el delito es de actividad o de peligro abstracto (FFJJ 25° y 26°);

7) La STC 136/1999 razona que la norma penal pretende proteger bienes o intereses de una entidad suficiente para justificar una condena mínima de seis años de prisión: el terrorismo constituye una manifestación delictiva de especial gravedad, que pone en peligro bienes tan relevantes como la vida, la seguridad de las personas, la paz social o el orden democrático (FJ 27°);

8) Tampoco cabe dudar de la idoneidad de la sanción prevista; y aunque su necesidad suscita más problemas, son desechados por la Sentencia, tras recordar que no se sanciona el ejercicio legítimo de derechos constitucionales, que las conductas promocionan a una banda armada y sus métodos, y que las medidas alternativas a la reacción penal ni son argumentadas por los recurrentes, ni permiten al Tribunal arrogarse un papel de legislador imaginario (FJ 28°);

9) Sin embargo, la STC 136/1999 declara que la norma penal aplicada a los recurrentes no supera el juicio estricto de proporcionalidad: las conductas sancionadas resultaron en la realidad poco peligrosas; la pena es de una entidad significativa, en sí y en comparación con la prevista para otros delitos y en otros países; la norma se aplica a la expresión

de ideas e informaciones por parte de una asociación política legal, en el curso de una campaña electoral, con el riesgo de desalentar el ejercicio lícito de los derechos fundamentales de participación política y de libertad de expresión; finalmente, ese efecto disuasorio se refuerza por la relativa indeterminación del precepto (FFJJ 29° y 30°).

La conclusión de todo lo anterior es que el precepto penal que sustenta la condena de los recurrentes, que establece una pena mínima de seis años y un día de prisión, produce un claro efecto disuasorio del ejercicio de las libertades de expresión, comunicación y participación en la actividad pública, aunque las conductas sancionadas en este caso no constituyan ejercicio legítimo de esas libertades. Libertades que son necesarias para el funcionamiento democrático de la sociedad, y radicalmente imprescindibles cuando se trata de partidos políticos y su ejercicio se produce en el momento en que se dirigen a los ciudadanos para recabar su voto.

La conclusión es, por tanto, que la aplicación del precepto del Código Penal vulnera el principio de legalidad penal, en cuanto proscribía penas desproporcionadas: la inconstitucionalidad radica, únicamente, en que la norma no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de los actos de colaboración con banda armada. La Sentencia indica que no procede suscitar cuestión interna de inconstitucionalidad, ya que el precepto había sido derogado por el nuevo Código Penal.

Cuatro Magistrados formularon un Voto particular concurrente, sosteniendo que también se había vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de los demandantes. En sentido opuesto, tres Magistrados redactaron sendos Votos particulares, discrepando con el otorgamiento del amparo, pues, a su juicio, no se había vulnerado ninguno de los derechos fundamentales de los dirigentes de HB.

3. SENTENCIAS DE LAS SALAS

a) Preliminar

Durante 1999 las dos Salas del Tribunal Constitucional han dictado 219 Sentencias, que resuelven 232 recursos de amparo. Las Salas resolvieron procesos acumulados en cuatro ocasiones (SSTC 72/1999, 8; 122/1999, 3; 152/1999, 4; y 187/1999, 2). La Sala Primera pronunció 92 Sentencias; las restantes 127 fueron emitidas por la Sala Segunda. Sumadas a las dos Sentencias dictadas por el Pleno, en recursos de amparo avocados a su conocimiento, dan un total de 221 Sentencias de amparo de los derechos y libertades fundamentales que enuncia el art. 53.2 CE.

La mayor parte de las Sentencias dictadas por las Salas se dedicaron a proteger los distintos derechos del artículo 24 de la Constitución: el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (apartado 1), y los derechos a un proceso justo (apartado 2). No menos de 136 Sentencias se fundaron, única o principalmente, sobre uno o varios derechos del art.

24 CE: el 62,1 por ciento de las Sentencias dictadas por las Salas, y el 56,19 por ciento de todas las dictadas por el Tribunal durante el año; 103 aplicaron el derecho a la tutela judicial (47 por ciento de las Sentencias de las Salas, y 56,19 por ciento de las del Tribunal): 68 otorgaron amparo y 35 lo denegaron, formulándose 6 Votos particulares. 33 Sentencias aplicaron alguno de los derechos al proceso justo (15 por ciento de las dictadas por las Salas, 13,63 por ciento de las del Tribunal): 17 estimaron el recurso y 16 lo desestimaron, con 2 Votos particulares.

Con una intención meramente descriptiva, es posible agrupar los fallos pronunciados por las Salas al amparar derechos y libertades en tres rúbricas: otros derechos y libertades fundamentales; el derecho a la igualdad (art. 14 CE); los derechos a la tutela judicial (art. 24 CE).

b) Derechos y libertades fundamentales

Nos referimos aquí a los derechos y libertades reconocidos en preceptos distintos de los arts. 14 y 24 de la Constitución, a los cuales se dedican específicamente los dos apartados siguientes.

El único pronunciamiento sobre los derechos a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE) lo realizó el Pleno, al resolver la impugnación de la Ley de técnicas de reproducción asistida (STC 116/1999).

Tampoco la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16 CE) fue objeto de ninguna Sentencia de amparo. En el recurso resuelto por la STC 216/1999, un candidato a jurado postuló su derecho a negarse a juzgar a sus semejantes; sin embargo, la Sala no se pronunció sobre el fondo del asunto, porque la demanda había sido interpuesta antes de que se materializase ninguna participación en un Tribunal del jurado y, por tanto, la lesión al derecho a la libertad ideológica era futura e hipotética. En la STC 145/1999 se enjuicia un litigio en el que un sindicato se negaba a desvelar el nombre de sus afiliados para preservar la libertad ideológica de éstos, en términos de libertad sindical (art. 28.1 CE).

El derecho a la libertad personal (art. 17 CE) fue protegido en varias Sentencias. Algunas se pronunciaron sobre medidas de prisión provisional, que fueron anuladas ya por carecer de los presupuestos que justifican constitucionalmente esa grave forma de privación de libertad (STC 33/1999, que profundiza en la línea firmemente asentada a partir de la STC 128/1995); ya por superar el plazo máximo que limita estrictamente a la prisión “provisional” (STC 19/1999).

Asimismo, las Salas han amparado el derecho a que el *habeas corpus* sirva como garantía eficaz del derecho fundamental a la libertad. En la STC 232/1999 se otorgó amparo a un piloto cuya petición de *habeas corpus* había sido inadmitida a trámite por el Juzgado Togado Militar, a pesar de que se encontraba efectivamente arrestado por la autoridad militar. Ante una situación de privación de libertad real, el Juez del *habeas corpus* debe incoar el procedimiento, oír personalmente al detenido y juzgar sobre la legalidad de la privación

de libertad. Por otro lado, en la STC 174/1999 se otorgó amparo a un extranjero que había sido detenido para asegurar su expulsión del territorio nacional y que había permanecido durante un tiempo excesivo en la “zona de rechazados” del aeropuerto de Las Palmas de Gran Canaria; a pesar de lo cual su petición de *habeas corpus* fue rechazada de plano.

Finalmente, el derecho a la libertad personal ha ejercido un importante influjo en la interpretación de otros derechos, como el derecho a una tutela judicial efectiva, cuando atañe a la liquidación de una condena de prisión (STC 31/1999).

Sobre los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1 CE) se han pronunciado las Salas en las Sentencias 95/1999, 144/1999, 180/1999, 202/1999, y 224/1999. El Pleno, por su parte, negó que la previsión de colaboración entre Administraciones prevista por la Ley de Haciendas Locales, comunicándose datos de trascendencia tributaria, vulnera el derecho a la intimidad, incluida la vertiente informática (STC 233/1999, FJ 7º, vista *supra*). La STC 77/1999, finalmente, inadmitió una demanda de protección al honor por falta de invocación del derecho en la vía judicial previa.

La STC 95/1999 desestimó el recurso de amparo promovido por una madre contra las Sentencias civiles que habían declarado a un hombre padre de su hija. Durante el pleito, la mujer había negado que el demandante fuera el padre de la hija, y se había negado a someterse a la prueba biológica acordada por los Tribunales; negativa que había sido valorada, junto con otras pruebas aportadas por las partes, para alcanzar el fallo declarando la paternidad. La Sentencia constitucional declaró, en consonancia con la doctrina de la STC 7/1994, que las resoluciones impugnadas no habían vulnerado los derechos a la intimidad personal ni familiar de la interesada, ni a la tutela judicial.

La STC 144/1999 declaró vulnerado el derecho a la intimidad de un candidato a las elecciones locales y autonómicas en Cantabria cuyos antecedentes penales habían sido transmitidos por el Registro Central de Penados y Rebeldes a la Junta Electoral, a pesar de que la ley vigente no lo permite. La Sentencia consideró que la Junta había actuado certeramente al negar la participación del candidato en las elecciones, por efecto de una condena penal de inelegibilidad dictada poco tiempo antes contra él, desechando que se hubiera vulnerado el art. 23 CE. Pero el acceso a la información del Registro, por parte de la Junta, sólo hubiera sido posible si la ley lo autorizara.

También la STC 202/1999 otorgó amparo por vulnerar el derecho a la intimidad y a la libertad informática. En este caso se trataba de un empleado que había requerido a la entidad bancaria en la que trabajaba para que cancelara los datos médicos que sobre él constaban en un fichero informatizado que la empresa mantenía sobre las bajas por incapacidad temporal de sus trabajadores. El Tribunal razonó que el almacenamiento en soporte informático de los diagnósticos médicos del trabajador, sin mediar su consentimiento expreso, carece de apoyo en la legislación vigente y supone una restricción desproporcionada del derecho fundamental.

En la STC 180/1999 el Tribunal desestimó el amparo solicitado por un administrador de fincas que había demandado civilmente a un colega a causa de varias cartas enviadas por éste a unas comunidades de propietarios, en la que criticaba su labor profesional. La Sentencia precisa la dimensión de prestigio profesional que cobija el derecho fundamental al honor, siguiendo precedentes pronunciamientos; pero razona que no ha sido lesionado el derecho del actor, pues las críticas a la labor profesional de una persona, incluso cuando resultan hirientes, no son necesariamente intromisiones en su dignidad personal.

La STC 224/1999 otorgó amparo a una mujer por acoso sexual en el trabajo. La Sentencia razonó que un comportamiento libidinoso, que no sea deseado ni tolerado, y que objetivamente resulte tan grave como para crear un ambiente laboral hostil, vulnera el derecho fundamental de la persona afectada a su intimidad en desdoro de su dignidad personal (arts. 18.1 y 10.1 CE). No es imprescindible una reacción inmediata y contundente de la empleada ante la conducta del empresario, siempre que resulte claro que no es deseada ni tolerada.

Otras Sentencias analizan el derecho al honor desde la perspectiva de las libertades de expresión (*infra*).

El derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) ha sido precisado en la STC 69/1999, que desestimó el amparo pedido por una empresa en cuyos locales habían entrado funcionarios de la Inspección de Telecomunicaciones para precintar varios de sus equipos, provistos de un mandamiento judicial de entrada para ejecutar un acto administrativo (SSTC 22/1984 y 137/1985). La Sentencia de amparo precisa que no todo local sobre cuyo acceso posee poder de disposición su titular debe ser considerado como domicilio *ex art.* 18 CE; y que el grado de protección que dispensa la Constitución al domicilio de las personas jurídicas es más limitado que el que recubre la morada de las personas físicas.

Las SSTC 94/1999, 139/1999, 171/1999 y 239/1999, por su parte, se pronuncian respecto a la entrada y registro de domicilios privados por parte de la policía, en el contexto de causas penales por delito. Sólo la Sentencia 171/1999 estima correcta la injerencia llevada a cabo por los poderes públicos, precisando, además, que el garaje y el trastero de una vivienda forman parte del domicilio.

Las Sentencias 139/1999 y 239/1999 declaran vulnerado el derecho fundamental porque los mandamientos emitidos por el Juzgado de Instrucción carecían de la motivación exigible, limitándose a cursar sin más peticiones policiales fundadas en simples sospechas genéricas, no avaladas por dato o circunstancia objetiva alguna. Sin embargo, ambas matizan los efectos de dicha vulneración sobre las pruebas que fundan las condenas penales (a tenor de la doctrina sobre la prueba ilícita consagrada por el Pleno en la STC 49/1999), otorgando amparo parcialmente. La STC 239/1999, además, precisa la forma en que un tercero, distinto al morador de la vivienda registrada, puede hacer valer sus derechos constitucionales.

La STC 94/1999, que sí anula la condena fundada en las pruebas obtenidas en el registro policial, no censura el mandamiento judicial; sino que se pronuncia sobre la actuación policial que, tras un primer registro infructuoso de la vivienda, efectuó un segundo registro con ocasión del cual sí encontró la heroína que buscaba. La Sentencia razona que ese proceder no es lícito.

El derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) también ha dado lugar a varios pronunciamientos sobre la motivación que es exigible al Auto judicial que autoriza intervenciones telefónicas (SSTC 166/1999, 171/1999, 236/1999 y 237/1999). Todas ellas juzgan suficiente la ofrecida en las causas penales de las que nacieron los amparos, salvo en la STC 171/1999; cuyo fallo, empero, se limitó a declarar la vulneración constitucional, pero rechazó anular la condena penal impuesta al demandante porque se fundaba en pruebas independientes (en aplicación de la doctrina de la STC Pleno 49/1999).

La intervención de las comunicaciones de personas en establecimientos penitenciarios ha dado lugar a dos Sentencias dispares. La STC 141/1999 desestima el amparo solicitado contra la medida adoptada por el director de la prisión (siguiendo las pautas de la STC 200/1997). La STC 188/1999 ampara a un preso que había sufrido una sanción derivada de una previa intervención de sus comunicaciones que resultó ser antirreglamentaria. Finalmente, no debe olvidarse que la STC, Pleno, 233/1999, sobre Haciendas Locales, niega que los deberes impuestos a las distintas Administraciones territoriales de comunicarse entre sí datos con trascendencia tributaria vulneren, entre otros, el derecho a la intimidad y, particularmente, su vertiente informática (FJ 7°).

El derecho a la libertad de residencia (art. 19 CE) ha dado lugar a la STC 28/1999, que enjuició la privación del uso de vivienda propia (art. 19 de la Ley de Propiedad Horizontal). Su fallo denegó el amparo que pedía el propietario de un piso a quien un Tribunal civil había prohibido usar su vivienda durante un año por alteraciones de la convivencia causadas por su conducta molesta y ofensiva, aunque se formuló un Voto particular. La STC, Pleno, 233/1999, sobre Haciendas Locales, rechaza que la diversidad de tipos de gravamen de un impuesto local vulnere la libre circulación (FJ 26°).

Las libertades de expresión (art. 20 CE) dieron lugar a distintos pronunciamientos, que versaron sobre tres vertientes distintas del derecho fundamental: frente a los poderes públicos, frente a la empresa en que se trabaja, y respecto de titulares del derecho al honor e intimidad.

La STC 187/1999 enjuició la prohibición judicial de emitir un programa de televisión. La prohibición había sido dictada por un Juzgado de Instrucción que se encontraba conociendo de una querrela por injurias y calumnias contra la persona que iba a ser entrevistada, antigua niñera de unos personajes conocidos. El Tribunal delimitó el concepto de censura previa, prohibido por el art. 20.2 CE, distinguiéndolo de la medida adoptada en el curso de una instrucción criminal previa por delitos que, si probados, afectarían a la intimidad familiar de las víctimas. Analizó el fundamento legal de la medi-

da, así como sus aspectos subjetivos (las personas afectadas, especialmente la emisora de televisión), procedimentales (desde la óptica de la indefensión) y sustantivos (desde la perspectiva de la proporcionalidad).

La STC 241/1999 denegó el amparo pedido por un funcionario que había sufrido una sanción disciplinaria por falta de respeto a un superior: la libertad de expresión incluye las manifestaciones vertidas durante la sustanciación de un procedimiento administrativo; pero no protege una protesta innecesaria e insultante. La STC 57/1999 amparó a un inspector de vuelos que había sido despedido por la Dirección General de Aviación Civil a causa de las críticas vertidas en una entrevista periodística con ocasión de un accidente en el aeropuerto de Palma de Mallorca. La Sentencia razona que la declaración de que el despido era improcedente, por parte de los Tribunales sociales, no protege suficientemente el ejercicio de las libertades de expresión, por lo que debe ser calificado como radicalmente nulo; conclusión combatida en un Voto particular. Finalmente, la STC 90/1999 amparó igualmente a la empleada de una entidad bancaria que había sido suspendida de empleo y sueldo tras distribuir una nota crítica sobre unas actividades de la empresa, pues la libertad de expresión no puede ser limitada más allá de lo imprescindible para el desarrollo de la actividad empresarial y, en el caso, los deberes de buena fe no habían sido transgredidos.

Las tensiones de las libertades de expresión y de información con el derecho al honor (recogidas en los arts. 20 y 18 CE, respectivamente) han dado lugar a varios pronunciamientos. La STC 134/1991 denegó el amparo que pedía la editora de una revista que había sido condenada a pagar una indemnización por haber publicado que los niños adoptados por una conocida actriz eran hijos biológicos de una prostituta, quien los había entregado por dinero. El derecho a la intimidad familiar, especialmente intenso cuando protege a menores de edad, justifica la indemnización, que no vulnera la libertad de información (como había declarado la STC 197/1991 en un episodio anterior del mismo caso).

Por el contrario, las SSTC 154/1999 y 192/1999 otorgaron el amparo solicitado por distintos periódicos que también habían sido condenados civilmente. En la primera, se entendió que las noticias publicadas sobre los abusos sexuales cometidos sobre menores deficientes en un centro de Vigo, y la instrucción penal dirigida contra una persona que resultó finalmente sobreeséido, se apoyaban en una búsqueda diligente de información, cuya veracidad no puede confundirse con la verdad procesal. En la STC 192/1999 se razonó que los reportajes periodísticos que, al hilo de denunciar las inversiones de supuestos narcotraficantes, criticaron a un Alcalde, se encontraban protegidos por la Constitución; el derecho al honor de un personaje público representativo sólo lo protege de insultos o de noticias irrelevantes, que no se habían producido en el caso.

No se dictaron Sentencias fundadas en los derechos de reunión y de asociación (arts. 21 y 22 CE). Por el contrario, el año fue pródigo en fallos fundados en el artículo 23 CE, tanto en su vertiente de participación en los asuntos públicos y acceso a los cargos representativos, como en su vertiente de cargos y funciones públicas.

Las elecciones locales dieron lugar a numerosos recursos de amparo electoral. Las SSTC 87/1999, 93/1999, 146/1999, 148/1999, 149/1999 y 185/1999 resuelven distintos aspectos conflictivos, garantizando el ejercicio de los derechos a votar y a ser votado que aseguran la democracia en los Ayuntamientos y otras corporaciones locales.

La STC 38/1999 amparó el ejercicio del derecho a participar en los asuntos públicos mediante representantes parlamentarios, sintetizando la doctrina constitucional. Una proposición de Ley, presentada por un grupo parlamentario de la Junta General del Principado de Asturias, no puede ser inadmitida a trámite por la Mesa de la Cámara por una valoración de su contenido; esa valoración compete al Pleno, quedando la Mesa limitada a velar por la regularidad formal. La STC 151/1999, en cambio, denegó el amparo a una persona que había sido condenada a pena de inhabilitación especial para “todo cargo representativo” (art. 36 del Código Penal de 1973) por unos hechos cometidos mientras era Alcalde, lo que le impedía seguir desempeñando su cargo actual de Senador. La Sentencia razona que la pena se funda en la ley, de manera razonable, y no restringe ni impide indebidamente el ejercicio del derecho a acceder a cargos representativos, pues los representantes de los ciudadanos deben gozar de la confianza y el respeto de la gente, nunca romper las reglas del juego limpio en la competencia para conseguir los votos de los ciudadanos, así escamoteando documentos públicos de interés al rival político. Finalmente, no debe olvidarse que el derecho a la participación política, que protege especialmente a las agrupaciones políticas que presentan candidatos a las elecciones, tuvo un peso decisivo en la Sentencia del Pleno 136/1999, sobre la condena penal a los dirigentes de Herri Batasuna.

En materia de funcionarios públicos, el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE) fue objeto de dos pronunciamientos. La STC 40/1999 confirmó la licitud constitucional de un concurso de acceso a plaza de científico aeronáutico en un organismo administrativo. La STC 99/1999, en cambio, reconoció el derecho de un funcionario a no ser discriminado, obligando a que el Instituto Nacional de la Salud puntúe al personal estatutario en términos análogos al personal laboral.

El derecho a la legalidad penal (art. 25 CE) ha sido amparado en tres Sentencias (además de la STC Pleno 136/1999). La STC 133/1999 anuló las multas (de 50.000 y de 60.000 pesetas) impuestas por la Comunidad Autónoma de La Rioja a unos ciudadanos por cazar en línea de retranca: la Ley aplicada por la Administración, de 1989, no contiene esa infracción; y la Ley tenida en cuenta por el Tribunal contencioso-administrativo, la Ley de Caza de 1970, ni había sido alegada por las partes, ni permitía multas superiores a las cinco mil pesetas. Por su parte, la STC 142/1999 anuló la condena penal impuesta por intrusismo en la profesión de gestor administrativo, pues no se trata de un título académico oficial y las normas penales no pueden ser aplicadas analógicamente (a tenor de la doctrina sentada por la STC 111/1993).

La STC 177/1999 declaró que una condena por delito ecológico impuesta al directivo de una empresa que había realizado vertidos gravemente contaminantes en el río

Congost, vulneraba la interdicción de sancionar dos veces los mismos hechos (*ne bis in idem*), implícita en el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE, STC 2/1981). La empresa ya había sido sancionada por la Junta de Aguas de Cataluña, con una multa administrativa; no es lícito volver a sancionar penalmente por los mismos hechos. Dos Magistrados formularon Voto particular.

Los derechos a la educación y a la libertad de enseñanza (art. 27 CE) no han dado lugar a ninguna Sentencia. No debe dejar de reseñarse, empero, que la STC 214/1999 otorgó el amparo a un centro de enseñanza por no recibir ninguna indemnización. Los conciertos educativos que tenía suscritos habían sido rescindidos por el Ministerio de Educación, mediante actos luego anulados por los Tribunales del orden contencioso-administrativo. Sin embargo, las resoluciones judiciales habían desestimado la petición del centro de que los daños y perjuicios fueran reparados, en términos que la Sentencia de amparo consideró manifiestamente irrazonables y, por ende, contrarios al derecho a la tutela judicial.

El derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) funda varias Sentencias; no, en cambio, el derecho a la huelga (art. 28.2 CE), que no ha sido objeto de ningún pronunciamiento. Las SSTC 30/1999, 44/1999 y 45/1999 amparan a distintos trabajadores de Renfe que habían sufrido descuentos en su sueldo con ocasión de una huelga. No constaba su participación personal en el paro, sino simplemente su afiliación al sindicato convocante de la huelga (Comisiones Obreras); la empresa había utilizado sus ficheros informáticos, donde constaba la afiliación de sus trabajadores. Las Sentencias siguen la doctrina de la STC 11/1998, que conjugó los derechos a la libertad sindical y a la intimidad informática (art. 18.4 CE), y declaró que no se pueden utilizar datos personales para finalidades radicalmente distintas a las que justificaron su cesión: la informatización de datos personales no debe facilitar conductas discriminatorias.

La STC 145/1999 denegó el amparo solicitado por el sindicato LAB, que se negaba a entregar a la empresa Volkswagen una lista de sus afiliados, para preservar la libertad ideológica de éstos. La Sentencia razona que se trata de obtener derechos sindicales adicionales (pasar de tres a doce delegados), que el convenio colectivo ofrece por encima del mínimo legal, y que dependen del grado de implantación; por lo que, aunque es cierto que deben ser posibles medios distintos de acreditación, que no precisen desvelar la identidad de sus miembros, correspondía al sindicato ofrecer alternativas, lo que ni siquiera intentó.

La STC 201/1999 otorga el amparo a un trabajador que había sido amonestado por su empresa por distribuir un comunicado de su sindicato (CNT). Éste se había autoexcluido de las elecciones sindicales, por lo que carecía de representantes en el comité de empresa. Sin embargo, la Sentencia razona que este último factor no impide desarrollar una actividad sindical libre y sin discriminaciones, en tanto no conlleve cargas y costes a cargo de la empresa, que la ley vigente subordina a la presencia en el órgano electivo unitario.

Finalmente, debe recordarse que las SSTC 41/1999 y 121/1999 abordan, desde la óptica del derecho a la tutela judicial (art. 24.1 CE), diversas cuestiones acerca de la legitimación de los sindicatos para promover procesos judiciales. En la primera, se otorgó el amparo a un sindicato que pugnaba contra supuestas prácticas discriminatorias de una empresa en la contratación de mujeres, y cuyas pruebas habían sido practicadas insuficientemente. En la STC 121/1999 se denegó que un pronunciamiento judicial de falta de legitimación, en un contencioso de retribuciones, vulnerara derechos fundamentales, no sin un Voto particular.

El derecho de petición (art. 29 CE) no ha sido aplicado en ninguna Sentencia. Tampoco el derecho a la objeción de conciencia (enunciado en el art. 30.2 CE).

c) El derecho a la igualdad

La gran mayoría de las Sentencias dictadas a la luz del derecho fundamental a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) se limitan a dar aplicación a criterios establecidos por la jurisprudencia en pleitos masivos. Así, numerosas Sentencias desestiman los recursos interpuestos por transportistas autónomos (muchas veces denominados “mensajeros”), cuyas demandas por despido ante los Tribunales del orden social habían sido inadmitidas: la Ley del Estatuto de los Trabajadores, reformada en este punto en 1994, había declarado sus relaciones con las empresas a las que prestaban servicios como mercantiles, no laborales, y por ende sus pleitos debían ser dirimidos por los Tribunales del orden civil. La Sentencia de Pleno 227/1998, tras densos razonamientos, confirmó la constitucionalidad de la disposición legal y, por ende, de las resoluciones judiciales que se limitan a aplicarla, criterio que ha sido mantenido en 1999, desestimando recursos que habían sido admitidos antes de que el Pleno estableciera su criterio (SSTC 5, 9, 47, 59, 102, 123, 155, 158, 172, 182, 203, 217, 220, 227).

Lo mismo hacen las SSTC 36/1999 y 84/1999, que deniegan el amparo solicitado por diversas empresas de máquinas tragaperras: la STC de Pleno 159/1997 declaró que la imposición de un gravamen complementario a esta variedad de juegos de azar no supone una discriminación con otros sectores económicos, ni con otras empresas dentro del mismo sector, lo que se reitera ahora. La STC 200/1999 también desestima la impugnación de la tasa fiscal sobre máquinas tragaperras, pues el derecho a la igualdad protege frente a las normas que imponen desigualdades de índole subjetiva, no cuando se fundan en elementos objetivos que no son susceptibles de amparo, como los que enumera el art. 31 CE.

La STC 240/1999 otorgó el amparo solicitado por una médica al servicio de la Junta de Castilla y León, cuya solicitud de excedencia voluntaria para cuidar a su hija había sido denegada porque era interina, no funcionaria de carrera. La Sentencia declaró que esa decisión, dadas las circunstancias del caso, había vulnerado el derecho de la actora a no ser discriminada por razón del sexo: pues, aunque interina, llevaba desempeñando su

puesto durante más de cinco años; y había ofrecido pruebas, incluso estadísticas, de que la mayoría de los puestos interinos venían siendo ocupados por mujeres, y que eran ellas quienes normalmente pedían ese tipo de excedencia. Un Magistrado formuló un Voto particular, sosteniendo la constitucionalidad de la denegación.

La STC 46/1999 amparó a un huérfano, cuya pensión de orfandad había sido denegada porque era hijo adoptivo del causante, quien había fallecido antes de que transcurrieran los dos años previstos por la Ley de Clases Pasivas. La Sentencia declaró que ese requisito temporal, que no se exigía a los hijos no adoptivos, vulneraba el derecho a la igualdad y desconocía el mandato constitucional de proteger a la familia y a los hijos (arts. 14 y 39 CE); la finalidad de evitar fraudes es legítima, pero no permite una norma tan desproporcionada. Su fallo acordó que el demandante debía percibir una pensión en la misma cuantía y por el mismo período que le hubiera correspondido si hubiera sido hijo por naturaleza o biológico. Un Magistrado emitió un Voto particular concurrente.

La STC 194/1999 desestima el amparo pedido por un militar de la II República a quien se le había reconocido el grado de Comandante, en vez del de Coronel al que estimaba tener derecho, pues la reconstrucción de su hipotética carrera militar, sin Guerra Civil, no era discriminatoria ni incurría en error patente.

Otras Sentencias, finalmente, se pronuncian sobre la igualdad en la aplicación de la Ley por parte de los Tribunales. La STC 25/1999 estima el recurso de una persona que había alegado la prescripción de una infracción administrativa de pesca, y que había sido desestimada por la misma Sección que un mes antes había estimado una alegación idéntica, sin ninguna explicación. La STC 53/1999 desestima, en cambio, el recurso de unos militares que mantenían un contencioso sobre integración de escalas, porque las Sentencias de contraste aducidas habían resuelto en términos disímiles. La STC 62/1999, que conoce de la inadmisión de un recurso contencioso-administrativo de unificación de doctrina por parte del Tribunal Supremo, razona que los criterios determinantes son los que existen en el momento de la admisión a trámite del recurso, no los sobrevenidos, por lo que desestima el recurso.

d) Los derechos a la tutela judicial (art. 24 CE)

Como se indicó en su momento, la mayoría de los pronunciamientos de las Salas se fundaron, única o principalmente, en el artículo 24 de la Constitución: el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE: 103 Sentencias), y los derechos a un proceso justo (art. 24.2 CE: 33 Sentencias).

En aras del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), numerosas Sentencias se han pronunciado sobre el acceso a la justicia, fiscalizando decisiones judiciales de inadmisión de demandas, u otras similares, que impiden obtener una resolución sobre el fondo del litigio. Muchas Sentencias de amparo anularon decisiones de inadmisibilidad, devolviendo las actuaciones para que el Tribunal competente dictara

Sentencia sobre el fondo (salvo que afectara a derechos fundamentales sustantivos, como los electorales: STC 146/1999): así, la STC 16/1999, que consideró que la reclamación administrativa previa a la vía judicial sí había sido interpuesta y que, en cualquier caso, los Tribunales sociales hubieran debido pedir la subsanación si faltaba el documento que lo acreditase; en términos similares, la STC 119/1999 declaró que no se puede inadmitir un recurso contencioso-administrativo sin dar posibilidad al recurrente de defenderse de la alegación de extemporaneidad suscitada por el Abogado del Estado; la STC 24/1999 declaró que un arresto preventivo, que conlleva una privación de libertad, no puede ser calificado como mero acto de trámite y, por ende, no susceptible de recurso judicial autónomo, sin incurrir en un formalismo desproporcionado; análogamente, la STC 39/1999 estima que la comunicación a unos funcionarios de la jornada, con apercibimiento de sanciones si la incumplen, permite abrir un contencioso; la STC 135/1999 apreció que inadmitir una demanda para recargo de prestaciones de la Seguridad Social dirigida correctamente contra la empresa y el INSS, porque no estaba justificado dirigirla además contra otras personas, resulta desproporcionado; la sucesión de varios Decretos municipales no debe impedir someter un contencioso contra el Ayuntamiento a los Tribunales, razona la STC 157/1999.

Varias Sentencias han declarado radicalmente nulos los despidos sufridos por unos trabajadores porque tras el examen de los hechos concluyeron que se trataba de una represalia por haber pleitado antes contra la empresa (SSTC 140/1999, 168/1999 y 191/1999). La STC 89/1999 declaró que los Tribunales civiles no pueden negarse a juzgar las responsabilidades derivadas de un accidente, considerando prescrita la acción por el transcurso del año que marca la ley, cuando no se notificó al perjudicado la finalización de la investigación penal de los hechos. Un Magistrado formuló Voto particular.

También se opusieron Votos particulares a las SSTC 63/1999 y 121/1999, pero en sentido inverso, propugnando la estimación del recurso de amparo. En el primer caso, la Sala desestimó el recurso, razonando que la inadmisión de una acción de despido por no haber interesado la acumulación con otro litigio anterior, sobre resolución del mismo contrato de trabajo, se encontraba justificada. La STC 121/1999 falló que la negativa del Tribunal Supremo a admitir la legitimación de los sindicatos para interponer un recurso de casación en interés de ley respetaba el art. 24 CE. Otras Sentencias, de signo desestimatorio, muestran asimismo los límites del derecho de acceso a la justicia: que se hubiera debido interponer recurso de reposición, antes de acudir a los Tribunales, en virtud de la legislación de régimen local y sobre tributos locales, en vez de prescindir de él (en virtud de la Ley de Procedimiento Administrativo), no vulnera el derecho fundamental (STC 122/1999); o que se exija demandar a todos los posibles perjudicados por el fallo judicial (litis consorcio pasivo necesario) no vulnera el derecho de acceso de los demandantes, sino que protege el derecho de defensa de los demandados (STC 165/1999).

Esta última Sentencia lleva a la otra faceta del derecho fundamental a la tutela de los Tribunales: el derecho a acceder a la Justicia para defenderse de pretensiones que les afectan en sus derechos e intereses legítimos. Numerosas Sentencias siguen otorgando el

amparo a personas que se ven sorprendidas por una Sentencia que perjudica sus derechos o intereses legítimos y que ha sido dictada sin darles posibilidad de ser oídos para defenderse: bien porque se ha procedido a emplazarles mediante edictos, publicados en Boletines Oficiales, en vez de hacerlo en su persona o mediante cédula entregada en su domicilio como marca la Ley (SSTC 26/1999 y 88/1999, en procesos contencioso-administrativos; 219/1999, civil; 65/1999, social; 98/1999, penal), bien porque falta la preceptiva citación (STC 4/1999). El deber judicial de emplazamiento, empero, sólo es protegido en sede constitucional en la medida en que resulta necesario para evitar la indefensión: SSTC 72/1999 y 152/1999.

También se ampara a quienes, concedores de la existencia de un pleito que les afecta, ven rechazada su personación por los Tribunales sin razón legal: STC 115/1999. Incluso se fiscaliza la constitucionalidad de la Ley aplicada para denegar el acceso al proceso: la STC 64/1999 (seguida de la 81/1999) razona que el ejercicio de la acción popular en procesos penales no es absoluto; la Ley puede restringirlo, siendo lícito que lo excluya en el orden jurisdiccional militar.

Otro nutrido grupo de Sentencias conoce de indefensiones producidas, o alegadas, dentro del proceso: así, la denegación de la suspensión de un vista (STC 66/1999), una anulación de actuaciones acordada de oficio por un Tribunal penal de apelación (STC 70/1999), o la celebración de una vista sin respetar el principio de unidad de acto (STC 107/1999). Muchas Sentencias abordan cuestiones suscitadas al interponer recursos contra Sentencias y otras resoluciones judiciales: algunos problemas son endémicos en la jurisprudencia, como la indefensión causada por no citar a una parte a la vista del recurso de apelación (STC 67/1999), o la inadmisión de recursos de reposición por no citar preceptos procesales, a pesar de que la cuestión suscitada es de fondo (SSTC 10/1999, 61/1999, 71/1999 o 117/1999), o empeorar la situación del propio recurrente (SSTC 8/1999 y 196/1999). Otros son menos frecuentes, pero asimismo contrarios al derecho a la tutela, como apreciar erróneamente que la empresa recurrente no había sufrido gravamen por la Sentencia que impugnaba en suplicación (STC 173/1999).

El derecho a la tutela judicial se proyecta, asimismo, sobre las Sentencias dictadas al final del proceso. Algunos de los recursos de amparo resueltos en 1999 alegan contradicciones entre los pronunciamientos de distintos Tribunales sobre los mismos hechos: la STC 190/1999 afirma que los Tribunales contencioso-administrativos, al fallar un litigio sobre liquidaciones y sanciones de Seguridad Social, no pueden contradecir la situación de afiliación y alta del interesado declarada por los Tribunales sociales; la STC 209/1999, aplicando los mismos criterios a circunstancias diversas, sostiene que los Tribunales penales pueden declarar culpable de un delito de lesiones a un trabajador, cuyo despido había sido anulado por los Tribunales sociales por falta de prueba de que hubiera participado en la agresión, porque se apoyan en pruebas distintas. Por otro lado, la STC 150/1999 no aprecia vulneración del derecho fundamental cuando el Juez civil da efectos a la anulación de un matrimonio acordada por los Tribunales canónicos, en un procedimiento con todas las garantías y sin atacar la fuerza de cosa juzgada.

Son numerosas las Sentencias de amparo que aseguran el derecho de los justiciables a una Sentencia fundada en Derecho. Por falta de motivación otorgan amparo las SSTC 2/1999, 55/1999 y 164/1999, 68/1999, 74/1999 y 214/1999; lo deniegan las SSTC 141/1999 y 204/1999. La STC 2/1999, por ejemplo, estimó que un Juzgado de Vigilancia Penitenciaria no puede desestimar el recurso de un recluso contra una sanción limitándose a señalar que cometió falta grave; o la STC 55/1999 falla que un Juzgado de lo Penal no puede limitarse a denegar la remisión condicional de una pena de un año de prisión, lo que conlleva el encarcelamiento del reo, citando los preceptos del Código Penal que son de aplicación.

Otras Sentencias conocen de resoluciones judiciales que dejan sin juzgar pretensiones planteadas en el proceso por los justiciables, como la STC 206/1999: el Juzgado había declarado resuelto el arrendamiento de local por uno de los varios motivos alegados por la dueña; la Audiencia, en apelación, estimó que ese motivo no se daba y, sin más, desestimó la demanda, dejando sin resolver las restantes causas de resolución. En sentido similar, la STC 132/1999 declara que no se puede condenar por una falta de imprudencia sin resolver si el perdón del ofendido extingue o no la responsabilidad; la STC 212/1999 considera que no se puede resolver una impugnación de costas sin pronunciarse sobre la cuestión de la limitación legal a un tercio del pleito, suscitado expresamente por la parte condenada a abonarlas.

Las SSTC 1/1999, 15/1999, 29/1999, 96/1999, 113/1999, 132/1999, 181/1999 y 215/1999 anulan Sentencias que vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva porque fallan en términos de todo punto ajenos al debate procesal: por ejemplo, porque la impugnación de unas liquidaciones de Seguridad Social por defectos de procedimiento, errónea aplicación de una Sentencia del Tribunal Supremo e indebida aplicación de un recargo se desestima tras analizar si el título de vigilante jurado habilita para suscribir contratos en prácticas (STC 113/1999). Las SSTC 53/1999, 62/1999 o 193/1999 resuelven alegaciones similares, pero las desestiman porque las Sentencias judiciales no incurrían en los graves defectos que se les achacaban.

La STC 41/1999 otorga amparo a un sindicato que había promovido una demanda por discriminación contra una empresa, alegando que no contrataba mujeres. La Sentencia razona que los Tribunales sociales debían velar por que las pruebas admitidas fueran aportadas al proceso en los términos requeridos, para permitir dilucidar la realidad de los hechos; hechos que afectaban al derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón del sexo, que debe ser protegido con especial atención. Por lo que, al haberse fallado a pesar de que varias pruebas, de indudable importancia, no habían sido practicadas, se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva.

Un último grupo de Sentencias se pronuncia sobre la ejecución de Sentencias y otras resoluciones judiciales firmes, que el art. 24.1 CE garantiza que se llevará a efecto plenamente y sin alterar el contenido del fallo fuera de los cauces legales. Así, la STC 27/1999 juzga que la negativa a otorgar un nombramiento a un funcionario que había ganado un

contencioso a la Administración, y a otorgarle una indemnización, no vulnera el derecho fundamental pues tales consecuencias no venían impuestas por el fallo. La modificación sobrevinida de las leyes o la jurisprudencia que deben aplicar los Tribunales para resolver un litigio puede justificar un cambio en el signo del fallo, cuando el pleito se encontraba pendiente en el momento en que la ley es reformada (STC 92/1999), pero no cuando la Sentencia pronunciada ya es firme (STC 80/1999). El Tribunal que conoce en grado de recurso de un incidente de ejecución no puede alterar el fallo, aunque lo considere erróneo (STC 106/1999).

Las alteraciones de fallos, consecuencia de la rectificación de errores que son apreciados después de dictar Sentencias, han seguido provocando discrepancias en la jurisprudencia constitucional: las Sentencias que han resuelto amparos nacidos de este tipo de situaciones han ido acompañadas todas de Votos particulares (SSTC 48/1999, 106/1999, 218/1999).

Los distintos derechos que enumera el art. 24.2 CE han dado lugar a un número menor de Sentencias. La mayor parte se pronuncian sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: lo vulnera señalar la votación y fallo de un contencioso, una vez completada su tramitación, para dentro de cuatro años y siete meses, aunque haya que limitarse a declararlo así (STC 20/1999); también lo vulnera que un litigio sobre nulidad de un previo juicio hipotecario quede paralizado durante quince meses en la fase de proposición de prueba (STC 184/1999), que un pleito de menor cuantía permanezca inactivo más de dos años desde la comparecencia previa (STC 160/1999), que un recurso de casación contencioso-administrativa tarde en sustanciarse más de cinco años (SSTC 198/1999 y 223/1999, siempre que se denuncien adecuadamente las dilaciones: STC 231/1999), o que el órgano judicial no responda a las reiteradas peticiones de ejecución de una Sentencia sobre vicios de la construcción de una vivienda (STC 124/1999). También vulnera el derecho a no sufrir dilaciones que un Juzgado demore más de dos años dictar el Auto ejecutivo que facilite la indemnización derivada de un accidente de tráfico, tras sobreseer las diligencias penales (STC 230/1999), o que se retrase un año en pronunciar Sentencia después de celebrar juicio sobre un despido (STC 125/1999). Por el contrario, el tiempo necesario para abonar unos honorarios de Abogado a cargo de los efectos decomisados en una causa penal (STC 43/1999), o para citar a los acusados en un juicio de faltas que residen en Holanda (STC 58/1999), hace que las dilaciones no sean indebidas en las circunstancias del caso. Por falta de invocación del derecho, o por inactividad de la demandante de amparo, se han denegado amparos en las SSTC 32/1999 y 75/1999.

Un Magistrado formuló Voto particular concurrente a las SSTC 125/1999 y 160/1999, propugnando medidas que restableciesen mejor la integridad del derecho.

Otro de los derechos del art. 24.2 CE que ha dado lugar a un número relativamente alto de Sentencias ha sido el derecho a un proceso con todas las garantías. Normalmente se combina con otro derecho fundamental: a la inviolabilidad del domicilio (SSTC 139/1999 y 161/1999) o al secreto de las comunicaciones (SSTC 166/1999, 171/1999, 236/1999, 237/1999, así como la Sentencia de Pleno 49/1999). La STC 147/1999 otorga el amparo a una persona cuya extradición a Italia había sido concedi-

da, por vulnerar el derecho a la tutela judicial en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías, pues se trataba de cumplir unas condenas impuestas en un juicio en rebeldía. La STC 153/1999 desestima el recurso de amparo promovido por un condenado penal que alegaba que durante la instrucción de la causa sus garantías como imputado o inculgado habían sido quebrantadas. La STC 120/1999 declara que quien no ha solicitado la práctica de ninguna prueba ante el Tribunal de apelación, ni que se celebre vista, no puede luego invocar la vulneración del derecho por falta de inmediación, oralidad y contradicción. La STC 52/1999 resuelve que la denegación de la recusación de un Magistrado, y la sanción correspondiente, no vulnera el derecho fundamental.

El derecho al Juez imparcial ha sido protegido en la STC 162/1999, que otorgó amparo a una persona que había sido juzgada por un Tribunal presidido por un Magistrado que había formulado declaraciones a los medios de comunicación en polémica con el reo, un prominente político. La Sentencia rechaza que varias de las declaraciones efectuadas por el Magistrado menoscabasen su imparcialidad objetiva; pero considera que otras sí permitirían fundar una sospecha legítima de parcialidad.

La STC 162/1999 rechaza que la formación de una Sección unipersonal, para conocer en grado de apelación de juicios de faltas, vulnere el derecho al Juez legal.

El derecho a la asistencia letrada ha dado lugar a que se otorgue amparo en pleitos civiles y en causas penales: la STC 137/1999 declara que no se puede sentenciar un litigio de deslinde sin que el Juzgado asegure que se nombre abogado de oficio al demandado, no estando justificada la tardanza del Colegio de Abogados; la STC 71/1999 anula la Sentencia de apelación, dictada sin esperar a que se tramite la pieza de justicia gratuita. En materia penal, la STC 105/1999 otorga el amparo por graves defectos en la tramitación de un recurso de casación penal, agravado por la inactividad y falta de comunicaciones de los profesionales que defendían de oficio al condenado en el fallo de instancia; la STC 162/1999, en cambio, deniega el amparo porque la negativa del Tribunal a suspender el juicio oral, tras la renuncia intempestiva del acusado a su abogado, en las circunstancias del caso no vulnera sus derechos fundamentales. Finalmente, la STC 229/1999 declara que la renuncia a la asistencia de abogado, prestada por una persona que no se encontraba detenida, no vulnera su derecho a la asistencia letrada ni vicia su primera declaración durante la instrucción de una causa por lesiones.

Finalmente, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa ha sido aplicado en conjunción con otros derechos fundamentales: así, la STC 85/1999 (presunción de inocencia) o las SSTC 236/1999 y 237/1999 (derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas). Las SSTC 101/1999 y 183/1999 lo analizan en un proceso contencioso-administrativo y en uno penal por faltas, respectivamente, concluyendo en ambos casos que no había sido vulnerado: en el primero, no se razona la influencia que hubiera podido tener en el fallo la prueba documental acordada, acerca de un ascenso militar, que se alegaba que había sido practicada de manera incompleta e incorrecta; la STC 183/1999 razona que la prueba pericial en cuestión era innecesaria y dilatoria.

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

VV AA

Derecho Administrativo. Normas básicas

[Lex Nova, Valladolid, 2000, 1.096 páginas]

JESÚS DEL OLMO ALONSO

El presente Código, estructurado en seis apartados, presenta una selección actualizada de los textos normativos más importantes existentes en el Derecho Administrativo español.

La Constitución Española y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional preceden al bloque de normas dedicado a la organización administrativa, donde, junto a la Ley del Gobierno, a la LOFAGE y a la Ley del Consejo de Estado, se contiene una completa legislación sobre régimen local. En tercer lugar se exponen la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los reglamentos sobre procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial y ejercicio de la potestad sancionadora, la reciente legislación de contratos y la Ley de Expropiación Forzosa. A continuación se incluyen, entre otras, la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Ley de Conflictos Jurisdiccionales y la Ley del Defensor del Pueblo. Un quinto apartado se ocupa de las normas que regulan el empleo público (Ley de Funcionarios Civiles, Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, normas sobre órganos de representación, incompatibilidades, acceso, situaciones administrativas y régimen disciplinario). Finalmente, se ha abor-

dado el régimen jurídico de los bienes públicos: Ley de Patrimonio del Estado, Reglamento de Bienes de las Entidades Locales y legislación sobre aguas, costas, puertos del Estado, minas, carreteras, montes y vías pecuarias.

Con una cuidada anotación a pie de página (que comprende las disposiciones de desarrollo, la normativa comunitaria de aplicación y la jurisprudencia más relevante), varias sinopsis que recogen la legislación autonómica de mayor interés y unos índices detallados, esta recopilación normativa pretende ser de utilidad para estudiantes, abogados y demás profesionales que se ocupan de esta importante rama del Derecho.

**G. TRUJILLO, L. LÓPEZ GUERRA,
P. GONZÁLEZ TREVIJANO** (directores)

La experiencia Constitucional (1978/2000)

[Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, 658 páginas]

ALFREDO ALLUÉ RUIZA

El volumen del que damos noticia reúne un amplio elenco de profesores de Derecho constitucional (ventiséis autores) que representan las diferentes sensibilidades en las que se mueve la doctrina constitucional en España, pero que han realizado su investigación con un objetivo o fin común, como es el proceder a la evaluación de un ordenamiento constitucional consolidado como el nuestro con más de veinte años de existencia. Esta experiencia constitucional, ya dilatada, permite examinar la misma desde los resultados obtenidos y los problemas subyacentes.

Como afirman los coordinadores en su Introducción, “los ensayos que en este trabajo se reúnen, empero, sólo pretenden revisar el significado y efectos de la Constitución en un área más reducida aunque ciertamente de significativa importancia, como es la que atañe a los principios e instituciones básicas para la estructura de la Comunidad política, tal y como vienen definidos en la misma Constitución”. De este modo, el conjunto de la obra gravita en una evaluación general de la experiencia constitucional que redundará no sólo en una concreción de la Constitución, sino también en el propio significado de la Constitución; en definitiva, en su valor. Los propios apartados de la obra: Democracia y Constitución, Fuentes del Derecho, Derechos Fundamentales, Monarquía y Gobierno, Parlamento, Justicia Constitucional, Estado autonómico e integración europea, confirman este hilo conductor de todos los autores, que es hacer de sus aportaciones una función prospectiva, pero también con una visión de perspectiva que muestre con total nitidez, como se dice en el Prólogo, cuál es el Derecho vivo existente en nuestro País.

Sin duda, son trabajos menos aplicativos (frente a la línea de investigación asumida por todos durante quizás demasiado tiempo, donde nos hemos acostumbrado a bucear en la norma o en la excepción de la excepción –tal vez demasiada “ingeniería constitucional”– dejando de lado aspectos esenciales, aparentemente generalistas, pero imprescindibles para profundizar en el propio valor de esta “depurada construcción jurídica” que es el ordenamiento constitucional) pero cuya altura científica permitirá reformular aspectos, aparentemente apartados: la división de poderes, el principio democrático, el modelo de Estado desde la distribución territorial del poder, etc. Desde esta perspectiva, recomendamos muy vivamente la obra pues abre un camino de reflexión científica del que los estudiosos del Derecho público estábamos un tanto huérfanos.

VV AA

Nuevo derecho constitucional comparado

[Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, 671 páginas]

SONIA RUIZ MARTÍNEZ

Recientemente ha salido al mercado este original e inédito libro objeto de recensión, dirigido por tres juristas constitucionalistas, españoles e italiano respectivamente: Diego LÓPEZ GARRIDO, Marcos Francisco MASSÓ GARROTE y Lucio PEGORARO.

Nos encontramos ante un libro donde la investigación, la docencia y el profesorado se entremezclan, sin necesitar el hilo de Ariadna para captar su propia esencia, pese al hecho de que en su creación y nacimiento han intervenido tanto juristas españoles como italianos, lo cual lo hacen merecedor de un gran rigor científico además de dotar a la obra de la máxima originalidad. Concretamente esta obra ha visto la luz de la mano de investigadores de seis universidades españolas y cuatro italianas.

Como todo libro tiene su propia historia, éste surge a consecuencia de la estancia del profesor Marcos MASSÓ en la Universidad de Bolonia durante dos años en un Proyecto de Investigación financiado por la Unión Europea. Tras una colaboración, tanto a nivel docente como investigador, entre Marcos MASSÓ y el profesor Lucio PEGORARO, ambos elaboran una propuesta conjunta de introducir en España, *ex novo*, una disciplina jurídica nueva, que además ha sido introducida en la reciente modificación de los planes de estudio de la Licenciatura de Derecho.

Así, se implanta en España a través de este libro, como novedad, la ciencia jurídica

comparada, apareciendo igualmente un nuevo concepto de Derecho Constitucional comparado.

Los temas abordados en las cinco partes del libro son: introducción al Derecho constitucional comparado, donde aparece el nuevo concepto de esta materia; los sistemas de protección de los derechos humanos; las instituciones políticas; la organización territorial del Estado y la representación democrática.

A. EMBID IRUJO

La enseñanza en España en el umbral del siglo XXI

[Tecnos, Madrid, 2000, 276 páginas]

BELÉN MARINA JALVO

A. EMBID ha recogido en esta monografía una serie de trabajos que ha ido elaborando en los últimos años. Aunque se trata, en principio, de estudios con suficiente entidad individual, no es difícil apreciar un nexo de unión entre todos ellos. No sólo porque todos ellos tratan aspectos de actualidad, como bien señala el autor, sino porque ofrecen también una visión más que completa del panorama educativo a las puertas de un nuevo siglo. Dos cuestiones fundamentales animan la monografía de A. EMBID, proporcionándole mayor cohesión si cabe. Se trata, por un lado, del proceso de descentralización educativa, tanto en su vertiente territorial como en su faceta de cesión de poderes y responsabilidades a los centros educativos, y de las consecuencias e interrogantes que plantea la culminación de este proceso. Por otro lado, la influencia que la política europea de educación y formación profesional ha de tener en el diseño de las políticas educativas estatales y autonómicas.

En definitiva, A. EMBID analiza tantos y tan interesantes temas que, al pretender señalar

solamente algunos de los aspectos contemplados en su obra, con el fin de no realizar un comentario demasiado extenso y descriptivo, se corre el riesgo de no prestar demasiada atención a otros igualmente importantes.

Sin ignorar la transcendencia de la cesión de responsabilidades y poderes a los centros educativos, el autor dedica especial atención a la transferencia de las competencias educativas (normativas y ejecutivas) a las Comunidades Autónomas, paso lógico para la consolidación de un modelo de Estado descentralizado. El proceso de transferencia de las competencias educativas iniciado en los primeros años de la andadura constitucional por lo que respecta a las Comunidades de "autonomía acelerada", alcanzó después al resto de Comunidades Autónomas. Promovido por los Pactos Autonómicos de 1992 y tras las oportunas reformas estatutarias de 1994, en 1996 se completó el traspaso en materia de enseñanza universitaria y se ha visto concluido recientemente en el nivel de la enseñanza no universitaria. No obstante, y sin perjuicio de las competencias con incidencia en la educación que la Constitución reserva al Estado (arts. 149.1.30ª, 149.1.1ª 149.1.13ª, 149.1.18ª), este esquema de descentralización educativa convive con el mantenimiento de un "sistema educativo nacional", concepto presente en la jurisprudencia constitucional y en las últimas reformas de los Estatutos de Autonomía. El autor resalta la importancia de este concepto, pues, en su opinión, la garantía del éxito de la descentralización requiere una Administración Central sólida. Son exigencias de garantía de la movilidad de docentes y alumnos, del derecho de igualdad, del derecho a una educación de contenido plural y de cohesión entre las estructuras del Estado y sus ciudadanos, las que justifican la existencia de un sistema educativo nacional. Por lo demás, la existencia de este sistema educativo nacional, con los mecanismos de intervención que otorga al Estado como parte de sus competencias, no supone merma de las competencias transferidas, pues la intervención estatal se manifiesta a través de órganos de coordinación, integración y representación de

las Comunidades Autónomas y de los sectores de intereses implicados en la educación: Conferencia Sectorial de Educación, Consejo de Universidades, Alta Inspección del Estado, Consejo Escolar de Estado. A este último órgano, símbolo de nuestro sistema educativo, dedica A. EMBID un capítulo de su obra, destacando la relevancia constitucional de sus funciones consultivas y de su carácter representativo en la toma de decisiones de competencia estatal.

Dentro del esquema general de reparto de competencias educativas, que supone una nueva configuración de la enseñanza y de los papeles del Estado y de las Comunidades Autónomas, A. EMBID recalca el interés y la singularidad del traspaso a las Comunidades Autónomas de las competencias sobre la Universidad. En este sentido, y pese a pretender aparentar lo contrario, en el fondo la LRU ha optado por un modelo de universidad muy poco autonómico, otorgando a las Comunidades Autónomas competencias puramente debidas, sin dejarles a penas margen de discreción. Por otro lado, paradójicamente, el Estado conserva las principales competencias normativas, pero él tiene lejos de sí al objeto de su legislación: las Universidades. Por lo demás, al pronunciarse sobre los conflictos competenciales surgidos en esta materia, el Tribunal Constitucional ha reforzado la autonomía universitaria y la competencia estatal en detrimento de las competencias autonómicas. Pese a todo, al margen de las escasas intervenciones legislativas autonómicas en materia universitaria, el autor no duda que, en el futuro, las Comunidades Autónomas puedan influir en una reforma de la LRU que les permita, a su vez, aumentar su techo competencial. En este supuesto, según pronostica A. EMBID, sería menos frecuente que las Comunidades Autónomas litigasen frente al Estado en defensa de la autonomía universitaria, mientras que podría aumentar el número de casos en los que el Estado debería reaccionar frente a legislación autonómica que invadiese el ámbito de la autonomía universitaria.

Otra de las cuestiones abordadas por A. EMBID es la proliferación, en los últimos años, de Universidades privadas. El reconocimiento constitucional de la libertad de creación de centros docentes vino a poner fin al predominio de la presencia pública en la enseñanza universitaria, constante histórica hasta ese momento, a excepción de las Universidades de la Iglesia. Dado que la Constitución no hace mención diferenciada entre las Universidades públicas y las privadas, no hay obstáculo en reconocer autonomía a éstas. Pese a la parquedad de las disposiciones de la LRU relativas a las Universidades privadas, la autonomía universitaria supone para éstas un principio organizativo en garantía de las libertades académicas y un derecho fundamental para su defensa frente a intromisiones de los poderes públicos o de los creadores. Más crítico se muestra el autor con el sistema de reconocimiento de las Universidades privadas, establecido fundamentalmente por el Real Decreto 557/1991, de creación y reconocimiento de centros universitarios. Lejos de tratarse de un reconocimiento en sentido estricto, la intervención pública sobre las Universidades privadas, desplegada en varias fases, tiene carácter constitutivo. Es el Gobierno quien fija de forma discrecional los requisitos formales y materiales determinantes de la posterior autorización por ley de las Universidades privadas. Si la LRU estableciese una regulación más detallada sobre este aspecto, se evitarían excesos de singularidad en el reconocimiento de las Universidades privadas, al tiempo que la intervención pública podría desarrollarse de forma más respetuosa con la posición constitucional que corresponde al ejecutivo y al legislador.

No menos interesantes son las reflexiones de Antonio EMBID sobre la enseñanza privada no universitaria, considerada en el marco de la incipiente política europea sobre educación. Si bien con la introducción de la política sobre educación y formación profesional por el Tratado de Maastricht, la Unión Europea ha renunciado al recurso a los instrumentos de armonización de las legislaciones estatales sobre la materia, optando

por las medidas de fomento, no es posible ignorar la dimensión europea de esta política. En efecto, la política de educación debe ser analizada en el marco de los objetivos comunitarios expresados en el “modelo social europeo”, definido por la Comisión Europea como un conjunto de valores comunes a las sociedades europeas, tales como la democracia, la economía abierta, el acceso de los ciudadanos a los servicios universales o a los servicios de interés general. La educación se integra en este contexto de equilibrio entre objetivos de solidaridad e igualdad. Por esta razón, en el marco de la corriente liberalizadora propugnada por la Unión Europea, los postulados de la política educativa deben ser ponderados con la referencia, especialmente expresiva, al servicio público y al mantenimiento de sus valores esenciales (cohesión y solidaridad), sin perjuicio de su necesaria adaptación a la realidad. En cualquier caso, advierte A. EMBID, las ideas expresadas no justifican la voluntad de someter a los centros privados a un régimen jurídico igual o similar al de los centros públicos. Pues no cabe olvidar que, en la base de la actual corriente liberalizadora, se encuentra el principio de autorresponsabilidad de la sociedad y, además, de otro modo, se impediría a los centros privados el efectivo ejercicio de la libertad de enseñanza, con la dificultad última de introducir nuevos contenidos educativos y nuevos métodos pedagógicos, aspectos expresivos del verdadero signo distintivo de la enseñanza privada.

La monografía de A. EMBID plantea con rigor y originalidad multitud de aspectos, verdaderos retos actuales o futuros de la enseñanza en España. La necesidad de remover obstáculos jurídicos y económicos para facilitar la movilidad de profesores y alumnos universitarios; el diseño de políticas educativas por las Comunidades Autónomas que, sin perjuicio de potenciar sus propias peculiaridades, faciliten la integración cultural de los inmigrantes; las mejoras en la financiación de la enseñanza, etc. En definitiva, toda una serie de cuestiones que el autor plantea, ofreciendo también respuestas muy acertadas, y que no pueden ser ignoradas en la búsqueda de soluciones para la mejora de la calidad de la enseñanza.

A. CALONGE VELÁZQUEZ e Í. SANZ RUBIALES

El Comité de las Regiones. Análisis de una futura institución?

[Comares-Instituto de Estudios Europeos-Junta de Castilla y León, Granada, 2000, 183 páginas]

ALFREDO ALIUE RUIZA

Los profesores de Derecho Administrativo de la Universidad de Valladolid, CALONGE VELÁZQUEZ y SANZ RUBIALES, han estudiado en la monografía que se recensiona un órgano comunitario poco conocido: el Comité de las Regiones, órgano auxiliar del Consejo y de la Comisión en el que hacen oír su voz las entidades subestatales, ya que aunque lleva sólo la denominación de las Regiones, también en él tienen su asiento las Entidades Locales.

En este libro se estudia el régimen jurídico vigente que regula a este órgano, y no sólo los preceptos de los Tratados comunitarios, sino también su Reglamento de Régimen Interno, que, en un primer momento, debía ser aprobado por el Consejo, lo que mostraba que este órgano carecía, incluso, de potestad de autoorganización, aunque, después de la reforma operada por el Tratado de Amsterdam, se ha suprimido tal exigencia.

Debe resaltarse en este apartado que los autores han calificado de “Aspectos Institucionales”, la variada naturaleza que atribuyen a este órgano. Mientras los Tratados se limitan a señalar que se trata de un órgano consultivo, los profesores CALONGE y SANZ destacan su naturaleza relativamente parlamentaria, política y mixta o híbrida, atendiendo a la actividad que ha desempeñado en su primer cuatrienio de mandato, a su funcionamiento y a su composición.

Se estudia también en esta monografía con exhaustividad todos los antecedentes que

hicieron posible que en Maastricht los Estados miembros alumbraran la creación de este Comité, respondiendo así a las reivindicaciones, sobre todo, de las Regiones que, no obstante, no se mostraron satisfechas y piden que se le otorgue capacidad de decisión y que se eleve este órgano al rango de Institución comunitaria.

Abordan además los autores el estudio de la actividad desplegada por este órgano en su primer cuatrienio de mandato, destacando —como muy bien apuntan— que, desde sus inicios, el Comité de las Regiones se ha esforzado por ser un órgano más político que técnico y ocupándose no sólo del estrecho ámbito material de actuación que le señalaba el Tratado de creación y, ahora —pese al incremento de materias sobre el que debe ser preceptivamente consultado—, el Tratado de Amsterdam, sino que siempre ha mostrado interés en manifestar su opinión sobre las principales líneas del proceso de construcción europea.

El último apartado del libro está dedicado al estudio del reconocimiento de la asimétrica realidad territorial de Europa y su plasmación en este órgano, analizándose los casos de Francia, Bélgica y España.

J. ESPARTERO CASADO

Deporte, Asociacionismo Deportivo y Derecho de Asociación: las Federaciones Deportivas

[Universidad de León, León, 2000, 358 páginas]

ALFREDO ALLUÉ BUZA

Bien puede decirse que, en los últimos tiempos, el fenómeno deportivo ya ha dejado de ser una excepción a la contemplación intelectual y examen crítico aplicado a todos los acontecimientos que afectan o rodean a la sociedad. Afirmación esta que trae causa de la proliferación de estudios que han venido a analizar sus implicaciones políticas, económicas, sociales y, lo que a nosotros más nos interesa, jurídicas. Ello sin dejar de desconocer, por otra parte, el hecho de que el

deporte constituye un campo que el Derecho aún no ha conseguido terminar de desbrozar.

En este sentido, la monografía publicada por el profesor ESPARTERO centra su atención en el contexto de la organización primaria del deporte, es decir, en el asociacionismo deportivo y, más concretamente, en el asociacionismo de carácter federativo a nivel estatal, esto es, las Federaciones Deportivas Españolas. Y ello en consonancia, como señala el propio autor, con el incontestable hecho de que “(...) tras la promulgación de la Constitución española de 1978, el problema más relevante que han planteado las Federaciones Españolas, ha sido el de la permanente fricción de las peculiares notas características de su régimen jurídico con el art. 22 de la Constitución. De ahí (...) determinar si, realmente, las Federaciones Deportivas Españolas pueden identificarse como auténticas asociaciones y, por tanto, verdaderamente ensambladas y conectadas con el núcleo esencial del derecho fundamental de asociación”.

Así, la publicación que nos ocupa, incide, con rigor y calado, todos los aspectos que necesaria y previamente deben conocerse antes de abordar aquella —cuando menos peculiar— relación entre las Federaciones deportivas y el derecho fundamental de asociación: la conceptualización del deporte, su constitucionalización en el Estado Social, así como la pertinencia del intervencionismo público al amparo del deber de fomento que el propio artículo 43.3 de la Constitución demanda, así como el derecho de asociación contenido en el artículo 22 del citado texto constitucional. Todo ello para, posteriormente, poder sustentar el análisis del asociacionismo federativo, su configuración como entes asociativos modulados a través de su legislación específica y, sobre todo, de la jurisprudencia constitucional, así como su pretendido desenvolvimiento en el marco del derecho de asociación que la Constitución reconoce en su ya referido artículo 22. De modo que a medida que la investigación avanza, más marcadas son las distancias que el autor pone de manifiesto respecto de la definición que la legislación vigente hace de las mismas, al presentarlas como asociaciones de carácter privado no

obstante su ejercicio, bien que por delegación, de potestades públicas de carácter administrativo.

Es más, las conclusiones del profesor ESPARTERO vienen a sumarse decididamente a aquella que, en su momento, fuera minoritaria doctrina –y a cuya sustentación, por reflexión o por intuición (como señala el profesor AGIRREAZKUENAGA en su brillante trabajo “Intervención pública en el deporte”), como bien se recordará coadyuvamos–, postuló la identificación de las Federaciones Españolas como entidades de Derecho Público y, por tanto, bien cercanas en su naturaleza a los entes corporativos. Bien entendido que digo que “fuera minoritaria doctrina”, porque la progresiva incorporación a la misma de autorizadas voces –en este sentido, no puede ser más ilustrativo el caso de la citada obra de AGIRREAZKUENAGA y el espléndido prólogo que a la misma realizara el maestro LEGUINA VILLA–, han venido a aportar magistrales refuerzos a aquellos planteamientos que se niegan a avenirse a la insistencia legal del carácter privado de las Federaciones deportivas.

Por todo ello, aquellos que hemos pretendido acercarnos desde el Derecho al fenómeno deportivo, no podemos por menos que felicitarnos por la aparición de la brillante publicación de Julián ESPARTERO y, en consecuencia, invitar encarecidamente a comprobar la bondad de la misma.

A. EMBID IRUJO, A. FANLO LORAS y J. DOMPER FERRANDO

Código de las Aguas Continentales

[Lex Nova, Valladolid, 2000, 750 páginas]

MARÍA VICTORIA CARPLABAD

En esta nueva edición los autores ofrecen una excelente recopilación comentada de la normativa que en materia de aguas continentales es de aplicación en nuestro país. Así, en la presente obra puede encontrarse todo lo relativo a: convenios internacionales, Ley de Aguas (con la reforma de 1999),

y sus reglamentos de desarrollo, organización administrativa, planificación hidrológica, aprovechamientos de las aguas (suministro a poblaciones, regadíos, hidroelectricidad, aguas minerales y termales, pesca); transferencias de recursos hidráulicos; grandes transformaciones agrarias; política hidrológico-forestal; obras hidráulicas y calidad de las aguas. Además, este volumen cuenta con un minucioso índice analítico para facilitar la búsqueda de las materias a consultar. Estamos pues ante una magnífica publicación, imprescindible para juristas y profesionales del sector hidráulico.

S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER

Las obras hidráulicas en la Ley de Aguas

[Civitas, Madrid, 2000, 140 páginas]

MARÍA VICTORIA CARPLABAD

La reforma de la Lag. de 1985 operada por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, presenta novedades importantes por lo que al régimen jurídico de las obras hidráulicas se refiere. Así, la deslegalización para la declaración de interés general de algunas obras (art. 44 Lag.), la inserción de un nuevo Título VIII con la rúbrica “De las obras hidráulicas”, etc. El autor, con el elegante estilo que le caracteriza, analiza estos aspectos novedosos de la reciente regulación, pero además da cuenta de las raíces históricas normativas (Leyes de 1911, de 1933, etc.), opina acerca de las últimas Sentencias del TC que en materia de distribución de competencias Estado/CCAA afectan a los aprovechamientos hidráulicos, toma posición sobre la creación de Sociedades mercantiles estatales para la construcción y explotación de obras (Ley 13/1996, de 30 de diciembre), y un largo etcétera en el que se abordan cuestiones de gran interés.

**Á. CARRASCO PERERA, E. CORDERO LOBATO y
M^a C. GONZÁLEZ CARRASCO**

Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación

[Aranzadi, 1^a Edición, Pamplona, 2000, 833 páginas]

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

Estos Comentarios a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, han sido concebidos como complemento y actualización del Manual sobre *Derecho de la Construcción y la Vivienda* anteriormente publicado por los mismos autores (2^a Ed., Dilex, 1998). La obra resulta, si cabe, más útil aun que su predecesora; no sólo, desde luego, por constituir el que es uno de los primeros comentarios analíticos a la importante Ley de Ordenación de 1999, sino, sobre todo, por la inusual exhaustividad con la que los autores han llevado a cabo su tarea. En suma, estos Comentarios conforman un verdadero Tratado del Derecho a la Edificación que, por la repercusión económica y social del tema y la complejidad con la que es afrontado, está llamado a convertirse en una obra de obligada referencia para todo aquel profesional del Derecho –y, en general, para todo profesional del sector afectado– que quiera acercarse al cada vez más complejo mundo de la construcción. La obra cuenta, además, con un extraordinariamente útil apéndice legislativo, en el que los autores recogen casi una veintena de disposiciones estatales, autonómicas y locales que conforman el entero entramado normativo del Derecho de la edificación vigente.

A estos méritos, los autores unen el de ser reputados especialistas en la materia que, pese a su adscripción académica iusprivatista, demuestran dominar las numerosas cuestiones interdisciplinarias que se dan cita

en ella. De hecho, la Ley de Ordenación de la Edificación es un texto de innegable incardinación pluridisciplinar. No estamos, desde luego, ante una regulación civilista del contrato de obra ni ante una mera regulación de la responsabilidad civil por defectuosidad o ruina. El verdadero núcleo innovativo de la Ley es, por el contrario, el sistema de control de calidad edificatoria, la regulación del llamado seguro de construcción y la nueva ordenación del derecho de reversión expropiatorio. Y en este último punto la innovación es relativa, pues, en lo esencial, lo que la Ley hace es extender a toda forma de expropiación –urbanística o no– lo que ya estaba consagrado en la Ley 8/1990 de valoraciones para las expropiaciones urbanísticas. Con ello, cabe afirmar que estamos ante una visión normativa más cercana a las demandas sociales y a los intereses públicos que hoy afloran en el Derecho de la construcción y la edificación, que –como sucede con tantas otras ramas de la parte especial del Derecho civil– apoya gran parte de su núcleo jurídico básico del lado del Derecho Público, y al cabo, poniendo el acento en las cuestiones de control y responsabilidad, se desliga progresivamente de sus raíces civiles para adentrarse en el terreno del Derecho Administrativo.

J. A. TARDÍO PATO

Expropiación forzosa y acciones civiles

[Aranzadi, Pamplona, 2000, 378 páginas]

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

La obra es un estudio monográfico de la vía de hecho administrativa en materia expropiatoria. Sorprende, en primer término, que la conocida repulsa dogmática a las vías de hecho administrativas que atentan contra la propiedad y la incisiva interdicción jurídica de las mismas desde textos normativos de primer rango, como la Constitución y algunas de las principales leyes del ordenamiento administrativo, no hayan conseguido

erradicar, ni siquiera minimizar a parámetros más racionales, la secular y patológica tendencia de la Administración a actuar al margen de las reglas de procedimiento y competencia, desconociendo por completo las defensas arbitradas por el ordenamiento para tutelar la propiedad privada frente a las intromisiones administrativas sin título. Antes bien, como acredita esta investigación y la abundantísima jurisprudencia que en ella se reseña, las vías de hecho administrativas en el ejercicio de la potestad expropiatoria están a la orden del día. El lado oscuro de la potestad expropiatoria se muestra así en su verdadera dimensión, dando la impresión incluso que las “anormales” vías de hecho llegan a convertirse, por la abrumadora frecuencia con la que se manifiestan, en un modo “normal” de la acción expropiatoria.

El objeto de la investigación está, por ello, de sobra justificado. Pero además, este libro viene a colmar una laguna en nuestra literatura jurídica sobre las vías de hecho, que, pese a contar con importantes aportaciones recientes que abordan la cuestión de la tutela judicial contencioso-administrativa (recuérdese que la nueva Ley de la jurisdicción-administrativa ha introducido un recurso específico contra las vías de hecho), había tratado escasamente el conjunto de acciones civiles disponibles para hacer frente a estos atentados, son la salvedad del ya clásico y señero libro del profesor LÓPEZ MENUDO (*Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Civitas, 1988) principalmente centrado en la tutela interdictal frente a tales actuaciones. Sin embargo, hasta ahora no existía un estudio específico de la protección que brindan las llamadas acciones civiles ordinarias, ni un estudio conjunto que afrontase las interrelaciones entre los tres ámbitos jurisdiccionales de protección que concurren en la materia: el contencioso-administrativo, el civil y el penal (pues

no debe olvidarse que nuestro Código Penal tipifica específicamente el delito de expropiación ilegal).

Una vez determinados preliminarmente los supuestos constitutivos de las vías de hecho expropiatorias, el primer objeto del libro es descifrar el conjunto de acciones civiles ordinarias que son utilizables frente a tales actuaciones, cuáles son sus presupuestos de hecho y los requisitos legales y jurisprudenciales que resultan exigibles, y cuál el grado de éxito de las mismas como alternativa al recurso contencioso-administrativo. Tras ello, el autor incardina los referidos cauces civiles ordinarios en el conjunto de los demás medios impugnatorios admitidos por el ordenamiento frente a las vías de hecho expropiatorias, incluida la vía penal, mostrando una acabada visión de conjunto de la que se extraen importantes conclusiones en relación a aspectos tales como la diferenciación entre la expropiación forzosa y la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas; el tipo de pretensiones que pueden hacerse valer en el ejercicio de cada acción; el alcance de las sentencias estimatorias (con especial tratamiento de la necesidad de restablecer plenamente la situación alterada y la insuficiencia del fallo indemnizatorio); la tutela cautelar posible; los problemas que plantea la legitimación pasiva; la cuestión del agotamiento de las vías previas, e incluso el apartado relativo a las costas procesales.

Todo ello permite al autor formular, a modo de reflexiones finales, un juicio comparativo de las posibilidades que actualmente ofrecen la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa frente a las vías de hecho expropiatorias, para lo que tiene muy en cuenta los resultados prácticos que arroja el exhaustivo examen jurisprudencial que el autor lleva a cabo y las soluciones que ofrece el Derecho Comparado.

N O T A S