



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 2000

| | |
|----------------|---|
| EDICIÓN | EDITORIAL LEX NOVA, S.A. General Solchaga, 48 47008 Valladolid |
| TELÉFONO | 902 457 038 |
| FAX | 983 457 224 |
| E-MAIL | atn.cliente@lexnova.es |
| IMPRESIÓN | Simancas Ediciones |
| ISSN | 1139-4951 |
| DEPÓSITO LEGAL | VA. 777/1998 |

Esta publicación no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrostáticos, electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos, o cualquier otro medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Lex Nova. La Editorial no asume responsabilidad alguna consecuente a la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación. Editorial Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

Sumario:

DOCTRINA:

- [5] **La casación en lo contencioso-administrativo y la tutela judicial efectiva**
JUAN MANUEL ALEGRE ÁVILA
- [41] **Las competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo en recursos contra la actividad de las Comunidades Autónomas y de la Administración del Estado**
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [63] **I. DERECHO COMUNITARIO**
L. ORTEGA ÁLVAREZ
- [77] **II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL**
J. GARCÍA ROCA
- [87] **III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS**
J. GARCÍA ROCA
- [101] **IV. FUENTES DEL DERECHO**
A. MENÉNDEZ REXACH
- [113] **V. ACTOS ADMINISTRATIVOS, PROCEDIMIENTO Y CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**
A. MENÉNDEZ REXACH
- [125] **VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**
M. SÁNCHEZ MORÓN
- [131] **VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**
M. REBOLLO PUIG
- [143] **VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA**
E. LÓPEZ MENUDO
- [151] **IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**
F. LÓPEZ MENUDO
- [161] **X. FUNCIÓN PÚBLICA**
L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN
- [173] **XI. URBANISMO**
L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN
- [187] **XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL**
A. EMBID IRUJO
- [199] **XIII. MEDIO AMBIENTE**
A. EMBID IRUJO
- [209] **XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**
J. TORNOS MAS
- [227] **XV. EDUCACIÓN, SANIDAD Y BIENESTAR SOCIAL**
I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA
- [235] **XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES**
G. FERNÁNDEZ FARRERES

DOCUMENTACIÓN:

- [253] **EL Área Europea de Educación Superior**
ANTONIO EMBID IRUJO
- [257] **Las acciones de oro y el Derecho Comunitario: La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de mayo de 2000**
JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

[267] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

La casación en lo contencioso-administrativo y la tutela judicial efectiva

(Una panorámica de la Jurisprudencia Constitucional)

JUAN MANUEL ALEGRE ÁVILA

Profesor Titular de Derecho
Administrativo
Universidad de Cantabria

Sumario:

I. La STC 37/1995: un punto de llegada y un punto de partida. II. Una consecuencia inmediata de la doctrina sentada en la STC 37/1995: la comparecencia en casación de las Comunidades Autónomas por medio de Procurador. III. Una muestra significativa de la inflexión de la jurisprudencia constitucional a raíz de la STC 37/1995: la doble instancia en los procesos de protección de los derechos fundamentales. IV. La interpretación de los requisitos que pautan el acceso al recurso de casación: la STC 119/1998. V. El error patente como límite inexcusable en la apreciación de los requisitos de acceso a la casación. VI. El recurso de casación para la unificación de doctrina: dos muestras acerca de la interpretación de los requisitos a que se supedita su admisión. VII. La reafirmación de la doctrina jurisprudencial sobre el recurso de casación para la unificación de doctrina: la STC 222/1998. VIII. El recurso de casación en interés de la ley: legitimación. IX. Una reflexión a modo de conclusión.

I. LA STC 37/1995: UN PUNTO DE LLEGADA Y UN PUNTO DE PARTIDA

1.“(...) el acceso a la justicia como elemento esencial del contenido de la tutela judicial, consistente en provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en la decisión de un Juez (STC 19/1981). En este acceso, o entrada, funciona con toda su intensidad el principio *pro actione*, que, sin embargo, ha de ser matizado cuando se trata de los siguientes grados procesales que, eventualmente, puedan configurarse. El derecho a poder dirigirse a un Juez en busca de protección para hacer valer el derecho de cada quien, tiene naturaleza constitucional por nacer directamente de la propia Ley Suprema. En cambio, que

se revise la respuesta judicial, meollo de la tutela, que muy bien pudiera agotarse en sí misma, es un derecho cuya configuración se defiere a las leyes. Son, por tanto, cualitativa y cuantitativamente distintos”.

Afirmaciones que se apostillan del modo que sigue:

“(…) el principio hermenéutico *pro actione* no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, que en las sucesivas, conseguida que fue una primera respuesta judicial a la pretensión suya es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial, sin importar que sea única o múltiple, según regulen las normas procesales el sistema de recursos. ‘Es distinto el enjuiciamiento que pueden recibir las normas obstaculizadoras o impeditivas del acceso a la jurisdicción o aquellas otras que limitan la admisibilidad de un recurso extraordinario contra una Sentencia anterior dictada en un proceso celebrado con todas las garantías’. (SSTC 3/1983 y 294/1994)”.

Los párrafos transcritos son de la STC 37/1995 (FJ 5º), que resolvió, en sentido desestimatorio, el recurso de amparo planteado frente a un Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que había declarado, al socaire de la regla 30 del art. 1710.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la versión introducida por la Ley 10/1992, la inadmisión de un recurso de casación civil por carencia manifiesta de fundamento sin haber oído previamente a la parte recurrente².

(1) Y prosigue el argumento:

“El sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le dé cada una de esas leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal (SSTC 140/1985, 37/1988 y 106/1988). No puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. El establecimiento y regulación, en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador (STC 3/1983). No se olviden al respecto los procesos en única instancia, muy frecuentes en el esquema de competencias de todos los Tribunales Supremos. Pues, bien, en el diseño del sistema de recursos se utilizan variadas modalidades y diversos tipos, cuya consideración desde la perspectiva constitucional no puede ser la misma. Por una parte, están los ordinarios, como la apelación, que implica, con el llamado efecto devolutivo, la asunción por el Juez *ad quem* o superior de la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez de origen, *a quo*, no sólo por cuanto respecta a la subsunción de los hechos en la norma sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, dando lugar a un *novum iudicium* (STC 272/1994). Por otra parte, aparece en el siglo pasado la casación civil y penal, cuya sede se situó en el Tribunal Supremo, generalizándose para los demás órdenes jurisdiccionales una vez promulgada la Constitución, con la función de preservar la pureza de la ley para conseguir la igualdad y la seguridad jurídica en su aplicación, donde tiene su origen la doctrina legal con valor complementario del ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC). Este recurso con fundamento en motivos tasados, *numerus clausus*, que sólo permite revisar la interpretación del Derecho, dejando intocados los hechos que dieron por ciertos los Jueces de la instancia, está clasificado entre los extraordinarios y, en consecuencia, su admisibilidad queda sometida no sólo a los requisitos meramente extrínsecos –tiempo y forma– y a los presupuestos comunes exigibles para el ordinario de apelación, sino a otros intrínsecos, sustantivos, relacionados con el contenido y viabilidad de la pretensión, cuyo régimen es más severo por su propia naturaleza.”

(2) Correlato de este precepto, con una redacción sustancialmente idéntica, en el ámbito de lo contencioso-administrativo es el art. 100.2.c) de la Ley de 1956 en la redacción dada, igualmente, por la Ley 10/1992.

Comentando el Auto de la Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1997, que decretó la inadmisión de un recurso de casación, al socaire de la causa primera del art. 100.2.c) de la Ley jurisdiccional, sin audiencia de la parte recurrente, pudo escribir Jesús GONZÁLEZ PÉREZ que la interpretación criticada, que “se aparta de la

La casación en lo contencioso-administrativo y la tutela judicial efectiva

Importa, a fin de identificar el núcleo de la controversia, que, como se desprende de lo reproducido, se cifraba en la denuncia de vulneración de la debida tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE, dar cuenta del contenido del citado precepto procesal:

“Asimismo, dictará la Sala Auto de inadmisión, con idénticos efectos, cuando el recurso carezca manifiestamente de fundamento o cuando se hubiesen desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales. En este caso, puesta de manifiesto la causa de inadmisión, se oír a la parte recurrente por plazo de diez días antes de resolverse definitivamente. Para denegar la admisión del recurso por esta causa será necesario que el acuerdo se adopte por unanimidad³.”

La cuestión, por tanto, desde la vertiente del art. 24.1 CE, en la particular óptica del derecho de acceso a los recursos, estribaba en determinar si la interpretación cumplida por el Supremo, que ceñía la exigencia de previa audiencia con anterioridad al dictado del pronunciamiento sobre la admisión del recurso de casación, al supuesto de desestimación en cuanto al fondo de otros recursos sustancialmente iguales al deducido, con exclusión de dicho trámite de ampararse la inadmisión en la manifiesta carencia de fundamento del recurso, conculcaba las exigencias de aquel precepto. Cuestión que será resuelta por el Tribunal Constitucional en el sentido de considerar que al interesado no se le despojó de su derecho de defensa, pues “tuvo ocasión de exponer los fundamentos del recurso de

correcta interpretación de una norma de la Ley reguladora del proceso administrativo que era congruente con el artículo 24 de la CE, Aconstituye una lesión del derecho de defensa”. “La inadmisión del recurso de casación sin audiencia de las partes”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 96, 1997, págs. 587 a 589, en concreto, 589.

La ratio de estas declaraciones de inadmisión sin audiencia (no de las partes, a secas, como dice GONZÁLEZ PÉREZ, sino del recurrente, tal y como pone de manifiesto el testimonio del Magistrado Ángel RODRÍGUEZ GARCÍA que aquél cita: pág. 589) se recoge en este texto del citado Auto de 1 de julio de 1997:

“Las consideraciones anteriores se hacen –somos conscientes de ello– sin oír a la parte recurrente, toda vez que la audiencia previa sólo es preceptiva en uno de los casos previstos en el apartado c) del art. 100.2 de la LRJCA –concretamente cuando se hubieran desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales, pues la primera causa de inadmisibilidad de este apartado, ‘carencia manifiesta de fundamento’, puede apreciarse directamente y sin más por el contenido del escrito de interposición donde han de constar los motivos y su soporte argumental (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 37/1995, de 7 de febrero)–, siendo innecesario poner ahora de manifiesto a la recurrente una causa de inadmisibilidad, la citada ya de carencia de fundamento, cuya concurrencia resulta del examen de los autos.

Esto supone un cambio de criterio respecto al observado hasta ahora por la Sala, proclive a la audiencia previa del recurrente en todo caso, pero entendemos que tal cambio, además de encontrar sólido anclaje en la Ley, responde al propósito de agilizar un trámite en el que la experiencia ha demostrado, después de más de cuatro años desde la entrada en vigor de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, se producen frecuentes dilaciones determinadas principalmente por el ingente número de casaciones que ingresan en este Tribunal, pero a las que también contribuye la apertura indiscriminada de un caso determinado, sin que ello implique una situación de indefensión para el recurrente que pudiera desembocar en una falta de tutela judicial efectiva (así resulta, entre otras, de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 138/1995, de 25 de septiembre).”

(3) En el caso de que conoció el Tribunal Supremo el recurso de casación había sido preparado e interpuesto con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 10/1992. A este efecto, el Alto Tribunal dio entrada a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda de aquélla, cuyo texto es el siguiente:

“En los recursos de casación en trámite, en los que no se hubiere resuelto sobre su admisión, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo o, en su caso, la del Tribunal Superior de Justicia podrá admitir el recurso por los motivos señalados en la redacción dada por esta Ley al art. 1710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A este efecto, tanto los motivos en que se funde el recurso de casación, como los límites a los que se refiere la regla 40 del número 1 del mencionado artículo serán los determinados por la legislación vigente en el momento de la interposición del recurso. Cuando la Sala considere que puede existir causa de inadmisión, procederá en la forma prevista en aquel precepto.”

casación intentado en el momento de interponerlo”, de donde se desprende que el Auto de inadmisión “no fue dictado sin oírle, inaudita parte”(FJ 5º)⁴.

2. La STC 37/1995, dictada por el Pleno, art. 13 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se aparta así, clara y expresamente, de la doctrina sentada en la STC 212/1994, que, en un supuesto sustancialmente igual a aquel de que conoció la 37/1995, estimó el amparo interpuesto por falta de la debida audiencia con ocasión de la inadmisión de un recurso de casación⁵.

En definitiva, pues, y aun cuando por principio, el derecho al recurso legalmente previsto se integre en el derecho de tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE, la operatividad de este precepto no engloba el principio *pro actione* cuando del acceso a los recursos (en nuestro caso, el de casación) se trata, esto es, que, desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva, es indiferente que la interpretación plasmada en la decisión judicial no sea la más favorable a la admisión del recurso. Principio *pro actione* que, en consecuencia, quedará anclado a partir de ahora en el derecho de acceso a la jurisdicción⁶.

(4) El FJ 5º de la STC 37/1995 dice así:

“La conclusión a la cual llegó su Sala Primera puede inducirse razonablemente del precepto, aunque la ambigüedad del mismo hubiera permitido también la solución contraria. Si se analizan las dos causas de inadmisibilidad, concatenadas por la conjunción copulativa, se observa fácilmente que tienen características muy diferentes. La primera, ‘carencia manifiesta de fundamento’, puede apreciarse directamente y sin más por el contenido del escrito de interposición donde han de constar los motivos y su soporte argumental. En cambio, la otra, que incorpora el principio de unidad jurisprudencial, estriba en que el caso planteado haya sido resuelto negativamente por razones de fondo, en el lenguaje forense, no meramente procesales, merece ser puesta de manifiesto al recurrente, que puede no conocer la jurisprudencia sobre la cuestión, en especial si fuere relativamente reciente o no hubiere obtenido la difusión adecuada. Queda claro, pues, a nuestro parecer que el hoy demandante tuvo ocasión de exponer los fundamentos del recurso de casación intentado en el momento de interponerlo y que el hoy demandante tuvo ocasión de exponer los fundamentos del recurso de casación intentado en el momento de interponerlo y que el Auto donde se rechazó la admisión no fue dictado sin oírle, *inaudita parte*. Por lo tanto, no hubo la indefensión ‘material’ como algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, que de darse hubiera dejado sin contenido la tutela judicial, vulnerando así tal derecho fundamental.”

Argumento de la inexistencia de indefensión “material” y, en consecuencia, negación de que la inadmisión hubiera sido decretada *inaudita parte* que es objetado en los Votos Particulares de los Magistrados GARCÍA-MON [apartado C).a)] y DE LA VEGA BENAYAS (apartado 3), para quienes en modo lugar puede entenderse satisfecho el principio de audiencia con la formulación de las pertinentes alegaciones acerca de la procedencia del recurso de casación, supuesto que en el momento en que se formularon aquéllas al recurrente no le era dado conocer la eventual concurrencia de la causa de inadmisión finalmente apreciada.

(5) La citada Sentencia (Sala Primera) de la que fue ponente el Magistrado DE LA VEGA BENAYAS (uno de los discrepan-tes, pues, de la STC 37/1995) dice así en su FJ 4º:

“(…) resulta claro que la privación a la parte recurrente de una vía procesal de defensa, de carácter esencial, como es la de la audiencia, que le hubiera permitido en su caso exponer los argumentos que a su juicio no concurrían para la inadmisión, apreciada inicialmente en el Auto impugnado, le producía indefensión. Posiblemente por ello el legislador estableció ese particular trámite cuando se tratase de la inadmisión por manifiesta falta de fundamento, a diferencia de otras causas que, por su propia naturaleza, pueden ser estimadas de oficio. La idea del legislador al establecer dicho requisito fue la de dar al Tribunal la oportunidad de rectificar o reafirmar su inicial criterio respecto de la concurrencia de la causa de inadmisión, apreciada inicialmente a la vista de las alegaciones de la parte a cuyo favor se establece un derecho, y cuya inobservancia determina la omisión de un trámite esencial en razón de su finalidad y a un real y efectivo menoscabo en su derecho a la defensa causante, en definitiva, de una verdadera indefensión material”.

(6) En línea, así, con lo propugnado por Ignacio BORRAJO INIESTA/Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ/Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Civitas-BBV, Madrid, 1995, págs. 56 y ss., optando, de este modo, por una de las líneas afirmadas, con anterioridad a la STC 37/1995, en la jurisprudencia constitucional, la que censura la denegación arbitraria de los recursos judiciales (págs. 47 y 48), frente a aquella otra que extiende el principio *pro actione* a la interpretación de los requisitos que pautan el acceso a los recursos (págs. 48 a 50).

3. No obstante lo expuesto, y arrojado de los muros del art. 24.1 CE el principio *pro actione* en el acceso a los recursos, la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 ha salido al paso de la controversia (de la que son exponentes, bien que con adopción de soluciones, diferentes *ex derecho* de tutela judicial efectiva, las citadas SSTC 212/1994 y 37/1995) suscitada al socaire de la exigencia de previa audiencia en los supuestos de inadmisión del recurso de casación por carencia manifiesta de fundamento. En efecto, el número 3 del art. 93 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, impone con carácter preceptivo aquella audiencia con anterioridad a la decisión de inadmisión; una exigencia que, ha de entenderse [y en este sentido la nueva sistemática no deja lugar a dudas, al consignar en apartados formalmente diferenciados, las letras c) y d) del art. 93.2, las causas consistentes, respectivamente, en la desestimación por razones de fondo de otros recursos sustancialmente iguales, y la carencia manifiesta de fundamento, que antes aparecían englobadas en el art. 100.2.c) de la Ley de 1956, en la versión de la Ley 10/1992], se extiende a todas las causas de inadmisión contempladas en el art. 93.2, con inclusión, por tanto, de la causa ahora recogida en la citada letra d) de dicho precepto, a saber, según se ha dicho, la carencia manifiesta de fundamento⁷.

II. UNA CONSECUENCIA INMEDIATA DE LA DOCTRINA SENTADA EN LA STC 37/1995: LA COMPARECENCIA EN CASACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS POR MEDIO DE PROCURADOR

1. La STC 211/1996, dictada por el Pleno, resuelve el recurso de amparo interpuesto por la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares frente al Auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que, había ordenado, en el recurso de casación entablado, la comparecencia de aquélla por medio de Procurador, según lo previsto en el art. 97.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (versión Ley 10/1992).

La razón de ser del amparo pedido estribaba en la denunciada transgresión del art. 24.1 CE, toda vez que, a tenor del art. 447.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la representación y defensa de las Comunidades Autónomas se encomienda a los Letrados de los servicios jurídicos de sus Administraciones, amén de que dicha exigencia conculca el principio de igualdad del art. 14 de la CE en la medida en que, según se decía, la exigencia de Procurador hace a las Comunidades Autónomas de peor condición que al Estado, cuya representación se regula en el número 1 del art. 447 LOPJ en términos análogos a los de las Comunidades Autónomas, y habida cuenta de que los Abogados del Estado disponen, a efectos de notificaciones, de despacho en la propia sede del Tribunal Supremo.

2. El marco de la cuestión atinente a la debida tutela judicial efectiva se describe así en el primer párrafo del FJ 2º:

“Que las Comunidades Autónomas deban comparecer ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo mediante Procurador de los de Madrid, a tenor del

(7) Ricardo GARCÍA MACHO, “Artículo 93”, en “Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998,” Introducción de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Civitas, Madrid, 1999, págs. 663 a 665. Comentarios que constituyen una edición especial de *Revista Española de Derecho Administrativo*, 100, 1999.

art. 97.1 LJCA, o puedan efectuarlo mediante los Letrados de sus servicios jurídicos, en virtud del art. 447.2 LOPJ, es una cuestión procesal discutible, como acreditan las diversas resoluciones adoptadas por las Secciones que forman la Sala Tercera que menciona la demanda de amparo. Pero cualquiera de las dos soluciones se encuentra fundada en la Ley, sin que en modo alguno pueda ser considerada arbitraria ninguna de ellas.”

Esta indiferencia, desde la perspectiva del art. 24.1 CE, impeditiva de la opción por alguna de las interpretaciones legalmente posibles, es la que conduce a entender que “las resoluciones judiciales impugnadas, que exigen que en el recurso de casación la Administración se persone mediante Procurador, no vulneran en modo alguno el art. 24.1 CE” (FJ 2º)⁸. Aserto que se justifica del modo que sigue:

“El razonamiento, fundamentado en el art. 24 CE, de la Comunidad Autónoma recurrente se apoya en la premisa de que el Tribunal Supremo debía haber seguido la interpretación de la Ley procesal más favorable para el acceso al recurso de casación, de entre las varias posibles. Pero ese criterio ha sido revisado en nuestra jurisprudencia constitucional a partir de la STC 37/1995, como indica el Ministerio Fiscal.

El núcleo del derecho a la tutela judicial de quienes fueron parte en el proceso judicial previo quedó, pues, satisfecho con la Sentencia de fondo dictada en la instancia por el Tribunal Superior de Justicia de Baleares. El derecho al recurso que la ley haya podido crear, en el presente caso el recurso de casación contencioso-administrativo, debe ser satisfecho cumpliendo los requisitos procesales establecidos por la norma, e interpretados de manera no arbitraria por el Tribunal competente para conocer del recurso, como así ha acontecido.

Por añadidura, en el presente caso la Sala ha ofrecido una oportunidad a la parte para subsanar el requisito de personación omitido. Por lo que tampoco desde esta perspectiva cabe hablar de indefensión” (FJ 3º)⁹.

(8) Y, a continuación, se recuerda el contenido esgrimible en amparo del acceso a los recursos ex art. 24.1 CE:

“Este precepto garantiza ‘el acceso a la justicia como elemento esencial del contenido de la tutela judicial, consistente en provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en la decisión de un juez’ (STC 19/1981). En cambio, ‘el sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que dé cada una de las Leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal’ (SSTC 140/1985, 37/1988 y 106/1988). Respecto al acceso a los recursos establecidos por la Ley, el art. 24 CE solamente veda que la vía del recurso sea cerrada ‘arbitrariamente o intuitu personæ’. Cuando existan dos interpretaciones admisibles según el tenor de las Leyes procesales vigentes, la balanza constitucional no puede inclinarse en ningún sentido para optar entre dos soluciones ambas razonables, sin interferir en el núcleo de la potestad de juzgar cuya independencia de criterio predica la Constitución (STC del Pleno de este Tribunal 37/1995, fundamentos jurídicos 5º y 6º, y resoluciones posteriores sintetizadas en la STC 138/1995, fundamento jurídico 2º).”

(9) Y, por lo que se refiere a la alegada vulneración del art. 14 CE, el FJ 4º señalará:

“La alegación del principio de igualdad, del art. 14 CE, no puede prosperar.

En primer lugar, nuestra jurisprudencia ha declarado que ‘los entes públicos no pueden ser considerados como titulares del derecho fundamental a la no discriminación amparado por el art. 14 CE, que se refiere a los españoles y no es de aplicación a las personas jurídico-públicas en cuanto tales’ (STC 13/1996, fundamento jurídico 3º, y AATC 135/1985, 139/1985 y 106/1988).

III. UNA MUESTRA SIGNIFICATIVA DE LA INFLEXIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL A RAÍZ DE LA STC 37/1995: LA DOBLE INSTANCIA EN LOS PROCESOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. La STC 188/1994 consagró con carácter general en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales encauzada por el procedimiento de la Sección Segunda de la Ley 62/1978 el principio de la doble instancia, saliendo así al paso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que venía entendiendo que la expresión “en su caso” del art. 9.1 de la citada Ley remitía, dado su valor supletorio, a los supuestos en que, según la Ley jurisdiccional de 1956 (art. 94, en su versión inicial, anterior a la Ley 10/1992), era procedente el recurso de apelación, aun cuando, por su propia naturaleza, la pretensión ejercitada afectara a un derecho fundamental o libertad pública. La *ratio decidendi* del citado pronunciamiento se contiene en el FJ 4º, que dice así en sus dos primeros párrafos:

“Atendida la literalidad del art. 9.1 de la Ley 62/1978, una de sus posibles interpretaciones sería entender que dicho precepto, al permitir el recurso de apelación ‘en su caso’, se remite a lo dispuesto, en materia de ordenación de recursos, en la Ley jurisdiccional y que, por tanto, los límites que ésta establece son también aplicables en el marco de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales. Es más, este Tribunal, como recuerda el Abogado del Estado en su escrito de alegaciones, ha confirmado semejante interpretación de la legalidad ordinaria.

No obstante, este Tribunal, no sin ciertos matices y cautelas (SSTC 64/1988, fundamento jurídico 1º, *in fine*; 197/1988, fundamento jurídico 2º; 257/1988, fundamento jurídico 3º; 91/1995, fundamento jurídico 2º; 129/1995 y 123/1996, fundamentos jurídicos 3º y 4º), ha reconocido a las personas jurídicas de Derecho Público el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en cuanto el ordenamiento les reconoce capacidad para ser parte en un proceso (SSTC 4/1982, fundamentos jurídicos 4º y 7º; 19/1983, fundamento jurídico 2º), y, por ello, tales personas tiene también acceso al recurso de amparo frente a la violación de tal derecho (STC 100/1993, fundamento jurídico 3º). Pero, como ya se declaró en la STC 100/1993 antes citada, no cabe extender sin más la doctrina sobre la titularidad de las Entidades públicas del derecho a la tutela judicial efectiva a otros derechos fundamentales susceptibles de ser invocados en amparo. Por consiguiente, la presente alegación de trato desigual entre la representación procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma y la de la Administración General del Estado, carece de relevancia constitucional, pues el principio de igualdad del art. 14 CE, cimentado en la dignidad de la persona como fundamento del orden político (art. 10.1 CE) y que está en la base de la noción de derecho fundamental, es de todo punto ajeno a la cuestión.

La afirmación anterior no se ve empañada por la STC 302/1994 (fundamento jurídico 5º), mencionada por la parte demandante. Esa Sentencia rechazó la alegación de igualdad que había suscitado la Generalidad de Valencia, sin entrar a analizar su aplicabilidad, por la simple razón de que no se postulaba ninguna igualdad de tratamiento sino, al contrario, un trato diferente, *prima facie* ajeno al art. 14 CE; pues es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la igualdad consagrado en el citado precepto constitucional no ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, esto es, el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato (SSTC 52/1987, fundamento jurídico 3º; 136/1987, fundamento jurídico 6º; 48/1989, fundamento jurídico 5º). Por consiguiente, siendo ajena al ámbito del art. 14 CE la llamada ‘discriminación por indiferenciación’ (SSTC 86/1985, fundamento jurídico 3º; 19/1988, fundamento jurídico 6º y 308/1994, fundamento jurídico 5º), la supuesta quiebra del principio de igualdad que se aduce por este motivo debe ser rechazada.

Finalmente, cabe añadir que la doctrina que niega que la Constitución pueda respaldar la exigencia de un trato igual a las distintas Administraciones públicas –exigencia cuya oportunidad, utilidad y acierto debe ser valorada por los cauces políticos y administrativos pertinentes, no por los de protección constitucional de derechos fundamentales– encuentra su respaldo en la misma razón de ser de la propia jurisdicción de amparo. Como ha subrayado la STC 257/1988, el recurso de amparo ‘no constituye una vía abierta a los poderes públicos para la defensa de sus actos y de las potestades en que éstos se basan, sino, justamente, un instrumento para la correcta limitación de tales potestades y para la eventual depuración de aquellos actos, en defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas de los particulares’ (fundamento jurídico 4º; en el mismo sentido que el ATC 139/1985, y la STC 123/1996).”

Acerca de la significación de los derechos fundamentales, en línea con lo señalado en la última parte del FJ 4º de la STC 211/1996, el ATC 4/1998.

Ahora bien, el hecho de que, con carácter general, se haya admitido esa interpretación no significa que, en todo caso, la aplicación supletoria de la LJCA sea siempre conforme con las exigencias derivadas del derecho reconocido en el art. 24.1 CE. Y ello porque, entre los criterios seguidos por este Tribunal para determinar si la aplicación de una causa legal de inadmisión es o no razonable y conforme con el derecho a la tutela judicial, figura también, como igualmente recuerda el Abogado del Estado, el de la naturaleza y finalidad del proceso en el que pretende ejercitarse el recurso inadmitido. Siendo el de la Ley 62/1978 un procedimiento específicamente ideado para la defensa judicial de los derechos fundamentales, no es razonable que, a los efectos de la apelación, se esté mecánicamente al criterio y a las exigencias establecidas para el caso de los recursos intentados en un procedimiento ordinario que, como es el caso del contencioso-administrativo, aparece informado por el principio de la única instancia; será posible ese criterio cuando, como por desgracia sucede con no poca frecuencia, por la vía de la Ley 62/1978 se haya encauzado un litigio en el que manifiestamente no se planteen cuestiones relativas a supuestas lesiones de derechos fundamentales o cuando la reparación de las mismas se haya producido ya en la primera instancia y con la apelación no se pretenda otra cosa que discutir ante un Tribunal Superior cuestiones de estricta legalidad ordinaria. Pero, cuando lo planteado en el proceso sea manifiestamente un problema directamente relacionado con la tutela de los derechos fundamentales, es necesario permitir la segunda instancia y darle ocasión al Tribunal Supremo a fin de que pueda restablecer el derecho fundamental vulnerado”.

En el caso enjuiciado, la inadmisión del recurso de apelación traía causa de la no superación por la cuantía litigiosa del listón de 500.000 pesetas previsto en el art. 94.1.a) de la Ley de 1956, aun cuando el basamento de la impugnación contencioso-administrativa radicaba en la denunciada vulneración de los arts. 14 y 16 del texto constitucional, en la medida en que los actores, miembros de la Iglesia Evangélica Bautista, entendían que se habían infringido aquellos preceptos por no figurar, a efectos de la asignación correspondiente, otras casillas en los impresos de la declaración de Renta sino las destinadas a la Iglesia Católica y otros fines de interés social, de suerte que la conculcación del principio de igualdad se imputaría a la inexistencia de un Acuerdo de cooperación entre el Estado y la Iglesia Evangélica, similar al que existe entre aquél y la Iglesia Católica, en tanto que la transgresión del art. 16 se hacía descansar en el hecho de que el procedimiento de asignación implicaba una declaración de comunión de las propias creencias religiosas (los interesados, en este sentido, habían dejado en blanco las oportunas casillas).

De ahí que “la cuestión planteada por los demandantes de amparo se refería con claridad a la materia propia de la Ley 62/1978, pues no se invocaban meros derechos legales, sino dos derechos fundamentales tan señalados como los reconocidos en los arts. 14 y 16.2 CE”, de modo que “ello sería ya suficiente, habida cuenta del indiscutible encuadramiento de la materia litigiosa en el ámbito del procedimiento especial, para haber permitido el acceso a la apelación, posibilitando con ello la intervención del Tribunal Supremo, al que, como cúspide de la jurisdicción ordinaria, le compete con carácter preferente –no subsidiario, como es el caso con este Tribunal Constitucional– la defensa de

los derechos fundamentales, y con cuya intervención última en la vía ordinaria se asegura un efecto unificador de la doctrina legal que sirve a fines tan relevantes como la garantía del principio mismo de igualdad en la aplicación de la Ley”. Y apostilla el Tribunal:

“En definitiva, la expresión ‘en su caso’ del art. 9.1 de la ley 62/1978 podría interpretarse en el sentido en que lo ha hecho la sentencia impugnada si la materia objeto de debate fuese manifiestamente ajena a los derechos fundamentales, pero no cuando lo que se pretenda sea un pronunciamiento sobre cuestiones en las que tales derechos aparezcan evidentemente implicados. En el supuesto de autos esa conexión era, según se ha dicho, manifiesta; además, y como apunta el Ministerio Fiscal, la aplicación del criterio limitativo de la cuantía era más que discutible porque, en puridad, la lesión de derechos denunciada no era susceptible de lesión crematística; existía, ciertamente, la cuantía del importe de la cuota a liquidar por los recurrentes, pero lo discutido no era el importe de ese porcentaje –abonable en todo caso–, sino de finalidad que habría de dársele, articulándose el criterio de los actores a favor de un determinado destino, precisamente, en consideraciones de orden religioso y de igualdad. El problema planteado era, en fin, indiscutiblemente relevante desde la perspectiva de los derechos fundamentales, en cuya defensa a este Tribunal le asiste sólo la última y no la primera palabra” (FJ 4º).

2. Esta Sentencia, duramente criticada por Germán FERNÁNDEZ FARRERES¹⁰ implicaba, entre otros extremos, que el entonces recurso de apelación quedaba expedito ex art. 94.1.b) LJCA no sólo a los supuestos (expresamente contemplados en aquel precepto) de “separación de empleados públicos inamovibles”, sino también, en virtud de la asimilación operada por la jurisprudencia, a los de imposibilidad o impedimento de acceso a la función pública, esto es, a los casos de constitución del vínculo funcional, e, incluso, a los de incompatibilidad, que determinaban la situación de excedencia del funcionario en el Cuerpo a que correspondiera el puesto declarado incompatible¹¹. Apertura que, a pesar de la restricción llevada a cabo por la Ley 10/1992, al referir el recurso de casación a las sentencias que “estrictamente, afecten a la extinción de la relación de servicio de los que ya tuvieren la condición de funcionarios públicos”, debía tener una lógica continuación tras la entrada en vigor de la citada Ley 10/1992, toda vez que el art. 23.2 CE configura como derecho fundamental el acceso (y permanencia, según la jurisprudencia constitucional¹²; precisión que amplía la cobertura de dicho precepto a la carrera administrativa o promoción profesional de los funcionarios públicos, comprensiva tanto de la promoción en sentido estricto como de la promoción interna) en condiciones de igualdad al desempeño de las funciones públicas¹³.

(10) “El derecho a la tutela judicial efectiva y el sistema de recursos contra sentencias en el proceso de la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona”, *La Ley*, 31 de octubre de 1994, págs. 1 a 6.

(11) Luis MARTÍN REBOLLO, “Los recursos de casación y revisión en la jurisdicción contencioso-administrativa tras la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1637, 5 de junio de 1992, pág. 87, nota; y, del propio autor, en versión ampliada del citado trabajo, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 76, 1992, pág. 542, nota.

(12) SSTC 293/1993, FJ 4º; 73/1994, FJ 2º y 96/1997, FJ 3º.

(13) Por todas, recientemente, STC 73/1998, FJ 3º.

3. Más, con un entronque directo en la STC 37/1995, la 125/1997 vino, más que a matizar, a soslayar la doctrina sentada en la STC 188/1994, ahora por referencia ya el recurso de casación introducido por la Ley 10/1992.

En efecto, en un supuesto en que, con ocasión de un procedimiento de apremio por liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, se denunciaba la lesión de los derechos consagrados en los arts. 24.1 (indefensión anudada al dictado de la resolución administrativa *inaudita parte*) y 25.1 (principio de legalidad en materia sancionadora), el Tribunal Constitucional, con desestimación del amparo entablado, entenderá que la inadmisión de un recurso de casación por razón de la cuantía *ex art. 93.2.b*) de la Ley jurisdiccional, en un proceso tramitado por el cauce de la Ley 62/1978, no conculca el derecho de tutela judicial efectiva, en la medida en que “a diferencia del [caso] contemplado en la STC 188/1994, que era de cuantía inestimable, en el presente que nos ocupa no lo es”, circunstancia que “hace entrar en juego la *summa gravaminis* de los 6.000.000 de pesetas, requerida por el art. 93.2.b) LJCA, que cierra las puertas a la interposición del recurso de casación, presupuesto de dicho recurso que este Tribunal ha declarado reiteradamente razonable, por lo que su aplicación no conculca el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)” (FJ 4º).

Conclusión que se alcanza, aun a pesar de reconocerse que la Sala de instancia había admitido la impugnación contencioso-administrativa por el cauce de la Ley 62/1978, “signo que *prima facie*, a los efectos procesales consiguientes, evidencia que se estaba ante un derecho fundamental” [FJ 4º.b)], a la vista de que “la decisión del Tribunal Supremo debidamente motivada no puede ser calificada de arbitraria, ilógica o no conforme con la razón”¹⁴, de suerte que “no habiéndose cerrado la vía del recurso arbitrariamente o *intuitu personae*, queda en pie nuestra doctrina al respecto, en cuya virtud corresponde al Tribunal Supremo la última palabra sobre la admisibilidad de los recursos de casación ante él interpuestos, a salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123 CE)” (FJ 5º).

De este modo, la jurisprudencia constitucional parece reconducir la peculiaridad de los supuestos de protección de los derechos fundamentales encauzados por la vía de la Ley 62/1978 a la doctrina tradicional sobre acceso a los recursos, doctrina que identifica la lesión del art. 24.1 CE en los casos de denegación arbitraria o con fundamento en un error material, según criterio sentado en las SSTC 55/1993 y 28/1994 (STC 125/1997, FJ 3º).

Este viraje solapado, pero evidentemente perceptible, respecto de la doctrina de la doble instancia de la STC 188/1994¹⁵, mereció la formulación de dos Votos Particulares, sus-

(14) Motivación que el Auto de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1996, recurrido en amparo, con cita de las Sentencias de 11 de noviembre y 1 de diciembre de 1994, localiza en el hecho de que “la invocación de un derecho fundamental como motivo del proceso no modifica el régimen general sobre la procedencia de los recursos con arreglo al contenido material del acto administrativo” [FJ 4º.c)].

(15) Doctrina que afirmada en un pronunciamiento de Sala y no de Pleno, como hubiera requerido *ex art. 13* de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, está en la base de que con posterioridad a la misma el Tribunal Supremo haya seguido aplicando los criterios sobre admisión del recurso de casación que la STC 188/1994, precisamente, consideró contrarios al art. 24.1 CE.

critos por los Magistrados GIMENO SENDRA Y JIMÉNEZ DE PARGA, cuyo hilo conductor es la crítica de la “concepción ‘patrimonialista’ de los derechos fundamentales” que, en su opinión, encierra la STC 125/1997, hasta el punto de que el primero de ellos llega a hablar de la “distinción de dos clases de amparo ordinario: el de los económicamente débiles, sin recurso de casación, y el de los pudientes, con derecho de acceso al Tribunal Supremo”.

La discrepancia de JIMÉNEZ DE PARGA se construye alrededor de la interpretación del inciso “en su caso” del art. 9.1 de la Ley 62/1978, en relación con la supletoriedad de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a que alude el art. 6, *in fine*, de aquélla. En este sentido, entiende que, a los efectos de la cuestión controvertida, no puede detectarse en la Ley 62/1978 una “falta de previsión especial” requirente de la aplicación supletoria de la Ley jurisdiccional, pues el único derecho fundamental excluido de la apelación es, según el tenor del art. 7.6 de dicha Ley, el de reunión, exclusión que asimismo se predica de la casación *ex art.* 93.2.c) de la Ley jurisdiccional, en la versión de la Ley 10/1992, por lo que, en definitiva, los demás derechos fundamentales no se ven afectados por el régimen general de inadmisión contemplado en la Ley de lo contencioso (apartado 3).

Por otro lado, y tomando como referente las cuestiones de personal, excluidas de la casación *ex art.* 93.2.a) de la Ley de 1956 (redacción de la 10/1992), afirma el Magistrado discrepante que “al defender sus derechos fundamentales a través del procedimiento previsto en la Ley 62/1978 (...) el funcionario acude al Juez, no en su condición de sujeto de derechos y obligaciones administrativas (de su *ius in officio*), sino en su condición de poseedor del *status libertatis* propio de cualquier otro ciudadano”, de modo que “si ello no fuera así, el ciudadano-funcionario estaría siendo discriminado frente a cualquier tercero que no ostentara dicha cualidad” (apartado 4). Tesis que, en su inteligencia, es la que plasmaron las SSTC 188/1994 y 145/1995.

En tercer lugar, y en pro de la admisión del recurso de casación, advierte el Voto Particular que nos ocupa que la Sentencia de instancia había considerado “expresa y detenidamente el fondo del asunto” (apartado 5), de donde de modo inequívoco se desprende que lo juzgado fue la denunciada lesión de un derecho fundamental. Conclusión que, según se expone en último lugar, no deviene enervada por la regulación de la casa-

LA LJCA EXIGE LA AUDIENCIA DE PARTE CON ANTERIORIDAD A LA INADMISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN, SALIENDO AL PASO DE LA CONTROVERSIYA SUSCITADA CON LA STC 37/1995 QUE DESESTIMÓ UN RECURSO DE AMPARO FRENTE A UN AUTO DE INADMISIÓN DEL RECURSO POR CARENCIA DE FUNDAMENTO SIN HABER OÍDO A LA PARTE RECURRENTE

ción introducida por la Ley 10/1992, pues, en línea con lo antes dicho, sólo el derecho de reunión queda excluido de la casación *ex art.* 93.2.c) (apartado 6).

En suma, pues, pertinencia de la admisión de la casación en defensa de los derechos fundamentales cuando aquélla se haya impetrado por la vía de la Ley 62/1978, que, en este punto, no adolece de falta de previsión especial, de suerte que debiera entrar en juego, por su carácter supletorio, el régimen de admisión de la casación contemplado con carácter general en la Ley jurisdiccional, por cuanto del mencionado recurso sólo queda excluido el derecho de reunión. Interpretación que, en último término, encuentra su fundamento en la proscripción de la “concepción patrimonialista de los derechos fundamentales” (apartado 7), incompatible con el ordenamiento constitucional español [apartado 9.D)].

4. El último episodio de esta curiosa evolución de la doctrina constitucional acerca de la doble instancia en los procesos contencioso-administrativos que encauzan, por el procedimiento de la Sección Segunda de la Ley 62/1978, pretensiones atinentes a derechos fundamentales y libertades públicas viene encarnado en la STC 189/1999. Aun cuando el recurrente no hiciera en su demanda mención de este extremo, que, sin embargo, sí es notado por el Ministerio Fiscal (I.9), conviene dejar constancia de que el proceso judicial se había acomodado al citado procedimiento de la Ley 62/1978. Un proceso que, luego de la Sentencia recaída en la instancia, conoció de la preparación y ulterior interposición de un recurso de casación *ex art.* 93 de la Ley de 1956, según la instrucción de recursos efectuada por el órgano judicial [I.2.a) y b)]. Y es aquí, justamente, donde se localiza la controversia llevada a conocimiento del Tribunal Constitucional, pues, declarada la inadmisión del recurso de casación (el, nótese bien, efectivamente preparado e interpuesto) por razón de la cuantía *ex art.* 93.2.b) de la Ley jurisdiccional (versión, naturalmente, Ley 10/1992), el solicitante de amparo imputa la denunciada vulneración del derecho de tutela judicial efectiva a la errónea instrucción de recursos, cuyo fiel seguimiento enervó la posibilidad de formalizar el recurso realmente pretendido, a saber, el de casación para la unificación de doctrina (al que, por cierto, se hizo alusión en el escrito de interposición del recurso de casación), que, en el caso debatido, sí era pertinente por razón de la cuantía, de acuerdo con lo consignado en el art. 102. a).2, párrafo primero, de la Ley de 1956.

Pues bien, el recurso de amparo es desestimado, por entender el Tribunal que la no conversión del recurso de casación en otro de casación para la unificación de doctrina no vulnera, de conformidad con su doctrina sobre el derecho de acceso a los recursos legalmente previstos, el de tutela judicial *ex art.* 24.1 CE. Solución a cuyo desvelamiento es de todo punto ajeno cualquier pronunciamiento sobre la doctrina sentada en la STC 188/1994 (aún con la severa corrección –verdadero vaciamiento de contenido, en pureza– de la STC 125/1977), por la simplísima razón de que aquél brilla por su ausencia. Y si bien es cierto que en aplicación del criterio corrector (*rectius*: verdadera y propia rectificación o revocación de la doctrina sentada en la STC 188/1994) incorporado a la STC 125/1997 el fallo de la STC 189/1999, esto es, la denegación del amparo pedido, no habría diferido sustancialmente del

La casación en lo contencioso-administrativo y la tutela judicial efectiva

publicado en el “Boletín Oficial del Estado” (argumento: la cuantía del asunto a que dio lugar esta STC 189/1999 era, en todo caso, determinada), la ausencia de toda referencia a la doctrina de la doble instancia (ahora, casación) ilustra, ante la evidente desobediencia por el Supremo (el Auto recurrido en amparo es de 17 de julio de 1995; posterior, en consecuencia, a la STC 188/1994), acerca del abandono, sin un expreso pronunciamiento al respecto (que, además, ha de provenir del Pleno: art. 13 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), por el Tribunal Constitucional de su propia doctrina. La más elemental deferencia procesal, aquí para con el Ministerio Público, debiera haber llevado a la Sala Segunda del Tribunal Constitucional a dar una respuesta, siquiera sucinta, al alegato del Fiscal.

5. Mas, decía, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 ha consagrado la regla de la doble instancia (o recurso de casación, en su caso), en los supuestos en que se acuda al procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, regulado en los arts. 114 a 122 de la Ley 29/1998. En efecto, las Sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo recaídas en este tipo de procedimiento son siempre susceptibles de apelación [art. 81.2.b)], que lo será en un solo efecto (art. 121.3)¹⁶, en tanto que contra las dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia procederá recurso de casación [art. 86.2.b)] con la excepción del derecho de reunión, según el apartado c) de este mismo precepto¹⁷. De este modo, y aunque sin referencia expresa a las cuestiones de personal [art. 86.2.a)], que, en buena lógica, debieran a estos efectos ser consideradas de cuantía indeterminada, el legislador de 1998 ha consagrado la solución alumbrada por la STC 188/1994, y que, como hemos comprobado, había quedado diluida en la 125/1997, si no, pura y simplemente, arrumbada (STC 189/1999).

IV. LA INTERPRETACIÓN DE LOS REQUISITOS QUE PAUTAN EL ACCESO AL RECURSO DE CASACIÓN: LA STC 119/1998

La STC 119/1998, con desestimación del recurso de amparo entablado, avala la interpretación que plasmó la Sentencia de la Sala Tercera (en Pleno) del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1996 (Ar. 589)¹⁸, que había declarado la inadmisión, al socaire del art. 93.4 de la Ley jurisdiccional (en la redacción dada por la Ley 10/1992), del recurso de casación en su momento interpuesto, por entender que la cuestionada inadmisión no conculca el derecho de tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE.

En concreto, y luego de descartarse la existencia en la Sentencia del Supremo de un “error palmario con relevancia constitucional” (FJ 3º), el pronunciamiento constitucional afir-

(16) Con expresa consideración de la STC 188/1994, Fernando LÓPEZ RAMÓN, “Artículo 81”, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 594 y 595.

(17) Fernando SAINZ MORENO, “Artículo 86”, en los Comentarios citados en la nota anterior, pág. 626.

(18) Un comentario a esta Sentencia en Encarnación MONTOYA MARTÍN, *El recurso de casación contencioso-administrativo, en especial, las causas de inadmisibilidad*, Prólogo de Alfonso PÉREZ MORENO, Mac Graw-Hill, Madrid, 1997, págs. 200 a 204.

mará que “no puede aceptarse que la decisión de inadmisión del recurso de casación haya incurrido en arbitrariedad, ni que el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo haya ‘tergiversado la realidad de la pretensión del recurrente y de la *ratio decidendi*’ de la Sentencia impugnada en casación, según se afirma por la sociedad quejosa con evidente desmesura”.

El referido art. 93.4, cuyo homólogo en la Ley de 1998 es el 86.4¹⁹, exigía que la impugnación de las Sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, respecto de actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas, se fundara en “infracción de normas no emanadas de los órganos de aquéllas que sea relevante y determinante del fallo” recurrido. Pues bien, el FJ 4º de la Sentencia 119/1998 desarrollará las razones en que se fundamenta la decisión desestimatoria:

“Resulta, en primer lugar, que el Tribunal Supremo inadmite el recurso de casación planteado en aplicación de una causa legalmente establecida: la que se prevé en el art. 93.4 LJCA, en virtud del cual aquel sólo puede plantearse cuando exista infracción de normas ‘no autonómicas’, ‘relevante y determinante del fallo de la Sentencia’.

En segundo lugar, la interpretación que de la mencionada causa de inadmisión hace el Alto Tribunal no es arbitraria o irrazonable, único motivo por el cual, siempre en el ámbito del acceso a los recursos, cabría estimar violación del art. 24.1 CE. El órgano judicial considera que, a los efectos de dilucidar si se está o no ante el supuesto previsto en el art. 93.4 LJCA, debe atenderse exclusivamente al ‘verdadero objeto del proceso’ con independencia de aquellos razonamientos que pudiera hacer el Tribunal de instancia fuera de los términos en que se ha producido el debate. En definitiva, la Sentencia impugnada en amparo sienta la doctrina de que nunca un pronunciamiento incongruente –o, lo que es igual, que nunca debió producirse– no puede abrir la puerta a un recurso de casación.

En definitiva, el órgano judicial llega a la conclusión de que los preceptos constitucionales en los que se fundó el recurso de casación fueron traídos a colación por la Sentencia de instancia en relación con una cuestión –la adecuación constitucional de la ley 12/1991 y sus normas de desarrollo– que se hallaba extramuros del debate procesal fijado por las partes²⁰.”

(19) Sobre este último, Fernando SAINZ MORENO, “Artículo 86”, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 624 y 625; Encarnación MONTOYA MARTÍN, “El recurso de casación”, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, dirigidos por Jesús LEGUINA VILLA/ Miguel SANCHÉZ MORÓN, Lex Nova, Valladolid, 1999, págs. 430 a 433; Antonio JIMÉNEZ-BLANCO, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, coordinador Jesús SANTOS VIJANDE, Edersa, Madrid, 1999, págs. 692 y 693.

(20) Conclusión que es fruto de la consideración de diversos extremos contenidos en la demanda contencioso-administrativa (en la que se impugnaban dos normas reglamentarias autonómicas que, en desarrollo de la Ley balear 12/1991, regulaban el Impuesto sobre Instalaciones que Incidan en el Medio Ambiente) y en la decisión recurrida en casación; extremos que el FJ 4º de la STC 119/1998 sintetiza así:

“a) El fundamento jurídico quinto se limitaba a recordar al Tribunal, sin mencionar precepto constitucional alguno y –se decía– con el ánimo de ‘problematizar’ sobre la cuestión, que las citadas normas habían sido objeto de un recurso anterior (el núm. 105/93) ante la misma Sala sobre el que aún no existía Sentencia. Quizá, como afirma la demanda de amparo, con esta referencia se pretendía plantear otra vez la cuestión de la legitimidad de la normativa autonómica desde la perspectiva constitucional. Lo cierto es, sin embargo, que no se hizo clara y precisamente.

Y, más precisamente, por lo que se refiere, desde la óptica de la exigencia contenida en el art. 93.4, a la específica incidencia del Derecho no autonómico en la resolución del pleito, se dirá:

“En relación con el Real Decreto 1085/1992, el Tribunal Supremo aplica la causa de inadmisión del art. 93.4 LJCA, al considerar que dicha norma no era determinante del fallo de la Sentencia de instancia. Y es ésta una postura fruto de un argumento que no cabe calificar de irrazonable ni de arbitrario.

En efecto, la exención en el Impuesto que reclama la actora depende de dos circunstancias: que el sujeto pasivo sólo sea titular de depósitos de almacenaje de gases y que éstos únicamente se empleen para la venta al por menor del producto. El Real Decreto 1085/1992 –señala el Alto Tribunal– sólo es mencionado por la Sentencia de instancia para negar que concurre el segundo de los requisitos; pero también rechaza que se dé el primero de ellos, y ésta es una apreciación ‘no combatida –ni siquiera aludida– en el recurso de casación’. Así pues, ‘aun aceptando a título de mera hipótesis que la empresa recurrente se limitase a comercializar sus productos en régimen minorista –se termina concluyendo–, siempre quedaría subsistente la ausencia de otro requisito o circunstancia condicionante de la controvertida exención, regido por normativa autonómica, y del que no se efectúa discrepancia alguna por la entidad mercantil recurrente’.

A juicio de la demanda de amparo, sin embargo, de la expresión empleada por el Tribunal de instancia ‘pudiendo ser titulares de instalaciones o estructuras a las que se refiere el art. 1.2 de la ley’ (destinadas a otras actividades diferentes a las de almacenaje) no es posible interpretar que se esté negando también la concurrencia de la primera de las condiciones de la exención. Desde luego, el tiempo verbal empleado (‘pudiendo ser titular’) suscita dudas; pero lo que no es

b) En el suplico del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, la entidad realmente se limitaba a solicitar la nulidad de la liquidación tributaria practicada y la declaración del derecho a la exención en el IIIIMA en virtud del art. 4.2 de la Ley 12/1991; esto es, como advierte el Letrado de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, no se impugnaban las citadas normas autonómicas ni se reclamaba del Tribunal de instancia el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

c) La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares recurrida en casación, en los fundamentos de derecho segundo a sexto (ambos inclusive) no hace otra cosa que transcribir los fundamentos primero a quinto de la Sentencia de 4 de febrero de 1994, con ‘desconexión total de las alegaciones y pretensión ejercitada en el nuevo recurso’, como se desprende de las alusiones a la inoportunidad de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que no fueron solicitadas en el recurso 1055/93 [sic]. Que el verdadero objeto del proceso se centraba en precisar si la actora tenía o no derecho a la exención en el IIIIMA reclamada, es algo que advierte el propio Tribunal de instancia al calificarla en el fundamento de derecho séptimo de la Sentencia recurrida en casación como ‘cuestión de fondo’.”

LA LJCA HA RECOGIDO LA REGLA DE LA DOBLE INSTANCIA O RECURSO DE CASACIÓN, EN SU CASO, EN LOS SUPUESTOS EN QUE SE ACUDA AL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES REGULADO EN LOS ARTÍCULOS 114 A 122

dudoso es que no puede decirse –como hace la demanda de amparo– que la interpretación del Tribunal Supremo es ‘arbitraria para forzar una decisión a la que se ha decidido llegar a toda costa’ ” (FJ 5º).

V. EL ERROR PATENTE COMO LÍMITE INEXCUSABLE EN LA APRECIACIÓN DE LOS REQUISITOS DE ACCESO A LA CASACIÓN

La STC 236/1998 (expresiva, por lo demás, de un criterio firmemente asentado en la jurisprudencia constitucional) enjuicia un supuesto de inadmisión del recurso de casación a la que se imputa la transgresión del art. 24.1 CE como consecuencia del error patente padecido por el Supremo. En concreto, aquélla había sido dictada de conformidad con el art. 100.2.b) de la Ley jurisdiccional (versión Ley 10/1992), por entenderse que el recurso suscitaba cuestiones no planteadas en el escrito de demanda²¹.

El encuadramiento del caso analizado viene proporcionado por la dicotomía acceso a la jurisdicción/acceso al recurso, a fin de perfilar la incidencia que, desde la perspectiva del art. 24.1 CE, despliega el principio *pro actione*. Y así, se reconocerá que la distinta relevancia constitucional del acceso a los recursos y del acceso a la jurisdicción supone que “mientras que el derecho a la obtención de una resolución judicial razonada y fundada goza de una protección constitucional en el art. 24.1 CE, el derecho a la revisión de esta resolución es, en principio, y dejando a salvo la materia penal, un derecho de configuración legal al que no resulta aplicable el principio *pro actione*”. Principio que “impone ‘la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican’ (SSTC 88/1997, 150/1997, 184/1997 y 38/1998), [y que] sólo rige, en principio, en el ámbito del acceso a la jurisdicción, esto es, del derecho a obtener una respuesta judicial, que sólo puede limitarse válidamente si se satisfacen las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción de todo derecho fundamental, y en el de los recursos penales, en virtud de la exigencia constitucional de una doble instancia a favor de quien resultó condenado”.

Y prosigue el FJ 2º de la STC 236/1998:

“En los demás casos, el derecho de acceso a los recursos sólo surge de las leyes procesales que regulan dichos medios de impugnación. Por consiguiente, ‘la interpretación de las normas que contemplan causas de inadmisión de recursos es, como la de la entera legalidad procesal, competencia exclusiva de los Jueces y Tribunales ordinarios, sin que, en general, en el ejercicio de la misma el art. 24.1 CE les imponga más limitaciones que las derivadas del canon del error patente, la arbitrariedad o la manifiesta irrazonabilidad’ (SSTC 88/1997 y SSTC 37/1995, 170/1996 y 211/1996 citadas en ella).”

(21) Por referencia al citado art. 100.2.b) Encarnación MONTOYA MARTÍN, El recurso de casación contencioso-administrativo: en especial, las causas de inadmisibilidad, págs. 60 y 61, y, de la misma autora, en relación con el art. 93.2.b) de la Ley 29/1998, traspunto de aquél, en los Comentarios supra citados dirigidos por SANTOS VIJANDE, págs. 735 y 736.

La casación en lo contencioso-administrativo y la tutela judicial efectiva

Error patente, arbitrariedad y manifiesta irrazonabilidad, pues, como únicos límites a la labor de interpretación de los requisitos que pautan el acceso a los recursos (y que, obviamente, se extienden con mayor razón a la propia dispensa de la justicia, a menos de tornar a aquélla en mera “apariencia”: STC 148/1994, FJ 4º), y que, en esta lógica, sí se incardinan en las exigencias inherentes al art. 24.1 CE. De ahí que en el caso a que se contraía la STC 236/1998²², una vez constatado el error en que incurrió el Auto de inadmisión, al fundar ésta en una causa (la alegación como motivo del recurso de casación de un extremo que no se hizo valer en la demanda, de donde aquélla suponía la introducción de una “causa nueva”) inexistente, el pronunciamiento de la jurisdicción constitucional sea estimatorio de la pretensión hecha valer en amparo. Consecuencia que se justifica del modo que sigue:

“El error es patente pues es inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales (SSTC 219/1993, 162/1995 y 162/1998) –basta la lectura de la demanda y el escrito de conclusiones–; y, por otra parte, produce efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano (SSTC 172/1985, 101/1992, 160/1996 y 54/1997), y es determinante de la decisión adoptada al constituir su *ratio decidendi*, por lo que puede afirmarse que el contenido de la resolución hubiera sido otro de haberse advertido el mismo (SSTC 124/1993, 107/1994, 13/1995, 160/1996, 58/1997, 124/1997 y 170/1997)” (FJ 4º).

Otorgamiento del amparo que, no obstante, y en la línea de la STC 160/1996, se traduce en el reenvío del asunto al Supremo a fin de que éste se pronuncie sobre la concurrencia en el escrito de formulación del recurso de casación de los requisitos establecidos en la Ley jurisdiccional.

VI. EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA: DOS MUESTRAS ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS REQUISITOS A QUE SE SUPEDITA SU ADMISIÓN

1. Las dos muestras que engloba este epígrafe dicen relación con la interpretación que el Supremo ha venido realizando, y el Tribunal Constitucional fiscalizando ex art. 24.1 CE, acerca de otros tantos requisitos contenidos en el art. 102.a).4 de la Ley jurisdiccional, en la redacción dada por la Ley 10/1992. Precepto que, en consecuencia, interesa transcribir para apercibirse del sentido de aquella interpretación y, ulteriormente, confrontar su tenor con el del art. 97.2 de la Ley 29/1998:

“El escrito de preparación se presentará en el plazo de diez días a partir de la notificación de la Sentencia, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal sentenciador y deberá contener la fundamentación de la infracción legal cometida en la sentencia impugnada con relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, aportando certifi-

(22) La impugnación contencioso-administrativa, que tenía por objeto unas resoluciones administrativas sobre liquidación de tasa por alcantarillado, argumentaba que la invalidez de aquéllas traía causa de la propia Ordenanza reguladora, extremo que, al no ser considerado por la Sentencia de instancia, dio lugar a que el recurso de casación se articulara sobre dos motivos: uno, la referida ilegalidad de la Ordenanza; y, dos, la incongruencia omisiva en que habría incurrido la Sentencia impugnada, por haber dejado incontestada la pretensión relativa a este extremo (FJ 4º).

cación de la sentencia o sentencias contrarias. La no aportación de la certificación de la sentencia o sentencias contrarias deberá subsanarse en el plazo de diez días a menos que la parte acredite haberla solicitado en el tiempo oportuno y no haberse expedido, en cuyo caso la Sala lo reclamará de oficio. En todo caso, se aportará copia simple de la sentencia o sentencias alegadas.”

Estos dos requisitos a que aludía son, de un lado, la aportación con el escrito de preparación del recurso de casación para la unificación de doctrina de la oportuna certificación de la sentencia o sentencias alegadas como término de contraste; y, de otro, la aportación, en todo caso, de copia simple del texto completo de la sentencia o sentencias alegadas.

2. Pues bien, en relación con el primero de los extremos consignados, la controversia se suscita a propósito del carácter del indicado plazo de diez días dentro de los que (si no se hubiera hecho en el momento de formular el escrito de preparación) habrá de aportarse la oportuna certificación de la sentencia o sentencias de contraste²³.

En este sentido, podría entenderse, y tal es el *punctum saliens* de los recursos de amparo a que se contraen las SSTC 162/1998 y 192/1998, que el archivo de las actuaciones viene condicionado al previo requerimiento por el órgano judicial para que, una vez transcurrido aquel plazo, se proceda por el interesado a la presentación de la correspondiente certificación, en cuanto interpretación que mejor se cohoneste con el favorecimiento del acceso al recurso. Interpretación esta que, en virtud de la doctrina, ya expuesta en sus trazos generales, de la no extensión del principio *pro actione* al acceso a los recursos, no ha obtenido el refrendo de la jurisprudencia constitucional. En efecto, en el FJ 4º de la STC 162/1998 puede leerse, luego de que en el anterior el Tribunal recuerde su jurisprudencia al respecto²⁴, lo siguiente:

(23) Posibilidad que aparece como alternativa a la mera acreditación de haberse solicitado en el tiempo oportuno (esto es, en el término de diez días previsto para presentar el escrito de preparación) la correspondiente certificación, en cuyo caso, de no haber sido expedida, surge para el órgano judicial la obligación de reclamarla de oficio. Obligación que, por tanto, no será exigible bien por no haberse producido la oportuna solicitud en el plazo establecido, bien por [en aplicación del último inciso del referido art. 102.a).4] no haberse aportado copia simple del texto completo de la sentencia o sentencias alegadas.

(24) Jurisprudencia que se extracta así:

“Procede comenzar recordando nuestra doctrina sobre el acceso a los recursos, formulada por el Pleno de este Tribunal en las SSTC 37/1995 y 211/1996, en los términos recogidos en la STC 132/1997 (fundamento jurídico 2º), conforme al cual ‘el art. 24.1 CE garantiza el acceso a la jurisdicción como elemento esencial del contenido de la tutela judicial, consistente en provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en la decisión de un Juez. En cambio, el sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le dé cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales’. Igualmente se ha declarado que no resulta contraria a la tutela judicial efectiva la existencia de determinados requisitos de acceso a los recursos previstos en las normas procesales, que atiendan a diversas finalidades consideradas por el legislador para su establecimiento; según la misma doctrina, tampoco lesiona el art. 24.1 CE la interpretación que los Tribunales ordinarios realicen de tales requisitos legales, tarea que cumple a ellos llevar a cabo y en la que el Tribunal Supremo ostenta condición de intérprete último como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes (art. 123.1 CE) (STC 89/1998, fundamento jurídico 3º). Por consiguiente, ‘cuando existan dos interpretaciones admisibles según el tenor de las leyes procesales vigentes, la balanza constitucional no puede inclinarse en ningún sentido para optar entre dos soluciones ambas razonables, sin interferir en el núcleo de la potestad de juzgar cuya independencia de criterio predica la Constitución’ (STC 132/1997, fundamento jurídico 2º).

La casación en lo contencioso-administrativo y la tutela judicial efectiva

“Si el Tribunal Supremo viene entendiendo que el referido plazo de subsanación ‘corre sin previo requerimiento pues tiene como destinatario directo al propio recurrente’, ello podrá sin duda ser discutido en el específico ámbito de la legalidad procesal, pero no puede tenerse como una interpretación que quepa llegar a calificar de ‘arbitraria, inmotivada, fundada en un error con relevancia constitucional o tomada de forma rigorista y manifiestamente desproporcionada entre la causa de inadmisión advertida y las consecuencias que se han seguido’ (STC 89/1998, FJ 3º), únicos supuestos en los que nos correspondería apreciar una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Descartado, de entrada, que nos encontremos ante una interpretación que quepa calificar de arbitraria, inmotivada o fundada en el error, tampoco puede entenderse que la misma se haya adoptado de modo rigorista y patentemente desproporcionado. Es de tener en cuenta, a este respecto, que la mencionada interpretación se proyecta, no sobre las exigencias de cumplimiento de un determinado requisito, sino sobre la configuración de una posibilidad de subsanación de un requisito, por tanto, previamente desatendido; el que, como consecuencia de una determinada interpretación, dicha posibilidad de subsanación tenga un alcance menor al que pudiera resultar de otras interpretaciones perfectamente razonables y más favorables a la admisión del recurso, no nos sitúa ante una interpretación manifiestamente desproporcionada, en el sentido de que se encuentre ausente de toda relación de proporción entre la entidad del incumplimiento y la pérdida del recurso. Se trata, por el contrario, de un requisito dirigido a la adecuada ordenación del acceso al Tribunal Supremo, ajeno por tanto a una simple formalidad procesal, cuyo incumplimiento no pudiera verse sancionado con la inadmisión del recurso sin que se incurra en una evidente desproporción.”

Negación, por tanto, de que la interpretación cuestionada puede ser tildada de arbitraria, inmotivada, incurra en error con relevancia constitucional o manifiestamente rigorista o desproporcionada, en la medida que el destinatario de la posibilidad subsanatoria comentada es el propio interesado, que debe atender, en razón a la adecuada ordenación del acceso al Supremo, al cumplimiento de dicha posibilidad en el plazo al efecto establecido.

3. Aun cuando sin un refrendo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (al menos, claro es, en pronunciamientos que revistan la forma de Sentencia) parece que el criterio plasmado en la STC 162/1998 (criterio que confirman las Sentencias 192/1998, 213/1998 y 23/1999) es, por las mismas razones allí expuestas, aplicable al plazo de interposición del recurso de casación (en sus distintas modalidades). En efecto, los números 2 y 3 del art. 99 de la Ley de 1956 (versión Ley 10/1992) y 2, 3 y 4 del art. 92 de la Ley 29/1998 prescriben que el recurso de casación será declarado desierto si no se interpone en el término de treinta días; plazo, ha de entenderse, cuyo agotamiento sin que haya precedido la presentación del escrito de interposición supone de manera ineluctable, sin necesidad de previo requerimiento de subsanación (art. 138 de la Ley de 1998), la caducidad del derecho y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones.

Lo anterior no implica, sin embargo, que no sea posible control alguno en sede de amparo de las decisiones judiciales de acceso a los recursos, sino más bien que ‘la intervención de este Tribunal queda, pues, reservada a los supuestos en los que la interpretación o aplicación de los requisitos resulta arbitraria, inmotivada, fundada en un error con relevancia constitucional o tomada de forma rigorista y manifiestamente desproporcionada entre la causa de inadmisión advertida y las consecuencias que se han seguido para la efectividad de la tutela judicial, criterio que, recordado con carácter general, se ha aplicado específicamente para valorar la casación para la unificación de la doctrina (SSTC 239/1993, 337/1993, 126/1994, 141/1994, 256/1994, 132/1997 y 39/1998)’ (STC 89/1998, fundamento jurídico 3º).”

En este punto, se advierte la diferente intensidad del principio *pro actione* en los dos distintos momentos de acceso a la jurisdicción y de acceso al recurso. En efecto, el número 2 del art. 52 de la Ley 29/1998, luego de consignar en su primer inciso que “si la demanda no se hubiere presentado dentro del plazo, el Juzgado o Sala, de oficio, declarará por auto la caducidad del recurso”, no obstante (inciso segundo) “se admitirá el escrito de demanda, y producirá sus efectos legales, si se presentare dentro del día en que se notifique el auto”²⁵.

Posibilidad subsanatoria o rehabilitadora que el Tribunal Supremo entendió en algún momento de pertinente extensión el escrito de demanda al socaire de lo previsto en el art. 121.1 de la Ley de 1956²⁶; entendimiento que, anclado en el art. 24.1 CE, fue sin embargo abandonado con posterioridad a fin de hacer entrar en juego la regla específica del art. 67.2, que prevé la declaración de caducidad del recurso si no se hubiere formulado la demanda en el plazo al efecto establecido²⁷.

4. Directamente imbricada en la doctrina de la STC 162/1998, la 216/1998 (y, en idéntico sentido, las 218/1998 y 61/1999) ha avalado, en relación con el recurso de casación para la unificación de doctrina, la exigencia de adjuntar al escrito de preparación copia simple del texto completo de la sentencia o sentencias alegadas como término de contraste, que preveía el último inciso del art. 102.a).4 de la Ley de 1956, en la versión de la Ley 10/1992²⁸. De ahí que la decisión de inadmisión del recurso intentado por falta de

(25) Acerca de este mecanismo subsanatorio o rehabilitador, con referencia a las fluctuaciones habidas en la jurisprudencia del Supremo en relación con los arts. 67.2 y 121.1 de la Ley de 1956, Germán VALENCIA MARTÍN, “Artículo 52”, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 44 a 52.

(26) Sentencias de 24 de abril, 13 de junio y 28 de septiembre de 1984; 5 de julio de 1986; 13 de abril y 22 de junio de 1987; 8 de abril y 2 de octubre de 1989; 24 de abril de 1990; y Autos de 12 de junio de 1980; 11 de febrero y 7 de mayo de 1987; 12 de junio y 31 de octubre de 1989; 14 de abril de 1992.

(27) Sentencias, entre otras, de 24 de abril de 1984 y 22 de junio de 1987, que retoman así la línea tradicional en este ámbito: Sentencias de 24 de junio de 1958; 7 de noviembre de 1961; 21 de junio de 1974. En general, sobre los diferentes criterios en la jurisprudencia del Supremo, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 20 ed., Civitas, Madrid, 1994, págs. 864, 865, 1458 y 1459; VALENCIA MARTÍN, págs. 450 a 452, con amplia reseña jurisprudencial.

(28) El FJ 3º de la STC 216/1998 (en redacción que recoge el mismo ordinal de la 218/1998), en línea con lo señalado en las SSTC 162/1998 y 192/1998, a propósito de la subsanación de la falta de aportación con el escrito de preparación del recurso de casación para la unificación de doctrina de la certificación de la sentencia o sentencias de contraste, explica del modo que sigue la trazazón de los distintos requisitos a cuyo cumplimiento se sujeta la admisión de los indicados recursos:

“(…) el recurso de casación para la unificación de doctrina, de naturaleza extraordinaria, se ordena para garantizar la unidad de la jurisprudencia con ocasión de pronunciamientos contradictorios con supuestos de hecho idénticos y la misma *ratio decidendi*, para dar efectividad así al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. Su preparación, según el art. 102. a), apartado 41, de la LJCA, se formaliza ante el Tribunal autor de la Sentencia que se trata de recurrir mediante un escrito reducido a fundamentar la infracción legal que se le achaca con relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, a la que ha de acompañarse certificación de la Sentencia o Sentencias que se aducen como contrarias. Dado el perentorio plazo que se concede para preparar el recurso (diez días desde la notificación) y ante la eventualidad de que en ese plazo no pueda obtenerse y presentarse la certificación exigida, el propio precepto legal permite subsanar la falta en el plazo de diez días desde la presentación del escrito, salvo que quien pretenda recurrir acredite haber solicitado aquélla en tiempo oportuno, sin que, pese a ello, le haya sido expedida, en cuya hipótesis habrá de ser el Tribunal sentenciador quien la reclame de oficio.

En cualquier caso, se subsane la falta en el mencionado plazo de diez días o se acredite haber pedido en su momento la certificación, con el escrito de preparación debe presentarse copia simple del texto completo de las Sentencias que se dicen contradictorias con la impugnada”.

aportación del texto completo de las sentencias aducidas sea “constitucionalmente admisible, cualquiera que fuese su grado de exactitud relativa respecto de la voluntad objetivada de la ley o la subjetiva del legislador y aún en la hipótesis de que fuera la más adecuada para que el derecho fundamental se realice plenamente” (SSTC 216/1998, FJ 3º y 218/1998, FJ 3º).

La Ley 29/1998, que ha suprimido el momento de la preparación del recurso de casación para la unificación de doctrina, al señalar que éste “se interpondrá directamente ante la Sala sentenciadora en el plazo de treinta días (...) mediante escrito razonado que deberá contener relación precisa y circunstancias de las identidades determinantes de la contradicción alegada y la infracción legal que se imputa a la sentencia recurrida” (art. 97.2), no alude ya a la necesidad de aportar, en defecto de la certificación de la sentencia o sentencias alegadas con mención de su firmeza²⁹, copia simple del texto completo de aquéllas (amén de la certificación documental de haberse solicitado).

No obstante, y a la luz de la jurisprudencia del Supremo que ha desembocado en las SSTC 216 y 218/1998, no parece previsible, dada la índole del requisito, que se configure como posibilidad alternativa a la aportación de las oportunas certificaciones,³⁰ que el Tribunal Supremo cambie su criterio al respecto, habida cuenta de que es el elemento que, *prima facie*, permite verificar la concurrencia de identidades precisas como fundamento de la contradicción alegada.

VII. LA REAFIRMACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA: LA STC 222/1998

1. La STC 222/1998 encara un supuesto de inadmisión de un recurso de casación para la unificación de doctrina decretada de conformidad con lo prevenido en el art. 102.a).4 de la Ley de 1956 (versión Ley 10/1992), y cuya doctrina (la Sentencia

(29) Exigencia de la mención de la firmeza que el legislador de 1998 ha incorporado a la vista del aval que la STC 132/1997 prestó a la misma; y que, por otro lado, se revela consustancial a la naturaleza del recurso de casación para la unificación de doctrina, cuya ratio, el aseguramiento de la unidad de la jurisprudencia (SSTC 216/1998, FJ 3º, y 218/1998, FJ 3º), demanda la existencia de pronunciamientos firmes a fin de concluir en la contradicción que se alega como fundamento del recurso.

(30) Crítica la rigidez del nuevo texto legal en punto a la exigencia de las certificaciones de las sentencias de contraste José Luis PIÑAR MANAS, “Artículo 97”, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 687 y 688.

LA INTERPRETACIÓN DE LOS REQUISITOS DE ACCESO A LOS RECURSOS ES COMPETENCIA DE LOS JUECES Y TRIBUNALES ORDINARIOS, SIN QUE EN EL EJERCICIO DE LA MISMA EL ARTÍCULO 24 CE LES IMPONGA MÁS LIMITACIONES QUE LAS DERIVADAS DE ERROR PATENTE, ARBITRARIEDAD Y MANIFIESTA IRRAZONABILIDAD

es, al igual que las de cobertura, de la Sala Primera; circunstancia que, probablemente, permite dar cuenta del porqué no se traen a colación las SSTC 216/1998 y 218/1998, más ajustadas, por la índole de su objeto, al caso analizado) se ancla en la sentada en las SSTC 162/1998 y 192/1998. La ratio de la inadmisión [y, en este punto, el tenor de los Antecedentes –apartado 2.f)– revela una falta de sintonía con lo consignado en la fundamentación jurídica, habida cuenta de que en aquéllos se dice que la decisión combatida en amparo era consecuencia de “no haberse aportado, junto con el escrito de preparación del recurso, copia simple del texto completo de las Sentencias y por resultar extemporánea la presentación de las certificaciones”] se hace descansar en el texto que ofrece el fundamento jurídico 2º, según el cual “la cuestión debatida se ciñe a la no aportación de la copia simple del texto completo de las Sentencias contrarias y no a la extemporaneidad de la presentación de las certificaciones”, de suerte que, en puridad, “no hay dos causas de inadmisión”, en la medida en que “la circunstancia determinante de la inadmisión no fue la no presentación de las certificaciones en el momento de la preparación del recurso (...), sino el haber aportado la solicitud de certificación sin adjuntar al mismo tiempo la copia simple del texto completo de las Sentencias contrarias, exigencia esta prescrita ‘en todo caso’ por el art. 102.a).4 de la LJCA y que fue lo intentado por la recurrente (FJ 2º).

Pues bien, en esta tesitura, la solución vendrá dada, según se ha anticipado, por los criterios a que se contraen las SSTC 162/1998 y 192/1998. En efecto, en el último párrafo del FJ 3º puede leerse lo siguiente:

“En las SSTC 162/1998 y 192/1998 aludíamos a la razón de ser de la aportación, en la fase de preparación del recurso de casación para la unificación de doctrina, de la certificación de las Sentencias contrarias o de la acreditación de haberlas solicitado (añadiéndose la necesidad de aportar ‘en todo caso’ la copia simple del texto completo de las mismas). Pues bien, si entonces dijimos que la inadmisión del recurso de casación por no haberse aportado en el plazo indicado la certificación y sin que el Tribunal hubiese requerido para ello al recurrente ‘no puede entenderse como una interpretación que quepa llegar a calificar de arbitraria, inmotivada, fundada en un error con relevancia constitucional o tomada de forma rigorista y manifiestamente desproporcionada entre la cuasa de inadmisión advertida y las consecuencias que se han seguido’ (SSTC 89/1998, FJ 3º y 162/1998, FJ 4º), no otra cosa podemos ahora concluir en este caso en vista de la no aportación de la copia simple del texto completo de las Sentencias contrarias. Se trata de un requisito destinado a que tanto el Tribunal de instancia, en fase de preparación del recurso, como el Tribunal Supremo, en fase de interposición, verifiquen a primera vista si se da o no la contradicción alegada, y para ello se requiere comprobar la identidad de los hechos de las Sentencias. Tal comprobación sólo puede hacerse mediante la aportación de su texto completo, razón por la cual la inadmisión del recurso estaba en este caso justificada. No cabe pues afirmar, como se hace en la demanda de amparo, que la inadmisión es desproporcionada y en exceso rigorista, ni tampoco que carece de apoyo legal por no estar expresamente prevista en la LJCA. La afirmación del Auto impugnado según la cual ‘es claro que, al no haberse acompañado la copia simple del texto completo, la preparación del recurso

La casación en lo contencioso-administrativo y la tutela judicial efectiva

no se ajustaba a lo previsto en el art. 102 a).4 de la LJCA', (fundamento de derecho 3º) y la consiguiente inadmisión son consecuencias lógicas a la vista de la razón de ser de los requisitos de dicho artículo. En virtud de ello y del espíritu que anima la LJCA, tampoco parecen argumentos atendibles el hecho de que la recurrente, mostrando ciertamente la diligencia debida, solicitó las certificaciones el día antes de la preparación del recurso –solicitud que a juicio del Auto impugnado era defectuosa, sin que ello tenga relevancia para la cuestión ahora debatida– o el hecho de haber aportado la fotocopia de la publicidad de la Sentencia en la versión de un conocido repertorio jurisprudencial –versión que no recoge el texto completo–. Así pues, el Auto del que trae causa el presente recurso de amparo no ha lesionado el derecho a la tutela judicial de la empresa recurrente por haberle denegado el acceso a la casación.”

En consecuencia, por tanto, exigencia de aportar, junto con el escrito de preparación del recurso de casación para la unificación de doctrina, copia simple del texto completo de la Sentencia o Sentencias alegadas como término de contraste, de no adjuntarse la correspondiente certificación, cuya solicitud, en todo caso, ha de haberse instado “en tiempo oportuno”, esto es, en el plazo conferido para formular el escrito de preparación. Exigencia a la que, como corolario necesario, no cabe imputar infracción del art. 24.1 CE en su dimensión del derecho de acceso a los recursos legalmente previstos.

2. A la STC 222/1998 se incorpora un Voto Particular del Magistrado GARCÍA MANZANO, al que se adhiere el Magistrado GIMENO SENDRA (ponente, por cierto, de la Sentencia), en el que se refleja no sólo, obviamente, su discrepancia respecto de la solución dada al caso analizado, sino que asimismo se vierte una serie de consideraciones, desde la perspectiva de la dicotomía acceso a la jurisdicción/acceso a los recursos, acerca del sentido con que deben ser interpretados los requisitos que pautan al acceso, en el supuesto considerado, al recurso de casación para la unificación de doctrina.

A) Así, en primer lugar, y luego de mostrar su divergencia respecto del entendimiento que, a partir de la STC 37/1995, viene efectuando la jurisprudencia constitucional sobre la concreta imbricación del acceso a los recursos en la tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE, en la medida en que, dice, “no hay una tutela judicial efectiva plena y otra debilitada o de inferior rango”, pone de manifiesto la peculiaridad del caso enjuiciado, peculiaridad que debiera haber llevado a la estimación del recurso de amparo. En efecto, se sostiene, en este caso la Sala de instancia había declarado erróneamente no tener por preparado el recurso de casación para la unificación de doctrina; decisión que fue revocada en queja por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, cuyo Auto advierte, y éste es el *punctum saliens* de la discrepancia mostrada, que “asimismo aparecen cumplidos los demás requisitos de este precepto en orden a legitimación, plazo y demás requisitos procesales”. En consecuencia, apostilla GARCÍA MANZANO, “si bien incumbe a éste (al Tribunal Supremo) el reexamen, en trámite de admisión, de si la preparación del recurso fue correcta [como lo permite el art. 102.a) de la LJCA], no cabe desconocer que este nuevo examen no puede ir realizándolo a lo largo de la tramitación del recurso, y que una vez realizado positivamente con ocasión de la queja no cabe que, sin mediar solicitud de parte, deje sin efecto, de oficio, tal pronunciamiento, como viene de hecho a hacer en el Auto objeto de este amparo”, de suerte que “no cabe, pues, desmenuzar el proceso para, en cada uno de los diversos

momentos o fases procesales, examinar si el primer trámite del recurso de casación –la preparación– fue o no correctamente cumplido” (apartado 1).

B) Las consideraciones que siguen del Voto Particular atienden a dos cuestiones que, aunque reconducibles al caso considerado, trascienden al entendimiento del acceso a los recursos desde la óptica del derecho de tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE.

a) De un lado, aquéllas se detienen en el examen de la finalidad perseguida por la exigencia de los requisitos consignados, para la modalidad casacional contemplada, en el art. 102.a). 4 de la Ley jurisdiccional. En este sentido, entiende que “el requisito adicional de aportar ‘copia simple del texto completo de la Sentencia o Sentencias alegadas’, requerido por el inciso final del precepto, carece de sentido, y es redundante, cuando al escrito de preparación se acompañan ya las certificaciones de la Sentencias contradictorias (si éstas se obtienen en el preteritorio plazo de diez días hábiles desde la notificación de la Sentencia adversa)”, de modo que “solamente cuando, no aportadas las certificaciones o no subsanado el requisito (que entiendo debe ser siempre a requerimiento de la Sala, y no como la simple y automática adición de nuevo plazo decenal), acredite el recurrente que ha solicitado y aún no obtenido aquéllas, tendrá sentido acompañar también la copia simple del texto íntegro de las Sentencias alegadas, para facilitar que la Sala de instancia pueda cumplir con su deber de reclamarlas de oficio” (apartado 3)³¹.

b) De otro, el Voto Particular se extiende en una serie de precisiones acerca de “los límites de este Tribunal para incidir en las apreciaciones o determinaciones efectuadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo” (apartado 2). Precisiones que se exponen del modo siguiente:

“No se trata, en mi criterio, de que el Auto de inadmisión carezca de suficiente motivación, ni siquiera de que la que sirve a fundarlo pueda tildarse de errónea o arbitraria, etc. Lo que ocurre es que tal Auto, como decisión producida en el seno del proceso, es el eslabón final de una secuencia temporal que cierra el acceso al recurso, al declarar la inadmisión de éste. El Auto ha de verse, si se permite este modo de expresión, desde el final del proceso y a lo largo de todo él, como unidad en que el proceso consiste, y no como una pieza aislada del mismo. Considerado desde esta perspectiva más amplia o global y atendidos los términos o circunstancias del caso, sucintamente expuestos, es claro, a mi juicio, que el Auto impugnado culmina un entendimiento rigorista de las exigencias procesales

(31) Y apostilla el Magistrado discrepante:

“Cualquier otra interpretación que sustantive este último requisito, haciéndolo extensivo a todos los supuestos con base en una exégesis literal de la locución ‘en todo caso’ que encabeza el inciso final comentado, es contrario, como inútilmente obstaculizadora, a la tutela judicial efectiva que garantiza, también en la vía de los recursos, el art. 24.1 de la Constitución. Cabe añadir que la exigencia en sus propios términos de este requisito, atinente a la ‘integridad’ del texto judicial, es de muy difícil cumplimiento, dada la no inserción del texto de las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional en colección oficial alguna, y la inserción temporalmente desfasada de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo. Si la aportación del texto de las Sentencias contrarias, dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, tal como aparecen recogidas en la colección o repertorio particular utilizado por la entidad recurrente, fue suficiente en el caso para que la Secretaría de dicha Sala procediera a expedir las certificaciones, ¿no hubiera sido también bastante para que la Sala de Madrid, y la propia Sala Tercera del Tribunal Supremo después, pudieran realizar el juicio de contraste o contradicción? La respuesta, en mi opinión, ha de ser afirmativa.”

La casación en lo contencioso-administrativo y la tutela judicial efectiva

que se dicen incumplidas, y lleva a cabo una sustantivación del carácter instrumental de aquéllas, impidiendo que la pretensión unificadora ejercitada reciba una respuesta por parte del Tribunal Supremo, respuesta que contribuye a la certeza del Derecho, a través de su función estrictamente casacional.”

3. Un par de observaciones al hilo de las reflexiones del Magistrado GARCÍA MANZANO. En primer lugar, considerar, a la vista del caso que motiva la discrepancia formulada, que los términos en que la Sala Tercera del Tribunal Supremo, al revocar en queja la decisión de instancia de tener por no preparada la casación para unificación de doctrina, se pronunció inicialmente sobre el cumplimiento de los requisitos de la preparación, debiera haber conducido a la admisión ulterior de aquélla, sin posibilidad, por tanto, de decretar, con ocasión del escrito de interposición, la cuestionada inadmisión, implica que la fuerza de cosa juzgada formal se integra en el contenido esgrimible en amparo ex art. 24.1 CE, extremo sobre el que, a lo que se me alcanza, no ha recaído hasta la fecha pronunciamiento del Tribunal Constitucional. En este sentido, por tanto, afirmar que el Auto que, como cierre del proceso, concluye en la inadmisión del recurso entablado, “culmina un entendimiento rigorista de las exigencias procesales que se dicen incumplidas”, no traspasa los muros de la mera petición de principio, pues en modo alguno (y tal sería el presupuesto lógico de la conclusión alcanzada) se ha cuestionado, a fin de verificar la contradicción que abre las puertas de la casación para la unificación de doctrina, el requisito de la complitud o integridad del texto que incorpora la Sentencia de contraste, de suerte que, en este caso, la infracción del art. 24.1 CE no sería imputable al discutido “entendimiento rigorista” judicial sino a la propia exigencia legal. Otra cosa es que se considere que, una vez tenido por preparado el recurso, no es procedente, formulado el escrito de interposición y, sobre todo, obrante en poder del Supremo la certificación requerida, que éste verifique que al escrito de preparación no se adjuntó copia simple del texto completo de la Sentencia de contraste, exigencia esta que sólo tiene sentido, y en esto ha de coincidir con el Voto Particular, en defecto de la aportación de la oportuna certificación. Mas este extremo no parece que sea el objeto de la crítica del Magistrado discrepante.

Y, en segundo lugar, no parece que las precisiones que se hacen en el apartado 3 del Voto Particular acerca de la debida inteligencia de los requisitos consignados en el art. 102.a).4 de la Ley jurisdiccional supongan una impugnación directa de lo que dice la opinión de la mayoría. En efecto, ésta da por buena la inadmisión del recurso porque la entidad recurrente, que no había aportado la certificación requerida, sino meramente la acreditación documental de su solicitud, no adjuntó, con el escrito de preparación, el texto completo de la Sentencia de contraste, de manera que la imposibilidad de verificar las identidades determinantes de la contradicción alegada obstaba, *prima facie*, la emisión del juicio requerido en la fase de preparación. Cuestión distinta es la razonabilidad o justificación de la exigencia de la integridad o complitud del texto que recoja la Sentencia de contraste a que alude el Voto Particular, pero en este caso el juicio de constitucionalidad se proyecta, según antes se dijo, no sobre la concreta interpretación judicial sino, propiamente, sobre la extensión del requisito, tal y como éste es configurado legalmente.

Razonabilidad o justificación que tampoco pueden atacarse sobre la sugerencia de que, si la certificación solicitada puede emitirse a partir del texto recogido “en la colección o repertorio particular utilizado”, la labor de contraste judicial pudo, igualmente, realizarse sobre aquella misma base, pues, aparte de que, según la doctrina del Supremo, para el órgano judicial sólo surge el deber de reclamar de oficio la certificación solicitada si consta el texto completo de la Sentencia citada, fácilmente se comprende que revisten entidad distinta la mera emisión de una certificación y la labor de cotejo, aun más *prima facie*, acerca de la contradicción alegada entre la Sentencia recurrida y las aducidas como término de contraste.

4. Interpretación arbitraria, inmotivada, fundada en error con relevancia constitucional o tomada de forma rigurosa y manifiestamente desproporcionada entre la causa de inadmisión advertida y las consecuencias que se han seguido se erigen, pues, como sabemos, en los únicos parámetros desde los que la jurisprudencia constitucional enjuicia las declaraciones de inadmisión efectuadas por el Supremo de los recursos de casación y, en concreto, del de casación para la unificación de doctrina contemplado en el art. 102.a) de la Ley jurisdiccional de 1956, en la redacción introducida por la Ley 10/1992, y, ahora, en los arts. 96 a 99 (en sus dos modalidades) de la de 1998. Pues bien, si antes, a propósito de la STC 236/1998, teníamos oportunidad de contrastar esta doctrina general con un supuesto respecto del que se denunciaba la vulneración de la debida tutela judicial por el error padecido en la apreciación de la causa de inadmisión de un recurso de casación, esta misma hipótesis ha hallado eco en el recurso de casación para la unificación de doctrina, en relación con el cual la STC 88/2000 identifica un caso de error en la inadmisión del recurso determinante de la conculcación del derecho que acoge el art. 24.1 CE.

En efecto, la *ratio* del otorgamiento en el caso considerado del amparo pedido estriba en que el oportuno Auto del Supremo había declarado la inadmisión de un recurso de casación para la unificación de doctrina ex art. 102.a).4 de la Ley de la Jurisdicción de 1956 por considerar que el recurrente no había aportado con el escrito de preparación la acreditación de haber solicitado en el tiempo oportuno y no habérsele expedido certificación de la sentencia o sentencias contrarias. De los datos consignados en la STC 88/2000 [I.2.b) y c) y FJ 4º] se infiere: que el recurrente había solicitado en tiempo oportuno (esto es, según sabemos, en el plazo de diez días dispuesto para presentar el escrito de preparación) certificación de las sentencias de contraste, que, no obstante, fueron expedidas y, en consecuencia, presentadas fuera del referido tiempo; que, en todo caso, con el escrito de preparación había adjuntado copia simple del texto completo de las sentencias de contraste [extremo este respecto del que la Sentencia constitucional no hace cuestión, a pesar de que en los Antecedentes –apartado I.2.e)– se consigna que una de las razones que figuraban en el Auto de inadmisión era la falta de aportación de copias simples de los “textos completos” –expresión entrecomillada en la publicación del “Boletín Oficial del Estado” del día 4 de mayo de 2000, página 85– de las sentencias de contraste; antes bien, parece dar por sentado, aun cuando de manera apodíctica, que la omisión imputada carecía de fundamento: FJ 4º]. En consecuencia, y constatado el error patente,

“inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales”, que “produce efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano” y es “determinante de la decisión adoptada al constituir su *ratio decidendi*”, de suerte que “el contenido de la resolución hubiera sido otro de haberse advertido el mismo” (FJ 4º), la conclusión se impone, a saber, el otorgamiento del amparo pedido, con la retroacción de las actuaciones judiciales al momento inmediatamente anterior al dictado del Auto recurrido, en línea, así, con lo establecido en las SSTC 160/1996 y 236/1998 (FJ 5º).

Una breve apostilla a la *ratio decidendi* de la STC 88/2000. El error patente parece estribar, según el Constitucional, en que el Supremo afirma que las certificaciones de las sentencias de contraste no fueron solicitadas en tiempo oportuno (afirmación que, a tenor de los hechos consignados en los Antecedentes, es errónea), de suerte que resultaba incumplido el requisito (configurado como exigencia alternativa a la presentación con el escrito de preparación de las oportunas certificaciones) a que se supeditaba en el art. 102.a).4 de la Ley jurisdiccional de 1956, en la redacción de la Ley 10/1992, la válida preparación del recurso de casación para la unificación de doctrina, a saber, la incorporación al escrito de preparación de las copias simples del texto completo de las sentencias de contraste, junto con la acreditación de la tempestiva solicitud de las referidas certificaciones. Sin duda, el hecho de que, no obstante haberse procedido en tiempo oportuno a pedir las oportunas certificaciones, éstas no fueran reclamadas de oficio por la Sala, como impone el precepto citado (y ello por una razón de una obviedad palmaria: las certificaciones fueran pedidas a la misma Sala de la que provenía la Sentencia recurrida), sino que, una vez expedidas, fueron presentadas (eso sí, fuera del “tiempo oportuno” a que se refiere el citado art. 102.a).4) por el propio recurrente en casación, pudo inducir en el Supremo la confusión, motejada de error patente, que en amparo es corregida. Mas, dicho esto, queda en pie la objeción ya apuntada a la línea de razonamiento de la STC 88/2000, a saber, que en el Auto de inadmisión del Supremo se hacía constar que con el escrito de preparación del recurso de casación para la unificación de doctrina no figuraba, además de la acreditación de la solicitud de las certificaciones de las sentencias de contraste, copia simple del texto completo de aquéllas, requisito de ineludible cumplimiento para que se entienda correctamente preparado el recurso; y, esto es lo que quería recalcar, requisito sobre el que el discurso del Constitucional

**AUNQUE LA LEY 29/1998
HAYA SUPRIMIDO
EL MOMENTO DE
LA PREPARACIÓN DEL
RECURSO DE CASACIÓN DE
DOCTRINA AL NO REQUERIR
LA APORTACIÓN DE
LA CERTIFICACIÓN DE LA
SENTENCIA ALEGADA O
COPIA SIMPLE DE
LA MISMA, NO PARECE
PREVISIBLE QUE EL TS
CAMBIE SU CRITERIO DADO
QUE LA CITADA APORTACIÓN
PERMITE VERIFICAR
LA CONCURRENCIA DE
LAS IDENTIDADES PRECISAS**

pasa como sobre ascuas y acerca de cuya concurrencia, obviamente, no pueden formularse sino meras conjeturas. Unas conjeturas, en todo caso, basadas en el tenor del Auto de inadmisión del Supremo, que, amén de la causa ya analizada (y desvirtuada por la Sentencia constitucional), apunta esta otra, respecto de la que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional no contiene, sin embargo, mención o crítica alguna.

VIII. EL RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LA LEY: LEGITIMACIÓN

1. La STC 121/1999 encara la corrección de la inadmisión de un recurso de casación en interés de la ley interpuesto por una central sindical; inadmisión declarada por falta de legitimación de la recurrente, al considerar el Supremo que aquélla no se encuentra comprendida entre las “Entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo”, de acuerdo con la dicción del art. 102.b).1 de la Ley de 1956, en la versión de la Ley 10/1992. Falta de legitimación que la Sentencia impugnada en amparo explica [I.1.c)] de la STC 121/1999) por la condición de sujeto privado del Sindicato recurrente, en la medida en que “en este orden jurisdiccional el recurso de casación en interés de Ley tiene como único objetivo poner coto a interpretaciones judiciales del ordenamiento jurídico gravemente dañosas para el interés general y erróneas, interés general que por definición sólo puede representar la Administración pública que tenga interés legítimo en el asunto” [STC 121/1999, I.1.c)].

Explicación que, desde la perspectiva del art. 24.1 CE, en su vertiente o dimensión de acceso a los recursos, es en lo sustancial avalada por el Tribunal Constitucional, que constata cómo la apreciación de falta de legitimación se inserta “dentro de una corriente jurisprudencial consolidada”, de suerte que la argumentación de la Sentencia recurrida “no contraviene el tenor literal del precepto legal citado, en el que expresamente se apoya, a partir del cual extrae una conclusión que si no puede calificarse fruto del puro voluntarismo selectivo, irracional o absurdo”; antes bien, prosigue la argumentación del Constitucional, “es posible apreciar en la resolución judicial impugnada la existencia de un discurso (...) no carente de lógica y coherencia, fruto del cual es la negativa a reconocer legitimación a aquellas fórmulas organizativas que tengan su origen en un *pactum associationis*, limitándola a las Administraciones Públicas” (FJ 5º). En otras palabras, la efectuada por el Supremo “es una interpretación razonable, motivada y ajustada a los propios términos del expresado precepto”, que en cuanto limitación de la legitimación para interponer el recurso de casación en interés de la ley “no entraña (‘como es evidente’, dice el pronunciamiento constitucional) por sí misma restricción de la función constitucional que, en el seno de nuestro ordenamiento jurídico, desempeñan los Sindicatos (art. 7 CE)” (FJ 7º).

2. A esta conclusión llega la Sentencia constitucional luego de un excurso por “la génesis y el sentido del recurso de casación en interés de la Ley en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo”. Un origen que se sitúa en el Decreto de 8 de mayo de 1931, luego elevado a Ley por la de 18 de agosto de 1931, que atribuía al Ministerio Fiscal legi-

timación para interponer recurso extraordinario de apelación en beneficio de la doctrina legal cuando por razón de la cuantía (20.000 pesetas) no cupiera el ordinario de apelación, y que con sus específicas reglas (la Sentencia que se dictara, que habría de serlo por la Sala competente en pleno, fijaría la doctrina legal y dejaría incólume la situación jurídica particular creada por el fallo recurrido) pasaría a integrar los arts. 21 y 77 del Texto Refundido de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1952, para posteriormente informar la regulación de la apelación extraordinaria contenida en el art. 101 de la Ley de la Jurisdicción de 1956 (que únicamente habilitaba al Abogado del Estado, “aunque no hubiera intervenido en el procedimiento”, para su interposición) y, tras la implantación de la casación en el ámbito de lo contencioso-administrativo por la Ley 10/1992, la de los arts. 102.b).1 de aquella (en el que se hallaban legitimados el Abogado del Estado y las Entidades o Corporaciones que ostentaran la representación y defensa de intereses de carácter general y corporativo) y, actualmente, 100 y 101 de la Ley 29/1998, de 13 de julio (que, finalmente, amplía la legitimación para interponer este tipo de recurso de casación, pues, además de las mencionadas Entidades o Corporaciones, devienen legitimados la Administración pública territorial que tenga interés legítimo, el Ministerio Fiscal y, según los casos, la Administración General del Estado o la de la Comunidad Autónoma).

Pues bien, de esta evolución, cuyo hilo conductor es la referencia a que, en la formulación actual, la resolución recurrida sea “gravemente dañosa para el interés general y errónea” (art. 100.1 de la Ley de 1998), se desprende para el Constitucional “la constante limitación normativa de la legitimación para la interposición del recurso, así como la inalterabilidad de la fuerza de cosa juzgada material de la resolución judicial impugnada”, así como que “la introducción de la exigencia objetiva de que el grave daño ocasionado por el criterio contenido en la Sentencia recurrida se refiriese al interés general se produjo paralelamente a la ruptura del monopolio de la legitimación activa que, entre 1956 y 1992, había venido ostentando el Abogado del Estado” (FJ 2º). Esta restricción de la legitimación hace, en consecuencia, inviable el otorgamiento del amparo pedido, en tanto que, y de conformidad con el carácter excepcional del recurso de casación en interés de la ley, “la determinación agotadora de los sujetos legitimados para la interposición de este recurso trae causa de su caracterización como un medio impugnatorio de las resoluciones judiciales que ocasionan un perjuicio o gravamen en un interés que no es propio y exclusivo de la parte, sino de carácter general, y se identifica, precisamente, con el protegido por la norma cuya interpretación se discute” (FJ 5º).

De ahí, igualmente, el rechazo del alegato construido sobre el sedicente trato discriminatorio padecido por el Sindicato impugnante con respecto a las entidades que integran la denominada Administración corporativa, cuya legitimación ex art. 102.b).1 de la Ley de 1956 (versión Ley 10/1992) “se justifica en la medida en que las Corporaciones ejercen funciones públicas y se debe, por ello, a la condición de Administración Pública que en tal sentido ostentan, condición de la que carecen los Sindicatos”, pues, en definitiva, “la legitimación de este tipo de entidades para entablar el recurso de casación en interés de la Ley se limita a aquellos supuestos en que el interés corporativo se identifica con el general que justificó su creación legal, esto es, con el interés general precisado en su Ley de creación” (FJ 6º), en con-

sonancia, así, con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que identifica la legitimación de las entidades de carácter corporativo en el ejercicio de potestades o funciones públicas y en cuanto las ejerzan (Sentencias, entre otras, de 2 de marzo de 1995 y 16 de febrero de 1996).

3. A esta STC 121/1999 se incorpora un Voto Particular, suscrito por el Magistrado JIMÉNEZ DE PARGA, que construye su disidencia a partir de un entendimiento del Sindicato distinto del que luce en el texto de aquélla. Un entendimiento que se articula sobre los siguientes argumentos:

– En primer lugar, la concepción del Sindicato como “persona jurídica representativa”, que, ancilada en la propia jurisprudencia constitucional (STC 70/1982, FJ 2º), concibe la representación asumida por los Sindicatos, y atinente a la defensa y promoción de los derechos de los trabajadores ex arts. 7 y 28.1 CE, en términos institucionales, más allá de la técnica del mandato o del apoderamiento legal o voluntario.

– En segundo lugar, las funciones de los Sindicatos (arts. 7 y 28.1 CE, SSTC 70/1982, FJ 2º, 214/1990, FJ 3º y 101/1996, FJ 2º) permiten concluir que los mismos están legitimados para “accionar en cualquier proceso en que se consideren los intereses colectivos de los trabajadores”, expresión de “una fase de superación de la vieja idea del Sindicato, vigente a principios de siglo, cuando éste apareció como instrumento esencialmente reivindicativo”, en la medida en que “el Sindicato desempeña una función institucional en el sistema jurídico-político con presencia en ámbitos importantes de la política interna de los Estados y en los organismos internacionales”; unos “Sindicatos de participación, (que) actúan en favor del mantenimiento y consolidación del Estado Social que el art. 1.1 de la Constitución Española proclama, en cuanto tratan de favorecer el progreso del conjunto de los españoles”.

– En tercer lugar, la distinción entre un “interés general” y un “interés administrativo”, ya apuntada, a propósito de los Sindicatos, por la STC 143/1991 (FJ 5º), ha de poner el énfasis, como ya hiciera la STC 111/1992 (Sentencia, por cierto, que la opinión mayoritaria entiende de manera diferente: FJ 4º³²), cuando del recurso de casación en interés

(32) Conviene, pues, a la vista de la invocación, tanto en el cuerpo de la STC 121/1999 como, del Voto Particular, de la STC 111/1992, dejar constancia del sentido y alcance de la resolución entonces pronunciada. En el supuesto considerado se enjuició, desde la perspectiva del art. 24.1 CE, la corrección de una decisión judicial recaída en ejecución de Sentencia que, en aplicación del art. 86.3 de la Ley jurisdiccional de 1956, había extendido los efectos de aquélla a quienes no habían sido parte en el proceso judicial. En éste se ventilaba la pretensión deducida por los recurrentes, funcionarios del Gobierno de Navarra, a propósito de la pertinencia del reconocimiento y abono de un determinado complemento funcional. Los efectos de la Sentencia, estimatoria del recurso interpuesto, fueron más tarde extendidos a otros funcionarios del Gobierno navarro que, como se ha adelantado, no fueron parte en el proceso *a quo*, en virtud del citado art. 86.3 de la Ley de 1956, a cuyo tenor “la Sentencia que anulare el acto o la disposición producirá efectos entre las partes y respecto de las personas afectadas por los mismos”. Pues bien, la controversia dilucidada en amparo se constreñía a determinar si la referida extensión conculcaba el derecho de tutela judicial efectiva del Gobierno de Navarra, recurrente en amparo, habida cuenta de que la resolución judicial impugnada ante el Tribunal Constitucional, y atinente, según se ha dicho, a la extensión de efectos de la Sentencia resolutoria del proceso judicial, se había pronunciado con posterioridad a la interposición por el Gobierno de Navarra, además de por el Abogado del Estado, de un recurso extraordinario de apelación ex art. 101 de la Ley jurisdiccional, en su redacción originaria; un recurso, como dijo la STC 111/1992, que “tenía y tiene por finalidad permitir que se corrijan las resoluciones de los Tribunales de aquella jurisdicción (salvo el Tribunal Supremo) que se estiman ‘gravemente dañosas y erróneas’, de tal manera que el Tribunal Supremo pueda fijar, en su caso, una doctrina legal correctora, pero respetando ‘la situación jurídica particular derivada del fallo impugnado’” (FJ 4º).

de la ley se trata, en que la resolución judicial recurrida sea gravemente dañosa y errónea. En este sentido, entiende el Magistrado discrepante, que no se debe primar, a la hora de establecer la legitimación para entablar este tipo de recursos, la posición de las Corporaciones de Derecho Público, que son, en definitiva, corporaciones sectoriales de base privada, sobre la de los Sindicatos, puesto que el interés general que justifica la existencia de éstos es de rango constitucional (art. 7).

– En cuarto lugar, y aun cuando el argumento no haya sido considerado por la Sentencia constitucional, la condición de más representativo del Sindicato solicitante de amparo debiera haber conducido a afirmar que el mismo asume la representación y defensa de los intereses a que se refiere, a efectos de legitimación, el art. 102.b).1 de la Ley de la Jurisdicción de 1956 (versión Ley 10/1992).

– Una legitimación, en última instancia, que se desprende de la posición institucional de los Sindicatos según los textos de los organismos internacionales competentes en la materia.

4. La STC 121/1999 es una excelente piedra de toque a la hora de calibrar el entendimiento de la doctrina constitucional acerca del acceso a los recursos en cuanto derecho inserto, en línea de principio, con el de tutela judicial del art. 24.1 CE. Un entendimiento que, cuando nos hallamos ante recursos no sólo extraordinarios, como el de casación, sino, más aún, excepcionales, cual acaece con el de casación para la unificación de doc-

Pues bien, en esta tesitura, el Tribunal Constitucional razonó del modo que sigue el otorgamiento del amparo solicitado:

“(…) la razón de ser o la utilidad de este tipo de recurso consiste en posibilitar que la doctrina o fundamentación de la resolución impugnada, que se considera gravemente dañosa y errónea, no se aplique, de ser declarada como tal, a situaciones similares a las enjuiciadas por aquélla. Desde el momento en que los efectos del fallo recurrido se extienden por vía de ejecución a cualquier persona que, encontrándose en similar situación a la de los que forman parte en el proceso, lo solicite, y desde el momento en que por esta vía puedan crearse nuevas (y múltiples) situaciones antijurídicas individualizadas derivadas del fallo, es claro que el recurso de apelación en interés de la Ley que se haya interpuesto pierde su finalidad intrínseca y su utilidad propia, para convertirse en un recurso puramente teórico” (FJ 4º).

Y apostilla:

“Esto es precisamente lo que ha venido a suceder en el caso que contemplamos. La Sentencia que fue recurrida en interés de la Ley por el Gobierno de Navarra y el Abogado del Estado reconocía una situación jurídica individualizada en favor de ocho funcionarios, situación que ya no podía ser modificada en virtud de aquel recurso. Pero mediante éste se pretendía, desde luego, de acuerdo con su naturaleza, modificar una doctrina legal que se estimaba gravemente dañosa y de la que podrían beneficiarse otros muchos funcionarios en detrimento de la Hacienda foral. La extensión directa de los efectos del fallo, mediante el trámite de ejecución, a varios cientos de esos funcionarios, reconociéndoles las correspondientes situaciones jurídicas individuales venía a privar al recurso formulado en interés de la Ley de otra utilidad real o, al menos, a mermar muy considerablemente su eficacia, consecuencia esta no compatible con el art. 24.1 CE” (FJ 4º).

Ratio decidendi que, como puede apreciarse, nada tiene que ver con la extensión de la legitimación para interponer el, entonces, recurso extraordinario de apelación en interés de la ley. De ahí que, a los efectos de la interpretación del art. 102.b).1 de la Ley jurisdiccional de 1956, en la versión dada por la Ley 10/1992, esto es, a los de determinar el alcance de la legitimación para entablar el recurso de casación en interés de la ley, la STC 111/1992 no venga en ayuda, precisamente, de la resolución de la controversia de que conoció la STC 121/1999, tal y como ésta expresa (FJ 4º). Y ello, naturalmente, abstracción hecha de la bondad de la tesis sostenida en la citada STC 111/1992, pues, si como en ésta se reconoce (FJ 3º), la interpretación acerca del alcance del art. 86.3 de la Ley de 1956 es cuestión ajena al marco del amparo constitucional, no parece que la extensión efectuada por la decisión judicial de que conoció la citada Sentencia constitucional se situara extra muros del ámbito de la potestad jurisdiccional, a saber, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, de donde, según esto, en modo alguno podía estar en cuestión el carácter nomofilático que es insito al, entonces, recurso extraordinario de apelación en interés de la ley.

trina, puede sintetizarse en la idea de que el enjuiciamiento del Constitucional sólo es viable de devenir incurso la resolución judicial impugnada en amparo en un “puro voluntarismo selectivo, irracional o absurdo” (STC 121/1999, FJ 5º). En el caso examinado por la citada Sentencia, según hemos comprobado, la decisión del Supremo no sólo se enmarca “dentro de una corriente jurisprudencial consolidada” sino que no contraviene el tenor literal del precepto legal aplicado, en el que expresamente se apoya la declaración de falta de legitimación pronunciada. Falta de legitimación que para el Constitucional se desprende del hecho de que el sindicato recurrente no ostenta la condición de Administración pública, en la medida en que la legitimación requerida para entablar el recurso de casación en interés de la ley “se limita a aquellos supuestos en que el interés corporativo se identifica con el general que justificó su creación legal, esto es, con el interés general precisado en su ley de creación” (FJ 6º).

Pues bien, es en esta explicación en la que, justamente, radica el reparo que puede hacerse a la conclusión alcanzada por el Tribunal Constitucional. Que la legitimación *ex art.* 102.1 de la Ley de 1956, en la redacción dada por la Ley 10/1992 (y, en idéntico sentido, pues en este punto no hay diferencia alguna con la regulación anterior, los arts. 100.1 y 101.1 de la Ley de 1998), quede constreñida, como afirma aquél, a las entidades que ostentan la condición de Administración pública es hartamente discutible, pues, en la dicción legal, la legitimación se predica de “las Entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo”, debiendo entenderse que las dos dicotomías que engloba aquella dicción (“Entidades o Corporaciones”, de un lado, e “intereses de carácter general o corporativo”, de otro) apelan a dos supuestos que, no obstante tener en común el carácter “general” de los intereses implicados (no otra, en definitiva, es la razón de la atribución de legitimación para entablar el recurso de que nos ocupamos), no se identifican total y absolutamente, de suerte que los términos utilizados por el legislador en cada una de las dos dicotomías aludidas no pueden considerarse enteramente sinónimos, pudiendo, por el contrario, concluirse en la existencia de dos binomios diferentes, a saber, el de Entidades/intereses generales y el de Corporaciones/intereses corporativos, expresivos de dos supuestos de legitimación también diferentes. Que esto parece ser así se desprende del hecho de que las Corporaciones (entidades sectoriales de base privada a las que el ordenamiento confiere la representación y defensa de intereses públicos) son entes de carácter asociativo o corporativo que, en la medida en que son portadoras de aquellos intereses públicos, son consideradas Administraciones públicas en tanto que, como Corporaciones de Derecho Público, desarrollan cometidos o funciones públicas; personas jurídico-públicas que, dado el sustrato asociativo o corporativo que impregna su caracterización, son nítidamente deslindables tanto de aquellas otras personificaciones públicas asentadas no en el modelo asociativo o corporativo sino en el institucional o fundacional (*id est*, en el que identifica su sustancia en la idea de patrimonios afectados a un fin), como de las personificaciones privadas a las que, eventualmente, el ordenamiento pueda conferir el desempeño de funciones públicas y, por ende, generales.

En este sentido, por tanto, la inteligencia del Constitucional no sólo traduce una rígida identificación orgánico-teleológica, a saber, sólo las entidades a que conviene la consideración de Administración pública son depositarias de la realización de intereses de carácter general, sino que, en el límite, identifica intereses generales con intereses corporativos (y no sólo, como, *expressis verbis*, afirma el Magistrado JIMÉNEZ DE PARGA, entre los intereses generales y los intereses administrativos: apartado 3 de su Voto Particular), con olvido, así, tanto del carácter meramente instrumental de las formas organizativas como, y esto es lo más importante, de la superación del rígido monopolio por las Administraciones públicas de la consecución de los intereses generales. De ahí que, en mi criterio, una recta interpretación del precepto legal considerado debiera haber llevado a poner el énfasis no tanto en el momento organizativo, esto es, en la presencia o no de una Administración pública, cuanto en el finalista o teleológico, a saber, la índole de los intereses implicados. Interpretación que, ciertamente, compete al Tribunal Supremo, mas, cuando el asunto recala por vía de amparo en el Tribunal Constitucional, éste debiera bien detener su examen en el carácter voluntarista, irracional o absurdo de la conclusión sometida a su conocimiento, tesitura en la que se atendería a la más escrupulosa observancia de su doctrina a propósito de la inserción en el art. 24.1 CE del derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos; bien, por el contrario, prolongar su análisis hasta el extremo de verificar que la interpretación cumplida, en el caso considerado, por el Supremo se adecua a la teleología del precepto legal aplicado, opción que, naturalmente, desbordaría los rígidos límites dentro de los que hasta el momento se desarrolla su revisión de las decisiones judiciales recaídas en relación con los recursos que los ordenamientos procesales establecen.

Optar, en definitiva, como ha hecho la STC 121/1999, por explicar, a partir de su entendimiento de la finalidad ínsita a la restricción de la legitimación para interponer, aquí, el recurso de casación en interés de la ley, no puede sino desembocar en la difuminación de los contornos que, al menos desde la STC 37/1995, venían delimitando los contornos de su función revisora de los pronunciamientos judiciales recaídos a propósito de los recursos legalmente previstos, con merma, así, de las ventajas anudadas a la sencillez y claridad de aquella doctrina y sin ninguna de las ganancias que pudiera reportar la asunción de un criterio más proclive a la admisión de aquellos recursos.

A DIFERENCIA DE CÓMO LO HA ENTENDIDO LA STC 121/1999 AL IDENTIFICAR LOS INTERESES GENERALES CON LOS CORPORATIVOS, LA LEGITIMACIÓN PARA INTERPONER EL RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LEY SE PREDICA TANTO DE LAS ENTIDADES COMO DE LAS CORPORACIONES QUE OSTENTEN LA REPRESENTACIÓN Y DEFENSA DE INTERESES DE CARÁCTER GENERAL O CORPORATIVO, RESPECTIVAMENTE, ENGLOBALANDO DOS BINOMIOS EXPRESIVOS DE LEGITIMACIONES DISTINTAS

IX. UNA REFLEXIÓN A MODO DE CONCLUSIÓN

1. No había transcurrido un año desde que la Sala Primera del Tribunal Constitucional considerara que la inadmisión de un recurso de casación civil declarada sin audiencia del recurrente al socaire de la primera de las causas previstas en la regla tercera del art. 1710.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la redacción introducida por la Ley 10/1992, esto es, la carencia manifiesta de fundamento, era contraria a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a los recursos legalmente previstos (STC 212/1994, de 13 de julio), cuando el Pleno del Tribunal, del mismo Tribunal, pues la renovación, con cambio de Presidente, se produjo unos meses más tarde, con expresa revocación de la doctrina sentada en la STC 212/1994, fija en su importantísima STC 37/1995, de 7 de febrero, la que hasta la fecha es su jurisprudencia en materia de acceso a los recursos legalmente previstos, y cuyas líneas maestras han quedado sintetizadas en las páginas que anteceden. Una jurisprudencia que, sobre el canon que rige el acceso a la jurisdicción, esto es, la arbitrariedad, manifiesta irrazonabilidad o error patente, aparece construida sobre el criterio de que el juicio en amparo del Tribunal Constitucional ex art. 24.1 CE sólo es factible de apreciarse que la inteligencia de la causa de inadmisión advertida por el Supremo ha sido cumplida con un rigor y desproporción entre aquélla y el efecto deducido, la propia declaración de lesividad.

2. Una jurisprudencia que, nítida en sus contornos, se muestra, sin embargo, cada vez más difuminada. El caso de la doble instancia (ahora, casación) en los procesos de protección de derechos fundamentales (*rectius*: y tramitados al socaire del procedimiento especial de la Ley 62/1978) es, a estos efectos, sumamente ejemplificativo: la severa corrección en la doctrina de la STC 188/1994 introducida (sin duda, por influjo directo de la STC 37/1995) por la STC 125/1997 no fue óbice para que el legislador procesal de 1988 consagrara la regla de la casación en los supuestos del “procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales” (art. 86.2 de la Ley de 13 de julio de 1998); regla expresamente afirmada como excepción a los casos en que, de ordinario, no procede la casación por ser inferior la cuantía del pleito a 25 millones de pesetas, esto es, en los supuestos de cuantía determinada, que, justamente, era el conocido por la STC 125/1997. Sin duda, la renuncia del Supremo a asumir el criterio sentado en la citada STC 188/1994 está en la base de la no ya mera matización o modulación sino, pura y simplemente, corrección, modificación o revocación (*overrule*) introducida por la referida STC 125/1997, como paladinamente pone de manifiesto el silencio (poco respetuoso, por lo demás, con la mínima deferencia procesal, dada la exposición del argumento por el Ministerio Fiscal) con que al respecto se pronuncia la STC 189/1999.

3. Difuminación, por otro lado, de los contornos de la jurisprudencia articulada por la STC 37/1995 que ilustra el supuesto conocido por la STC 121/1999, a propósito de la legitimación para interponer un recurso de casación en interés de la ley. El afán de la Sala Primera del Tribunal Constitucional por dar razón de la teleología inmanente a la configuración de la legitimación alumbrada por el art. 102.b).1 de la Ley de 1956, en la redacción de la 10/1992 (recuérdese: “las Entidades o Corporaciones que ostenten la repre-

sentación y defensa de intereses de carácter general o corporativo”), y, hoy, en los arts. 100.1 y 101.1 de la Ley de 1998, y cifrar la restricción a las solas Administraciones Públicas de la legitimación para interponer aquel recurso en el extremo de que “el interés corporativo se identifica con el general que justificó su creación legal, esto es, con el interés general precisado en su Ley de creación” (FJ 6º), de donde entidades como los sindicatos no aparecen investidos de la precisa legitimación, supone, amén de lo dudoso de la corrección de esta interpretación, abandonar el seguro terreno de la arbitrariedad, manifiesta irrazonabilidad y error patente, como quicios del enjuiciamiento en amparo de las declaraciones de inadmisión de los recursos de casación, cualquiera que sea su modalidad, para adentrarse en ámbitos cuyo decurso lógico puede acabar paradójicamente... en el rescate o resurrección del criterio *pro actione*, que, al menos formalmente hasta las SSTC 42/1997 y 160/1997, ha venido presidiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando del acceso no a los recursos sino, antes, a la jurisdicción se trata.

Un criterio, el *pro actione*, que, vaciado en la práctica de contenido tras las citadas SSTC 42/1997 y 160/1997³³, ha sido devuelto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional por obra de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de enero de 2000 (asunto 38366/1997), que declara contrario al derecho a un proceso debido consagrado en el art. 6 del Convenio de Roma de 1950 el criterio sostenido en la STC 160/1997, Sentencia dictada por el Pleno del Tribunal, y adelantado en la STC (Sala Segunda) 42/1997. Devolución del *pro actione* al ámbito de la jurisdicción y, aún, al de los recursos, si, en esta línea, llega un día a convertirse en mayoritaria la opinión sustentada, en su Voto Particular a la STC 222/1998, por el Magistrado GARCÍA MANZANO,... salvo que, naturalmente, el criterio de Estrasburgo corra en Domenico Scarlatti 6 la misma suerte que, a propósito de la doble instancia en los procesos de protección de los derechos fundamentales, corrió el del Constitucional en la Plaza de las Salesas.

(33) El asunto de que conocieron estas Sentencias trae causa de la del Supremo de 4 de julio de 1987, que había anulado, por defectos formales de tramitación, una Orden ministerial que había reducido el margen comercial de las oficinas de farmacia. Recurrente en el proceso había sido el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de España, cuya pretensión de obtener la oportuna indemnización como resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la Orden impugnada fue desestimada, con el argumento de que las correspondientes pretensiones de indemnización debían ser articuladas por los farmacéuticos individualmente considerados. La Sentencia del Supremo fue notificada al Consejo General el día 7 de julio de 1987 y su fallo publicado en el “Boletín Oficial del Estado” del siguiente 5 de noviembre de 1987. Pues bien, la controversia que finalmente desembocó en el Constitucional dimanaba de la declaración de extemporaneidad de la petición de indemnización deducida ante la Administración que se contiene en las Sentencias del Supremo recurridas en amparo, y que se basaba en la toma en consideración como *dies a quo* del plazo del año previsto en el art. 40.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 de la fecha no ya de la publicación del fallo en el “Boletín Oficial del Estado”, ni siquiera la de la oportuna notificación al Consejo General recurrente, sino la de publicación (en el sentido de la legislación procesal) de la Sentencia, esto es, el día 4 de julio de 1987. Puesto que las reclamaciones indemnizatorias fueron formuladas con posterioridad al día 3 de julio de 1988 (*dies ad quem* del plazo o término del año legalmente establecido), las pretensiones hechas valer ante el Constitucional se cifraron, justamente, en la sedicente vulneración del derecho de tutela judicial efectiva por mor de la interpretación, tildada de irrazonable y, aun, arbitraria, cumplida por el Supremo. Interpretación que, primero la Sala Segunda y luego el Pleno del Tribunal, aun reconociendo que no es la más favorable de cara al enjuiciamiento de fondo de las pretensiones esgrimidas, no llega a ser descalificada por el Constitucional *ex art.* 24.1 CE.

Las competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo en recursos contra la actividad de las Comunidades Autónomas y de la Administración del Estado

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

Catedrático de Derecho
Administrativo
Universidad de Alcalá

Sumario:

I. Sobre la compleja regulación de las competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. II. Las competencias de los Juzgados (Provinciales) de lo Contencioso-Administrativo en relación con el enjuiciamiento de actuaciones de las Comunidades Autónomas.

1. La competencia de los Juzgados sobre actos de los órganos centrales de la Administración de las Comunidades Autónomas. 2. Las competencias de los Juzgados sobre disposiciones y actos de la Administración periférica de las Comunidades Autónomas. 3. Las competencias de los Juzgados sobre actos de los organismos públicos, entidades y corporaciones de Derecho público dependientes de las Comunidades Autónomas. **III. Las competencias de los Juzgados**

y Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo en relación con el enjuiciamiento de

actuaciones de la Administración del Estado. 1. Competencias de los Juzgados de ámbito

provincial. A) Competencias en relación con la Administración periférica del Estado.

B) Competencias en relación con la actividad de los organismos, entes, entidades o corporaciones dependientes de la Administración del Estado. 2. Las competencias de los Juzgados

Centrales de lo Contencioso-Administrativo. A) Las competencias en materia de personal.

B) Las competencias en materia sancionadora. C) Las competencias sobre la actividad de los organismos públicos y entidades pertenecientes al sector público estatal. **IV. Observaciones**

conclusivas.

I. SOBRE LA COMPLEJA REGULACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DE LOS JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La regulación de las competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo que se contiene en los artículos 8 y 9 de la LJCA de 1998 está dando lugar en la práctica, durante los meses transcurridos desde la entrada en vigor de la Ley, a no pocos problemas de interpretación y aplicación.

Sin duda estos problemas derivan del confuso texto con que esos preceptos quedaron finalmente redactados. Probablemente no es exagerado decir que entre todas las novedades introducidas por la nueva LJCA, éstas son las que mayores dificultades ofrecen al intérprete, ya que el tenor literal de las mismas dista mucho de ser claro y preciso.

No es necesario exponer ahora en detalle cuál es el origen de la redacción final de los artículos 8 y 9 de la LJCA, muy distinta, por cierto, a la del primer Proyecto de reforma de esta Ley, presentado en 1995. Dicho sea en términos generales, la creación y el difícil encaje de los Juzgados Centrales, abordada por el segundo y definitivo Proyecto, y el deseo de ampliar las competencias de los Juzgados de ámbito provincial, manifestado al avanzar el trámite parlamentario, dieron lugar a la regulación que hoy conocemos. Pero no puede dejar de subrayarse que esta regulación definitiva vino a poner en tela de juicio los propósitos expresados por el legislador en la Exposición de Motivos, que ya figuraba en el Proyecto de 1995 y no sufrió cambios en el siguiente párrafo: “La presente reforma aborda el problema [de la creación de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo] con decisión y cautela a la vez. Define la competencia de los Juzgados mediante un sistema de lista tasada. En la elaboración de esta lista se ha tenido en cuenta la conveniencia de atribuir a estos órganos unipersonales un conjunto de competencias relativamente uniformes y de menor trascendencia económica y social, pero que cubren un elevado porcentaje de los recursos que cotidianamente se interponen ante los órganos de la Jurisdicción. De esta manera es posible aportar remedio a la saturación que soportan los Tribunales Superiores de Justicia, que se verán descargados de un buen número de pleitos, aunque conservan la competencia para juzgar en primera instancia los más importantes a priori y toda la variedad de los que se incluyen en la cláusula residual, que ahora se traslada a su ámbito competencial. Por su parte, los Juzgados obtienen un conjunto de competencias que pueden razonablemente ejercer y que parecen suficientes para consolidar la experiencia. Nada impide, antes al contrario, que tras un primer período de rodaje la lista de competencias se revise a la vista de esa experiencia”.

No obstante lo anterior, el texto final de la LJCA amplió considerablemente la competencia de los nuevos órganos unipersonales. Pero no sólo eso, sino que, como se ha dicho, introdujo reglas de reparto de competencias de compleja interpretación, con la consecuencia de que resulta difícil en ocasiones determinar el sentido exacto de las cláusulas competenciales incluidas en los citados artículos 8 y 9 de la LJCA (y de algunas otras contenidas en los artículos 10 y 11). Tanto si se acude a una interpretación literal,

Competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo

como a una interpretación sistemática (pues incluso hay en todos esos preceptos citados normas que, a primera vista, parecen contradictorias en cuanto a la determinación del órgano judicial competente), como a una interpretación finalista, pues sucede que cada apartado de los citados artículos 8 y 9 parece regirse por un criterio distinto (subjetivo u orgánico, objetivo, material o incluso cuantitativo), de manera que es prácticamente imposible conocer la *ratio legis*, es decir, el sentido y finalidad precisa de las distintas normas de reparto de competencias.

Esta situación tiene como resultado que con cierta frecuencia el órgano judicial al que se acude decline su competencia en favor de otro e incluso que se planteen cuestiones de competencia entre dos órganos ante el superior común. No sólo eso, sino que existe una gran disparidad de criterios interpretativos entre órganos judiciales del mismo tipo e inclusive del mismo ámbito territorial, lo que significa que es muy difícil hacer previsiones sobre la decisión que se pueda tomar al respecto por el órgano al que un asunto se turne.

Ahora bien, esta situación produce efectos muy negativos, pues tiene un coste cierto en tiempo (y muchas veces económico) para los recurrentes. Sin contar con la desconfianza que genera en el funcionamiento del sistema judicial, por la falta de previsibilidad de las decisiones.

En mi opinión sería muy necesaria una pronta reforma legal que aclarara el panorama. Pero mientras esa reforma no llega (y por ahora no hay ninguna iniciativa, que se sepa, en el horizonte), es indispensable unificar criterios entre los órganos judiciales. La unificación llegará, sin duda, de la mano de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como ya empieza a suceder, y de los Tribunales Superiores de Justicia. No obstante, esa unificación por vía jurisprudencial puede tardar y quizá no sea suficiente para resolver todos los problemas.

Es este estado de cosas el que me anima a escribir este artículo, cuyo contenido fue expuesto y debatido hace no mucho tiempo en una jornada de trabajo con Jueces de lo Contencioso-Administrativo y otros profesionales del Derecho¹. Pues considero que, de momento, la única forma de hacer frente al problema es interpretar y aplicar rigurosamente la Ley, en sus estrictos términos, sean cuales sean, gusten o no y parezcan o

EL TEXTO DE LA LICA AMPLIÓ CONSIDERABLEMENTE LAS COMPETENCIAS DE LOS NUEVOS JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO MEDIANTE UN SISTEMA DE LISTA TASADA, PERO ESTABLECIÓ REGLAS DE REPARTO DE COMPLEJA INTERPRETACIÓN DIFICULTANDO EN EXCESO EL CONOCIMIENTO DE SU *RATIO LEGIS*, ES DECIR, EL SENTIDO Y FINALIDAD DE LAS MISMAS

(1) Jornada sobre "Competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y Procedimiento Abreviado", organizadas por Editorial LEX NOVA, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 27 de abril de 2000.

no razonables, sin interpretaciones libres o imaginativas. De lo contrario peligraría seriamente la seguridad jurídica, en perjuicio de las partes y, por lo general, de los recurrentes.

La interpretación estricta de los términos legales que se postula aquí obedece también al carácter tasado con que la Ley ha contemplado las competencias de los Juzgados y Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, tal como se expresa en el párrafo transcrito del apartado III de su Exposición de Motivos, carácter tasado que debe excluir cualquier interpretación extensiva o “generosa” de las competencias de esos órganos unipersonales por el momento. A pesar incluso de la tendencia (explicable) de los órganos judiciales superiores a desconcentrar competencias.

Para profundizar en la interpretación que se propone, distinguiremos aquí las competencias en recursos contra la actividad de las Comunidades Autónomas y sus diferentes órganos y organismos, que analizaremos primero, de las competencias en recursos contra la Administración del Estado, sus diferentes órganos y organismos, que analizaremos en segundo lugar.

II. LAS COMPETENCIAS DE LOS JUZGADOS (PROVINCIALES) DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN RELACIÓN CON EL ENJUICIAMIENTO DE ACTUACIONES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El artículo 8.2 de la LJCA atribuye a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de ámbito provincial determinadas competencias para conocer de recursos que se reduzcan frente a actos administrativos de las Comunidades Autónomas. El artículo 8.3 les atribuye también competencias sobre los recursos frente a disposiciones y actos de la Administración periférica de las Comunidades Autónomas y, de manera implícita, contra los actos de organismos, entes, entidades o corporaciones de Derecho público dependientes de las mismas. La primera precisión que hay que hacer al respecto es que sólo los Juzgados de ámbito provincial y nunca los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo tienen competencias sobre el enjuiciamiento de la actividad de las Comunidades Autónomas. Dicho esto, conviene distinguir entre las competencias de los Juzgados provinciales sobre actuaciones de: a) los órganos centrales de la Administración autonómica; b) los órganos periféricos de esa misma Administración; c) los organismos autónomos, entes, entidades o corporaciones de Derecho público dependientes de la Administración autonómica.

1. La competencia de los Juzgados sobre actos de los órganos centrales de la Administración de las Comunidades Autónomas

Estas competencias resultan delimitadas por el artículo 8.2 de la LJCA en función de criterios subjetivos, objetivos y materiales.

Competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo

A) Por lo que se refiere al ámbito subjetivo de las competencias de los Juzgados, el artículo 8.2 se refiere a los actos de la Administración de las Comunidades Autónomas “salvo que procedan del respectivo Consejo de Gobierno”. Es decir, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo no pueden conocer en ningún caso de recursos dirigidos contra actos o actuaciones del Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas, como tal órgano colegiado. Por el contrario, sí pueden conocer de recursos dirigidos contra actos administrativos del Presidente de la Comunidad Autónoma sujetos a Derecho administrativo, en su caso, y contra los actos de los Consejeros, siempre que se refieran a las materias enunciadas en el propio artículo 8.2.

Tampoco pueden conocer de los recursos contra actos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo que corresponda enjuiciar a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, es decir actos en materia de personal, administración y gestión patrimonial. El conocimiento de estos recursos está encomendado a las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia por el artículo 10.1.b) de la LJCA.

En consecuencia, desde el punto de vista subjetivo y por lo que se refiere a los órganos centrales de la Administración autonómica, la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo se extiende tan sólo a actos de los Consejeros y demás autoridades u órganos inferiores de cada Consejería o dependientes de ella.

Seguramente desde este punto de vista no deben producirse graves problemas de interpretación y aplicación de la LJCA. Pero es necesario tener en cuenta que, aunque no resulte frecuente, pueden existir actos de algunos de esos órganos que sean confirmados en vía de recurso, fiscalización o tutela por el Consejo de Gobierno y que éste puede delegar alguna de sus funciones en los Consejeros o, quizá, en algún órgano inferior. Si se trata de actos del Consejo de Gobierno que confirmen íntegramente otros de la propia Administración autonómica, ¿es posible entender que son competentes los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (siempre dentro de su ámbito material de competencias) por aplicación análoga de lo que se dispone en el artículo 8.3 en relación con los actos de la Administración periférica autonómica íntegramente confirmados por órganos superiores? A mi juicio, esa interpretación no es jurídicamente correcta, pues de toda evidencia el legislador ha querido que los Juzgados no conozcan de ninguna actuación de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y porque no procede la aplicación análoga y extensiva cuando las competencias de los Juzgados se han regulado decididamente con carácter tasado.

Si se trata de actos dictados por delegación del Consejo de Gobierno, la competencia no corresponde a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, obviamente, pues según el artículo 14.3 de la Ley 30/1992, los actos dictados en virtud de delegación se entienden dictados por el órgano delegante.

B) En cuanto al ámbito objetivo de competencia de los Juzgados en relación con estos actos de los órganos centrales de la Administración de las Comunidades Autónomas, hay que hacer notar que dichas competencias se refieren tan sólo a actos administrativos, sin

incluir el recurso directo contra disposiciones generales. Este último tipo de recursos es de competencia de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, conforme al artículo 10.1.b) de la LJCA.

Ahora bien, conforme al artículo 13.b) de la propia Ley, la referencia a los actos del artículo 8.2 incluye también los recursos contra la inactividad y contra las actuaciones constitutivas en vía de hecho.

Nada obsta, por otra parte, a que los Juzgados conozcan de los llamados “recursos indirectos contra reglamentos”, puesto que en estos casos lo que se impugna de manera directa, es decir el objeto de la impugnación, son los actos de aplicación del reglamento y no el reglamento mismo. Lo único que sucede en estos casos es que el Juzgado no podrá declarar por sí mismo la nulidad de la disposición general afectada, sino que, en el caso de que estime el recurso por ser aquella ilegal y fundarse en ella el acto de aplicación recurrido, si la Sentencia alcanza firmeza, deberá plantear la cuestión de ilegalidad del reglamento, en los términos de los artículos 27.1 y 123 y siguientes de la LJCA. Pero desde el punto de vista de la competencia judicial, debe seguirse la regla aplicable al acto directamente impugnado.

Por otro lado, el artículo 10.1.g) de la LJCA atribuye a los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento de los recursos que se deduzcan en relación con “los convenios entre Administraciones públicas cuyas competencias se ejerzan en el ámbito territorial de la correspondiente Comunidad Autónoma”. En estos casos hay que distinguir si se trata de un recurso contra el propio convenio, en cuyo caso es competente el Tribunal Superior de Justicia, o contra actos de aplicación del convenio, en cuyo caso pueden ser competentes los Juzgados, dentro de su ámbito material de competencia, pues lo que se impugna es un acto. No será nada frecuente, sin embargo, que existan actos de aplicación de convenios interadministrativos en las materias a que se refiere el artículo 8.2 de la LJCA, ya que incluso los que podrían firmarse entre Administraciones distintas en materia de personal (movilidad, transferencias, etc.) son prácticamente inexistentes.

C) Por lo que se refiere, finalmente, a las materias de que pueden conocer los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo cuando se impugnen actos de los órganos centrales de la Administración de las Comunidades Autónomas, el artículo 8.2 se refiere a dos tipos de asuntos:

a) Las “cuestiones de personal, salvo que se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios públicos de carrera”. Esta excepción debe ser interpretada de manera estricta. En consecuencia, sólo resultan excluidos del conocimiento de los Juzgados en virtud del artículo 8.2.a) los recursos contra los actos dictados en el procedimiento de selección y nombramiento de los funcionarios de carrera (convocatorias de pruebas selectivas y demás actos del procedimiento de selección, más los actos de nombramiento), por un lado, y los actos administrativos de extinción de la relación de servicio, ya sea por jubilación, separación de servicio, renuncia del funcionario o pérdida

Competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo

de la nacionalidad necesaria (la española o la de otros países de la UE u otros, según los casos).

Por el contrario, son de la competencia de los Juzgados incluso los recursos dirigidos contra actos administrativos de los órganos centrales de las Comunidades Autónomas que se refieren a la selección, nombramiento o extinción de la relación de servicio de los funcionarios interinos y del personal laboral al servicio de la Administración, puesto que ni unos ni otros son funcionarios de carrera.

b) “Las sanciones administrativas que consistan en multas no superiores a 10 millones de pesetas y cese de actividades o privación de ejercicio de derechos que no excedan de seis meses”, en las materias que el artículo 8.2.b) indica, es decir: 1) tráfico, circulación y seguridad vial; 2) caza, pesca fluvial, pesca en aguas interiores, marisqueo y acuicultura; 3) actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas; 4) comercio interior y defensa de consumidores y usuarios; 5) espectáculos públicos y actividades recreativas; 6) juegos y máquinas recreativas y de azar.

Tampoco parece que la interpretación del alcance de estas materias pueda ser problemática, en general. Quizá los mayores problemas puedan producirse en relación con las “actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas”, puesto que el enunciado de esta materia tiene directa relación con el Reglamento de 30 de noviembre de 1961, así denominado. Sin embargo, en algunas Comunidades Autónomas ese Reglamento ha sido ya sustituido por la legislación propia de medio ambiente, que se funda en conceptos diferentes y normalmente más amplios que el de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas. En estos casos puede ser difícil determinar si una sanción por infracción de la normativa ambiental y que penalice la apertura o realización ilegal de determinadas actividades “clasificadas” debe reconducirse o no a la cláusula del artículo 8.2.b).3 de la LJCA. La seguridad jurídica inclina a pensar que la competencia de los Juzgados en este caso se extiende tan sólo a los recursos contra las sanciones por infracción del Reglamento de Actividades de 1961 o de las normas autonómicas que inequívocamente regulen el control ambiental de las actividades a que el propio Reglamento y sus anexos se refieren. Cualquier otra sanción por infracción de la legislación de protección del medio ambiente no es de la competencia de los Juzgados.

**SÓLO LOS JUZGADOS DE
ÁMBITO PROVINCIAL TIENEN
COMPETENCIA EN
EL ENJUICIAMIENTO DE
LA ACTIVIDAD DE LAS CCAA.
ESTA COMPETENCIA
PARTICIPA DE UN DOBLE
CARÁCTER: LIMITADO,
RESPECTO A LOS RECURSOS
CONTRA ACTOS DE LOS
ÓRGANOS AUTONÓMICOS
CENTRALES, Y PLENO, CON
RELACIÓN A LOS ACTOS
DE LA ADMINISTRACIÓN
AUTONÓMICA PERIFÉRICA
E INSTITUCIONAL**

Quizá también puedan plantearse algunos problemas en relación con las competencias sobre el tráfico, pues es necesario distinguir claramente las sanciones en materia de “tráfico, circulación y seguridad vial” de las sanciones en materia de “transporte”, que son de la competencia de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, aunque unas y otras se impongan por las mismas autoridades u órganos.

Por lo demás, cuando se habla de “sanciones” no sólo hay que incluir los recursos contra las resoluciones sancionadoras en sentido estricto. También contra actos de trámite (en la medida en que sean impugnables de manera autónoma) y medidas cautelares dictadas en el procedimiento sancionador, así como los recursos contra los actos de ejecución de las sanciones, como pueden ser los de apremio.

c) A lo expuesto, hay que añadir otro tipo de actos de los órganos centrales de la Administración autonómica sobre los que conocen los Juzgados en vía de recurso contencioso-administrativo. Se trata de aquellos actos de tales órganos que confirmen íntegramente los dictados por la Administración periférica de la propia Comunidad Autónoma o por organismos, entes, entidades o corporaciones de Derecho público dependientes de ella. Así resulta del artículo 8.3 de la LJCA.

2. Las competencias de los Juzgados sobre disposiciones y actos de la Administración periférica de las Comunidades Autónomas

En este caso las reglas de competencia varían y son muy distintas a las del artículo 8.2.

Digamos, para empezar, que no todas las Comunidades Autónomas tienen en realidad una Administración periférica propia. La tienen las Comunidades Autónomas pluriprovinciales (en medida muy distinta, por cierto) y sólo excepcionalmente en cuanto a alguna dependencia u órgano las demás. En todo caso, se trata aquí de actos de las Direcciones o Delegaciones Provinciales, Comarcales o Locales de la propia Comunidad Autónoma y de otros órganos administrativos integrados en su Administración, sin personalidad jurídica propia, cuyo ámbito territorial de competencia no se extienda a todo el territorio de la Comunidad Autónoma. Este último criterio, el del ámbito territorial de competencia del órgano, es decisivo para entender qué es Administración periférica a tales efectos. Incluso si se trata de órganos no jerárquicamente ordenados o que puedan mantener independencia funcional, como son los Jurados de Expropiación.

En segundo lugar, sorprende que el artículo 8.3, a diferencia del 8.2 (y del 8.1) se refiera a “disposiciones y actos” y no sólo a actos de la Administración periférica. Cabe preguntarse si el artículo 8.3 se está refiriendo también a disposiciones generales y no sólo a actos administrativos. Tales disposiciones generales emanadas de la Administración periférica autonómica pueden existir, aunque no será frecuente que se dicten. Ahora bien, si interpretáramos que el concepto de “disposiciones” que utiliza el artículo 8.3 se refiere a “disposiciones generales”, existiría una clara contradicción, por lo que se refie-

Competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo

re a la Administración periférica de las Comunidades Autónomas, entre lo que establece ese artículo 8.3 y lo que dispone el artículo 10.1.b), que atribuye a los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento de los recursos contra las disposiciones generales emanadas de las Comunidades Autónomas, sin hacer distinciones por razón del órgano del que emanen. Por eso, lo lógico es entender que, siempre que se trate de disposiciones “generales” (es decir, normas reglamentarias) dictadas por cualquier órgano de la Comunidad Autónoma, central o periférico (e inclusive por algún organismo público o entidad dependiente de ella), la competencia corresponde a los Tribunales Superiores de Justicia y no a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. La claridad de la regla del artículo 10.1.b) debe imponerse frente la ambigüedad u oscuridad del artículo 8.3 en este particular (sobre el concepto de “disposiciones” que emplea).

En fin, es importante subrayar que, en los términos indicados, los Juzgados de lo Contencioso son competentes para conocer de los recursos contra cualquier acto administrativo (o inactividad o vía de hecho) de la Administración periférica autonómica, dictado sobre cualquier materia, sin excepción alguna, y también sin ningún límite cuantitativo. No se aplican en este caso, aunque pueda parecer poco razonable o poco explicable, los límites materiales y cuantitativos del artículo 8.2. Tampoco se aplica el límite cuantitativo (10 millones) y las excepciones *ratione materiae* del segundo párrafo del artículo 8.3, que se refiere estrictamente a actos de la Administración periférica del Estado y de organismos públicos estatales. Por consiguiente, la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo para conocer de los recursos contra los actos de la Administración periférica de las Comunidades Autónomas es una competencia plena. Una competencia incluso más extensa, por paradójico que parezca, que la que tienen para conocer de actos de las entidades locales, según el artículo 8.1. Además, debe recordarse que la competencia sigue siendo de los Juzgados aunque los actos administrativos de aquella Administración periférica sean íntegramente confirmados (no cuando sean total o parcialmente modificados) por otros órganos superiores, que normalmente serán centrales, de la Administración de la Comunidad Autónoma.

La amplitud material de esta competencia casa mal con el criterio de prudencia con que, según la Exposición de Motivos de la LJCA, se dicen regular las competencias de los Juzgados. Ahora bien, la ampliación de las competencias de los Juzgados que contemplamos en este apartado procede no del Proyecto de 1995, a cuyo diseño responde en realidad el texto de la Exposición de Motivos, como se ha dicho, sino del Proyecto de 1996 y su tramitación parlamentaria. Paulatinamente el diseño inicial de competencias de los Juzgados se fue desdibujando en un sentido expansivo. Quizá el resultado final sea contradictorio con el propósito que aún expresa el preámbulo de la Ley. Pero es la decisión del legislador y al articulado hay que atenerse, pues es lo que cuenta en definitiva.

3. Las competencias de los Juzgados sobre actos de los organismos públicos, entidades y corporaciones de Derecho público dependientes de las Comunidades Autónomas

El artículo 8.3 en su primer párrafo atribuye también a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo el conocimiento de los recursos que se deduzcan contra los actos de los organismos, entes, entidades o corporaciones de Derecho público “cuya competencia no

se extienda a todo el territorio nacional”. No se habla expresamente en este precepto de los organismos y entidades dependientes de las Comunidades Autónomas, pero la inclusión de los mismos en la cláusula se deduce implícitamente, al tratarse todos ellos por definición de organismos y entidades cuyas competencias no se extienden a todo el territorio nacional.

Desde un punto de vista subjetivo, se comprenden aquí todas aquellas entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, de cualquier tipo, que sean dependientes o estén vinculadas orgánicamente a la Administración de las Comunidades Autónomas, cualquiera que sea su denominación. Lo decisivo es que sean entidades públicas y no meramente con forma jurídica de Derecho privado, y que tengan personalidad jurídica propia y distinta de la Administración autonómica. Merece la pena considerar que en este ámbito se incluyen muchas entidades. Por ejemplo, las Universidades, respecto de las que existe una no pequeña conflictividad jurídica, o las entidades de cada Sistema de Salud autonómico, y muchos organismos autónomos de naturaleza económica o de prestación de servicios. Por esta vía, pues, la competencia de los Juzgados se ensancha sensiblemente.

Desde el punto de vista objetivo, la competencia de los Juzgados se extiende aquí de nuevo, sin ningún tipo de duda, a los recursos contra los “actos” (que comprenden, como sabemos, los recursos contra la inactividad y contra las actuaciones en vía de hecho). No se incluyen los recursos contra “disposiciones” o disposiciones generales que puedan dictar estos organismos públicos.

De nuevo en este caso, como en el de la Administración periférica de las Comunidades Autónomas, la competencia de los Juzgados se extiende a todo tipo de actos administrativos, sobre cualquier materia y sin límite cuantitativo alguno, incluso si se trata de actos que sean confirmados íntegramente por órganos de la Administración Central de la Comunidad Autónoma en vía de recurso, fiscalización o tutela.

Los únicos actos que se excluirían de la competencia de los Juzgados (al igual que en el caso de la Administración periférica autonómica) serían los dictados por delegación de un órgano central en virtud de la ya mencionada regla del artículo 13.4 de la LRJPAC. En cualquier caso, conviene siempre estar atento para comprobar si el recurso se dirige contra un acto dictado en virtud de delegación, supuesto nada infrecuente en la práctica.

Resumiendo, puede decirse que las competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo son muy limitadas en relación con los recursos contra actos de los órganos centrales de las Comunidades Autónomas, mientras que, por el contrario, los Juzgados tienen competencia plena en relación con los actos de la Administración periférica e institucional de las Comunidades Autónomas, hasta el punto de que constituyen lo que podríamos denominar el “juez ordinario” de control de esa Administración periférica e institucional autonómica.

Competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo

Esta última constatación tiene una gran importancia práctica, puesto que actualmente se asiste a un proceso de extensión, en algunos casos muy considerable, de la Administración institucional autonómica (organismos públicos y demás entidades con personalidad jurídica propia) en detrimento del tronco central de la Administración autonómica organizado en las Consejerías. En consecuencia, en virtud del artículo 8.3, párrafo primero, las competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, que el legislador parecía pretender limitar, se extienden significativamente. En virtud de ese precepto, el Juez contencioso-administrativo deberá conocer de un sinnúmero de materias. Esta circunstancia debe resaltarse y ponerse en directa conexión con la imperiosa necesidad de especialización de los titulares de estos Juzgados, sobre lo que más adelante haré algún comentario.

III. LAS COMPETENCIAS DE LOS JUZGADOS Y JUZGADOS CENTRALES DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN RELACIÓN CON EL ENJUICIAMIENTO DE ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

A diferencia de lo que atañe a asuntos de las Comunidades Autónomas, conocen de recursos dirigidos contra actuaciones de la Administración del Estado tanto los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de ámbito provincial como los Juzgados Centrales. Por consiguiente, hemos de distinguir las competencias de unos y otros órganos judiciales al respecto.

1. Competencias de los Juzgados de ámbito provincial

Como es lógico, los Juzgados provinciales de lo Contencioso-Administrativo nunca conocen de recursos contra actos o disposiciones de los órganos “centrales” de la Administración del Estado, salvo que confirmen íntegramente otros actos de órganos administrativos periféricos. Su ámbito de competencia en relación con la Administración del Estado se ciñe a determinados actos de la Administración periférica y de organismos o entidades dependientes de la Administración estatal.

A) Competencias en relación con la Administración periférica del Estado

Según el artículo 8.3 de la LJCA, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conocen en única o primera ins-

TANTO LOS JUZGADOS PROVINCIALES COMO LOS CENTRALES CONOCEN DE RECURSOS CONTRA ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. LA COMPETENCIA DE LOS PRIMEROS SE CIÑE A DETERMINADOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PERIFÉRICA Y DE ORGANISMOS AUTÓNOMOS. RESPECTO A LOS SEGUNDOS, LA LEY HA DISEÑADO SU COMPETENCIA PARA CASOS REFERIDOS A LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL

tancia de los recursos que se deduzcan frente a disposiciones y actos de la Administración periférica del Estado.

A estos efectos, desde un punto de vista subjetivo, por Administración periférica hay que entender cualesquiera órganos de la Administración General del Estado cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional. Es decir, los “órganos territoriales” a que se refieren el Capítulo II del Título II de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) y sus disposiciones de desarrollo. Se trata de un conjunto de órganos que, si bien ha disminuido sensiblemente de volumen en virtud de las transferencias a las Comunidades Autónomas, todavía mantiene cierta importancia y dimensión en algunos sectores de la acción administrativa (por ejemplo, seguridad ciudadana y tráfico, sanidad y Seguridad Social, Administración penitenciaria, obras públicas, costas, etc.) Como es sabido, la Administración periférica se organiza esencialmente en Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno y Direcciones Insulares, sin perjuicio de la existencia de otras autoridades y órganos de ámbito supra o infraprovincial. Dichos órganos dictan numerosos actos administrativos que pueden ser objeto de recurso.

Desde el punto de vista objetivo, es de hacer notar que el artículo 8.3 se refiere tanto a actos como a “disposiciones”. No está claro, de nuevo, si este último concepto alude a disposiciones de carácter general. De hecho, se trata de una adición de última hora al artículo 8.3, ya que en el diseño originario de la Ley no parecía preverse ningún recurso contra disposiciones generales ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (y así se deduce de otros preceptos de la Ley). Ahora bien, si esta exclusión ha quedado clara en relación con las disposiciones generales emanadas de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales [art. 10.1.b)], no lo es tanto por lo que se refiere a disposiciones generales de la Administración periférica, pues no hay en relación con la Administración del Estado una norma tan clara y terminante como la del artículo 10.1.b). Ello no obstante, si resulta difícil entender que el concepto de “disposiciones” del artículo 8.3 incluye las disposiciones “generales” de la Administración periférica autonómica, no parece que pueda adoptarse un criterio distinto en relación con las disposiciones generales dictadas por órganos periféricos de la Administración del Estado. El caso se presentará, no obstante, en contadas ocasiones, pues no es nada frecuente que los órganos periféricos tengan atribuida potestad reglamentaria.

Ahora bien, a diferencia de lo que sucede respecto de los actos de la Administración periférica de las Comunidades Autónomas, el segundo párrafo del artículo 8.3 limita la competencia de los Juzgados en relación con los actos de la Administración periférica del Estado a ciertos casos, puesto que exceptúa los actos de cuantía superior a 10 millones de pesetas y aquellos que se dicten en ejercicio de las competencias de dicha Administración sobre dominio público, obras públicas del Estado, expropiación forzosa y propiedades especiales. Sorprende también que se establezca esta diferencia entre actos de una y otra Administración periférica, diferencia cuya justificación o criterio lógico es difícil de encontrar. Pero así lo ha querido el legislador.

Competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo

Por lo que se refiere a la excepción de los actos de cuantía superior a 10 millones de pesetas, parece claro en términos gramaticales que no incluye los actos de cuantía indeterminada. En consecuencia estos últimos actos, cuando procedan de la Administración periférica del Estado, son impugnables ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de ámbito provincial, salvo cuando se refieren a las materias excepcionadas por el artículo 8.3.

Sobre estas excepciones materiales hay que hacer alguna observación. Así, las competencias sobre el dominio público abarcan todos aquellos actos de la Administración periférica (en algunos aspectos numerosos, por ejemplo, en relación con el dominio público marítimo-terrestre) relativos a la afectación y desafectación, utilización y protección de los bienes de dominio público, tales como concesiones y autorizaciones, actos de deslinde, de investigación y recuperación de oficio, etc., incluidas las sanciones por infracción de la correspondiente legislación de protección del dominio público. Los recursos sobre todos estos actos no son competencia de los Juzgados, sino de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, cuando procedan de la Administración periférica del Estado.

Conviene precisar, no obstante, que la excepción no se refiere a los bienes patrimoniales, sobre los que también pueden dictarse actos administrativos por dicha Administración periférica (deslindes, actos de recuperación de oficio, actos de recepción o de adscripción, cesiones, etc.)

Por lo que se refiere a los actos relativos a las obras públicas del Estado, también excluidos de la competencia de los Juzgados, se trata básicamente de actos de adjudicación de contratos, inspección e interpretación de los mismos, de aplicación y liquidación, etc.

Los actos relativos a los procedimientos de expropiación forzosa, desde el acuerdo de necesidad de ocupación hasta la definitiva ocupación y pago del justiprecio, pasando por la determinación del justiprecio por los Jurados de Expropiación (si éstos forman parte de la Administración periférica del Estado, no cuando forman parte de la Administración periférica autonómica) también están excluidos de la competencia de los Juzgados.

Por último, están excluidos los actos que se refieren a “propiedades especiales”. La interpretación de este último concepto puede plantear mayores problemas, ya que se trata de un concepto indeterminado y que no tiene en nuestro Derecho un perfil claro ni una acepción unívoca. Hay que entender, en principio, que las propiedades especiales a que se refiere el precepto incluyen la propiedad intelectual e industrial (marcas, patentes, etc.) Pero seguramente no queda aquí la cosa, sino que habría que incluir en el concepto algunos tipos de propiedad que tienen un régimen administrativo especial de intervención, como es el patrimonio histórico-artístico y los espacios naturales protegidos. Desde el punto de vista del Derecho administrativo cabe entender que éstas también son “propiedades especiales” y, por consiguiente, los actos que se dicten en relación con estas cuestiones no son impugnables ante los Juzgados, sino ante los Tribunales Superiores de Justicia (cuando sean actos de la Administración periférica).

B) Competencias en relación con la actividad de los organismos, entes, entidades o corporaciones dependientes de la Administración del Estado

Hablamos ahora de actos de organismos y entidades con personalidad jurídica dependientes de la Administración General del Estado, a los que se refiere genéricamente el Título III de la Ley 6/1997 (LOFAGE) y algunas de sus disposiciones adicionales.

El artículo 8.3 de la LJCA no alude expresamente a organismos o entes dependientes de la Administración del Estado, sino a organismos o entes “cuya competencia no se extiende a todo el territorio nacional”. La mayoría de estos organismos no dependen del Estado, obviamente, pero hay algunos que sí. El caso más significativo es el de las Confederaciones Hidrográficas, una vez que las Universidades públicas han sido transferidas ya a las Comunidades Autónomas (salvo la UNED y la UIMP, de ámbito nacional). Los actos de estos organismos estatales de competencia territorialmente restringida son impugnables ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de ámbito provincial, salvo en los supuestos a que se refiere el segundo párrafo del artículo 8.3 y que ya hemos examinado en el apartado anterior.

Ahora bien, la mayoría de los organismos públicos y entidades dependientes o vinculadas a la Administración del Estado extienden su competencia a todo el territorio nacional, pero muchos de ellos tienen también una organización periférica, inclusive extensa en algunos casos. Por ejemplo, la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la Tesorería General de la Seguridad Social, el INEM, las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, etc. Se ha planteado a este respecto la cuestión de si los actos emanados de los órganos periféricos de esos organismos públicos y entidades estatales son impugnables ante los Juzgados de ámbito provincial o ante los Juzgados Centrales, en aplicación del artículo 9.c) de la LJCA.

Esta cuestión ha dado lugar a pronunciamientos iniciales divergentes sobre la competencia, hasta que ha sido resuelta por una serie de recientes Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección Primera), dictadas en otras tantas cuestiones de competencia negativas. Se trata de las Sentencias de 10, 11, 18 y 19 de abril (dos de esta fecha) de 2000, la primera referida a una resolución de una Dirección Provincial del INEM, las demás referidas a actos de Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social. El Tribunal Supremo considera acertadamente que la competencia para conocer de estos actos (salvo que estén excluidos por aplicación del segundo párrafo del artículo 8.3) corresponde a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y no a los Juzgados Centrales, pues, en palabras de la citada Sentencia de 18 de abril de 2000, “no deja de ser significativo a estos efectos que cuando el acto recurrido emana de la Administración periférica del Estado, en rigor, de un órgano periférico de la Administración General del Estado, que por definición extiende su competencia a todo el territorio nacional, el conocimiento de los recursos contencioso-administrativos se atribuye a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Y es que el espíritu que anima a la norma contenida en el enunciado del artículo 8.3 de la Ley de esta Jurisdicción obedece al propósito —con las excepciones propias de

Competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo

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”. Por consiguiente, los actos dictados por los órganos periféricos de los organismos o entidades estatales se encuentran también entre los que menciona el artículo 8.3 de la LJCA y no entre los que menciona el artículo 9.c).

En todo caso, conviene insistir aquí que también son impugnables ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo los actos de órganos superiores, tanto de la Administración periférica del Estado como de la Administración periférica autonómica como de los organismos y entidades públicas autonómicos y de los órganos periféricos de los organismos y entidades estatales, cuando aquéllos confirmen íntegramente los dictados por éstos en vía de recurso, fiscalización o tutela.

También es necesario reiterar aquí la necesidad de tener en cuenta la posible existencia de delegaciones en órganos periféricos, nada infrecuentes en la práctica, pues el acto dictado por delegación se imputa siempre a efectos de competencia judicial al órgano delegante. En ciertos casos, la emanación de actos por órganos periféricos, cuando no se señala expresamente que son dictados por delegación, puede provocar errores iniciales.

2. Las competencias de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo

La competencia de los Juzgados Centrales se ha diseñado por la Ley para tres casos muy concretos, cada uno de los cuales se funda en criterios distintos. Lo único que tienen en común es que se refieren a actividad de la Administración “central” del Estado, incluyendo la de los órganos centrales de los organismos y entidades que de ella dependen. Pero el alcance de cada una de estas competencias es muy distinto, por lo que conviene explicarlas por separado.

LA MEJOR PRUEBA DEL DESATINO Y FALTA DE REALISMO CON QUE SE HA REGULADO EL RÉGIMEN COMPETENCIAL LA OFRECE EL ART. 9.B) AL ESTABLECER LAS COMPETENCIAS DE LOS JUZGADOS CENTRALES DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SOBRE MATERIAS QUE YA NO PERTENECEN A LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO AL HABER SIDO TRANSFERIDAS A LAS CCAA

A) Las competencias en materia de personal

El artículo 9.a) atribuye a los Juzgados Centrales el conocimiento de los recursos contra “actos administrativos” (expresión que utiliza el inciso inicial del artículo 9) dictados por los Ministros y Secretarios de Estado en materia de personal, salvo que se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios públicos de carrera o a las materias recogidas en el artículo 11.1.a) sobre personal militar.

a) Ante todo, desde un punto de vista subjetivo, la competencia se ciñe a los actos de Ministros y Secretarios de Estado. No de otros órganos de la Administración central de inferior jerarquía. Los actos de estos últimos en materia de personal son impugnables ante los Tribunales Superiores de Justicia (el de Madrid o el del domicilio del demandante, en virtud del “fuero electivo” que prevé el artículo 14.1). Sucede así y puede parecer sorprendente, que los actos en materia de personal de los órganos superiores de la Administración se recurran ante un órgano judicial unipersonal y de nueva creación y los de los Subsecretarios, Directores y Subdirectores Generales y otros órganos administrativos de nivel semejante o inferior, incluida la Comisión Interministerial de Retribuciones, se impugnen ante una Sala. La única explicación es que con la creación de los Juzgados Centrales se ha querido descargar de competencias a la Audiencia Nacional, explicación que se deduce igualmente de la Exposición de Motivos de la Ley.

También hay que observar que en materia de personal son frecuentes las delegaciones de los Ministros y Secretarios de Estado en los Subsecretarios, Directores Generales e incluso órganos inferiores. En tales casos, la competencia es de los Juzgados Centrales como ha recalcado la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2000. Es más, de esta Sentencia deriva que si se recurren dos actos conexos, uno del Ministro y otro del Subsecretario, la competencia es del Juzgado Central cuando el primero es el objeto principal del recurso.

Otra cuestión es la que surge cuando un Ministro o Secretario de Estado es al mismo tiempo Presidente o Director de un órgano colegiado o de un organismo autónomo o ente público (por ejemplo, el Secretario de Estado de Hacienda es Presidente de la Agencia Tributaria). Entonces, para determinar la competencia, habrá que tener en cuenta en qué calidad actúa en cada caso. Si es en la de Ministro o Secretario de Estado los Juzgados Centrales tendrán la competencia si se trata de materia de personal, pero sólo en estos asuntos. Si es en la de Presidente o Director de un ente público, su actuación podrá ser enjuiciada también por los Juzgados Centrales en otras materias [art. 9.c)]. Si actúa como Presidente de un simple órgano colegiado (por ejemplo, una Comisión o Consejo), la competencia se determina en función del órgano por el que actúa.

b) En segundo lugar, desde el punto de vista objetivo, hay que tener en cuenta que en este caso se trata de recursos contra actos [o contra la inactividad o vía de hecho; art. 13.b)], pero en ningún caso contra disposiciones generales dictadas por aquellos órganos en materia de personal. Las disposiciones generales de Ministros y Secretarios de

Competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo

Estado son siempre de la competencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, conforme al artículo 11.1.a) LJCA. Es cierto que la dicción de este último precepto es ambigua, pues puede entenderse que, por lo que se refiere también a las disposiciones generales de Ministros y Secretarios de Estado en materia de personal, la Sala sólo conoce de las que se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de los funcionarios de carrera. Pero es necesario hacer una interpretación literal conjunta de ese artículo 11.1.a) y del inciso inicial del artículo 9.a), que se refiere sólo a “actos administrativos”. De ello deriva que, según el artículo 11.1.a), la Audiencia Nacional es competente para conocer de los recursos: a) contra las disposiciones generales de Ministros y Secretarios de Estado; b) los actos en general de estas autoridades, pero en materia de personal sólo los referidos a nacimiento o extinción de la relación de servicio de los funcionarios de carrera. El inciso final del artículo 11.1.a) confirma esta interpretación, pues atribuye también a la Audiencia Nacional los recursos contra los “actos” de los órganos centrales del Ministerio de Defensa referidos a ascensos, orden y antigüedad y destinos (del personal militar, obviamente). Nada dice de las disposiciones generales sobre estas materias. Pero no puede entenderse por lógica que el recurso contra ellas se haya de tramitar ante los Juzgados Centrales (si proceden del Ministro o de un Secretario de Estado). Se ha de tramitar ante la Audiencia Nacional porque es la que conoce, sin excepción alguna, de los recursos contra las disposiciones generales dictadas por los Ministros y Secretarios de Estado.

c) Por último, las excepciones a la competencia de los Juzgados Centrales en materia de personal deben interpretarse en sentido estricto. Tanto la relativa al nacimiento o extinción de la relación de servicio de los funcionarios de carrera, sobre lo que hemos de remitirnos a lo expuesto al comentar el artículo 8.2.a), como la que deriva del artículo 11.1.a), en su último inciso, hace poco mencionada.

B) Las competencias en materia sancionadora

Quizá la prueba más concluyente del desatino y la falta de realismo con que se han regulado las competencias de los Juzgados la ofrezca el artículo 9.b). Según el mismo, los Juzgados Centrales conocerán de los recursos interpuestos contra actos de los órganos centrales de la Administración General del Estado en los supuestos previstos en el artículo 8.2.b), es decir, en materia de sanciones no superiores a 10 millones de pesetas o cese de actividades o privación de ejercicio de derechos que no excedan de seis meses en las materias enunciadas en dicho artículo.

Este precepto está fuera de la realidad —de la realidad de nuestro ordenamiento jurídico— en la medida en que los órganos centrales de la Administración del Estado carecen ya de toda competencia sancionadora en materia de caza, pesca fluvial, pesca en aguas interiores, marisqueo, acuicultura, actividades clasificadas, comercio interior y defensa de los consumidores, espectáculos públicos y actividades recreativas, puesto que las competencias ejecutivas sobre todas estas materias están hace tiempo transferidas a las Comunidades Autónomas, cuando no corresponden a la Administración Local. Quizá podría darse el supuesto de alguna sanción de los órganos centrales del Ministerio del

Interior en materia de tráfico y seguridad vial, pero más por rectificar la sanción impuesta por un órgano periférico que como sanción directa. En definitiva, el artículo 9.b) está llamado a tener nula o escasísima aplicación, por lo que no requiere mayor comentario.

C) Las competencias sobre la actividad de los organismos públicos y entidades pertenecientes al sector público estatal

Ésta, la del artículo 9.c), es sin duda la competencia más extensa de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo.

a) En primer lugar, desde un punto de vista subjetivo, porque son muchos los organismos y entidades encuadrables en ese precepto. Se incluyen en principio todas las entidades públicas con personalidad jurídica propia, cualquiera que sea su denominación o funciones, dependientes o vinculadas a la Administración General del Estado. Sólo se excluyen, por un lado, aquéllas cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional (por ejemplo, las Confederaciones Hidrográficas, respecto de las que la competencia es de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de ámbito provincial), y, por otro, ciertas entidades a las que se refiere expresamente la Disposición Adicional Cuarta de la LJCA, para atribuir la competencia sobre sus actos y resoluciones (incluidas, por lógica, sus disposiciones generales, si las hubiere) a la Audiencia Nacional: Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Tribunal de Defensa de la Competencia (aunque éste, como la Junta Arbitral de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, es órgano y no ente), Agencia de Protección de Datos, Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (hoy Comisión Nacional de la Energía), Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones, Consejo Económico y Social, Instituto Cervantes, Consejo de Seguridad Nuclear y Consejo de Universidades (este último también sin personalidad jurídica propia).

Además, debe tenerse en cuenta lo que ya se ha dicho sobre los órganos periféricos de estos organismos y entidades estatales y la competencia sobre sus actos de los Juzgados de ámbito provincial, salvo que superen los 10 millones de pesetas de cuantía o sean actos modificados por los órganos centrales en vía de recurso, fiscalización o tutela.

b) En segundo lugar, desde el punto de vista objetivo y material la competencia es también muy amplia, porque se extiende al enjuiciamiento no sólo de actos o actividades concretas, sino también de disposiciones generales y porque abarca todo tipo de materias, con las únicas excepciones contempladas en la letra i) del artículo 10.

Estas excepciones, establecidas en favor de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, merecen también comentario aparte. Por de pronto, el artículo 10.i) se refiere a actos y resoluciones de órganos de la Administración del Estado de nivel inferior a Ministros y Secretarios de Estado. En consecuencia, la remisión a este precepto por el artículo 9.c), que se refiere a organismos y entidades con personalidad jurídica, sólo se

Competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo

entiende si se tiene en cuenta el artículo 13.a). Es decir, el artículo 10.i) estaría refiriéndose también a las entidades y corporaciones vinculadas a la Administración General del Estado y, en concreto, a los órganos de aquellas que tienen nivel inferior a Ministro o Secretario de Estado. Por tanto, los actos y resoluciones de estos órganos de las entidades estatales en las materias a que se refiere el artículo 10.i) serían impugnables ante los Tribunales Superiores de Justicia. Pero si se trata de actos y resoluciones sobre esas mismas materias de órganos de un organismo o entidad pública estatal que tengan nivel orgánico de Ministro o (como sucede en algunos casos) de Secretario de Estado, entonces la competencia corresponde a los Juzgados Centrales. Puede parecer absurdo o ilógico y, en cualquier caso, es muy complicado. Pero eso es lo que se deriva de la remisión del artículo 9.c) al 10.i).

En cualquier caso, la excepción sólo comprende los actos y resoluciones (de nuevo nada se dice ahora sobre disposiciones generales) sobre ciertas materias, a saber, personal, propiedades especiales y expropiación forzosa.

Resulta curioso que cuando el artículo 9.a) atribuye a los Juzgados Centrales como unas de las materias típicas las de personal, el artículo 9.c) venga a excepcionarlas, salvo si se trata de actos emanados de órganos de nivel orgánico equivalente a Ministro o Secretario de Estado. Resulta curioso, en segundo lugar, que el artículo 9.c), que se refiere a actos de organismos públicos y entidades con personalidad jurídica propia excluya, por remisión al artículo 10.1.i), las actuaciones en materia de expropiación forzosa, cuando es sabido que, según la Ley de Expropiación Forzosa (art. 2.1), sólo los llamados entes territoriales, Estado, Provincias y Municipios y hoy también Comunidades Autónomas tienen la potestad de expropiar, pero no así los organismos autónomos y entidades con personalidad jurídica distinta de aquellas Administraciones.

Por último, la exclusión de los actos y resoluciones dictados en materia de “propiedades especiales” plantea los mismos problemas de interpretación que ya se examinaron en relación con el artículo 8.3, segundo párrafo. Ahora bien, el artículo 10.1.i) no se refiere y, por tanto, el artículo 9.c) no excluye los actos relativos al dominio público, actos que en ocasiones sí pueden dictar organismos autónomos y otras entidades de Derecho público. Quizá, en virtud de una interpretación sistemática, habría que entender que el concepto de “propiedades especiales” del artículo 10.1.i) incluye también el dominio público, ya que esta institución no deja de ser, en cierto modo, un régimen de propiedad especial. Parece, por consiguiente, que lo que el legislador ha querido es que de los actos que se dicten en ejercicio de competencias sobre el dominio público conozcan en todo caso las Salas y no los Juzgados, dada la trascendencia pública de dichos actos.

IV. OBSERVACIONES CONCLUSIVAS

Como se ha visto, el sistema de atribución de competencias a los Juzgados y Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo es complejo y enrevesado. Complejidad que, por paradójico que parezca, se fue incrementando a medida que avanzaba la tramitación

de la nueva LJCA, de manera que desde el esquema sencillo y prudente, por discutible que fuera, del Proyecto de 1995, se ha pasado, mediante sucesivas decisiones de desconcentración de competencias en los Juzgados, a otro muy difícil de entender y de aplicar, en el que los Juzgados ejercen competencias sobre las más variadas materias y muchas veces en asuntos de gran trascendencia económica, social o política.

A este problema de partida hay que añadir, además, el que deriva de la insuficiente especialización de una mayoría de Jueces de lo contencioso-administrativo, provinciales y centrales, pues, como ya advertía la Exposición de Motivos de la Ley, desde el Proyecto de 1995, “es evidente que el éxito de la reforma depende más que nada de la pronta y adecuada selección de los titulares de los Juzgados”. En tantos aspectos éste es el mayor problema que se está advirtiendo en la aplicación de la Ley. La improvisación y la falta de previsión de los órganos competentes de Gobierno para formar mientras la Ley se tramitaba (y seguramente habría habido tiempo) un grupo de Magistrados especialistas en Derecho administrativo constituye un lastre muy importante en relación con las expectativas de modernización y mejora que abrió la aprobación del nuevo texto legal, al menos en la primera etapa de esta experiencia.

Esta última circunstancia agrava igualmente el problema de las competencias, dado que los actuales Jueces de lo contencioso-administrativo parecen incapaces de adoptar criterios uniformes de interpretación, lo que crea una gran inseguridad jurídica. Pero, además, justifica el criterio de prudencia con que se abordó inicialmente la regulación de las competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Mientras no exista una especialización suficiente de sus titulares, en mucha mayor medida de lo que hoy sucede, no parece lógico ni razonable proponer que se aumenten sus competencias. Por el contrario, parece aconsejable que se recorten algunas de las que actualmente tienen, referidas a recursos sobre materias de gran complejidad técnico-jurídica y de no escasa importancia práctica, social o económica.

En consecuencia, parece muy conveniente proceder a una reforma parcial de la LJCA en el aspecto relativo a las competencias de los distintos órganos de la Jurisdicción, reforma que aclare y simplifique la actual regulación, a la luz de la experiencia (no del todo positiva) de estos primeros meses de vigencia.

A mi modo de ver, la distribución de competencias debería ajustarse a criterios únicos, sin mezclar como la Ley actual hace criterios subjetivos, objetivos, materiales y cuantitativos distintos en cada caso. Los criterios prioritarios deben ser de carácter material y no subjetivo y deben excluirse siempre de la competencia de los Juzgados, sin ninguna excepción, los recursos directos contra disposiciones de carácter general.

Por ejemplo y a título meramente indicativo, las competencias de los Juzgados en relación con actos de la Administración autonómica deberían ceñirse a materias similares a aquéllas de las que conocen en relación con actos de la Administración local. Así, todas las cuestiones de personal, salvo las referidas al nacimiento o extinción de la relación de

Competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo

servicios de funcionarios de carrera; las sanciones administrativas de cualquier naturaleza (pues una vez conocido el Derecho administrativo sancionador su aplicación no debe plantear mayores problemas en unas y otras materias), quizá manteniendo el límite cuantitativo de los 10 millones de pesetas y el cese de actividades o privación del ejercicio de derechos por tiempo superior a seis meses; determinados actos de ejecución en materia urbanística, en su caso, excluyendo siempre de la competencia de los Juzgados los recursos contra planes y normas de ordenación; quizá los recursos contra actos de gestión, inspección y recaudación de tributos propios de las Comunidades Autónomas, allí donde no existe la vía previa económico-administrativa; y poco más.

En cambio, excluyendo quizás los actos de los Consejos de Gobierno (que raramente se referirán a esas materias), no debería distinguirse entre actos de la Administración central y de la Administración periférica de las Comunidades Autónomas en cuanto a la atribución de competencias a los Juzgados. Tampoco entre actos de la Administración autonómica en sentido estricto y actos de los organismos públicos o entidades dependientes de ella. Es decir, los Juzgados deberían conocer de todos los actos de la Administración autonómica y de sus organismos autónomos en una serie limitada de materias, semejante a la que se señala en el artículo 8.1, con algunas adaptaciones al ámbito propio de funciones de las Comunidades Autónomas.

Por lo que se refiere a la Administración periférica del Estado, la actual redacción del artículo 8.3 es excesivamente amplia, incluso si se tienen en cuenta las exclusiones de su párrafo segundo. Quizá lo mejor sea sencillamente suprimir el actual artículo 8.3, no atribuyendo a los Juzgados de ámbito provincial competencia alguna en relación con actos de la Administración del Estado. Alternativamente, podrían mantenerse en favor de los Juzgados competencias sobre recursos contra actos de la Administración periférica estatal en materias similares a las que determinan su competencia sobre actos de la Administración local y autonómica. En concreto, en lo que se refiere a cuestiones de personal y a sanciones administrativas con los mismos límites cuantitativos aplicables en el caso de las Comunidades Autónomas.

De otro lado, sería quizá deseable replantearse la existencia misma de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo. Estos órganos han asumido competencias de enorme trascendencia. Aparte los problemas actuales (y esperemos que transitorios) de especialización de (algunos de) sus titulares, cabe preguntarse si no sería más razonable que fueran órganos colegiados y no unipersonales los que conocieran de actos dictados por Ministros y Secretarios de Estado y por organismos autónomos y entidades estatales cuando tienen esa trascendencia. Pero bien sabido es que, creado un órgano nuevo, resulta muy difícil suprimirlo, máxime si descarga de trabajo a otro órgano superior y saturado (como así está ocurriendo, por fortuna). Por ello parece más realista proponer una reconsideración conjunta de las competencias de la Audiencia Nacional, Tribunal Superior de Justicia de Madrid y Juzgados Centrales, con el fin de que cada uno de estos órganos conozca de los recursos contra la actividad de la Administración Central del Estado en atención a sus características y posibilidades, pues lo lógico es que los asuntos de mayor importancia queden reservados a órganos colegiados y que los unipersonales sean competentes tan sólo en relación con algunas materias homogéneas y de menor trascenden-

cia económica y social, según el criterio que todavía figura en la Exposición de Motivos de la LJCA.

A título de ejemplo, podrían quedar en la competencia de los Juzgados Centrales las cuestiones de personal que resuelva la Administración central del Estado, excluidas las disposiciones de carácter general, así como el conocimiento de las sanciones administrativas en términos cuantitativos semejantes a aquellos de que conocen los Juzgados de ámbito provincial en relación con las sanciones de las Comunidades Autónomas, y quizá algunos asuntos de naturaleza tributaria hasta ciertos límites cuantitativos.

Pero, en cualquier caso, lo que urge en esta primera etapa es que se unifiquen rápidamente los criterios de aplicación de las reglas de reparto de competencias entre los distintos órganos judiciales, de manera que se alcance la seguridad jurídica tan deseable en este aspecto.

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) Cuestiones prejudiciales. E) Medidas cautelares. **5. Mercado interior.** A) Libre circulación de mercancías. B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento.

1. INTRODUCCIÓN

Junto a la habitual reseña de jurisprudencia sobre principios generales, fuentes y recursos, y una vez expuesto en el anterior número de esta Revista el actual estado de la doctrina del Tribunal de Justicia en relación con la libre circulación de mercancías, procedemos a incorporar a la presente crónica las cuestiones relativas a la libre circulación de servicios, reseñando las líneas generales de la jurisprudencia del Tribunal de la mano de las Sentencias dictadas durante los años 1999 y 2000. En números sucesivos se ampliará progresivamente su objeto con el tratamiento de otros principios y libertades.

2. PRINCIPIOS GENERALES

En la Sentencia de 15 de junio de 2000, asuntos acumulados T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 a T-607/97, T-1/98, T-3/98 a T-6/98 y T-23/98, Alzetta y otros, el TPI se pronuncia sobre una supuesta violación del principio de proporcionalidad en el marco de una ayuda de Estado. De acuerdo con la doctrina del Tribunal, en la medida en que la supresión de una ayuda ilegal por vía de recuperación del importe de la ayuda concedida, más intereses, es la consecuencia lógica de la declaración de incompatibilidad de esta ayuda con el mercado común y persigue únicamente restablecer la situación anterior, esta obligación no puede, en principio, presentar un carácter desproporcionado en relación con los objetivos contemplados en los artículos 92, 93 y 94 del Tratado (Sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 1990, Tubemeuse, apartado 66 y de 14 de enero de 1997, España/Comisión, C-169/95, Rec. p. I-135, apartado 47). Pues bien, en el litigio comentado las partes demandantes no aportaron ningún dato concreto que permitiese presumir que la obligación de rem-

bolsar las ayudas individuales concedidas a empresas dedicadas al transporte internacional presentase, habida cuenta de la incidencia de estas ayudas sobre la competencia, un carácter manifiestamente desproporcionado en relación con los objetivos del Tratado.

En la citada Sentencia de 15 de junio de 2000, el TPI también desestimó la pretensión de los recurrentes basada en la violación del principio de protección de la confianza legítima. Según la doctrina del Tribunal europeo, únicamente circunstancias excepcionales pueden justificar la confianza de los beneficiarios en la legalidad de una ayuda. Además, el reconocimiento de esta confianza legítima presupone, en principio, que esta ayuda se ha concedido observando el procedimiento previsto en el artículo 93 del Tratado. Los regímenes de ayudas controvertidos, que constituían, en la medida en que prevenían la concesión de ayudas a empresas que se dedican al transporte internacional, regímenes de ayudas nuevos sujetos a la obligación de notificación, no fueron notificados. Pues bien, para el TPI el mero hecho de que las partes demandantes sean pequeñas empresas no justifica que puedan tener una confianza legítima en la legalidad de las ayudas controvertidas, sin comprobar que se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 93, apartado 3, del Tratado. Además, el hecho de que las ayudas concedidas a empresas que ejercen una actividad de transporte local, regional o nacional fuesen ayudas existentes no puede justificar la confianza de las empresas que se dedican al transporte internacional en la legalidad del procedimiento seguido por lo que respecta a las ayudas que se les concedían. No quedó pues demostrado, para la Corte Europea, que la obligación de restituir estas ayudas viole el principio de protección de la confianza legítima.

En relación con el principio de igualdad de trato, la **Sentencia del TJCE de 13 de julio de 2000, C-36-99, Idéal tourisme**, recuerda que en virtud del mismo las situaciones comparables no deben recibir un trato diferente, a no ser que éste se justifique objetivamente. Cuando los Estados miembros adaptan su Derecho nacional a una Directiva están obligados a respetar el principio de igualdad de trato (Sentencia de 25 de noviembre de 1986, Klensch y otros, asuntos acumulados 201/85 y 202/85, Rec. p. 3477, apartados 9 y 10). Pues bien, al plantearse la aplicación del principio de igualdad por una empresa belga que efectuaba operaciones de transporte internacional de viajeros en autocar que se consideraba discriminada en materia de IVA en relación con el trato que recibe el transporte aéreo internacional de viajeros, el Tribunal señaló en su Sentencia de 13 de julio de 2000 que el régimen comunitario del IVA es el resultado de una armonización progresiva de las legislaciones nacionales en el marco de los artículos 99 y 100 del Tratado CE (actualmente artículos 93 y 94 CE). Y dado que aún no se ha alcanzado la armonización prevista en la medida en que la Sexta Directiva autoriza sin reserva a los Estados miembros a seguir manteniendo algunas disposiciones de su legislación nacional anteriores a la Sexta Directiva que, de no mediar la mencionada autorización, serían incompatibles con dicha Directiva, “si un Estado miembro mantiene tales disposiciones, no estará infringiendo, por lo tanto, ni esta Directiva ni los principios generales del Derecho comunitario que, según la Sentencia Klensch y otros, antes citada, los Estados miembros deben respetar al aplicar la normativa comunitaria”. En consecuencia, según el TJCE, en el estado actual de la armonización de las legislaciones de los Estados miem-

bros relativas al sistema común del IVA, el principio comunitario de igualdad de trato no se opone a la legislación de un Estado miembro que, conforme al artículo 28, apartado 3, letra b), de la Sexta Directiva, continúa, por una parte, considerando exentos los transportes aéreos internacionales de viajeros mientras que, por otra, grava los transportes internacionales de viajeros en autocar.

3. FUENTES

Durante el período al que circunscribimos el examen de la jurisprudencia del Alto Tribunal luxemburgués, pocas son las novedades que se han producido en el sistema de fuentes, destacando la línea continuista.

No obstante, en la **Sentencia de 18 de mayo de 2000, Rombi, Asunto C-107/97** y respondiendo a una cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia admite que un Estado miembro pueda adaptar correctamente su Derecho interno a una Directiva aunque el acto nacional de adaptación mantenga normas anteriores aprobadas sobre la base de un norma nacional, ya derogada, de adaptación del Derecho interno a una Directiva anterior derogada. Además, lo anterior será posible aunque el nuevo acto de adaptación solamente contenga un pronunciamiento que indique que las mencionadas normas –aprobadas sobre la base de la norma de adaptación nacional derogada– seguirán en vigor en la medida en que no se opongan a la nueva norma nacional.

4. RECURSOS

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

El TJCE continúa con un número creciente de Sentencias relativas a recursos de anulación y, en menor medida, sobre recursos de omisión. Iniciando este análisis hay que destacar el FJ 46° de la **STJCE de 4 de julio de 2000, C-352/98P**, donde se afirma que “el carácter general o particular del acto de una Institución no constituye un criterio determinante para fijar los límites de la facultad de apreciación de que dispone la Institución de que se trate”. Anteriormente, en el asunto T-234/95, **STJCE de 29 de junio de 2000**, el Tribunal afirmó, continuando con la línea jurisprudencial establecida que en el marco de un recurso de anulación, corresponde al Juez comunitario comprobar si la decisión impugnada está viciada por alguna causa de anulación, sin que, no obstante, su apreciación de hecho, en particular en el orden económico, pueda sustituir a la del autor de la decisión. Y, en referencia a la relación entre los recursos de anulación y de indemnización, en el asunto T-7/99, de 29 de junio de 2000, se reseñaba que la independencia de estos dos tipos de recursos deriva de que tanto su objeto como su naturaleza son distintos, declarándose la inadmisibilidad de un recurso de indemnización si éste persigue la misma finalidad que un recurso de anulación y pretende eludir las consecuencias del hecho de no haberse interpuesto este último dentro del plazo señalado. Hay que tener presente que el objetivo de los plazos de recurso es garantizar la seguridad jurídica evitando que puedan ponerse indefinidamente en cuestión unos actos comunitarios que

surtan efectos jurídicos, así como garantizar los imperativos de buena administración de Justicia y de economía procesal.

En referencia a la lingüística y la corrección gramatical, la **STJCE de 27 de junio de 2000, asunto C-404/97**, determinó que a la hora de verificar la utilización errónea del plural en vez del singular hay que observar el sentido del texto y, en caso necesario, interrogar a la Comisión sobre este particular si hubiera dudas. También, en la **Sentencia de 15 de junio de 2000 (asuntos acumulados T-298/97, T-312/97, T-315/97, T-600/97 a T-607/97, T-1/98, T-3/98 a T-6/98 y T-23/98)**, el TPI determinó que el propio Tribunal no puede sustituir al Estado miembro de que se trata para determinar las modalidades de recuperación de las ayudas teniendo en cuenta, en su caso, las cargas fiscales nacionales, con el fin de restablecer la situación anterior; así como tampoco le corresponde sustituir a la Comisión por lo que se refiere a la decisión relativa a la recuperación de las ayudas incrementadas con los intereses. Igualmente, el TPI en la **Sentencia de 8 de junio de 2000 (asuntos acumulados T-79/96, T-260/97 y T-11/98)**, estableció que en el marco de un recurso por omisión, el órgano jurisdiccional comunitario no puede sustituir a la Comisión y adoptar, mediante una Sentencia, aquellas disposiciones que ésta hubiera debido tomar para cumplir su obligación de actuar conforme al Derecho comunitario. Confirmando lo dispuesto por el TPI en las **Sentencias de 29 de junio de 1995 (T-31/91)**, en los **asuntos acumulados C-287/95P y C-288/95P**, el Tribunal de Justicia reafirmó que la autentificación de los actos es un requisito de forma sustancial en el sentido del artículo 173 del Tratado, cuyo quebrantamiento puede dar a un recurso de anulación, careciendo de importancia que la falta de autentificación no haya causado perjuicio alguno a una de las partes del litigio.

En cuanto a la naturaleza del recurso de anulación, el abogado general Dámaso Ruiz-Jarabo en el **asunto C-148/99**, afirmó que “la naturaleza del recurso de anulación, y el carácter restringido del control que autoriza, unido a la falta de prueba de mala fe en la concesión de las ayudas, la deficiente normativa adoptada por la Comisión y la inexistencia de un criterio objetivo para justificar su decisión son elementos que incitan a no seguir el ejemplo del rey de los jueces de dividir el objeto contencioso para satisfacer a ambas partes. No cabe, pues, partir el objeto en dos, primera decisión del exuberante Salomón, ni tampoco, como en su segunda Sentencia, zanjar la contienda mediante la penetración psicológica de las partes. Habrá que contentarse con un prosaico control de legalidad”.

Asimismo hay que destacar la importancia para el Reino de España del asunto C-36/98, en cuyas conclusiones el abogado general Philippe Léger, sobre la pertinencia de la aplicación de los apartados primero (mayoría cualificada) y segundo (unanimidad) del artículo 130 S, afirmó que “los actos comprendidos dentro del concepto de ‘gestión de los recursos hídricos’ y que deben adoptarse conforme al procedimiento previsto en el artículo 130 S, apartado 2, del Tratado me parece, pues, que son aquellos que suponen la realización de obras en el medio ‘acuático’ de los Estados miembros, obras que pueden modificar la cantidad de agua disponible o de la que disponen aún cada uno de los Estados miembros afectados, y que están motivadas por un prurito de ordenación del

I. Derecho Comunitario

territorio comunitario, con el objetivo de mejorar la calidad de la vida humana. Así sucede con las medidas que implican la realización de obras destinadas no sólo a suministrar agua potable a una zona privada de ella habitual o provisionalmente o a racionar la cantidad de agua utilizada en una zona determinada para evitar la no renovación de este recurso natural vital para el hombre, sino también a permitir el transporte de mercancías o de personas, con el fin de evitar los perjuicios causados por el transporte por carretera a los habitantes, a la fauna y a la flora de la zona afectada por las medidas. En cambio no están comprendidas en dicha disposición las medidas que imponen o prohíben la construcción de presas hidráulicas para la producción de energía con el fin de conservar determinados recursos naturales”.

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) Cuestiones prejudiciales

Dos han sido las materias que, en relación con las cuestiones prejudiciales, han suscitado el interés del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a saber: la reafirmación del concepto comunitario de órgano jurisdiccional a los efectos del artículo 234 del Tratado y las condiciones de admisibilidad de las remisiones prejudiciales.

No es la primera vez —ni a buen seguro será la última—, en la que el Tribunal de Justicia se ve obligado a recordar cuáles son los caracteres que debe reunir un órgano jurisdiccional para merecer tal calificación. El Tribunal ha afirmado en numerosas ocasiones que el concepto de órgano jurisdiccional al que hace alusión el artículo 234 del Tratado es un concepto comunitario y de carácter autónomo, y que además, únicamente, supone el reconocimiento a favor de dicho órgano de la facultad de remisión de la cuestión prejudicial.

De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, cinco son los requisitos a satisfacer para alcanzar tal status: a) permanencia; b) configuración legal; c) competencia vinculante; d) procedimiento contradictorio, y d) aplicación de normas jurídicas en sus resoluciones. A estas cinco exigencias clásicas, se une una sexta, no menos importante, la independencia.

Así es, a lo largo de los diversos comentarios realizados en números anteriores de esta revista, hemos tenido la ocasión de comprobar cómo este sexto criterio aparece ya, junto a los anteriores, como un elemento más a la hora de apreciar la naturaleza jurisdiccional o no, del organismo remitente.

Quizás sean las propias palabras del Tribunal de Justicia en el apartado 29 de la **Sentencia de 6 de julio de 2000, as. Abrahamsson y Anderson, C-407/98**, las que mejor sintetizan lo dicho hasta este momento al afirmar que:

“Para apreciar si un organismo posee el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido de esta disposición, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia (...)”.

En este supuesto, y después de verificar que el organismo en cuestión reúne todos y cada uno de los elementos anteriormente enunciados, concluye:

“Resulta de lo que antecede que el Överklagandenämnden för Högskolan debe ser considerado un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 177 del Tratado, de modo que las cuestiones prejudiciales son admisibles.”

Como hemos anticipado al inicio de esta crónica, existe un segundo argumento que ha merecido la atención del Tribunal, las condiciones de admisibilidad de las cuestiones prejudiciales, y en torno al cual hemos agrupado cinco diferentes Sentencias.

Las **Sentencias de 15 de junio de 2000, as. Sehrer, C-302/98** y de **18 de mayo de 2000, as. Rombi, C-107/97**, respectivamente, señalan una vez más que la competencia a la hora de apreciar la pertinencia de la remisión prejudicial corresponde, en un sistema asentado sobre el principio de cooperación judicial, al órgano jurisdiccional interno. Valga como botón de muestra el apartado 20 de la primera de las Sentencias escogidas y que reproducimos a continuación:

“Es jurisprudencia reiterada que incumbe exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que ha de adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder emitir su fallo, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieran a la interpretación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (...)”.

Por su parte, la **Sentencia de 22 de junio de 2000, as. Marca Mode, C-425/98** y la **Sentencia de 8 de junio de 2000, as. Carra y otros, C-258/98**, constituyen sendos ejemplos, de una cada vez más frecuente patología del sistema, la insuficiencia de motivación de las cuestiones prejudiciales. Sin embargo, y como veremos con posterioridad, las soluciones apuntadas en uno y otro caso han sido bien distintas, en base, precisamente, al mayor o menor grado de rigurosidad jurídica del escrito de remisión.

I. Derecho Comunitario

Así es, mientras que en la primera de ellas dicho órgano al menos esboza los elementos principales de la cuestión prejudicial, en la segunda, el órgano jurisdiccional en cuestión, no llega a reunir los requisitos mínimos e indispensables que permitan activar dicho mecanismo. En el primer supuesto el Tribunal opta, realizando una reformulación de los planteamientos iniciales, por extraer los elementos en los que se asienta la petición prejudicial. En el segundo, su respuesta no puede ser otra que la inadmisión. Veamos uno y otro caso en el propio texto de las Sentencias.

En el apartado 21 de la Sentencia de 22 de junio encontramos lo siguiente:

“No obstante, le está reservado al Tribunal de Justicia, cuando se trata de cuestiones formuladas de manera inadecuada, extraer del conjunto de los elementos aportados por el órgano jurisdiccional nacional, y en particular de la motivación de la resolución de remisión, los elementos de Derecho comunitario que exigen una interpretación habida cuenta del objeto del litigio (...).”

Mientras que en los apartados 19 y 20 de la Sentencia de 8 de junio se afirma:

“Resulta obligado hacer constar que el órgano jurisdiccional remitente no ha aportado precisión alguna sobre el contexto jurídico en el que debe producirse la interpretación solicitada, ni ha mencionado ninguna de las razones por las que considera pertinente para la solución del litigio principal el examen de la compatibilidad con el Derecho comunitario de un régimen nacional como el que menciona en su segunda cuestión, adoptado con posterioridad a los hechos del asunto.

De ello se deduce que procede declarar la inadmisibilidad de la segunda cuestión (...).”

Continuando con aquellas cuestiones relativas a las condiciones de admisibilidad, la **Sentencia de 22 de junio de 2000, as. Fornasar y otros, C-318/ 98**, presenta unos perfiles completamente diferentes. En el caso que ahora nos ocupa el Tribunal no realiza un examen de admisibilidad sobre la base de la suficiencia o no del contenido de la remisión prejudicial, sino sobre la base de la propia naturaleza de las cuestiones que conforman tal petición y del ligamen jurídico que las une al litigio principal.

“Con carácter preliminar, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales nacionales que conocen del litigio y que deben asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar Sentencia como la pertinencia de las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia. Una petición presentada por un órgano jurisdiccional nacional puede ser rechazada si resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario o el examen de la validez de una norma comunitaria que dicho órgano jurisdiccional solicita no tienen relación alguna con la existencia real o con el objeto del litigio principal (...).

En el presente caso, el órgano jurisdiccional nacional ha expuesto las razones por las cuales las respuestas del Tribunal de Justicia le serán de utilidad para la solución del litigio de

que está conociendo y no parece que las citadas respuestas tengan relación alguna con la realidad ni con el objeto del litigio principal.

En estas circunstancias, procede declarar la admisibilidad de las cinco primeras cuestiones planteadas.”

Como podemos comprobar, no se trata de un problema en cuanto a si los elementos facilitados al Tribunal son suficientes o no para que éste pueda ofrecer una respuesta útil al órgano remitente, sino de apreciar si, a la vista de la naturaleza de los mismos —su nexo jurídico real y la existencia de un verdadero litigio— la cuestión debe ser admitida. No es en ningún caso un supuesto muy habitual, de ahí precisamente, la pertinencia de su inclusión en este apartado.

Algunas precisiones finales antes de concluir con la parte destinada al estudio de las cuestiones prejudiciales.

Al contrario de lo ocurrido en ocasiones anteriores, no han sido pocas las cuestiones prejudiciales de validez sometidas a examen del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Señalar a este respecto las **Sentencias de 6 de julio de 2000, as. Eridania, C-2898/ 97; as. ATB y otros, C-402/ 98; y as. Molkereigenossenschaft Wiedergeltingen, C-356/ 98**. Esta última especialmente significativa puesto que, curiosamente y en contra de la línea habitual marcada por la jurisprudencia del Tribunal europeo, se declara la invalidez del precepto analizado. Conviene recordar en todo caso, que la declaración de invalidez de un precepto comunitario realizada en el seno de un procedimiento prejudicial no conlleva, necesariamente, la modificación o abrogación automática del mismo.

Mencionemos también, que una sola cuestión prejudicial española se ha planteado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas durante este período. Se trata de la **Sentencia de 27 de junio de 2000, as. Murciano Quintero, C-240/98**, que no afecta particularmente al régimen ordinario del sistema prejudicial, pero que dicho sea de paso, puede resultar más que ilustrativa en cuanto a la línea del Tribunal en materia de consumidores, y en particular con determinadas cláusulas abusivas introducidas en los contratos como las relativas a la sumisión jurisdiccional.

E) Medidas cautelares

Por lo que respecta a las medidas cautelares, únicamente reseñar la **Sentencia de 22 de junio de 2000, as. Eyüp, C-65/98**, y decimos bien, reseñar. Reseñar y no analizar porque el Tribunal, en este asunto y al contrario de lo que ocurría con la Sentencia de 8 de febrero de 2000, as. Emesa Sugar, C-17/98, desaprovecha —consciente o inconscientemente—, una magnífica oportunidad para perfilar los difusos contornos de una institución, la protección cautelar o provisional, fuertemente vinculada al propio derecho a la tutela judicial efectiva.

I. Derecho Comunitario

He aquí, brevemente expuestas, las razones del Tribunal para no entrar en el análisis pormenorizado de las cuestiones atinentes a las medidas cautelares:

“Además, según reiterada jurisprudencia, la expedición de un permiso de trabajo o de residencia no constituye, en cualquier caso, el fundamento del derecho al empleo o del derecho de residencia del nacional turco, conferidos directamente por la Decisión n. 1/80 con independencia de que las autoridades del Estado miembro de acogida expidan esos documentos específicos, que sólo tienen un valor declarativo y probatorio para acreditar la existencia de los mencionados derechos (...)”.

De ello se deduce que carece de pertinencia la alegación de la Sra. Eyüp según la cual ella no tiene ninguna posibilidad de ser contratada por el hecho de que el empresario potencial se expone a acciones penales por emplear a un extranjero que no posee los permisos exigidos por la normativa nacional aplicable, por lo que sostiene que son indispensables medidas cautelares para salvaguardar su derecho de ejercer una actividad laboral por cuenta ajena hasta la resolución del litigio.

En efecto, puesto que la interesada reunía los requisitos para acogerse directamente a los derechos que le otorga el artículo 7, párrafo primero, guión primero o segundo, de la Decisión n. 1/80, por una parte, éstos son independientes de la posesión de cualquier permiso y, por otra parte, toda autoridad nacional debe reconocer y aplicar dichos derechos conferidos directamente por la normativa comunitaria.

A la vista del conjunto de las consideraciones que preceden, debe responderse a las tres primeras cuestiones que el artículo 7, párrafo primero, de la Decisión n. 1/80 debe interpretarse en el sentido de que contempla la situación de una nacional turca que, como la demandante del procedimiento principal, fue autorizada, como cónyuge de un trabajador turco perteneciente al mercado de trabajo legal del Estado miembro de acogida, a reunirse allí con él, y que se divorció antes de cumplirse el período de tres años previsto en el primer guión de dicha disposición, pero, de hecho, siguió viviendo de modo ininterrumpido con su antiguo esposo hasta la fecha en que los dos ex cónyuges se volvieron a casar. Por lo tanto, tal nacional turca debe considerarse residente legal en dicho Estado miembro, en el sentido de la referida disposición, de modo que puede invocar allí directamente su derecho, después de tres años, de responder a cualquier oferta de empleo y, después de cinco años, de acceder libremente a cualquier actividad laboral por cuenta ajena de su elección.

Para concluir que:

“Habida cuenta de la respuesta dada a las tres primeras cuestiones, no procede responder a las demás cuestiones, que se refieren sustancialmente a si, en el supuesto de que el Derecho interno no permita otorgar una tutela jurisdiccional cautelar, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro están obligados, en virtud del Derecho comunitario, a ordenar medidas cautelares para salvaguardar el derecho de acceso al empleo de los nacionales turcos en el Estado miembro de acogida mientras no se haya resuelto definitivamente sobre la legalidad de la denegación de las autoridades nacionales competentes de autorizar tal acceso.”

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

a) La prohibición contenida en los artículos 28 y 29 CE

La prohibición de las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación contenida en el art. 28 CE es interpretada por el TJCE en el sentido de que se proyecta sobre toda medida de los Estados miembros que pueda obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario. La conocida fórmula *Dassonville* ha sido proyectada en la **STJCE de 11 de julio de 2000, as. C-473/98, Toolex Alpha**, sobre un Reglamento del Gobierno sueco que prohíbe la venta, cesión o uso con fines profesionales de productos químicos compuestos total o parcialmente de tricloroetileno, por cuanto una prohibición tal “puede provocar una restricción del volumen de las importaciones de dicha sustancia” (apartado 36). El Reglamento controvertido permite sin embargo a la Administración sectorial establecer excepciones individuales basadas en razones “particulares”. Pues bien, el TJCE sostiene que “el concepto de medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa se extiende a la obligación impuesta a un operador económico de solicitar que se le exima o exonere de una medida nacional que por sí sola constituye una restricción cuantitativa o una medida de efecto equivalente” (apartado 37). La amplitud de la fórmula permite entenderla aplicable a toda técnica jurídico-administrativa vinculada a la inversión de una prohibición absoluta (dispensas) o relativa (autorizaciones).

En la **STJCE de 23 de marzo de 2000, as. C-246/98, Berendse-Koenen**, el Tribunal se pronuncia acerca de una norma similar dictada por el Gobierno neerlandés. Se trata de un Reglamento que prohíbe administrar a ciertos bovinos medicamentos veterinarios que contengan clenbuterol, autorizar su administración, así como tener, comprar o vender animales a los que se haya administrado tal sustancia. Sin embargo, la conclusión alcanzada es aquí la contraria: la norma interna no constituye una medida de efecto equivalente, en el sentido del art. 28 CE, por cuanto “no es una medida unilateral encaminada a proteger intereses privativos del Estado miembro que la dicta, sino que ha sido adoptada para dar cumplimiento a una Directiva del Consejo dictada en interés general de la Comunidad” (apartado 24). En efecto, el Reglamento controvertido actualizaba una obligación que la Directiva 86/469/CEE dirigía a los Estados miembros, precisamente con el objeto de favorecer la libre circulación de mercancías mediante la neutralización de la puerta que en principio el art. 30 CE mantiene abierta para ciertas regulaciones nacionales.

Los problemas que plantea la interpretación de la prohibición de las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la exportación contenida en el art. 29 CE se manifiestan en la **STJCE de 16 de mayo de 2000, as. C-388/95, Bélgica c. España**, en la que el Tribunal se pronuncia sobre la adecuación al Tratado CE del Real Decreto 157/1988, de 22 de febrero, cuyo art. 19.1.b) supedita la atribución de la denomina-

I. Derecho Comunitario

ción de origen Rioja con la mención “calificada” a que la operación de embotellado se verifique en las bodegas situadas dentro de la zona de producción, excluyéndola por tanto en relación con el vino que, aún habiendo sido producido en el territorio correspondiente a la denominación, fuera transportado a granel y embotellado fuera del mismo. En opinión del Tribunal, el requisito referido al embotellamiento en la zona de producción representa una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la exportación, debido a que tiene por efecto restringir específicamente las corrientes de exportación del vino que puede llevar la denominación de origen calificada (apartado 41). Considera en particular irrelevante que, a diferencia de lo que ocurría en el supuesto resuelto por la **STJCE de 9 de junio de 1992, as. C-47/90, Delhaize**, en este caso el transporte a granel del vino que puede llevar la denominación se encuentre igualmente limitado dentro de la zona de producción, puesto que la mención de calificada se mantiene cuando se termina embotellando en bodegas autorizadas (apartados 39 y 40).

b) Las excepciones previstas en el artículo 30 CE

En los pronunciamientos comentados en la presente crónica no se ha planteado la posibilidad de inaplicar el art. 28 CE en base a la doctrina de las exigencias imperativas [véase recientemente la **STJCE de 13 de enero de 2000, C-220/98, Estée Lauder**, reseñada en la crónica de Derecho comunitario publicada en el número 8 de esta Revista, I.4.A)]. No obstante, tanto en la **STJCE de 11 de julio de 2000, as. C-473/98, Toolex Alpha**, como en la **STJCE de 16 de mayo de 2000, as. C-388/95, Bélgica c. España**, se procede a comprobar la posibilidad de aplicar la excepción del art. 30 CE, cuyo juicio de control y consecuencias prácticas son, como es conocido, ciertamente similares.

Así, en primer lugar, la posibilidad de justificar regulaciones nacionales en base al art. 30 CE desaparece si existen normas comunitarias de armonización que proceden a garantizar el objetivo de interés general en cuestión. En la **STJCE de 11 de julio de 2000, as. C-473/98, Toolex Alpha**, el Tribunal entiende que, a pesar de existir un cuerpo normativo ciertamente desarrollado en el ámbito comunitario, dichas normas no excluyen que los Estados miembros regulen el uso profesional del tricloroetileno, ya que ninguna de ellas “impone obligaciones o armoniza las normativas relativas al uso de sustancias en general y del tricloroetileno en particular” (apartados 29 a 32) [sobre el alcance en la reciente jurisprudencia del TJCE del concepto de armonización exhaustiva, cuya concurrencia determina la imposibilidad de justificar regulaciones nacionales a través tanto de la doctrina de las exigencias imperativas como del art. 30 CE, véase la crónica de Derecho comunitario publicada en el número 8 de esta Revista, I.4.A)].

En segundo lugar, y por lo que hace a los objetivos de interés general reconocidos en el art. 30 CE, la **STJCE de 11 de julio de 2000, as. C-473/98, Toolex Alpha**, admite la posibilidad de vincular la prohibición del uso del tricloroetileno a la protección de la salud y la vida de las personas, en atención a la peligrosidad de este producto (apartado 38). Por su parte, la **STJCE de 16 de mayo de 2000, as. C-388/95, Bélgica c. España**, establece que las denominaciones de origen constituyen derechos de propiedad industrial y comercial en los términos del art. 30 CE, de forma que este último podría por tanto

amparar una regulación que, como la controvertida, protege a sus titulares frente a una utilización abusiva de las mismas por parte de terceros (apartado 54).

Por último, para poder justificarse en base al art. 30 CE las normas de Derecho interno deben ser necesarias y proporcionadas para actualizar el objetivo en cuestión. El Tribunal ha traducido este requisito en una triple exigencia. En primer lugar, la medida debe ser adecuada para satisfacer el interés alegado, tal y como ocurre en su opinión en el caso de la configuración del embotellado del vino en la zona de origen “Rioja” como un requisito para mantener la denominación de origen “calificada”. Una medida tal contribuye a la protección de las características particulares y a la calidad del producto, ya que, en contra de las alegaciones de los recurrentes, “el riesgo (...) es más elevado cuando dicho producto ha sido transportado y embotellado fuera de la zona de protección que cuando estas operaciones se realizan en dicha zona” (STJCE de 16 de mayo de 2000, as. C-388/95, *Bélgica c. España*, apartado 74). En segundo lugar, la medida sólo estará justificada si el interés alegado no puede ser protegido “de manera igualmente eficaz con medidas menos restrictivas de los intercambios comunitarios” (STJCE de 11 de julio de 2000, as. C-473/98, *Toolex Alpha*, apartado 40). La STJCE de 16 de mayo de 2000, as. C-388/95, *Bélgica c. España*, establece que la denominación de origen calificada no quedaría protegida de manera comparable mediante la información a los consumidores, a través de un etiquetado adecuado, de la circunstancia de que el vino ha sido embotellado fuera de la zona de protección (apartado 77). Por último, la medida no debe ser excesiva, en el sentido de que vaya más allá de lo necesario para alcanzar el fin perseguido. En el caso de la prohibición sueca del tricloroetileno, el Tribunal sostiene que existen dos elementos que parecen indicar la satisfacción de esta manifestación del principio de proporcionalidad: primero, el hecho de que la prohibición se acompañe de un sistema de excepciones generales e individuales que permite alcanzar un equilibrio entre las exigencias del interés protegido por la prohibición y el fomento de la continuidad de las empresas (STJCE de 11 de julio de 2000, as. C-473/98, *Toolex Alpha*, apartado 46); y, segundo, el llamado principio de sustitución, en virtud del cual la concesión de la exención queda “supeditada a la condición de que no exista un producto sustitutivo menos peligroso y a la obligación de que el solicitante busque en el futuro una solución alternativa menos nociva” (apartado 47).

B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

a) Ámbito de aplicación

El derecho de establecimiento (arts. 43 y ss. CE) y la libertad de prestación de servicios (arts. 49 y ss. CE) habilitan a los particulares para desarrollar ciertas actividades económicas, siempre que éstas se realicen a título lucrativo y por cuenta propia. Este supuesto ha sido objeto de una interpretación amplia por parte del Tribunal de Justicia, que entiende que comprende no sólo las expresamente referidas en el art. 50.2 CE, sino también otras actividades remuneradas como, por ejemplo, las de carácter deportivo (STJCE

I. Derecho Comunitario

de 11 de abril de 2000, as. acumulados 51/96 y 191/97, *Deliège*, apartados 41 y 56). Tanto en el caso de la implantación de establecimientos, como en el de la prestación de servicios transfronterizos, las normas del Tratado dejan de ser aplicables a situaciones meramente internas, precisando por tanto algún elemento de conexión con otro Estado miembro (STJCE de 9 de septiembre de 1999, as. C-108/98, *RI.SAN*, apartados 21 y ss.) Así, el art. 49 se aplica “en todos aquellos casos en los que un prestador ofrezca servicios en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en el que está establecido” (STJCE de 28 de octubre de 1999, as. C-55/98, *Skatteministeriet*, apartado 19), pudiendo ser invocado por una empresa, incluso frente “al Estado en el que esté establecida, siempre que los servicios se presten a destinatarios establecidos en otro Estado miembro” (STJCE de 29 de abril de 1999, as. C-224/97, *Ciola*, apartado 11).

b) Restricciones prohibidas. Restricciones justificadas por razones imperiosas de interés general

En los términos de la STJCE de 23 de noviembre de 1999, as. acumulados C-369/96 y 376/96, *Arblade*, referidos específicamente a la libre prestación de servicios, el Tratado “no sólo exige eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro por razón de su nacionalidad, sino suprimir también cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos” (apartado 33). Las restricciones prohibidas conforme a esta jurisprudencia pueden proyectarse sobre cualquier manifestación del ejercicio de la libertad de empresa. Así, por lo que hace al inicio de actividades económicas, se han reconocido como tales normas estatales que exigen autorizaciones o inscripciones registrales (SSTJCE de 9 de marzo de 2000, as. C-358/98, *Comisión c. Italia*, apartados 13 y ss.; de 8 de junio de 2000, as. C-264/99, *Comisión c. Italia*, apartados 12 y 14); en cuanto a las condiciones de desarrollo de la actividad, el Tribunal ha hecho lo propio en relación con medidas fiscales que implican un tratamiento desigual (SSTJCE de 26 de octubre de 1999, as. 294/97, *Eurowings*, apartado 40; de 28 de octubre de 1999, as. C-55/98, *Skatteministeriet*, apartados 21 y ss.), o con normas referidas a los límites en materia de publicidad televisiva (STJCE de 28 de octubre de 1999, as. C-6/98, *ARD*, apartado 49).

La consecuencia de esta jurisprudencia no es sino la afirmación de la obligación de reconocimiento mutuo por parte de las autoridades del Estado de destino respecto a la legislación de origen (jurisprudencia reiterada a partir de la STJCE de 25 de julio de 1991, as. C-76/90, *Säger*). Una obligación que, tal y como recuerda la STJCE de 23 de noviembre de 1999, as. acumulados C-369/96 y 376/96, *Arblade*, apartado 34, quiebra no obstante en el caso de normas nacionales indistintamente aplicables que: (i) se proyecten sobre una materia no armonizada; (ii) se justifiquen en base a razones imperiosas de interés general; (iii) no impliquen una restricción desproporcionada (sobre la aplicación del principio a la libre prestación de servicio, vid. recientemente la STJCE de 28 de octubre de 1999, as. C-6/98, *ARD*, apartado 51), y (iv) importen un nivel de protección no equivalente y superior al Derecho de origen. El Tribunal ha entendido aplica-

ble el concepto de razón imperiosa de interés general a los supuestos en los que las normas nacionales se vinculan a la protección de los trabajadores (STJCE de 23 de noviembre de 1999, as. acumulados C-369/96 y 376/96, Arblade, apartado 36); de los consumidores (STJCE de 28 de octubre de 1999, as. C-6/98, ARD, apartado 50); o la coherencia del sistema tributario y la eficacia de los controles fiscales (SSTJCE de 26 de octubre de 1999, as. 294/97, Eurowings, apartado 41; de 28 de octubre de 1999, as. C-55/98, Skatteministeriet, apartados 23 y ss.)

c) Las excepciones previstas en los artículos 46 y 55 CE

El Tribunal ha negado la posibilidad de aplicar la doctrina de las exigencias esenciales a los supuestos en los que la violación de las normas del Tratado traiga causa, no ya de la existencia de una restricción, sino de la incorporación de una discriminación, directa o indirecta, por razón de la nacionalidad, de forma que la medida sea distintamente aplicable. En estos casos, la única justificación posible de la medida pasa por los arts. 46 y 55 CE, en virtud de los cuales el Tratado no cuestiona las normas de Derecho interno que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, entre las cuales no pueden entenderse incluidos objetivos de naturaleza económica (STJCE de 29 de abril de 1999, as. C-224/97, Ciola, apartados 16 y ss.)

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

LUIS F. MAESO SECO

FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ

JUANI MORCILLO MORENO

JESÚS PUNZÓN MORALEDA

LUIS ARROYO JIMÉNEZ

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL**Sumario:**

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

a) La pretensión debe consistir en preservar un concreto derecho fundamental del recurrente (art. 41.2 LOTC): no basta con invocar en abstracto una supuesta discriminación. b) Exigencia de agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1.a) LOTC]: recursos razonablemente exigibles, alcance del principio de subsidiariedad y prolongamiento artificial de la vía previa. c) Legitimación [art. 46.1.a) LOTC]: puede no ser suficiente con haber sido parte en el proceso judicial correspondiente y, en cambio, puede bastar con tener un interés legítimo en el asunto sin haber sido parte. d) Alegaciones de la parte demandada (art. 52 LOTC): no pueden alterar o siquiera ampliar el objeto del proceso fijado en la demanda. B) Control de constitucionalidad de normas con rango de ley. a) Cuestión de inconstitucionalidad y requisitos del trámite de audiencia previa de las partes (art. 35 LOTC): basta con que la duda de constitucionalidad quede “mínimamente identificada”. b) Cuestión de inconstitucionalidad, recurso de amparo, incongruencia y tutela judicial efectiva (art. 35 LOTC): el error notorio y patente del órgano judicial respecto de la pretensión impugnatoria impidió el planteamiento de la cuestión y lleva al otorgamiento del amparo. c) Autocuestión o cuestión interna de inconstitucionalidad (art. 55.2 LOTC): alcance de la vinculación al amparo previo: no es un incidente de prejudicialidad constitucional. **3. Criterios de distribución de competencias.** A) Administración de Justicia (art. 149.1.5ª CE). a) Administración de Justicia versus Administración al servicio de la Administración de Justicia (art. 149.1.5ª CE). b) La competencia para la fijación de horarios y jornadas de trabajo. c) Alcance de las competencias autonómicas respecto del régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia. d) La potestad reglamentaria autonómica en desarrollo de la LOPJ (DA Primera de la LOPJ). e) La facultad judicial para ordenar la traducción de los documentos presentados en el idioma oficial de una Comunidad Autónoma (art. 231.4 LOPJ). B) Seguridad pública (art. 149.1.29ª CE) y espectáculos deportivos: deslinde de competencias en estas materias respecto de la prevención de la violencia en los

espectáculos deportivos. Competencias de la policía autonómica. C) Autonomía Local. Autonomía y suficiencia financiera de las entidades locales (arts. 137 y 142 CE): el lugar de la Ley de Haciendas Locales; participación en los ingresos del Estado; precios públicos; reserva de ley tributaria ex artículos 31.3 y 133 CE y potestad normativa local.

1. INTRODUCCIÓN

Se han reseñado las Sentencias constitucionales aparecidas el segundo trimestre de 2000, comprendidas entre la STC 74/2000, de 27 de marzo y la STC 149/2000, de 1 de junio y publicadas en los suplementos del BOE con los siguientes números y fechas: 107 de 4 de mayo, 119 de 18 de mayo, 136 de 7 de junio, 147 de 20 de junio, y 156 de 30 de junio.

La actividad jurisprudencial, desde la perspectiva de los procesos constitucionales y las controversias competenciales, no aporta grandes novedades. Tan sólo tres aspectos son destacables y, dos de ellos, no precisamente por su carácter positivo. Por una parte, de nuevo, las dilaciones estructurales, el retraso ya endémico en la resolución de los conflictos constitucionales: así, por ejemplo, la STC 90/2000, de 30 de marzo, resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto en 1990 y la STC 104/2000, de 13 de abril, otro promovido en 1993; ya sean diez o siete años, son plazos para la solución de los asuntos claramente excesivos.

En segundo lugar, debe llamarse la atención sobre los Votos particulares a la STC 105/2000, de 13 de abril, que enjuicia la modificación de la LOPJ en 1994. Algunas de las afirmaciones en alguno de ellos vertidas probablemente resultarán para algunos formalmente excesivas en cuanto poco respetuosas con la labor del actual y de los anteriores Tribunales Constitucionales. Además, reabrir la polémica acerca de los límites a la intervención del legislativo, del ejecutivo y del Consejo y, sobre todo, acerca de la participación de las Comunidades Autónomas en los aledaños del Poder Judicial —la llamada “Administración al servicio de la Administración de Justicia”— pudiera ser, después de dos décadas de desarrollo constitucional, un debate estéril si no algo imprudente —por la inestabilidad y merma en la integración constitucional de las Comunidades Autónomas que genera— en un Estado ya tan fuertemente descentralizado como el nuestro. Una interpretación evolutiva de la Constitución, adaptada a los nuevos contextos en los que las normas operan, es siempre preferible a una supuesta interpretación originalista.

En el haber pueden situarse las dos sentencias que se ocupan de la autonomía y suficiencia financiera y de la potestad normativa de los entes locales.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de amparo constitucional

a) **La pretensión debe consistir en preservar un concreto derecho fundamental del recurrente (art. 41.2 LOTC); no basta con invocar en abstracto una supuesta discriminación**

La **STC 83/2000, de 27 de marzo**, analiza una queja en el acceso a la función pública, dado que las pruebas selectivas de profesorado exoneraron a los profesores interinos y contratados de la exigencia de acreditar, con anterioridad a la oposición, el perfil lingüístico en euskera. Se afirma (FJ 2º) que debe revisarse previamente si la infracción constitucional que la recurrente imputa a una base de la convocatoria pudiera ocasionarle una concreta lesión de los derechos fundamentales (art. 41.2 LOTC) previstos en los artículos 14 y 23.2 CE. Y luego (FJ 3º) se razona que ninguna lesión efectiva de derechos fundamentales puede generar tal exención, ya que no se demuestra que, de exigirse esa acreditación, la recurrente habría aprobado la fase selectiva: no basta con “invocar una abstracta discriminación”.

b) **Exigencia de agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1.a) LOTC]: recursos razonablemente exigibles, alcance del principio de subsidiariedad y prolongamiento artificial de la vía previa**

De nuevo, son numerosos los pronunciamientos que se ocupan sobre los recursos razonablemente exigibles en la vía judicial previa al amparo constitucional, lo que acaso evidenciaría la relativa confusión, o cierta flexibilidad e indeterminación –según prefiera verse el asunto–, de los criterios jurisprudenciales, que es caldo de cultivo de no pocos problemas. Veámoslo.

La **STC 82/2000, de 27 de marzo**, reitera (FJ 3º) que normalmente el recurso extraordinario de revisión no es una vía procesal razonablemente exigible a estos efectos para reparar violaciones de derechos fundamentales, dadas las causas tasadas previstas en el art. 1796 LEC.

La **STC 86/2000, de 27 de marzo**, sostiene (FJ 2º) que no se produjo una prolongación indebida de la vía previa, que pudiera hacer el recurso de amparo extemporáneo, en virtud de la petición de preparación del recurso de casación, que fue denegada por Auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, después recurrido en queja, puesto que la casación era de dudosa procedencia.

La **STC 111/2000, de 5 de mayo**, afirma (FJ 3º) que, en abstracto, promover una solicitud de nulidad de actuaciones, improcedente en 1995 con la legislación procesal entonces vigente, no interrumpe el plazo para agotar debidamente la vía judicial previa y, en concreto, para interponer el recurso de casación para la unificación de doctrina en materia laboral. Pero se rechaza una causa de inadmisión de este concreto amparo, puesto que dicho recurso fue en todo caso interpuesto dentro de plazo y se hizo sin voluntad de alargamiento de los plazos. Allí mismo (FJ 4º) se dice también que, como regla general, cuan-

do se frustra la casación por la propia impericia del recurrente –el recurso fue inadmitido por defectos formales–, equivale a la no utilización de la acción, pues agotar la vía previa reclama interponer los recursos en tiempo y forma. Sin embargo, puede matizarse esta regla en ciertos casos, como ocurre con la casación para la unificación de doctrina y, de acuerdo con un principio *pro actione* y la jurisprudencia precedente, concluir que no es igual la “interposición extemporánea” que una “defectuosa interposición”, y que esta última permite entender agotada la vía previa.

La **STC 129/2000, de 16 de mayo**, acoge la causa de inadmisión, alegada por la parte demandada y prevista en el art. 44.1.a) LOTC, al solicitar el recurrente un incidente de nulidad de actuaciones al mismo tiempo que se impetró el amparo constitucional y, en consecuencia, devenir el amparo prematuro. Curiosamente, tal solicitud ya había sido denegada por el Juzgado correspondiente de Primera Instancia en el momento de deliberar la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, pero se entendió que los requisitos procesales de la demanda de amparo deben satisfacerse al tiempo de promoverse el recurso y no más tarde (FJ 2º).

También la **STC 140/2000, de 29 de mayo**, se plantea el incumplimiento de este requisito procesal a instancias tanto del Ministerio Fiscal como del Abogado del Estado, debido a la falta de interposición de un recurso de súplica (art. 92 LJCA) contra el Auto denegatorio del recibimiento del proceso a prueba. Se concluye (FJ 2º) que en este caso no era razonablemente exigible la súplica, pues faltó la indicación de recurso por parte del órgano judicial y, de forma complementaria, puesto que se trataba de un proceso en materia de personal y el recurrente compareció sin defensa técnica. Se añade (FJ 2º) que una eventual casación no era procesalmente ineludible, pues no se trata de determinar con precisión su procedencia sino sólo de resolver si le era a la parte razonablemente exigible el recurso sin “un razonamiento excesivamente complejo”, pues no puede exigirse al ciudadano “que supere esas dificultades de interpretación”.

La **STC 121/2000, de 5 de mayo**, inadmite una demanda de amparo por no haberse agotado debidamente la vía judicial previa y estimarse la demanda de amparo prematura y planteada sin haber tenido en cuenta el carácter subsidiario del amparo; en concreto, se trataba de una resolución incidental en un proceso penal no concluido y se invoca en esta materia la STC 18/2000, de 31 de enero. Un Voto particular discrepa frontalmente del criterio de decisión y razona que la subsidiariedad del amparo no es un dogma sino una regla general que debe admitir excepciones cual es la conculcación grave de un derecho fundamental cuya preservación se haya frustrado en la vía judicial.

La **STC 123/2000, de 16 de mayo**, inadmite también una demanda de amparo por extemporánea (art. 44.2 LOTC) al haberse prolongado artificialmente la vía previa en virtud de haberse promovido una solicitud de aclaración manifiestamente improcedente, al tener finalidades impugnatorias, propias de un “recurso”, antes que meramente aclaratorias de dudas suscitadas por la lectura de la Sentencia o pretensiones de subsanar errores materiales, tal y como hoy concibe dicha solicitud de aclaración el art. 267 LOPJ.

II. Justicia Constitucional

c) Legitimación [art. 46.1.a) LOTC]: puede no ser suficiente con haber sido parte en el proceso judicial correspondiente y, en cambio, puede bastar con tener un interés legítimo en el asunto sin haber sido parte

Dos Sentencias se pronuncian sobre el alcance de la legitimación para acudir en amparo constitucional ex art. 46.1.a) LOTC. La **STC 84/2000, de 27 de marzo**, recuerda (FJ 1º) que no siempre es suficiente con haber sido parte en el proceso judicial, y contrariamente, que puede bastar para recurrir en amparo con tener un interés legítimo en el asunto debatido, pese a no haber sido parte en dicho proceso; en particular, ejercían aquí la acción de amparo diversos familiares de un querellante fallecido, cuya reparación del derecho de acceso al proceso de acuerdo con el art. 276 LECrim se discutía, de los cuales sólo uno era realmente heredero.

Complementariamente, la **STC 144/2000, de 29 de mayo**, (FJ 5º) advierte de nuevo que no basta con haber sido parte en el proceso judicial previo, es preciso también que el recurrente se encuentre en una situación jurídico-material respecto del derecho fundamental que se estima vulnerado. Debe poseer, no un interés genérico, sino un interés cualificado y específico; interés que halla su “expresión normal” en la titularidad de ese derecho.

d) Alegaciones de la parte demandada (art. 52 LOTC): no pueden alterar o siquiera ampliar el objeto del proceso fijado en la demanda

La **STC 85/2000, de 27 de marzo**, da ocasión para volver a explicar (FJ 2º) que las alegaciones que formula quien se persona en el proceso constitucional en virtud del emplazamiento previsto en el art. 51.2 LOTC en ningún modo pueden alterar o siquiera ampliar el objeto del recurso fijado en la demanda.

B) Control de constitucionalidad de normas con rango de ley

a) Cuestión de inconstitucionalidad y requisitos del trámite de audiencia previa de las partes (art. 35 LOTC): basta con que la duda de constitucionalidad quede “mínimamente identificada”

En la **STC 120/2000, de 10 de mayo**, se resuelve una cuestión de inconstitucionalidad. El Tribunal se interroga (FJ 2º) sobre la concurrencia de los requisitos procesales exigidos por el art. 35 LOTC y reitera que basta con que, en el trámite de audiencia a las partes, el órgano judicial ponga de manifiesto el precepto constitucional infringido y “con que la duda de constitucionalidad quede mínimamente identificada ante quiénes han de ser oídos” (con cita de la jurisprudencia precedente). El Tribunal Constitucional mantiene su tradicional exigencia de este *standard* de mínimos, pero luego lo aplica con rigor y excluye una alegación presente en el auto de planteamiento de la cuestión por no aparecer el precepto constitucional mencionado en la providencia por la que se abrió el trámite de audiencia.

A nuestro juicio, de tiempo en tiempo, esta doctrina ya antigua, creada en 1983 (ATC 18/1983), se revela como más obsoleta e insuficiente. A causa de un aquí muy razonable

garantismo, debería, por el contrario, reclamarse el máximo rigor posible al órgano judicial en la identificación de sus dudas de constitucionalidad en el momento de abrir el trámite de audiencia (por providencia o acaso mejor por auto) a las partes en la vía previa. Tanto para evitar causar daños innecesarios a los justiciables como para poder ser éstos debidamente oídos, centrando rigurosamente el objeto del debate de constitucionalidad, dado que no pueden comparecer normalmente en el posterior proceso constitucional.

b) Cuestión de inconstitucionalidad, recurso de amparo, incongruencia y tutela judicial efectiva (art. 35 LOTC): el error notorio y patente del órgano judicial respecto de la pretensión impugnatoria impidió el planteamiento de la cuestión y lleva al otorgamiento del amparo

La STC 124/2000, de 16 de mayo, otorga el amparo al apreciar una “incongruencia por error”, lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), como medida de restablecimiento del derecho fundamental, anula la Sentencia y retrotrae las actuaciones judiciales al momento anterior a su pronunciamiento para que el Tribunal resuelva congruentemente con la pretensión ejercitada. La Sala de lo Contencioso *a quo*, en virtud de un error patente en la identificación de la pretensión –referida a unas autoliquidaciones de la tasa de juego y gravamen complementario– se negó al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad interesada por la entidad actora y, además, incurrió en una incongruencia entre el *petitum* y el fallo.

Es patente que se abre así una vía para reparar, sólo en casos muy excepcionales, aquellos constitutivos de incongruencia por error, el no planteamiento por el órgano judicial de la cuestión de inconstitucionalidad solicitada por las partes.

c) Autocuestión o cuestión interna de inconstitucionalidad (art. 55.2 LOTC): alcance de la vinculación al amparo previo: no es un incidente de prejudicialidad constitucional

La discutible STC 149/2000, de 1 de junio, resuelve una autocuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala Primera del Tribunal Constitucional (STC 103/1996) respecto del art. 21.2 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General en cuanto excluye el recurso judicial contra determinados actos de la Junta Electoral Central. El Tribunal Constitucional pone acertadamente de manifiesto –siguiendo la STC 31/2000, de 3 de febrero– que la vinculación al proceso previo no es exactamente la misma en el caso del art. 55.2 LOTC que en la cuestión promovida por un órgano judicial ordinario, siquiera sea porque en la llamada autocuestión el pronunciamiento del Pleno sobre la constitucionalidad del precepto es siempre posterior a la resolución del proceso de amparo previo, de manera que éste no queda pendiente de lo que luego se decida sobre la constitucionalidad del mismo; y, además, porque una vez planteada la autocuestión tras una Sentencia estimatoria del amparo, no es preciso volver a hacerlo en los amparos posteriores. “En el procedimiento del art. 55.2 LOTC no se resuelve, en definitiva, un incidente de prejudicialidad constitucional suscitado en el curso de un proceso de amparo que queda pendiente de lo que en él se decida” (FJ 2°).

II. Justicia Constitucional

3. CRITERIOS DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

A) Administración de Justicia (art. 149.1.5ª CE)

En la STC 105/2000, de 13 de abril, se enjuicia un recurso de inconstitucionalidad promovido por Diputados del Congreso frente a diversos preceptos de la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Constituye un claro ejemplo de Sentencia interpretativa en la que, forzando el tenor literal de los preceptos impugnados, se salva su constitucionalidad. Sin embargo, paradójicamente, se produce también –como se señala en el Voto Particular del Magistrado Conde Martín de Hijas– una anulación de la eficacia modificativa de algunas de las normas impugnadas. Destacaremos algunos de los criterios vertidos de deslinde de competencias entre el Gobierno de la Nación y los de las Comunidades Autónomas en la materia.

a) Administración de Justicia versus Administración al servicio de la Administración de Justicia (art. 149.1.5ª CE)

Se consolida la línea general de jurisprudencia constitucional sentada en las SSTC 108/1986, 56/1990 y 62/1990. Debe distinguirse, de un lado, entre la “función jurisdiccional propiamente dicha y el Estatuto jurídico de jueces y magistrados”, aspectos en los que ni el Gobierno de la Nación ni las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias, al corresponder tales funciones exclusivamente al Consejo General del Poder Judicial, de los aspectos relativos al sustrato material o personal de la Administración de Justicia, la llamada “administración al servicio de la Administración de Justicia”, en los que sí es posible la asunción competencial.

Las competencias autonómicas están limitadas en varios sentidos. En primer lugar, tanto las potestades legislativas como las competencias atribuidas al Consejo General del Poder Judicial están excluidas de su esfera. En segundo, debe preverse la asunción de tales competencias en los Estatutos de Autonomía, lo que normalmente se realizó mediante cláusulas subrogatorias. Por último, vienen limitadas como consecuencia de la aplicación del límite de la territorialidad de las competencias propias y por la eventual presencia de otros títulos competenciales estatales.

Los dos Votos particulares critican duramente esta línea jurisprudencial al considerarla poco respetuosa con la Constitución.

b) La competencia para la fijación de horarios y jornadas de trabajo

Aplicando dicha jurisprudencia al caso, se considera que los nuevos artículos 189.1 y 272.4 de la LOPJ son constitucionales. La asignación al Ministerio de Justicia o a las Comunidades Autónomas del poder para la fijación de diversos horarios y jornadas de trabajo no puede considerarse una materia necesariamente reservada al Consejo General del Poder Judicial por referirse a cuestiones relativas a la llamada administración de la Administración de Justicia y, por tanto, pueden ser asumidas tanto por el Gobierno de la Nación como por las Comunidades Autónomas.

c) Alcance de las competencias autonómicas respecto del régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia

Respecto al nuevo art. 455 LOPJ, en el que se reconocen competencias autonómicas en materias relativas al estatuto y régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia, el Tribunal Constitucional considera que tales competencias sólo pueden referirse a aquellas cuestiones que no afecten de forma decisiva a elementos esenciales del estatuto de dicho personal según ha sido configurado por la LOPJ. En definitiva, el nuevo art. 455 no implica que las Comunidades Autónomas tengan competencias sobre todas las materias enunciadas en el texto del precepto citado, sino sólo en aquellas sobre las que, en virtud de las cláusulas subrogatorias y con los límites ya enunciados, hayan asumido como propias (FJ 5º).

d) La potestad reglamentaria autonómica en desarrollo de la LOPJ (DA Primera de la LOPJ)

En el nuevo apartado segundo de la Disposición Adicional Primera de la LOPJ se reconoce al Gobierno y a las Comunidades Autónomas una potestad reglamentaria en desarrollo de la LOPJ. El Tribunal Constitucional también se ve obligado a dictar una Sentencia interpretativa. Y recuerda los necesarios límites a la actuación tanto del Gobierno como de las Comunidades Autónomas, quienes no pueden dictar regulaciones sobre el estatuto jurídico de Jueces y Magistrados ni siquiera sobre sus condiciones accesorias; sólo pueden afectar, indirecta o mediatamente, a esas condiciones accesorias (FJ 9º). Así planteada, la cuestión se resuelve recordando que la potestad reglamentaria autonómica se refiere sólo a aquellas materias en que la propia LOPJ, las cláusulas subrogatorias u otros títulos competenciales atribuyan poderes expresamente a las Comunidades Autónomas [FJ 10º.a)] y en ningún caso las habilita para que regulen las condiciones accesorias del estatuto de la carrera judicial [FJ 10º.b)].

e) La facultad judicial para ordenar la traducción de los documentos presentados en el idioma oficial de una Comunidad Autónoma (art. 231.4 LOPJ)

La constitucionalidad de la nueva dicción del art. 231.4 LOPJ es asimismo salvada mediante una solución interpretativa. Este precepto supone en la práctica la sustitución de la facultad judicial incondicionada de traducción de los documentos presentados en una lengua oficial de una Comunidad Autónoma por una remisión a otras disposiciones legislativas. A juicio del Tribunal, este cambio normativo no impide que Jueces y Magistrados puedan y deban ordenar tal traducción cuando sea necesario para cumplir con la función jurisdiccional y dar adecuada respuesta al derecho a la tutela judicial.

B) Seguridad pública (art. 149.1.29ª CE) y espectáculos deportivos: deslinde de competencias en estas materias respecto de la prevención de la violencia en los espectáculos deportivos. Competencias de la policía autonómica

En la STC 148/2000, de 1 de junio, se enjuicia la constitucionalidad por motivos competenciales del reglamento para la prevención de la violencia en los espectáculos deportivos.

II. Justicia Constitucional

Tras recordarse la jurisprudencia anterior, se excluye la aplicación del título competencial relativo a deportes, ya que se produce una concurrencia de diversos títulos competenciales —seguridad pública, art. 149.1.29ª CE, espectáculos y policía autónoma— cuya delimitación debe realizarse atendiendo a las peculiaridades concretas de la controversia (FJ 9º).

Resultan encuadrables en la materia “seguridad pública”, los brotes de violencia que puedan surgir con ocasión de la celebración de acontecimientos deportivos, lo que incluye todas aquellas medidas y cautelas que tengan como finalidad específica la protección de las personas y bienes y evitar graves riesgos de alteración del orden ciudadano y de la tranquilidad pública. Por el contrario deben incardinarse en la materia “espectáculos” las normas que se dirigen a la protección de bienes y personas a través de una intervención administrativa ordinaria, aunque ello también suponga la intervención de las fuerzas de seguridad. En resumen, la “policía de espectáculos” se referirá a las medidas dirigidas a obtener el desarrollo ordenado del espectáculo, sin necesidad de acudir a medidas extraordinarias, cuando aquellas medidas fueran insuficientes, deberá acudirse al título “seguridad pública”.

Este canon debe complementarse con la necesaria “inherencia o complementariedad” entre determinadas funciones no policiales y las de estricta naturaleza policial y por la inclusión de la competencia sobre policía autónoma (FJ 10º). Respecto al segundo de estos elementos, se declara [FJ 13º.c)] que la asignación de cometidos concretos a las fuerzas policiales autonómicas no implica, en sí misma la vulneración de la esfera orgánica ni funcional de dicha competencia, porque tales cometidos han de ser necesariamente aplicados para que la prevención policial sea eficaz, y además no se llega a prescribir el modo o forma en que tales tareas policiales han de realizarse. Sólo si tales cometidos fueran detalladamente regulados, en especial el concreto modo de ejecución, se produciría la vulneración competencial en materia de policía autónoma. A continuación el Tribunal Constitucional aplica estos criterios al contenido de las normas impugnadas concluyendo la inexistencia de vulneración competencial.

Disienten dos Magistrados que, en un único Voto Particular, sostienen que algunos de los preceptos impugnados realizaban una descripción excesivamente detallada de los cometidos de la policía autónoma, razón por lo que se lesionarían las competencias de las Comunidades Autónomas.

C) Autonomía Local. Autonomía y suficiencia financiera de las entidades locales (arts. 137 y 142 CE): el lugar de la Ley de Haciendas Locales; participación en los ingresos del Estado; precios públicos; reserva de ley tributaria ex artículos 31.3 y 133 CE y potestad normativa local

El Tribunal Constitucional ha tenido que pronunciarse sobre diversos aspectos relacionados con la autonomía financiera de las entidades locales, apreciando —especialmente en la primera de las decisiones— el valor que está progresivamente adquiriendo la Ley de Haciendas Locales para la resolución de los conflictos constitucionales.

En la **STC 104/2000, de 13 de abril**, se resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 5/1993, de 16 de abril, de liquidación definitiva de la participación de las

Corporaciones Locales en los tributos del Estado correspondientes al ejercicio de 1990. En primer término, se alegaba la vulneración de los principios constitucionales de autonomía y suficiencia de las entidades locales (arts. 137 y 142 CE). Se recuerda que principio de autonomía ofrece una vertiente económica relevante, aun cuando tenga un carácter instrumental, puesto que la amplitud de los medios determina la posibilidad real de alcanzar los fines. La autonomía de los entes locales va estrechamente ligada a la suficiencia financiera. Dicha autonomía financiera está conectada, de un lado, con la capacidad del sistema tributario como fuente principal de los ingresos de Derecho Público, pero, de otro lado, y dada la insuficiencia de éste, a través de la participación en los ingresos del Estado (FJ 4°).

La Ley de Haciendas Locales y la Ley de Bases de Régimen Local han configurado un marco legal dirigido a dotar a las entidades locales, no sólo de autonomía para la gestión de sus propios intereses, sino también de un sistema de recursos dirigidos a la consecución de su suficiencia financiera, integrado por una serie de tributos propios y por la participación en los del Estado. La Ley 5/1993 no vulnera el principio de suficiencia financiera de las Corporaciones Locales porque se limita a concretar el índice de evolución del gasto definitivo para el ejercicio 1990 conforme a la regulación de la LHL (FJ 5°).

Las acusaciones a la ley de contradecir la irretroactividad de las leyes y la seguridad jurídica son rechazadas frontalmente (FFJJ 6° y 7°). Respecto a la tacha de arbitrariedad, se recuerda la prudencia con que debe aplicarse tal principio a la actividad legislativa (FJ 8°).

En la **STC 106/2000, de 4 de mayo**, se resuelven varias cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas respecto de diversos artículos de la Ley 39/1998, de 28 de diciembre, de Haciendas Locales, reguladores de los precios públicos por la utilización del dominio público. Buena parte de las cuestiones planteadas han sido ya resueltas en la STC 233/1999 (véase *Justicia Administrativa*, núm. 7, abril 2000, pág. 80). La reserva de ley de los arts. 31.3 y 133 CE no es absoluta, sino que permite la colaboración del reglamento local, especialmente en las prestaciones como los precios públicos que, sin dejar de ser impuestos, responden a un esquema sinalgmático. Igualmente en la Sentencia citada se dijo que cuando estamos en presencia de un recurso propio de las Haciendas locales, la ley debe reconocerles una intervención en su establecimiento o en su exigencia. Además la LHL precisa suficientemente el presupuesto de hecho de los precios públicos (FJ 2°).

Con nueva cita a la meritada STC 233/1999, el Tribunal entiende que la reserva de ley establecida en el art. 31.3 CE no excluye la posibilidad de que la ley pueda contener remisiones a normas infraordenadas, especialmente cuando precisa los criterios técnicos para la determinación final de la cuantía de la prestación (FJ 3°).

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) Responsabilidad del Estado sobre la vida de los detenidos (art. 2). C) Vulneraciones múltiples en una investigación contra la mafia (arts. 3, 5.1, 5.3 y 3 del Protocolo 1º). D) Dilaciones en juicio de personas en prisión provisional (art. 5.3).

E) Falta de imparcialidad de un jurado por comentarios racistas de alguno de sus miembros (art. 6). F) Control de la carrera de los funcionarios (art. 6.1). G) Intervención de la correspondencia y secreto profesional de los abogados (art. 8). H) Satisfacción (supranacional) del derecho a la libertad religiosa (art. 9). I). Interés público de determinadas relaciones de los pacientes con sus médicos (art. 10). J). Tres vulneraciones del derecho de la propiedad (art. 1 Protocolo 1º).

3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. A) Tutela judicial efectiva. a) Tutela judicial y extradición: Proyección *ad extra* (o internacional).

b) Extradición y derecho al juez predeterminado por la ley (art. 24.2). c) Garantía de indemnidad. d) Derecho a la asistencia letrada en procesos en los que no es preceptiva la intervención de abogado (art. 24.2). e) La existencia de Actos de la Junta Electoral Central no sometidos a control judicial vulnera el derecho a la tutela judicial. f) Dilaciones indebidas. Imposibilidad de apreciación una vez finalizadas. B) Libertad religiosa: limitaciones por pertenencia a “secta destructiva”. C) Derecho a la intimidad en el lugar de trabajo.

D) Libertad de expresión e información. a) Intimidación familiar y obligación de secreto profesional. b) Divulgación de acontecimientos de la vida privada de un particular relacionada con una persona pública. c) Crítica a políticos en tono satírico. d) Libertad de expresión de los abogados en el ejercicio del derecho de defensa. E) Libertad sindical: ventajas ligadas a la participación en elecciones. F) Asistencia sanitaria de los extranjeros.

4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. A) Derecho a la tutela judicial efectiva.

Acto político. B) Bilingüismo y discriminación. C) Libertad de información. a) Falta de diligencia en la comprobación de la información. b) Hechos divulgados no difamatorios. c) Violación del derecho a la intimidad. d) Operaciones de concentración radiofónica. D) Derecho a la educación. Criterios de admisión en centros. E) Extranjeros.

Efectos de la solicitud de renovación del permiso de trabajo.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En esta crónica se analiza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada entre el 1 de abril y el 30 de junio de 2000, la del Tribunal Constitucional publicada en el Boletín Oficial del Estado en los meses de abril, mayo y junio, desde la STC 75/2000, de 27 de marzo, hasta la STC 166/2000, de 15 de junio, y varias sentencias de las Salas Primera y Tercera del Tribunal Supremo dictadas entre el 26 de enero y el 9 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 225 decisiones de las que 159 son cancelaciones de la demanda, en los términos del artículo 37 de la Convención y en 10 supuestos se apreció la existencia de una excepción preliminar. Hay, por tanto, cincuenta y seis decisiones de fondo. No obstante, veinte y seis se refieren a dilaciones indebidas; veinte condenas a Italia, dos a Portugal y una a Finlandia, Francia, Grecia y Polonia, que no aportan novedad alguna, salvo la derivada del hecho de que progresivamente más jurisdicciones, y desde luego la española, a pesar de no ser en absoluto nuestro país uno de los más condenados por esta causa, van teniendo dificultad para adaptarse a las exigencias estructurales que el Convenio impone a la Administración de Justicia, extremo este al que ya nos hemos referido en anteriores crónicas. Restan treinta sentencias, de las que, y como es habitual siguiendo el orden del Convenio, se han considerado de especial interés las siguientes.

B) Responsabilidad del Estado sobre la vida de los detenidos (art. 2)

Velikova contra Bulgaria de 18 de mayo de 2000 y Timurtas contra Turquía de 13 de junio de 2000, son dos supuestos relativamente similares en los que se reafirma la doctrina de que cuando una persona es detenida y es encontrada muerta o desaparece corresponde a las autoridades dar una explicación plausible de estos hechos, de manera que si no lo hacen son considerados responsables desde el punto de vista del artículo 2 del Convenio, violación que también se produce por la ausencia de investigación oficial sobre los hechos o la existencia de inexplicables omisiones en ella. El segundo de los casos resulta también interesante porque el Tribunal reafirma su doctrina del caso **Cakici contra Turquía, de 8 de julio de 1999** (vid. comentario en el número 6 de esta Revista) de que la desaparición de un hijo supone un trato inhumano y degradante del artículo 3 para su padre.

C) Vulneraciones múltiples en una investigación contra la mafia (arts. 3, 5.1, 5.3 y 3 del Protocolo 1º)

En **Labita contra Italia, de 6 de abril de 2000**, el Tribunal se enfrenta a una pluralidad de denuncias de un ciudadano italiano detenido en una investigación antimafia. El

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Tribunal considera que si bien no se han aportado elementos suficientes para considerar que se han producido tratos inhumanos y degradantes, sin embargo, las investigaciones realizadas por las autoridades no pueden considerarse suficientes por lo que hay vulneración del artículo 3 del Convenio. Analiza la motivación de las decisiones judiciales que han llevado a la permanencia en prisión provisional durante tan largo plazo, y considera que no son pertinentes y suficientes para el mantenimiento durante ese período, con vulneración del 5.3 del Convenio. Considera que la dilación de 12 horas por problemas burocráticos en la puesta en libertad una vez absuelto implica vulneración del 5.1, y, por último, que su exclusión de la listas electorales no es posible como medida adoptada después de su absolución, vulnera el art. 3 del Protocolo 1°.

D) Dilaciones en juicio de personas en prisión provisional (art. 5.3)

Durante el período hay tres sentencias que implican la condena de Estados parte en un tipo especial de dilaciones que no implican vulneración del artículo 6.1 sino del 5.3 del Convenio, como consecuencia de no haber mostrado una “especial diligencia” a la hora de someter a juicio asuntos de personas que se encuentran en situación de prisión provisional. Se trata de las Sentencias **Punzlet contra la República Checa, de 25 de abril de 2000, Cesky contra la República Checa, de 6 de junio de 2000 y Sabeur Ben Alí contra Malta, de 29 de junio de 2000.**

E) Falta de imparcialidad de un jurado por comentarios racistas de alguno de sus miembros (art. 6)

Es el supuesto de **Sander contra el Reino Unido, de 9 de mayo de 2000**, que considera que no puede ser imparcial un jurado en el que alguno de sus miembros había realizado comentarios y bromas racistas sobre los acusados de origen asiático, hecho que había sido puesto en conocimiento del Juez por parte de otro de los miembros del jurado, sin que se procediera a la disolución del jurado, que acabó condenando a uno de los acusados.

F) Control de la carrera de los funcionarios (art. 6.1)

El asunto **Frydlender contra Francia, de 27 de junio de 2000**, supone una nueva aplicación de la doctrina **Pellegrin contra Francia, de 8 de diciembre de 1999** (comentado en el número 7 de esta Revista), de las condiciones en las que las carreras de los funcionarios son controlables por el Tribunal desde el punto de vista del artículo 6.1 del Convenio, y en particular de los que debemos entender por “obligaciones civiles” a efectos del derecho a un proceso equitativo.

G) Intervención de la correspondencia y secreto profesional de los abogados (art. 8)

En **Foxley contra el Reino Unido, de 20 de junio de 2000**, se plantea si la intervención de la correspondencia puede afectar a la mantenida con sus abogados. El Tribunal considera que si bien la intervención tenía finalidad legítima (protección de los derechos de los acreedores) sin embargo, no está justificada la apertura y copia de las cartas de los abogados, lo que considera contrario a los principios de confidencialidad y a los privi-

legios profesionales que unen a los abogados con sus clientes, por lo que se ha vulnerado el artículo 8 del Convenio, admitiendo igualmente, *sensu contrario*, que en el caso que así se atestigüe, ese mismo hecho puede implicar vulneración del derecho de defensa del artículo 6.

H) Satisfacción (supranacional) del derecho a la libertad religiosa (art. 9)

Uno de los asuntos más curiosos del período es **Cha'are Shalom ve Tsedek contra Francia, de 27 de junio de 2000**. En él, una Asociación religiosa ultraortodoxa judía considera que el hecho de que el Estado francés sólo reconozca a otro grupo judío, mayoritario, la habilitación para practicar el sacrificio ritual de los animales que los convierten en comida "pura", supone un atentado al derecho de manifestar su religión y de realizar los ritos de la religión judía contrario al art. 9 del Convenio. El Tribunal comienza por afirmar que la asociación recurrente puede efectivamente invocar el artículo 9 frente a la negativa de las autoridades francesas a llegar a un acuerdo para la práctica de ese sacrificio ritual en los mataderos. Asimismo afirma que reservar la posibilidad de ese tipo de sacrificios a carniceros habilitados por los organismos religiosos no puede ser considerado injerencia, ya que es de interés general, para evitar sacrificios practicados en condiciones higiénicas dudosas. Para la Corte sólo existiría injerencia si la prohibición de practicar el sacrificio condujera a la imposibilidad para los creyentes de comer carne procedente de los animales abatidos según las prescripciones religiosas, pero éste no es el supuesto en la medida en que los recurrentes se pueden aprovisionar fácilmente de ese tipo de carne procedente de Bélgica, de manera que la libertad religiosa no abarca poder realizar personalmente el sacrificio ritual si pueden obtener la carne conforme a sus creencias religiosas, por lo que estima, por 12 votos contra 5, que no ha existido violación del artículo 9 de la Convención.

I) Interés público de determinadas relaciones de los pacientes con sus médicos (art. 10)

Bergerns Tidende y otros contra Noruega, de 2 de mayo de 2000, plantea un problema de límites a la libertad de expresión derivado de la condena de un periódico por difamación por divulgar las malas prácticas de un cirujano plástico. Es digno de reseñar sobre todo porque rechaza la tesis, mantenida por el Tribunal Supremo Noruego de que las dolencias de los pacientes derivadas de su atención por un médico concreto son cuestiones privadas entre las partes que no interesan al conjunto de la comunidad y como tales no protegidas por la libertad de información.

J) Tres vulneraciones del derecho de la propiedad (art. 1 Protocolo 1º)

Se trata de tres condenas a Italia, dos de ellas en procesos expropiatorios en los que a pesar de haber una urgente ocupación la expropiación como tal no fue nunca convenientemente formalizada **Carbonara y Ventura contra Italia y Belvedere Alberghiera contra Italia, ambos de 30 de mayo de 2000**, y un tercer A.O. **contra Italia**, de la misma fecha como consecuencia de la inejecución de un desahucio.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Tutela judicial efectiva

a) Tutela judicial y extradición: Proyección *ad extra* (o internacional)

La **STC 91/2000**, de 30 de marzo, Pleno, estima parcialmente un recurso de amparo de un italiano acusado y condenado por tráfico de drogas en el marco de una organización mafiosa, sobre quien se solicitó extradición para cumplir una sentencia penal dictada en ausencia. El recurrente imputa a los Autos que declaran la procedencia de la extradición lesión de la tutela judicial efectiva y de la presunción de inocencia. Se trata de entender que cuando los poderes públicos nacionales (entre ellos la jurisdicción) dan validez a una resolución adoptada por una autoridad extranjera cuya ejecución es lesiva de un derecho fundamental, sus actos han de entenderse también lesivos de dicho derecho. La alegación es, por tanto, que la actuación de los tribunales italianos no sometida, obviamente, a la Constitución española, da lugar de manera indirecta a la vulneración de ésta, ya que los supuestos de extradición tienen un marco territorial expansivo que implica velar por el respeto a los derechos fundamentales del extraditado; como así ha sido determinado en la STEDH Soering contra el Reino Unido, de 7 de julio de 1989.

Para el Tribunal, hay un núcleo absoluto de derechos y en particular el derecho a un proceso justo establecido en el artículo 24 CE conforme al cual los Tribunales españoles pueden y deben valorar la repercusión de los actos de los poderes públicos de los Estados extranjeros. Si tales actos han producido una lesión o representan un peligro relevante para ese núcleo de los derechos de cualquier ciudadano, la resolución de la jurisdicción española que les otorga validez o eficacia puede infringir indirectamente la Constitución española. En el caso que nos ocupa, el TC tiene en cuenta que el art. 24 veda absolutamente el juicio penal en rebeldía, por lo que es pertinente la queja de la incompatibilidad con las exigencias del derecho a la defensa, debiendo el juez español en sus Autos estimatorios de la extradición, haber exigido condiciones como es la celebración de un nuevo juicio potencialmente rescisorio del fondo de la resolución o, en su caso, haber denegado la entrega.

En posteriores Sentencias, el TC reitera esta doctrina: así en la **STC 134/2000**, de 16 de mayo, Sala Primera; la **STC 162/2000**, Sala Primera y **STC 163/2000**, Sala Primera, ambas de 12 de junio. En esta última se plantea, además, un problema conectado con la tutela judicial ex art. 24.1, pues la demanda de extradición se fundamenta inicialmente en una orden de detención cuando los hechos habían sido enjuiciados, existiendo, incluso Sentencia condenatoria.

De los **votos particulares** originados por estas sentencias hay que destacar el formulado a la primera de ellas por el Magistrado Cruz Villalón. La divergencia se plantea “en relación con el alcance y trascendencia de la falta en el ordenamiento italiano de la posibilidad incondicionada de instar un juicio rescisorio frente a las condenas en ausencia”, es decir, si la extradición incondicionada vulnera el derecho fundamental a la defensa del art. 24 CE de una manera cualificada o de particular intensidad de tal manera que la exigencia por la autoridad judicial española de un nuevo proceso como condición de la extradición ha de ser declarada como un “contenido absoluto” de este derecho. No sin cierta ironía, el

Presidente del Tribunal considera que conviene relativizar la categoría de las “vulneraciones indirectas” cuando se trata de Estados que reconocen desde hace medio siglo una tabla de derechos y libertades efectivamente garantizadas, como es el Estado italiano que, “lejos de acabar de ingresar en esta Comunidad, forma parte de la misma desde su propia fundación”. Hace también hincapié en las excepciones a la prohibición del juicio en ausencia del acusado que distan de ser excepciones que confirman la regla de la “absolutes” de la prohibición, y considera “que la labor de indagación del contenido absoluto del derecho a la defensa es innecesaria cuando existe una norma de ámbito supranacional, respecto de la que no se suscitan dudas de constitucionalidad, que aborda específicamente el problema de la extradición de los condenados en rebeldía en el marco del Convenio Europeo de Extradición, el art. 3.1 del segundo Protocolo adicional” en la que la extradición ha de tener lugar si quien requiere da la seguridad que se estime suficiente para garantizar el derecho a un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de defensa.

Sin ser ocasión de realizar una crítica *in extenso* de esta doctrina, sí resulta oportuno apuntar, al menos, algunas líneas críticas: La primera de ellas es que parece apoyarse en un único antecedente del TEDH el caso Soering contra el Reino Unido, de 7 de julio de 1989. En él se declara contrario al artículo 3 del Convenio la extradición a Virginia de un ciudadano alemán acusado de asesinato en la medida en que podía ser condenado a muerte y como tal sometido al “corredor de la muerte”, lo que se considera un riesgo real de trato inhumano y degradante contrario al Convenio, que impide la extradición. Parece un salto excesivo deducir de este pronunciamiento que la extradición a Italia por la configuración, distinta a la nuestra, de los supuestos en los que es posible una condena en rebeldía, supone una vulneración indirecta de nuestra propia Constitución.

En segundo lugar la doctrina parece colocar a nuestro Tribunal en la posición de intérprete supremo de las garantías de la tutela judicial efectiva de los países que solicitan la extradición, incluso en el marco del Tratado Europeo de extradición, y todo ello sobre la supuesta existencia de un contenido absoluto del derecho de defensa que, sin embargo, reconoce la sentencia, admite excepciones, pero al parecer sólo a las que nuestra normativa les da tal carácter.

Tampoco pueden obviarse los problemas que la doctrina puede producir, tanto por la conversión de nuestro país en refugio de fugitivos de los procesos mafiosos celebrados en Italia, como, sobre todo, si los demás países parte del Convenio Europeo de Extradición deciden analizar con el mismo rigor nuestras instituciones y prácticas procesales antes de conceder la extradición, por ejemplo, de los relacionados con actos terroristas.

Por último no es desatinado observar una cierta contradicción entre estas Sentencias y las 87 y 102/2000, a las que nos referiremos a continuación.

b) Extradición y derecho al juez predeterminado por la ley (art. 24.2)

En las STC 87/2000, de 27 de marzo, Sala Primera, y STC 102/2000, de 10 de abril, Sala Segunda, se plantea un problema de extradición de nacionales españoles a la

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

República Italiana que han cometido hechos delictivos en España. Aquí no se trata de un eventual riesgo de lesión futura del derecho en función de las condiciones bajo las cuales sea juzgado en Italia, sino que lo que se denuncia es la lesión efectiva que se ocasiona a los recurrentes por el hecho de proceder a dar cumplimiento de las Resoluciones de la Audiencia Nacional. En ambas, el Tribunal desestima los recursos por el efecto de desplazamiento de la específica Ley de Extradición Pasiva en relación con la prohibición de extradición de los nacionales según las previsiones contenidas en el Convenio Europeo de Extradición, así como por otras normas jurídicas internacionales, donde se deriva la posible base de la jurisdicción universal en materia de drogas que se enmarcan en el ámbito de la delincuencia internacional del tráfico de drogas, de manera que no puede entenderse “que la entrega de los nacionales sea en principio arbitraria, pues la existencia del Tratado constituye, al menos, un indicio de la mínima homogeneidad constitucional y jurídico-penal necesaria a efectos de despejar los posibles recelos de desigualdad de un enjuiciamiento bajo las leyes de otro Estado”.

Aun reconociendo que se trata de supuestos diferentes, parece evidente que hay una diversa filosofía a la hora de valorar el *standard* de un tercer Estado democrático en lo que concierne a la garantía de los derechos. De ahí que no sea baladí que el Presidente del Tribunal, referencie esta Sentencia para sustentar su discrepancia con la STC 91/2000 dictada tres días después, en la medida en que de haberse aplicado la teoría de la mínima homogeneidad presente en éstas a los casos anteriores, el resultado del juicio constitucional debería haber sido probablemente distinto. Desde otro punto de vista complementario no deja de resultar curioso que aparentemente nuestro Tribunal haya sido más garantista con los ciudadanos italianos a la hora de someterlos a su propia jurisdicción que con los españoles.

c) Garantía de indemnidad

STC 101/2000, de 10 de abril, Sala Segunda. El actor sostiene que su despido formalmente presentado como cesación de un contrato civil de arrendamiento de servicios es en realidad una represalia por haber acudido a los Tribunales que reconocieron el carácter laboral e indefinido de su relación. El Tribunal considera que la empresa no demostró, como le correspondía, la objetividad del despido, ni desmontó los razonables indicios de que se producía a causa de la acción judicial, por lo que, al no haberlo apreciado el TSJ incurre en lesión de la garantía de indemnidad, vulnerando el derecho a la tutela judicial.

d) Derecho a la asistencia letrada en procesos en los que no es preceptiva la intervención de abogado (art. 24.2)

En la STC 152/2000, de 12 de junio, Sala Segunda, el Tribunal, reiterando la STC 92/1996, otorga el amparo a una funcionaria a la que se ha denegado Abogado de oficio en un proceso contencioso-administrativo relativo a una sanción disciplinaria.

e) La existencia de Actos de la Junta Electoral Central no sometidos a control judicial vulnera el derecho a la tutela judicial

La STC 149/2000, de 1 de junio, Pleno, resuelve una cuestión de inconstitucionalidad elevada al Pleno por la STC 103/1996 (por lo que ha tardado cuatro años menos diez días en hacerlo) con relación al artículo 21.2 de la LOREG que es declarado en su expresión “o judicial” del último inciso, inconstitucional, ya que la especialidad de la Administración electoral no justifica que sus decisiones sean inmunes en términos absolutos e incondicionales al no haber recurso judicial contra las mismas. El TC, reconociendo la especialidad de la Administración electoral, distingue dos tipos o géneros de actuaciones de las Juntas electorales en cuanto potenciales objetos de control judicial: en una primera categoría estarían actos y disposiciones no directamente vinculadas con el desarrollo de procedimiento electoral susceptibles de ulterior fiscalización judicial por lo que no puede, por configuración legal, quedar excluida la posibilidad de interponer cualquier clase de recurso judicial, pues sería manifiestamente contraria al derecho a la tutela judicial efectiva. Una segunda categoría, serían actuaciones de la Administración electoral que se integran plenamente en el procedimiento electoral, fases o momentos, donde es constitucionalmente admisible que no resultan sometidos a un control judicial autónomo o independiente. La Sentencia incluye dos Votos particulares, de los que tiene especial interés el formulado por el Magistrado Garrido Falla en el que pone de manifiesto los riesgos de la doctrina sentada para futuros procesos electorales, por la posibilidad de impugnaciones paralizantes de las decisiones de la Junta.

f) Dilaciones indebidas. Imposibilidad de apreciación una vez finalizadas

En el período analizado existen dos Sentencias en las que se reafirma la doctrina sobre la imposibilidad de reconocer la existencia de dilaciones una vez que han cesado en la jurisdicción ordinaria. Se trata de la STC 103/2000, de 10 de abril, Sala Segunda, y la STC 146/2000, de 29 de mayo, Sala Primera, naturalmente sin perjuicio del eventual ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por funcionamiento de la Administración de Justicia.

B) Libertad religiosa: limitaciones por pertenencia a “secta destructiva”

STC 141/2000, de 29 de mayo, Sala Segunda. Es un recurso contra una Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, que restringe el régimen de visitas establecido en la separación matrimonial, prohibiendo, además, al padre “hacer partícipes a sus hijos de sus creencias religiosas así como la asistencia de los menores a cualquier tipo de acto que tenga relación con ellas”, por considerar “secta destructiva” el movimiento religioso donde el padre militaba. El Tribunal recuerda que la libertad de creencias dispensa una protección plena a la propia conducta, sin más límites que los derivados de su coexistencia con otros derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos. Sin

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

embargo, el derecho a manifestar las creencias y a hacer proselitismo suma a esos límites otros indispensables, y entre ellos, el derecho del tercero a no creer o a no compartir o no soportar los actos de proselitismo ajenos: también opera como límite la integridad moral de quien sufre las manifestaciones externas de la profesión de las creencias. Entiende el Tribunal Constitucional que la prohibición de instrucción en las creencias de la secta ha sido adoptada para salvaguardar el interés de los menores y es constitucionalmente legítima, sin embargo, las ulteriores medidas restrictivas en el régimen de visitas, son desproporcionadas y carentes de justificación, pues no se ha probado ni la mayor intensidad del riesgo ni que los menores hayan participado en actos del movimiento al que pertenece su padre, por lo que considera que se ha lesionado la libertad ideológica, otorga el amparo y anula la Sentencia de la Audiencia.

C) Derecho a la intimidad en el lugar de trabajo

STC 98/2000, de 10 de abril, Sala Primera. Se trata de un recurso de amparo interpuesto por un trabajador de un Casino en el que se plantea la legitimidad constitucional de la instalación de micrófonos y cámaras en las zonas de caja y ruleta francesa. Aunque el Tribunal estableció en su primera jurisprudencia que los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales del trabajo no se integran en la esfera privada, luego ha matizado su postura para advertir que es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima y familiar del trabajador y lesionar su derecho a la intimidad, sin que se pueda, limitar el ejercicio de este derecho a determinadas zonas de descanso, excluyendo aquéllas donde se desarrolla la actividad profesional. El Tribunal admite que en estos supuestos los derechos de los trabajadores han de modularse con las facultades del empresario pero, dada la posición preeminente de los derechos fundamentales, los sacrificios han de ser proporcionales y razonables. En consecuencia, ninguna zona del centro de trabajo deja de ser escenario del ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador; las medidas adoptadas por el empresario deben entonces ponderarse para comprobar su proporcionalidad. En este caso no hay duda de la utilidad que para la empresa supone grabar las conversaciones de sus empleados con los clientes, pero, asimismo, pueden ser grabados comentarios y conversaciones privadas, lo cual es lesivo del derecho a la intimidad. Se otorga el amparo.

D) Libertad de expresión e información

a) Intimidad familiar y obligación de secreto profesional

Ambos aspectos están presentes en la STC 115/2000, de 10 de mayo, Sala Segunda, en la que entiende que un reportaje en el que se recogen declaraciones de la que fuera niñera de la hija de la actora constituyó una intromisión ilegítima en la intimidad personal y familiar, consistente en la “revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de actividad profesional”, siendo irrelevante su veracidad, por no ser de interés público, y careciendo de importancia que la actora haya divulgado anteriormente datos de su vida, pues cada cual es libre de fijar los límites de su propia intimidad.

b) Divulgación de acontecimientos de la vida privada de un particular relacionada con una persona pública

STC 112/2000, de 5 de mayo, Sala Primera. El TC reitera su doctrina en la materia y, en particular, la distinta posición de los personajes y las personas sin notoriedad. El Tribunal concluye que en este caso los hechos –protagonizados por un particular– son innecesarios e irrelevantes y la información, tal y como se presenta, vejatoria.

c) Crítica a políticos en tono satírico

En la STC 110/2000, de 5 de mayo, Sala Segunda, se otorga el amparo a un periodista condenado por desacato a causa de un artículo donde se criticaba a un alcalde por su política ambiental y urbanística. El TC reitera su doctrina y considera que el tono satírico y a veces hiriente no va más allá de la crítica legítima.

d) Libertad de expresión de los abogados en el ejercicio del derecho de defensa

En la contundente STC 113/2000, de 5 de mayo, Sala Primera, se otorga el amparo a un Abogado condenado en juicio de faltas por una falta de respeto y consideración a la autoridad (art. 570.1 del Código Penal de 1973) al haber criticado al ministerio fiscal. El TC aprecia vulneración de la libertad de expresión en conexión con el ejercicio de la defensa letrada. Considera que el ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso en el desempeño de las funciones de asistencia técnica, posee una singular cualificación al estar ligado estrechamente a la efectividad de los derechos de defensa del art. 24 CE, y que en el supuesto concreto los escritos criticando la actuación del Ministerio fiscal son expresión del ejercicio del derecho de defensa sin que contengan, además, expresiones formalmente injuriosas o vejatorias.

E) Libertad sindical: ventajas ligadas a la participación en elecciones

Es el supuesto presente en la STC 132/2000, de 16 de mayo, Sala Segunda, en la que el Tribunal considera lícito la aplicación por parte de la empresa de una cláusula del Convenio colectivo a tenor de la cual sólo tienen acceso a créditos horarios los delegados de sindicatos que hayan participado en las elecciones sindicales y tengan representación, excluyendo, por tanto, a los de la CNT que no participaban. El Tribunal Constitucional no aprecia conducta antisindical ni entiende que esas ventajas disfrutadas antes por el recurrente constituyan derechos adquiridos incorporados así a su libertad sindical.

F) Asistencia sanitaria de los extranjeros

La STC 95/2000, de 10 de abril, Sala Primera, plantea la lesión del derecho a la tutela judicial de un ciudadano español a quien, los tribunales desestiman su petición de incluir como beneficiaria de la Seguridad Social a su compañera, extranjera, por carecer de per-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

miso de residencia. Para el Tribunal la Sentencia impugnada desconoce que la compañera del recurrente había obtenido mediante Auto una exención provisional de visado hasta que se resolviese la exención definitiva, por lo que entiende que su situación es de legalidad y que se le hubiera debido reconocer el derecho a la asistencia sanitaria, por lo que otorga el amparo.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Derecho a la tutela judicial efectiva. Acto político

El ATS de la Sala Tercera, Sección Séptima, de 16 de febrero de 2000, se refiere a la impugnación de la decisión del Gobierno Español de no recurrir el acuerdo del Ministro del Interior Británico de dejar en libertad a Augusto Pinochet, procesado en el Juzgado de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional por los delitos de genocidio y tortura y contra el que se sigue el proceso de extradición.

El TS considera, en una resolución que hay que considerar insólita en relación con la jurisprudencia reciente en la que se ha defendido la práctica inexistencia de “actos políticos”, que el Gobierno cumplió con su obligación de solicitar la extradición activa iniciada por el órgano jurisdiccional español, pero no existe ninguna norma de la que se desprenda que la obligación se extienda a recurrir la decisión denegatoria del Gobierno extranjero, máxime cuando tal pretendido recurso ha de enmarcarse en el ámbito de la dirección de la política exterior que corresponde al Gobierno según el art. 97 CE, por medio de actuaciones que no son administrativas ni sometidas al control jurisdiccional, en las que aquél interviene como órgano político y no como órgano de la Administración ejerciendo potestades administrativas. Se trata de supuestos en los que no cabe deducir ante el contencioso-administrativo pretensiones encaminadas a lograr un pronunciamiento judicial que sustituya la voluntad del Gobierno en cuanto compete a aquél un control de legalidad ex art. 106 CE, no de oportunidad política en el ámbito de soberanía y menos cuando no existen elementos reglados accesibles a la fiscalización jurisdiccional.

B) Bilingüismo y discriminación

La STS (Sala Tercera) de 26 de enero de 2000, se refiere a la impugnación de una Ordenanza Municipal sobre normalización del Euskera. La utilización exclusiva del Euskera en todos los impresos internos que utilizan los distintos órganos municipales, rótulos de despachos, placas informativas, sellos proyectos y estudios en toda clase de comunicaciones e informaciones dirigidas a personas físicas o jurídicas en el territorio del País Vasco resulta contrario a la reiterada doctrina del TS. El deber de conocimiento del idioma castellano y el derecho a utilizarlo no queda limitado al ámbito de las relaciones privadas, sino que se impone en el campo de las que han de mantenerse con la Administración. La limitación del conocimiento de las comunicaciones, expresiones e información a los vascoparlantes en determinado ámbito del territorio español significa desconocer el principio de igualdad y la doctrina constitucional sobre la cooficialidad de las lenguas.

C) Libertad de información**a) Falta de diligencia en la comprobación de la información**

En el período analizado hay que hacer referencia a tres Sentencias que tienen en común el que la Sala Primera del Tribunal Supremo considera que la falta de diligencia en la comprobación de la información divulgada excluye el amparo de la libertad de información, en la primera de ellas, en la que, además, hay elementos de honor profesional, la **STS de 15 de febrero de 2000**, es un supuesto de divulgación de un artículo en el que se informaba de un supuesto cierre de una guardería como consecuencia de un brote de meningitis, noticia que resultó falsa, la segunda, la **STS de 17 de febrero de 2000**, a una información, igualmente falsa, imputando a una determinada persona en tráfico de cocaína, y la tercera, de **13 de marzo de 2000**, responsabilizando, de manera inveraz al gerente de un hospital en el fallecimiento de menores como consecuencia de una infección por hongos.

b) Hechos divulgados no difamatorios

La **STS (Sala Primera) de 26 de febrero de 2000**, se refiere a la inexistencia de intromisión ilegítima del derecho al honor del demandante, presidente de una entidad financiera por la divulgación de unos artículos periodísticos que informan sobre su intervención ante Parlamentarios Autonómicos y políticos con la finalidad de modificar una Ley. El TS estima que no existe atentado al derecho al honor por cuanto los hechos que se le imputan carecen de finalidad difamatoria o vejatoria, ni le hacen desmerecer en su propia estimación o el público aprecio.

c) Violación del derecho a la intimidad

Es el supuesto presente en la **STS (Sala Primera) de 21 de febrero de 2000**, sobre la publicación en un diario regional de una noticia sobre la violación de la recurrente conteniendo datos personales suyos y haciendo referencia a que era virgen. El TS afirma que la noticia de la violación cometida es de interés general, dada la grave y trascendencia social que tiene, pero en cambio carece de absoluto interés general la noticia de la identidad de la persona violada o sus circunstancias personales, con lo que el reportaje periodístico implica un ataque a su intimidad.

d) Operaciones de concentración radiofónica

En la **STS (Sala Tercera) de 9 de junio de 2000**, se analiza la impugnación de la Resolución del Consejo de Ministros que acuerda no oponerse a la operación de concentración consistente en la cesión de la gestión por parte de Antena 3 de Radio, SA y de la Sociedad Española de Radiodifusión, SER, en favor de la Sociedad de nueva creación Unión Radio, SA. El Tribunal considera que contempladas estrictamente en la literalidad de su definición es cierto que con la operación de concentración contemplada no surgieron exactamente ninguna de las operaciones previstas en la DA Sexta de la Ley

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

31/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones, pues no se modifica la titularidad de las concesiones ya otorgadas para la explotación de servicios de radiodifusión sonora ni una misma persona pasa a ser socio mayoritario en más de una sociedad concesionaria. Sin embargo, contemplados desde el estado de cosas que se pretende evitar si se produjo una situación análoga o similar a la definida en el apartado e) de la citada norma, tanto por la coincidencia sustancial en el ámbito de cobertura de la SER y Antena 3, como por cuanto los negocios jurídicos a través de los cuales se instrumentó la operación de concentración provocan un efecto equivalente al que produciría una participación mayoritaria de una misma persona jurídica en más de una sociedad concesionaria, por lo que debió adoptarse una decisión que declarara improcedente la operación, ordenando la desconcentración. La resolución impugnada lesiona una norma jurídica pensada para evitar el riesgo de que aquella lesión llegue a producirse, por lo que se declara su anulabilidad.

D) Derecho a la educación. Criterios de admisión en centros

La STS (Sala Tercera) de 19 de enero de 2000, analiza la impugnación por un sindicato del Real Decreto 366/1997. Los criterios complementarios en el régimen de admisión de alumnos pueden ser apreciados por el órgano competente del Centro Educativo, siempre que sean objetivos y que se publiquen con anterioridad al inicio del proceso de admisión, sin que ello resulte contrario al Derecho a la Educación ni a la igualdad.

E) Extranjeros. Efectos de la solicitud de renovación del permiso de trabajo

En la STS (Sala Tercera) de 19 de febrero de 2000, el Tribunal considera que el art. 26.1. b) de la LO 7/1985, de 1 de julio, no permite una equiparación entre aquellos que eluden de forma intencionada los controles administrativos y desarrollan actividades lucrativas subrepticias con aquellos que acreditan su cumplimiento como en el caso enjuiciado en el que el recurrente estaba en posesión del permiso de residencia y era titular de un permiso de trabajo cuya renovación solicitó antes de su caducidad. Tal solicitud de renovación no fue resuelta por la Administración antes de su detención por agentes de la policía; la ausencia de tal permiso no obedece a la inactividad del demandante sino a la de la Administración, circunstancia que le impedía conocer si tenía o no derecho a la renovación, motivo que determina la anulación de la decisión administrativa impugnada que acuerda la expulsión del recurrente del territorio nacional con prohibición de su entrada durante 5 años.

JAVIER GARCÍA ROCA
ISABEL PERELLÓ
PABLO SANTOLAYA

RAÚL CANOSA
ALFREDO ALLUÉ
RAFAEL BUSTOS

IV. FUENTES DEL DERECHO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. **2. Ley.** A) Ley de Presupuestos: las ayudas para actividades de fomento no constituyen créditos relativos al funcionamiento ordinario de los servicios públicos por lo que no son susceptibles de prórroga automática. B) Principio de legalidad en materia sancionadora: garantía formal y material. C) Reserva de Ley en materia de derechos fundamentales: el derecho a acceder a los cargos públicos (art. 23.2 CE) no permite desarrollo legal. D) Límites a la función legislativa: garantía institucional de la autonomía local. **3. Decretos legislativos.** A) Límites: la extralimitación en la delegación o la regulación innovadora provoca que la regulación gubernamental posea rango reglamentario. B) Procedimiento de elaboración del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual: exige previo dictamen del Consejo General del Poder Judicial. **4. Reglamento.** A) Distinción entre acto y norma: criterio ordinatorialista. B) Titularidad de la potestad reglamentaria. a) El Consejero de Economía y Hacienda de la Comunidad Autónoma de Valencia requiere autorización para dictar reglamentos. b) La Ley puede atribuir al Gobierno o al Consejo General del Poder Judicial su ejercicio. C) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. a) Carácter antiformalista de la aplicación de la regulación de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, que sólo es aplicable a los auténticos reglamentos, concepto que no incluye los de carácter organizativo. b) Dictamen del Consejo de Estado: se excluye la exigencia del Dictamen del Consejo de Estado en relación con los proyectos informados que son objeto de alguna modificación no esencial, los reglamentos independientes, autónomos y los reglamentos derivados de la potestad doméstica de la Administración en su ámbito organizativo, interno, así como los reglamentos de necesidad; la solicitud por la Generalidad Valenciana del Dictamen del Consejo de Estado satisface el cumplimiento de este trámite aunque sea emitido fuera de plazo. D) Control de la potestad reglamentaria. a) Revisión de oficio: las disposiciones de carácter general no pueden ser objeto de una declaración de nulidad por parte de la Administración, de oficio o a instancia del interesado, al amparo del tenor literal del

art. 109 LPA. b) Impugnación de disposiciones de carácter general: la revisión jurisdiccional contencioso-administrativa cabe por dos vías, la impugnación directa y la indirecta, que producen distintos efectos. c) La desviación de poder constitucionalmente se conecta con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (art. 106.1 CE). **5. Principios constitucionales.** A) La interpretación de cada principio exige tener en cuenta los demás. B) Principio de jerarquía normativa: las Ordenanzas municipales no pueden contradecir a la Ley. C) Principio de interdicción de la arbitrariedad: se vulnera en los casos en que la Ley produce discriminación o carece de justificación razonable. D) Principio de irretroactividad de las Leyes: concierne sólo a las sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales. E) Principio de seguridad jurídica: constituye la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca hasta la referencia Ar. 1800, por lo que se refiere a la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisprudencia constitucional hasta la STC 166/2000, de 15 de junio, BOE de 11 de julio.

En la jurisprudencia constitucional, destacan en el período analizado las consideraciones sobre la atribución de la potestad reglamentaria para el desarrollo de la Ley Orgánica del Poder Judicial tras la reforma de 1994, al Consejo General del Poder Judicial y el Gobierno, —en concreto al Ministro de Justicia— (STC 105/2000, de 13 de abril, BOE de 18 de mayo de 2000), así como el análisis que realiza la STC 104/2000, de 13 de abril, en relación con el significado y aplicación de los principios generales constitucionalizados en el art. 9.3 CE.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ofrece pocas novedades. Quizá la cuestión más destacable sea la relativa al fundamento legal y ámbito de aplicación de la potestad reglamentaria de los Consejeros autonómicos.

2. LEY

A) Ley de Presupuestos: las ayudas para actividades de fomento no constituyen créditos relativos al funcionamiento ordinario de los servicios públicos por lo que no son susceptibles de prórroga automática

En la STS de 25 de noviembre de 1999, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 1375, se resuelve el recurso interpuesto por titulares de determinados medios de comunicación social que reclaman durante la vigencia de la prórroga de los Presupuestos hasta la aprobación de los nuevos, ayudas para reconversión tecnológica a empresas periodísticas y agencias informativas (Ley 29/1984) al considerar que la citada Ley les atribuye un derecho subjetivo que sólo precisa, al tener vigencia indefinida, la autorización y la orden efectiva de pago. Frente a este planteamiento, el TS mantiene que la Ley 29/1984 no confiere un derecho subjetivo a las ayudas sino sólo una expectativa que sólo se convierte en derecho subjetivo si en la Ley anual de Presupuestos Generales del Estado se incluye una partida con ese destino; en este sentido, no cabe entender incluidos en la prórroga forzosa los créditos para subvenciones destinadas al fomento de cualesquiera actividades, sino solamente los destinados a créditos para gastos relativos a la financiación del funcionamiento regular y ordinario de los servicios públicos.

B) Principio de legalidad en materia sancionadora: garantía formal y material

El art. 25.1 CE incorpora junto con una garantía de carácter formal relativa al rango necesario de las normas tipificadoras del ilícito administrativo y de su sanción (sin perjuicio de que, a diferencia de la materia penal, esa garantía formal se relativice en el ámbito del Derecho administrativo permitiendo un mayor margen de actuación al Gobierno en la tipificación de infracciones y sanciones), otra garantía material referida a la exigencia de la absoluta predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de sus correlativas sanciones (STS de 21 de diciembre de 1999, Sala Cuarta, Sección Sexta, Ar. 1737 y STSJ del País Vasco de 14 de enero de 2000, Sala Cuarta, Ar. 94).

En el caso en cuestión, se confirma que la Ley de Bases de Régimen Local y la Disposición Adicional Quinta de la Ley 31/1990, de 30 de diciembre, que se remite a la Ley General de Sanidad y a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios a los efectos de otorgar competencia sancionadora a las autoridades municipales con base en las infracciones y sanciones en materia de sanidad y consumo previstas en tales normas, son base legal suficiente para la tipificación realizada por la Ordenanza General de Prestación de Servicios Funerarios, Cementerios y Crematorio de San Sebastián y sin que se vulneren las garantías previstas en el art. 25.1 CE, en la medida en que las infracciones y sanciones previstas en la norma local son reproducción de las establecidas en la Ley General de Sanidad y en la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios.

C) Reserva de Ley en materia de derechos fundamentales: el derecho a acceder a los cargos públicos (art. 23.2 CE) no permite desarrollo legal

El Decreto Regional 86/1992 de Murcia no infringe la reserva de ley en materia de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE) ya que, en primer lugar, el citado precepto cons-

titucional no es susceptible de desarrollo legal y además el cargo de Director General de Radiotelevisión de Murcia, que constituye el objeto de regulación del Decreto no constituye un cargo público protegido por el art. 23.2 CE (STS de 26 de octubre de 1999, Sala Cuarta, Sección Séptima, Ar. 1391).

D) Límites a la función legislativa: garantía institucional de la autonomía local

La garantía institucional de la autonomía local “es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre” (STC 32/1981, de 28 de diciembre). La autonomía de los entes locales va estrechamente ligada a su suficiencia financiera, por cuanto exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión las funciones que legalmente les han sido encomendadas. No obstante, el soporte material de la autonomía financiera son los ingresos, pero este principio tiene como límite el marco de las disponibilidades presupuestarias. Ha sido la Ley de Haciendas Locales la que ha concretado —como opción del legislador en un momento dado— los recursos financieros de las entidades locales en orden a la consecución de su suficiencia como medio de alcanzar la autonomía constitucionalmente proclamada para la gestión de sus intereses.

La Ley 5/1993, de 16 de abril, sobre liquidación definitiva de la participación de las Corporaciones Locales en los tributos del Estado correspondiente al ejercicio de 1990 que fija el índice de evolución definitivo para el ejercicio de 1990, no vulnera el principio de suficiencia; los recurrentes no han aportado la argumentación específica o los razonamientos que demuestren su presunta contradicción con la Norma Fundamental, no siendo suficiente para proceder a la depuración del ordenamiento jurídico la mera invocación genérica de determinadas circunstancias, STC 104/2000, de 13 de abril, (FJ 5°).

3. DECRETOS LEGISLATIVOS

A) Límites: la extralimitación en la delegación o la regulación innovadora provoca que la regulación gubernamental posea rango reglamentario

La STS de 10 de febrero de 2000, Sala Cuarta, Sección Tercera, Ar. 789, afirma que “la técnica legislativa contenida en el art. 82 de la Constitución se configura como una delegación recepticia, al adquirir la norma delegada la naturaleza de ley, pero sólo en aquello en que no sobrepase el límite de la delegación”. La misma doctrina se reitera en la STS de 10 de febrero de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 790.

IV. Fuentes del Derecho

En la misma Sentencia el Tribunal sigue afirmando que “si se superase tal límite o se regulase *ex novo* alguna materia, la norma quedaría reducida a un simple reglamento y, por tanto, sometida al control de la potestad reglamentaria a través de las técnicas que para tal control se establecen en nuestro ordenamiento jurídico y que son ejercitables ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: lo que no sería posible si no se produce *ultra vires* porque entonces estaríamos en presencia de una disposición con rango de ley, revisable únicamente por el Tribunal Constitucional”.

Aplicando esta doctrina al segundo párrafo del art. 145 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que introduce una limitación *ex novo* que ni aclara, ni armoniza los preceptos refundidos o propios, al tratarse de una restricción de los medios de defensa que pueden oponer los demandados y, por ello, declara nulo el mencionado precepto por vulnerar el art. 24 CE, en la medida en que el establecimiento de una excepción a la regla general del proceso plenario sólo puede realizarse mediante ley. La misma doctrina se reproduce en la STS de 10 de febrero de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 790.

B) Procedimiento de elaboración del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual: exige previo dictamen del Consejo General del Poder Judicial

En la STS de 10 de febrero de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 789, el Tribunal llega a la conclusión de que el segundo párrafo del art. 145 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, debió ser sometido a dictamen del Consejo General del Poder Judicial, con base, precisamente, en el último párrafo del mencionado art. 145, provocando su omisión la nulidad del precepto.

4. REGLAMENTO

A) Distinción entre acto y norma: criterio ordinalista

El Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de diciembre de 1987, que estableció las retribuciones del Cuerpo Nacional de Policía para 1987 “no es un acto administrativo de destinatario plural, dirigido a un determinado colectivo, sino una disposición general, o, dicho de otro modo, no es un acto ordenado, sino un acto ordenador que se integra en el ordenamiento jurídico” en cumplimiento de la Disposición Transitoria Segunda de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y Disposición Transitoria Tercera de la Ley 21/1986, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1987; y ello, aunque tenga carácter provisional, no recibiera la forma de Decreto y aunque en su elaboración no se siguiera el procedimiento legal para la aprobación de disposiciones de carácter general (STS de 1 de febrero de 2000, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 1584).

Siguiendo una reiterada jurisprudencia, la **STS de 21 de febrero de 2000**, Sala Cuarta, Sección Primera, Ar. 1689, considera que la naturaleza jurídica de la Orden de la Consejería de Presidencia de la Comunidad Autónoma de Madrid, sobre medidas de fomento del empleo de mujeres, es la de un acto administrativo, pues se trata de una convocatoria de unas medidas de fomento (subvenciones) dictadas en cumplimiento del I y II Plan para la Igualdad de Oportunidades de las Mujeres de la CAM, con un plazo de vigencia limitado y destinatario plural, con naturaleza similar a las convocatorias de concursos.

La Resolución de 15 de mayo de 1997 del Director de Tráfico y Parque Móvil del Departamento de Interior del Gobierno Vasco, por la que se establecen medidas especiales de regulación del tráfico durante el año 1997, no es una disposición de carácter general, sino un acto que “es de carácter general y (que) se refiere a una pluralidad indeterminada de sujetos, pero es un acto ordenado, que aplica otras disposiciones, concretamente los arts. 37 y 39 del Reglamento General de Circulación, y de ello ha de concluirse que carece de naturaleza reglamentaria” (**STSJ del País Vasco de 13 de enero de 2000**, Sala Tercera, Ar. 96).

B) Titularidad de la potestad reglamentaria

a) El Consejero de Economía y Hacienda de la Comunidad Autónoma de Valencia requiere autorización legal para dictar reglamentos

En aplicación de la doctrina que el Tribunal Supremo mantiene en relación con la potestad normativa de los Ministros, en la **STS de 22 de diciembre de 1999**, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 988, el Tribunal afirma que la autorización al Consejero de Economía y Hacienda del Decreto 76/1993, de 28 de junio, del Gobierno valenciano, que aprobó el reglamento de máquinas recreativas y de azar, para dictar las disposiciones necesarias para su cumplimiento y desarrollo, se limita a “puntos concretos de carácter accesorio que no supongan una modificación o alteración sustantiva del reglamento, sino simplemente un mero desarrollo objetivo y puntual de las normas reglamentarias”.

En concreto, la Sentencia considera que autorizar al Consejero para modificar el precio de las partidas de las máquinas recreativas es un “elemento normativo desgajado”, lo que supone que es una manifestación de potestad normativa específica, porque su ejercicio no exige ajustarse al procedimiento de elaboración de disposiciones generales, que “por su trascendencia en el funcionamiento del mercado, exige atribución específica, de manera que no puede sobreentenderse que cualquier órgano con potestad reglamentaria –salvo el órgano supremo, que para el caso sería el Consejo– la detenta por el mero hecho de ostentar esa potestad; y esto incluso aunque se trate del Conseller encargado de los asuntos económicos”.

IV. Fuentes del Derecho

b) La Ley puede atribuir al Gobierno o al Consejo General del Poder Judicial su ejercicio

La Disposición Adicional Primera, apartado 2º, LOPJ regula habilitaciones reglamentarias de muy diversa entidad y alcance. En efecto, la potestad reglamentaria viene prioritariamente reconocida al Consejo General del Poder Judicial en el ámbito acotado por el art. 110.2 de la citada Ley Orgánica. En el ámbito normativo que no corresponda a la potestad reglamentaria del Consejo, la Disposición Adicional impugnada habilita para dictar disposiciones generales tanto al Gobierno de la Nación como a las Comunidades Autónomas, pero esta habilitación se efectúa en términos cualitativamente distintos. La potestad reglamentaria de desarrollo de la LOPJ del Gobierno, deriva del art. 97 CE. En cambio, la habilitación a favor de las Comunidades Autónomas se realiza con la especificación de que éstas tengan atribuidas “competencias en la materia”, de tal manera que no se trata tanto de conferir a los Entes Autonómicos una potestad coextensa con la del Gobierno para aprobar reglamentos ejecutivos de la LOPJ, cuanto de habilitarles para que en aquellas materias en las cuales ostentan competencias (bien en virtud de cláusulas subrogatorias, bien como consecuencia de cualquier otro título constitucionalmente válido), puedan establecer regulaciones cuando así lo requiera el ejercicio de las facultades que les han sido atribuidas (STC 105/2000, de 13 de abril, FJ 7º).

El estatuto jurídico de Jueces y Magistrados se regula en la LOPJ y su desarrollo reglamentario corresponde al Consejo General del Poder Judicial con el objeto de “establecer regulaciones de carácter secundario o auxiliar”. Estos Reglamentos podrán regular condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes que conforman el estatuto judicial, “sin innovar aquéllos ni alterar éste en su conjunto”. Los reglamentos del Gobierno o de las Comunidades Autónomas no pueden por tanto regular las condiciones accesorias del estatuto judicial pero “no cabe descartar que al regular, legítimamente y sin excesos, materias de su competencia, puedan afectar indirecta o reflejamente, no al núcleo de derechos y deberes que conforman el estatuto judicial, reservado a la Ley Orgánica ex art. 122CE, sino a determinadas condiciones accesorias para el ejercicio de los indicados derechos y deberes”. Para el Tribunal “la expresión ‘afectar a una materia’ no se identifica con regular la misma” (STC 105/2000, de 13 de abril, BOE de 18 de mayo de 2000, FJ 9º).

La determinación del horario y la jornada de trabajo en las Secretarías y oficinas judiciales de los Juzgados y Tribunales, así como en los llamados servicios comunes, y el ejercicio de competencias sobre horario de trabajo y jornada laboral no son materias reservadas constitucionalmente al Consejo General del Poder Judicial, por lo que es conforme a Derecho la atribución de esta regulación al Ministerio de Justicia, como igualmente legítimo hubiera sido optar por mantener dicha competencia en el Consejo General del Poder Judicial. La facultad atribuida al Ministerio de Justicia se enmarca por dos límites que garantizan que su ejercicio concreto no interfiera en el desarrollo de las actividades jurisdiccionales: de un lado, la fijación del horario ha de respetar las horas de audiencia fijadas por los Jueces y Presidentes de Audiencias y Tribunales dentro de los límites señalados por el Consejo General del Poder Judicial y de otro, el horario fijado no puede ser

inferior al establecido para la Administración Pública (STC 105/2000, de 13 de abril, FJ 4º).

C) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general

a) Carácter antiformalista de la aplicación de la regulación de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, que sólo es aplicable a los “auténticos” reglamentos, concepto que no incluye los de carácter organizativo

En la STS de 26 de octubre de 1999, Sala Cuarta, Sección Séptima, Ar. 1391, se establece que la nulidad derivada del procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general exige en su aplicación prudencia y moderación, lo que hace entrar en juego el criterio de la proporcionalidad entre la infracción cometida, la influencia de la misma en el acto o disposición respectiva y las consecuencias derivadas de la nulidad. En este sentido, la jurisprudencia admite la ausencia del Informe de la Secretaría General Técnica cuando el fin que persigue la exigencia de este requisito se estima satisfecho por otros mecanismos informativos y de control.

b) Dictamen del Consejo de Estado: se excluye la exigencia del Dictamen del Consejo de Estado en relación con los proyectos informados que son objeto de alguna modificación no esencial, los reglamentos independientes, autónomos y los reglamentos derivados de la potestad doméstica de la Administración en su ámbito organizativo interno, así como los reglamentos de necesidad; la solicitud por la Generalidad valenciana del Dictamen del Consejo de Estado satisface el cumplimiento de este trámite aunque sea emitido fuera de plazo

El Decreto Regional 86/1992, de 26 de noviembre, sobre condiciones de ejercicio de la Dirección General de RTV de Murcia no exigía en su tramitación Dictamen del Consejo de Estado por tratarse de un Reglamento organizativo, de ámbito doméstico (STS de 26 de octubre de 1999, Sala Cuarta, Sección Séptima, Ar. 1391).

La STS de 19 de febrero de 2000, Sala Cuarta, Sección Segunda, Ar. 1646, reitera la jurisprudencia del Tribunal sobre el carácter preceptivo del Dictamen del Consejo de Estado tanto en la elaboración de reglamentos ejecutivos estatales, como en la elaboración de reglamentos ejecutivos autonómicos dictados en desarrollo de leyes autonómicas cuando estas CCAA no dispongan de un órgano consultivo semejante al Consejo de Estado.

La omisión del preceptivo Dictamen del Consejo de Estado en la elaboración del Decreto 76/1993, de 28 de junio, del Gobierno Valenciano, que aprobó el reglamento de máquinas recreativas y de azar, no constituye una irregularidad invalidante, en la medida en que

IV. Fuentes del Derecho

tal Dictamen fue solicitado por la Generalidad valenciana por el trámite ordinario previsto en el art. 128 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, que prevé que en estos supuestos y en ausencia de previsión legal expresa, como es el caso, “el Dictamen se emitirá en el plazo de dos meses”, plazo este que fue incumplido.

Transcurrido el mencionado plazo, el Gobierno valenciano dictó el Decreto en cuestión sin esperar a la emisión tardía del Dictamen del Consejo de Estado. El carácter preceptivo pero no vinculante de este trámite no conlleva la nulidad del reglamento, sin perjuicio del posterior control judicial (STS de 22 de diciembre de 1999, Sala Cuarta, Sección Sexta, Ar. 988).

D) Control de la potestad reglamentaria

a) Revisión de oficio: las disposiciones de carácter general no pueden ser objeto de una declaración de nulidad por parte de la Administración, de oficio o a instancia del interesado, al amparo del tenor literal del art. 109 LPA

Ante la pretensión de aplicación al art. 102 LRJPAC de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el art. 109 LPA, que en una interpretación sistemática del mencionado precepto en relación con el art. 47 LPA, llegaba a la conclusión de que la revisión de oficio era aplicable tanto a actos administrativos, como disposiciones de carácter general (SSTS de 29 de septiembre de 1986, Ar. 1571, o de 2 de octubre de 1992, Ar. 10673), el Tribunal llega a la conclusión de que la actual literalidad de los arts. 102 y 62 LRJPAC impide trasladar tal interpretación a la normativa vigente: “se trata de una redacción que no puede interpretarse en otro sentido que el de entender que el legislador decidió conscientemente apartar de la norma la interpretación jurisprudencial que había extendido a las disposiciones reglamentarias el régimen de declaración de nulidad de pleno Derecho de los actos administrativos” (STS de 22 de diciembre de 1999, Sala Cuarta, Sección Séptima, Ar. 804).

b) Impugnación de disposiciones de carácter general: la revisión jurisdiccional contencioso-administrativa cabe por dos vías, la impugnación directa y la indirecta, que producen distintos efectos

La STS de 13 de enero de 2000, Sala Cuarta, Sección Segunda, Ar. 1615, realiza un resumen sobre los tipos y efectos de la impugnación de disposiciones de carácter general. A este respecto la sentencia afirma que la impugnación directa sólo puede promoverse en los dos meses siguientes a la publicación de la disposición y, en caso de prosperar, supone la eliminación de la norma con efectos *ex nunc*, pero respetando los efectos producidos hasta entonces, ya sea con base en el antiguo art. 120 LPA, ya con base en el principio de conservación de los actos firmes y consentidos. Por el contrario, en el caso de impugnación indirecta de una disposición general sólo podrá ser declarado inválido el

acto impugnado fundado en la nulidad de la norma que le sirve de fundamento jurídico.

La misma Sentencia recuerda la conocida jurisprudencia del TS sobre la improcedencia de invocar infracciones de procedimiento en las impugnaciones indirectas de disposiciones de carácter general.

c) La desviación de poder constitucionalmente se conecta con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (art. 106.1 CE)

Aunque el ámbito típico de aplicación de la desviación de poder es el del ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración, también juega en el ámbito de la potestad reglamentaria. La prueba de la desviación de poder exige constatar que en la génesis del Derecho recurrido se ha detectado la concurrencia de una causa ilícita reflejada en la disfunción manifiesta entre el fin objetivo que emana de su naturaleza y de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo propuesto por el órgano decisorio, y para poder ser apreciado era necesario que quien lo invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde, los pruebe cumplidamente, no se funde en meras opiniones subjetivas ni suspicacias interpretativas, ni tampoco se base en una oculta intención que lo determine, lo que no ha sucedido en el caso que resuelve la **STS 26 de octubre de 1999**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 1391.

5. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A) La interpretación de cada principio exige tener en cuenta los demás

En la **STC 104/2000**, de 13 de abril, (BOE de 18 de mayo, FJ 6º) el Tribunal Constitucional mantiene que los principios constitucionales invocados por los recurrentes (irretroactividad, seguridad, interdicción de la arbitrariedad), como los otros que integran el art. 9.3 de la Constitución –legalidad, jerarquía normativa, responsabilidad– no son compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho (STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10º).

B) Principio de jerarquía normativa: las Ordenanzas municipales no pueden contradecir a la Ley

La vulneración de una norma con rango de ley por cualquier norma de inferior rango constituye una quiebra del principio de jerarquía normativa (STSJ del País Vasco de 14 de enero de 2000, Sala Tercera, Ar. 94).

IV. Fuentes del Derecho

C) Principio de interdicción de la arbitrariedad: se vulnera en los casos en que la Ley produce discriminación o carece de justificación razonable

Para determinar si se produce una vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad el análisis se debe centrar en verificar si el precepto en cuestión establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien, si aún no estableciéndola, carece de toda justificación, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad, sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias. En otros términos, si la norma en cuestión no se muestra desprovista de fundamento, aunque pueda legítimamente discreparse de la concreta solución, entrar en un enjuiciamiento de cual sería su medida justa, supone discutir una opción tomada por el legislador que, aunque pueda ser discutible, no resulta arbitraria ni irracional (STC 104/2000, de 13 de abril, BOE de 18 de mayo, FJ 8°).

D) Principio de irretroactividad de las leyes: concierne sólo a las sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales

La reducción *ex lege* de los ingresos que el Estado destina a las Corporaciones Locales no vulnera el principio de irretroactividad de las leyes. La referencia del art. 9.3 de la Constitución a la “restricción de los derechos individuales” ha de equipararse a la idea de sanción, por lo cual, el límite de dicho artículo hay que considerarlo como referido a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (del Título I de la Constitución) o en la esfera general de protección de la persona. Ello hace inviable la invocación de esta norma para afirmar el respeto debido a unas situaciones jurídicas que, si hubieran de identificarse como pretensiones tuteladas por la norma en cuestión, no tendrían otros titulares que los entes públicos.

La Ley 5/1993 que regula en el año 1993 lo que corresponde percibir a las Entidades Locales por su participación en los tributos del Estado correspondiente al año 1990 no incide sobre derechos adquiridos y consolidados por la legislación anterior ni dispone de un nuevo régimen más restrictivo aplicable para el futuro en relación con situaciones jurídicas preexistentes y consolidadas. La situación afectada por la Ley 5/1993 no constituía ningún derecho que por efecto de dicha Ley sea objeto de privación; por el contrario, la norma cuestionada sólo concreta o eleva a definitiva una previa liquidación provisional, justificándose su existencia en el hecho de ser una consecuencia previsible del régimen establecido en el Capítulo III de la Ley de Haciendas Locales, dado que si la participación en los tributos del Estado se hacía con relación al quinquenio 1989-1993, la fórmula introducida por la Ley de Presupuestos afectaría a cualquier liquidación definitiva a practicar respecto del quinquenio de referencia, pero no lo harían las leyes que, posteriormente, se dirigiesen a la concreción del citado índice. Tanto más, cuando la fijación del sistema de ingresos de las entidades locales, en sentido general, y la determinación de su participación en los ingresos del Estado, es una opción del legislador estatal conforme a sus disponibilidades presupuestarias (STC 104/2000, de 13 de abril, BOE de 18 de mayo, FJ 8°).

E) Principio de seguridad jurídica: constituye la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad

Sólo si en el ordenamiento jurídico en que se insertan y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica. La Ley 5/1993 que regula lo que corresponde a las Entidades Locales por su participación en los tributos del Estado correspondientes al año 1990 no incurre en ninguno de los vicios que le harían vulnerar la seguridad jurídica al ser patente que no es una norma incierta o falta de la indispensable claridad, por contar con un contenido preciso y unos efectos perfectamente determinados, no obstante la exégesis que de la misma pueda hacerse (STC 104/2000, de 13 de abril, BOE de 18 de mayo, FJ 7º).

JORGE AGUDO

ANA DE MARCOS FERNÁNDEZ

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

Actos y Procedimiento Administrativos

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Concepto de acto administrativo. Distinción con disposiciones generales. A) Una orden de convocatoria de unas determinadas medidas de fomento tiene el carácter de acto administrativo. **3. Clases de actos.** A) Declarada la nulidad de una disposición, subsisten los actos firmes que fueron dictados a su amparo. **4. Procedimiento Administrativo. Iniciación, tramitación y finalización.** A) El denunciante ostenta legitimación si la sanción que se imponga provoca un efecto positivo o negativo en su esfera jurídica. B) La subsanación regulada en el art. 71 LRJPAC se refiere a documentos, no a errores de la solicitud. **5. Requisitos del acto administrativo.** A) Motivación como elemento de control de actuación arbitraria de la Administración. **6. Eficacia y ejecución forzosa.** A) La falta de indicación de los recursos procedentes determina que la publicación del Decreto de municipalización sea defectuosa. B) La solicitud de consentimiento para la entrada en el domicilio de un sujeto con el fin de ejecutar forzosamente un acto administrativo no debe seguir los trámites procedimentales de la LRJPAC. **7. Invalidez del acto administrativo.** A) 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 abril y mayo de 2000 (marginales 401 a 1800) respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y abril a mayo de 2000 (marginales 1 a 96) respecto de la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, no habiéndose detectado ninguna novedad reseñable.

2. CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO. DISTINCIÓN CON DISPOSICIONES GENERALES

A) Una orden de convocatoria de unas determinadas medidas de fomento tiene el carácter de acto administrativo

La STS de 21 de febrero de 2000, Ar. 1689, Sala Tercera, Sección Primera, FJ 3º, afirma que es reiterada la Jurisprudencia:

“(…) que viene negando la caracterización de disposición de carácter general y de naturaleza reglamentaria a órdenes, como las reseñadas, pues tales resoluciones, aunque participan de alguna de las características de las disposiciones generales, son simplemente actos administrativos de destinatario plural (...) la Orden (...) carece de esa finalidad normativa dado que no contiene una regulación general de las subvenciones, sino que es una Orden de convocatoria de unas medidas de fomento del empleo de mujeres, dictadas en cumplimiento del objetivo I del II Plan para la Igualdad de Oportunidades de las Mujeres de la CAM, con una vida temporal limitada, participando de una naturaleza similar –en orden a su configuración como acto o disposición general– a las convocatorias de concursos, cuya catalogación como acto administrativo ha sido reiteradamente declarada por la Jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. No tiene una regulación con voluntad de permanencia (criterio de la consunción), teniendo una misión ejecutiva e instrumental del II Plan (...) y no innova el ordenamiento jurídico preexistente (criterio ordinalista) (...)”.

3. CLASES DE ACTOS

A) Declarada la nulidad de una disposición, subsisten los actos firmes que fueron dictados a su amparo

La STS de 2 de octubre de 1999, Ar. 1037, Sala Tercera, Sección Segunda, FJ 6º, reitera el principio contenido en la STC 45/1989, de 20 de febrero, acerca de las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad de una ley. Dicho principio viene siendo considerado desde entonces como regla básica sobre los efectos de la anulación de una norma en orden a los actos dictados a su amparo:

“(…) Entre las situaciones consolidadas que han de considerarse no susceptibles de ser revisadas, como consecuencia de la nulidad que ahora declaramos, figuran no sólo aquellas decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 40 LOTC), sino también, por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), las establecidas mediante situaciones administrativas firmes; la conclusión contraria, en efecto, entrañaría (...) un inaceptable trato de desfavor para quien recurrió, sin éxito, ante los Tribunales en contraste con el trato recibido por quien no instó en tiempo la revisión de acto de aplicación de las disposiciones hoy declaradas inconstitucionales (...)”.

4. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. INICIACIÓN, TRAMITACIÓN Y FINALIZACIÓN

A) El denunciante ostenta legitimación si la sanción que se imponga provoca un efecto positivo o negativo en su esfera jurídica

La STS de 5 de noviembre de 1999, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 627/2000, reitera la doctrina según la cual:

“(…) la clave para la determinación de si existe o no un interés legítimo (...) debe situarse en el dato de si la imposición de una sanción puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen, en esa esfera, y será así, en cada caso, y en función de lo pretendido, como puede darse la contestación adecuada (...)”

En el supuesto analizado se concluye en la existencia de tal interés, puesto que el Notario que había denunciado a otro Notario por realizar una actividad abusiva y deontológicamente incorrecta sufría de forma efectiva un agravio real con proyección patrimonial.

B) La subsanación regulada en el art. 71 LRJPAC se refiere a documentos, no a errores de la solicitud

El art. 71 LRJPAC, según la STSJ de Castilla y León de 14 de enero de 2000, Sala de Burgos, Ar. 15, se refiere a la omisión o presentación incorrecta de documentos, pero no a los errores en la solicitud. Respecto de éstos, el Tribunal señala, de forma discutible, que la Administración no está obligada a comunicar tales deficiencias.

5. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Motivación como elemento de control de actuación arbitraria de la Administración

La STS de 15 de marzo de 2000, Ar.1559, Sala Tercera, Sección Tercera, FJ 3º, establece, en plena consonancia con la doctrina de nuestro Alto Tribunal, que la Administración en ningún caso puede actuar con criterios arbitrarios y:

“(…) habrá de justificar las razones que le inducen a otorgar las preferencias a uno de los locales frente a los ofrecidos por los restantes concursantes. Este deber de motivación surge de la propia Constitución que prescribe la interdicción de la arbitrariedad (art. 9), motivación que será más exigible en aquellos supuestos en que estén implicados intereses legítimos de personas, cuando resulten afectados por el acto, y resulta ineludible, al menos, en la resolución de los recursos administrativos. La falta de motivación se observa en los actos administrativos recurridos, que no expresan las razones de las preferencias de unos locales sobre los otros, ni circunstancias que permitan apreciar cuáles fueron los criterios de selección, máxime si se tiene en cuenta la mayor superficie del local ofrecido por el recurrente con respecto a los de los adjudicatarios; sin que por la ubicación en la ciudad de los mismos, detraída de los planos que obran en el expediente, puedan apreciarse sensibles diferencias. Caso de que la Administración sí hubiera estimado o apreciado otras circunstancias personales,

debió explicar en qué consistían para hacer desaparecer cualquier atisbo de arbitrariedad y permitir al no beneficiario contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto. No se trata de sustituir el criterio técnico de la Administración por el de los ciudadanos, sino de explicar en qué consiste éste y dar oportunidad a los órganos judiciales, caso de impugnación, de apreciar si se ha actuado dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos. Al incurrir el acto impugnado en este vicio, se debe estimar en parte el recurso interpuesto, con retroacción de actuaciones para que se subsane el defecto observado (...).”

6. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

A) La falta de indicación de los recursos procedentes determina que la publicación del Decreto de municipalización sea defectuosa

La STS de 7 de febrero de 2000, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 1589, reitera que las publicaciones de actos administrativos deben contener todos los requisitos exigidos para las notificaciones personales.

B) La solicitud de consentimiento para la entrada en el domicilio de un sujeto con el fin de ejecutar forzosamente un acto administrativo no debe seguir los trámites procedimentales de la LRJPAC

La petición de consentimiento no se concibe como una verdadera resolución administrativa, puesto que no es un pronunciamiento administrativo autónomo, sino una actuación material de ejecución forzosa, por lo que no debe seguir los trámites procedimentales de la LRJPAC, según la STSJ del País Vasco de 21 de enero de 2000, Ar. 95.

7. INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

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

La STS de 28 de febrero de 2000, Ar.1545, Sala Tercera, Sección Tercera, FJ 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) LRJPAC: actos dictados por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia. Concretamente, en este caso se trata de una autorización de usos permitidos en la zona de servidumbre de protección (art. 26.1 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas) otorgada por el Estado cuando la Administración competente es la autonómica.

Otras sentencias sobre la misma materia se encuentran reseñadas en los números 7 y 8 de esta revista.

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

Contratos de las Administraciones Públicas

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Actos preparatorios y requisitos de los contratos.

A) Clasificación de los contratistas. Es contrario a derecho exigir a los contratistas una clasificación que la Ley no exige. B) La aceptación por el contratista de los pliegos de condiciones particulares le impide ampararse en el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para no hacer frente a un pago. C) Supuestos en los que procede la tramitación de un expediente de contratación de urgencia y emergencia.

3. Formas de adjudicación. A) Concurso.

a) Es contraria a derecho una modificación posterior por un Informe Técnico de las condiciones del concurso. b) Adjudicación improcedente: límites de la discrecionalidad. c) El Tribunal no puede sustituir a la Administración en la adjudicación de un contrato.

4. Régimen jurídico de los contratos. A) Prerrogativas de la Administración. a) Facultad de modificación.

b) Facultades de control e inspección. El deficiente ejercicio de estas prerrogativas contractuales no puede trasladarse a la posición jurídica del contratista. B) Resolución de los contratos.

a) Incumplimiento del contratista. El incumplimiento del contratista ha de ser “suficiente” para justificar la resolución del contrato.

5. Contratos administrativos típicos.

A) Contrato de obra. a) Denegación de pago a sujeto subrogado en el derecho de cobro.

b) Similitud entre los “pagos a buena cuenta” y los “abonos a cuenta”. c) Finalidad del acto de ejecución de comprobación de replanteo. d) Las deficiencias de procedimiento por causa de la Administración, demorando indefinidamente una recepción provisional y negándose a la recepción definitiva de las obras, pero sin comunicárselo al contratista, no pueden oponerse en perjuicio del contratista. B) Contrato de suministro. En este contrato la Administración tiene una posición ventajosa en comparación con el usuario privado.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica de jurisprudencia abarca dos Sentencias de 1 de octubre de 1999 y las Sentencias comprendidas en el período entre enero de 2000 y febrero de 2000. Entre otras, destacan las Sentencias relativas a la adjudicación de los contratos, especialmente al concurso, y aquellas otras que reiteran jurisprudencia reciente sobre la necesidad de que el incumplimiento del contratista sea suficiente para que la Administración pueda acor-

dar la resolución del contrato y sobre los privilegios de la Administración prestadora de servicios en el contrato de suministro.

2. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

A) Clasificación de los contratistas. Es contrario a derecho exigir a los contratistas una clasificación que la Ley no exige

Al constituir la clasificación una restricción de la posibilidad de los particulares y empresas de acceder a contratos con las Administraciones Públicas ha de ser interpretado en sus términos estrictos, que no pueden ampliarse a supuestos no comprendidos en la ley, criterio que ha sido aplicado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con las incompatibilidades, las capacidades especiales y las prohibiciones (STSJ de Castilla y León de 14 de febrero de 2000, Ar. 162).

B) La aceptación por el contratista de los pliegos de condiciones particulares le impide ampararse en el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para no hacer frente a un pago

El Pleno del Ayuntamiento aprueba el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que han de regir la adjudicación mediante concurso-subasta de las obras de construcción de unas viviendas de protección oficial, estableciéndose que “en virtud de la adjudicación definitiva, el contratista quedará obligado a pagar el importe de los anuncios y de cuantos gastos se ocasionen con motivo de los trámites preparatorios y de formalización del contrato (...) y cualesquiera otros que se produzcan. Igualmente serán de su cuenta los gastos de dirección técnica y liquidación de las obras”. Iniciadas las obras, se planteó una controversia entre las partes sobre quién debía pagar los honorarios de la dirección facultativa. Esta controversia fue resuelta por el Ayuntamiento en el sentido de que correspondía al contratista.

La STS de 1 de octubre de 1999, Ar. 858, que conoce en casación de la impugnación de esta decisión del Ayuntamiento, reitera los argumentos de la sentencia de instancia, según la cual:

“La interpretación de este particular no ofrece dudas, por gastos de dirección técnica hay que entender los gastos que se ocasionaron por los técnicos, Arquitectos y Aparejadores, que dirigen la ejecución de las obras contratadas, (...) y ello en virtud de que habiendo aceptado la sociedad recurrente el pliego de condiciones generales, no puede ampararse en el contenido de la cláusula 13 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras del Estado aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, puesto que éste es el contenido general para el caso de que las condiciones generales del

V. Actos, Procedimiento y Contratos

caso concreto no contengan previsiones sobre el particular, como ocurre en el caso de autos, en el que haya que estar a lo pactado.”

C) Supuestos en los que procede la tramitación de un expediente de contratación de urgencia y emergencia

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en Sentencia de 14 de febrero de 2000, Ar. 162, se pronuncia sobre los supuestos en los que procede la “tramitación urgente” en la contratación administrativa, afirmando que se trata de aquellos casos cuya necesidad sea inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público, correspondiendo la declaración de urgencia al órgano competente para la contratación, lo que comporta preferencia para su despacho y la reducción a la mitad de los plazos legales para la licitación y adjudicación del contrato. Por otra parte, considera que se puede optar por seguir la “tramitación de urgencia” cuando la Administración tiene que actuar de forma inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan un grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional. En esos casos no es necesario el trámite de expediente y se sigue una contratación libre, sin requisitos formales previamente establecidos.

En esta misma sentencia se señala que en cualquiera de estas formas de contratación, tanto en la de urgencia, como en la de emergencia, es requisito esencial la existencia de una justificación concreta del supuesto que da lugar a la forma de contratación elegida, y la constancia de ello en el expediente.

3. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

A) Concurso

a) Es contraria a derecho una modificación posterior por un Informe Técnico de las condiciones del concurso

En el apartado 16 del Pliego-tipo de Cláusulas Administrativas Particulares que había de regir el concurso se relaciona, por orden decreciente (de 5 a 1 puntos), cinco criterios de adjudicación “que han de servir de base para la adjudicación del contrato”. El segundo se describía así: “el tiempo de posible dedicación al trabajo en los plazos señalados, teniendo en cuenta otros contratos de asistencia técnica en trámite o firmados con esta Consejería coincidentes en las fechas de realización”. Sin embargo, la Mesa de Contratación, aceptando el Informe Técnico elaborado por el Director Técnico de Trabajo, aplicó ese segundo criterio de valoración descomponiéndolo en tres distintos apartados: A) por el número de trabajos ya asumidos por el profesional, hasta 1 punto; B) por el número de Arquitectos o Ingenieros que compongan el equipo profesional, hasta 1 punto, y C) por el número total de otros miembros titulados en el equipo, hasta 2 puntos.

Con el cambio en la valoración de este segundo criterio, los concursantes obtienen una puntuación diferente a la que les hubiera correspondido por la estricta aplicación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

La interpretación del Pliego de Cláusulas que realiza el Informe Técnico, y que es aceptada por la Mesa de Contratación, supone, de hecho una modificación de los criterios de adjudicación establecidos en las bases de la convocatoria del concurso, por lo que consideran las SSTSJ de La Rioja de 13 de enero de 2000, Ar. 76, y de 14 de enero de 2000, Ar. 77, que se ha generado una vulneración del ordenamiento.

En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Castilla-La Mancha de 31 de enero de 2000, Ar. 24, que considera que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas limita las opciones de la Administración a dos: o toma alguna de las ofertas, tal como son, o declara el concurso desierto;

“pero en ningún caso puede introducir modificaciones o condiciones nuevas en las ofertas, pues ello supone, primero, suplantarse la voluntad de los ofertantes, y, segundo, introducir elementos nuevos de la definición del objeto que, o han de estar definidos en el pliego, o, si el pliego es indeterminado, determinarse a través de las ofertas de los licitadores, pero en ningún caso determinarse progresivamente a través de una especie de juego de oferta y contraoferta que la legislación de contratos administrativa, de tipo imperativa, en ningún caso permite. En efecto, si las bases eran (como lo eran) de una indeterminación tal (en definitiva eran profundamente defectuosas) que propició que se presentaran ofertas muy dispares, el Ayuntamiento, único responsable de ello, no puede pretender definir a posteriori lo que desea contratar y alterar en consecuencia las ofertas”.

b) Adjudicación improcedente: límites de la discrecionalidad

El TS, en su Sentencia de 25 de enero de 2000, Ar. 1231, recoge los argumentos de la Sentencia de instancia que entiende que la recurrente efectuó “tanto una mejora económica del presupuesto, como un mejor plazo de ejecución, con respecto a la que resultó adjudicataria”, así como que aquella era “superior”, en cuanto “a su calificación técnica y profesional”, a la adjudicataria. Todo lo cual le lleva al TS a confirmar la decisión del TSJ de Canarias de anular el Acuerdo por el que se adjudicaba este concurso.

El TS, en los FFJJ 6º y 7º, reitera doctrina jurisprudencial (no citada expresamente) relativa a los límites en los que la discrecionalidad ha de moverse, impuestos por la prohibición de la arbitrariedad y por la necesaria atención a los intereses públicos para cuya defensa es concedida.

c) El Tribunal no puede sustituir a la Administración en la adjudicación de un contrato

Así lo afirman las SSTSJ de La Rioja de 13 de enero de 2000, Ar. 76, y de 14 de enero de 2000, Ar. 77.

4. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS

A) Prerrogativas de la Administración

a) Facultad de modificación

La STS de 21 de enero de 2000, Ar. 1230, establece que el art. 1256 del Código Civil, que establece que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, no tiene aplicación cuando la Administración, como ocurre en el supuesto enjuiciado, hace uso de su facultad de modificar un contrato administrativo.

En la STS de 1 de febrero de 2000, Ar. 318, se fija el alcance y la justificación de esta prerrogativa administrativa. El Tribunal Supremo considera “que un error inicial de la Administración contratante posteriormente detectado, o un cambio de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de contratar, o la adopción de medidas generales que, aunque no varíen directamente el objeto del contrato, inciden sobre él, permiten la posterior modificación del contrato para adaptarlo a las nuevas exigencias”. Asimismo en esta Sentencia se declara que “la prevalencia del fin sobre el objeto es la que justifica la habilitación a la Administración con una potestad de promover adaptaciones del objeto pactado para así conseguir tal fin”.

b) Facultades de control e inspección. El deficiente ejercicio de estas prerrogativas contractuales no puede trasladarse a la posición jurídica del contratista

Ésta es la conclusión a la que llega el Tribunal Supremo, en STS de 21 de febrero de 2000, Ar. 177. En esta Sentencia se termina reconociendo el derecho del contratista a ser indemnizado por los daños y perjuicios que pueda efectivamente haber sufrido, al ordenarse la suspensión de la obra por espacio superior a una quinta parte del plazo total del contrato conforme a lo establecido en el art. 49 de la Ley de Contratos del Estado de 1965, teniendo en cuenta que si bien la suspensión decretada por la Administración contratante tenía carácter parcial –y, en este sentido, se levantó la correspondiente acta–, ha quedado acreditado, mediante las certificaciones de obra, que durante ese tiempo la paralización fue total, excediendo de una quinta parte del plazo contractual para la ejecución de las obras.

B) Resolución de los contratos

a) Incumplimiento del contratista. El incumplimiento del contratista ha de ser “suficiente” para justificar la resolución del contrato

Ésta es la doctrina que se extrae de la STS de 1 de octubre de 1999, Ar. 1393, en la que se exige que el incumplimiento del contratista cumpla con dos requisitos para que pueda ser considerado causa suficiente de la resolución. En primer lugar, se exige que afecte a la prestación principal que incumbía al contratista, y que el incumplimiento como tal

signifique una total falta de realización de dicha prestación. En dicha Sentencia además se afirma lo siguiente:

“(…) se resalta el matiz subjetivista, y la suficiencia, para aceptar tal incumplimiento, de que se haya producido un hecho obstaculizador al fin normal del contrato, frustrante de las legítimas expectativas de alcanzar el fin perseguido con el vínculo contractual. Y se resalta que no es preciso una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento, bastando que al incumplidor pueda atribuírsele una conducta voluntaria obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó”.

5. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

A) Contrato de obra

a) Denegación de pago a sujeto subrogado en el derecho de cobro

El TSJ de Andalucía, en su Sentencia de 12 de enero de 2000, establece cuáles son los requisitos sobre los que se ha de apoyar una pretensión de cobro como legítimo acreedor cuando ha existido una transmisión del derecho de cobro. En primer lugar, ha de demostrarse la preexistencia del crédito. En el caso, ésta queda acreditada por cuanto en el expediente administrativo consta, por recibo, que al contratista, y como anticipo de la liquidación, se le entregó una letra de cambio. Por otro lado, la Administración municipal nunca ha alegado que la obra no fuera realizada a satisfacción. En segundo lugar, sostiene el Tribunal que ha de demostrarse la efectiva transmisión del crédito, lo que queda suficientemente probado por el hecho de que el contratista hizo entrega de una letra de cambio. Para el Tribunal, la transmisión del crédito está suficientemente probada con la tenencia de ese crédito, máxime cuando por el Ayuntamiento no ha acreditado el pago u otra causa de extinción del crédito de la contratista.

b) Similitud entre los “pagos a buena cuenta” y los “abonos a cuenta”

Conforme a la STS de 1 de octubre de 1999, Ar. 1394, estas dos expresiones vienen a significar que los dos importes no son definitivos, sino que deberán ser imputados al resultado que ofrezcan, por lo que hace al derecho del contratista, las ulteriores liquidaciones que puedan practicarse, como consecuencia de las distintas vicisitudes que presente la vida del contrato. El TS afirma literalmente que “se trata de adelantos con eficacia condicionada a lo que, en cuanto al derecho definitivo del contratista, resulte a la extinción del contrato”.

c) Finalidad del acto de ejecución de comprobación de replanteo

En la STS de 7 de febrero de 2000, Ar. 174, el Tribunal afirma que, formalizado el contrato administrativo de obra, el primer acto de la ejecución es la comprobación del replanteo, que tiene por finalidad verificar sobre el terreno, el replanteo del proyecto que se hizo con anterioridad, y, con ello, la viabilidad del proyecto, la plena posesión y disponibilidad de los terrenos, la realidad geométrica de la obra y la inexistencia de impedimentos o servidumbres que afecten a la obra.

d) Las deficiencias de procedimiento por causa de la Administración, demorando indefinidamente una recepción provisional y negándose a la recepción definitiva de las obras, pero sin comunicárselo al contratista, no pueden oponerse en perjuicio del contratista

Ésta es la conclusión a la que llega el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en Sentencia de 31 de enero de 2000, Ar. 22.

B) Contrato de suministro. En este contrato la Administración tiene una posición ventajosa en comparación con el usuario privado

Es doctrina muy reiterada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y recientemente en la STS de 24 de febrero de 2000, Ar. 1333, en la que se señala que:

“la facultad de las empresas distribuidoras de energía eléctrica para suspender el suministro a sus abonados que no hubiesen satisfecho con la debida puntualidad el importe del servicio conforme a lo estipulado en la póliza, tiene como destinatario a los usuarios privados pero no a 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”.

Sobre la justificación de este privilegio de la Administración vid. *Justicia Administrativa* núm. 6, pág. 120.

JULIA ORTEGA BERNARDO

MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Ministerio Fiscal. A) Nombramiento del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional e informe del Consejo Fiscal. **3. Administración Local.**

A) Autonomía Local: distribución de competencias y organización territorial en materia de deportes. B) Organización municipal: nulidad de convocatoria municipal de sesión plenaria extraordinaria. **4. Colegios Profesionales y titulaciones.**

A) Imposibilidad legal de homologación del título de odontólogo obtenido en la República Dominicana con el título de odontólogo español, desaparecido en el año 1948. B) Incompetencia de un ingeniero agrónomo para redactar un proyecto de viviendas unifamiliares: aplicación de la doctrina de la accesoriidad del Tribunal Supremo.

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 el Ministerio Fiscal, la autonomía local, y la organización municipal, así como de los colegios profesionales y titulaciones.

2. MINISTERIO FISCAL**A) Nombramiento del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional e informe del Consejo Fiscal**

La STS de 21 de marzo de 2000, Sala Tercera, Sección Séptima, relativa al nombramiento del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional estableció la sujeción de la actuación del Ministerio Fiscal a los principios de legalidad e imparcialidad. Por ello, en este ámbito de la legalidad adquieren singular importancia los órganos colegiados del Ministerio Fiscal: Consejo Fiscal y Junta de Fiscales de Sala, hasta el extremo de que, siempre que en una actuación del Fiscal General del Estado tengan trascendencia los referidos principios, se impone la audiencia de uno u otro órgano consultivo.

Asimismo, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal prevé que el Consejo Fiscal sea oído en materias relacionadas con la estructura y organización del Ministerio Fiscal, si bien en estos casos sus informes, siempre preceptivos, no son vinculantes, salvo en los casos de traslado forzoso y de separación del servicio en los que entran en juego los derechos de la persona y el principio de legalidad.

Pues bien, en lo que respecta al particular que nos ocupa, el nombramiento del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, establece esta Sentencia, que sólo cabe considerar como vinculante para el Fiscal General del Estado el informe del Consejo Fiscal en lo relativo a los criterios reglados que el Estatuto establece como necesarios para poder optar al ascenso, pero no en lo referente a otros criterios discrecionales o de oportunidad de los que no se puede predicar su preceptiva observancia.

3. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Autonomía Local: distribución de competencias y organización territorial en materia de deportes

La STS de 13 de marzo de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, desestimó los recursos de casación que las representaciones procesales de la Diputación de Barcelona y de la Administración de la Generalidad de Cataluña interpusieron contra la Sentencia de instancia, la cual anuló parcialmente en lo que afectaba a la Diputación de Barcelona el Decreto 202/1990 de la Generalidad, sobre Traspaso de Recursos de las Diputaciones Provinciales a la Generalidad en materia de Deportes.

Para llegar a tal afirmación, el TS rechazó tanto el argumento de la Generalidad que pretendía identificar los recursos económicos a traspasar con el importe de la participación en las apuestas deportivo-benéficas del Estado, lo que implicaba dejar sin medios económicos a las Diputaciones para el desarrollo de sus competencias en materia deportiva, como los argumentos de la Diputación, que consideraba intransferibles los citados créditos al encontrarse funcionalmente vinculados a la actividad de fomento por lo que el dicho Decreto, según ella, vulneraba las competencias que en el ámbito de las actividades de fomento tienen las Diputaciones en virtud del art. 36.1.d) de la LBRL. A ello respondió el TS que de la interpretación conjunta del art. 148.1.19ª CE que otorga a las Comunidades competencia exclusiva en la “promoción del deporte”, y el art. 9.29 del Estatuto de Cataluña que lo reitera, se debe extraer que la competencia autonómica en esta materia es omnicompreensiva de todos los aspectos relativos al mismo, tanto el de fomento, como el de su ordenación y regulación.

B) Organización municipal: nulidad de convocatoria municipal de sesión plenaria extraordinaria

La STS de 1 de marzo de 2000, Sala Tercera, Sección Cuarta, resuelve el recurso de casación interpuesto por la infracción de la jurisprudencia relativa a los arts. 79, 80 y 84 del RD 2568/1986; 46 de la LBRL y 47 y 48 del Texto Refundido de la misma, respecto a la

VI. Organización Administrativa

interpretación que dicha jurisprudencia da a los requisitos que determinan la anulabilidad de los actos administrativos, en este caso en relación con el acuerdo de un Ayuntamiento por el que se acordó celebrar con carácter urgente una sesión extraordinaria a instancia del Alcalde con el propósito de mostrar la repulsa de la Corporación Local ante una agresión con arma blanca sufrida por un policía de dicha localidad.

En este sentido establece el TS que aunque no parece suficientemente justificada la declaración de urgencia que motivó la convocatoria municipal de la sesión plenaria litigiosa, sin embargo, estima el recurso sobre la base de que las circunstancias, temas y asuntos que dieron lugar a la celebración del mismo permiten su calificación como irregular, sin que sea necesario llevar a cabo su total anulación. Para ello, argumenta que no se privó al Pleno de la presencia y posibilidad de debate entre todos los representantes de los distintos grupos políticos, que por otra parte tampoco se opusieron a las decisiones adoptadas.

4. COLEGIOS PROFESIONALES Y TITULACIONES

A) Imposibilidad legal de homologación del título de odontólogo obtenido en la República Dominicana con el desaparecido título de odontólogo español, desaparecido en el año 1948

La STS de 16 de febrero de 2000, Ar. 1330, Sala Tercera, Sección Tercera, estimó el recurso de apelación formulado por el Consejo General del Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de España, anulando la Sentencia recurrida de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que estimaba el recurso interpuesto contra desestimación presunta por silencio administrativo de una solicitud de convalidación del título de Doctor en Odontología obtenido en la República Dominicana y declarando el derecho de la actora a que se homologara el título dominicano al antiguo título de Odontólogo español desaparecido en el año 1948.

La Sección del TS considera que el reconocer el derecho a convalidar dicho título extranjero de Doctor en Odontología por el título de Odontólogo de 1901 que se extinguió en el año 1948 supone la infracción de norma sustantiva de nuestro Ordenamiento Jurídico.

El título de Licenciado en Odontología fue creado por la Ley 10/1986. La convalidación solicitada no es posible pues el título de Licenciado en Odontología es título superior, ya que para su obtención se requieren cinco años de carrera, en dos ciclos; el primer ciclo de materias médico-generales y biológicas, y el segundo ciclo de materias propiamente odontológicas.

Pues bien, el título de Doctor en Odontología expedido en la República Dominicana –determina en sus argumentaciones la Sentencia comentada– no puede ser homologado al título actual de Licenciado en Odontología español, acorde ya con las Directivas Comunitarias y normas españolas de adaptación al Derecho comunitario, cuando no exista la necesaria equivalencia. Y, por otra parte, habiéndose dejado de impartir las enseñanzas del viejo título de Odontólogo, tampoco puede aceptarse la homologación al mismo. Expuesto lo anterior, nada impide que la homologación al título actual español de

Licenciado en Odontología quede supeditada a la superación de una prueba de conjunto, o en el supuesto particular que prevé la Orden de 21 de enero de 1992, al seguimiento de un período formativo complementario.

B) Incompetencia de un ingeniero agrónomo para redactar un proyecto de viviendas unifamiliares: aplicación de la doctrina de la accesoriidad del Tribunal Supremo

La STS de 3 de febrero de 2000, Ar. 336, Sala Tercera, Sección Quinta, declara haber lugar el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 7 de mayo de 1994, que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Colegio Oficial de Ingenieros Agrónomos de Baleares contra Acuerdos del Ayuntamiento de Pollensa, denegatorios de licencia de construcción de viviendas unifamiliares basado en la incompetencia de un Ingeniero Agrónomo para la firma de un proyecto de obra.

La STS considera que el motivo argüido por el Colegio recurrente debe de ser aceptado al aplicar la Sentencia de instancia incorrectamente la doctrina del TS sobre la “accesoriidad” como criterio determinante de la competencia de los distintos profesionales técnicos para la redacción de proyectos.

En efecto, la Sala de instancia afirma que puesto que ha quedado probado en autos que la edificación a que se refiere el proyecto discutido está agregada y es dependiente de la explotación agrícola existente, un ingeniero agrónomo es competente para redactar el proyecto, por el principio de accesoriidad, conexión y dependencia.

Sin embargo, la “accesoriidad” a que se refiere la doctrina del Tribunal Supremo no es a la que se refiere la Sala de instancia, sino la que existe entre las distintas partes de un mismo proyecto. Así, por ejemplo, la Sentencia de 28 de octubre de 1988, que se refiere también a un supuesto de vivienda unifamiliar en zonas rústicas, afirma que para aplicar tal principio ha de ocurrir que “la vivienda, edificio o casa no suponga un fin por sí misma, sino que esté dispuesta en función de una obra mayor de ingeniería en la que se integre para servirla”. Tal caracterización de la “accesoriidad” está, por lo demás, de acuerdo con el origen de la doctrina, que nació para los casos de instalaciones eléctricas, en los que se dijo que era competente el técnico que proyectara la obra principal, o para los casos de obras accesorias e instalaciones de puertos deportivos.

En el tema relativo a las atribuciones profesionales hemos de poner de relieve que el pasado día 6 de noviembre de 1999 se publicó en el BOE la denominada Ley de Ordenación de la Edificación (LOE) (Ley 38/1999, de 5 de noviembre), con la cual se culmina un proceso legislativo que tiene como objetivo fundamental la regulación de los procesos de edificación en todos sus aspectos. Esta Ley viene, entre otras cuestiones, a clarificar muchos conceptos jurídicos y a regular diversas actividades y funciones de profesiones técnicas tituladas que en el marco de las competencias municipales obligatorias urbanísticas para las Corporaciones Locales estaban produciendo confusión, siendo fuente ina-

VI. Organización Administrativa

gotable de litigios promovidos especialmente por los Colegios Profesionales contra acuerdos municipales otorgatorios de licencias de edificación.

Con esta Ley se pretende eliminar el conflicto jurídico que hasta el momento han mantenido Arquitectos e Ingenieros a través de sus respectivos Colegios en lo relativo a la competencia titulacional para la elaboración de proyectos de edificación decantándose en favor de los Arquitectos, no obstante lo cual, deja sin resolver de un modo preciso la delimitación de competencias entre uno y otro colectivo estableciendo la delimitación competencial a favor del uso a que se destinara el edificio.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

PEDRO ANTONIO MARTÍN PÉREZ

LUIS CESTEROS DAPENA

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**Sumario:**

- 1. Concepto de sanción: No lo es la demolición de lo indebidamente construido, la devolución de sobreprecios o la expropiación por incumplimiento de la función social.**
- 2. Reserva de ley y tipicidad.** A) Se admite la remisión a Normas Técnicas, incluso no publicadas en el BOE. B) Anulación por falta de tipicidad de las infracciones y de concreción de las sanciones. C) Prohibición de interpretaciones extensivas.
- 3. Elementos subjetivos de las infracciones.** A) Amplitud del deber de diligencia y escaso margen para la falta de culpa. B) Exención de la culpabilidad por interpretación razonable de la norma. C) Falta de culpabilidad por la creencia de que otro sujeto había solicitado autorización. D) Se presumen las condiciones de imputabilidad.
- 4. Concurrencia de falta e infracción disciplinaria: preferencia de esta última para proteger el ejercicio de la abogacía.**
- 5. Procedimiento sancionador.** A) Interesados en el procedimiento. B) Obligatoriedad de incoar un procedimiento sancionador. C) Valor esencial de la notificación de la propuesta de resolución. **6. En especial, la prueba.** A) Requisitos para que la denegación de prueba tenga relevancia invalidante. B) Carga de la prueba. **7. Resolución del procedimiento sancionador: resoluciones verbales y su constancia escrita.**
- 8. Extensión de las sanciones.** **9. Extinción de la responsabilidad por prescripción.** A) Prescripción una vez iniciado el procedimiento sancionador, aun persistiendo la conducta por tratarse de una “infracción permanente”. B) Apreciación de oficio por el Tribunal de la prescripción. C) Prescripción y principio *in dubio pro reo*. D) Cómputo e interrupción. E) Prescripción y caducidad en vía de recurso.
- 10. Ejecución de las sanciones: Tendencia restrictiva a la concesión de la suspensión.**
- 11. Control contencioso-administrativo.** A) Encuadre erróneo en un tipo por parte de la Administración. Naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Consecuencias. B) Control de la denegación de condonación.

1. CONCEPTO DE SANCIÓN: NO LO ES LA DEMOLICIÓN DE LO INDEBIDAMENTE CONSTRUIDO, LA DEVOLUCIÓN DE SOBREPICIOS O LA EXPROPIACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LA FUNCIÓN SOCIAL

Según la STS de 21 de febrero de 2000, Sección Tercera, Ar. 796:

“la obligación de reponer las cosas a su primitivo estado no tiene carácter sancionador en sentido estricto, pues no se trata de un efecto o consecuencia jurídica que el ordenamiento conciba, sólo como retributivo de la infracción, a modo de pena ligada a ésta; al contrario, es una obligación que deriva, en sí misma, del acto de alteración o modificación del estado de cosas querido por el ordenamiento, que cabe así imponer a quien lo ha realizado, con independencia de que su conducta reúna o no la totalidad de las circunstancias, objetivas y subjetivas, que son necesarias para su calificación como infracción administrativa y para su sanción como tal; su concepción en el art. 5 de la Ley 7/1980 como una medida que complementariamente puede ser impuesta al infractor, no tiene el significado de atribuirle un carácter o naturaleza jurídica de medida sancionadora propiamente dicha, pues obedece más bien a un mero propósito de economía procedimental, concentrando en un solo procedimiento (...) el haz o conjunto de decisiones derivables de aquel acto de alteración; de ahí por tanto que la apreciación de la prescripción de la infracción no constituya obstáculo para la adopción y pervivencia de la decisión de imponer la obligación de demoler lo indebidamente realizado”.

Con razonamiento idéntico a la anterior, la STS de 22 de febrero de 2000, Sección Tercera, Ar. 798, niega que sea sanción la obligación de devolver el sobreprecio de las Viviendas de Protección Oficial, que, por el contrario:

“es una obligación que deriva en sí misma de la nulidad de pleno derecho que por mor de lo dispuesto en el art. 6.3 CC ha de predicarse de la cláusula contractual contraria a la norma prohibitiva (...) que cabe así imponer –por la propia Administración, en razón a las potestades tuitivas que en esta materia le confiere el ordenamiento jurídico– al contratante que debe procurar el efecto de restitución anudado a aquella nulidad”.

También en el ámbito de las Viviendas de Protección Oficial, la STS de 21 de diciembre de 1999, Sección Sexta, Ar. 896, casa una Sentencia de instancia que había anulado el acuerdo expropiatorio de una vivienda porque se había declarado prescrita la acción de la Administración para sancionar la infracción cometida. El TS entiende que la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad respecto de las Viviendas de Protección Oficial “no está subordinada a la sanción ni a la comisión de las infracciones previstas”, sino que habrá lugar a la expropiación cuando concurran algunos de los supuestos descritos en la normativa reguladora. Esto, sin perjuicio de que tal normativa establezca que la Administración debe acordar la expropiación si del expediente sancionador resulta la comisión de una infracción muy grave, pues:

VII. Derecho Administrativo Sancionador

“ello no supone que, de no haber responsabilidad punible alguna, no deba procederse a la expropiación si concurre cualquiera de las causas contempladas (...), ya que lo único que determina aquel precepto es la imperiosa necesidad de acordar la expropiación si se ha sancionado la infracción, pero no impide aquélla en los supuestos de que no exista ésta”.

2. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) Se admite la remisión a Normas Técnicas, incluso no publicadas en el BOE

La infracción consistía en el incumplimiento de Normas Técnicas aprobadas por el Instituto de Contabilidad y Auditoría. Ello, según la **STS de 12 de enero de 2000**, Sección Séptima, Ar. 549, no supone vulneración de la reserva de Ley establecida en el art. 25 CE. Además de invocar la noción de “relaciones de especial sujeción”, se afirma que la Ley de Auditoría, con la remisión a las Normas Técnicas, “constituye un exponente de ley en blanco (...) lo cual no es una excepción a la reserva de Ley, sino una modalidad de su ejercicio” ya que “la validez de esta técnica ha sido admitida por el TC siempre que se den los requisitos de que el reenvío normativo sea expreso; esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal, y la ley, además de la pena, contenga el núcleo esencial de la protección”, requisitos que se dan en el caso enjuiciado. Se planteaba, además, que tales Normas ni siquiera habían sido publicadas en el BOE, donde tan sólo apareció un anuncio indicando su íntegra publicación en el Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. El TS explica que “una cosa es el valor y significación que corresponde al principio de publicidad de las normas (art. 9.3 CE), y otra diferente el medio por el que se materializa o realiza esa publicidad. Esto último entra a una cuestión de legalidad ordinaria y remite por ello a la específica regulación que sea aplicable en cada caso”. Como se parte de que las Normas cuestionadas regulan relaciones de sujeción especial “la exigencia de publicación en el BOE que contiene el art. 2.1 del Código Civil no puede tener alcance absoluto”, sino que son posibles otras formas de publicación según lo que disponga la regulación especial.

B) Anulación por falta de tipicidad de las infracciones y de concreción de las sanciones

La **STS de 11 de febrero de 2000**, Sección Tercera, Ar. 791, anula la sanción por estar impuesta en virtud de una Ley preconstitucional según la cual “será sancionable el incumplimiento de las disposiciones relativas (...) a cualquier otro extremo regulado por las normas de observancia obligatoria” y que además “tenía absoluta indeterminación de las sanciones aplicables”. Se afirma que las exigencias de seguridad jurídica se concretan, “ya que no en la certeza absoluta, en la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta” y se recuerda que, conforme a la jurisprudencia constitucional, aunque en la fijación de la sanción se “puede dejar márgenes más o menos amplios a la discrecionalidad judicial o administrativa (...) en modo alguno puede quedar encomendada por entero a ella”.

C) Prohibición de interpretaciones extensivas

La STSJ de Murcia de 27 de octubre de 1999, Ar. 3625, tras afirmar que “en materia sancionadora no deben admitirse interpretaciones extensivas ni analógicas en contra del reo, concluye que no cabe sancionar a una entidad por la instalación de un cajero automático en un centro comercial sin obtener la previa autorización administrativa, pues el tipo se refiere a la apertura de un “establecimiento u oficina”, nociones en las que no se puede incluir un cajero automático.

Tampoco caben las aplicaciones analógicas o interpretaciones extensivas cuando se trata de encontrar una cobertura legal a una tipificación reglamentaria. Así lo establece la STS de 22 de febrero de 2000, Sección Cuarta, Ar. 973, en resolución de una cuestión de ilegalidad.

3. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES**A) Amplitud del deber de diligencia y escaso margen para la falta de culpa**

La SAN de 20 de septiembre de 1999, Ar. 3642, tras recordar que en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador es necesaria la concurrencia del elemento subjetivo de la infracción, añade que:

“es posible la exigencia de responsabilidad por la inactividad del sujeto, cuando el ordenamiento jurídico le impone una actuación positiva y especialmente, cuando lo sitúa en posición de garante; si bien, en todo caso, también esta conducta omisiva requiere la concurrencia del elemento intencional o negligente”. Por tanto, “los administradores –quienes tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar una ordenada gestión societaria y los medios jurídicos para realizar su función– son responsables por el resultado de tal gestión, salvo que resulte acreditado que emplearon todos los instrumentos jurídicos a su alcance para conocer y corregir la situación prohibida por la Ley. No quiere ello decir que nos encontremos ante una responsabilidad objetiva (...), sino que la imputación que se realiza a los administradores lo es, al menos, a título de culpa (...). Así las cosas (...), cuando una sociedad incurre en la conducta prohibida, el administrador, para eludir su responsabilidad, habrá de, al menos alegar, aportando hechos concretos, que efectivamente actuó tratando de esclarecer y resolver la actuación prohibida, o bien que no lo hizo por concurrencia de fuerza mayor o caso fortuito. Y ello no supone (...) una inversión de la carga de la prueba en orden a la desvirtuación de la presunción de inocencia; bien al contrario, lo que ocurre es que cuando el ordenamiento jurídico coloca a un sujeto en posición de garante, y le encomienda la realización de la actividad necesaria y racionalmente posible, para la evitación de un concreto resultado –en este caso la comisión de una infracción administrativa–, cuando éste se produce, es obvio que cabe deducir que quien estaba obligado a utilizar esos medios no los utilizó de forma voluntaria”.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

Otra concreción de estas ideas puede verse en la **STS de 13 de enero de 2000**, Sección Cuarta, Ar. 261. La normativa reguladora de las Mutuas Patronales establece que los cargos directivos han de ser empresarios del ramo. Se sanciona a una mutua por la permanencia en un cargo directivo de quien ha dejado de ser empresario. La Sentencia aprecia culpa “de la Mutua que no tuvo la diligencia debida en cuanto al necesario conocimiento de que el directivo en cuestión no reunía los requisitos necesarios para continuar siéndolo”.

B) Exención de la culpabilidad por interpretación razonable de la norma

Con carácter general, la **STS de 12 de enero de 2000**, Sección Séptima, Ar. 549, enumera los requisitos para estimar esta causa de exención de responsabilidad: “Para que una discrepancia jurídica pueda ahuyentar la culpabilidad en un incumplimiento normativo objetivamente acreditado es necesario que resulte razonablemente justificada” lo que “a su vez, exige que se precisen los concretos puntos polémicos que susciten esa discrepancia, la alternativa interpretativa (...) y las argumentaciones jurídicas utilizadas para defender esa interpretación”.

Una aplicación de esta causa de exención, podemos encontrarla en la **SAN de 15 de marzo de 1999**, Ar. 3557. La normativa reguladora de las Agencias de Valores prohíbe a éstas “el otorgamiento al público de créditos” y tipifica tal conducta. Una Agencia es sancionada por actividades de financiación a la empresa matriz y a los accionistas. Ésta alega en su defensa que tales sujetos no se encuadran dentro de la noción de “público”. Dicha sentencia considera que tal interpretación no es irracional o descabellada y encuentra soporte en un concepto usual del término, por lo que no aprecia culpabilidad.

C) Falta de culpabilidad por la creencia de que otro sujeto había solicitado autorización

La **STS de 24 de febrero de 2000**, Sección Tercera, Ar. 1051, anula la sanción impuesta al Gerente de una imprenta en la que se habían realizado unos boletos de una rifa no autorizada por que, entre otras razones, “no se daba el requisito de la culpabilidad” pues:

“imprimir unos boletos por encargo de una institución, sin ningún otro resultado, es insuficiente para la imputación al gerente de la imprenta de un dolo en el lanzamiento y venta de esos boletos, ni tan siquiera culpa en esa actuación, ante la apariencia, en principio, de la actuación conforme a derecho del que encargó la impresión de los boletos”.

Alguna similitud con la anterior guarda la **STSJ de Murcia de 13 de octubre de 1999**, Ar. 809, que anula la sanción impuesta a un contratista de una Diputación por construir un puente sin la autorización del organismo de cuenca. El contratista alega, entre otras cosas, que la autorización debía haberla obtenido la Diputación y que así creía que había ocurrido. La Sentencia declara:

“que para entender consumada la infracción referida, en todo caso faltaría el requisito de culpabilidad (...), pues parece lógico que la actora ejecutara la obra en la creencia de que la Diputación provincial referida habría obtenido las autorizaciones y licencias necesarias

para llevarla a cabo (...); con mayor motivo si pensamos que no es fácil, sino jurídicamente interpretable, determinar si era dicha Corporación la obligada a solicitar la autorización o por el contrario, tal obligación correspondía a dicho contratista”.

D) Se presumen las condiciones de imputabilidad

Para la STS de 12 de enero de 2000, Sección Séptima, Ar. 549, “acreditada la conducta o participación que constituye el soporte de la infracción, la apreciación del requisito de culpabilidad deriva hacia la acreditación psicológica de la imputabilidad y dicha imputabilidad es de aceptar mientras no conste ningún hecho o circunstancia con entidad bastante para eliminarla. En el caso que se está enjuiciando, no consta ningún hecho que acredite que las personas, que en calidad de agentes de la sociedad realizaron la conducta sancionada, tuvieran pérdidas o disminuidas sus facultades cognoscitivas y volitivas en términos suficientes para descartar en ellas la imputabilidad de la que resulta la culpabilidad”.

4. CONCURRENCIA DE FALTA E INFRACCIÓN DISCIPLINARIA: PREFERENCIA DE ESTA ÚLTIMA PARA PROTEGER EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA

La STC 113/2000, de 5 de mayo, aplica una excepción a la regla general de la preferencia de la vía penal sobre la de las infracciones administrativas. En un recurso de amparo interpuesto por un abogado contra una Sentencia en la que se le condenaba como autor de una falta de respeto y consideración a la autoridad, y puesto que las expresiones constitutivas de tal falta se formularon en su condición de abogado defensor, el Tribunal Constitucional recuerda su doctrina que mantiene “la preferente aplicación de la vía disciplinaria configurada en los arts. 448 y ss. LOPJ respecto de la vía penal del juicio de faltas para sancionar las conductas que no sean constitutivas de delito de los Abogados en el proceso, toda vez que aquella vía disciplinaria se ha establecido al servicio de los derechos fundamentales garantizados en los arts. 20.1.a) (libertad de expresión) y 24 CE”.

5. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) Interesados en el procedimiento

La STC 143/2000, de 29 de mayo, sin apriorismos, vuelve a reconocer la posible existencia de interesados en la imposición de una sanción, lo que les permitiría ser parte en el correspondiente procedimiento administrativo sancionador o en el posterior contencioso-administrativo, que es lo que en este supuesto se planteaba. En el caso, un trabajador había interpuesto un recurso de amparo contra una Sentencia de un TSJ que había anulado la sanción administrativa impuesta a una empresa con motivo de un accidente de trabajo del que fue víctima el demandante de amparo, sobre la base de la omisión de su emplazamiento personal a tal recurso contencioso-administrativo en el que tenía un

VII. Derecho Administrativo Sancionador

claro interés. El Tribunal Constitucional estima que tal trabajador tiene un interés legítimo en dicho proceso que “derivaría, en su caso, del derecho del actor al recargo de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social causadas por el accidente de que fue víctima, si en el accidente concurre una infracción de normas de seguridad e higiene en el trabajo”, según lo dispuesto en la legislación sobre Seguridad Social. En definitiva,

“el trabajador víctima del accidente y titular del derecho al recargo de prestaciones tenía un interés legítimo, directo y muy cualificado para defender en el proceso en el que se cuestionaba el mantenimiento de la sanción, interés que le legitimaba para ser llamado al mismo”.

En la misma línea, puede situarse la **STS de 5 de noviembre de 1999**, Sección Sexta, Ar. 627/2000. Previa denuncia de un notario, el correspondiente Colegio Notarial impone a otro una multa. El denunciante recurre la resolución por considerar que la multa es ilegal por insuficiente. La Sentencia admite la legitimación del denunciante, no sólo porque ya se le reconoció en vía administrativa, sino porque tenía un “interés legítimo que trasciende el mero interés a la legalidad”, ya que la infracción cometida le colocaba en una “situación de desventaja en el ejercicio de su profesión de notario” y con la sanción perseguía que se restablecieran “las condiciones bajo las cuales poder desempeñar con normalidad la actividad profesional” lo que “no se ha logrado, a su juicio, por causa de una sanción a todas luces inadecuada”.

Problemas similares se siguen planteando con relación a la legitimación de denunciantes de supuestas infracciones disciplinarias de Jueces y Magistrados, de los que hemos dado cuenta en crónicas anteriores. En el período analizado, la **STS de 2 de febrero de 2000**, Sección Séptima, Ar. 1586, niega tal legitimación. Por el contrario, la **STS de 8 de febrero de 2000**, Sección Séptima, Ar. 1591, sí considera legitimado a un condenado penalmente al que los Magistrados denunciados habían impuesto pena de 11 años de prisión, puesto que también pedía una “investigación” y alegaba que en la Sentencia hubo vulneración de “algún derecho inhumano” (sic). También las de **12 y 18 de enero, 1 y 8 de febrero de 2000**, de la misma Sección Séptima (Ar. 16, 1327, 1585 y 1593) parecen admitir esa legitimación pero sin que se alcance a comprender su argumentación ni los intereses de los denunciantes en cada uno de los casos.

B) Obligatoriedad de incoar un procedimiento sancionador

La **STSJ Galicia de 23 de septiembre de 1999**, Ar. 619, no sólo reconoce legitimación al denunciante –propietario de un local colindante a aquél que desarrollaba su actividad sin licencia y al que se causaban molestias–, sino que expresamente proclama la obligatoriedad de incoar un procedimiento sancionador: ante el ejercicio de una actividad sin la preceptiva licencia, “la tramitación y resolución del expediente por infracción urbanística resultaba obligada, por lo que ha de anularse el acto que (...) supuso de hecho la negativa a su tramitación”. En esta línea, aunque en un *obiter dicta*, la **STS de 16 de febrero de 2000**, Sección Tercera, Ar. 961, ante el archivo de una denuncia presentada ante presuntas infracciones en materia de transporte, que si concurrieran los motivos que alega el denunciante –ahora recurrente– “el acto de sobreseimiento de la denuncia sería ilegal por lesión del ordenamiento jurídico”, y entra a analizar la motivación ofrecida por la Administración para el archivo.

C) Valor esencial de la notificación de la propuesta de resolución

Se mantiene la línea jurisprudencial que defiende el carácter esencial de la notificación de la propuesta de resolución y del consiguiente trámite de audiencia, cuya omisión conlleva la nulidad de la sanción (STSJ de Baleares de 8 de octubre de 1999, Ar. 3651; SSTSJ de Murcia de 13 de octubre y 10 de noviembre de 1999, Ar. 3624 y 919; STSJ de Navarra de 8 de octubre de 1999, Ar. 3514).

6. EN ESPECIAL, LA PRUEBA**A) Requisitos para que la denegación de prueba tenga relevancia invalidante**

Para la STS de 25 de enero de 2000, Sección Séptima, Ar. 1329, “quien invoca la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, debe argumentar de modo convincente que la resolución podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado dicha prueba”, pues únicamente se vulnera el derecho a la prueba cuando la denegación tenga “trascendencia a los efectos de la resolución”.

B) Carga de la prueba

Quizás pudiera verse en la SAN de 18 de octubre de 1999, Ar. 3619, una inversión de la carga de la prueba en contra de la presunción de inocencia, aunque resulta muy razonable. A un funcionario se le sanciona disciplinariamente por la no emisión de un informe que su superior le había requerido. Ante las alegaciones del funcionario de que sí emitió el informe, el Tribunal mantiene que “siendo negativo el hecho imputado (...), la carga de la prueba necesariamente corresponde al actor (el sancionado), ya que sólo está en sus manos el poder acreditar que ello no fue así”.

7. RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR: RESOLUCIONES VERBALES Y SU CONSTANCIA ESCRITA

La STSJ de Murcia de 13 de octubre de 1999, Ar. 3624, afirma que “una resolución verbal constatada en un documento en el que figura un listado de resoluciones sancionadoras y solamente se dedica una línea a cada Resolución” no cumple los requisitos de contenido mínimo y de motivación que han de observar las resoluciones sancionadoras. Incluso la STSJ de Murcia de 10 de noviembre de 1999, Ar. 919, parece que excluye prácticamente la posibilidad de resoluciones sancionadoras verbales, pues deben tener un contenido tan preciso que “es impensable que puedan dictarse de forma verbal”. Además, esta Sentencia añade que “aunque es cierto que el art. 55.3 de la Ley 30/1992 dispone que una serie de actos administrativos pueden refundirse en uno solo, tal posibilidad no está prevista en los procedimientos sancionadores”.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

8. EXTENSIÓN DE LAS SANCIONES

La STS de 18 de enero de 2000, Sección Séptima, Ar. 555, aplica como atenuante el arrepentimiento espontáneo, no por un “traslado automático” del Derecho Penal, sino como manifestación del principio de proporcionalidad.

En la línea ya marcada por otras Sentencias, aunque discutible y con otros fallos contrarios, la STSJ de Murcia de 10 de noviembre de 1999, Ar. 911, reitera que “el carácter reglado de la potestad sancionadora impide que la Administración pueda tener libertad para elegir soluciones distintas, pero igualmente justas, indiferentes jurídicamente (STS de 23 de enero de 1989, Ar. 421, y de 3 de abril de 1990, Ar. 3578)”.

9. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN

A) Prescripción una vez iniciado el procedimiento sancionador, aun persistiendo la conducta por tratarse de una “infracción permanente”

La infracción consistía en la utilización de frecuencias radioeléctricas sin la oportuna autorización. La entidad sancionada alegaba la prescripción de la infracción, pues aunque, al parecer, había persistido en la conducta, en el procedimiento administrativo sancionador incoado habían transcurrido los plazos establecidos para la prescripción por la normativa aplicable. Al respecto, la SAN de 9 de marzo de 1999, Ar. 3488, en contra de otra jurisprudencia que hemos recogido en crónicas anteriores, considera que si transcurren dichos plazos “en el curso de unas diligencias abiertas, la prescripción se produce a favor del sancionado aun cuando éste persista en la comisión del hecho ya que tal conducta antijurídica no impedirá a la Administración perseguir el hecho nuevo en un procedimiento diferente, pero no puede beneficiar a aquella cuando incumple directa y abiertamente sus deberes de dictar resolución en plazo, pues aceptar tal conclusión sería como agravar de manera notoria e injusta la posición jurídica del expedientado (...) en contra de las exigencias de la seguridad jurídica”.

B) Apreciación de oficio por el Tribunal de la prescripción

En las SSTS de 8 y 24 de marzo de 2000, Sección Tercera, Ar. 967 y 1565, se recurría las Sentencias de instancia por haber estimado la prescripción de las infracciones sin ser alegada por los recurrentes y sin haber oído previamente a las partes de conformidad con el art. 43.2 LJCA de 1956 (actual art. 33.2 LJCA de 1998). La alegación es rechazada con esta argumentación:

“La jurisprudencia de este Tribunal (SS de 25 de octubre de 1988, Ar. 7872, 3 de diciembre de 1997, Ar. 8916, etc.) señala que la apreciación por la Sala de la prescripción de la infracción, aun sin aducirse por el recurrente, no incide en el vicio de incongruencia, puesto que, de una parte, la decisión judicial no rebasa el límite de lo postulado –anulación de la resolución recurrida–, y, de otra, porque la Sala puede y debe revisar de oficio aquellos defectos y circunstancias que incidan en la legalidad de la resolución, pues no se compade-

cería con el derecho a la tutela judicial efectiva (...) una declaración que obviase tal circunstancia (...) ya que el principio *iura novit curia* legitima para una decisión como la efectuada (...) sobre todo moviéndonos en el campo del derecho administrativo sancionador.”

C) Prescripción y principio *in dubio pro reo*

La SAN de 1 de febrero de 1999, Ar. 3466, reconoce que no cabe imputar la carga de la prueba a la parte que invoca la prescripción a su favor, pues:

“no se compagina con la naturaleza material y jurídico-pública que se asigna a la institución, de forma que si no se desprende de los hechos probados con certidumbre la fecha de comisión del delito o infracción, y sí la posibilidad de que fuera cometido en tiempo hábil para que opere la prescripción, esta situación de duda ha de resolverse con sujeción al principio *in dubio pro reo*, dado que el encausado no asume nunca la carga de la prueba y que el aludido principio debe cubrir tanto los hechos constitutivos del delito y que forman parte del tipo, como las causas optativas excluyentes de responsabilidad”.

D) Cómputo e interrupción

Dice la SAN de 21 de enero de 1999, Ar. 3441:

“Consta en el expediente administrativo la existencia de varios períodos de inactividad, pero en ningún caso superiores a ese plazo de (...) prescripción, puesto que lo que sucede en estos casos es que el plazo de prescripción vuelve a iniciar su cómputo.”

Por su parte, la STSJ de Murcia de 10 de noviembre de 1999, Ar. 920, establece que las notificaciones defectuosas no interrumpen la prescripción.

E) Prescripción y caducidad en vía de recurso

Vuelve a plantearse la cuestión de si las infracciones pueden prescribir por paralización del procedimiento administrativo en vía de recurso, lo que los distintos Tribunales no resuelven siempre en la misma dirección. Para la STSJ de Murcia de 10 de noviembre de 1999, Ar. 919, “en ningún caso puede considerarse producida la caducidad del procedimiento, ni la prescripción de la acción de la Administración para sancionar, después de notificada la resolución sancionadora que le pone término, en fase de tramitación de resolución del recurso ordinario, ya que por un lado desde el momento en que dicha resolución es recurrida no puede considerarse firme y, por otro, también desde dicho momento juegan los plazos establecidos para el silencio administrativo (...) y no los establecidos para la caducidad o la prescripción”. Cuando transcurre el plazo para entender desestimado el recurso por silencio “no cabe entender que el procedimiento esté paralizado en perjuicio del administrado, ya que es entonces cuando éste puede entender concluido el procedimiento de recurso para acceder a la vía jurisdiccional”. Además, la regulación de la caducidad en los procedimientos sancionadores exige que no se haya dictado

VII. Derecho Administrativo Sancionador

resolución en un determinado plazo contado desde su iniciación “refiriéndose indudablemente a la resolución sancionadora y no a la que posteriormente pueda dictar el órgano competente para resolver el recurso”. Igualmente, la STSJ de Navarra de 8 de octubre de 1999, Ar. 3514.

10. EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES: TENDENCIA RESTRICTIVA A LA CONCESIÓN DE LA SUSPENSIÓN

Se observa esta tendencia restrictiva en las siguientes sentencias:

– **STS de 14 de febrero de 2000**, Sección Tercera, Ar. 1538. La Audiencia Nacional acordó suspender la ejecución de la sanción impuesta a un Corredor de Comercio (sanción de suspensión en el ejercicio de su cargo). En contra, el Tribunal Supremo, valorando sobre todo la medida en que el interés público exige la ejecución, entiende que procede la ejecución: “ese interés público debe prevalecer sobre el particular del Corredor de Comercio”. Para ello, entre otros argumentos, tiene muy en cuenta las funciones de los Corredores de Comercio y que “en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE) es de la máxima importancia el mantenimiento de la confianza en los funcionarios públicos a los que la Ley encomienda la garantía de que el tráfico jurídico mercantil se desenvuelva respetando las normas establecidas no sólo para la protección de los sujetos intervinientes en las diferentes operaciones sino para la defensa del orden económico financiero”.

– **STS de 13 de marzo de 2000**, Sección Tercera, Ar. 1555. No se acuerda la suspensión de la orden de publicación de la sanción impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia por concertar precios al entender que esa publicación “no causa perjuicios irreparables”. Precisamente, “el elenco de pretensiones deducibles en el recurso contencioso-administrativo posibilita el pleno restablecimiento de la situación jurídica conculcada y, por tanto, no se opone a una hipotética publicación del fallo estimatorio del recurso que contrarrestara los efectos negativos de la ordenada por la resolución recurrida (...) ni al reintegro de los gastos derivados”. En los mismos términos, **SSTS de 6, 21 y 27 de marzo de 2000**, Sección Tercera, Ar. 963, 1562 y 1568. Y en la de **23 de marzo de 2000**, Sección Tercera, Ar. 1564, se añade además que “el interés público representado por hacer llegar a los consumidores el acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia, en aras del beneficio del mercado, es prevalente al daño que pueda ocasionarse a la empresa con la publicación”.

11. CONTROL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Encuadre erróneo en un tipo por parte de la Administración. Naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Consecuencias

Se sanciona a un funcionario por la no emisión de un informe que su superior le había requerido, conducta que se considera “falta de rendimiento”. La SAN de 18 de octubre

de 1999, Ar. 3619, sin discutir los hechos, considera que la tipificación no ha sido correcta y que más que ante una falta de rendimiento se está ante una falta de desobediencia,

“pero como quiera que así no ha sido calificada por la Resolución impugnada, procede dejar sin efecto la sanción impuesta por tal conducta, ya que esta Sala no puede por aplicación del principio acusatorio y dada la naturaleza revisora de esta jurisdicción, variar la calificación jurídica de los hechos, dándoles una nueva tipificación y sancionando, competencia que corresponde única y exclusivamente a la Administración en el ejercicio de su potestad disciplinaria, siendo la nuestra la de determinar o no la conformidad a derecho de la resolución impugnada”.

Ante un supuesto no muy lejano a éste, la **SAN de 15 de febrero de 1999**, Ar. 3468, opta por otra solución que salva la sanción impuesta. Una funcionaria había sido sancionada disciplinariamente por la “publicación o utilización indebida de secretos oficiales así declarados por la ley o clasificados como tales” tipificada por el art. 6.e) del Reglamento de Régimen Disciplinario, en relación con el art. 113 de la Ley General Tributaria. El Tribunal considera que:

“la conducta de la recurrente tiene claro y específico encuadre legal en el art. 113.2 de la Ley General Tributaria (...), que dispone que la infracción del particular deber de sigilo que impone a cuantas autoridades y funcionarios tengan conocimiento de los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración Tributaria en el desempeño de sus funciones, se considerará siempre falta disciplinaria muy grave. No encontrando, sin embargo, correcto encaje legal en el art. 6.e) del Reglamento de Régimen Disciplinario, al que se hace mención en la resolución sancionadora, lo que no tiene trascendencia jurídica, pues en dicha resolución se hace expresa referencia al tipo de falta contenido en el citado artículo 113 de la LGT”.

B) Control de la denegación de condonación

La **STS de 29 de febrero de 2000**, Sección Segunda, Ar. 1655, revoca una Sentencia que, anulando la decisión administrativa que denegó la condonación de una sanción tributaria, la concedió. Partiendo de que la condonación es graciable, de que no existe un derecho subjetivo a obtenerla y de que “el acto graciable es un plus dentro de la categoría de los actos discrecionales”, se admite su control jurisdiccional pero con ciertos límites y dejando claro que la impugnación del acto denegatorio de la medida de gracia “de una sanción tributaria no puede discurrir ni resolverse con los mismos criterios que (la impugnación de) un acto sancionador” ni cabe alegar aquí “razonamientos que sólo hubieran sido procedentes contra” aquél. Por otra parte se afirma que es la concesión de condonación la que requeriría una motivación específica, pero no la denegación.

MANUEL REBOLLO PUIG
MANUEL IZQUIERDO CARRASCO
LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Objeto de la expropiación. A) Consecuencias de la distinción entre la posibilidad de la expropiación total de los arts. 23 y 46 de la LEF y el demérito por parte sobrante. B) Expropiación de derechos distintos del de propiedad: facultades de la Administración respecto a la fijación de servidumbres de gaseoducto.

3. Procedimiento expropiatorio. A) Garantías cuyo desconocimiento supone materialmente una actuación en vía de hecho. a) Declaración judicial de la nulidad del expediente y reconocimiento de una indemnización compensatoria por la ilegal ejecución *in natura*. b) La omisión de la declaración formal de la necesidad de la urgente ocupación es un vicio de nulidad radical que no cabe convalidar con una declaración extemporánea de la urgencia. **4. Determinación del justiprecio.** A) Carácter urbanístico, a efectos de valoración, de las expropiaciones para construcción de carreteras cuando los terrenos están clasificados en el Plan de ordenación urbana. **5. Garantías sustanciales.**

A) Derecho de reversión: falta de legitimidad del arrendatario. Supuestos en que procede reconocer una indemnización en sustitución de la reversión *in natura* cuando ésta resulta imposible por alteración o extinción del objeto de la reversión.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica reseña la doctrina más sobresaliente de la jurisprudencia aparecida durante el segundo trimestre del 2000, aunque como podrá comprobarse casi todas las Sentencias publicadas en dicho período fueron producidas en los últimos meses del pasado año. Esta vez es escasa la doctrina verdaderamente novedosa. Aun así son destacables los pronunciamientos que se comentan en relación a la omisión de trámites esenciales del procedimiento que acarrear nulidad y materialmente suponen una vía de hecho, con las consecuencias que ello implica desde la óptica del resarcimiento al afectado. Asimismo, es de destacar una Sentencia en materia de servidumbres, que aquí se comenta desde la perspectiva del objeto de la expropiación, por lo que dicho pronunciamiento aporta a la poco elaborada dogmática administrativista sobre la materia. Por último, también tienen interés las particularidades del instituto reversional de las que damos noticia.

2. OBJETO DE LA EXPROPIACIÓN

A) Consecuencias de la distinción entre la posibilidad de la expropiación total de los arts. 23 y 46 LEF y el demérito por parte sobrante

Como señalábamos en el núm. 1 de esta Revista (pág. 131), los problemas interpretativos que suscita la expropiación parcial con parte sobrante cuya explotación resulta antieconómica (a la que se refieren los arts. 23 y 46 de la LEF) se centran, principalmente, en el ejercicio de la facultad del expropiado para solicitar la expropiación de lo sobrante, en la facultad de la Administración para denegar dicha pretensión y en el alcance de la indemnización que deriva de esta denegación. En este contexto hermenéutico, el Tribunal Supremo tiene declarado que la indemnización por parte sobrante que contempla el art. 46 de la LEF no puede condicionarse a la previa petición de expropiación parcial efectuada por el propietario en los términos del art. 23 de la LEF (que además no fija plazo para formular tal petición), sin que pueda argumentarse la improcedencia de la indemnización correspondiente alegando extemporaneidad de la pretensión del propietario; ni pueda tampoco confundirse la indemnización que resulta del art. 46 LEF con la eventual valoración del demérito que sufra la parte sobrante a resultas de la expropiación. Esta consolidada doctrina es compendiada por la STS de 3 de diciembre de 1999, Ar. 636 2000, que, citando otra anterior de 17 de mayo de 1999, Ar. 7254, declara que:

“la indemnización por los perjuicios derivados de la expropiación parcial de una finca no está legalmente condicionada ni subordinada a que el propietario solicite de la Administración que la expropiación comprenda la totalidad de la finca, ya que (...) el demérito de la porción de finca restante, producido como consecuencia directa de la expropiación, debe ser compensado adecuadamente mediante una indemnización proporcionada al perjuicio real, y así (...) hemos declarado que se incurre en error al denegar la indemnización por demérito en el resto de la finca no expropiada por no haberse pedido la expropiación total de ésta, ya que la indemnización por demérito como consecuencia de la división o expropiación parcial de una finca es diferente, por tener causa distinta, de la indemnización prevista en el art. 46 de la LEF cuando la Administración rechace la expropiación de la porción de finca, cuya conservación resulte antieconómica al propietario, petición esta que el propietario no está obligado a formular para reclamar el demérito causado a la finca como consecuencia de la división, razones por las que, aun cuando la entidad propietaria de la finca no solicitare a la Administración la expropiación de esa porción (...) está legitimada para reclamar la indemnización por el demérito experimentado en ella si resulta debidamente acreditado éste”.

Y es que, como ya dijimos en el núm. 4 de esta Revista (pág. 129), no cabe confundir la indemnización a la que se refiere el art. 46 de la LEF, que nace como consecuencia directa de la denegación administrativa de la expropiación parcial, con la indemnización por demérito del resto de la finca no expropiada, pues esta última indemnización entra den-

VIII. Expropiación Forzosa

tro de los perjuicios que, una vez acreditados, han de tenerse en cuenta con carácter general a los efectos de la determinación del justiprecio.

B) Expropiación de derechos distintos del de propiedad: facultades de la Administración respecto a la fijación de servidumbres de gaseoducto

Según el tenor literal del art. 1 de la LEF, el objeto potencial de la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social no es sólo el derecho de propiedad, sino cualesquiera otros derechos patrimoniales o intereses legítimos susceptibles de privación singular, entre los que se encuentran, claro está, la expropiación de los derechos reales de uso y disfrute que resulta de la imposición de servidumbres legales de paso, que quedan por tanto incluidas en el objeto de la expropiación (a pesar de que el resto del articulado de la LEF omite la referencia explícita al establecimiento de servidumbres, con la salvedad a la genérica fórmula de valoración de los derechos reales sobre inmuebles a la que se refiere el art. 42).

La legalidad administrativa está plagada de este singular tipo de servidumbres de paso, que normalmente se justifican en la necesidad de proteger el establecimiento de una red, entendiendo el término red en un sentido amplio, como soporte material a través del cual se presta un servicio público o una actividad de interés público (es decir, aunque no esté previa y formalmente reservada como servicio público). No se trata, por lo tanto, de las clásicas servidumbres administrativas “demaniales”, verdaderos derechos reales administrativos “*in re aliena*” que gravan a los predios ribereños al dominio público con la finalidad de protegerlo, sino de otro tipo de servidumbres establecidas –pudiéramos decir– *intuitu servicii*. El carácter administrativo de esta singular clase de servidumbres es discutido y problemático, quizás por ser menos evidente que el de las servidumbres “demaniales”, pues en las servidumbres administrativas de paso se espiritualiza la materialidad del predio dominante y normalmente éste no es un bien de dominio público, con lo que en ellas no se hacen presentes las clásicas potestades administrativas de policía demanial que “administrativizan” a las servidumbres “demaniales” alejándolas claramente del régimen general de los arts. 530 y ss. del CC.

A pesar de lo anterior, la STS de 25 de noviembre de 1999, Ar. 635 2000, también se decanta por el carácter administrativo de las servidumbres legales de paso cuando, como sucede en las de gaseoducto, obedecen a causas de utilidad pública o interés social de forma que, estando presente la Administración, o mejor, el interés público que ella representa, necesariamente han de producirse ciertas quiebras en el régimen civil que para esta clase de servidumbres regulan los arts. 549 y ss. del CC.

Resumidamente, en el caso de autos el recurrente combate la necesidad de ocupación de unos terrenos de su propiedad para establecer en ellos una canalización de gaseoducto. El recurrente entiende aplicable lo dispuesto en el art. 565 del CC, según el cual las servidumbres legales discurrirán por el punto menos perjudicial, siendo así que la Administración declara la necesidad de ocupación de sus terrenos sin probar este extremo y delimitando además el trazado por el punto menos conveniente a los intereses del

propietario del predio sirviente. Frente a esta argumentación y la propuesta de otro trazado que hace el recurrente, el Tribunal rechaza sus pretensiones declarando que no cabe olvidar:

“que en el caso de autos estamos ante una servidumbre de utilidad pública en la que prima el interés general (...), el más eficaz funcionamiento del servicio público que pretende servir (...). En consecuencia el recurrente lo que debía justificar es que el trazado que propone es menos perjudicial, no sólo para él sino también para el interés general, que el aprobado en el proyecto que legitima la ocupación (...), pues aun cuando es cierto que los preceptos del Código Civil invocados son aplicables con carácter supletorio, no lo es menos que deben conjugarse con el interés general que el servicio público que se pretende prestar está llamado a servir”.

Destaca así la corrección de esta doctrina, que aboga decididamente por el carácter administrativo especial (frente al régimen general civil) de las servidumbres legales de paso establecidas *intuitu servicii*, respaldando con ello la ortodoxia del procedimiento de privación formal y materialmente expropiatorio seguido por la Administración en este caso (ex art. 1 LEF) y, lo que no es menos importante, la procedencia de valorar la indemnización por el establecimiento de estas servidumbres de acuerdo con los criterios de valoración de la LEF.

3. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

A) Garantías cuyo desconocimiento supone materialmente una actuación en vía de hecho

a) Declaración judicial de la nulidad del expediente y reconocimiento de una indemnización compensatoria por la ilegal ejecución *in natura*

Las SSTs de 2 de diciembre de 1999, Ar. 897/2000, y de 27 de noviembre de 1999, Ar. 1378/2000, analizan en casación las consecuencias de sendas infracciones graves del procedimiento expropiatorio determinantes de la declaración judicial de la nulidad del expediente, en uno y otro caso efectuada por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Tal y como afirman las Sentencias de instancia, la consecuencia de semejante nulidad no puede ser la retroacción de las actuaciones al momento que se cometieron las infracciones, ya que, en ambos casos, el proyecto para el que se materializó la ocupación ya había sido ejecutado por la Administración, con lo que no es posible restablecer la realidad física primitiva por el consiguiente perjuicio para el interés público y para los propios interesados, que verían menoscabado su derecho a una tutela judicial efectiva. Por ello, las Sentencias de instancia reconocen la procedencia de abonar el justiprecio a los expropiados, pero no la de acordar una indemnización complementaria en compensación de los daños y perjuicios sufridos por la ocupación ilegal de los terrenos, consistente en el 25 por ciento del valor de sustitución de lo expropiado, tal y como había venido reconociendo la Sala en casos

VIII. Expropiación Forzosa

anteriores y como también tiene declarado el propio Tribunal Supremo (destacando, en este sentido, la reciente STS de 18 de enero de 2000, Ar. 903). La razón que la Sala de instancia esgrime para rectificar su criterio y denegar la indemnización del 25 por ciento es que ésta no fue solicitada en momento alguno por los recurrentes, con lo que la necesaria congruencia del fallo con las pretensiones obliga a denegarla. Sentado lo anterior, ambas sentencias de instancia se limitan a estimar parcialmente en su fallo la petición subsidiariamente formulada en la demanda respecto al justiprecio fijado por el Jurado Provincial de Expropiación, pero sin declarar expresamente, pese a lo dicho en su razonamiento jurídico, la nulidad del expediente expropiatorio, y sin acordar tampoco, por las razones de congruencia alegadas, la indemnización del 25 por ciento derivada de la ejecución *in natura* que en otras ocasiones había reconocido la propia Sala.

Al resolver en casación, el Tribunal Supremo estima, en primer lugar, que las referidas Sentencias de instancia adolecen de un vicio de incongruencia interna, una *contraditio in terminis* consistente en que su parte dispositiva no se ajusta a lo argumentado en la *ratio decidendi*, en particular en lo referente a la no declaración expresa de la nulidad del procedimiento que —como ha quedado dicho— ambos fallos omiten. Estimada la casación por tal motivo, el Tribunal Supremo procede a subsanar la incongruencia reconociendo, en vistas a la nulidad radical del expediente y a la imposibilidad de retrotraer las actuaciones por estar ya ejecutada la obra que originó la expropiación, la procedencia del justiprecio y de los intereses por la demora en su abono, pero reconociendo también la indemnización compensatoria por la ilegal ejecución *in natura*, equivalente a una vía de hecho, y que ha de consistir en el 25 por ciento del valor de sustitución del bien (sin añadirle el 5 por ciento del premio de afección, pues este incremento, como parte del justiprecio, sólo debe aplicarse sobre el valor de la finca expropiada, pero no sobre el de la indemnización por vía de hecho). Esto es, el Tribunal Supremo acaba concediendo aquello que las Sentencias de instancia habían denegado por no haberlo pedido los recurrentes, lo que hacía supuestamente incongruente su reconocimiento.

b) La omisión de la declaración formal de la necesidad de la urgente ocupación es un vicio de nulidad radical que no cabe convalidar con una declaración extemporánea de la urgencia

La STS de 27 de noviembre de 1999, Ar. 1379/2000, conoce la impugnación de un acuerdo municipal de ocupación previa en un caso de expropiación urgente en el que no se había formalizado previamente la declaración de la urgencia de conformidad con el art. 52 de la LEF, que sólo se produjo de forma extemporánea una vez practicada la ocupación material. La falta de dicha declaración, que convierte el resto de actuaciones seguidas en una vía de hecho, determinó la nulidad de pleno derecho de la ocupación, y así fue declarado por el Tribunal de instancia.

Al resolver el objeto del recurso de casación planteado por el Ayuntamiento afectado, el Tribunal Supremo rechaza la tesis del recurrente según la cual la declaración extemporánea de la urgente ocupación efectuada por el órgano competente una vez que se había producido la ocupación revestiría de legalidad dicha ocupación, quedando convalidado

el vicio originario, por cuanto –además– el art. 52 establece expresamente que la declaración de la urgencia “podrá hacerse en cualquier momento”. No es posible fundar cabalmente esta tesis en Derecho, pues como bien declara el Tribunal Supremo, de las propias consecuencias que el art. 52 anuda a la declaración de la urgencia se deduce que la expresión “en cualquier momento” se refiere a cualquier momento anterior a la citación para el levantamiento del acta previa a la ocupación de los bienes. Con lo que:

“los actos realizados con anterioridad no pueden quedar convalidados una vez declarada la urgencia cuando aquéllos son nulos de pleno derecho por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido (...), que es lo acaecido en el supuesto enjuiciado, dado que sólo cabe la convalidación de los actos anulables (...) pero no de los radicalmente nulos, cuyos vicios son insubsanables, conforme al principio recogido en las máximas *quod nullum est, nullum prodocit effectum* o *quod ad initio vitiosum est, non potest tractu tempore convallescere*”.

4. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO

A) Carácter urbanístico, a efectos de valoración, de las expropiaciones para construcción de carreteras cuando los terrenos están clasificados en el Plan de ordenación urbana

A pesar de que el art. 23 de la Ley 6/1998 del Suelo ha unificado los criterios de valoración del suelo para todo tipo de expropiaciones, sean o no urbanísticas, y que, en consecuencia, la cuestión de discernir la naturaleza de una expropiación a efectos de aplicar unos u otros métodos de valoración ha dejado de tener importancia, tiene interés reseñar aquí una **STS de 21 de diciembre de 1999**, Ar. 1738/2000, que abunda en los criterios que la jurisprudencia ha venido manejando para calificar la naturaleza de cada tipo de expropiación y diferenciar las urbanísticas de las que no tienen tal carácter.

El caso se refiere a la expropiación de unos terrenos para la construcción de una carretera que fueron valorados conforme a los criterios de la Ley del Suelo y no a los de la LEF, siendo concretamente rechazado el método del valor real o de mercado del art. 43 de la LEF propuesto por los recurrentes. El problema está en que la Ley de Carreteras de 1988 remite expresamente a los criterios de la LEF, y no a los urbanísticos, cuando se trata de valoraciones de terrenos que han de expropiarse para la construcción de carreteras, lo que pudiera suscitar la duda de cuál sea la *lex specialis* en estos supuestos, si la legislación urbanística (cuando además, como ocurre en el caso de autos, se examinan terrenos clasificados como dotacionales –viales– en el Plan de ordenación urbana) o los criterios de valoración de la Ley expropiatoria, que son a los que se remite la Ley de Carreteras.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha venido sosteniendo que la expropiación es urbanística 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 acometa la actuación expropiatoria y la ejecución de la obra; de forma que cuando se trata de eje-

VIII. Expropiación Forzosa

cución de carreteras, incluso aunque ésta corra a cargo de una Administración distinta a la municipal que calificó los terrenos, los criterios de valoración son los de la Ley del Suelo, que es la *lex specialis* a los efectos de valoración. Argumento que apostilla la Sentencia comentada afirmando que:

“no obsta al carácter urbanístico de la expropiación que el terreno objeto de exacción forzosa se dedique a la construcción de una carretera, siempre que la misma se halle prevista en el planeamiento urbanístico correspondiente a la población e integrada en su red vial”.

5. GARANTÍAS SUSTANCIALES

A) Derecho de reversión: falta de legitimidad del arrendatario. Supuestos en que procede reconocer una indemnización en sustitución de la reversión *in natura* cuando ésta resulta imposible por alteración o extinción del objeto de la reversión

La STS de 7 de diciembre de 1999, Ar. 637, examina dos aspectos de interés referidos al ejercicio del derecho de reversión. El primero atañe a la falta de legitimidad de los titulares de un derecho de arrendamiento sobre los bienes expropiados, y el segundo, ligado a lo anterior, a la responsabilidad que resulta de la imposibilidad de acordar la reversión *in natura*. La cuestión de la legitimidad del arrendatario es abordada en primer término para corregir el razonamiento seguido por el Tribunal de instancia que, de forma incorrecta, dio por sentada la legitimidad del antiguo arrendatario para ejercitar el derecho de reversión, aunque concluyó acertadamente que no procedía indemnizar al arrendatario por la imposibilidad de la restitución *in natura* de su derecho. De modo que, aun siguiendo una doctrina errónea, el Tribunal *a quo* llega a la conclusión que el Supremo considera correcta, lo que obliga a éste, sin embargo, a corregir la doctrina sentada en instancia.

Para argumentar la falta de legitimidad del arrendatario, el Tribunal Supremo esgrime los argumentos legales del art. 54 de la LEF, que confiere el derecho de reversión sólo “al primitivo dueño o sus causahabientes”, y del art. 52.1 del REF, según el cual “la expropiación forzosa produce la extinción de los arrendamientos y de cualesquiera otros derechos relativos a la posesión y ocupación de los bienes expropiados”. Además ha de tenerse en cuenta que la indemnización percibida por el arrendatario no forma parte del justiprecio que corresponde al primitivo dueño, como expresamente declara el art. 6.2 del REF. Resultando de todo ello que:

“Para el primitivo arrendatario, pues, no subsiste el objeto de la expropiación, pues se extingue su derecho, por el que ha percibido una indemnización distinta del justiprecio que debe ser abonado por el dueño para ejercitar el derecho de reversión. La Ley entiende por tal justo precio que debe reembolsarse ‘el valor que tenga la finca en el momento en que se solicite su recuperación’ (art. 54 de la LEF). Este concepto no es aplicable, como es obvio, a la indemnización correspondiente al arrendamiento y su utilización pone de manifiesto la imposibilidad de que el arrendatario ejercite el derecho de reversión.”

Sentado lo anterior el Tribunal Supremo aborda la cuestión de la responsabilidad derivada de la imposibilidad de la reversión de lo expropiado cuando se produce una alteración indebida de su objeto, ya que el arrendatario había solicitado la reversión *in natura* de su derecho, y, de ser ésta inviable, solicitó subsidiariamente la indemnización que el art. 66.2 del REF prevé para los casos en que sea imposible la reversión de lo expropiado por “alteración indebida” de su objeto a resultas de la ejecución de la expropiación, remitiéndose en consecuencia al instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Tal y como ya había concluido la Sentencia de instancia, el Tribunal Supremo rechaza esta pretensión argumentando que de la propia dicción literal del art. 66.2 del REF resulta la necesidad de distinguir cuidadosamente aquellos supuestos en los que el objeto del derecho de reversión ha sido indebidamente alterado, siendo imposible restituir el bien, de aquellos otros en los que en el momento de ejercitar el derecho de reversión el objeto del derecho se ha extinguido o alterado no por causas “indebidas”, sino en cumplimiento de su propio destino. De forma que sólo cuando hay extinción o “alteración indebida” del objeto del derecho de reversión procede aplicar la garantía indemnizatoria de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Por el contrario, dicha indemnización es improcedente en los casos en que no se haya producido la mencionada alteración indebida, lo que equivale a considerar que en estos supuestos el derecho de reversión no tiene contenido útil o eficaz y, por carecer de objeto, debe considerarse inexistente. Ésta es la doctrina aplicable al caso de autos, pues:

“el contenido patrimonial de lo que podría recibirse en reversión no es propiamente el bien recuperado y sustituido por una indemnización (...), sino un valor económico consistente en el importe de los perjuicios originados al arrendatario por la extinción del arrendamiento, que equivale a lo que ya percibió en el momento de la expropiación. No existiría, pues, sustitución de la entrega del bien por una indemnización, sino una transformación inadmisibles del objeto de la reversión, por ser éste inexistente”.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Ámbito de la responsabilidad extracontractual.

3. Imputabilidad. 4. Carácter objetivo del régimen de responsabilidad y causalidad.

A) Fallecimiento en lista de espera sin mediar retraso. B) Conducta de la víctima y responsabilidad por omisión. C) Secuelas de intervenciones quirúrgicas: alcance de la obligación de información previa. **5. Daño. Extensión del perjuicio indemnizable.**

6. Acción de responsabilidad. Dies a quo en el caso de daños físicos: día del diagnóstico definitivo y no del reconocimiento judicial del grado de incapacidad.

7. Responsabilidad del Poder Judicial. Relación entre la constatación por parte del Tribunal Constitucional de la vulneración de un derecho fundamental y el concepto de error judicial.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En un sector como el de la responsabilidad patrimonial de la Administración, tan rico en perfiles, difícilmente la jurisprudencia recaída deje de ofrecer pronunciamientos novedosos y ello aunque el período considerado, como aquí ocurre, se contraiga al período de tres meses. Así, puede destacarse un nuevo pronunciamiento sobre la imputación subjetiva procedente en caso de concurrencia o participación de Administraciones en la causación de daños, aspecto cuya clarificación es especialmente trascendente sobre todo en relación con los servicios que han sido objeto de traspaso. Por otra parte, no pueden dejar de destacarse los importantes aspectos abordados por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de mayo de 2000 sobre un llamativo caso en materia de responsabilidad de la Administración sanitaria.

2. ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

No toda reclamación indemnizatoria encuentra su cauce en la acción de responsabilidad extracontractual. En el supuesto de la STS de 7 de diciembre de 1999, Ar. 1729, la Administración transmitió a una Comunidad de Regantes la propiedad de unas obras de riego financiadas y licitadas por ella misma. Posteriormente a la cesión, se detectó un mal

funcionamiento de dichas obras, por lo que la Comunidad de Regantes solicitó una indemnización. Para el TS:

“No cabe extender, como pretende la Junta de Andalucía, el régimen de responsabilidad patrimonial a todo supuesto que no sea encuadrable en el régimen de los contratos. En algunas Sentencias hemos apuntado ya cómo el régimen de la responsabilidad contractual se aproxima al que resulta aplicable a ciertas obligaciones impuestas o aceptadas por la Administración en virtud de un acto administrativo unilateral (v. gr., en el caso de las concesiones) y hemos de añadir aquí ahora que en el mundo del Derecho Administrativo tienen también cabida las obligaciones nacidas de la ley con carácter ajeno a la producción de hechos ilícitos, a la responsabilidad objetiva o al enriquecimiento injusto, que no son otras que las obligaciones llamadas autónomas en la doctrina civilista, es decir, aquellas que surgen directamente, al margen de los supuestos citados, por hechos o situaciones regulados por la ley.

Estas obligaciones sancionadas directamente por la ley se rigen por los preceptos de aquella que las hubiera establecido y, en lo no previsto por la misma, por las disposiciones generales del Código Civil sobre obligaciones y contratos (artículo 1090 del Código Civil). Este mandato lleva a excluirlas del régimen específico de la responsabilidad aquiliana y, por ende, del régimen propio de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por funcionamiento de los servicios públicos” (FJ 2º).

3. IMPUTABILIDAD

Las SSTs de 23 de noviembre de 1999, Ar. 1370 y 1371, tienen un mismo presupuesto, de cierta complejidad, pero cuya síntesis es necesaria para una comprensión cabal de los fundamentos de Derecho. El TS aborda un interesante problema de imputación subjetiva.

Por Órdenes Ministeriales de 1984 y 1985 se aprobaron deslindes del dominio público marítimo-terrestre en determinados tramos de costas, en aplicación de la Ley de Costas de 1969. En dichas Órdenes, la Administración estatal no reconoció titularidad alguna a favor de los demandantes, a pesar de que disponían de inscripciones registrales a su favor que incluían en sus límites las playas afectadas. En todo caso, las Órdenes de deslinde decían no prejuzgar las cuestiones de dominio y posesión. En una de ellas se añadía, además, que la Administración se abstendría de cualquier acto desposesorio respecto de los terrenos inscritos por particulares en el Registro de la Propiedad, y no otorgaría concesiones administrativas sobre los mismos en tanto que, mediante resolución judicial firme, no quedaran anuladas, canceladas o de algún modo desvirtuadas las inscripciones registrales de dichos bienes; todo ello de conformidad con el art. 6.3 de la Ley de Costas de 1969, según el cual la atribución de posesión como consecuencia del deslinde no podía realizarse respecto de las fincas y derechos amparados por el art. 34 de la Ley

IX. Responsabilidad Administrativa

Hipotecaria, sin perjuicio de la facultad de la Administración para ejercitar las acciones judiciales pertinentes.

Una vez practicado el deslinde, el Ayuntamiento en cuyo término municipal están situadas las playas solicitó y obtuvo autorización de la Administración estatal para explotar servicios de temporada en las mismas. El Ayuntamiento sacó los servicios a subasta, decisión que fue impugnada por los demandantes. Al seguir vigente la inscripción registral, los Tribunales contencioso-administrativos declararon la ilegalidad de dichos actos por afectar a la posesión de los demandantes, en contra del art. 6.3 de la Ley de Costas de 1969 y de lo dispuesto expresamente por la Orden ministerial.

Posteriormente se procedió a un nuevo deslinde, con arreglo ya a la Ley de Costas de 1988.

En estas circunstancias, los demandantes reclamaron, en concepto de indemnización por daños, el importe percibido por el Ayuntamiento en la subasta de instalaciones. Se dirigieron tanto contra la Administración del Estado como contra la municipal.

El TS analiza la interesante cuestión de cuál es la Administración responsable. Lo hace sentando una doctrina de alcance general, cuya relevancia se acrecienta por cuanto se conecta con la regulación actualmente en vigor, tras la entrada en vigor de la Ley 4/1999:

“El principio de solidaridad entre Administraciones públicas concurrentes emana [...] de la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones no sólo cuando, a partir de la entrada en vigor del artículo 140 de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, se dan fórmulas ‘colegiadas’ de actuación, sino también, al margen de este principio formal, cuando lo impone la efectividad del principio de indemnidad que constituye el fundamento de la responsabilidad patrimonial. Así ocurre cuando la participación concurrente desde el punto de vista causal de varias Administraciones o las dudas acerca de la atribución competencial de la actividad cuestionada imponen soluciones favorables a posibilitar el ejercicio de la acción por el particular perjudicado, sin perjuicio de las relaciones económicas internas entre aquéllas.”

“Sin embargo, tales soluciones carecen de sentido cuando la titularidad de la responsabilidad es susceptible de ser definida con claridad, bien desde el punto de vista formal, atendiendo al criterio de ejercicio de la competencia, bien desde el punto de vista sustantivo acudiendo al criterio del beneficio, revelado por la intensidad de la actuación o por la presencia predominante del interés tutelado por una de las Administraciones intervinientes. En estos casos se impone atribuir el protagonismo en la actividad dañosa y excluir a las que han colaborado mediante actividades complementarias o accesorias, pero no significativas desde el punto de vista del desempeño de la actividad o servicio causante del perjuicio y de su relevancia como causa eficiente del daño.”

“Ésta es la doctrina que viene hoy a consagrar la Ley 4/1999, mediante la modificación operada en el artículo 140 de la Ley de Régimen Jurídico citado, pues aplica el criterio de

la solidaridad cuando exista gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas (sin perjuicio de que el instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta pueda determinar la distribución de responsabilidad), pero añade que en los demás casos de concurrencia la responsabilidad solidaria sólo jugará cuando no sea posible la determinación de la responsabilidad de cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención.”

Aplicando esta doctrina general, el TS concluye que en este caso el único responsable es el Municipio, pues:

a) Desde el punto de vista de la *competencia*, el Estado actuó fundamentalmente en el ejercicio de sus funciones de vigilancia y protección de la zona marítimo-terrestre, autorizando genéricamente determinados servicios para todas las playas del municipio en cuestión, sin que pueda pensarse que consideraba precedente desconocer los títulos registrales a los que ella misma había reconocido previamente valor y eficacia.

b) Desde la óptica de la *intensidad de la intervención*:

“Fueron los actos municipales los que concretaron, efectivamente, las ocupaciones a las que se imputa la producción de los perjuicios, y sólo de modo indirecto puede entenderse que la autorización ministerial las hizo posibles, pues nada impedía que, aun con dicha autorización, las ocupaciones se hubieran adaptado a la necesidad de respetar los títulos registrales vigentes, acudiendo a fórmulas negociales o de otra índole compatibles con la salvaguarda de los mismos.”

c) Finalmente, desde la perspectiva del *interés público tutelado*, “que es tanto como decir que desde el punto de vista del beneficio obtenido por una u otra Administración” (de acuerdo con el aforismo *ubi emolumentum ibi onus*), el beneficio fue a parar a las arcas municipales:

A nuestro juicio, este último argumento constituye la auténtica *ratio decidendi*, o, al menos, tiene un peso específico preponderante.

4. CARÁCTER OBJETIVO DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD Y CAUSALIDAD

A) Fallecimiento en lista de espera sin mediar retraso

La SAN de 31 de mayo de 2000, ha tenido un gran relieve en los medios de comunicación. En el asunto en cuestión, la esposa e hijos reclamaban daños morales por el fallecimiento de un familiar cuando se encontraba en lista de espera para ser intervenido por una insuficiencia cardíaca. La especialidad del asunto, y lo que suscita la mayor relevancia jurídica, es que la argumentación no se fundamenta en un pretendido mal funciona-

IX. Responsabilidad Administrativa

miento de la Administración sanitaria, esto es, que el tribunal considera que no hubo retraso en la lista de espera.

Los hechos son los siguientes: una persona ingresa en el Servicio de Cardiología de un Hospital Público por lesión de válvula aórtica. Allí permanece ingresado unos días hasta que recibe el alta médica. No obstante, poco después vuelve a ingresar, recibiendo días más tarde nueva alta médica con emplazamiento para consulta cardiológica al día siguiente. El cardiólogo se muestra conforme con lo practicado hasta entonces y prescribe intervención quirúrgica, catalogándola de urgente, pero no de preferente (el sistema de listas en cardiología tiene tres niveles, de mayor a menor perentoriedad, a saber: urgente, preferente y programado), informando al paciente que puede hacer vida normal. Éste fallece a los dos meses por insuficiencia cardíaca con doble lesión aórtica, sólo una semana antes de ser llamado para la operación.

Parte la Audiencia de un principio general, el de la legalidad de las listas de espera. En efecto, los medios con que dispone la Administración sanitaria son limitados y la propia existencia de las listas de espera tiene previsión normativa (entre otras, en el artículo 16.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que se limita a prever su establecimiento). Por tanto,

“(…) desde la juridicidad de la lista de espera (…) cabe entender que serán daños jurídicos, luego existe el deber de soportarlos, los que se refieran a las molestias de la espera, precauciones y prevenciones que hay que tener en tanto llega el momento de la intervención, la desazón que implica o la rebaja que esto suponga en calidad de vida por controles o vigilancia del padecimiento hasta la operación. Por el contrario el daño que sufrirá será antijurídico cuando venga dado por una lista en sí mal gestionada o irracional, de duración exagerada o cuando hubiere un error en la clasificación de la prioridad del enfermo o cuando en el curso de esa espera se produjesen empeoramientos o deterioros de la salud que lleven a secuelas irreversibles o que sin llegar a anular, sí mitiguen la eficacia de la intervención esperada” (la cursiva es nuestra).

La Audiencia Nacional admite la corrección del diagnóstico y de la catalogación de la perentoriedad de la intervención, así como que el tiempo de espera fue razonable. Y, sin embargo, concluye que:

“(…) el daño sufrido por los demandantes es antijurídico, es decir, no había deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la ley, pues si bien es asumible que haya lista de espera por las propias carencias o limitaciones del sistema de salud, la juridicidad de la espera no implica la soportabilidad de daños irreparables”.

Como tuvimos ocasión de comentar en números anteriores de esta Crónica, en los supuestos de responsabilidad por omisión, el TS viene exigiendo un elemento de anormalidad en el funcionamiento del servicio para poder establecer el nexo causal entre la omisión y el daño. Sin embargo, esta sentencia de la Audiencia Nacional parece desviarse de esta línea. Tras un razonamiento en que se descarta el funcionamiento normal, se concluye que cuando a pesar de ello se producen daños irreparables, el daño es antijurídico.

dico, y, por tanto, indemnizable. Puede considerarse como un salto en el razonamiento lógico o, por el contrario, como una aplicación coherente de un sistema objetivo de responsabilidad. En realidad, la Audiencia parece resolver de acuerdo con su propio concepto de la responsabilidad objetiva, ya que, como vimos, declara previamente que ésta obliga a indemnizar “cuando en el curso de esa espera se produjesen empeoramientos o deterioros de la salud que lleven a secuelas irreversibles o que sin llegar a anular, sí mitiguen la eficacia de la intervención esperada”. Probablemente, tiene un peso larvado y decisivo la siguiente consideración: si el paciente falleció en tan corto lapso de tiempo, podría “presumirse” que, en realidad, debió ser incluido en el grupo de intervenciones urgentes. En cierto modo, el resultado habla por sí solo (*res ipsa loquitur*). Esta idea de fondo puede incluso intuirse en algún párrafo, en que, a pesar de haber afirmado que no se ha probado el error de diagnóstico o clasificación, tras descartar la fuerza mayor, apunta que “la muerte le sobreviene a una persona con un padecimiento cardíaco serio que había que operar y la organización sanitaria entendió que esa intervención no era urgente sino preferente y le hace esperar”.

Ahora bien, no puede obviarse que esta Sentencia plantea muchos interrogantes: en su aplicación al caso concreto, ya que se parte de una constatación de ausencia de anormalidad; y la potencial extensión de esta argumentación a supuestos en que no ha habido una previa intervención administrativa. Desde luego, cuando por consecuencia de un retraso se produce un daño, la Administración está obligada a reparar. Pero la cuestión es mucho más delicada cuando se cumple con los estándares sociales de lo que se considera un funcionamiento normal y diligente.

B) Conducta de la víctima y responsabilidad por omisión

La responsabilidad por omisión plantea cuestiones siempre complejas en torno a la determinación, en cada caso, de la existencia o no de un nexo causal. El Juez administrativo viene a indagar en estos casos si concurre un elemento de anormalidad, pues, de otro modo, resulta conceptualmente imposible imputar el daño a la Administración, razonamiento en el que tuvimos ocasión de detenernos en el número 3 de esta Crónica.

En esta ocasión, vamos a contrastar el enfoque administrativo con el que lleva a cabo la jurisdicción civil. La aplicación del sistema culpabilístico del Código Civil lleva a un resultado similar, a través de una indagación en la diligencia de la Administración en su obligación de prevención de los riesgos.

No son infrecuentes en los repertorios de jurisprudencia las sentencias que traen causa de accidentes —a menudo, con resultado fatal— como consecuencia del cruce de vías férreas sin respetar las barreras o por sitios inadecuados. Se enjuicia en estos casos la responsabilidad administrativa por la omisión de medidas de precaución suficientes. Traemos a colación dos Sentencias de la Sala de lo Civil:

– En la STS de 25 de febrero de 2000, Ar. 1017, el supuesto es el de una persona que fue arrollada por un tren cuando cruzaba un paso a nivel en núcleo urbano situado tras

IX. Responsabilidad Administrativa

un curva de escasa visibilidad. La Administración había construido un paso subterráneo, pero en vez de clausurar el paso a nivel, decidió mantener su uso, instalando un tornio y colocando señales de precaución. El TS entiende que el mantenimiento del paso a nivel la hace responsable, si bien hay concurrencia de culpas con la de la víctima, que era una persona mayor, que conocía el lugar y la existencia de un paso subterráneo, y que a pesar de ello atravesó por la noche por el paso a nivel.

– En la **STS de 3 de marzo de 2000**, Ar. 1307, la víctima había atravesado la vía férrea por la abertura que se había formado tras el arranque por parte de desconocidos de unas planchas del muro que aislaba la vía. El TS entiende que el daño ha de atribuirse en exclusiva a la culpa de la víctima, que utilizó un lugar a todas luces inadecuado, existiendo un paso subterráneo.

Otro género de supuestos clásico de la responsabilidad por omisión son los fallecimientos por suicidio en cárceles, psiquiátricos o cuarteles. La **STS de 17 de febrero de 2000**, Ar. 1161, se refiere a la fuga de un hospital psiquiátrico y posterior suicidio de un enfermo mental, cuando se encontraba en el exterior del edificio en terapia ocupacional. Para el TS, en este caso no hay negligencia, pues no cabe exigir de los cuidadores una vigilancia personal y exhaustiva casi determinante de la privación total y absoluta del paciente, y ello pese a que el enfermo ya se hubiera escapado en dos ocasiones, sin mediar en esos casos intento de suicidio.

C) Secuelas de intervenciones quirúrgicas: alcance de la obligación de información previa

En la **STS de 7 de marzo de 2000**, Ar. 1508, Sala de lo Civil, una persona da su consentimiento a una extracción de médula ósea para tratar de salvar a un familiar. Se trata de una intervención de riesgo. Conviene reparar en la doctrina del TS acerca del alcance de la obligación de información:

“Para que el conocimiento prestado sea eficaz es preciso que sea un consentimiento informado, es decir, que se preste con conocimiento de causa y para ello es preciso que se hubiese comunicado cuáles eran las características de la intervención a la que sería sometida, riesgos que conllevaba, alternativas, número de punciones, complicaciones que podrían ocurrir durante la extracción o ‘a posteriori’.”

En este caso, el TS concluye que hay responsabilidad, puesto que la Administración no consideró necesaria la plasmación por escrito, en contra de lo legalmente establecido, ni consta que tuviese protocolos informativos normalizados destinados a cumplir con la preceptiva obligación de información, ni que se hubiese dado instrucciones a los facultativos para que en estos casos informasen debidamente y obtuviesen el consentimiento por escrito.

5. DAÑO. EXTENSIÓN DEL PERJUICIO INDEMNIZABLE

En el apartado dedicado a la imputabilidad, relatamos el presupuesto de dos Sentencias en materia de deslinde de costas, que no es por ello menester reiterar. La **STS de 23 de**

noviembre de 1999, Ar. 1371, aborda también la cuestión del alcance del perjuicio indemnizable en este caso.

El TS entiende que el Ayuntamiento en cuestión ha de indemnizar los daños producidos hasta la entrada en vigor de la Ley de 1988, pues hasta entonces los demandantes tenían la titularidad dominical de las playas, eso sí, limitada por tratarse de un bien situado en la zona marítimo-terrestre, y su derecho fue perturbado mediando un funcionamiento anormal. Ciertamente, el derecho dominical de los demandantes estaba sometido, en su ejercicio, a la condición de que los aprovechamientos fueran compatibles con el régimen especial de la zona marítimo-terrestre. Ahora bien, puesto que el Ayuntamiento concedió la explotación de ciertos servicios a determinadas empresas, este dato demuestra que dicho aprovechamiento era compatible con el régimen especial de la zona marítimo-terrestre. Además, el daño es real y cierto, puesto que los reclamantes impugnaron la subasta y mostraron con ello su voluntad de ejercer la explotación. El montante de la indemnización se identifica, conforme a lo solicitado por los demandantes, con la cantidad ingresada por el Ayuntamiento, bien que reducida en un 20 por ciento, porcentaje que, de acuerdo con el TS, puede considerarse razonablemente el importe de los gastos imputables a la Administración para gestionar dicha concesión. A ello se añaden los intereses legales desde la fecha de la reclamación administrativa y el interés al que alude el art. 106 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 desde la fecha de la Sentencia.

Por el contrario, el TS argumenta que desde la entrada en vigor de la Ley de 1988 (y no desde el posterior deslinde), el derecho de propiedad se convirtió en una concesión sobre los aprovechamientos existentes y un derecho de preferencia a obtener las concesiones sobre los futuros aprovechamientos, por lo que no cabe derivar la responsabilidad administrativa a partir de ese momento.

A nuestro juicio, dos son los aspectos más controvertidos de esta sentencia:

– En primer lugar, el alcance del daño declarado indemnizable. En efecto, el propio TS apela al principio del enriquecimiento injusto, pero lo cierto es que, en el marco de una acción de responsabilidad, la garantía indemnizatoria se extiende a todos los perjuicios (daño emergente y lucro cesante) habidos, que en este caso podrían identificarse más bien con el rendimiento obtenido por la empresa concesionaria y no con el canon abonado a la Administración.

– En segundo lugar, no resulta evidente por qué motivo el perjuicio indemnizable no alcanza a lo dejado de percibir a partir de la entrada en vigor de la Ley de Costas de 1988, puesto que no se respetó el derecho preferente de los demandantes a los aprovechamientos, pudiendo por tanto argumentarse que concurrían todos los requisitos de la responsabilidad: un daño cierto, un funcionamiento anormal y una relación de causalidad.

IX. Responsabilidad Administrativa

6. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD. *DIES A QUO* EN EL CASO DE DAÑOS FÍSICOS: DÍA DEL DIAGNÓSTICO DEFINITIVO Y NO DEL RECONOCIMIENTO JUDICIAL DEL GRADO DE INCAPACIDAD

La STS de 12 de febrero de 2000, Ar. 820, Sala de lo Civil, establece que el *dies a quo* del cómputo del plazo para reclamar comienza en el momento en que es posible un diagnóstico definitivo, y no en la fecha de una posterior sentencia dictada por un juzgado de lo social que reconozca el grado de incapacidad.

7. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL. RELACIÓN ENTRE LA CONSTATAción POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA VULNERACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL Y EL CONCEPTO DE ERROR JUDICIAL

El ATC de 16 de febrero de 2000, Ar. 51, aborda una cuestión de gran relevancia, cual es la relación entre la constatación por parte del Tribunal Constitucional de la vulneración de un derecho fundamental y el concepto de error judicial.

En el supuesto de autos, un Tribunal penal anuló una decisión de un Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que concedía a un recluso el tercer grado por padecer una enfermedad grave e incurable. El TC otorgó el amparo frente a esta decisión judicial, por entender vulnerado el derecho a la vida y a la integridad física. El afectado solicitó entonces reconocimiento del error judicial, que fue denegado por el TS. Contra dicha denegación, interpuso nuevo recurso de amparo, basado en la infracción del derecho a obtener la tutela judicial efectiva, en relación con el derecho a la vida y a la integridad física.

El TC comienza por recordar los límites de sus atribuciones:

“(…) el control de constitucionalidad habrá de ceñirse a la constatación de que la resolución está suficientemente motivada, de suerte que sea posible conocer las razones por las que el órgano judicial adopta su resolución, sin que este Tribunal pueda valorar la corrección de la interpretación de las normas aplicadas por la jurisdicción ordinaria, salvo que resulte irrazonable, arbitraria o incurra en error patente. Desde esta perspectiva hemos de examinar si la Sentencia impugnada, al negar la existencia de error judicial, supera el canon de constitucionalidad referido”.

Asimismo, recuerda que:

“(…) la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la cual remite la Constitución, no contiene una definición de lo que sea el error judicial, convirtiéndolo así en un concepto jurídico indeterminado, cuya concreción ha de hacerse casuísticamente, en el plano de la legalidad, por los Jueces y Tribunales”.

El TC entiende que la apreciación del TS, según la cual el error no era patente, arbitrario o irrazonable, no vulnera el derecho a obtener una tutela judicial efectiva. Y añade:

“Esta conclusión no viene condicionada de forma absoluta por la previa anulación por este Tribunal de la resolución a la que se imputa el error. La estimación de un recurso de amparo contra dicha resolución a la que se imputa el error. La estimación de un recurso de amparo contra dicha resolución no es condición necesaria ni suficiente para la apreciación de error judicial, aunque sí declara definitivamente la inconstitucionalidad de la resolución recurrida. Esta inconstitucional declarada puede servir de título (...) para reclamar, si se da el resto de los presupuestos exigibles para ello, una indemnización por funcionamiento normal [sic] de la Administración de Justicia (no deducible automáticamente de la revocación o anulación de una resolución judicial –art. 292.3 LOPJ–), que, en desarrollo del art. 121 CE, regula la LOPJ en sus arts. 292 y ss., pero la declaración de error judicial, como supuesto singular y distinto al funcionamiento anormal, exige un plus de irracionalidad en la resolución judicial que ha ido decantando el Tribunal Supremo al interpretar el precepto.”

“Resta decir que la resolución impugnada, en cuanto niega la existencia de error judicial como concepto técnico-jurídico, no pone en riesgo ni lesiona directamente el derecho a la vida y a la integridad del demandante, pues no influye en las condiciones en que aquélla se desenvuelve, sino que se limita a decidir si concurre o no uno de los requisitos en los que, si existen los restantes exigibles, puede fundarse una solicitud de indemnización al amparo de los arts. 121 CE y 293 LOPJ. En realidad el recurrente trata de obtener un pronunciamiento de este Tribunal sobre la existencia del error judicial, en la seguridad de que la concurrencia de este requisito desencadenaría el éxito de su pretensión indemnizatoria ante la Administración o, eventualmente, ante la Jurisdicción; pero reiteradamente hemos dicho que el derecho reconocido en el art. 121 de la CE y desarrollado por los arts. 292 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial no tiene el carácter de derecho fundamental protegible a través del recurso de amparo (...)”

Por ello, inadmite a trámite el recurso.

En definitiva, el TC desvincula la vulneración de un derecho fundamental –que se rige por parámetros de control de constitucionalidad– y el concepto de error judicial –noción legal a interpretar por los tribunales ordinarios–.

Como nota al margen, cabe destacar una cierta confusión en el razonamiento del TC sobre el alcance del concepto de funcionamiento anormal, puesto que una decisión judicial de fondo jurídicamente equivocada sólo puede dar lugar a responsabilidad precisamente en concepto de error judicial, pero no en tanto que funcionamiento anormal, noción que no se identifica con un “error judicial menos grave”, sino que se reserva a las actividades judiciales que pueden calificarse de “no propiamente jurisdiccionales”.

EMILIO GUICHOT

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Acceso a la Función Pública. A) Contratación de personal laboral de alta dirección. El principio de igualdad debe desplegar su eficacia en el proceso administrativo de selección que precede a la formalización del contrato, no en dicho contrato. B) La experiencia docente es configurada como un mérito por la Ley, por lo que no debe ser considerada como un requisito para el acceso a los Cuerpos docentes universitarios. Vulneración del derecho de igualdad en el acceso a la función pública. C) El conocimiento de lenguas cooficiales distintas del castellano no puede ser considerado como requisito obligatorio para el acceso a puestos que carecen de perfil lingüístico. D) La transferencia de una parte del personal a una Administración autonómica no vulnera por sí sola el derecho de igualdad del personal no transferido. E) Régimen específico del personal de las Cortes Generales. Falta de previsión de reserva de un porcentaje para el acceso de minusválidos. **3. Situaciones administrativas.** A) Servicio activo: el ejercicio de actividades sindicales por parte de los policías exentos del servicio a tiempo total no debe suponer en ningún caso pérdidas o perjuicios para la persona que las desarrolla. B) El funcionario que no ha solicitado su reingreso tras haber cumplido una sanción de suspensión de funciones no puede alegar la situación de excedencia voluntaria para evitar la imposición de otra sanción por abandono del servicio si sigue percibiendo *de facto* sus retribuciones. **4. Derechos laborales.** La duración del permiso por maternidad no puede ser modificada por un acuerdo municipal. **5. Derechos económicos.** A) Retribuciones del personal local. El incremento de retribuciones que prevean las entidades locales debe respetar el límite máximo previsto por el Estado en el presupuesto anual. B) Retribuciones del personal local: no es conforme a Derecho la previsión en un acuerdo de una gratificación por continuidad en el empleo. C) Retribuciones: cómputo del plazo de prescripción para la reclamación de retribuciones indebidamente dejadas de percibir. D) Derechos económicos durante períodos de incapacidad laboral transitoria. a) Derecho al abono de las guardias médicas durante el período de baja por enfermedad. b) No procede el pago del comple-

mento retributivo por prolongación de jornada durante los períodos de baja por enfermedad. E) Derechos de acción social y personal interino. **6. Derechos sindicales.**

La exclusión de un sindicato con legitimación para participar en una Mesa Sectorial de ponencias previas de carácter preparatorio de la negociación colectiva objeto de la Mesa por no haber desconvocado una huelga vulnera la libertad sindical. **7. Régimen disciplinario.** Falta grave de retraso injustificado en la iniciación o tramitación de los procesos o causas de que conozca el Juez o Magistrado. Concepto jurídico indeterminado. Concreción del tipo.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge las principales resoluciones judiciales del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia sobre el acceso a la Función Pública, las situaciones administrativas y los derechos laborales, económicos y sindicales de los funcionarios.

2. ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

A) Contratación de personal laboral de alta dirección. El principio de igualdad debe desplegar su eficacia en el proceso administrativo de selección que precede a la formalización del contrato, no en dicho contrato

La STS de 18 de octubre de 1999, Ar. 1398, Sala Tercera, Sección Séptima, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Galicia de 7 de marzo de 1995. La Sentencia impugnada estimó el recurso interpuesto contra la Disposición Transitoria Segunda del Decreto 353/1992, de 11 de diciembre, que estableció la estructura orgánica de la Consellería de Economía y Hacienda, contemplando la posibilidad de que determinados puestos fuesen cubiertos por personal contratado de alta dirección, de conformidad con el RD 1382/1985, por entender que la opción por esta posibilidad vulnera tanto el genérico principio de igualdad del art. 14 CE, como el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas que consagra el art. 23 CE.

La STS desestima el recurso y anula la resolución judicial impugnada aplicando la doctrina de los actos separables, que permite diferenciar el contrato de trabajo propiamente dicho que pueda perfeccionar una Administración, de la previa selección de la persona con la que se establecerá dicho vínculo laboral. Siendo así que el mandato del art. 23 CE se ha de observar en la actividad preliminar de selección y no a través del posterior contrato. Por lo demás, la amplia libertad de estipulaciones que permite esta modalidad de contratación se proyecta sobre la definición del contenido concreto del vínculo contractual y no sobre la elección del sujeto que pueda suscribir el contrato con la Administración.

X. Función Pública

En definitiva, la opción por la relación laboral especial de alta dirección, siempre que resulte aconsejable por la singularidad del cometido funcional del concreto puesto de trabajo a cubrir, no es por sí misma contraria al principio de igualdad.

B) La experiencia docente es configurada como un mérito por la Ley, por lo que no debe ser considerada como un requisito para el acceso a los Cuerpos docentes universitarios. Vulneración del derecho de igualdad en el acceso a la función pública

La STC 138/2000, de 29 de mayo, BOE de 20 de junio de 2000, concede el amparo solicitado por la demandante contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía (sede en Granada), de 1 de julio de 1996, que anuló las resoluciones de la Universidad de Granada por las que fue nombrada Profesora Titular de Farmacia y Tecnología Farmacéutica. La STSJ de Andalucía anuló las citadas resoluciones por entender que no interpretaron correctamente los criterios establecidos por la Comisión evaluadora para la valoración de las pruebas del concurso: por un lado, formación académica y actividad docente e investigadora, especialmente para la misión prevista por la Universidad para el desempeño de la plaza objeto de concurso y, por otro lado, actividad investigadora congruente con los diversos contenidos del área de conocimiento. A juicio de la STSJ de Andalucía dichos requisitos deben ser considerados concurrentes o acumulativos, quedando excluidos los aspirantes que carezcan de cualquiera de ellos, como es el caso de la recurrente en amparo que no tenía experiencia docente formal.

No cabe duda que la experiencia docente puede ser uno de los méritos alegados por los candidatas a plazas de Profesor Titular de Universidad (arts. 37.2 LRU y 9.3 y 4 del RD 1888/1984, en la redacción dada por el RD 1427/1986) y ha de ser valorado por la Comisión evaluadora en la primera de las pruebas del concurso, junto con otros méritos, el historial académico e investigador y el proyecto docente presentado por los aspirantes.

Sin embargo, según señala la STSJ de Andalucía, la carencia de experiencia docente conduce a la exclusión del procedimiento selectivo de los candidatos que no reúnen tal requisito, por lo que dicha experiencia docente deja de ser considerada como un mérito para convertirse en un requisito para el acceso, que carece de toda previsión y cobertura legal. Por esta razón el TC concede el amparo a la recurrente y anula la STSJ de Andalucía, que situó a los concursantes en una posición de desigualdad, estableciendo una causa de exclusión no contemplada por la ley.

C) El conocimiento de lenguas cooficiales distintas del castellano no puede ser considerado como requisito obligatorio para el acceso a los puestos que carecen de perfil lingüístico

Según reiterada jurisprudencia, la exigencia del conocimiento de las lenguas oficiales de las Comunidades Autónomas puede ser incluida legítimamente entre los méritos y capacidades a tener en cuenta para el acceso a la función pública, siempre que el nivel de conocimiento exigido guarde relación con la capacidad requerida para el desempeño de los puestos de trabajo.

En el supuesto enjuiciado por la **STS de 18 de enero de 2000**, Ar. 1227, Sala Tercera, Sección Séptima, no concurren los requisitos señalados. Por esta razón, el TS desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Tolosa contra la STSJ de Navarra de 24 de septiembre de 1991, anulando el acuerdo del citado Ayuntamiento por el que se aprobaron las bases de la convocatoria de un concurso-oposición para la provisión de plazas de oficial de fontanería, pintura y albañilería, incluyendo un ejercicio obligatorio de conocimiento del euskera.

La exigencia del conocimiento del euskera como requisito obligatorio a reunir por los aspirantes es discriminatoria en este caso, pues no guarda relación alguna con el alcance, características y contenido de las funciones que han de desempeñar quienes resulten seleccionados para ocupar las plazas señaladas.

D) La transferencia de una parte del personal a una Administración autonómica no vulnera por sí sola el derecho de igualdad del personal no transferido

La **STS de 14 de enero de 2000**, Ar. 552, Sala Tercera, Sección Séptima, desestima el recurso interpuesto contra el RD 1432/1996, de traspaso a la Comunidad Autónoma de Galicia de medios personales adscritos al hospital militar de A Coruña. El recurrente alega vulneración de los derechos consagrados en los arts. 14 y 23.2 CE, al no haber sido transferido como lo fueron sus compañeros.

En su pronunciamiento, el TS comienza excluyendo la aplicación de art. 23.2 CE a este supuesto, puesto que el recurrente no tiene la condición de funcionario público. Tampoco puede prosperar la alegada vulneración del art. 14 CE, puesto que el actor no posee la titulación académica exigida para acceder a la categoría de auxiliar sanitario ni se encuentra terminando los estudios para obtener dicha titulación, requisitos que fueron exigidos a todo el personal transferido. No cabe entonces ningún reproche de discriminación, pues ni la Administración General del Estado tenía obligación de transferir todo el personal adscrito al hospital militar de A Coruña, ni la Administración autonómica la de recibirlos, pudiendo limitarse el traspaso a los que se estimase necesarios. Por lo demás, la transferencia del personal no puede tildarse tampoco de arbitraria, ya que se realizó atendiendo a criterios de antigüedad y de titulación exigida para el acceso a la categoría de auxiliar sanitario.

E) Régimen específico del personal de las Cortes Generales. Falta de previsión de reserva de un porcentaje para el acceso de minusválidos

En virtud de lo establecido por el art. 72 CE, compete a las Cortes Generales la regulación del Estatuto del personal a su servicio, sin que resulten aplicables a este colectivo las disposiciones que forman parte del régimen jurídico propio de otros Cuerpos de funcionarios.

X. Función Pública

Por esta razón, y aplicando también la reiterada doctrina según la cual la no impugnación de las bases de una convocatoria para el acceso a la función pública, así como la participación en las pruebas selectivas convierte a dichas bases en firmes e inatacables, no pudiendo ser impugnadas después por los aspirantes que no resultan seleccionados, la STS de 13 de enero de 2000, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 551, desestima el recurso interpuesto por A.R. que, en su condición de minusválido, invocó el derecho a obtener una plaza por haber superado las dos pruebas del concurso-oposición convocado para la provisión por turno libre de puestos del Cuerpo de Ujieres de las Cortes Generales. Todo ello, por entender el recurrente que resulta de aplicación el art. 6 del RD 226/1991, de 22 de febrero, por el que se aprobó la oferta de empleo público en el ámbito de la Administración Civil del Estado para 1991, según el cual del total de las plazas ofertadas en cada caso debe reservarse un 3 por ciento para su provisión por quienes tengan la condición legal de minusválidos.

No obstante, el recurso no puede prosperar puesto que una previsión tal no aparece en las bases de la convocatoria para la provisión de plazas de ujieres ni en el estatuto del personal de las Cortes Generales, no siendo de aplicación tampoco lo dispuesto por el citado Real Decreto dictado al amparo del art. 18 LMRFP.

3. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

A) Servicio activo: el ejercicio de actividades sindicales por parte de los policías exentos del servicio a tiempo total no debe suponer en ningún caso pérdidas o perjuicios para la persona que las desarrolla

La STS de 21 de diciembre de 1999, Ar.10060, se ha pronunciado sobre los efectos económicos que supone el ejercicio de actividades sindicales para un policía que, por haber obtenido un cargo sindical y ser vocal en el Consejo de Policía, fue eximido del servicio a tiempo total. En concreto, tras su incorporación al Consejo dejó de percibir una gratificación mensual que cobraban los policías que prestaban sus servicios efectivos en el Congreso, alegando que ello suponía una vulneración, entre otros, del artículo 22 de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. La Administración, por su parte, fundamentó esta decisión en la doble dependencia de los policías que prestan sus servicios en el Congreso de los Diputados: funcional, del Presidente de la Cámara y orgánica, de la Dirección General de la Policía del Ministerio del Interior, de tal manera que estos policías perciben sus retribuciones de este último órgano, limitándose el Congreso a abonar una gratificación a aquellos funcionarios que prestan sus servicios efectivos en la Cámara. De ahí deducirá finalmente la Administración que, aunque el precepto citado garantiza que los policías que ejercen actividades sindicales no sufrirán perjuicios por desempeñar dicha actividad, en ningún caso garantiza la percepción de gratificaciones especiales por servicios no prestados.

Pues bien, el Tribunal Supremo, aunque constata que efectivamente el policía recurrente no presta servicios efectivos en el Congreso, declarará su derecho a la percepción de tales gratificaciones. Dirá el Tribunal que estamos ante un caso en el que “la relación de causa

a efecto entre el desarrollo de una actividad sindical representativa y el perjuicio económico que sufre el recurrente se manifiesta con nitidez, de modo que mientras persistan las concretas circunstancias fácticas y jurídicas en que se funda la pretensión ejercitada en este proceso, ha de accederse a lo en ella solicitado, por imponerlo así la exigencia jurídica de que aquella actividad no perjudique económicamente al actor”.

B) El funcionario que no ha solicitado su reingreso tras haber cumplido una sanción de suspensión de funciones no puede alegar la situación de excedencia voluntaria para evitar la imposición de otra sanción por abandono del servicio si sigue percibiendo *de facto* sus retribuciones

En el presente caso la parte recurrente es una funcionaria que había resultado sancionada por una falta muy grave de abandono de servicio. La funcionaria, que había sido ya suspendida de empleo y sueldo por la misma falta, alega que no puede ser nuevamente objeto de dicha sanción por encontrarse en situación de excedencia voluntaria, toda vez que el artículo 22.4 del Reglamento de Situaciones Administrativas, aprobado por Real Decreto 365/1995 prevé que, si el funcionario que es temporalmente suspendido no solicita el reingreso en el plazo reglamentariamente previsto, será declarado de oficio en la situación de excedencia voluntaria.

La STS de 22 de octubre de 1999, Ar. 8947, no obstante, ha desestimado el recurso al entender que, cuando la Administración impuso la sanción de separación de servicio no se hallaba en situación administrativa de excedencia voluntaria, tal como pretendía la funcionaria recurrente y, si tenía derecho a que se declarase en dicha situación, debió ejercitarlo en tiempo oportuno, no permaneciendo durante más de dos años en servicio activo y disfrutando de los derechos inherentes a tal situación, especialmente el cobro de su sueldo, sin asistir a su puesto de trabajo ni justificar baja alguna. Por ello, “aun cuando no consta que la recurrente formulara expresamente su solicitud de reingreso al servicio activo, no puede negar que tal reingreso se produjo *de facto*, desde el momento en que vino percibiendo puntualmente y sin protesta alguna sus retribuciones mensuales desde que cumpliera la sanción inicial de suspensión”.

4. DERECHOS LABORALES

La duración del permiso por maternidad no puede ser modificada por un acuerdo municipal.

La STS de 19 de octubre de 1999, Ar. 9761, casa la STSJ de Murcia de 28 de febrero de 1995 y anula un precepto del Acuerdo del Ayuntamiento de Murcia de 26 de noviembre de 1992, sobre condiciones de trabajo para los funcionarios de la corporación, que modificaba la duración del descanso por maternidad, al prever una duración máxima de 120 días, lo que suponía su ampliación en más de una semana en el supuesto de parto sencillo y su disminución en casi una semana en el caso de partos múltiples. La norma tampoco recogía la libre opción de la interesada en la distribución del período de licen-

cia, siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. La anulación procede, según el TS, porque esta regulación vulnera el art. 30.3 de la Ley 30/1984 que se integra dentro de las bases del régimen jurídico de los funcionarios públicos, dictadas al amparo del art. 149.1.18ª de la CE y aplicable por tanto al personal de todas las Administraciones Públicas.

5. DERECHOS ECONÓMICOS

A) Retribuciones del personal local. El incremento de retribuciones que prevean las entidades locales debe respetar el límite máximo previsto por el Estado en el presupuesto anual

La STS de 19 de octubre de 1999, Ar. 9761, siguiendo la jurisprudencia constitucional establecida en las SSTC 96/1990, 237/1992 y 171/1996, reitera la conocida doctrina de que el incremento de retribuciones que prevean las entidades locales debe respetar el límite previsto por el Estado en el presupuesto de la anualidad, puesto que la fijación de topes máximos al incremento del volumen global de las retribuciones constituye una medida económica general de carácter presupuestario, dirigida a contener la expansión relativa de uno de los componentes esenciales de gasto público, que corresponde al Estado de acuerdo con la competencia que le confiere el art.149.1.13ª de la Constitución para la dirección de la actividad económica general.

B) Retribuciones del personal local: no es conforme a Derecho la previsión en un acuerdo de una gratificación por continuidad en el empleo

La STSJ de Andalucía/Granada de 4 de enero de 2000, Ar.1, revoca la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Jaén que estimó el recurso interpuesto por la Confederación de Sindicatos Independientes y Sindical de Funcionarios contra un precepto del Acuerdo Económico, Social y Sindical de los Funcionarios de la Diputación Provincial de Jaén y de sus organismos autónomos, aprobado el 31 de marzo de 1998. El precepto preveía el abono de una gratificación por continuidad en el empleo a todos los empleados que cumpliesen 25 o 35 años de servicio en la Diputación Provincial y sus organismos autónomos “a partir de la vigencia de este Convenio”. El Juzgado anuló este último inciso por considerarlo contrario al principio de igualdad y extendió la gratificación a todos los empleados públicos que cumpliesen o hubiesen cumplido los 25 o 35 años de servicios. La Diputación Provincial de Jaén recurre la Sentencia aduciendo que no existe vulneración del principio de igualdad y que, además, el juzgador de instancia ha incurrido en la prohibición establecida en el art. 71.2 de la Ley Jurisdiccional al suplantar con su decisión la voluntad de las partes que suscribieron el Acuerdo. El TSJ de Andalucía estima el recurso, afirmando que efectivamente se ha vulnerado el art. 71.2, porque al extender la gratificación a todos los funcionarios que antes de la entrada en vigor del Acuerdo hubieran cumplido 25 o 35 años de servicio se vino a sustituir el contenido del precepto por el criterio del juzgador suplantando la voluntad negociadora de las partes del Acuerdo y dando una nueva redacción al precepto clara-

mente prohibida por el art. 71.2. Por otro lado, el STSJ de Andalucía señala también –aunque sin eficacia anulatoria del precepto puesto que ello no había sido solicitado por la parte– que en cualquier caso la argumentación de la Sentencia de primera instancia era errónea porque el principio de igualdad sólo opera en situaciones de legalidad y la previsión de una gratificación por continuidad en el empleo en un Acuerdo de estas características es contraria al ordenamiento jurídico, ya que se trata de una materia retributiva excluida de la posibilidad de negociación que está sujeta a lo establecido en la Ley 30/1984 que configura la gratificación como un concepto destinado a premiar servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal y no la permanencia o estabilidad de los funcionarios.

C) Retribuciones: cómputo del plazo de prescripción para la reclamación de retribuciones indebidamente dejadas de percibir

La STS de 28 de diciembre de 1999, Ar. 10063, reitera la doctrina ya establecida en Sentencias anteriores (SSTS de 23 de febrero de 1989, Ar. 1137, de 22 de junio de 1990, Ar. 5167 y 15 de abril de 1991, Ar. 3217) conforme a la cual los cinco años previstos de prescripción en el art. 46.1.a) de la Ley General Presupuestaria, deben contarse desde el momento en que exista la posibilidad de ejercicio del derecho a exigir el pago de las obligaciones ya reconocidas o liquidadas. En el presente caso el transcurso de más de cinco años desde la primera solicitud y la interposición del recurso de reposición formulado contra su denegación determina la existencia de prescripción y la confirmación de la Sentencia de primera instancia que así lo había declarado.

D) Derechos económicos durante períodos de incapacidad laboral transitoria

a) Derecho al abono de las guardias médicas durante el período de baja por enfermedad

La STS de 17 de enero de 2000, Ar. 554, confirma la STSJ de Murcia de 31 de diciembre de 1998 que estimó el recurso interpuesto contra la Orden de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Murcia por la que se denegaba al actor el abono de las guardias médicas durante el tiempo que estuvo en situación de incapacidad laboral transitoria. El TS comparte la argumentación del TSJ de Murcia que partiendo del hecho de que las guardias médicas se realizan por la casi totalidad de los médicos de los hospitales del Servicio Murciano de Salud, que su distribución se rige por criterios establecidos en el Acuerdo del Consejo de Gobierno Regional, y que la retribución consiste en la aplicación de importes fijados anualmente para cada clase de guardia, llega a la conclusión de que en esos hospitales se distingue dentro de la actividad asistencial entre la actividad normal y la actividad de urgencia, pero que esta última es un servicio ordinario y permanente al que los médicos dedican un tiempo que no se corresponde con las tareas características de los servicios extraordinarios. Todo ello lleva al Tribunal a afirmar que los médicos desarrollan una jornada especial respecto al

resto de los funcionarios de la Administración demandada, que se caracteriza porque además de la jornada común comprende la guardia médica que les corresponde dentro del turno de reparto, pero teniendo esto un carácter no excepcional o extraordinario. Las guardias médicas son, por tanto, parte de la jornada normal y su remuneración no puede calificarse de gratificación sino de retribución ordinaria, por lo que los médicos tienen derecho a seguir percibiendo los abonos correspondientes a este concepto durante los períodos de incapacidad laboral transitoria.

b) No procede el pago del complemento retributivo por prolongación de jornada durante los períodos de baja por enfermedad

La STSJ de Baleares de 25 de noviembre de 1999, Ar. 4070, desestima el recurso interpuesto por la demandante frente al Acuerdo de la Comisión del Gobierno del Ayuntamiento de Pollensa de denegar la solicitud de pago de los conceptos correspondientes a prolongación de jornada durante el período de baja por enfermedad. El Tribunal afirma que el concepto retributivo “prolongación de jornada” es un complemento ligado de manera directa al trabajo efectivamente realizado y que tiene por finalidad remunerar la actividad que se desarrolla más allá de la jornada legalmente exigible, por lo que no puede considerarse remuneración ordinaria ni existe derecho a percibirla durante los períodos en los que no se presta el trabajo por incapacidad laboral transitoria.

E) Derechos de acción social y personal interino

La STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 11 de octubre de 1999, Ar. 4464, confirma la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, de 30 de junio de 1999, que declaró el derecho de la demandante, que prestaba sus servicios en el Hospital de Nuestra Señora de la Candelaria, mediante contrato de interinidad por plaza vacante en la categoría profesional de pinche, a que le fuera concedido un anticipo a cuenta de salario solicitado por la misma. La Orden 3/1972 de desarrollo de los preceptos correspondientes del capítulo de acción social del Estatuto Personal no sanitario al servicio de las Instituciones de la Seguridad Social reconoce este derecho al “personal de plantilla”, término cuya correcta interpretación es objeto de controversia en la resolución del presente caso. El Servicio Canario de Salud mantiene que sólo es “personal de plantilla” el que está ligado a la Administración por vínculo estable e indefinido, situación en la que no se encuentran los interinos y que tiene una clara incidencia en la garantía del reintegro del anticipo. El TSJ de Canarias no acepta esta argumentación y, tras recordar que el Tribunal Supremo ha afirmado en diversas Sentencias (entre ellas, la STS de 3 de octubre de 1996), que el término “plantilla” comprende al personal interino, considera que “tanto el personal interino como el eventual, están ocupando plazas que forman parte de la plantilla normal de trabajadores del Servicio Canario de Salud y al mismo tiempo realizan funciones idénticas al personal entendido como ‘de plantilla’ y que no existe razón alguna por la que no deba reconocérseles el derecho al anticipo. En consecuencia, desestima el recurso interpuesto por el Servicio Canario de Salud.

La STSJ de La Rioja de 1 de diciembre de 1999, Ar. 4715, estima el recurso de suplicación interpuesto por el INSALUD contra la Sentencia del Juzgado de lo Social de La Rioja

de 21 de julio de 1999, en la que se declaraba el derecho a recibir la ayuda de estudios por hijo solicitada por las actoras. Dos de ellas ocupaban el puesto de celadora y la tercera de auxiliar de enfermería, todas ellas en virtud de contrato temporal. La Letrada de INSALUD recurre aduciendo que la Sentencia del Juzgado de lo Social de La Rioja vulneraba el ordenamiento jurídico. Por un lado, porque conforme al Estatuto de Personal no Sanitario al Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social sólo tienen derecho a estas ayudas el “personal de plantilla” y no lo son las celadoras que prestaban sus servicios en virtud de contrato temporal. Y, por otro lado, porque el Estatuto de Personal Sanitario no facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social exige que se trate de personal “con nombramiento en propiedad”, requisito que no reúne la auxiliar de enfermería, también contratada temporalmente. El TSJ de La Rioja acoge esta argumentación y revoca la Sentencia recurrida.

6. DERECHOS SINDICALES

La exclusión de un sindicato con legitimación para participar en una Mesa Sectorial de ponencias previas de carácter preparatorio de la negociación colectiva objeto de la Mesa por no haber desconvocado una huelga vulnera la libertad sindical.

La **STC de 27 de marzo de 2000**, estima el recurso de amparo interpuesto por la Confederación Intersindical Gallega (CIG) contra la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de 17 de junio de 1996, por vulnerar su derecho a la libertad sindical. La CIG había convocado una huelga junto con la UGT y CCOO que tenía por objetivo la negociación de las retribuciones del personal de las instituciones sanitarias del SERGAS (Servicio Gallego de Salud). La Consejería de Sanidad y Servicios Sociales llegó el 18 de mayo de 1995 a un acuerdo con UGT y CCOO de desconvocatoria de la huelga y de inicio de unas reuniones para el estudio de los problemas de las retribuciones. La CIG, sin embargo, se negó a desconvocar la huelga y, en consecuencia, no participó en el acuerdo del 18 de mayo y, posteriormente, se la excluyó de las reuniones del 23 de mayo al entender la Administración que la negociación con este sindicato debía mantenerse separadamente en el marco del Comité de Huelga. El sindicato acudió a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia que estimó parcialmente la demanda en su Sentencia de 5 de julio de 1995, declarando vulnerado el derecho a la libertad sindical. Recurrida la sentencia por el SERGAS ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, ésta estimó el recurso, en su Sentencia de 17 de junio de 1996, Ar. 5169, al considerar que no se había producido una vulneración de la libertad sindical. La Sala argumenta que la CIG fue convocada a la Mesa sectorial de Sanidad para la determinación de las condiciones de trabajo del personal afectado, respetándose los derechos que le corresponden conforme a la Ley Orgánica de Libertad Sindical y a la Ley 9/1987, y que, por otro lado, no ha habido una actuación arbitraria ni irrazonable por parte de la Administración demandada al no haber convocado a la CIG a la reunión de 23 de mayo “pues es claro que, dentro del proceso de conversaciones y negociaciones, y a salvo las previsiones legales, no

X. Función Pública

puede imponerse a cada interesado quién haya de ser su interlocutor en las distintas reuniones que, libre y voluntariamente, decida tener”.

Sin embargo, el TC considera existente la vulneración de la libertad sindical. Según el Tribunal hay que tomar en consideración que el objeto de la ponencia se refería a una materia de inequívoca atribución legal a la negociación de la Mesa Sectorial y que no es acorde con la libertad sindical, en su vertiente de derecho a la negociación colectiva, que en virtud de un pacto de desconvocatoria de huelga, no suscrito por uno de los sindicatos convocantes, “una fase del proceso negociador se sustraiga del órgano legalmente establecido al efecto, reservándolo a un órgano creado *ad hoc*, con exclusión de uno de los sindicatos con legitimación legal para participar en él”.

7. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Falta grave de retraso injustificado en la iniciación o tramitación de los procesos o causas de que conozca el Juez o Magistrado. Concepto jurídico indeterminado. Concreción del tipo.

La STS de 25 de enero de 2000, Ar. 1329, Sala Tercera, Sección Séptima, ofrece una serie de parámetros que permiten apreciar la concurrencia de falta contemplada en el art. 418.10 de la LOPJ, en la redacción dada por la Ley Orgánica 16/1994.

Según señala la citada Sentencia, para determinar si se ha cometido o no falta grave de retraso es preciso tener en cuenta una serie de datos: en primer lugar, la situación general del Juzgado, en segundo lugar, el retraso materialmente existente y, en tercer lugar, la dedicación del Juez o Magistrado al ejercicio de sus funciones. Así mismo, la valoración del primero de los factores citados debe realizarse atendiendo al mínimo de los módulos de trabajo para Juzgados y Tribunales fijados por el Consejo General del Poder Judicial.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
EVA DESDENTADO DAROCA
BELÉN MARINA JALVO
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

XI. URBANISMO**Sumario:**

1. Planeamiento urbanístico. A) El objeto del Estudio de Detalle es colocar sobre el sitio exacto del terreno el volumen permitido por el Plan. B) La falta de exposición al público de los trabajos preparatorios de la modificación del Plan es un vicio de nulidad absoluta. C) Sobre el deber de repetir el trámite de información pública cuando en la aprobación definitiva se introduzcan modificaciones sustanciales. D) La modificación de un PERI que afecta a zonas verdes ha de ser aprobada por la autoridad autonómica.

E) Un plan especial de infraestructura para el establecimiento de una línea ferroviaria de gran velocidad es ordenación territorial. **2. Ejecución del planeamiento.** A) Polígonos y unidades de actuación. B) Sistemas de actuación. **3. Valoración en expropiaciones**

urbanísticas: momento y criterios. A) El valor catastral como valor prevalente si reúne los requisitos del artículo 145 del Reglamento de Gestión Urbanística. B) Los valores fiscales constituyen un mínimo garantizado que únicamente prevalecerán sobre el urbanístico cuando éste sea inferior y no reúna los requisitos del artículo 145 del

Reglamento de Gestión Urbanística. C) Los justiprecios convenidos no son vinculantes para valorar las fincas del entorno, si bien cuando se trate de fincas de análoga ubicación y características y estos precios convenidos jueguen en contra de la Administración no puede aceptarse su disminución. D) Consecuencias de la STC 61/1997 en la determinación del justiprecio a satisfacer. **4. Licencias de obras.** A) Otorgamiento de licencias.

B) Suspensión del procedimiento de otorgamiento de licencias. **5. Intervención en la edificación y uso del suelo.** A) Competencia sancionadora en la zona de servidumbre de protección de las costas. B) Ejercicio de la acción popular. **6. Responsabilidad patrimonial de la Administración.**

1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

A) El objeto del Estudio de Detalle es colocar sobre el sitio exacto del terreno el volumen permitido por el Plan

El Estudio de Detalle impugnado había previsto la edificación por fases permitiendo una gran libertad al diseño formal, aunque sujeto al cumplimiento de las ordenanzas; para lo

cual sería necesario presentar al Ayuntamiento, a efectos de petición de licencia, al menos un anteproyecto o proyecto básico del conjunto de la edificación de cada sector.

Pues bien, el Tribunal Supremo considera que, si no ordena volúmenes y deja esta tarea a los futuros proyectos de obra, el ED está infringiendo el art. 14.2.b) TRLS de 1976:

“(…) no lleva razón cuando afirma que la ordenación de volúmenes no sólo puede conseguirse disponiendo la exacta ubicación de los futuros edificios, sino también mediante ‘la forma o criterios estructurales a los que aquéllos se han de ajustar’. Desde luego, esta idea es equivocada porque ordenar los volúmenes es colocar sobre sitio exacto del terreno el volumen permitido por el Plan, a cuyo efecto el art. 66.2 del Reglamento de Planeamiento exige hacer un estudio comparativo de la edificabilidad del Plan y la del ED, a fin de que ni la ocupación ni la altura ni el volumen previstos en aquél se vea alterado” (STS de 3 de febrero de 2000, Ar. 337).

La consecuencia es que, si el Planeamiento superior no ordena volúmenes, mientras no exista un auténtico Estudio de Detalle que lo haga no pueden otorgarse licencias de edificación.

B) La falta de exposición al público de los trabajos preparatorios de la modificación del Plan es un vicio de nulidad absoluta

La STS de 15 de enero de 2000, Ar. 471, deshace varias confusiones sufridas por la Comunidad Foral con motivo de la aprobación de la modificación de las NNSS de Pamplona omitiendo la exposición al público de los trabajos preparatorios.

Señala el Tribunal, en primer lugar, que dicho trámite es necesario tanto en los supuestos de revisión como de modificación del planeamiento, porque en ambos casos ha de seguirse el procedimiento establecido en los arts. 124 y siguientes del RPU.

Segundo, que el citado trámite —exigido por el art. 125.1 RPU cuando dichos trabajos hubieran adquirido el suficiente grado de desarrollo que permita formular los criterios objetivos y soluciones generales de planeamiento— es diferente del previsto con carácter facultativo en el art. 116.1 RPU para recoger sugerencias y observaciones sobre las circunstancias de la ordenación.

Tercero, que no subsana esa omisión el hecho de que los recurrentes formularan alegaciones en el período de información pública abierto conforme al art. 128 RPU, porque en esa fase no se trata propiamente de la defensa de intereses particulares afectados sino de hacer efectivo el derecho de participación ciudadana reconocido en el art. 4.2 TRLS.

Es cierto, no obstante, que en atención a las circunstancias del caso, el Tribunal ha declarado en alguna ocasión (SSTS de 10 de junio de 1997 y 6 de abril de 1987) que la omi-

XI. Urbanismo

sión del trámite puede quedar subsanada por el resultado de la información pública abierta conforme al art. 128 RPU. Ahora bien, la finalidad de los mismos no es coincidente por lo que no puede sostenerse esa tesis con carácter general:

“La exposición al público prevista en el art. 125.1 RPS actúa cuando el planificador no ha mostrado todavía preferencia sobre ninguna de la opciones posibles, enriqueciendo los trabajos preparatorios con las sugerencias que los ciudadanos puedan aportar, mientras que el trámite de formación pública se proyecta sobre una decisión ya inicialmente adoptada y, en la práctica, opera más como crítica a la solución acogida que como propuesta de soluciones alternativas, por lo que, en Sentencia de 22 de febrero de 1988, esta Sala ha declarado que la infracción del art. 125.1 RPU determina la nulidad del plan aprobado. Sólo el análisis de las circunstancias de cada caso podrá excluir ese vicio de nulidad, en función de la eventual subsanación por la posterior fase de información pública, y es claro que entre esas circunstancias habrá de atenderse a la mayor o menor entidad de la alteración del planeamiento que se pretenda llevar a cabo.”

C) Sobre el deber de repetir el trámite de información pública cuando en la aprobación definitiva se introduzcan modificaciones sustanciales

Como es sabido, la introducción de modificaciones sustanciales en la aprobación definitiva, alterando las líneas generales o la estructura fundamental y orgánica del modelo de planeamiento provisionalmente aprobado, comporta la necesidad de repetir el trámite de información pública. Las siguientes Sentencias desbrozan la aparente sencillez de este principio.

Las SSTS de 31 de enero de 2000, Ar. 581, y de 28 de febrero de 2000, Ar. 2421, coinciden a la hora de precisar cómo ha de realizarse ese contraste. Dice la segunda:

“El término de comparación, a efectos de saber si las modificaciones introducidas en la aprobación definitiva son o no esenciales, no viene constituido por los terrenos de los recurrentes sino por la variación global introducida en el Plan aprobado definitivamente, con respecto a lo que fue objeto de aprobación provisional. Desde esta perspectiva, y así lo hemos dicho en repetidas ocasiones, las modificaciones individuales, por muy relevantes que sean, no constituyen, generalmente (y por su mínima entidad con respecto a la totalidad del planeamiento) término de comparación válido para enjuiciar la naturaleza y alcance de las variaciones urbanísticas introducidas.”

La STS de 1 de febrero de 2000, Ar. 586, rechaza que pueda entenderse aprobado el Plan Parcial por el hecho de que su ámbito territorial no estuviera afectado por las modificaciones que, al omitir la preceptiva información pública, originaron la anulación del Plan General. Entiende la Sala que la aprobación definitiva de un plan no es susceptible de ser compartimentada por los tribunales; aunque su anulación obedezca a defectos formales que no inciden en todo su ámbito territorial.

D) La modificación de un PERI que afecta a zonas verdes ha de ser aprobada por la autoridad autonómica

La jurisprudencia es unánime en resaltar la importancia de las zonas verdes para el adecuado desarrollo de la vida urbana, por lo que las modificaciones del planeamiento que les afecten han de ser aprobadas por las más altas instancias administrativas, vale decir hoy por la autoridad autonómica.

En esa línea, la STS de 2 de febrero de 2000, Ar. 589, anula la aprobación de un PERI por el pleno municipal, entendiendo que éste sí puede incrementar la superficie de zonas verdes prevista en el Plan General y distribuir las como estime pertinentes, pero no está habilitado para modificar la zonificación de las mismas si no es acudiendo al procedimiento específico previsto en el art. 50 TRLS de 1976.

E) Un plan especial de infraestructura para el establecimiento de una línea ferroviaria de gran velocidad es ordenación territorial

En la STS de 10 de febrero de 2000, Ar. 596, se rechaza el recurso presentado por un Ayuntamiento contra el Plan Especial de infraestructura ferroviaria, aprobado por la Generalidad para el establecimiento de una línea de gran velocidad entre Barcelona y Gerona, y la consiguiente adaptación del planeamiento general de los municipios afectados. El Tribunal Supremo rechaza que esta actuación debiera someterse a los trámites de la revisión de los planes generales del art. 157 RPU, ya que la exclusiva previsión de dicho trazado no supone adoptar nuevos criterios respecto de la estructura general y orgánica del territorio o de la clasificación del suelo por la elección de un modelo territorial distinto o por la aparición de circunstancias demográficas o económicas sobrevenidas.

Tampoco aprecia el Tribunal una vulneración de la autonomía local:

“(…) se olvida que un trazado de estas características responde a intereses supramunicipales, supraprovinciales y casi supraautonómicos, no estrictamente urbanísticos sino de ordenación del territorio. Por lo tanto, un tal proyecto no puede quedar al arbitrio de la voluntad de todos y cada uno de los municipios por los que la línea férrea discurre”.

2. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO**A) Polígonos y unidades de actuación**

La STS de 7 de febrero del 2000, Ar. 1939, va a aclarar algunos aspectos relativos al procedimiento para modificar unidades de actuación. A este respecto, el TS va a indicar que en los arts. 118.1 TRLS de 1976 y 38 RGU de 1978, este segundo como desarrollo del

XI. Urbanismo

primero, se regula un procedimiento específico para la modificación de unidades de actuación, sin embargo, matiza que dicho procedimiento no se puede utilizar contra las determinaciones del Plan General.

En este sentido, el TS señala que tal procedimiento específico “no es el idóneo para modificar o suprimir previsiones expresas establecidas en el Plan General, en extremos como alturas, retranqueos y volúmenes” (FJ 1º), ya que tales variaciones requieren que el procedimiento seguido sea la modificación del propio PGOU, y no la simple modificación de la Unidad de Actuación.

Para finalizar, y ante la pretensión de la parte recurrente de que en esta vía jurisdiccional se delimitará una nueva Unidad de Actuación en la que se subsanarán los defectos de la previamente delimitada, el TS va a dictaminar la improcedencia de dicha petición, ya que “si bien los Tribunales de este orden jurisdiccional ostentan una función revisora de la actuación administrativa que es, sin duda alguna, plena (art. 106 CE, ...),” tal función “tiene como límite no poder extenderse a sustituir a las Administraciones Públicas en el ejercicio de potestades que, conforme a los dogmas del principio de la división de poderes, sólo a ellas corresponden constitucionalmente” (FJ 7º), por lo que debe ser la Administración urbanística la encargada de delimitar una nueva Unidad de Actuación que sustituya a la anulada, sin perjuicio de que el ejercicio de esa competencia pueda ser objeto de una posterior revisión jurisdiccional.

B) Sistemas de actuación

a) Sistema de compensación

La STS de 10 de febrero del 2000, Ar. 597, va a dictaminar sobre la posibilidad de incluir en una Junta de Compensación al Estado como titular del dominio público marítimo-terrestre.

La Sentencia recurrida estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto basándose en que tal inclusión, aún consintiéndola, constituiría una imposibilidad legal, ya que la especial naturaleza del dominio público marítimo-terrestre (inalienable, imprescriptible e inembargable) hace imposible que se cumplan las previsiones que la normativa urbanística prevé para los terrenos incluidos en una unidad de actuación (cesión obligatoria, transmisión de dominio, afectación de los terrenos a las obligaciones urbanísticas, etc.) todo lo cual es incompatible con la naturaleza demanial que requeriría la previa desafectación para el cumplimiento de tales previsiones.

La parte recurrente, por otro lado, alegaba que los arts. 163.2 y 170 RGU de 1978 obligan a formar parte de la Junta a las entidades públicas titulares de bienes de dominio público incluidos en el polígono o unidad de actuación.

Pero el TS, después de transcribir el art. 163.2 RGU de 1978, va a desestimar el recurso indicando que dicho precepto debe cohonestarse con la naturaleza y características de los

bienes de dominio público, que son inalienables, inembargables e imprescriptibles, “y por lo tanto, no pueden entrar en el mecanismo urbanístico propio de la compensación ni verse afectados al cumplimiento de unas obligaciones, ni ser en su caso expropiados por la Junta de Compensación, ni estar sometidos a la titularidad fiduciaria de ésta (...), etc. Así que los bienes de dominio público natural (en este caso, la zona marítimo-terrestre) no pueden servir para ninguno de los fines propios de la urbanización” (FJ 4º).

Y concluye el TS indicando que “los artículos 163.2 y 170 del RGU deben ser interpretados en el sentido de que su alusión a los bienes de dominio público se refiere a aquellos que pueden ser afectados por la acción urbanizadora (v. gr. calles, caminos, plazas, etc.) pero no al resto de los bienes de dominio público” (FJ 4º).

b) Sistema de expropiación

El sistema de expropiación ha sido objeto de tratamiento por varias Sentencias del TS de principios del presente año.

De este modo, en su **STS de 2 de febrero del 2000**, Ar. 589, el Tribunal va a dictaminar sobre la forma de acreditación de la causa de utilidad pública que justificaría la adquisición de terrenos mediante la utilización de aquel sistema de ejecución. El problema concreto sería que la previsión de equipamiento hotelero no justificaría la obtención de suelo por ese sistema, dado que se trataría de una previsión que podría alcanzarse fácilmente utilizando los sistemas de compensación o de cooperación, faltando por tanto aquella causa de utilidad pública que requiere el sistema de expropiación.

El TS indica que “para valorar acerca de la procedencia del sistema de expropiación, hemos de atender a las determinaciones relativas al conjunto del plan y no a un aspecto parcial del mismo” (FJ 4º), lo que en el caso concreto deviene en la necesidad de acudir al sistema de expropiación, ya que en la Memoria del plan se justifica tal necesidad –que no se rebate por la parte recurrente– por la insuficiencia de la iniciativa privada para la ejecución.

Por otro lado, la **STS de 22 de enero del 2000**, Ar. 910, va a profundizar en una doctrina ya asentada anteriormente (ver al respecto la **STS de 17 de abril de 1999**, Ar. 3785) sobre la necesidad de planes especiales para la ejecución de los sistemas generales, y que si bien la sentencia arriba citada aplica expresamente al sistema de expropiación, es extensible al resto de sistemas de actuación.

A este respecto, el TS indica que:

“estos Planes Especiales para la ejecución de los sistemas generales tienen carácter potestativo, salvo que resultase impuesta su redacción por los instrumentos generales de planeamiento o éstos no contengan una regulación completa sobre usos, superficie o límites. Por tal razón, el citado artículo 17.1 del Texto Refundido establece que los Planes

XI. Urbanismo

Especiales deberán redactarse si fuere necesario, y con igual sentido e idéntico significado el mentado artículo 76 del Reglamento de Planeamiento insiste en ese carácter potestativo de los Planes Especiales” (FJ 2º).

Y termina el TS concluyendo que “lo dispuesto por los artículos 30.a) y 33.1 del Reglamento de Planeamiento, así como por el artículo 31.4 del Reglamento de Gestión Urbanística, no tiene otro alcance que el de exigir un Plan Especial cuando las circunstancias concretas del sistema lo hagan necesario, ya por no ser las determinaciones del planeamiento general lo suficientemente detalladas y minuciosas ya por venir impuesta su redacción por los referidos instrumentos generales de planeamiento” (FJ 2º).

3. VALORACIÓN EN EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS: MOMENTO Y CRITERIOS

A) El valor catastral como valor prevalente si reúne los requisitos del artículo 145 del Reglamento de Gestión Urbanística

En este sentido recuerda la STS de 18 de noviembre de 1999, Ar. 633, (FJ 1º):

“(…) según doctrina constante de este Tribunal, (...) el valor catastral no es, al igual que los restantes valores fiscales a que se refiere el artículo 105 de la Ley del Suelo, un mínimo garantizado, sino que opera como valor prevalente frente a cualquier otro siempre y cuando reúna los requisitos del artículo 145 del Reglamento de Gestión Urbanística, es decir, que desde la fecha de valoración no hubieran transcurrido cinco años y que las condiciones de uso y volumen consideradas se correspondan con las del planeamiento vigente en el momento de la valoración (...)”.

B) Los valores fiscales constituyen un mínimo garantizado que únicamente prevalecerán sobre el urbanístico cuando éste sea inferior y no reúna los requisitos del artículo 145 del Reglamento de Gestión Urbanística

Aspecto íntimamente relacionado con el abordado en el apartado anterior, que la STS de 13 de noviembre de 1999, Ar. 853, se ocupa de darnos buena cuenta de esta reiterada jurisprudencia en su FJ 3º donde recoge:

“(…) según lo establecido por el artículo 108, párrafo segundo del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, los valores fiscales constituyen un mínimo garantizado que únicamente deben prevalecer sobre el urbanístico cuando éste fuese inferior, y así lo ha considerado la Sala del Tribunal Supremo, (...) en sus sentencias (...) salvo que el valor fijado a los efectos de Contribución Territorial Urbana reuniese los dos requisitos establecidos por el artículo 145 del Reglamento de Gestión Urbanística, en cuyo caso, según lo establecido por el artículo 105.1 del citado Texto Refundido, constituye valor urbanístico preferente y decisivo (...)”

C) Los justiprecios convenidos no son vinculantes para valorar las fincas del entorno, si bien cuando se trate de fincas de análoga ubicación y características y estos precios convenidos jueguen en contra de la Administración no puede aceptarse su disminución

Así lo hace notar la STS de 19 de noviembre de 1999, Ar. 634, FFJJ 4º y 5º:

“Es cierto que este Tribunal Supremo tiene reiteradamente dicho que los justiprecios convenidos no son vinculantes para las fincas del entorno (cfr. por todas, STS de 20 de diciembre de 1994) (...)

Ahora bien, lo primero que hay que subrayar es que se interpreta mal esta doctrina jurisprudencial si se olvida que en muchos casos lo que con ella se trata de evitar es, precisamente, que, al socaire de estos acuerdos (...) pueda la Administración imponer un precio contrario al valor real para las fincas del entorno que sean análogas a la convenida. (...)

Por eso se hace necesario contemplar también el problema por su envés: convenio que atribuye un precio razonablemente justo a una finca, y expropiado de finca vecina y de iguales características a la que, por el contrario se le ha fijado un precio manifiestamente inferior al convenido con el titular de aquella otra. (...) supuesto (...) al que también ha tenido que hacer frente la jurisprudencia de nuestra Sala, que tiene dicho que el precio ofrecido por la Administración a otros expropiados, con los que llegó a un convenio, obliga a ella misma también en lo que le perjudique. En este sentido (...) la STS de 1 de diciembre de 1986.”

D) Consecuencias de la STC 61/1997 en la determinación del justiprecio a satisfacer

Un ejemplo de esta incidencia lo es la STS de 30 de octubre de 1999, Ar. 848, que, en base al artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, casa la Sentencia recurrida en la que se estimaba que el acuerdo de expropiación municipal estaba legitimado por el ordenamiento jurídico, entonces aplicable, por cuanto aquellos preceptos han devenido inconstitucionales. Así, tras establecer que los preceptos aplicables son los del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976,

“ya que el Tribunal Constitucional en su referida Sentencia (...) anuló también la disposición derogatoria única 1 en lo relativo al Real Decreto 1346/1976 (...) de manera que éste recuperó vigencia en aquellas materias no reguladas por las normas subsistentes del nuevo Texto Refundido de 1992, entre las que no se encuentra la expropiación por los Ayuntamientos de los solares o fincas en situación de venta forzosa al haber sido incluidos en el Registro Municipal de Solares de Edificación Forzosa (...)” (FJ 4º), y que según éstos también procedía la expropiación, indicó que “el justiprecio a satisfacer no puede estar limitado al cincuenta por cien del aprovechamiento, como preveía el régimen jurídico declarado inconstitucional (...), de manera que tal expropiación es conforme a derecho según lo establecido en el artículo 158.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, pero ha de ajustarse íntegramente al régimen jurídico contemplado en este ordenamiento y, por consiguiente, a lo establecido, en cuanto al justiprecio, por los artículos (...)” (FJ 4º).

4. LICENCIAS DE OBRAS

A) Otorgamiento de licencias

a) Régimen jurídico aplicable

La STS de 28 de marzo de 2000, Ar. 1849, define, siguiendo la doctrina de la Sala expresada en la Sentencia de 25 de mayo de 1998, cuál es el régimen jurídico aplicable al procedimiento de otorgamiento de las licencias cuando se han operado cambios normativos en su tramitación. A tal efecto señala como tal el vigente en la fecha en la que se produjo la solicitud cuando la Administración se ha retrasado injustificadamente en dictar resolución. En el caso enjuiciado, esta fecha coincide con la vigencia de la anterior Ley de Costas, por lo que se permite la construcción de una vivienda unifamiliar emplazada en la servidumbre de protección, edificación no incompatible con la citada normativa de 1969.

b) Competencia de los arquitectos para la elaboración de los proyectos técnicos que acompañan a las solicitudes de licencias de obras

Para el TS, en su Sentencia de 3 de febrero de 2000, Ar. 336, la competencia para firmar el proyecto técnico que ha de presentarse en las solicitudes de licencias de construcción de edificios destinados a vivienda ha de corresponder a los arquitectos, y no a los ingenieros agrónomos, aún cuando la obra proyectada forme parte de una explotación agrícola.

A juicio de la Sala, el criterio determinante de la competencia de los distintos profesionales técnicos para la redacción de los referidos proyectos ha de ser el de la “accesoriedad” existente entre las distintas partes de las construcciones, exigiendo, para que la competencia pueda trasladarse a otro técnico diferente del arquitecto, que “la vivienda, edificio o caso no suponga un fin por sí misma, sino que esté dispuesta en función de una obra mayor de ingeniería en la que se integre para servirla” (STS de 28 de octubre de 1988, así como la doctrina de este mismo Tribunal nacida para los casos de instalaciones eléctricas –Sentencias de 8 de abril de 1980, 4 de mayo de 1983, 13 de octubre de 1984, 9 de junio de 1986 y 22 de marzo de 1990–).

c) Autonomía municipal

La STS de 26 de enero de 2000, Ar. 160, estima respetuoso con la autonomía municipal el artículo 58.2 del TRLS de 1976, en cuanto que impone un informe preceptivo y vinculante de la Comisión Provincial de Urbanismo para las Corporaciones Locales.

El FJ 7º de la citada decisión considera que:

“El control que por medio del acto aquí impugnado ha hecho la Comisión Provincial de Urbanismo es un control de legalidad (es decir, sobre si en el caso concurren o no los requisitos establecidos en el artículo 58.2 del TRLS), control que en absoluto es contrario

al principio de autonomía municipal, tal como en materia de aprobación de planes urbanísticos tiene establecido este Tribunal Supremo (v. gr. Sentencias de 18 de mayo de 1998, 6 de abril de 1998, 23 de marzo de 1998, 26 de febrero de 1998 y 16 de febrero de 1998, entre otras muchas).”

d) Aspectos que debe comprobar la Administración autorizante

El control que define la actividad municipal autorizatoria de edificaciones no puede limitarse, como ponen de manifiesto las SSTs de 21 de febrero de 2000 (Ar. 1956 y 1957), “(...) a comprobar la documentación presentada con la solicitud”, sino que ha de exigir de la Administración una apreciación “de la realidad del estado de cosas que existe en el momento en que se debe otorgar la licencia, para determinar si la misma se acomoda o no a las normas establecidas para garantizar el interés público, que justifica la sumisión a un control”, siendo “nula, así, una licencia que declara que el acto proyectado se acomoda a las normas de planeamiento cuando su control demuestra que en realidad no se ajusta a ellas, pero también lo es una licencia que, como en el caso, considera conforme al plan de ordenación un proyecto que, en efecto, es conforme a él, pero que no se corresponde con la realidad”, decayendo, en ese momento, “el presupuesto de hecho que podía determinar la concesión de la autorización”, siendo el vicio “imputable a la licencia y no a las obras de construcción cuando el Ayuntamiento no ha comprobado la acomodación del proyecto a la realidad y ha autorizado algo que no podía autorizar”.

e) Procedimiento de concesión de licencia en suelo no urbanizable

En la STS de 24 de enero de 2000, Ar. 478, diferencia claramente las dos autorizaciones que es necesario tramitar y obtener para poder realizar una edificación en suelo clasificado como no urbanizable.

El FJ 2º de la citada sentencia considera que:

“(...) tratándose de construcciones en suelo no urbanizable son necesarias dos diferentes autorizaciones, la de la Comisión Provincial de Urbanismo, prevista en los artículos 85.1.2ª y 43.3 TRLS, y la licencia municipal, exigida por el artículo 178.1 de la misma Ley. La obtención de la primera no prejuzga la de la segunda por lo que, en lógica consecuencia, la firmeza de aquélla no impide impugnar la licencia municipal si se estima que se ha concedido con infracción de la normativa urbanística de aplicación al caso”.

B) Suspensión del procedimiento de otorgamiento de licencias

a) Efectos del acuerdo de suspensión del otorgamiento de licencias

En la STS de 28 de enero de 2000, Ar. 579, se matiza, en orden a garantizar los derechos de los interesados, el alcance de la medida de suspensión del otorgamiento de licencias, previsto en el artículo 27 TRLS de 1976.

XI. Urbanismo

Después de señalar que esta media tiene como efecto la “no tramitación ni resolución de ninguna solicitud de licencia de parcelación de terrenos o edificación mientras subsista la medida cautelar, quedando afectadas por ello no sólo las peticiones formuladas después de la publicación de la suspensión sino también las anteriores”, considera que esta regla se modula en atención a la regulación del silencio positivo en materia de licencias, de tal manera que la suspensión “(...) surte sus efectos interruptores sobre todas las peticiones formuladas con anterioridad, salvo, a) sobre las que hayan podido dar lugar a la obtención de licencia por silencio administrativo positivo y b) aquellas que hayan sido presentadas lo menos 3 meses antes de la publicación de la suspensión, aunque no se haya producido respecto de las mismas el efecto del silencio positivo” (FJ 5º).

b) Posibilidad de impugnar indirectamente el acuerdo de suspensión del otorgamiento de licencias

La STS de 31 de enero de 2000, Ar. 582, admite la posibilidad de impugnar, de manera indirecta, a través de los actos de aplicación de los mismos, los acuerdos de suspensión de la tramitación de las licencias urbanísticas.

Ello se deriva de la naturaleza jurídica de los citados acuerdos que, según la doctrina de la Sala expresada en la Sentencia de 7 de noviembre de 1988, “(...) aunque no pueden considerarse en rigor como disposiciones administrativas de carácter general, inciden mediatamente sobre las normas urbanísticas que en otro caso serían de aplicación para verificar la procedencia de las licencias de edificación solicitadas y en este punto participan de la naturaleza reglamentaria de aquéllas”.

5. INTERVENCIÓN EN LA EDIFICACIÓN Y USO DEL SUELO

A) Competencia sancionadora en la zona de servidumbre de protección de las costas

Siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, expresada en la Sentencia de 4 de julio de 1991, relativa al enjuicimiento de la constitucionalidad de algunos preceptos de la Ley de Costas 22/1988, la STS de 2 de febrero de 2000, Ar. 558, declara la incompetencia de las autoridades estatales, concretamente en el supuesto enjuiciado de la demarcación de Costas de Murcia, en primer lugar, y la del Director General de Puertos y Costas, en recurso de alzada, para regular y controlar, a través de expedientes sancionadores, la zona de servidumbre de protección de las costas, que, aunque aledaña al dominio público marítimo estatal, está fuera del mismo, por lo que dicha facultad ha de corresponder a la Comunidad Autónoma.

B) Ejercicio de la acción popular

En su Sentencia de 25 de enero de 2000, Ar. 574, el TS, interpreta el principio de proscripción de abuso del Derecho aplicándolo al ejercicio de la acción popular que en

materia urbanística reconoce el artículo 235 TRLS de 1976. La violación de dicho principio es argumentada por el recurrente en el recurso de casación seguido contra la Sentencia del Tribunal de Justicia de Castilla y León, que, estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto, en ejercicio de dicha acción, contra una licencia de construcción concedida por el Ayuntamiento de Vega de Espinareda a su favor, anuló la misma.

Recordando su anterior decisión de 22 de enero de 1980, el TS considera que dicho axioma debe operar en el ámbito de la acción pública, lo que no se da cuando de su ejercicio no resulta beneficio alguno para la comunidad, sino exclusivamente el daño de una tercera persona. No obstante, expresa la Sala que no es presupuesto para aquilatar la buena fe de quien ejerce esta acción “que se reaccione contra todas y cada una de las ilegalidades que hubieran podido cometerse”, Si bien, continúa el Tribunal, “ha de apreciarse con cautela todo intento de desacreditar la actuación de quien acciona al amparo del artículo 235 TRLS innovando en su contra la existencia de móviles espurios o torticeros porque por encima de ellos se encuentra el beneficio que para la comunidad resulta de que acabe prevaleciendo la legalidad urbanística”, entiende que dicha circunstancia no se da en el caso enjuiciado, ya que el impugnante ha reaccionado contra las dos construcciones más cercanas a su propiedad.

6. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

En el período de tiempo considerado en esta crónica, el TS ha dictado dos importantes decisiones en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de actos administrativos urbanísticos.

En la **STS de 17 de febrero de 2000**, Ar. 1951, se estima el derecho de los recurrentes a obtener la reparación económica de los daños y perjuicios que les ocasionó la ejecución subsidiaria de una orden de demolición de un edificio de su propiedad, ya que dicha orden fue declarada ilegal por prescripción de las facultades administrativas, ya que la demolición fue decretada en 1964 y no se efectuó hasta 1989. Y ello a pesar de que la construcción se había erigido sin licencia y no era legalizable.

Para el Supremo:

“Al declararse ilegal la demolición se está reconociendo que (con licencia o sin ella, legalizable o no) el edificio debió seguir en pie, o mejor, que los propietarios tenían derecho a que el edificio no se derribara, y consiguientemente, a usar de él en la forma que el ordenamiento jurídico prescribe.

Existe, pues, el derecho a una indemnización (artículo 40 de la LRJAE), en cuanto al acto ilegal ha producido una lesión indemnizable.”

XI. Urbanismo

En la segunda decisión, la **Sentencia de 7 de marzo de 2000**, Ar. 2731, el TS entiende producidos los requisitos que dan lugar al resarcimiento por parte de la Administración, en este caso el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria. El Consistorio había informado favorablemente sobre un proyecto urbanístico solicitado por una entidad inmobiliaria; no obstante, la licencia para su construcción fue posteriormente denegada, de manera presunta, por el mismo órgano local.

La Sala razona que el daño efectivo que se produjo a la entidad inmobiliaria se deriva de la información urbanística erróneamente facilitada por la entidad local, lo que determinó que la misma, en base a ella, acometiese unos gastos para la adquisición del terreno y posterior construcción de instalaciones que no pudieron ser ejecutadas. . Por consiguiente, “(...) la incorrecta información facilitada [era inexacta y contraria al planeamiento entonces vigente] –que condicionó los gastos e inversiones realizados– hay que entenderla como un funcionamiento anormal de la Comisión Municipal de Urbanismo que ha motivado los perjuicios –o lesión patrimonial– reconocidos por la Sentencia combatida”.

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) Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: utilización de los bienes de dominio público. Carácter oneroso de los mismos. B) Composición del dominio público: el dominio público comprende el suelo. C) Utilización de los bienes de dominio público. D) Utilización de los bienes de dominio público. Configuración de la utilización por parte de los ciudadanos de los bienes de uso público. E) Utilización de los bienes de dominio público. Carácter oneroso de los usos especiales y privativos. **3. Aguas continentales.** A) Abastecimiento a poblaciones. B) Aguas subterráneas. C) Comunidades de Regantes. D) Infracciones. E) Régimen económico-financiero. **4. Aguas marítimas.** A) Extensión del demanio marítimo. B) Deslinde. C) Régimen sancionador. D) Titularidad y competencias sobre el demanio marítimo. E) Puertos. **5. Carreteras: estaciones de servicio. Articulación de autorizaciones. 6. Minas: diversas cuestiones sobre concesiones mineras. 7. Patrimonio cultural: Bienes de Interés Cultural.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia constitucional aparecida hasta el BOE de 4 de mayo de 2000 y la ordinaria aparecida en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi hasta completar todo el examen de la jurisprudencia de 1999.

2. BIENES LOCALES

A) Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: utilización de los bienes de dominio público. Carácter oneroso de los mismos

La STC 106/2000, de 4 de mayo, ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto a la constitucionalidad de diversos artículos de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de Haciendas Locales, que regulan los precios públicos por la utilización o aprovechamiento

to del dominio público. Dicha Sentencia se dicta como consecuencia de diversas cuestiones de inconstitucionalidad presentadas por varias Salas de lo Contencioso-administrativo de Tribunales Superiores de Justicia. El motivo fundamental de impugnación reside en la infracción de los principios de reserva de ley tributaria contenido en la Constitución y que afectaría a las regulaciones de los cánones previstas en las Ordenanzas, en la medida que estas normas carecen de ese rango. El Tribunal rechaza las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas contra los artículos 41, 45 y 48 de la citada norma, al afirmar que la reserva de ley de los artículos 31 y 133 de la Constitución no es absoluta, sino que permite la colaboración del reglamento, especialmente en las prestaciones como los precios públicos. En la Sentencia mencionada se reitera la doctrina contenida en STC 233/1999, de 16 de diciembre, que también se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley de Haciendas Locales.

B) Composición del dominio público: el dominio público comprende el vuelo

En la STS de 8 de febrero de 2000, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 779, se señala que el vuelo sobre la vías públicas municipales no es una *res communis omnium* o una *res nullius*, sobre la que la Entidad local carezca de competencias, sino que forma parte del dominio público municipal y es, por ello, que por su utilización privativa o aprovechamiento especial puede exigirse un canon, conforme a lo dispuesto en los artículos 41.a) y 117 de la Ley de Haciendas Locales de 1988.

C) Utilización de los bienes de dominio público

Sobre los bienes de uso público son posibles utilizaciones especiales y privativas. En la STS de 25 de enero de 2000, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 575, se parte de que en un Plan Parcial se consideran como parques de uso público, diversos espacios libres, entre los que se encuentra la parcela discutida, que además es de cesión obligatoria. Sobre estos terrenos, que se han declarado ya de titularidad municipal en la Sentencia que se pretendía casar, se quería construir un Kiosko-terraza; posibilidad que es permitida por las Ordenanzas del Plan parcial. Dado el supuesto de hecho, para el Tribunal resulta correcto que el Ayuntamiento proceda a la convocatoria de licitación para el otorgamiento de la oportuna concesión administrativa, según el artículo 78 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales. Incluso, podría el Ayuntamiento, aunque no fuese de dominio público en ese momento todavía, plantear la concesión administrativa de carácter temporal, a través de la oportuna licitación, como así lo hizo, lo cual no está prohibido por el Reglamento de Bienes citado.

D) Utilización de los bienes de dominio público. Configuración de la utilización por parte de los ciudadanos de los bienes de uso público

Los bienes destinados al uso público conllevan la utilización de los mismos por todos los ciudadanos. Ese uso individual realizado por cada uno de ellos no se configura como un derecho que pueda ser oponible frente a una desafectación del bien o variación del uso. En

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

este sentido, en la STS de 13 de diciembre de 1999, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 9540, se afirma que por mucho tiempo que el demandante haya usado la vía pública de que se trata como paso para vehículos, ningún derecho adquirido puede deducir de tal hecho, porque los bienes de dominio público son inmunes frente a la posesión continuada de los particulares, que en ningún caso puede originar para los poseedores la adquisición de derechos reales por usucapión (arts. 132 de la Constitución, 80 de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 y 5 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986). Además, las licencias de vado son revocables por circunstancias de interés público. En el caso concreto el Ayuntamiento había procedido a peatonalizar una calle, decisión que conllevaba que el recurrente no tenía acceso a su cochera con el vehículo y que se dictaba dentro del marco de las competencias que le atribuye la legislación vigente a los Ayuntamientos.

No obstante, estas decisiones, que conllevan la revocación de licencias de vados por circunstancias de interés público y que implican unos nuevos criterios de apreciación, exigen el resarcimiento de los daños y perjuicios que se causen a su titular, como resulta del artículo 16.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955. Indemnización que no fue solicitada por el recurrente.

E) Utilización de los bienes de dominio público. Carácter oneroso de los usos especiales y privativos

La utilización de los bienes destinados a un uso público sólo es gratuita en los casos en que se esté ante un uso común general; en los supuestos de uso común especial y privativo del suelo, vuelo y subsuelo se abonará un canon a su titular. Su establecimiento constituye un mecanismo para obtener medios económicos para el cumplimiento de sus fines y debe ser decidido por la Entidad local, de acuerdo con los principios de autonomía y suficiencia financiera municipal previsto en los artículos 137 y 142 de la Constitución. STS de 8 de febrero de 2000, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 779.

Existe una forma especial de calcular el canon cuando la utilización de los bienes de uso público sea realizada por empresas explotadoras de servicios de suministros que afectan a la generalidad o una parte importante de sus habitantes. El montante del canon consiste, en todo caso, y sin excepción alguna, en el uno y medio por ciento de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal dichas empresas, de conformidad con lo establecido en la Ley de Haciendas Locales. Dicha forma de cuantificar el canon sustituye las liquidaciones concretas que, en otro caso, resultarían procedentes, sin que por otra parte sea admisible diferenciar entre zonas donde el referido suministro se produce con la efectiva ocupación del dominio público municipal, a través de las instalaciones aéreas o subterráneas en la vía pública, y aquellas otras zonas donde las líneas de transporte de energía discurren por terrenos particulares. En consecuencia, no resulta posible girar liquidaciones para la colocación de postes y apertura de zanjas, que son el antecedente indispensable a la ocupación efectiva. STS de 28 de enero de 2000, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 2.

Finalmente, la incidencia de la STC 233/1999, de 16 de diciembre, sobre la constitucionalidad de la Ley de Haciendas Locales es analizada en la STS de 8 de febrero de 2000, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 779.

3. AGUAS CONTINENTALES

A) Abastecimiento a poblaciones

En la STS de 31 de enero de 2000, Ar. 376, se estima incorrecta la autorización dada a un Ayuntamiento para derivar el caudal de una fuente con destino a la mejora del abastecimiento de aguas potables de la población. No puede desconocerse la existencia acreditada de un aprovechamiento adquirido por prescripción de 20 años en favor de un particular, y que éste usaba para riego (art. 149 Lags. de 1879). De ese modo, habrá que incoar el correspondiente expediente de expropiación de aprovechamiento, al ostentar el abastecimiento carácter preferente sobre el riego (art. 161 Lags. de 1879), lo que no se ha hecho en este caso.

B) Aguas subterráneas

Conforme al art. 66 de la Lags., el Organismo de cuenca puede otorgar autorizaciones para investigación de aguas subterráneas, con el fin de determinar la existencia de caudales aprovechables, previo el trámite de competencia entre los proyectos concurrentes. En la STS de 16 de diciembre de 1999, Ar. 9737, se apela a ese precepto para estimar no conforme a derecho una denegación de autorización que solicitó una empresa, ya que de la prueba practicada resulta la imposibilidad de afección entre el sondeo solicitado y otros sondeos a 2 km de distancia, y porque además concurrió información pública, y trámite de competencia de proyectos.

En la STS de 24 de enero de 2000, Ar. 658, recordando jurisprudencia anterior (SSTS de 9 de diciembre de 1997, Ar. 9515, crónica XII.4.E del núm. 1 de esta Revista, y de 30 de marzo de 1998, Ar. 2837, crónica XII.3.G del núm. 2 de Justicia Administrativa), se procede a considerar válidas unas Resoluciones por las que se autorizaba a varios peticionarios a realizar obras de investigación de aguas subterráneas en la provincia de Albacete. El argumento de sobreexplotación de acuíferos alegado por la entidad recurrente carece de virtualidad para invalidar los permisos de investigación, aunque pueda tenerla para impedir el otorgamiento de nuevas concesiones de aprovechamiento, y ello por aplicación del art. 171 del RDPH.

Por otro lado, en la STS de 8 de marzo de 2000, Ar. 966, se entiende válida la concesión de aguas subterráneas otorgada a un Consorcio y a la que se oponía un Ayuntamiento. Partiendo de doctrina jurisprudencial anterior (SSTS de 9 de marzo y 30 de junio de 1998, crónicas XII.3.G del núm. 2 de Justicia Administrativa, y XII.3.A del núm. 3 de esta Revista) y en aplicación del art. 68 y DT Sexta de la Lags., que prescriben que a falta de PHC se otorgarán las concesiones en atención a la existencia de caudales suficientes y a la no afección a captaciones anteriores legalizadas, el TS estima que en este caso estamos ante una potestad reglada, de modo que dadas esas condiciones la concesión ha de otorgarse.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

C) Comunidades de Regantes

Una Comunidad de usuarios puede prohibir el uso del agua a un comunero, mientras éste no satisfaga las deudas que tenga pendientes con la Comunidad por gastos de mejora y distribución de aguas (art. 75.4 Lags.), y además si así se dispone en las Ordenanzas, los síndicos que durante su mandato incurran en morosidad perderán dicha condición (STS de 25 de marzo de 1999, crónica XII.3.A del núm. 6 de esta Revista). Partiendo de la jurisprudencia sentada en esa Sentencia, en la **STS de 8 de marzo de 2000**, Ar. 965, se considera válida el acta de la Junta General Extraordinaria de 30 de septiembre de 1987 celebrada por una Comunidad de Regantes, los nombramientos de los cargos directivos habidos en ésta, así como los acuerdos en ella tomados sobre gastos por la construcción de dos pozos y su puesta en explotación.

D) Infracciones

Derivar aguas públicas de sus cauces sin autorización constituye infracción administrativa según el art. 108.b) de la Lags. Por **STS de 19 de enero de 2000**, Ar. 130, se resuelve un caso en el que partiendo de ese precepto se había abierto expediente sancionador a una empresa que había realizado derivaciones de agua con destino al riego de unas fincas. La Resolución del MOP que resuelve dicho expediente declara prescrita la infracción, pero impone a la empresa denunciada la obligación de abonar más de cuatro millones por daños causados al dominio público hidráulico. Según el TS, deben interpretarse los arts. 33 y 35 del Reglamento de Policía de las Aguas de 1958 (aplicable en aquel momento), (y equivalentes a los actuales arts. 108 y 110 del RDPH) en el sentido de que la reparación de los daños y perjuicios ocasionados es independiente de la sanción.

E) Régimen económico-financiero

En la **STS de 7 de febrero de 2000**, Ar. 1637, se considera válida la Resolución del TEAC que anula las liquidaciones de la DGOH sobre tarifas de riego y canon de regulación del subsistema Generalísimo-Loriguilla para 1985 giradas a la Comunidad de Regantes de Racaña, ya que era preciso distinguir entre antiguos y nuevos regadíos, puesto que éstos debían soportar mayor carga al ser también mayor el beneficio recibido de la regulación, y además porque no cabía imputar dentro de la liquidación los costes en relación a la construcción del embalse de Loriguilla [art. 4.a) del Decreto 133/1960 en relación con el art. 3 del Decreto 144/1960], no porque hubieran prescrito, sino porque dicho embalse se realizó según el art. 12 de la Ley de 7 de julio de 1911 (“Ejecución por cuenta exclusiva del Estado”), de manera que sólo son computables respecto de dicho pantano los apartados b), c) y d) del mencionado art. 4.

Sobre una cuestión similar pueden consultarse las SSTS de 19 de mayo de 1998 y de 18 de septiembre de 1999 (crónicas XII.3.F del núm. 3 de esta Revista, y XII.3.F del núm. 7 de Justicia Administrativa).

Conforme al art. 2 de los Decretos 133/1960 y 144/1960, los objetos de la tasa de riego y del canon de regulación son respectivamente el uso de las aguas para el riego, y las

mejoras que origina la regulación de los cursos de agua sobre los regadíos y otros usos que se benefician con obras ejecutadas por el Estado o por sus Organismos autónomos con o sin auxilio de los interesados. En la **STS de 7 de febrero de 2000**, Ar. 1638, se apela a estos preceptos para entender incorrecta la liquidación girada a la Comunidad de Regantes Acequia Real del Júcar, para 1985, en relación al subsistema Alarcón. En efecto, dado que el Pantano de Alarcón se sufragó íntegramente por los usuarios, entre los que se encuentra dicha Comunidad de Regantes, no concurre el hecho imponible que permitiría imponer la tarifa de riego y el canon de regulación para ese período.

Por otro lado, la **STS de 18 de febrero de 2000**, Ar. 785, estima correctas las liquidaciones giradas a la Junta Representativa de los Hacendados de la Huerta de Murcia en concepto de canon de regulación y tasa de riego en relación a los embalses de Fuensanta, Talave y Alfonso III para 1984, y no prospera el argumento aducido por dicha entidad acerca de que los regadíos tradicionales no han de ser gravados con esas exacciones, a través del Decreto 144/1960 (y posteriormente por la Lags. y el RDPH). Como afirma el TS, la Junta de Hacendados también se beneficia de las mejoras derivadas del sistema de regulación a través de la red de pantanos construidos, de manera que le es exigible el abono aunque se refiera a regadíos tradicionales (los existentes antes de 1933). (Una jurisprudencia parecida puede hallarse en la STS de 17 de septiembre de 1999, crónica XII.3.F del núm. 7 de esta Revista.)

Aunque respecto a otra entidad (en este caso se trataba del “Juzgado Privativo de Aguas de Callosa de Segura”) y a otro ejercicio (1989), en la **STS de 26 de febrero de 2000**, Ar. 1652, se vuelve a reiterar la idea de que los regadíos tradicionales no están exentos del canon de regulación cuando se benefician por la construcción de embalses. De este modo, no cabe entender que el art. 5 del Decreto de 25 de abril de 1953 dispensa del abono de esta exacción.

Uno de los principios que informan nuestro ordenamiento jurídico es el de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE). De esta premisa se parte en la **STS de 2 de marzo de 2000**, Ar. 1053, para llegar a la conclusión de que las liquidaciones giradas al Ayuntamiento de Murcia por la CH del Júcar en concepto de canon de regulación para 1986 no son conformes a derecho. La aprobación de las tarifas se realizó después del cobro, de forma que cuando éste se produjo no existía la norma en cuya virtud se practicaron las liquidaciones del canon de regulación, lo que es contrario al art. 9.3 CE.

Por último, es de destacar la **STS de 26 de febrero de 2000**, Ar. 1653, que partiendo de jurisprudencia anterior (así, STS de 27 de marzo de 1998, crónica XII.3.I del núm. 2 de *Justicia Administrativa*), considera válida la liquidación de canon de vertido para 1990 girada por la CH del Norte a una empresa papelera que contaba con autorización provisional de vertido conforme a la Orden de 23 de diciembre de 1986. Según el TS la no existencia en ese momento de PHC no es impedimento para que la Administración concrete la exacción de acuerdo con lo preceptuado en la Lags. y en el RDPH, y además, de la con-

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

jugación del art. 92 con el art. 105 Lags. de 1985 resulta que no sólo cabe exigir el canon de vertido a las autorizaciones definitivas. (Téngase en cuenta que actualmente estos preceptos de la Lags. toman una nueva redacción por Ley 46/1999, de 13 de diciembre.)

4. AGUAS MARÍTIMAS

A) Extensión del demanio marítimo

Son los artículos 3 a 6 de la actual Ley de Costas de 1988 los que fijan el alcance del demanio costero, situándose dentro del mismo, y entre otros elementos, las playas. Por ello, para que una determinada zona pretenda ser categorizada como tal y, a su derivación, pretenda considerarse incluida entre los bienes que integran aquél, deberá responder al concepto que de las mismas otorga el artículo 3.1.b) de ese texto, esto es, deberá tratarse de una “zona de depósito de materiales sueltos, tales como arenas, gravas y guijarros, incluyendo escarpes, bermas y dunas, tenga o no vegetación, formada por la acción del mar o del viento marino y otras causas naturales o artificiales”; respuesta que no se da en el supuesto enjuiciado por la **STS de 3 de febrero de 2000**, Ar. 322.

Por supuesto, va de suyo entender que cualquiera de los bienes que integran el dominio público costero participan de las características inherentes a la institución: inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad; características estas que, tal y como se encarga de destacar la **STS de 10 de febrero de 2000**, Ar. 597, impiden la consideración de cualquiera de ellos en los proyectos de compensación urbanística, así como, en buena lógica, la inclusión de la Administración estatal, en cuanto que su titular, en las Juntas encargadas de proceder a la misma.

B) Deslinde

Es cuestión suficientemente conocida que, de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente (artículo 13 de la Ley de Costas de 1988), el deslinde del demanio marítimo-terrestre declara la posesión y la titularidad dominical en favor del Estado de todos los bienes que, a su consecuencia, queden calificados de tal modo. No era así, sin embargo, en la normativa anterior –Ley de Costas de 1969– en la que el ejercicio de tal potestad por parte de la Administración en ningún momento prejuzgaba declaraciones de propiedad, ni siquiera la posesión estatal de fincas o derechos amparados por una inscripción en el Registro de la Propiedad en favor de particulares. De todos modos, esa titularidad dominical privada preferente nunca había de identificarse con un derecho patrimonial absoluto, toda vez que las necesidades que imponía la protección efectiva del demanio natural (reconocidas expresamente en el artículo 132 de la Constitución) obligaban a respetar lo dispuesto por el legislador en torno al régimen especial inherente a su aprovechamiento, determinando en realidad aquélla como un derecho real atípico, limitado en función de la existencia de tal regulación. Todo lo anterior explica que la **STS de 23 de noviembre de 1999**, Ar. 1371/2000 –en la línea interpretativa ya fijada por el

Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Costas en la muy conocida Sentencia 149/1991— considere plenamente justificada por la existencia de esos límites la conversión de la anterior titularidad dominical en la obtención de una concesión sobre los aprovechamientos existentes y el derecho preferente a la misma sobre los derechos que pudieran generarse en un futuro, siendo además compensación suficiente por la pérdida de aquella primera. Sin embargo —no ha de perderse de vista— esta interpretación es válida desde la entrada en vigor de la Ley de Costas vigente y nunca desde antes, por lo que cualquier intromisión administrativa precedente en aquellos enclaves privados y su explotación por parte de los poderes públicos es, hasta esa fecha, justificativa del reconocimiento de responsabilidad patrimonial en favor de los particulares, habida cuenta el enriquecimiento injusto del que aquéllos han gozado sin título alguno.

C) Régimen sancionador

La realización de obras en zonas de estricto dominio público marítimo-terrestre o afectadas por la imposición de una servidumbre de protección, así como el cierre de parcelas sujetas a una servidumbre de tránsito sin la existencia de un título administrativo previo que las permita son actuaciones que tanto el ordenamiento jurídico anterior como el vigente vienen considerando constitutivas de sendas infracciones administrativas y, en cuanto tales, acreedoras de la correspondiente sanción. Sanción que, en la práctica totalidad de ocasiones, y por una mera cuestión de economía procedimental, suele venir acompañada de la obligación de reponer las cosas a su primitivo estado, aunque esta última encomienda en ningún caso deba considerarse como una medida punitiva, constituyendo, por el contrario, una obligación derivada en sí misma del acto de alteración del estado de las cosas querido por el ordenamiento, con independencia de que la misma reúna las circunstancias objetivas y subjetivas necesarias para su calificación como infracción e, incluso, al margen de que ésta pudiera haber prescrito. Así se encargan de recordarlo las SSTs de 25 de enero y de 21 de febrero de 2000, Ar. 317 y 796, respectivamente.

D) Titularidad y competencias sobre el demanio marítimo

El hecho de que el demanio marítimo sea estatal no significa, ni mucho menos, que las Comunidades Autónomas no dispongan asimismo, en los términos en que las contemplan sus Estatutos de Autonomía, de competencias para actuar sobre aquél. Tal sería el caso, sin ir más lejos, de la habilitación —reconocida expresamente por el Tribunal Constitucional— de que disponen para regular y controlar las zonas de protección o de servidumbre aledañas al dominio público en sentido estricto, tal y como recuerdan las SSTs de 2 y 28 de febrero de 2000, Ar. 558 y 1545.

A *sensu contrario*, sin embargo, las facultades estatales sobre el mismo sirven para dar paso a la intervención de tal nivel público en el ejercicio de algunas competencias autonómi-

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

cas e incluso, locales, cuales son, por ejemplo, las relacionadas con el urbanismo. Así, el artículo 117.1 de la vigente Ley de Costas impone la participación informativa de la Administración del Estado en la aprobación inicial del planeamiento territorial y urbanístico, y a la misma y a su debido respeto se refiere el FD 5º de la STS de 24 de enero de 2000, Ar. 477.

E) Puertos

No es necesario en una nueva ocasión 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, la revisión del 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 5 de febrero de 2000, Ar. 1634.

Por otra parte, y de acuerdo con lo que en su momento estableció el artículo 6 de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, no hay que perder de vista que las personas naturales o jurídicas que ejercen actividades navieras tendrán la condición de electores de las mismas, viniendo en este orden de consideraciones obligados —y así se ha encargado de recordarlo el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 12 de junio de 1996— a integrarse en las mismas, siempre de manera obligatoria y nunca facultativa. Tal es el sentido en el que se manifiesta también la STS de 24 de febrero de 2000, Ar. 1658.

5. CARRETERAS: ESTACIONES DE SERVICIO. ARTICULACIÓN DE AUTORIZACIONES

En relación con esta materia, es preciso hacer referencia a la STS de 16 de febrero de 2000, Ar. 1540, que confirma la decisión del TSJ de Madrid de 1992 y desestima la pretensión de una particular de considerar interpretados erróneamente algunos preceptos (arts. 15.1.4 y 16.1.4) del RD 645/1988, de 24 de junio, que aprobó el Reglamento para el suministro y venta de gasolinas y gasóleos de automoción.

La cuestión que afecta a la materia de carreteras no es directa, pero tiene aquí una cierta importancia, pues se refiere a la interpretación que es preciso dar a ciertas normas jurídicas cuando existe una concurrencia de autorizaciones otorgadas por diferentes Administraciones, una de las cuales se refiere a carreteras.

La mencionada articulación autorizatoria se refiere a que, para la inscripción en el Registro de instalaciones de venta al por menor de gasolinas y gasóleos de automoción (gasolineras), se requiere que previamente se hayan otorgado las autorizaciones sobre carreteras (reguladas en la legislación específica relativa a esta materia, que para las áreas de servicio y gasolineras exige este requisito) y las correspondientes licencias municipales.

La recurrente cuestionaba que las autorizaciones de carreteras pudieran estar a nombre de persona distinta del titular, y que las licencias debieran ser definitivas. Sin embargo, el TS confirma el criterio del Tribunal de instancia y considera que los citados preceptos del RD 645/1988 deben interpretarse de un modo flexible, de manera que para la inscripción en el mencionado Registro la autorización de carreteras no tiene por qué estar a nombre de la misma persona y la licencia municipal puede ser provisional.

Así es como debe entenderse la articulación autorizatoria, donde la relativa a carreteras es una de las existentes.

6. MINAS: DIVERSAS CUESTIONES SOBRE CONCESIONES MINERAS

La primera Sentencia a comentar es la **STS de 27 de enero de 2000**, Ar. 255, que confirma la decisión del Tribunal de instancia, que desestimó un recurso interpuesto por una empresa contra la concesión que la Administración autonómica vasca había otorgado a otra empresa.

El apelante había solicitado un permiso de investigación para recursos minerales que pertenecían a la Sección C del art. 3 de la Ley de minas de 1973 (Ley 22/1973, de 21 de julio), pero esta petición fue desestimada por silencio administrativo. Por ello, no tiene ningún derecho adquirido sobre la zona minera objeto aquí de litigio. Además, se ha acreditado una actividad minera por la empresa titular de la concesión y no existe igualmente una caducidad de ésta.

Por otra parte, la segunda de las Sentencias a comentar es la **STS de 4 de febrero de 2000**, Ar. 377, de nuevo confirma el criterio de la Sentencia apelada, que consideraba correcta la tramitación por la Xunta de Galicia de un expediente de concesión directa de una explotación minera a una empresa, frente a las pretensiones de otros particulares.

Se trataba aquí de recursos de la Sección C del art. 3 de la Ley de minas de 1973, donde se había otorgado una concesión de explotación de acuerdo con la Disposición Transitoria Cuarta de la citada Ley, al tratarse de la transformación de una concesión de la Sección A de la Ley de minas de 1944 (“Rocas”) a una de la Sección C de la nueva Ley de 1973. Para el TS, la empresa acredita aquí la titularidad de los derechos mineros y además la transformación de la concesión de la legislación antigua a la actual se produjo dentro del plazo de dos años que establece la citada Disposición Transitoria.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

En este caso, el TS considera que la pizarra debe incluirse, por sus características y su modo de explotación, en la Sección C del art. 3 de la Ley de minas de 1973.

Por último, esta doctrina confirma la sentada por el TS en otros pronunciamientos anteriores sobre casos muy similares a partir de 1995, incluso con el mismo apelante, algunas de los cuales ya fueron comentadas en la presente revista (en concreto, las dictadas desde 1998: SSTs de 21 de octubre, de 12 de noviembre y de 15, 16 y 21 de diciembre de 1998, Ar. 10128, 10248, 10132, 10134 y 10135, respectivamente –Ver núm. 5 de esta Revista, pág. 208, que se refiere a casi todas ellas–). O también la de 30 de marzo de 1999, Ar. 4224 (ver núm. 6 de esta Revista, pág. 216).

7. PATRIMONIO CULTURAL: BIENES DE INTERÉS CULTURAL

En relación con esta materia, hay que hacer referencia a la STS de 2 de febrero de 2000, Ar. 788, que acepta el criterio del TSJ gallego en su Sentencia de 27 de marzo de 1992 y desestima el recurso interpuesto por una particular contra la decisión de la Administración relativa a la construcción de un inmueble en el casco antiguo de una localidad, declarado conjunto histórico-artístico desde 1973.

El objeto de controversia es un informe de la Comisión Territorial del Patrimonio Histórico-Artístico de Lugo, que impuso a la apelante determinadas condiciones en el edificio, en cuanto a número de alturas y características de la construcción.

Pues bien, el TS estima que se se ha aplicado correctamente lo establecido en el artículo 20 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de patrimonio histórico, pues el proyecto presentado supone una alteración de la edificabilidad. En concreto, al no haberse aprobado todavía el Plan Especial de Protección de la zona, el otorgamiento de licencias precisaba resolución favorable de la Administración competente en materia de patrimonio cultural, donde el citado art. 20, en su apartado 3, establece además que “no se permitirán alineaciones nuevas, alteraciones en la edificabilidad, parcelaciones ni agregaciones”.

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) Concepto de residuo y de residuo peligroso. B) Incumplimientos de Estado en determinadas Directivas. **3. Actividades clasificadas.** A) La ampliación o reforma de una actividad exige su calificación conforme al Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas. B) Legitimación de cualquier vecino afectado por una actividad para impugnar el otorgamiento de la licencia. C) Emplazamiento de actividades mineras a 2.000 metros de los núcleos de población agrupada: arts. 4 y 20 del RAC. D) Aplicación en las actividades clasificadas del silencio positivo regulado en el art. 33.4 del RAC. **4. La evaluación de impacto ambiental en las restauraciones o reparaciones de grandes presas. 5. Residuos. Legalidad del art. 5.2 del RD 782/1998 sobre envases y residuos de envases. 6. Especies protegidas. Caza y pesca.** A) Pesca fluvial. Ilegalidad del art. 7.2.a) del RD 1095/1989, de 8 de septiembre, en cuanto sanciona el ejercicio de la pesca en épocas de celo, reproducción y crianza. B) Absolución por el TS de la condena impuesta por la Audiencia con base en el artículo 335 del CP por cazar dos jilgueros. Duda sobre la constitucionalidad del precepto. **7. Aguas continentales: zonas húmedas. 8. Aguas marítimas.** A) Puertos. **9. Montes: construcción y mejora de pista forestal.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia comunitaria aparecida durante los meses de mayo, junio y julio del año 2000, la ordinaria publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi del año 2000 entre los números 1 y 1550 y la jurisprudencia constitucional desde el BOE de 18 de mayo al de 20 de junio de 2000.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

A) Concepto de residuo y de residuo peligroso

La STJCE de 15 de junio de 2000, recaída en los asuntos acumulados C-418/97 y 419/97, resuelve una compleja cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial de los Países Bajos en relación al concepto de residuo utilizado por la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, modificada posteriormente por la Directiva 91/156/CEE del Consejo, de 18 de marzo de 1991.

El problema se plantea en el asunto C-418/97 a partir de la solicitud por parte de una empresa de la autorización para la exportación a otro país de una sustancia que puede operar como combustible para la fabricación de cemento. En el asunto C-419/97, a partir de la solicitud de una empresa de utilizar restos de maderas para generar electricidad. Las negativas generan un proceso judicial y en el mismo el planteamiento de la cuestión prejudicial. Estamos en los dos supuestos ante lo que serían operaciones de “valorización” de residuos en el caso real de que se tratara de residuos, obviamente. La consideración de ambas sustancias como residuos llevaría consigo determinadas exigencias previstas en la Directiva que utilizamos.

Pues bien, en la Sentencia comentada se niega que el hecho de que exista un proceso de valorización de una sustancia sea algo que demuestre inequívocamente que esa sustancia es un residuo. Igualmente tampoco es indicio de que nos encontremos ante un residuo el que la sociedad lo considere como tal, eso será meramente un indicio. La existencia real de un residuo en el sentido de la Directiva debe verificarse, dice el Tribunal, a la luz de un conjunto de circunstancias teniendo en cuenta el objetivo de la Directiva y velando por que no se menoscabe su eficacia.

En la Sentencia de 22 de junio de 2000, recaída en el asunto C-318/98, se resuelve una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal italiano dirigida a obtener una interpretación del artículo 1, apartado 4, de la Directiva 91/689/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1991, relativa a los residuos peligrosos y de la Decisión 94/904/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, por la que se establece una lista de residuos peligrosos en virtud del precepto citado de la Directiva.

En el caso concreto se trata de un procedimiento penal dirigido en Italia contra una serie de directivos y trabajadores de una industria a los que se imputa el vertido de un residuo calificado como peligroso por la normativa italiana. La cuestión reside en que el residuo concreto no aparece en la lista de la Decisión precitada y la pregunta al Tribunal consiste en saber si los Estados están vinculados estrictamente por esa lista o tienen capacidad de aumentarla. La respuesta del Tribunal de Justicia consiste en afirmar la posibilidad de los Estados de incluir nuevos residuos peligrosos y adoptar, por tanto, medidas de mayor protección con el fin de prohibir el abandono, el vertido y la eliminación incon-

trolada de tales residuos. Caso de proceder así el Estado, sus autoridades competentes lo deben notificar a la Comisión.

B) Incumplimientos de Estado en determinadas Directivas

Tres Sentencias recogemos a estos efectos. En la **STJCE de 25 de mayo de 2000**, recaída en el asunto C-384/99, la República Helénica recibirá una condena del Tribunal por haber incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 7, apartado 1, 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. En concreto el reproche consiste en no haber establecido programas de reducción de la contaminación que incluyan objetivos de calidad respecto a las sustancias peligrosas pertenecientes a la lista II, primer guión del Anexo de la citada Directiva. Recordando alguna jurisprudencia anterior (cfr., entre otras, la Sentencia de 21 de enero de 1999 Comisión/Bélgica, asunto C-207/97), y respondiendo a la línea de defensa de Grecia, el Tribunal indica que dichos programas deben constituir un enfoque global y congruente, que tenga el carácter de una planificación concreta y articulada que abarque la totalidad del territorio nacional y que se refiera a la reducción de la contaminación causada por todas las sustancias de la lista II pertinentes en el contexto nacional de cada Estado miembro, en relación con los objetivos de calidad de las aguas receptoras fijados en los mismos programas. Eso quiere decir que estos programas se distinguen claramente tanto de un programa general de saneamiento como de un conjunto de medidas puntuales encaminadas a reducir la contaminación de las aguas.

El asunto C-307/98, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas con el Reino de Bélgica, dará lugar a la **STJCE de 25 de mayo de 2000**, por la que se condena a Bélgica por no haber cumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 4 apartado 1 de la Directiva 76/160/CEE del Consejo, de 8 de diciembre de 1975, relativa a la calidad de las aguas de baño. El incumplimiento consiste en excluir del ámbito de aplicación de esta Directiva numerosas zonas de baño en aguas interiores y no haber adoptado en el plazo de diez años indicado por la Directiva las medidas necesarias para que la calidad de las aguas de baño se ajuste a los valores límite fijados en virtud del artículo 3 de la Directiva y no haber conseguido los resultados exigidos por ésta.

En el cuerpo de la Sentencia el Tribunal rechaza la alegación de Bélgica de que el incumplimiento se derivaba de actuaciones específicas de la Región valona. Continuando con su doctrina tradicional, el Tribunal indica que los problemas de índole constitucional interno no son óbice para el cumplimiento de las obligaciones comunitarias. Igualmente se niega la discrecionalidad de los países para excluir del concepto de aguas de baño –y, por tanto, de la aplicabilidad de la Directiva– lugares en los que tradicionalmente ha habido análisis y controles de calidad de sus aguas puesto que son frecuentados por bañistas.

Finalmente, la **Sentencia de 6 de julio de 2000**, recaída en el asunto C-236/1999, opone a la Comisión contra el Reino de Bélgica. Bélgica será condenada por incumplimiento de las obligaciones que le incumben en función de lo indicado en el artículo 17 de la

Directiva 91/271/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1991, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas, al comunicar a la Comisión un programa de ejecución de la directiva que no se atiene a lo dispuesto en ésta en lo que respecta a la región de Bruselas-Capital.

En concreto se trata de los vertidos de la aglomeración de Bruselas al río Senne designado en la normativa aplicable como zona sensible lo cual quiere decir que conforme a la Directiva debía instalarse un sistema colector de las aguas residuales a más tardar el 31 de diciembre de 1998 y las aguas ser objeto de un tratamiento secundario y de un tratamiento adicional del nitrógeno y del fósforo antes de su vertido al río y en la misma fecha indicada. Sin embargo, la región de Bruselas ha aprobado la realización de esas actuaciones pero con la fecha de 2003.

El Tribunal condena esta actuación rechazando, de paso, que los esfuerzos aducidos por el Gobierno belga en los últimos treinta años para “preservar la unidad del Estado y los principios de base del Estado de derecho” constituyan circunstancias excepcionales que puedan llevar a calificar el hecho del retraso como de fuerza mayor y, por lo tanto, justificarlo. Se trata, con otra veste, de la clásica alegación de los Estados en relación a su estructura institucional interna que no tiene éxito frente al Tribunal de Justicia.

3. ACTIVIDADES CLASIFICADAS

A) La ampliación o reforma de una actividad exige su calificación conforme al Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (RAC)

En su Sentencia de 19 de enero de 2000, Ar. 327, el TS, confirmando la sentencia del TSJ de Galicia, determina que la ampliación o transformación de una industria o actividad con licencia otorgada con anterioridad a la entrada en vigor del RAC exige nueva calificación conforme al procedimiento regulado en el mismo en aplicación de su Disposición Transitoria Tercera y la primera de la instrucción para su aplicación de 15 de marzo de 1963.

Se trataba en este caso de un surtidor de petróleo agrícola que pasa a ser utilizado para expender gasóleo C para calefacción. Produciéndose con tal circunstancia un incremento del volumen de ventas y del número de usuarios.

B) Legitimación de cualquier vecino afectado por una actividad para impugnar el otorgamiento de la licencia

La legitimación para ser oído en los expedientes administrativos de actividades clasificadas e impugnar las resoluciones que se dicten, incluido el otorgamiento de la licencia, se extiende a todo vecino que se considere perturbado por el ejercicio de la actividad y no

sólo a los vecinos inmediatos al lugar de emplazamiento. Según confirma en su FJ 2º la Sentencia de casación de 26 de enero de 2000, Ar. 334.

C) Emplazamiento de actividades mineras a 2.000 metros de los núcleos de población agrupada: artículos 4 y 20 del RAC

En dos de las Sentencias de la presente entrega el TS va a contemplar la aplicación del art. 4 del RAC en cuanto a la extensión o no a las actividades mineras de la prohibición inicial para instalar industrias fabriles peligrosas o insalubres a menos de 2.000 metros de los núcleos de población agrupada.

a) De las canteras a cielo abierto que utilicen explosivos en su explotación

En la Sentencia de 31 de enero de 2000, Ar. 375, dictada por la Sección Tercera, el TS reitera la doctrina anterior de la Sentencia de 8 de marzo de 1996, que transcribe en su FJ 5º, siguiendo también la sentada en otras Sentencias posteriores objeto de comentario en los números 2, 5 y 8 de esta Revista.

En el caso presente se trata de la autorización de apertura de un frente de explotación a cielo abierto de una cantera calificable en principio de actividad peligrosa por la utilización de explosivos. Regla general de emplazamiento que debe aplicarse —entiende el TS— con independencia de que sea o no fabril *stricto sensu*. Admitiendo que las excepciones del art. 20 del RAC que permiten una limitación de dicha distancia sólo podrán aplicarse cuando se eliminen o atenúen los riesgos que determinan su calificación como actividades peligrosas.

b) En relación a la extracción de caliza de la clase C

La Sentencia de 25 de enero de 2000, Ar. 662, dictada por la Sección Cuarta, flexibiliza la doctrina anterior al hilo del caso concreto, aplicando en este caso el régimen flexible que permite el art. 20 del RAC (FJ 7º), con amparo también en la línea seguida por anteriores Sentencias de la Sala que cita en su FJ 3º. El razonamiento que justifica la decisión se asienta en que se trata de una explotación minera que está en un lugar determinado que no puede alterarse. Por lo que el régimen de distancias aplicable, entiende el TS, no puede ser el mismo que cuando se trata de instalaciones de industrias fabriles peligrosas en las que se puede elegir el lugar de instalación.

D) Aplicación en las actividades clasificadas del silencio positivo regulado en el art. 33.4 del RAC

Reitera el TS en las Sentencias de 25 de enero y 8 de febrero de 2000, Ar. 576 y 380, la doctrina sentada en numerosas ocasiones de que no opera el silencio positivo en el otorgamiento de licencias para actividades clasificadas nada más que a través del procedimiento regulado en el art. 33.4 del RAC en el que se exige la doble denuncia de mora. E, independientemente, matiza en la primera de ellas, de que se trate de una obra mayor o menor requerida para la instalación de un kiosko-terracea bar.

4. LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL EN LAS RESTAURACIONES O REPARACIONES DE GRANDES PRESAS

El TS en la **Sentencia de 9 de febrero de 2000**, Ar. 341, califica como dudosa –a efectos dialécticos, entendemos– la necesidad de evaluación de impacto ambiental cuando se trata de la restauración de una presa que además no afecte a la población, diferenciando así entre restauración y construcción de la misma. Supuesto último de la construcción para el que expresamente se exige en el art. 2.1.b) del RD Legislativo 1302/1986, de 28 de junio.

Calificando como defecto no invalidante la falta de programa de Vigilancia Ambiental que prescribe el art. 2.1.c) del RD citado.

5. RESIDUOS. LEGALIDAD DEL ARTÍCULO 5.2 DEL RD 782/1998, SOBRE ENVASES Y RESIDUOS DE ENVASES

Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el art. 5.2 del RD 782/1998, de 30 de abril, por el que se aprobó el Reglamento para el desarrollo y ejecución de la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases, por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras con base en una presunta lesión del principio de jerarquía normativa y de la normativa comunitaria, va a ser desestimado por el TS en la **Sentencia de 19 de enero**, Ar. 20, al entenderlo ajustado a derecho.

Los argumentos de la recurrente pretendían, según parece desprenderse de la sentencia, que el art. 5.2 debió fijar en términos absolutos la cantidad de residuos de envases a reducir antes del 30 de junio de 2001 y no establecer una reducción en términos relativos mediante la fórmula desarrollada en el mismo en función de porcentajes sobre la producción, lo que a su parecer infringía lo dispuesto en el art. 5.c) de la Ley 11/1997 y la Directiva 94/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de diciembre de 1994.

El TS entenderá por contra que el precepto respeta los mandamientos legales que no prescriben tampoco una reducción concreta de cantidades a reducir de estos residuos. Entendiendo que se cumplen adecuadamente las exigencias legales por cuanto la reducción de envase debe armonizarse con la política comercial, en la misma proporción en que la defensa del medio ambiente (art. 45 CE) y la libertad de mercado (art. 38 CE) tienen que coexistir. Y que los objetivos de reducción se consiguen también a través de otros mecanismos, como el reciclado y la reutilización de envases, establecidos tanto en la Ley como en el RD.

6. ESPECIES PROTEGIDAS. CAZA Y PESCA

A) Pesca fluvial. Ilegalidad del artículo 7.2.a) del RD 1095/1989, de 8 de septiembre, en cuanto sanciona el ejercicio de la pesca en épocas de celo, reproducción y crianza

Planteada la cuestión de ilegalidad del art. 7.2.a) del RD 1095/1989, de 8 de septiembre, por el que se declaran las especies objeto de caza y pesca y se establecen normas para su protección, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla y León en cuanto a la tipificación como sanción del ejercicio de la pesca en épocas de celo, reproducción y crianza, que regula *ex novo* dicho precepto sin amparo en norma con rango de Ley, el TS, aceptando dicho planteamiento, declaró haber lugar a la cuestión de ilegalidad aceptando en tal sentido la infracción por el precepto del principio de legalidad en materia sancionatoria.

El TS en su **Sentencia de 22 de febrero de 2000**, Ar. 973, estima la falta de cobertura legal del precepto en la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres siguiendo, entre otros argumentos, la doctrina sentada por el TC en la Sentencia 102/1995, dictada para resolver los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra dicha Ley, y su propia doctrina en relación a la extensión de la competencia de las CCAA en la materia y que ha sido objeto de comentario en las Revistas números 7 y 8.

B) Absolución por el TS de la condena impuesta por la Audiencia con base en el artículo 335 del CP por cazar dos jilgueros. Duda sobre la constitucionalidad del precepto

La **Sentencia de 8 de febrero de 2000**, de la Sala de lo Penal, del TS, Ar. 311, declara haber lugar al recurso interpuesto y absuelve al recurrente, que había sido condenado con base en el art. 335 del CP como autor de un delito relativo a la protección de la fauna por cazar dos jilgueros en la provincia de Almería al carecer de la preceptiva licencia de la Junta de Andalucía. Autorización especial para cazar dicha especie de la que, sin embargo, disponía en la CA de Murcia.

El TS estima el recurso interpuesto por infracción de Ley al considerar que la conducta enjuiciada no es subsumible en el tipo delictivo objeto de acusación. Tipo que sanciona la caza o pesca de especies no autorizadas, pero no la caza de especies autorizadas en lugares, momentos o modos no permitidos por la norma administrativa al carecer de la oportuna licencia. Supuesto que estima podrá ser objeto en su caso de sanción administrativa pero no incurso en el ilícito penal del art. 335 del CP de indebida aplicación al caso (FJ 7°).

Son muy destacables de esta Sentencia las reflexiones que el TS realiza en los FFJJ 3° a 5° y que le llevarán a poner en duda la constitucionalidad del art. 335 del CP al entender que el tipo descrito en el mismo puede no cumplir los requisitos que la doctrina constitucional exige para aceptar la constitucionalidad de los tipos penales parcialmente en blanco como el presente: 1° que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; 2° que la Ley penal contenga el núcleo esencial de la prohibición, y 3° que sea satisfecha la exigencia de certeza con la

suficiente concreción de la conducta calificada de delictiva.

A pesar de que el TS al analizar en qué medida el precepto cumple los parámetros de la doctrina constitucional va llegando a la conclusión de la falta de respeto de los mismos, no aceptará plantear la cuestión de inconstitucionalidad en la medida en que encuentra resolución al conflicto con base en argumentos de legalidad como hemos comentado al principio. Pero en cualquier caso encontramos en dicha Sentencia argumentos sólidos para su planteamiento con ocasión de un supuesto adecuado o para fundar un posible recurso de amparo.

7. AGUAS CONTINENTALES: ZONAS HÚMEDAS

Según resulta del art. 103.2 de la Lags., toda actividad que afecte a zonas húmedas requiere autorización o concesión administrativa. En la **STS de 28 de enero de 2000**, Ar. 372, el supuesto debatido se refería precisamente al entubamiento del tramo de un arroyo que afectaba a una zona húmeda. El TS entiende en esta ocasión que la decisión de la CH del Duero de denegar la solicitud de entubamiento y de obligar a la demolición de las obras iniciadas es procedente por cuanto del informe del órgano autonómico ambiental competente se podía deducir claramente el importante menoscabo que para el hábitat se ocasionaría de llevarse a cabo dicha actuación.

El argumento aducido por los recurrentes de que se ha aplicado un precepto inconstitucional es incorrecto, ya que el art. 13 de la Ley 6/1992, de 18 de diciembre, de Castilla y León, de protección de los ecosistemas acuáticos y de la pesca, fue declarado inconstitucional por el TC (STC 110/1998, FJ 7º; vid. crónica XIII.5 del núm. 2 de esta Revista) sólo en lo relativo a la expresión vinculante. De esta forma, cabe contar –como se ha hecho– con el informe ambiental autonómico, junto con otros datos cuando se emite la Resolución definitiva para otorgar una autorización de encauzamiento por la Administración competente, que en este caso es el Organismo de cuenca.

8. AGUAS MARÍTIMAS

A) Puertos

Es de general conocimiento la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional de acuerdo con la cual corresponde al Estado, como competencia exclusiva ex artículo 149.1.23ª de la Constitución, el establecimiento de la legislación básica sobre protección del medio ambiente –entendida ésta como la fijación de una legislación de mínimos que asegure el establecimiento de un común denominador general a respetar en todo el territorio español–, quedando por su parte las distintas Comunidades Autónomas habilitadas, en la

XIII. Medio Ambiente

medida en que lo recojan sus respectivos Estatutos, para proceder al desarrollo legislativo y ejecución de aquélla, así como al establecimiento de medidas adicionales de protección que supongan un plusvalor respecto de la misma.

La normativa estatal reguladora de la Evaluación de Impacto Ambiental es, precisamente, uno de esos bloques normativos estatales que cumplen la función de mínimos ambientales, de manera que las previsiones en ella recogidas y, más concretamente, los proyectos que, de acuerdo con la misma, deban ser sometidos a ese procedimiento controlador de sus efectos sobre el medio ambiente no pueden, de ninguna manera, verse exonerados de tal fiscalización. Dentro de los mismos, y en lo que nos interesa, se encuentran los puertos deportivos (apartado 8 del Anexo del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio), sin ninguna otra especificación; circunstancia esta última que sirvió de argumento a la Presidencia del Gobierno de la Nación para defender la inconstitucionalidad de la Ley del Parlamento de Canarias 11/1990, de 13 de julio, de Prevención del Impacto Ecológico, y más concretamente de los apartados 16 y 29 del anexo I y 3 y 7 del anexo III, conforme a los cuales sólo los puertos deportivos con capacidad para albergar cien o más embarcaciones se verían sometidos a tal evaluación, bastando para el resto la realización de una evaluación detallada de impacto ecológico.

No es éste, sin embargo, el parecer que expresa nuestro Alto Tribunal en la **STC 90/2000, de 30 de marzo** (BOE de 4 de mayo de 2000), quien, efectuando una comparación entre los contenidos que las respectivas normas dan a cada una de las categorías jurídicas indicadas concluye en la identidad sustancial existente entre ambas. Parafraseando sus argumentos,

“el hecho de que la legislación canaria contemple tres categorías de evaluación que, de mayor a menor intensidad son la evaluación básica de impacto ecológico, la evaluación detallada de impacto ecológico y la evaluación de impacto ambiental (...) no es óbice para que el simple contraste que hemos llevado a cabo entre el contenido de la normativa básica del Estado y el de la normativa autonómica permita llegar a la conclusión de que las previsiones contenidas en la segunda son respetuosas con la primera. Una y otra, en efecto, coinciden en los aspectos esenciales del estudio, como son la descripción del proyecto, los efectos previsibles sobre el medio ambiente, las medidas previstas para reducir o eliminar los efectos negativos, las medidas de vigilancia ambiental y el resumen y conclusiones del estudio” (FJ 7º), para concluir en el FJ 8º que “si la Ley 11/1990 ha diversificado en tres niveles de evaluación un elemento de la protección medioambiental que en la legislación básica del Estado se presenta con carácter unitario, cabe estimar que tal desarrollo normativo, justificado a juicio del legislador canario tanto por la fragilidad ecológica peculiar del archipiélago como por la considerable incidencia que pueden tener pequeños proyectos, es respetuoso con aquella legislación básica, y por tanto la diversificación no redundará en una menor protección del medio ambiente”. De todo ello se deriva, obviamente, la desestimación del recurso de inconstitucionalidad.

9. MONTES: CONSTRUCCIÓN Y MEJORA DE PISTA FORESTAL

En materia de montes, hay que mencionar la STS de 31 de enero de 2000, Ar. 668, que confirma la anulación de unos acuerdos municipales que autorizaban las obras de construcción y mejora de unas pistas forestales, y también la de unos acuerdos de la Administración autonómica cántabra que autorizaban e informaban favorablemente las obras de varias de estas pistas. Se estima que estos últimos no contaban con los informes previos pertinentes sobre impacto ambiental.

El argumento clave de fondo en esta Sentencia se contiene en su Fundamento Jurídico Tercero, donde se afirma que se ha infringido el artículo 4 del Convenio de Berna de 19 de septiembre de 1979, sobre conservación de la vida silvestre y del medio natural de Europa, ratificado por España en 1986, en relación con el art. 3 del Real Decreto 34/1989, de 18 de mayo, por el que se aprueba el plan de recuperación del oso pardo en Cantabria.

Pues bien, la Administración que otorgó las autorizaciones sí que admite la necesidad de que exista un informe sobre impacto ambiental, en relación con el extremo antes mencionado. Pero la discrepancia fundamental se centra en cuándo debe emitirse este informe: antes o después del acuerdo de realización de las obras. La Administración entiende que puede realizarse antes, como de hecho aquí sucedió.

Pero el TS entiende que para que el informe pueda cumplir su finalidad, éste debe ser anterior a la adopción del acuerdo, por lo que en esta ocasión estima que la Administración actuó incorrectamente, y procede pues a confirmar la anulación de los actos impugnados.

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. Denominaciones de origen.**

A) Denominación de origen cava. B) Sanción por utilización indebida de denominación. **3. Libertad de empresa y unidad de mercado. 4. Mercado de valores. 5. Pesca.**

A) Reglamento autonómico de la actividad pesquera. B) Ordenación de la actividad pesquera en la Zona Atlántico Norte. C) Ayudas. Sujeción a la normativa comunitaria.

6. Precios. A) Precios públicos de las entidades locales. B) Márgenes de productos farmacéuticos. **7. Tribunal de Defensa de la Competencia.** A) Consejo General de la Abogacía Española. Abogados. Publicidad. Restricciones a la competencia. B) Distribución de gas. Posición de dominio. Exigencia de pago a cuenta. Incrementos de precios. Obligación de negociar. C) Restricciones verticales. Distribución selectiva. Perfumes y cosmética de lujo. D) Pacto de no competencia. Pacto de no competencia sin limitación temporal. Pacto de no competencia sin limitación geográfica. Prejudicialidad penal. E) Taxi. Acuerdo de contingentar las licencias.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Para la elaboración del presente número se han analizado las Sentencias del Tribunal Constitucional 92/2000 a 149/2000, y las del Tribunal Supremo de los meses de octubre a diciembre no incluidas en el número anterior.

2. AGRICULTURA. DENOMINACIONES DE ORIGEN**A) Denominación de origen cava**

La regulación de la denominación de origen Cava y la de su Consejo regulador ha sido un tema conflictivo. La STS de 13 de octubre de 1999, Ar. 9512, al tener que resolver un nuevo recurso en la materia, en este caso frente la Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de 11 de noviembre de 1991, concretamente contra sus artículos 1, 4 y 23, se ve obligada a recordar este camino conflictivo para situar con precisión el objeto de la litis que debe resolver.

De esta forma la Sentencia citada nos recuerda que la anterior Orden de 27 de febrero de 1986, relativa a la denominación Cava, fue anulada por las Sentencias de 14 de marzo y 17 de julio de 1989 por vulnerar el contenido del Decreto de 23 de marzo y la Orden de 27 de julio de 1972. La declaración de nulidad se fundó en el hecho de que la Orden de 1986 reservó la denominación de Cava a los vinos espumosos de calidad, añadiéndose que tales vinos debían estar producidos “en región determinada”. De esta forma se restringía el uso de la denominación Cava, al admitirla únicamente respecto de los vinos que se elaboraran en las zonas relacionadas en el Anexo de la Orden. Esta limitación, según la doctrina jurisprudencial, carecía de cobertura normativa.

Con posterioridad se aprobó el Reglamento 3043/89, CE, el cual, al referirse a los vinos espumosos de calidad producidos en región determinada y conocidos con la denominación Cava, especificó que se reconocerían como nombre de las perspectivas regiones la que hubieran sido delimitadas y reguladas por los Estados miembros correspondientes antes del 1 de marzo de 1986. Por tanto, la norma comunitaria reintroducía el posible límite de la denominación a criterios territoriales.

La Sentencia que comentamos señala, no obstante, que el contenido de la norma comunitaria no permite entender que sea válida la enumeración de zonas contenida en la Orden de 1991. Basa su razonamiento en que un Auto de 5 de octubre de 1992, dictado en ejecución de la Sentencia de 14 de marzo de 1989, había declarado que la Orden de 1991 no se adecuaba a lo resuelto con carácter ejecutorio por la Sentencia de 14 de marzo de 1989.

Como se comprueba, los antecedentes del litigio que se plantea en la **Sentencia de 13 de octubre de 1999** son especialmente complejos. Pues bien, en la Sentencia de 1999 se resuelve el recurso de casación interpuesto por la entidad “Bodegas de crianza de Castilla la Vieja”, frente a la desestimación del recurso interpuesto por la misma ante la Audiencia Nacional, recurso que integra dos cuestiones diversas.

Por un lado se reproduce el debate sobre la corrección o no de la delimitación de la región a los efectos de poder reconocer la denominación de Cava, y en este punto el Tribunal Supremo estima el recurso al entender que:

“la delimitación de dicha región efectuada en la Orden impugnada, lo mismo que la que verificó la anterior Orden de 27 de febrero de 1986, no se adecua a lo dispuesto en el Estatuto del Vino de 1970, desarrollado reglamentariamente en 27 de julio de 1972, quebrantando con ello el principio de jerarquía normativa e introduciendo una injustificada discriminación al excluir de la región determinada en las mismas aquellos lugares en los que se pueda haber venido produciendo vinos espumosos que reuniesen los requisitos exigidos para ser considerados como ‘cava’, sin que considere esta Sala que justifica la posición contraria la pretendida aplicación de los Reglamentos de la Comunidad Europea estableciendo disposiciones específicas relativas a los vinos de calidad producidos en regiones determinadas, y, en especial, la de los de 16 de marzo de 1987 y 19 de junio de 1989, parcialmente modificados a su vez, aunque esa modificación no afecte al tema que ahora

XIV. Derecho Administrativo Económico

se debate, por el de 26 de junio de 1996”. Añadiendo, poco después, que “tampoco puede, por otra parte, mantenerse el criterio sentado en la resolución recurrida de que el éxito en la impugnación de la delimitación de la región prefijada como productora del ‘cava’ haya de estar condicionada a la existencia de un cierto número de empresas productoras en la misma. Semejante postura no se aviene con lo ya establecido en el Estatuto del Vino de 1970, el Reglamento que lo desarrolla, las normas de la CE vigentes, ni tampoco con la precisa doctrina jurisprudencial de esta Sala”. Se reafirma, pues, de forma clara, la doctrina sobre los límites para la calificación de los vinos espumosos como “cava”.

La segunda cuestión planteada era la impugnación de la negativa a que la empresa recurrente utilizara la denominación de cava para sus vinos, y en este punto el Tribunal Supremo desestima el recurso, al entender que la empresa no poseía los requisitos exigibles.

B) Sanción por utilización indebida de denominación

Impuesta una sanción por utilización indebida de la denominación vino espumoso, al comercializarse 60.000 botellas como vino espumoso fabricadas antes de obtener la certificación de inscripción en el Registro 7 del método tradicional, se recurre sosteniendo que con anterioridad al Acta de inspección se había solicitado la inscripción en el Registro.

El **Tribunal Supremo**, en la **Sentencia de 14 de diciembre de 1999**, Ar. 9559, desestima el recurso, al entender que lo trascendente es la fecha de inscripción en el Registro, que debe ser previa a la fabricación del vino.

La existencia de la solicitud de inscripción sí se tiene en cuenta a los efectos de graduar la sanción, lo que de hecho ya fue reconocido por la Administración, que aplicó la sanción en su grado mínimo.

3. LIBERTAD DE EMPRESA Y UNIDAD DE MERCADO

El Decreto de la Generalidad de Cataluña 361/1992, por el que se reglamentó la utilización de máquinas recreativas y de azar, se impugnó en primera instancia por la Asociación Española de Empresarios de Máquinas Recreativas. La entidad recurrente solicitó que se declarase la nulidad por infracción del principio de reserva de ley y legalidad, violación del principio de unidad de mercado, del principio de seguridad jurídica y del de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Al resolver el recurso de casación interpuesto frente a la desestimación del recurso de primera instancia, el **Tribunal Supremo**, en la **Sentencia de 21 de diciembre de 1999**, Ar. 1737, se refiere al principio de unidad de mercado al recoger el FJ 7º de la Sentencia recurrida, y formular un nuevo FJ 9º.

El razonamiento del Tribunal de instancia, que recoge el Tribunal Supremo, se basó en lo establecido en las SSTC 88/1986 y 52/1988, Sentencias que reconocen el derecho de

las Comunidades Autónomas a regular las características que debe reunir un producto, o los materiales o el régimen de fabricación de artículos que se han de utilizar en su territorio, cuando poseen competencia sobre la materia. Al ser la Generalidad competente en materia de juego se reconoce su competencia para regular las características de los productos necesarios para tal actividad. Esta intervención administrativa, se añade, no obstaculiza por sí misma al empresario para ejercer su actividad libremente, ni excluye su acceso al mercado en cualquier parte del territorio nacional, aunque ello le obligue a una cierta diversificación de la producción.

En el nuevo FJ 9º, el Tribunal Supremo recoge el contenido del fundamento del Tribunal de instancia a que nos hemos referido, y lo complementa con la cita de la STS de 23 de noviembre de 1994, Ar. 10532, y las SSTC 1/1982 y 95/1984, para establecer que según estas Sentencias:

“el artículo 139.2 CE establece un límite a las competencias autonómicas en materia de comercio interior, pero no diseña un reparto competencial conforme al cual la eliminación de obstáculos a la unidad del mercado obligue a que la apertura de establecimientos comerciales quede integrada en un mismo y único sistema normativo estatal, lo que vulneraría el reconocimiento constitucional y estatutario de competencias autonómicas sobre comercio interior. Asimismo el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 225/1993, de 8 de julio, reconoce que ‘aunque entre las condiciones básicas para el ejercicio de la libertad de empresa se halla la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional (...) la interpretación conforme a esta exigencia constitucional de lo dispuesto en el artículo 149.1.1ª de la Constitución Española y en el precepto del Estatuto de Autonomía, por extensiva que se pretenda, no impide la atribución de competencias a la Comunidad Autónoma, ni obstaculiza por sí misma al empresario para ejercer su actividad libremente, ni excluye el acceso al mercado en cualquier parte del territorio nacional o fuera del mismo, aunque ello le obligue a una cierta diversificación en la producción’”.

4. MERCADO DE VALORES

La STS de 28 de diciembre de 1999, Ar. 9571, tiene como objeto directo la Orden Ministerial de 9 de mayo de 1989 por la que se crearon los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio de Madrid, Barcelona y Bilbao. Se trata, pues, de un conflicto que afecta directamente a la materia de Colegios profesionales, si bien la razón última del mismo no es otra que la reforma en el sistema de los mercados de valores. La Sentencia citada alude a esta cuestión, y por esta razón incluimos en este apartado una breve referencia a la misma.

Como se dice en el FJ 5º de la Sentencia citada, la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, recogió la tendencia general europea que perseguía asegurar la solvencia financiera de quienes desarrollaran actividades de intermediación bursátil, con el fin de proteger a terceros y al sistema económico. Con este objetivo se prescinde del Agente mediador indi-

XIV. Derecho Administrativo Económico

vidual y se sustituye por entidades financieras especializadas, las Sociedades y Agencias de Valores. La privación de la función de mediación bursátil a los Agentes de Cambio y Bolsa es lo que motivó la reordenación colegial, disolviendo los Colegios de Agentes de Cambio y Bolsa y permitiendo la incorporación de sus miembros en los Colegios de corredores. De los conflictos derivados de este proceso se ocupa la Sentencia, conflictos de naturaleza colegial que no procede examinar en este apartado.

5. PESCA

A) Reglamento autonómico de la actividad pesquera

La Junta de Galicia aprobó el Decreto 262/1991 relativo al Reglamento de la Actividad Pesquera y de las Artes y Aparejos de Pesca permisibles en Galicia, siendo impugnado su artículo 84 por las Asociaciones Provinciales de Armadores y Buques de Pesca de Marín y de la Provincia de La Coruña. El citado precepto establecía los períodos para llevar a cabo la pesca de arrastre costera o litoral en aguas galaicas.

Desestimado el recurso en primera instancia, los recursos de casación fueron igualmente desestimados por las SSTS de 15 de diciembre de 1999, Ar. 9462 y 9463.

La desestimación de los recursos casacionales se fundamentó de forma principal en el incumplimiento de los requisitos mínimos exigibles para fundamentar un recurso de casación. En todo caso, una vez más, se reiteran argumentos típicos de oposición a la adopción de medidas de intervención sobre los sectores de actividad económica. Esto es, la vulneración de la seguridad jurídica, la retroactividad de las normas y el respeto a los derechos adquiridos. Y una vez más el Tribunal Supremo rechaza la impugnación de la norma intervencionista cuando la misma predica sus efectos desde su entrada en vigor, señalando que no es posible “predicar la inalterabilidad de todas las específicas previsiones anteriores del sistema pesquero”.

Otras afirmaciones de interés relativas a cuestiones de carácter general contenidas en las Sentencias citadas hacen referencia al procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general y el necesario Dictamen del Consejo de Estado, y al valor del principio de igualdad.

Por lo que hace referencia al Dictamen del órgano consultivo en el procedimiento de aprobación de la norma impugnada, el Tribunal Supremo señala que el carácter preceptivo del Dictamen sólo es exigible cuando se trata de la aprobación de un reglamento ejecutivo de una Ley. En el caso analizado la norma autonómica desarrolla una norma básica estatal, pero la misma carece de rango legal, razón por la cual no procedía el Dictamen del Consejo de Estado, “ya que ello supondría una indebida interpretación extensiva de la exigencia de los artículos 22.3 y 23.2 de la Ley reguladora del Consejo de Estado”.

Por lo que se refiere a la alegación de la vulneración del principio de igualdad establecido en los artículos 14 y 139 CE, al establecer la norma impugnada un régimen de días de trabajo propio en Galicia para la pesca de arrastre, el Tribunal Supremo establece que:

“no existe ninguna violación del principio de igualdad constitucional, o de acceso a los caladeros, por la promulgación del artículo 84 del Decreto de 12 de julio de 1991, desde el momento en que la doctrina del Tribunal Constitucional tiene reiteradamente declarado que el quebrantamiento de dicho principio implica un injustificado trato discriminatorio entre supuestos de hecho sustancialmente iguales, o la aportación de un término válido de comparación que acredite esencial igualdad entre dichos supuestos, en unión de un cambio inmotivado e irrazonable de criterio por parte de la Administración que altere esa igualdad. Por el contrario, la infracción del artículo 14 de la Constitución no se produce cuando los organismos competentes se limitan a desarrollar su potestad reglamentaria en la elaboración de las normas, fijando límites a la actividad industrial, pesquera o extractiva de los ciudadanos, siempre que tal fijación tenga por objeto la acomodación de la conducta de los mismos a la normativa básica que rige la actividad correspondiente en la materia de que se trate”.

B) Ordenación de la actividad pesquera en la Zona Atlántico Norte

La regulación de la actividad pesquera, ordenando la actividad de la flota española en la zona del Atlántico Noroccidental mediante la Orden de 17 de octubre de 1988, ha sido motivo de diversos conflictos judiciales.

Las **Sentencias de 20 de diciembre de 1999**, Ar. 9563 y 9566, resolvieron sendos recursos de casación, desestimándolos. La misma Orden había sido objeto de otras impugnaciones por otros motivos, impugnaciones que se resolvieron por las Sentencias de 16 de junio y 21 de septiembre de 1999, Ar. 4276. En estas Sentencias se estimaron los recursos por falta de motivación suficiente de la norma en relación a la regulación del censo de la flota de arrastre congeladora, anulando parte del artículo primero de la citada Orden (vid. en esta Revista, núm. 6, XIV.9.C).

Una vez más, la oposición en vía casacional a normas de regulación de una actividad económica, en este caso la pesca, se fundamenta esencialmente en vicios procedimentales falta de informes preceptivos, falta de audiencia. Argumentos que son rechazados.

En relación al contenido específico de la norma impugnada, se alega la vulneración por la misma de la norma que desarrolla, el RD 681/1980, de 28 de marzo, Reglamento fundamental en la regulación de la actividad extractiva pesquera nacional. Concretamente, se sostiene por los recurrentes que la Orden impugnada atiende exclusivamente al criterio de habitualidad para fijar las condiciones de pesca en el caladero, cuando el RD 681/1980 dispone que se tendrán en cuenta “el esfuerzo de la pesca, la captura máxima permisible, la habitualidad, la idoneidad del buque u otras circunstancias”. El Tribunal Supremo rechaza esta alegación al estimar que en la Orden impugnada

XIV. Derecho Administrativo Económico

da la habitualidad en la asistencia al caladero no es el único criterio válido para el acceso al mismo.

También puede ser destacado el hecho de que una vez más, frente a una norma reguladora de un tipo de intervención en una actividad económica, se alegue la vulneración del principio de igualdad, al estimarse que se discrimina en relación a actividades concurrentes.

El Tribunal Supremo desestima también esta alegación al no apreciar la existencia de un supuesto de comparación válido (en el mismo sentido que las Sentencias comentadas en el apartado anterior), y establece que:

“resta por considerar el argumento impugnatorio referido al artículo 14 de la Constitución Española, que ha de ser referido a la infracción del principio de igualdad y ausencia de discriminación ante la Ley. La Sentencia recurrida niega que la Orden de 1988 lo haya vulnerado en cuanto falta el presupuesto esencial de comparación: identidad de situaciones que hubiesen sido objeto de un trato diferente, afirmando que los permisos de acceso al caladero para buques bacaladeros y de la flota de arrastre congeladora se otorgan referidos a la pesca de diferentes especies marinas, con medios materiales distintos, e integrados en censos diferentes”.

C) Ayudas. Sujeción a la normativa comunitaria

Impugnada por el Abogado del Estado la Orden de la Comunidad Autónoma de Galicia relativa a las ayudas por la paralización de embarcaciones de menos de 5 toneladas que faenan en litoral, el conflicto se reduce a determinar si la norma autonómica respeta o no la normativa comunitaria, y concretamente el Reglamento 4028/1986, de 18 de diciembre, modificado por el Reglamento 3944/1990, de 20 de diciembre. Para el **Tribunal Supremo**, en la **Sentencia de 11 de noviembre de 1999**, Ar. 9515, de la lectura del Reglamento comunitario de 1990 se desprende sin duda alguna que el mismo es aplicable al mismo tipo de embarcaciones a que se refiere la norma autonómica y, por tanto, la citada norma es ilegal al prever unas ayudas diversas a las que admite la norma comunitaria.

6. PRECIOS

A) Precios públicos de las entidades locales

Una vez más se ha pronunciado el Tribunal Constitucional sobre el régimen de los precios públicos de las corporaciones locales, a los que se había referido recientemente en su Sentencia 233/1999, ya comentada en esta sección. En aquella ocasión el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del art. 45.1 de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, que disponía que “el importe de los precios públicos por prestación de servicios o realización de actividades deberá cubrir, como mínimo, el coste del

servicio prestado o de la actividad realizada”, en la medida en que al no preverse un tope máximo, la indeterminación creada suponía una infracción al principio de reserva legal en materia tributaria. Ahora bien, como se recordará, la inconstitucionalidad se limitaba a los precios públicos de naturaleza tributaria, es decir, aquellos exigibles por servicios o actividades de solicitud o recepción obligatoria, de carácter indispensable o prestados en régimen de monopolio, de acuerdo con la doctrina de la STC 185/1995.

Ahora, en la **STC 106/2000, de 4 de mayo**, resolviendo varias cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas, se procede a aplicar estos criterios en relación con los precios públicos por utilización y aprovechamiento del dominio público local. En primer lugar, el Tribunal Constitucional sigue manifestando que efectivamente, la remisión de la Ley de Haciendas Locales al Pleno de las corporaciones locales respeta la reserva de ley tributaria ex artículos 31.3 y 133 CE –reserva de ley que no es absoluta–, puesto que la delimitación legal de los presupuestos de hecho de los precios públicos es suficientemente precisa, al referirse a instituciones jurídicas “rancias y consolidadas” como son las que se expresan bajo los términos “utilización privativa” o “aprovechamiento especial” del dominio público.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional mantiene la posición ya conocida acerca de la fijación de la cuantía de estos precios públicos. El art. 45.2 LHL, al disponer que el importe del precio se fijará tomando como referencia el valor de mercado correspondiente o el de la utilidad derivada de los aprovechamientos correspondientes, no se limita a fijar un mínimo por encima del cual los entes locales puedan decidir sin ataduras la cuantía de la prestación pública, sino que incorpora unos criterios de indudable naturaleza técnica que circunscriben la intervención de la Administración local, y que impiden que ésta sea caprichosa, antojadiza o arbitraria. Se reconoce, pues, que la atribución a las entidades locales de esta potestad tiene un margen amplio de decisión, pero que está acotado y delimitado por conceptos que cabría incluir en el de discrecionalidad técnica, lo que impide creer que se vulnera la reserva de ley. Un vez más se acude a la figura de la Memoria económico-financiera como elemento de motivación y de reducción de la discrecionalidad.

Por contra, el Tribunal Constitucional no se plantea la posibilidad de interpretar que la utilización y aprovechamiento del dominio público local se encuadrese dentro de una relación que en parte cabría entender afectada por una situación de monopolio en la oferta, si se entendiera que determinadas actividades económicas sólo es posible ejercerlas mediante el aprovechamiento o utilización de recursos o medios materiales que sólo pueden ser ofrecidos por los poderes públicos.

B) Márgenes de productos farmacéuticos

La aprobación del RD 165/1997, de 7 de febrero, por el que se fijaron los márgenes correspondientes a la dispensación al público de especialidades farmacéuticas, ha sido

objeto de diversos recursos. En el número 8 de esta Revista, crónica XIV.8, dimos cuenta de diversas Sentencias que resolvieron algunos de estos recursos.

El recurso interpuesto por la Federación empresarial de farmacéuticos españoles ha sido resuelto por la **STS de 15 de noviembre de 1999**, Ar. 10039, reiterando en lo esencial lo expuesto en las anteriores Sentencias y desestimando en consecuencia el recurso.

Como cuestión que no se abordó en las anteriores Sentencias puede destacarse la referencia a la falta de legitimación de la entidad recurrente, la Federación empresarial del sector, para reclamar una indemnización por daños y perjuicios, pues, se dice, “la función representativa de la federación en defensa de intereses empresariales no puede confundirse con un mandato representativo para el ejercicio de acciones nacidas de derechos subjetivos”.

7. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

A) Consejo General de la Abogacía Española. Abogados. Publicidad. Restricciones a la competencia

La **Res. del TDC de 18 de enero de 2000** (expediente 455/99, Abogacía Española) declara que el Consejo General de la Abogacía Española ha infringido el artículo 1.1 de la LDC por incorporar en el Reglamento de Publicidad, aprobado en la Asamblea General de 19 de diciembre de 1997, prohibiciones y limitaciones restrictivas de la competencia en cuanto al contenido de la información y a los medios soporte de la misma. La Resolución impone al Consejo General una multa de 30 millones de pesetas.

El expediente deriva de una denuncia formulada por un abogado relativa a que el Reglamento de Publicidad aprobado restringe la competencia entre abogados. Este reglamento establece las condiciones en que los abogados pueden realizar publicidad de sus servicios e incorpora distintas restricciones en cuanto al contenido de la información y al soporte en que ésta debe ofrecerse.

Una primera cuestión que aborda la Resolución es la competencia del TDC para analizar el indicado Reglamento, que se dicta una vez estaba en vigor la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y Colegios Profesionales. Entonces, considera el TDC que resulta esencial valorar si el Reglamento de publicidad acordado tiene trascendencia económica (y, por tanto, debería observar los límites del artículo 1 LDC) o, por el contrario, se trata de una actuación de ordenación de la actividad profesional de los colegiados que carece de dicha trascendencia (por lo que no infringiría el artículo 1 LDC).

El TDC no tiene duda:

“La respuesta a esta cuestión es evidente: es indudable que el establecer condiciones para realizar la publicidad de unos servicios, imponiendo una serie de prohibiciones y limitaciones en cuanto al contenido de la información y medios soporte de la misma, como los que figu-

ran en los hechos probados tiene trascendencia económica. Precisamente el principal objetivo de la publicidad es influir sobre la demanda de productos y servicios, como medio para aumentar los ingresos de quien la realiza, por lo que juega un papel crecientemente importante en la actividad económica. De hecho, puede decirse que actualmente no es concebible una economía de mercado sin publicidad y que ésta es un elemento inherente a la misma.

Por lo tanto, aunque la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, encomienda a éstos la ordenación de la actividad profesional de los colegiados en el ámbito de su competencia, resulta innegable la trascendencia económica que tiene para los profesionales el que los servicios que ofertan puedan ser conocidos y, desde esta perspectiva, cualquier decisión o acuerdo sobre publicidad de la profesión tomada por el supremo órgano rector de la misma, como es el Consejo General, cae de lleno dentro del ámbito del nuevo artículo 2.4 de la Ley 2/1974 antes citado, que exige la adecuación de dicha decisión o acuerdo a los límites del artículo 1 de la LDC o su eventual autorización por el Tribunal.”

Reconocida la competencia del TDC para analizar el Reglamento de publicidad, la Resolución verifica los distintos aspectos cuestionados.

En cuanto a la prohibición de hacer referencia a los honorarios profesionales y de incluir fotografías, iconografías o ilustraciones (excepción de los logotipos autorizados), el TDC se pronuncia rotundamente en sentido negativo. Considera que:

“constituye una restricción de la competencia dado que los honorarios profesionales perdieron, en virtud de la Ley 7/1997, su carácter vinculante u obligatorio y que, el facilitar el conocimiento de los mismos a los consumidores, es algo, como se ha dicho, consustancial a la libre competencia y de poco sirve liberalizar el precio de los servicios profesionales si no se pueden dar a conocer a través de la publicidad. Asimismo, las fotografías, iconografías e ilustraciones pueden transmitir información relevante para los clientes de los servicios y es legítimo que cualquier empresario o profesional pueda incluirlas en su publicidad”.

Respecto a las limitaciones relativas al soporte de la información recogidas en el reglamento, el TDC considera que suponen restricciones injustificables a la libre iniciativa de los profesionales, así como el que no se permita como soporte de la publicidad otros medios, como la televisión, la radio o el vídeo, pues los abogados tienen legítimo derecho a hacer uso de los mismos.

El mismo juicio merece al TDC las restricciones consistentes en la necesidad de autorización previa de la Junta de Gobierno para realizar los llamados *mailings* y en la limitación de las dimensiones del texto en guías telefónicas o similares.

Finalmente, el TDC también considera restrictiva de la competencia la previsión relativa a los casos en que se requiere autorización previa de la Junta de Gobierno. La Resolución señala expresamente respecto a esta obligación que:

XIV. Derecho Administrativo Económico

“este Tribunal considera asimismo restrictiva de la competencia, pues los abogados son operadores económicos que, como el resto, deben tener autonomía plena en sus actuaciones con trascendencia económica, lógicamente con las limitaciones del marco legal vigente”.

En definitiva, la Resolución del TDC se pronuncia con rotundidad en contra del Reglamento de publicidad aprobado por el Consejo General de la Abogacía. Textualmente indica que este reglamento:

“infringe lo dispuesto en el art. 1 LDC al ser un acuerdo que tiene por objeto y produce el efecto de restringir la competencia entre abogados al incluir los artículos antes mencionados (...) y que suponen restricciones en las posibilidades de competencia entre operadores, en este caso los profesionales de la abogacía, que ven limitadas e incluso prohibidas por el Consejo General de la Abogacía determinadas formas o canales para darse a conocer y ofertar sus servicios a los potenciales usuarios de los mismos. Tal restricción no actúa sólo en detrimento de los consumidores, sino que también constituye una barrera de entrada para nuevos profesionales y limita la posible expansión de aquellos abogados que estén dispuestos a buscar formas más activas de darse a conocer”.

B) Distribución de gas. Posición de dominio. Exigencia de pago a cuenta. Incrementos de precios. Obligación de negociar

La Res. del TDC de 14 de febrero de 2000 (expediente 458/99, Gas Sabadell) estima que no se ha acreditado infracción del artículo 6 LDC por parte de Gas Natural SDC, SA en un expediente iniciado como consecuencia de la denuncia de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Sabadell por exigir a ciertos clientes un pago a cuenta y en subir los precios de modo presuntamente abusivo.

La Resolución incorpora distintos análisis de relevancia para los supuestos de posiciones de dominio y consta de un voto particular del Presidente del Tribunal de disconformidad con la opinión mayoritaria.

La empresa denunciada, Gas Natural, ofrece a sus clientes industriales unas condiciones de pago para el suministro de gas. Antes de 22 de junio de 1994: facturación mensual del suministro del mes, con pago de la factura a los 15 días de ser emitida y con un anticipo a cuenta por el importe de 15 días de suministro estimado. Después del 22 de junio de 1994, alternativamente se ofrece: facturación quincenal, con pago a 7 días fecha factura, sin garantías ni adelantos a cuenta; facturación mensual, con pago a 15 días fecha factura y adelanto a cuenta por el importe de 15 días de consumo; facturación mensual, con pago a 15 días fecha factura y un aval por el importe de 45 días de consumo.

El mercado relevante en este caso se define como el de suministro de gas natural a clientes con tarifa industrial en el territorio suministrado por Gas Natural, que incluye los doce municipios de la provincia de Barcelona que cuentan con electores de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Sabadell. En este mercado relevante, la empresa ostenta una clara posición de dominio: las empresas que utilizan gas en sus procesos produc-

tivos sólo pueden contratar el servicio con dicha empresa, por no existir ninguna otra compañía suministradora.

El expediente plantea dos cuestiones distintas. La primera es analizar las condiciones de facturación y pago ofrecidas por la compañía para determinar si constituyen un abuso de la posición de dominio que ostenta. La Resolución contesta negativamente a esta primera cuestión, examinando la razonabilidad de las condiciones estipuladas.

La segunda, realmente interesante en la controversia planteada en el expediente, es la interpretación del artículo 78 del Reglamento General del Servicio Público de los Combustibles, aprobado por Decreto 2913/1973, de 26 de octubre, cuando dispone que la compañía suministradora podrá convenir con los usuarios industriales de gran consumo los regímenes de periodicidad de facturación y cobro, así como los anticipos a cuenta y otras condiciones.

El SDC consideró que la empresa denunciada había incumplido la obligación de negociación impuesta por este artículo.

En cambio, la Resolución del TDC no acoge este criterio. La opinión mayoritaria entiende que el reglamento de combustibles no obligaba a negociar las condiciones de facturación y cobro, simplemente permitía que tuvieran lugar las negociaciones entre el suministrador y el gran consumidor industrial o comercial. Por ello, la Resolución considera expresamente que:

“1) El citado reglamento no impone la obligación de negociar, únicamente le permite al suministrador que pueda hacerlo (podrá dice el art. 78). 2) No hay prueba alguna en el expediente –ni siquiera ha sido denunciado– de que Gas Natural se haya negado a negociar individualmente con algún cliente de tarifa industrial en la Comunidad Autónoma de Cataluña. 3) De lo que hay evidencia es de que ninguna modalidad de facturación-pago ha sido negociada entre Gas Natural y la Cámara, pero es que tal negociación colectiva no está prevista ni consecuentemente amparada por el Reglamento de Combustibles.”

Este criterio no es compartido por el voto particular del Presidente del TDC, donde se da cuenta de los intentos de negociación entre suministrador y usuario y del criterio de la Dirección General de Energía de la Generalitat de Cataluña relativa a la necesidad de la negociación. En especial, la situación controvertida se planteaba con anterioridad a 22 de junio de 1994. Afirma el voto particular que:

“resulta suficientemente claro que Gas Natural se extralimitó e interpretó la cláusula referida a la posibilidad de negociar como una referencia cuya decisión final le correspondía sin considerar que uno de los ejes de la competencia es la negociación. Sin embargo, dado que el mercado del gas estaba cerrado a la competencia, la decisión final de negociar, salvo previsión contraria de la regulación, corresponde a la empresa monopolista. Por esta razón, la regulación consideraba la oportunidad de que los clientes industriales negocia-

XIV. Derecho Administrativo Económico

ran con la empresa monopolista. Lo que ésta no hizo. En mi opinión, no debe darse al artículo 78 la interpretación que le concede la mayoría del Tribunal, sino la del referido Director General quien, tras el examen de los contratos y la consideración de las alegaciones de unos y otros, deja paladinamente claro que el contrato cerrado suponía una vulneración del citado artículo 78. Por ello, obligó a Gas Natural a su modificación. Lo que Gas Natural hizo”.

Y, más adelante, detalla el marco en que debe operar el operador con posición de dominio:

“no se permitía la negociación como consecuencia de la posición de dominio que ostentaba Gas Natural. Sobre la base de dicha situación, Gas Natural podía organizar su negocio con total independencia de sus clientes e, incluso, sin seguir las directrices de la regulación. Gas Natural no corría el riesgo de una conducta más favorable a la negociación por parte de sus competidores. Y ello, simplemente, porque sus competidores no existían. El único riesgo que corría Gas Natural era la eventualidad de una denuncia. Y Gas Natural persistió en su actitud hasta que la denuncia surtió efecto. Con toda probabilidad, la conducta de Gas Natural hubiera sido distinta si el mercado hubiera estado dirigido por las referencias de la libre y leal competencia en un marco de competencia efectiva. Por esta razón, creo que debe interpretarse que la imposición de condiciones de forma unilateral, desde una posición de dominio, es abusiva. Y no sirven las referencias a las conductas de otros monopolios dado que los mismos, desde la perspectiva de la defensa de la competencia, muy probablemente merecerían el mismo juicio. En este contexto, no parecen válidos los argumentos empleados en la Resolución acerca del poder exclusivo del monopolista para decidir desde su único albedrío si negocia o no”.

Pese al pronunciamiento mayoritario, que no asigna a la empresa que ostenta una posición de dominio la necesidad de negociar sus condiciones de facturación y pago, la Resolución finaliza con una recomendación de corte conceptual sobre las conductas de los monopolistas, que es oportuno recoger:

“Este Tribunal considera de interés, en su ineludible tarea de emitir mensajes claros para los operadores del mercado, aprovechar el marco de esta Resolución, en la que no han resultado acreditadas las denunciadas conductas abusivas de un monopolista, para recomendar a las empresas con posición de dominio en los diferentes mercados, particularmente a las que ostentan monopolios legales, que extremen su celo en evitar conductas que sean o puedan parecer abusivas. Es verdad que la legislación española y la europea no prohíben las posiciones de dominio en el mercado, sino únicamente la explotación abusiva de las mismas. El principio que anida en esta concepción es que, sin barreras de entrada, la renta del monopolio es efímera y las economías de escala se transfieren pronto a los precios. En consecuencia, el abuso no es inherente al monopolio. Pero, en los monopolios legales, estas circunstancias no tienen por qué darse ya que las barreras de entrada son, por definición, infranqueables. Esto es lo que hace que en los mismos se asigne al regulador el papel de evitar la aparición de rentas monopolistas. Pero, como el regulador no es omnisciente, las Autoridades de competencia prestan en todo el mundo gran atención al comportamiento de los monopolios legales, que deben esmerarse en actuar de modo equitativo y transparente.”

C) Restricciones verticales. Distribución selectiva. Perfumes y cosmética de lujo

El TDC en la Res. de 6 de marzo de 2000 (expediente A 273/99, Distribución Selectiva Carolina Herrera) resuelve una solicitud de autorización singular para el establecimiento de un contrato-tipo de distribución selectiva de productos de la marca Carolina Herrera.

De entrada, el TDC recuerda la doctrina relativa a que un sistema de distribución selectiva no supone una práctica prohibida por el artículo 1 LDC si cumple tres condiciones o principios en cuanto a la selección de revendedores, no existiendo restricciones adicionales (Resolución de 14 de octubre de 1997, expediente 380/96, Perfumería): principio de necesidad, de proporcionalidad y de no discriminación. En caso de que el sistema pretenda incorporar otras restricciones a la competencia sería necesario contemplar si puede ser objeto de autorización singular al amparo de lo dispuesto en el artículo 4 LDC.

A continuación, el TDC en un *obiter dicta* pone de relieve el nuevo enfoque de las restricciones verticales que el derecho comunitario ha implantado en el Reglamento de la Comisión 2790/1999, de 22 de diciembre, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. Como indica:

“como norma general, la prohibición del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE no se aplicará a los ‘acuerdos verticales’ que incluyan restricciones a la competencia (con determinadas excepciones) a condición de que la cuota de mercado del proveedor y de las empresas vinculadas al mismo en el mercado de referencia no exceda del 30 por ciento, pues en este caso cabe suponer que dichos acuerdos, por lo general, permiten una mejora en la producción o distribución y reservan a los usuarios una participación equitativa en los beneficios resultantes”.

No obstante, estos planteamientos no son de aplicación en el marco del artículo 1 de la LDC, aunque seguramente cabe esperar que el ordenamiento español no tardará en seguir el camino emprendido por la norma comunitaria.

En el caso planteado, la naturaleza de los productos justifica la necesidad de recurrir a un sistema de distribución selectiva. Como indica la propia Resolución:

“se trata de productos de alta calidad, donde ocupa un lugar destacado la esmerada presentación, para intentar conseguir una imagen selecta y prestigiosa que los distinga de productos similares de otros segmentos del mercado. Se está, por tanto, ante un caso típico de productos que por su naturaleza (productos de lujo) exige un trato especial por parte de los distribuidores para poder mantener una cierta imagen de marca de prestigio, lo que se hace necesario para que el fabricante pueda controlar que la comercialización al por menor se realice de un modo que no altere la percepción que el consumidor tiene de la misma”.

XIV. Derecho Administrativo Económico

El contrato-tipo planteado cumple adecuadamente los principios indicados más arriba de necesidad, proporcionalidad y no discriminación. No obstante, incorpora otras restricciones adicionales que deben ser examinadas. El contrato incorpora la obligación del distribuidor de disponer de un stock mínimo por punto de venta de dos terceras partes de las referencias comercializadas en cada línea de productos puesta a su disposición; de conseguir una cifra de ventas mínima anual, y de cooperar en publicidad y en promoción. Estas obligaciones son consideradas proporcionadas por el TDC, que siguiendo su anterior doctrina, recuerda que:

“concentrar la distribución en los puntos de venta más competitivos, con lo que se consigue racionalizar los costes de distribución de los apoyos a los detallistas autorizados. Así, esto contribuirá activamente a revalorizar la marca mediante un mayor servicio al consumidor, por lo que contribuye a aumentar la eficiencia en la distribución. Por otra parte, dicho volumen mínimo de compras tiene un límite superior que puede considerarse razonable, por lo que no restringe excesivamente la libertad del detallista autorizado de vender o promocionar marcas de la competencia (...) b) El mantenimiento de un stock mínimo por punto de ventas supone que los consumidores siempre pueden encontrar en cada uno de ellos una amplia gama de los productos comercializados (...) con lo que se facilita su compra (...) d) Las obligaciones en materia de cooperación publicitaria y promocional, suponen compromisos genéricos con las marcas comercializadas (...), y posibilitan el coordinar los gastos promocionales del licenciario y de los detallistas autorizados, en beneficio de ambos, además de permitir una mejor planificación de las campañas publicitarias”.

D) Pacto de no competencia. Pacto de no competencia sin limitación temporal. Pacto de no competencia sin limitación geográfica. Prejudicialidad penal

La Res. del TDC de 27 de marzo de 2000 (expediente 457/99, Hardi International) declara que no se ha acreditado la existencia de prácticas restrictivas en un supuesto de fijación contractual de cláusulas de no competencia.

Los pactos se incluyeron en los contratos de transmisión de una sociedad dedicada a la producción y comercialización de maquinaria agrícola de tratamiento fitosanitario y abonado de plantas. En concreto, el anterior propietario de la sociedad quedaba obligado a no fabricar tales productos ni a vender equipos completos a los comercializados por la sociedad.

La Resolución debe atender inicialmente a una petición de suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal, al estar tramitándose en el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Lérida un expediente por presunto delito de estafa. El TDC rechaza la petición ya que:

“los hechos denunciados en ambos expedientes, administrativo y penal, no eran los mismos, pues una cosa es pactar una obligación de no competir el vendedor con el comprador de un negocio mercantil (lo que puede afectar a la libre competencia) y otra muy distinta no respetar lo pactado al seguir operando en el mercado y ser, en consecuencia, denunciado por estafa”.

Procede, por tanto, el análisis de la cuestión, cuyo origen es una denuncia presentada por el vendedor de la sociedad y a quien incumbía el pacto de no competencia para que se declarase nulo dicho pacto con el objeto de no atender a la indemnización de 150 millones de pesetas fijada por un laudo arbitral. El TDC considera que no se puede considerar que los contratos suscritos tuvieran por objeto restringir la competencia en perjuicio de otros operadores económicos o de los consumidores, ni que fueran capaces de afectar a la libre competencia más que muy genéricamente ni se ha acreditado que sus efectos hayan sido en modo alguno relevantes.

Para alcanzar estas conclusiones la Resolución se fundamenta en los siguientes argumentos:

“a) para el mercado, el aspecto fundamental de los contratos fue la transmisión de la empresa ILEMO, que operaba sólo en Lérida y Andalucía, por lo que su venta iba a permitir la entrada de un competidor muy fuerte que opera en todo el mundo como Grupo Hardi International, creando la filial ILEMO HARDI para que se dedicara, principalmente, al mercado español en el que, de este modo, se incrementaría la competencia; b) precisamente, las cláusulas de no competencia fueron un elemento esencial para hacer efectiva dicha transmisión aunque, según reconoce la misma HARDI, no puede pretender que la vigencia de dichas cláusulas sea ilimitada; c) como concluye el Servicio su Informe al Tribunal, ‘no es probable que los efectos de los pactos en el mercado hayan sido relevantes, al ser cuestionable su cumplimiento por el vendedor y existir más empresas competidoras en el sector, diez de ellas en la provincia de Lérida, d) además, los pactos no se cumplieron pues, como se recoge en el Hecho Probado 3 de esta Resolución, en el Laudo Arbitral de 21 de octubre de 1996 se declara que ‘del estudio de la globalidad de la prueba practicada, y en concreto de la documental, confesión y testifical que consta en autos, se desprende la total certeza de que el Sr. Buira, directa o indirectamente, a través de las sociedades que controla ha incumplido de forma reiterada y consciente los pactos contractuales reproducidos anteriormente’; e) en el expediente no existe ningún tercero afectado por una supuesta restricción de la competencia; y f) por último y con base en ello, HARDI solicita que, dado que los pactos no tuvieron efecto alguno, pues el Sr. Buira empezó a competir desde el mismo momento en que transmitió su empresa, se aplique la ‘regla de minimis’ o el artículo 1.3 LDC para que no se produzca la situación absurda de causarle un perjuicio irreparable si se declararan los pactos como contrarios a la competencia y se impidiera así el cumplimiento del referido Laudo Arbitral”.

E) Taxi. Acuerdo de contingentar las licencias

El TDC, en la Res. de 29 de marzo de 2000 (expediente 452/99, Taxi Barcelona), declara acreditada la realización de una práctica prohibida consistente en la firma de un acuerdo en el que se establece contingentar, como objetivo óptimo, el número de licencias que pueden trabajar a doble turno en un 5 por ciento de la totalidad de las licencias existentes en el sector en cada momento. Esta práctica se imputa al Instituto Metropolitano del Taxi de Barcelona, como promotor y firmante del acuerdo y como suscriptores al Sindicato del Taxi de Cataluña, al Sindicato de Taxistas Autónomos de Barcelona, al Gremio Unión de Taxistas y a dos personas físicas a título personal.

XIV. Derecho Administrativo Económico

El expediente tiene su origen en el acuerdo firmado el 27 de junio de 1997 por el Instituto Metropolitano del Taxi (en adelante, IMET), determinados sindicatos y asociaciones de taxistas de contingentar, como objetivo óptimo, el número de licencias que pueden trabajar a doble turno en un 5 por ciento de la totalidad de las licencias existentes en el sector en cada momento. El TDC considera que el acuerdo pretende limitar la iniciativa de los operadores económicos titulares de licencias de autotaxi, reduciendo la posibilidad de que puedan explotar sus vehículos a doble turno. Afirmo la Resolución que con ello:

“tiene claramente por objeto restringir la competencia en el mercado reduciendo el tiempo durante el que los autotaxis pueden prestar servicios, con el consiguiente perjuicio para los usuarios que tendrán más dificultades para realizar sus viajes en dicho medio de transporte al disponer de una menor oferta real del mismo, lo que en la práctica afectaría particularmente a los horarios nocturnos y de fines de semana”.

El IMET alega que no ha actuado como operador económico en el sentido del art. 1 LDC, por lo que este ordenamiento jurídico no le es aplicable. Al respecto, la Resolución indica con rotundidad que:

“El debate en relación con el hecho de si las Administraciones Públicas pueden ser sujetos de las prohibiciones establecidas en el art. 1 LDC ha quedado definitivamente resuelto con una respuesta indudablemente afirmativa, especialmente tras la publicación del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal, financiero y de fomento y liberalización de la actividad económica, que modifica el art. 2 LDC señalando que las prohibiciones del art. 1 no se aplicarán a los acuerdos que resulten de la aplicación de una Ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley y que ‘por el contrario, serán de aplicación las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas sean causadas por la actuación de las Administraciones Públicas, los entes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal’.

En el caso que nos ocupa, el acuerdo objeto del expediente en el que IMET participa no ha tenido naturaleza administrativa y, desde luego, no ha sido un ‘acto administrativo’ ajeno al tráfico mercantil revisable por la jurisdicción contencioso-administrativa. Por tanto, en relación con la firma de este acuerdo, el IMET puede ser considerado un operador sometido a la LDC.”

La principal cuestión debatida es la alegación del IMET de que tiene atribuidas competencias para contingentar las licencias de autotaxis, por lo que puede limitar la concesión de aquellas que trabajan a doble turno. Ello implicaría que la práctica realizada podría tener amparo legal de acuerdo con lo que dispone el artículo 2 LDC. Al respecto, el TDC afirma que:

“hay que tener en cuenta que, en efecto, el IMET tiene competencias para contingentar las licencias de autotaxis en el momento de su concesión y puede limitar la concesión de aquellas que trabajan a doble turno, en cuyo caso contaría con el amparo legal del art. 2 LDC. Por el contrario, no existe ninguna normativa que habilite a dicho Organismo a con-

tingentar las licencias de autotaxis que trabajen a doble turno entre las existentes en un momento determinado.

Por otra parte, la Disposición Transitoria Segunda del Reglamento de Autotaxi, que suspende la aplicación del art. 17 del Reglamento Metropolitano del Taxi, de 12 de marzo de 1981, en el sentido de prohibir la contratación de más personas que las que tengan una relación contractual laboral con los titulares de las licencias de autotaxi en el momento de la aprobación de esta medida es una disposición que difiere claramente del acuerdo objeto del expediente”.

Algunos de los suscriptores del acuerdo alegaron también que lo firmaron inducidos por la Administración y con el convencimiento de que si la misma lo imponía sería legal. El TDC recuerda el principio de confianza legítima, procedente del derecho alemán, que ha sido recogido en el derecho comunitario y en distintas Sentencias del Tribunal Supremo español. No obstante, como ha establecido en anteriores resoluciones en supuestos similares, el TDC afirma que:

“el hecho de que el IMET haya promovido y firmado el acuerdo no puede ser considerado un signo externo producido por la Administración lo suficientemente concluyente para que haya realmente inducido al resto de los firmantes a confiar en su legalidad, especialmente en el caso, no de personas físicas, sino de asociaciones profesionales con medios suficientes para poder disponer de un adecuado asesoramiento jurídico y máxime, como ocurrió con este acuerdo, cuando una de las asociaciones convocadas a la firma se negó a participar”.

JOAQUÍN TORNOS MAS
ELISENDA MALARET GARCÍA
TOMÁS FONT I LLOVET
LLUIS CASES PALLARÉS
LUIS ARROYO JIMÉNEZ

XV. EDUCACIÓN, SANIDAD Y BIENESTAR SOCIAL**Sumario:**

- 1. Consumo.** A) Consideración como cláusula abusiva la atribución de competencia a los Tribunales del domicilio del demandante en los contratos celebrados con consumidores. El juez puede declarar de oficio el carácter abusivo de dicha cláusula. **2. Deporte.** A) ¿Un deportista profesional turco puede tener la consideración de comunitario debido a su condición de asimilado por efecto de los Acuerdos económicos suscritos entre Turquía y la Unión Europea? **3. Educación.** A) Universitaria. a) Requisitos para ser profesor universitario. a') La experiencia docente no es requisito para el acceso al cuerpo de Profesor Titular de Universidad. b') Los dos años de actividad investigadora requeridos para ser contratado Ayudante de Facultad pueden haberse realizado antes o después de los cursos de doctorado. b) El régimen de reingreso de los profesores universitarios excedentes no es ilegal. c) Titulación universitaria: diferencia entre convalidación, homologación y reconocimiento. **4. Espectáculos y seguridad pública.** A) Resolución del conflicto positivo de competencia en torno al Reglamento para la prevención de la violencia en los espectáculos deportivos (RPVED). **5. Extranjeros.** A) Territorio y nacionalidad. **6. Juego.** A) Decreto autonómico 316/1992 que reglamenta el uso de las máquinas recreativas y de azar de Cataluña. **7. Sanidad.** A) Derecho a la prestación sanitaria de la Seguridad Social de persona extranjera que convive maritalmente con el titular.

1. CONSUMO

- A) Consideración como cláusula abusiva la atribución de competencia a los Tribunales del domicilio del demandante en los contratos celebrados con consumidores. El juez puede declarar de oficio el carácter abusivo de dicha cláusula**

La STJCE de 27 de junio de 2000 (asunto C-240/98 y otros) tiene origen en una cuestión prejudicial planteada por un Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, relativa a la inter-

pretación de la Directiva 93/13, CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. A efectos de la presente Directiva se considerará como *consumidor* a toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional; y la parte *profesional* será toda persona física o jurídica que en las transacciones actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada.

La adaptación íntegra al Derecho interno de lo dispuesto en la Directiva ha sido llevada a cabo mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, cuya disposición adicional en su punto veintisiete considera abusiva la previsión en un contrato de pactos de sumisión expresa a un Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor o al lugar del cumplimiento de la obligación.

Los demandados en los procedimientos principales, todos ellos domiciliados en España, celebraron contratos de compra a plazos de una enciclopedia. Las demandantes son las empresas vendedoras de esas enciclopedias. Los contratos contenían una cláusula que atribuía la competencia a los Tribunales de Barcelona, ciudad en la que no está domiciliado ninguno de los demandados y donde se encuentra el domicilio social de las demandantes. Dado que los compradores de las enciclopedias no pagaron las cantidades convenidas, los vendedores sometieron los asuntos al Juzgado correspondiente, y estas demandas no fueron notificadas a los denunciados, pues el órgano jurisdiccional alberga dudas acerca de su competencia. En efecto, el Tribunal Supremo ha declarado ya como abusivas estas cláusulas; no obstante, existen decisiones contradictorias en cuanto a la posibilidad de apreciar de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas en el marco de procedimientos relativos a la protección de los intereses de los consumidores.

En relación con todo ello el Tribunal de Justicia se manifiesta claramente al considerar como abusivas las cláusulas controvertidas –sin que hayan sido objeto de una negociación individual–, porque dificultan la comparecencia ante los Tribunales de los demandados, lo que sitúa al consumidor en una situación de inferioridad respecto al profesional. Asimismo, declara que la protección que la Directiva comunitaria otorga a los consumidores implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato, cuando examine la admisibilidad de una demanda.

2. DEPORTE

A) ¿Un deportista profesional turco puede tener la consideración de comunitario debido a su condición de asimilado por efecto de los Acuerdos económicos suscritos entre Turquía y la Unión Europea?

El Juzgado de lo Social núm. 12 de Barcelona ha debido responder a esta pregunta mediante Sentencia de 14 de julio de 2000, ante el recurso planteado por el jugador de baloncesto Senon Sertan Mills. La cuestión controvertida se ciñe a si el actor tiene derecho a ser reconocido, a los efectos de obtener licencia e inscripción en la ACB, como

XV. Educación, Sanidad y Bienestar Social

jugador comunitario, por su situación asimilada a la de los jugadores comunitarios por el Tratado y Protocolo Adicional suscrito entre Turquía y la CEE o, por el contrario, al no ser Turquía un Estado miembro de pleno derecho de la Unión Europea no procede reconocérsele tal condición como argumenta la ACB.

En primer lugar, en cuanto a la cuestión de incompetencia de jurisdicción planteada por la ACB a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, la Sentencia concluye que la condición de entidad privada de la ACB no se desvirtúa por el hecho de que sus Estatutos y Reglamentos deban ser aprobados por el Consejo Superior de Deportes, “pues tales controles administrativos no confieren al Reglamento interno –que determina las condiciones de nacionalidad de los jugadores– el carácter de norma de Derecho”. Ahora bien, que tales entidades tengan naturaleza privada no significa necesariamente que sus Reglamentos, en cuanto que su misma existencia como norma jurídica exige un control de legalidad administrativa, tengan igualmente naturaleza privada.

En segundo lugar, en relación con la cuestión de fondo, los Acuerdos entre Turquía y la CEE determinan que “cada Estado miembro concederá a los trabajadores de nacionalidad turca empleados en la Comunidad un régimen caracterizado por la ausencia de toda discriminación por razón de nacionalidad con respecto a los trabajadores nacionales de los Estados miembros en lo que se refiere a condiciones de trabajo y remuneración”. Por lo tanto, concluye la Sentencia que ha de proscribirse:

“toda discriminación basada en la nacionalidad relativa a las condiciones de trabajo respecto a los restantes trabajadores españoles y/o comunitarios, (...) por cuanto que es indudable que la posibilidad del deportista profesional de jugar en un equipo determinado forma parte de las condiciones de trabajo y, en consecuencia, la negativa a emitir una licencia como jugador nacional vulnera el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad”.

Por todo ello, se estima la demanda y, por consiguiente, se declaran nulas las Resoluciones de la ACB que no permiten a Senol Sertan Mills prestar sus servicios como jugador profesional de baloncesto en igualdad de derechos con los jugadores españoles y comunitarios.

3. EDUCACIÓN

A) Universitaria

a) Requisitos para ser profesor universitario

a') La experiencia docente no es requisito para el acceso al cuerpo de Profesor Titular de Universidad

La STC 138/2000, de 29 de mayo, otorga el amparo solicitado por considerar contrario al art. 23.2 CE, en un concurso para una plaza de Profesor Titular de Universidad, la

interpretación realizada por el Tribunal Contencioso-Administrativo que, contra el parecer de la Comisión *ad hoc* (y de la Comisión de Reclamaciones de la Universidad), interpretó que la experiencia docente era un requisito para el acceso a tal cuerpo funcional. El Tribunal Constitucional estimará, por el contrario, que del art. 37 de la Ley de Reforma Universitaria y del Real Decreto 1888/1984, de 26 de septiembre (modificado en 1986), por el que se regulan los concursos para la provisión de plazas de los Cuerpos Docentes Universitarios, no se puede deducir que la experiencia docente sea un requisito excluyente, sino tan sólo un mérito.

b') Los dos años de actividad investigadora requeridos para ser contratado Ayudante de Facultad pueden haberse realizado antes o después de los cursos de doctorado

Por su parte, la STS de 22 de octubre de 1999, Ar. 1399/2000, resuelve un recurso de casación en interés de la Ley, fijando como doctrina legal que el requisito establecido en el art. 34.3 LORU para ser contratado como Ayudante de Facultad, consistente en haber acreditado un mínimo de dos años de actividad investigadora (además de haber finalizado los cursos de doctorado), se entiende cumplido no sólo cuando este período tiene lugar después de los cursos de doctorado sino que también ha podido cumplirse con anterioridad.

b) El régimen de reingreso de los profesores universitarios excedentes no es ilegal

Entre alguna otra cuestión más particular, se plantea nuevamente el problema del específico régimen de reingreso al servicio activo en su cuerpo de los funcionarios docentes universitarios en situación de excedencia. Siguiendo la doctrina de sus anteriores Sentencias de 7 de marzo de 1995 (Ar. 2314) y 26 de marzo de 1996 (Ar. 2812), la STS de 26 de octubre de 1999 (Ar. 2292/2000) rechaza la tacha de ilegalidad e incluso de inconstitucionalidad del art. 5 del Real Decreto 898/1985, de 30 de abril, sobre régimen del profesorado universitario, que supedita el reingreso de los excedentes voluntarios al servicio activo a la superación del correspondiente concurso. Su argumentación, resumida, es la siguiente: en primer lugar, atendiendo a la autonomía universitaria, no es constitucionalmente ilícito que el legislador haya establecido un sistema de concursos en el que el excedente tenga que acreditar su capacitación actual para el ejercicio de la función que está llamado a desempeñar, como consecuencia de su reincorporación a un ámbito tan trascendente como es el del saber científico y su enseñanza; y, en segundo lugar, tampoco cabe considerarlo discriminatorio porque tal regulación lo es en condiciones de absoluta igualdad para todos aquellos docentes universitarios que se encuentren en la misma situación administrativa de excedencia.

c) Titulación universitaria: diferencia entre convalidación, homologación y reconocimiento

En la STS de 25 de febrero de 2000, Ar. 1223, se establece la necesaria distinción entre estos tres conceptos, relacionados todos ellos con la eficacia de un título universitario

obtenido en el extranjero. Así, la *convalidación* de estudios (mencionada en el art. 31.2 LORU) —que puede referirse también a estudios cursados en centros académicos españoles— es de carácter parcial y está orientada a continuar los estudios de que se trate; por su parte, la *homologación* de títulos extranjeros (mencionada en el art. 32.2 LORU) supone el reconocimiento por parte del Estado de títulos académicos distintos de los expedidos por él (y, a diferencia de la anterior, no tiene carácter parcial), esto es, el reconocimiento en España de la validez oficial a los efectos académicos de los títulos de educación superior obtenidos en el extranjero y esto se rige por el Derecho interno aunque se trate de títulos de un país de la Unión Europea (en nuestro caso, es el Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, el que lo regula); finalmente, tenemos el *reconocimiento* a efectos de ejercicio profesional, donde no se trata de comparar programas de formación (como es el caso anterior) sino actividades profesionales, esto es, permitir por la posesión de un título extranjero ejercer, en el país de acogida, una actividad profesional concreta —para lo que sí existe normativa comunitaria de obligado cumplimiento (la Directiva 89/48/CEE, incorporada a nuestro ordenamiento por el Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre), que establece un sistema general de mutuo reconocimiento, basado en último término en las libertades comunitarias de establecimiento y prestación de servicios, en relación con las “profesiones reguladas”—, en donde la actuación administrativa está orientada a verificar no ya que la titulación obtenida en otro Estado miembro corresponde con los títulos que en España permiten el acceso a las profesiones reguladas, sino a examinar cada solicitud individualmente, según las condiciones establecidas en la Directiva y en función de la actividad profesional concreta que el interesado desee ejercer.

4. ESPECTÁCULOS Y SEGURIDAD PÚBLICA

A) Resolución del conflicto positivo de competencia en torno al Reglamento para la prevención de la violencia en los espectáculos deportivos (RPVED)

La STC 148/2000, de 1 de junio, resuelve el recurso interpuesto por la Generalidad de Cataluña, contra el Real Decreto 769/1993, por el que se aprueba el RPVED. La cuestión a dilucidar reside en si priman las competencias de la Generalidad en materia de “espectáculos” y de “creación de su propia policía”, o si como sostiene el abogado del Estado el citado Real Decreto ha sido dictado en el ámbito de la materia “seguridad pública”, encontrando también cobertura constitucional en la competencia estatal sobre competiciones deportivas en el ámbito nacional e internacional. En todo caso la controversia planteada se ciñe a la titularidad de la competencia para dictar las normas impugnadas, ya que su ejecución corresponde a los órganos competentes de la Generalidad.

Valorando, en primer lugar, la incidencia del título competencial relativo a “deporte”, el TC concluye que el RPVED disciplina las medidas que han de adoptarse en determinadas competiciones de fútbol, pero su contenido normativo no se refiere al desarrollo estricto-

tamente deportivo de estas competiciones, ni a regla alguna de tal carácter que deban tener en cuenta los deportistas, ligas o federaciones. Por tanto, se descarta la incardinación del RPVED en la materia “deporte”.

En segundo lugar, el TC entiende que si bien no toda normativa dirigida a garantizar la seguridad de las personas y bienes ha de ser calificada como “seguridad pública”, no por ello resulta aceptable la tesis según la cual quedaría vedada toda regulación normativa del Estado, *ex art. 149.1.29ª CE*, en el ámbito de los espectáculos, en general, y, en concreto, en el de las competiciones de fútbol por el hecho de que la Generalidad haya asumido la competencia en materia de “espectáculos”.

En consecuencia, el TC estima que existe una confluencia de competencias, de entrecruzamiento o yuxtaposición de títulos competenciales distintos, como son los de “espectáculos” y “policía autónoma” correspondientes a la Generalidad, cuya incidencia debe ser valorada en cada caso, para que la invocación por el Estado de la “seguridad pública” no genere, sin mayor consideración el desapoderamiento competencial de la Comunidad Autónoma. En este sentido, resulta legítimo, a juicio del TC, que el Estado regule por razones de “seguridad pública” determinadas actuaciones preventivas con motivo de la celebración de determinados espectáculos deportivos. Pero, de otro lado, el ámbito propio de la llamada “policía de espectáculos” tampoco puede ser ajena en esta materia.

Así, resultarán encuadrables en la materia “seguridad pública”, todas aquellas medidas o cautelas que, dirigiéndose a la protección de personas y bienes tengan como finalidad, aun más específica, evitar graves riesgos potenciales de alteración del orden ciudadano y de la tranquilidad pública. Por el contrario, habrán de incardinarse en la materia “espectáculos” las prescripciones que, velando por el buen orden de los mismos, se encaucen a la protección de las personas y bienes a través de una intervención administrativa ordinaria. El canon expuesto debe integrarse además, de un lado, con la necesaria inherencia o complementariedad de determinadas funciones no policiales respecto de las que tienen estricta naturaleza policial y, de otro, con la inclusión en la competencia sobre la propia “policía autónoma” de un ámbito relacionado con su dimensión orgánica y funcional.

El análisis del articulado del Real Decreto bajo estos parámetros interpretativos da como resultado la completa desestimación del recurso, aunque en un voto particular que firma la Magistrada ponente María Emilia Casas (al que se adhiere el Magistrado Carles Viver) se indica que si bien el Estado puede asignar cometidos concretos a las fuerzas policiales autonómicas, no cabe determinar “el modo o forma de realización de tales objetivos” y, consiguientemente, se entiende que diversos preceptos del Real Decreto menoscaban el ámbito funcional de la competencia de la Generalidad de Cataluña sobre su Policía Autónoma.

5. EXTRANJEROS

A) Territorio y nacionalidad

Como consecuencia de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la denegación del reconocimiento de la nacionalidad española a una persona nacida en el antiguo Sahara español, la **STS de 7 de noviembre de 1999**, Ar. 849/2000, se plantea algunas relevantes cuestiones de las que, por lo que aquí más interesa, podemos destacar la relativa a la interpretación del concepto de *territorio*. Así, se parte de la distinción entre “territorio español” y “territorio nacional”, éste más restringido que aquél, de tal manera que sólo puede considerarse territorio nacional al que, poblado de una colectividad de ciudadanos españoles en la plenitud de sus derechos, constituye una unidad administrativa de la Administración local española —en su caso, de parte de una de ellas— y que, cualquiera que sea su organización, no goce de otra personalidad internacional ni de otro derecho de autodeterminación que el que a la nación corresponda como un todo. A partir de aquí, el Sahara español (al igual que Ifni y Guinea Ecuatorial) no podía considerarse territorio nacional pero sí territorio español, razón que a la postre permitirá anular la denegación de la nacionalidad española solicitada al amparo del supuesto primero del párrafo tercero del art. 22 CC.

6. JUEGO

A) Decreto autonómico 316/1992 que reglamenta el uso de las máquinas recreativas y de azar de Cataluña

La **STS de 21 de diciembre de 1999**, Ar. 1737/2000, resuelve el recurso de casación interpuesto por la Generalidad contra la Sentencia que había declarado la nulidad de algunos preceptos del Decreto autonómico 316/1992. En concreto, la Sentencia impugnada razona sobre el art. 46.2 (que dispone que “se podrá denegar la autorización de explotación cuando se hayan producido reiteradas infracciones de la legislación aplicable en materia de juegos por parte de la empresa operadora o existan incumplimientos graves de la normativa sobre defensa de la competencia”) que falta el necesario rigor en la descripción de estos motivos de denegación, determinante de inseguridad jurídica e indefensión. Sin embargo, el TS decide que “no cabe exigir con el rigor propio del principio de tipicidad imperante en el ámbito del derecho positivo la precisión de aquellos incumplimientos cuya existencia puede dar lugar a la falta de autorización o revocación de la misma en relación con la actividad del juego”, por lo que casa en este punto la Sentencia objeto de recurso.

Asimismo, respecto del art. 38.8 (que dice que “el número de máquinas o la calificación del local, dependencia o establecimiento público también se podrá limitar o fijar en función del número de máquinas deportivas o recreativas no incluidas en este Reglamento, en explotación o que se pretenden explotar”) la Sentencia impugnada razona la anulación señalando que “el mandato que contiene remite a una indebida discrecionalidad

porque hace depender la decisión administrativa de unas circunstancias hipotéticas, futuras e imprecisas”. Por el contrario, el TS casa en este punto también la Sentencia, argumentando que “interpretada literalmente la cláusula examinada presenta una apariencia de vaguedad”, pero si se contextualiza con el resto de los números del mismo art. 38, es claro que se establecen criterios jurídicos (capacidad del local, aforo, superficie útil,...) como pautas concretas a las que la Administración deberá sujetarse cuando aprecie la existencia de otras máquinas que influyan en las circunstancias que deben tenerse en cuenta para la fijación del número de las autorizadas según el Reglamento.

7. SANIDAD

A) Derecho a la prestación sanitaria de la Seguridad Social de persona extranjera que convive maritalmente con el titular

La STC 95/2000, de 10 de abril, otorga el amparo solicitado contra la Sentencia de lo social que ratificó la denegación de la solicitud de ser considerada beneficiaria como extranjera residente del derecho a la asistencia derivada de la Seguridad Social, ya que el argumento principal aducido —que no tenía la tarjeta de autorización para considerar legal la residencia— no podía tenerse en cuenta ya que en el correspondiente proceso contencioso-administrativo (contra la denegación de la solicitud de exención del visado) se había dictado un auto de suspensión cautelar de la necesidad de dicho visado. Si éste es el fundamento del otorgamiento del amparo (la falta de tutela judicial efectiva que, en estas circunstancias, se le había deparado), el Tribunal Constitucional reafirma su doctrina sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y, más concretamente, por lo que se refiere al derecho a la protección de la salud, considera que su disfrute por los extranjeros se hará en las condiciones fijadas por las normas correspondientes.

IÑAKI AGIRREAZCUENAGA

EDORTA COBREROS

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES**Sumario:**

Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo. A) Competencia. a) La revisión del canon de ocupación de bienes del patrimonio del Estado corresponde a la Jurisdicción civil. b) Corresponden a la Jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones derivadas de los derechos económicos de los funcionarios médicos. c) La denegación de un indulto no corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa. d) Delimitación de competencia en materia de Seguridad Social. e) Sobre actos del Comité Superior de Disciplina Deportiva. f) Alcance del artículo 8.3 LJCA (de 1998). g) Competencia de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo: acto de Ministro. B) Objeto. a) La decisión de recurrir contra la resolución denegatoria de una extradición es un acto político. b) Los principios de irretroactividad y de seguridad jurídica no alcanzan a la jurisprudencia. C) Sujetos: legitimación. a) Los colegios profesionales son Corporaciones de Derecho público y sus acuerdos son recurribles. b) El interés legítimo abarca al interés competitivo. c) El denunciante no tiene legitimación para recurrir las decisiones del Consejo General del Poder Judicial en procedimientos disciplinarios. D) Procedimiento. a) Plazo. a') El supuesto previsto en el artículo 109 de la LPA está sometido al plazo de interposición del artículo 58 LJCA (de 1956). b') La corrección de erratas ha de entenderse como la publicación de la propia norma en lo referente al cómputo del plazo. c') El plazo para recurrir contra la desestimación presunta de un recurso de reposición se computa como si se hubiese producido una defectuosa notificación. b) Cuantía: prevalece, en caso de contradicción, la fijada por el recurrente en vía administrativa frente a su indeterminación en la demanda. c) La falta de emplazamiento personal sólo deviene lesión constitucional si el ciudadano mantiene una actitud diligente. E) Suspensión. a) El arraigo personal no es aplicable a los supuestos de extradición pasiva. b) La unión de hecho marital y estable es causa de suspensión de la orden de expulsión del territorio nacional. c) Es prevalente el interés público en la publicación de una resolución sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia. F) Costas. a) El artículo 423 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no exige la consignación de la cuantía concreta asignada a cada concepto. b) El coadyuvante en pri-

mera instancia, que actúa como parte recurrida en casación, puede devengar costas a su favor. c) Son debidas las del Procurador de la parte que obtiene a su favor la condena en costas. **2. Recurso de Casación.** A) Sujetos: el coadyuvante del recurrido no tiene legitimación. B) Procedimiento: los funcionarios deben comparecer mediante Procurador ante el Tribunal Supremo. C) Impugnación indirecta. a) No se pueden reproducir cuestiones ajenas a la misma. b) Las Órdenes autonómicas sobre medidas de fomento del empleo de mujeres no son disposiciones generales. D) Inadmisibilidad. a) La relevancia de la normativa estatal debe situarse en el fallo de la Sentencia recurrida, no en los medios impugnatorios. b) Personal. a') El pase de los militares a la reserva activa no supone la extinción de la relación de servicio. b') La anulación del concurso de una plaza de Catedrático es cuestión de personal. c') Es inadmisibile el recurso que versa sobre el derecho a la asistencia sanitaria de un colectivo de funcionarios. d') La cuestión de personal incluye el "renacimiento" de la relación de servicio. e') En los militares de empleo falta el elemento de la permanencia. c) Cuantía: el artículo 489.10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es de aplicación a las concesiones administrativas. **3. Recurso de Casación en interés de ley.** A) Legitimación: no la tiene el Colegio de Registradores por no ostentar carácter público.

INTRODUCCIÓN

La presente crónica, que abarca el período de marzo a abril de 2000 en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, se refiere aún, básicamente, a pronunciamientos sobre la ya derogada Ley Jurisdiccional de 1956, si bien se incluyen algunos pronunciamientos sobre puntuales aspectos de la nueva Ley de 1998, en concreto, sobre la competencia de los nuevos Juzgados de lo contencioso-administrativo.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Competencia

a) La revisión del canon de ocupación de bienes del patrimonio del Estado corresponde a la Jurisdicción civil

Partiendo del artículo 127 del Texto articulado de la Ley del Patrimonio del Estado, que dispone que continuarán en la posesión de sus derechos los titulares de concesiones o

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

autorizaciones otorgadas legalmente sobre bienes de dominio público cuando éstos pierdan su carácter por incorporarse al Patrimonio del Estado; y el apartado c) de dicho precepto, que precisa que corresponde a la jurisdicción ordinaria conocer de los litigios que surjan en relación con los expresados derechos y obligaciones, la STS de 26 de enero de 2000, Ar. 387, considera que la revisión del canon que debe abonarse por la ocupación de terrenos que son bienes patrimoniales del Estado es una cuestión de naturaleza civil, excluida expresamente por el artículo 2 de la LJCA (de 1956) del ámbito de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

b) Corresponden a la Jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones derivadas de los derechos económicos de los funcionarios médicos

La STS de 17 de enero de 2000, Ar. 554, ha mantenido que la competencia para conocer de la solicitud del pago correspondiente a guardias médicas durante el tiempo de baja por enfermedad de un funcionario médico de la Comunidad Autónoma, corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en base a lo dispuesto en el artículo 9.4 de la LOPJ y el artículo 1 de la LJCA (de 1956) y de la actualmente vigente (de 1998), que atribuyen a los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo.

Por tanto, las reclamaciones por derechos económicos de los funcionarios, derechos regulados por normas de Derecho Administrativo, han de hacerse valer ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sin que sean de aplicación las normas sobre competencia del orden jurisdiccional social en las materias propias de la Seguridad Social o mejoras de su acción protectora [artículos 9.5 de la LOPJ y 2, apartados b) y c), del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral], que deben ceder frente al principio general de nuestro ordenamiento de que las cuestiones sobre derechos estatutarios de los funcionarios públicos, por ser cuestiones sometidas al Derecho Administrativo, deben ser conocidas por los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

c) La denegación de un indulto no corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa

El otorgamiento del indulto constituye, según el artículo 62 CE, una consecuencia de la prerrogativa real de gracia, de suerte que su denegación, como ha señalado el ATS de 31 de enero de 2000, Ar. 506, constituye un acto no sujeto al Derecho Administrativo, motivo por el que la revisión de la denegación del indulto solicitado cae fuera del ámbito de la Jurisdicción contencioso-administrativa, excepto en el aspecto puramente procedimental de cumplimiento de los trámites establecidos para su adopción, que pueden ser fiscalizados en su aspecto meramente administrativo por la Jurisdicción.

d) Delimitación de competencia en materia de Seguridad Social

La delimitación entre la jurisdicción laboral y la jurisdicción contencioso-administrativa constituye un capítulo clásico en la doctrina, y representa una de las tradicionalmente denominadas “zonas grises” en la determinación del ámbito competencial de ambos órdenes jurisdiccionales, estando dividida la materia de Seguridad Social de manera que, en términos generales, lo prestacional corresponde al orden social y lo recaudatorio al orden contencioso-administrativo.

En base a ello, la **STS de 31 de enero de 2000**, Ar. 667, ha resuelto que el conocimiento y enjuiciamiento de las pretensiones formuladas frente a un acto recaudatorio de la Tesorería de la Seguridad Social por el que se exige a una Mutua el ingreso de una determinada cantidad correspondiente a la capitalización de una pensión vitalicia por incapacidad derivada de accidente de trabajo, corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa previa la vía administrativa, pero sólo por los motivos de oposición inherentes a la determinación de su cuantía, y siempre que tal acto de liquidación no se haya dictado en ejecución de una Sentencia de la Jurisdicción social sobre el reconocimiento de la pensión o sobre la imputación de responsabilidad del pago de la misma.

e) Sobre actos del Comité Superior de Disciplina Deportiva

La **STS de 17 de febrero de 2000**, Ar. 1541, ha declarado que la resolución del Comité Nacional de Apelación de la Real Federación Española de Fútbol en la que, estimando el recurso de apelación interpuesto por diversas entidades deportivas contra resolución adoptada por el Juez de Competición y Disciplina de la Liga Nacional de Fútbol Aficionado, se declaró el descenso de categoría de un Club, al carecer de carácter administrativo, ha de quedar fuera del recurso contencioso-administrativo. Por el contrario, la resolución del Comité Superior de Disciplina Deportiva por el que dicho Comité acordó declararse incompetente en el recurso interpuesto contra la anterior resolución, sí tiene carácter administrativo y puede ser impugnada en vía contencioso-administrativa en cuanto actúa aplicando un régimen disciplinario y sancionador susceptible de revisión ante esta Jurisdicción.

f) Alcance del artículo 8.3 LJCA (de 1998)

Al resolver una cuestión negativa de competencia promovida por un Juzgado Central y otro Provincial de lo contencioso-administrativo, el **ATS de 31 de enero de 2000**, Ar. 498, ha señalado que, dado que el acto impugnado emana de un órgano que, aun formando parte del Organismo Autónomo Parques Nacionales, tiene competencias limitadas territorialmente al ámbito del Parque Nacional de Cabañeros, el acto sancionador emana de un órgano territorial o periférico del referido Organismo Autónomo. Por ello es aplicable el artículo 8.3 de la LJCA (de 1998) que dispone que los Juzgados de lo contencioso-administrativo conocerán en única o primera instancia de los recursos que se deduzcan contra los actos de los organismos, entes, entidades o corporaciones de Derecho público, cuya competencia no se extiende a todo el territorio nacional.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

Dado que el acto impugnado tiene como contenido una sanción, entra en juego el artículo 14.1.2ª de la Ley Jurisdiccional, que dice así: “Cuando el recurso tenga por objeto actos de las Administraciones Públicas en materia de personal, propiedades especiales y sanciones será competente, a elección del demandante, el Juzgado o el Tribunal en cuya circunscripción tenga aquél su domicilio o se halle la sede del órgano autor del acto originario impugnado”. En estos supuestos el administrado tiene derecho a la elección del órgano competente. Aunque el Tribunal Supremo ha establecido que, en caso de duda, ha de estarse a la regla que faculta al demandante para optar por el fuero del domicilio o el de la sede del órgano que dictó el acto, por ser lo más congruente con el derecho de tutela judicial.

g) Competencia de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo: acto de Ministro

La STS de 29 de febrero de 2000, Ar. 1420, de conformidad con lo establecido en el art. 9.a) de la LJCA (de 1998), ha declarado la competencia de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo para conocer del recurso deducido contra una Orden del Ministro de Asuntos Exteriores por la que se acuerda el cese de un funcionario del cuerpo auxiliar en una Embajada española, careciendo de trascendencia la circunstancia de que, con anterioridad a la misma, se produjese otra resolución en el mismo sentido del Subsecretario del Departamento, ya que el cese fue acordado y ejecutado en cumplimiento precisamente de la Orden del Ministro.

B) Objeto

a) La decisión de recurrir contra la resolución denegatoria de una extradición es un acto político

El ATS de 16 de febrero de 2000, Ar. 619, ha declarado la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo deducido contra la voluntad del Gobierno Español de no recurrir la decisión de un Gobierno extranjero de dejar en libertad al sujeto cuya extradición se había solicitado.

Razona el Auto comentado que el Gobierno Español cumplió con su obligación de solicitar la extradición activa iniciada por un órgano jurisdiccional español, conforme a lo que resulta de los arts. 824 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del Convenio Europeo de Extradición, mas de ningún precepto o Convenio se desprende que la obligación se extienda a recurrir contra una eventual decisión denegatoria por parte de un Gobierno extranjero, máxime cuando tal pretendido recurso ha de enmarcarse en el ámbito de lo que es dirección de la política exterior que corresponde al Gobierno, según el art. 97 CE, por medio de actuaciones que no son administrativas sometidas a control judicial, y en las que aquél interviene como órgano político y no como órgano de la Administración ejerciendo potestades administrativas, supuestos en que no pueden deducirse ante el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo pretensiones encaminadas a lograr un pronunciamiento judicial que sustituya a la decisión del Gobierno, en cuanto que compete a aquel Orden un control de legalidad, según el

art. 106 CE, no de oportunidad política en ámbitos de soberanía, y menos cuando, a falta de normas concretas al respecto, no existen aspectos reglados accesibles a la fiscalización jurisdiccional.

b) Los principios de irretroactividad y de seguridad jurídica no alcanzan a la jurisprudencia

La STS de 30 de octubre de 1999, Ar. 847, ha desestimado un recurso de casación en el que se denuncia la vulneración por la Sala de instancia del artículo 9.3 CE —concretamente los principios de irretroactividad y de seguridad jurídica—, al declarar la caducidad del recurso conforme a un criterio jurisprudencial iniciado con posterioridad a la interposición del recurso contencioso-administrativo.

El principio de irretroactividad se refiere a las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, pero no contempla la irretroactividad de la jurisprudencia, ya que ésta se limita a interpretar y aplicar las normas a hechos o supuestos ya acaecidos, de manera que por haber seguido la Sala de instancia una doctrina jurisprudencial consolidada después de haberse interpuesto el recurso contencioso-administrativo no ha quebrantado el principio de irretroactividad de las leyes, recogido por el citado artículo de la Constitución y por el artículo 2.3 del Código Civil.

Otro tanto cabe decir del principio de seguridad jurídica cuya vigencia no se desconoce por seguir la más reciente orientación jurisprudencial para resolver conforme a ella, respetándose dicha seguridad jurídica también con los cambios de criterio interpretativo cuando se justifican debidamente, pues lo contrario sería ignorar el significado de la jurisprudencia, recogido en el artículo 1.6 del Código Civil, cuya finalidad es la de guiar y orientar la función de aplicar las leyes al servicio de la mejor interpretación de éstas y de los principios generales del Derecho, mientras que la estricta vinculación con el precedente constituiría un impedimento al cumplimiento de este fin.

C) Sujetos: legitimación

a) Los colegios profesionales son Corporaciones de Derecho público y sus acuerdos son recurribles

Los Colegios profesionales son entidades asociativas de base privada que representan y defienden intereses corporativos, pero que tienen naturaleza de corporaciones de Derecho público en cuanto participan en el ejercicio de las funciones públicas que les atribuyen las leyes o que les delegan las Administraciones Públicas, siendo los actos en que se traduce tal ejercicio los que están sujetos al Derecho administrativo y como tales son susceptibles de revisión en sede contencioso-administrativa, según resulta del artículo 8.1 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, modificada por Ley 74/1978, de 26 de diciembre (LCP).

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

Partiendo de tales premisas, la STS de 17 de enero de 2000, Ar. 265, reconoce la naturaleza administrativa del acuerdo de un Colegio Oficial de Farmacéuticos, por el que se desestima la pretensión de sustituir un determinado sistema de distribución de los costes de facturación por dispensación de especialidades farmacéuticas a la Seguridad Social. Dicha naturaleza de acto administrativo deriva, por una parte, de que se impone utilizando prerrogativas administrativas, y, por otra, de que se trata de dar cumplimiento o instrumentación a un mecanismo de facturación derivado de un concierto del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos con el Consejero de Sanidad y Consumo de la Comunidad Autónoma en cuestión y el Presidente del Consejo de Administración del Servicio Autónomo de Salud, lo que permitiría inscribir la actuación entre las funciones enumeradas en el artículo 9.1, apartado f), de la LCP.

b) El interés legítimo abarca al interés competitivo

El efecto expansivo de la legitimación descansa en la idea de “interés legítimo” que poseen determinadas personas que, al ser destinatarias de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de cualquier ciudadano, de que se actúe de acuerdo con el ordenamiento jurídico en el sector en que ellas operan.

Por este motivo, y en base a la existencia de un interés competitivo que no puede ser confundido con el simple deseo de defensa de la legalidad, la STS de 1 de febrero de 2000, Ar. 318, reconoce legitimación suficiente a la entidad mercantil recurrente —que desarrolla su actividad en el campo de la telefonía móvil e intentó obtener una concesión para la prestación del servicio de telecomunicación— para impugnar un Real Decreto que establece una serie de medidas que inciden directamente en dicho sector.

c) El denunciante no tiene legitimación para recurrir las decisiones del Consejo General del Poder Judicial en procedimientos disciplinarios

Las SSTS de 28 de enero, 1, 2 y 8 de febrero de 2000, Ar. 1580, 1582, 1585, 1586, 1591, acogen la excepción de inadmisibilidad del recurso fundada en la consolidada jurisprudencia que afirma la falta de legitimación del denunciante para intervenir en los procesos contencioso-administrativos seguidos contra las decisiones del Consejo General del Poder Judicial ordenando el archivo de los procedimientos disciplinarios, y siendo el núcleo argumental de esta jurisprudencia el dato de que 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 esa esfera.

A lo anterior ha de añadirse que, aunque esa doctrina tiene un carácter general y no excluye matizaciones o excepciones casuísticas, estas últimas deberán, en opinión del Tribunal, resultar de hechos concretos, descritos circunstanciadamente, que de manera inequívoca revelen que la actuación disciplinaria redundará directamente en beneficio de quien personalmente la solicite. Y la carga de concretar y describir tales hechos incumbirá a quien pretenda su legitimación, pues lo contrario posibilitaría que el requisito de la legitimación pudiera ser fácilmente eludido con meras alegaciones genéricas.

D) Procedimiento**a) Plazo**

a') El supuesto previsto en el artículo 109 de la LPA está sometido al plazo de interposición del artículo 58 LJCA (de 1956)

Si bien no existe plazo alguno para la declaración de la Administración, ya sea de oficio o a instancia de terceros, de nulidad de un acto a través del procedimiento revisorio regulado en el artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo en el caso de entablarse un recurso jurisdiccional que se accione con base en la nulidad de pleno derecho, la **STS de 5 de enero de 2000**, Ar. 1, ha señalado que el recurrente ha de someterse al plazo de ejercicio establecido en el artículo 58 LJCA (de 1956), incurriendo en caso contrario en extemporaneidad, con la obligada consecuencia de la inadmisibilidad de su recurso.

b') La corrección de erratas ha de entenderse como la publicación de la propia norma en lo referente al cómputo de plazo

La **STS de 18 de enero de 2000**, Ar. 18, ha considerado que la publicación de una corrección de erratas que conlleva la modificación del significado o sentido de los artículos de una disposición de carácter general, desde el criterio obligado de una interpretación que favorezca la posibilidad de llegar al examen de fondo del litigio, tiene el sentido de una propia –la última– publicación de la norma, desde la que debe computarse el plazo de interposición del recurso, tal y como ordenaba el artículo 58.3.b) LJCA (de 1956).

c') El plazo para recurrir contra la desestimación presunta de un recurso de reposición se computa como si se hubiese producido una defectuosa notificación

El silencio administrativo es, como todos sabemos, una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial superando los efectos de la inactividad de la Administración. En base a ello, la **STS de 14 de enero de 2000**, Ar. 1574, considera ajustada al ordenamiento la interpretación que computa el plazo para recurrir contra la desestimación presunta del recurso de reposición como si se hubiera producido una notificación defectuosa –incluso una notificación defectuosa que contenga el texto íntegro del acto– equiparando el supuesto al contemplado en el artículo 79, apartados 3 y 4, de la Ley de Procedimiento Administrativo, preceptos según los cuales las notificaciones defectuosas surtirán efectos a partir de la fecha en que se haga manifestación expresa en tal sentido por el interesado, se interponga el recurso pertinente o por el transcurso de seis meses, cuando se trate de notificaciones practicadas personalmente al interesado que contengan el texto íntegro del acto. Lo contrario significaría primar la inactividad de la Administración frente a los supuestos en que el texto íntegro del acto se notifica personalmente al interesado, en que

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

ya cabe a éste la absoluta certeza de que no puede esperar una resolución de contenido distinto.

b) Cuantía: prevalece, en caso de contradicción, la fijada por el recurrente en vía administrativa frente a su indeterminación en la demanda

En el caso de que exista una contradicción injustificada entre las manifestaciones de la parte recurrente en la vía administrativa, al fijar de forma determinada la cuantía de la pretensión, y su manifestación respectiva al momento de interponer el recurso contencioso-administrativo, considerándola como indeterminada, la **STS de 19 de enero de 2000**, Ar. 329, atribuye la validez a la inicialmente manifestada a los efectos del acceso del asunto a la casación.

c) La falta de emplazamiento personal sólo deviene lesión constitucional si el ciudadano mantiene una actitud diligente

Con relación a los emplazamientos en el recurso contencioso-administrativo el Tribunal Constitucional ha declarado en numerosas resoluciones que el emplazamiento por edictos no garantiza en medida suficiente la defensa de quienes están legitimados para comparecer como demandados o coadyuvantes en procesos que inciden directamente en sus derechos e intereses, y que es exigible el emplazamiento personal, cuando los legitimados, como parte demandada o coadyuvante, fueran conocidos e identificables a partir de los datos que figuren en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, en el expediente administrativo o en la demanda y que, en estos supuestos, la falta de dicho emplazamiento puede suponer una vulneración del art. 24.1 CE.

No obstante, la doctrina constitucional reseñada, oportunamente recordada en las recientes **SSTC 1/2000, de 17 de enero**, y **20/2000, de 31 de enero**, ha sido progresivamente matizada y perfilada, advirtiéndose que no toda falta de emplazamiento personal puede ser calificada como vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva, pues la propia condición o personalidad de quien afirma haber sufrido la lesión por habersele emplazado edictalmente, los propios medios de los que el órgano judicial haya podido disponer para practicar y hacer efectivo el emplazamiento personal, la diligencia que el presuntamente lesionado haya observado a fin de comparecer en el proceso, el conocimiento extraprocetal que haya podido tener acerca de su existencia, o, en fin, el momento mismo en que llegó a conocer la Sentencia que puso término al proceso, son, entre las más significativas, aunque no exclusivas, causas o hechos determinantes de la valoración y juicio que la infracción procesal pueda y deba merecer desde la perspectiva de aquel derecho fundamental.

Más concretamente, por lo que se refiere a la diligencia exigible a quien denuncia una situación de indefensión como consecuencia de la falta de emplazamiento personal, el Tribunal Constitucional tiene declarado que tal infracción procesal sólo deviene en lesión constitucional, cuando, pese a mantenerse por el ciudadano una actitud diligente, se ve colocado en una situación de indefensión, ya que no es de recibo que mantenga una

denuncia constitucional de indefensión quien por su actitud pasiva y negligente coadyuvó a su producción, al no comparecer en el proceso, estando a tiempo de hacerlo, pese a tener conocimiento de su existencia por cauces distintos al emplazamiento personal o haberlo podido tener si hubiera empleado una mínima diligencia. De otro modo, la protección ilimitada del derecho del no emplazado, que transformaría ese derecho en un requisito pura y rígidamente formal, conllevaría, en su automatismo, el sacrificio del derecho a la tutela judicial efectiva de quien, actuando de buena fe, fue parte en el proceso contencioso-administrativo y se creía protegido por la paz y la seguridad jurídica que implica la institución de la cosa juzgada.

Por tanto, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por ausencia del debido emplazamiento, resulta necesario determinar si efectivamente el demandante de amparo debía de haber sido emplazado personalmente y se encontraba suficientemente identificado para ello; en segundo lugar, si el emplazamiento se llevó o no a cabo en forma personal y suficiente para que llegara a conocimiento del destinatario; y, en el caso de que no se hubiese practicado, si el recurrente en amparo ha tenido conocimiento o pudo haberlo tenido, de actuar con la diligencia que le es exigible, de la existencia del proceso para ejercer su derecho de comparecencia y defensa.

E) Suspensión

a) El arraigo personal no es aplicable a los supuestos de extradición pasiva

La extradición es una figura típica del Derecho Internacional cuyo fundamento está en la solidaridad y cooperación entre los Estados y en la necesidad de superar las limitaciones que el principio de territorialidad impone a la persecución y castigo de los delitos, por lo que los acuerdos de extradición pasiva se adoptan desde la perspectiva del interés general, tanto interior como exterior, con el fin de que se cumpla la ley penal, que merece una protección singularísima, por lo que sólo la concurrencia de circunstancias excepcionales podría determinar la suspensión de la ejecución de los acuerdos de esta clase.

En relación con lo dicho, si bien el arraigo personal en nuestro país ha sido criterio tomado en cuenta por la jurisprudencia para suspender las órdenes de expulsión de extranjeros del territorio nacional, el **ATS de 10 de enero de 2000**, Ar. 78, ha señalado que no es aplicable a los supuestos de entrega en virtud de procedimientos de extradición pasiva, en los que se ha de tomar en cuenta el perjuicio grave al interés general en el cumplimiento de la ley penal que determinaría la medida de suspensión. Por su parte, el **ATS de 14 de febrero de 2000**, Ar. 1336, ha reconocido que los defectos de forma en el procedimiento de extradición pasiva, que no tengan una relevancia tan manifiesta como para constatar la nulidad radical de los actos impugnados, no justifican la adopción de la medida cautelar.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

b) La unión de hecho marital y estable es causa de suspensión de la orden de expulsión del territorio nacional

El Tribunal Supremo tiene señalado que, para apreciar la existencia de vínculos familiares, tienen singular trascendencia la convivencia de hecho y los lazos afectivos. Más concretamente, la **STS de 15 de noviembre de 1999**, Ar. 855, nos recuerda que hay arraigo en territorio español, a efectos de declarar procedente la suspensión de un acuerdo de expulsión, cuando existe unión de hecho marital estable y continuada, con lo que, negar relevancia a la convivencia marital con un español y no equiparar tal situación a la matrimonial en orden a apreciar la existencia de arraigo por razones de reagrupación familiar, infringe la doctrina jurisprudencial que considera en estos casos más digno de protección el interés particular de quien solicita la suspensión de la orden de expulsión, mientras se tramita el proceso, que el general para que se ejecute inmediatamente dicha orden, especialmente cuando, como en el caso examinado, se basa exclusivamente en la estancia ilegal por carecer del correspondiente permiso para ello y en la carencia de medios de vida regulares.

c) Es prevalente el interés público en la publicación de una resolución sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia

La **STS de 15 de febrero de 2000**, Ar. 220, ha reiterado que, para juzgar sobre si la publicación de la parte dispositiva de una resolución sancionadora causa o no un daño irreparable a la imagen de la empresa sancionada, ha de valorarse, más que el solo dato de la publicación, el contenido o naturaleza de la conducta que se sanciona y se hace pública. Por ello, el interés público representado por hacer llegar a los consumidores un acuerdo sancionador del Tribunal de Defensa de la Competencia, en aras del beneficio del mercado, es prevalente al daño que puede ocasionarse a la empresa con la publicación, el cual, en cualquier caso, sería reparable si obtuviese sentencia favorable a su pretensión anulatoria.

F) Costas

a) El artículo 423 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no exige la consignación de la cuantía concreta asignada a cada concepto

Respecto del artículo 423 LECiv, las **SSTS de 25 de enero, 3, 4 y 14 de febrero y 7 de marzo de 2000**, Ar. 505, 1009, 1010, 1022 y 1033, nos recuerdan que la más reciente doctrina jurisprudencial tiene declarado que dicho artículo exige la aportación de minuta detallada, pero no la consignación de la cuantía concreta asignada a cada concepto, siempre que dicha cuantía sea de fácil determinación, dado el importe de la minuta de honorarios de que se trate, por la parte proporcional que corresponde a cada uno de los conceptos en cuestión conforme a las Normas Orientadoras de Honorarios Profesionales del Colegio correspondiente. Resulta, pues, que una minuta de honorarios cumple las exigencias legales a las que ahora nos referimos siempre que, bien por aplicación de las Normas Orientadoras antes referidas, o por otros datos o circunstancias que pueden apa-

recer en las actuaciones, pueda determinarse la cantidad correspondiente a cada uno de los conceptos que integran la minuta de que se trate.

b) El coadyuvante en primera instancia, que actúa como parte recurrida en casación, puede devengar costas a su favor

Las SSTs de 1 de febrero de 2000, Ar. 512, 513 y 514, han abordado el problema de si el coadyuvante de la primera instancia, que actúa como parte recurrida en un recurso de casación, puede devengar costas a su favor.

Razona que si la Constitución rompió la clásica diferenciación entre parte principal –Administración– y parte accesoria –coadyuvante– abriendo el camino para que ésta pudiese utilizar con independencia de aquélla el recurso de apelación, no tiene sentido que el coadyuvante permanezca al margen de las consecuencias favorables o desfavorables de la condena en costas pronunciada en un recurso jerárquico cuando, desaparecida su dependencia de la Administración, puede decidir por sí mismo si conviene o no a sus intereses utilizar un medio de impugnación de tal clase. Se pone también de relieve el contenido del artículo 96.3 de la LJCA (de 1956), que, al regular la legitimación para interponer el recurso de casación, no menciona al coadyuvante, sino que habilita a quienes hubieren sido parte en el procedimiento a que se contraiga la Sentencia o resolución recurrida. Y concluye diciendo que si el coadyuvante en la instancia puede interponer por decisión propia un recurso de casación y, por ende, ser condenado en costas, en su caso, es claro que también, por exigencia del principio de igualdad de las partes, las devengará a su favor cuando el pago de aquéllas se imponga a la parte contraria. En aplicación de esta doctrina, la resolución comentada dice que no procede acoger la alegación de que las costas en cuestión son indebidas por no poder devengar a su favor dichas costas la parte recurrida que actuó como coadyuvante en la primera instancia.

c) Son debidas las del Procurador de la parte que obtiene a su favor la condena en costas

La STS de 14 de diciembre de 1999, Ar. 1732, ha recordado la doctrina proclive a la inclusión en las tasaciones de costas de los derechos del Procurador de la parte que obtiene en su favor la condena al pago de las mismas. Ello se basa en dos consideraciones. De un lado, que el art. 33.1 de la LJCA (de 1956) autorice a las partes para valerse tan sólo de Abogado, o que, cuando se trata de un ente local, la representación y defensa pueda ser asumida por un Letrado de sus servicios jurídicos o por un Abogado colegiado, no significa que cuando un Ayuntamiento confiere su representación a un Procurador la actuación de éste en el proceso sea en interés exclusivo de la parte a quien representa, pues también permite una más fácil comunicación del órgano jurisdiccional con aquélla. Por otra parte, el Alto Tribunal también se basa, para llegar a esta conclusión, en la salvedad que hace el artículo 11, párrafo segundo, de la LECiv para el caso de que la residencia habitual de la parte que se ha valido de Procurador sin ser su intervención preceptiva sea distinta del lugar en que se tramite el juicio.

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) Sujetos: el coadyuvante del recurrido no tiene legitimación

El artículo 96.3 de la LJCA (de 1956) anuda la legitimación para interponer recurso de casación a la condición de parte en el procedimiento en el que ha recaído la sentencia o resolución recurrida, pero nada dice expresamente en cuanto a la posición de coadyuvantes del recurrido. Sin embargo, el ATS de 24 de enero de 2000, Ar.1285, ha reiterado que en el régimen de la casación no está prevista ninguna posición procesal especial como coadyuvante, lo que supone que no existen más posiciones que las de recurrente y recurrido.

B) Procedimiento: los funcionarios deben comparecer mediante Procurador ante el Tribunal Supremo

El artículo 23.2 de la 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 Procurador, a diferencia de lo que decía el artículo 97.1 de la Ley anterior, ya que 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”).

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 inamovibles, pero esta norma singular no es aplicable al recurso de casación.

La *ratio* de esta excepción, que no difiere esencialmente de la que introdujo el artículo 33.3 de la Ley de 1956, descansa, según el ATS de 14 de febrero de 2000, Ar. 1672, en el conocimiento de la normativa aplicable al caso que se presume tienen los funcionarios públicos cuando están en litigio sus derechos estatutarios, pero esta consideración, a la que ya se refería la Exposición de Motivos de la citada Ley, pierde buena parte de su fuerza de convicción cuando del recurso de casación se trata. Se opone la complejidad de la actividad procesal, tanto en lo que hace a su contenido como a su forma, propia de este recurso extraordinario, que sólo puede interponerse por determinados motivos, con el consiguiente rigor que esto comporta en orden a la subsunción de los vicios jurídicos de que pueda adolecer la resolución judicial recurrida, pues no se debe olvidar que en el recurso de casación, a diferencia de lo que ocurre en primera y segunda instancia, las pretensiones de las partes deben moverse en torno a la aplicación de la ley efectuada por

el órgano jurisdiccional *a quo*, quedando relegada a un segundo plano la actividad administrativa inicialmente impugnada, que es precisamente, en el caso de las cuestiones de personal, el dato del que arranca la presunción de que el funcionario público no está necesitado de asistencia jurídica.

De lo anteriormente expuesto se desprende, que no obstante el silencio del artículo 90.1 de la vigente Ley Jurisdiccional, la comparecencia ante el 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, a propósito de la substanciación del recurso de apelación, se obliga a los funcionarios públicos, en los procesos a que se refiere el artículo 23.3, 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*.

C) Impugnación indirecta

a) No se pueden reproducir cuestiones ajenas a la misma

Según reiterada jurisprudencia, oportunamente recordada por el ATS de 14 de enero de 2000, Ar. 1259, en los recursos de casación admitidos al amparo del artículo 93.2 de la LJCA (de 1956), en relación con el 39.2 y 4 de la Ley, en la versión introducida por la Ley 10/1992, es decir, en los casos de recursos contencioso-administrativos de instancia “indirectos”, solamente puede someterse a revisión el motivo que haya posibilitado el acceso a la casación, resultando improcedente la reproducción de cuestiones planteadas al margen de aquél, pues la finalidad de depuración del ordenamiento jurídico que, en tales supuestos, tiene el recurso de casación (justificativa del acceso de la cuestión al Tribunal Supremo aunque por razón de su cuantía litigiosa –artículos 50 y 51 de la LJCA– no fuese, en principio susceptible de ello) arrastra como consecuencia una limitación de la *cognitio judicial*, ya que si la casación se abre por la indicada razón sólo cabrá discutir el problema de la validez de la disposición general de categoría inferior a la ley indirectamente impugnada.

b) Las Órdenes autonómicas sobre medidas de fomento del empleo de mujeres no son disposiciones generales

La jurisprudencia viene negando la caracterización de disposición de carácter general y de naturaleza reglamentaria a las Órdenes autonómicas sobre medidas de fomento del empleo de mujeres, al considerar tales resoluciones, aunque participen de alguna de las características de las disposiciones generales, como simples actos administrativos de destinatario plural.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

Es por ello que los AATS de 17 de enero y 21 de febrero de 2000 (Ar. 1266 y 1689) señalan que este tipo de Órdenes carecen de finalidad normativa dado que no contienen una regulación general de las subvenciones, sino que son convocatorias de unas medidas de fomento del empleo de mujeres, dictadas en cumplimiento del objetivo del correspondiente Plan, con una vida temporal limitada, participando de una naturaleza similar –en orden a su configuración como acto o disposición general– a las convocatorias de concursos, cuya catalogación como acto administrativo ha sido reiteradamente declarada por la jurisprudencia. No contienen una regulación con voluntad de permanencia (criterio de la consunción), teniendo una misión ejecutiva e instrumental del Plan y no innovan el ordenamiento jurídico preexistente (criterio ordinalista). Son, en definitiva, unos actos administrativos plúrimos.

D) Inadmisibilidad

a) La relevancia de la normativa estatal debe situarse en el fallo de la sentencia recurrida, no en los medios impugnatorios

Es de sobra conocida la inadmisibilidad del recurso de casación en el que la normativa autonómica ha sido determinante del fallo de la Sentencia impugnada, aunque, como han precisado las SSTs de 12 y 18 de enero de 2000, Ar. 17, 79, 80, 81 y 82, en la previsión del art. 93.4 de la LJCA (de 1956) la relevancia de la normativa estatal, como factor determinante del posible acceso a la casación, debe situarse en el fallo de la sentencia recurrida y no en los medios impugnatorios utilizados frente a aquélla.

b) Personal

a') El pase de los militares a la reserva activa no supone la extinción de la relación de servicio

El ATS de 4 de febrero de 2000, Ar. 1660, ha inadmitido el recurso de casación cuyo objeto es una Resolución del Ministro de Defensa por la que se declara a un Brigada del Ejército del Aire apto para la prestación del servicio con limitación para ocupar determinados destinos por la existencia de insuficiencia de condiciones psicofísicas, al estar únicamente en juego la incidencia que la enfermedad del recurrente pueda tener en su relación de servicios con la Administración. Además, razona el Tribunal, el pase a la situación de Reserva Activa por pérdida de Aptitud Psicofísica no implica la extinción de la relación de servicio al no suponer el retiro, que sería, en su caso, el motivo legal de pérdida de la condición de funcionario según lo dispuesto en el artículo 103 de la Ley 17/1989, de 19 de julio (derogada por la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas).

b') La anulación del concurso de una plaza de Catedrático es cuestión de personal

El ATS de 18 de febrero de 2000, Ar. 1680, inadmite el recurso de casación cuyo objeto es una Resolución del Rectorado por la que se desestima la solicitud del recurrente

de anulación de la convocatoria y del concurso de una plaza de Catedrático de Universidad, por cuanto la materia controvertida es catalogable como cuestión de personal pues lo que está en juego es la promoción del recurrente, Profesor Titular, a través del concurso convocado en el marco de la relación funcional que le une con la Universidad.

c') Es inadmisibile el recurso que versa sobre el derecho a la asistencia sanitaria de un colectivo de funcionarios

El **ATS de 25 de febrero de 2000**, Ar. 1694, inadmite el recurso de casación cuyo objeto es el cambio de la entidad prestadora del servicio de asistencia sanitaria a los funcionarios de la Sección de Miñones de la Diputación Foral de Álava traspasados al Departamento de Interior del Gobierno Vasco, tratándose por ello de una cuestión de personal que afecta al contenido de la relación funcional y, en concreto, al derecho a la asistencia sanitaria de un colectivo de funcionarios.

d') La cuestión de personal incluye el "renacimiento" de la relación de servicio

Es reiterada la doctrina jurisprudencial que excluye las pretensiones de reingreso al servicio activo del acceso al recurso de casación, por cuanto no resultan subsumibles en el inciso final del artículo 93.2.a) de la LJCA (de 1956), al no estar relacionadas con la extinción, sino con el renacimiento de la relación de servicio.

En aplicación de este criterio, el **ATS de 21 de enero de 2000**, Ar. 1270, inadmite el recurso de casación referido a una petición de reconocimiento de la condición de funcionario de carrera en situación de excedencia forzosa desde 1975 hasta la actualidad, del derecho a percibir los haberes y complementos familiares devengados en ese período y a que se computen a efectos de antigüedad y trienios, así como el reconocimiento del derecho a reincorporarse al servicio activo.

e') En los militares de empleo falta el elemento de la permanencia

La Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, diferencia entre el personal profesional permanente (militares de carrera) y el personal profesional no permanente (militares de empleo). Estos últimos, que prestan servicio con una relación de carácter profesional no permanente, complementan los cuadros de mando de las Fuerzas Armadas y su relación de servicio se establece mediante compromisos temporales, por períodos de tiempo limitados. Las ampliaciones del compromiso de estos militares de empleo tendrán carácter selectivo atendiendo al expediente profesional de los interesados y al informe del Jefe de la Unidad, de donde se deduce que el militar de empleo presta servicios de carácter profesional no permanente mediante compromisos por períodos limitados de tiempo, sin que exista ningún derecho subjetivo a las prórrogas de los compromisos.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

Por tanto, como ha señalado el ATS de 21 de enero de 2000, Ar. 1271, el determinante elemento de falta de permanencia y duración limitada en su situación conlleva como consecuencia inherente la posibilidad de finalización o resolución de su compromiso en forma separada respecto a los supuestos de extinción de la relación de servicio que son aplicables exclusivamente a los militares de carrera.

c) Cuantía: el artículo 489.10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es de aplicación a las concesiones administrativas

La cuantía del recurso cuyo objeto es el Acuerdo de la Comisión de Gobierno de un Ayuntamiento por el que se adjudica la concesión administrativa sobre explotación de un bar se fija, según el ATS de 10 de enero de 2000, Ar. 1253, atendiendo a la regla décima del artículo 489 de la LEC –referente a los arrendamientos–, aplicable supletoriamente a este orden jurisdiccional, de manera que viene determinada por el importe de una anualidad de renta.

3. RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LEY

A) Legitimación: no la tiene el Colegio de Registradores por no ostentar carácter público

El ATS de 21 de enero de 2000 (Ar. 1274) ha señalado que los Colegios de Registradores de la Propiedad carecen de legitimación para interponer recurso de casación en interés de ley sobre la sujeción al IVA de los honorarios percibidos por el Registrador de la Propiedad por la gestión y liquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y, en su caso, por el de Sucesiones y Donaciones, ya que los Registros de la Propiedad, en cuanto Oficinas Liquidadoras de Distrito Hipotecario, no tienen la condición de órganos administrativos, por lo que en la cuestión debatida el interés general lo encarna la Administración tributaria, como en cualquier otro tributo, no el Registrador de la Propiedad, que defiende un interés particular en lo que a sus honorarios se refiere.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES

EL ÁREA EUROPEA DE EDUCACIÓN SUPERIOR ¹

(DECLARACIÓN CONJUNTA DE LOS MINISTROS EUROPEOS DE EDUCACIÓN REUNIDOS EN BOLONIA EL 19 DE JUNIO DE 1999 ²)

ANTONIO EMBID IRUJO

Catedrático de Derecho
Administrativo
Universidad de Zaragoza

Gracias a los extraordinarios logros de los últimos años, el proceso europeo ha llegado a ser una realidad relevante y concreta para la Unión y sus ciudadanos. Las perspectivas de ampliación junto con las relaciones cada vez más profundas con otros países europeos, darán como resultado más amplias dimensiones de esta realidad. Mientras tanto, somos testigos de una creciente conciencia en amplias partes del mundo académico y político y en la opinión pública acerca de la necesidad de establecer una más completa y próxima Europa, en particular construyendo y reforzando sus dimensiones intelectual, cultural, social, científica y tecnológica.

Una Europa del conocimiento es ahora ampliamente reconocida como un factor irremplazable para el crecimiento social y humano y como un indispensable componente para

(1) El título se repite muchas veces a lo largo del trabajo y responde al original en inglés "The European Higher Education Area". Como se observará, también se repite continuamente la expresión "sistema europeo de educación superior".

(2) La decisión de traducir este texto y de anotarlo brevemente, se basa en su importancia objetiva y en la comprobación de que no ha aparecido, hasta el momento, en castellano en ninguna revista o publicación relevante española. Incluso en el llamado "Informe Bricall" se encuentra, como no podía ser de otra forma dada su importancia, pero en inglés. El lector notará en seguida, dados los temas tratados y los compromisos asumidos por los Ministros de Educación de los quince países de la Unión que lo suscriben, la trascendencia del documento en función de los temas que se tratan y de las políticas que se anuncian, al par que los compromisos que asumen los Ministros firmantes que ahora, y al contrario de lo que sucedió en la Declaración de la Sorbona de 1998 que se comenta en el documento, lo son todos. Desde el punto de vista jurídico, su significado debe entenderse dentro de la llegada al derecho originario de la Comunidad Europea de las políticas de formación profesional y de educación con ocasión del Tratado de 1992, usualmente llamado de Maastricht. En la numeración alcanzada por el Tratado de Amsterdam, 1997, eso ha dado lugar a la aparición dentro del Título XI (relativo a la política social, de educación, de formación profesional y de juventud) de los arts. 149 y 150 que, por cierto, pueden seguirse insertos en el contexto del Tratado y del resto de legislación aplicable, en mi *Legislación Universitaria* (con Fernando GURREA), 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1999). Debe advertirse que dichos preceptos contienen diversas políticas a seguir por las instituciones europeas pero se advierte en todos los casos que ello se realizará mediante "medidas de fomento con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros" (vid. arts. 149.4 y 150.4). Estamos, pues, ante unas políticas europeas todavía "débiles", en cuanto que la forma de la intervención de las instituciones europeas debe centrarse en las susodichas medidas de fomento, excluyendo por tanto cualquier actuación normativa que pudiera conducir a la creación de un cierto derecho común. Ése es un dato de partida, obviamente, que marca políticas pero que en modo alguno será inmutable si, sobre todo, se llevan a cabo las políticas marcadas por esta Declaración que pese a su carácter de ser "soporte" de actuaciones sustancialmente políticas y no jurídicas, está prefigurando a medio plazo una equiparación (compatibilidad y comparabilidad) entre los sistemas educativos superiores de los países de la Unión que permite predecir, también a medio plazo, un cambio en la configuración de estas políticas comunitarias. No puede ser de otra forma si se está de acuerdo con la vinculación entre los sistemas educativos superiores y la política de empleo y hasta de "atracción" cultural hacia terceros países que se está diseñando y todo ello, obviamente, con las apelaciones generales a la ciudadanía europea que tiene necesariamente que ver en las instituciones educativas (y no sólo en las superiores) un elemento imprescindible para su desarrollo.

consolidar y enriquecer la ciudadanía europea, capaz de dar a sus ciudadanos las habilidades necesarias para hacer frente a los desafíos del nuevo milenio junto con una conciencia de compartir valores y de pertenecer a un espacio social y cultural común.

La importancia de la educación y de la cooperación educacional en el desarrollo y reformamiento de las sociedades estables, pacíficas y democráticas es universalmente reconocida como primordial, lo más importante en la perspectiva de la situación en el Sudeste de Europa.

La Declaración de la Sorbona del 25 de mayo de 1998, que estuvo fundamentada en estas consideraciones, puso el acento en el papel central de las Universidades en el desarrollo de la dimensión cultural europea. La declaración enfatizó la creación del Área Europea de Educación Superior como clave en el camino para promover la movilidad y el empleo de los ciudadanos y el desarrollo en todo el continente.

Varios países europeos han aceptado la invitación para acometer ellos mismos la tarea de alcanzar los objetivos establecidos en la declaración mediante la firma o la expresión de su acuerdo de principio. Mientras tanto, la dirección tomada por varias reformas iniciadas de la educación superior en Europa, ha demostrado la determinación de muchos Gobiernos para actuar.

Por su parte, las instituciones de educación superior en Europa, han aceptado el desafío y tomado un papel principal en la construcción del Área Europea de Educación Superior, en la estela de los principios fundamentales establecidos en la Carta Magna de las Universidades acordada en Bolonia en 1988. Esto es de una importancia suprema, dado que la independencia y autonomía de las Universidades asegura que los sistemas de investigación y educación superior se adapten continuamente a las cambiantes necesidades, a las demandas de la sociedad y a los avances en el conocimiento científico.

El camino ha sido establecido en la dirección correcta y con significativos propósitos. Sin embargo, los logros de una más grande compatibilidad y comparabilidad de los sistemas de educación superior, requieren de un empuje continuo en orden a ser cumplidos completamente.

Necesitamos ayudar a ese proceso promoviendo continuas medidas para alcanzar pasos tangibles hacia delante. El encuentro del 18 de junio contempló la participación de expertos autorizados y especialistas de todos nuestros países y nos ha proveído de muy útiles sugerencias sobre las iniciativas que se deben tomar.

Tenemos en particular que considerar el objetivo de incrementar la competencia internacional del sistema europeo de educación superior. La vitalidad y eficiencia de cualquier civilización puede ser medida por el atractivo que su cultura tenga para otros países. Necesitamos asegurar que el Sistema Europeo de Educación Superior adquiera un grado

de atracción en todo el mundo igual al de nuestras extraordinarias tradiciones científicas y culturales.

Mientras afirmamos nuestro apoyo a los principios generales establecidos en la Declaración de la Sorbona, nos comprometemos a coordinar nuestras políticas para alcanzar a corto plazo y, en cualquier caso, dentro de la primera década del tercer milenio, los siguientes objetivos que consideramos de relevancia primaria en orden a establecer el Área Europea de Educación Superior y para promover el Sistema Europeo de Educación Superior por todo el mundo:

– Adopción de un sistema de títulos fácilmente leíbles y comparables, por ejemplo, a través de la creación del “Diploma Supplement”, en orden a promover el empleo de los ciudadanos europeos y la competencia internacional del Sistema Europeo de Educación Superior.

– Adopción de un sistema esencialmente basado en dos ciclos principales, subgraduado y graduado. El acceso al segundo ciclo requerirá completar los estudios de primer ciclo, durante un mínimo de tres años. El título obtenido después del primer ciclo será relevante para el mercado europeo de trabajo como un nivel apropiado de cualificación. El segundo ciclo permitirá acceder al título de *master* y/o doctor como sucede en muchos países europeos.

– Establecimiento de un sistema de créditos –semejante al sistema ECTS– como medio apropiado para promover la más amplia movilidad estudiantil. Los créditos podrán ser adquiridos también en contextos de educación no-superior, incluyendo el aprendizaje a lo largo de la vida, teniendo en cuenta que ellos deberán ser reconocidos por las Universidades receptoras afectadas.

– Promoción de la movilidad suprimiendo los obstáculos para el ejercicio del libre movimiento con particular atención a:

- para los estudiantes, mediante el acceso a los estudios y a las oportunidades de formación y a los servicios relacionados con ellos.
- para los profesores, investigadores y el personal administrativo, mediante el reconocimiento y la valoración de los períodos pasados en instituciones europeas de investigación, enseñanza y formación, sin perjuicio de sus derechos estatutarios.

– Promoción de la cooperación europea asegurando su calidad con la finalidad de desarrollar criterios y metodologías comparables.

– Promoción de las necesarias dimensiones europeas en educación superior, particularmente con atención al desarrollo curricular, cooperación inter-institucional, planes de movilidad y programas integrados de estudio, formación e investigación.

Dentro del marco de nuestras competencias institucionales y teniendo completo respeto de la diversidad de culturas, lenguas, sistemas de educación nacional y autonomía de las Universidades, nos comprometemos a alcanzar estos objetivos para consolidar el Área Europea de Educación Superior. Para esa finalidad, continuaremos las vías de cooperación intergubernamental, junto con aquellas organizaciones europeas no gubernamentales que tengan competencia en educación superior. Esperamos que las Universidades respondan otra vez pronta y positivamente y que contribuyan activamente al éxito de nuestro esfuerzo.

Convencidos de que el establecimiento del Área Europea de Educación Superior requiere constante apoyo, supervisión y adaptación a las necesidades continuamente evolutivas, decidimos encontrarnos otra vez dentro de dos años con la finalidad de evaluar el progreso alcanzado y los nuevos pasos que deberán darse.

LAS ACCIONES DE ORO Y EL DERECHO COMUNITARIO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 23 DE MAYO DE 2000

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

**Profesor Titular de Derecho
Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha**

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de mayo de 2000, dictada en el asunto C-58/99, Comisión contra Italia, ha declarado contrarios a los artículos 43, 49 y 56 del Tratado de la Comunidad Europea los poderes especiales atribuidos al gobierno italiano en el caso de las privatizaciones de las sociedades ENI (que ejerce sus actividades en los sectores de la energía y la petroquímica) y Telecom Italia (holding y sociedad de explotación en el sector de las telecomunicaciones).

El fallo del Alto Tribunal europeo, que no lleva a cabo un análisis detallado acerca de la incompatibilidad con el Derecho comunitario de las normas establecedoras de los poderes especiales debido a que el Estado italiano se allanó a las pretensiones de la Comisión y confirmó su intención de modificar la normativa interna, puede tener importantes consecuencias para el resto de los ordenamientos comunitarios que, como el español, cuentan con una normativa en vigor que atribuye facultades similares al poder ejecutivo.

Con la denominación de “golden share”, “action spécifique” o “acción de oro” se conoce a distintos mecanismos que permiten a los Gobiernos nacionales intervenir en algunas operaciones de empresas privatizadas. Estas acciones reservan determinados derechos especiales a los poderes públicos, que pueden así vetar u oponerse a algunas decisiones básicas de las empresas anteriormente públicas, como serían la fusión y las compras o ventas de participaciones de control. La “golden share” surgió en el derecho inglés y de ahí se extendió primero al ordenamiento francés y más tarde a la mayoría de los países europeos: Italia, España, Portugal, Bélgica, Dinamarca, Alemania y Holanda. Detrás de las “acciones de oro” se encuentra la reticencia de los Estados a perder totalmente el control de las entidades privatizadas y de los sectores en los que operan. En efecto, si bien la mayoría de los gobiernos de los Estados comunitarios han impulsado en las últimas décadas un proceso de enajenaciones de las participaciones estatales o públicas en las entidades mercantiles, también han querido retener su poder de decisión sobre esas sociedades, muchas de las cuales desarrollaban actividades de servicio público. Se han establecido así distintos mecanismos que, como las acciones de oro, permiten a los poderes públicos mantener una intervención sobre las empresas que han pasado a manos privadas. En definitiva, las políticas de privatizaciones no han supuesto ni mucho menos un abandono de la intervención pública en la economía, sino que más bien se debe hablar de un replanteamiento del papel de los poderes públicos en la economía, que ciertamente no ha impedido que la complejidad y la confusión sigan siendo notas características de la misma.

Desde el punto de vista del Derecho comunitario, es preciso tener en cuenta la vigencia de dos principios fundamentales como son el de neutralidad frente al estatuto público o privado de las empresas y su personal, garantizada por el artículo 295 del Tratado (antiguo artículo 222) y el de libertad de los Estados para definir las misiones de interés general, otorgar derechos especiales o exclusivos necesarios para realizar estas misiones a las empresas responsables, ordenar su gestión y encargarse, en su caso, de su financiación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 86 del Tratado (antiguo artículo 90)¹. La Comunidad no cuestiona el estatuto, público o privado, de las empresas encargadas de misiones de interés general, y no impone ninguna privatización, sin perjuicio de las consecuencias que se derivan del impulso a nivel comunitario de la reciente liberalización de los mercados en ámbitos como el de los servicios postales, la electricidad, el transporte aéreo o por carretera y las telecomunicaciones, donde por lo demás ha surgido el concepto de servicio universal². Este respeto de las opciones nacionales de organización económica y social no es sino expresión del principio de subsidiariedad. El Derecho comunitario no exige ni prohíbe la privatización³; corresponde a los Estados miembros decidir en general sobre la intervención pública en la economía, limitándose la Comunidad a examinar la compatibilidad de los medios empleados con los compromisos y normas europeas.

Pues bien, en el recurso de incumplimiento de la Comisión contra Italia que dio lugar a la Sentencia del TJCE de 23 de mayo de 2000, se cuestionaban, junto a otras disposiciones referidas a los procedimientos de venta de participaciones del Estado en las sociedades por acciones, el artículo 2 del texto refundido del Decreto-Ley núm. 332, de 31 de mayo de 1994, que establece que un Decreto del Presidente del Consejo de Ministros determinará los poderes especiales de las sociedades que operan en los sectores de la defensa, los transportes, las telecomunicaciones, los recursos energéticos y los demás servicios públicos, controladas directa o indirectamente por el Estado, en cuyos Estatutos debe introducirse, por decisión de la junta extraordinaria, antes de la adopción de cualquier acto que implique la pérdida del control, una disposición que atribuya al Ministro de Economía y Hacienda uno o varios de los poderes especiales tales como el poder de aprobación expresa, el de nombramiento de al menos uno o varios administradores así como de un censor de cuentas y el derecho de veto contra determinadas decisiones. Mediante Decreto del Presidente del Consejo de Ministros, el Gobierno italiano incluyó en los Estatutos del “ENI SpA”, el 5 de octubre de 1995, los “poderes especiales” previstos

(1) El artículo 86 es una muestra del compromiso entre la filosofía liberal que inspira los Tratados y una realidad europea marcada en los diferentes Estados por un fuerte sector empresarial público (ALONSO UREBA, A., “El marco constitucional económico español y la adhesión a las Comunidades Europeas”, en el *Tratado de Derecho comunitario europeo*, Civitas, Madrid, 1986, tomo I, pág. 262).

(2) El concepto de servicio universal aparece por primera vez en el documento de la Comisión “Hacia una economía europea dinámica, Libro Verde sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de telecomunicaciones”, COM(87)290.

(3) PIÑAR MAÑAS, J.L., “Privatización de empresas públicas y Derecho comunitario”, RAP, núm. 133, 1994, pág. 35.

en el artículo 2 del texto refundido. Otro tanto ocurrió con “Telecom Italia”, ya que el 24 de marzo de 1997 se publicaron dos Órdenes del Ministro de Economía y Hacienda, una de las cuales define el contenido de los “poderes especiales”, fijando la otra en el 3 por ciento de los derechos de voto la participación significativa a los efectos del ejercicio del poder especial de aprobación atribuido al Ministro de Economía y Hacienda.

Al fundamentar su recurso contra Italia, la Comisión alegó esencialmente que dichas facultades especiales, que pueden entorpecer o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, han de reunir para ser conformes al ordenamiento comunitario una serie de requisitos mínimos, a saber, que se apliquen de forma no discriminatoria, que se justifiquen por razones imperiosas de interés general, que sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no excedan de lo que es necesario para alcanzarlo. Y para la Comisión las normas italianas controvertidas —como la mayoría de las legislaciones europeas en la materia— no cumplen esos requisitos. En consecuencia, la Comisión Europea entendió que tales “poderes especiales” confieren a las autoridades italianas una facultad potencial de discriminación que puede ser utilizada de manera arbitraria, por lo que tales “poderes especiales” son para ella incompatibles con los artículos 43 y 56 del Tratado.

Pues bien, ante la falta de oposición del Estado italiano, que aceptó la argumentación de la Comisión y manifestó su disponibilidad a adoptar medidas para corregir las normas cuestionadas, los jueces comunitarios no entraron a analizar los polémicos poderes especiales —como tampoco lo hizo el Abogado General Sr. Mischo en sus conclusiones presentadas el 22 de febrero de 2000—, limitándose a declarar en su fallo el incumplimiento por parte del Estado italiano:

“de las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 52, 59 del Tratado CE (actualmente artículos 43 y 49 CE, tras su modificación) y 73 B del Tratado CE (actualmente artículo 56 CE), al adoptar los artículos 1, apartado 5, y 2 del texto refundido del Decreto-Ley núm. 332, de 31 de mayo de 1994, convalidado con modificaciones mediante la Ley núm. 474, de 30 de julio de 1994, por la que se establecen disposiciones para la aceleración de los procedimientos de venta de las participaciones del Estado y de los organismos públicos en las sociedades por acciones, así como los Decretos relativos a los ‘poderes especiales’ atribuidos en el caso de las privatizaciones del ENI SpA y de Telecom Italia SpA”.

Sin embargo, la falta de argumentación de la Sentencia no quita importancia al fallo del Tribunal en la medida en que éste acepta las alegaciones de la Comisión y condena a Italia por el mantenimiento de los citados mecanismos de intervención en empresas privatizadas, que declara contrarios al Derecho comunitario.

Por lo que se refiere a la influencia en el ordenamiento español de la citada sentencia del TJCE de 23 de mayo de 2000, es preciso resaltar que el 5 de julio de 2000 —y al igual que había hecho anteriormente contra Bélgica, Francia, Portugal e Italia—, la Comisión Europea ha presentado una demanda contra España ante el Tribunal Europeo de Justicia por los poderes especiales que le atribuye la legislación interna en relación con las

empresas anteriormente públicas. La Comisión considera que “determinadas disposiciones de la legislación española referentes a la inversión en empresas privatizadas constituyen restricciones injustificadas a la libre circulación de capitales y al derecho de establecimiento, contrarias al Tratado de la UE”.

En concreto, la decisión de la institución comunitaria se relaciona con las disposiciones de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, sobre régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas y de su desarrollo reglamentario aprobado por Real Decreto núm. 1525/1995, de 15 de septiembre, que contemplan la posibilidad de someter a una autorización administrativa previa una serie de acuerdos adoptados por los órganos sociales de las entidades mercantiles comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 1 de la Ley⁴. Entre los acuerdos a controlar se encuentran la disolución voluntaria, la escisión o la fusión de la entidad, la enajenación o el gravamen, en cualquier forma y por cualquier título, de los activos o participaciones sociales necesarias para el cumplimiento del objeto social de la empresa y que a tal efecto se determinen, y la sustitución del objeto social. Pero también podrán someterse a autorización administrativa previa las operaciones consistentes en actos de disposición sobre el capital social que determinen, en un solo acto o en varios sucesivos, la reducción de la participación social pública, respecto de la empresa sujeta al régimen especial previsto en esta Ley, en un porcentaje igual o superior al 10 por ciento; y la adquisición, directa o indirecta, incluso a través de terceros fiduciarios o interpuestos, de participaciones sociales u otros valores que puedan dar derecho, directa o indirectamente a la suscripción o adquisición de aquéllas, cuando tenga por consecuencia la disposición sobre, al menos, el 10 por ciento del capital social.

Para que las citadas operaciones se sometan a autorización administrativa deben concurrir una serie de presupuestos en la participación pública en las entidades: cuando en un solo acto o en actos sucesivos sea objeto de enajenación, de forma que se reduzca en un porcentaje igual o superior a un 10 por ciento del capital social y siempre que la participación directa o indirecta del Estado en dicho capital quede por debajo del 50 por ciento; y cuando como consecuencia directa o indirecta de cualquier acto o negocio quede reducida a un porcentaje inferior al 15 por ciento del capital social.

El artículo 4 de la Ley 5/1995 exige que el régimen de autorización administrativa previa se establezca por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros y que el mismo esté en vigor con anterioridad a la realización de los actos de disposición recogidos en el artículo 2 de la misma Ley. En este sentido, han previsto la autorización administrativa previa en relación con determinados actos y acuerdos sociales el Real Decreto 3/1996, de

(4) Sobre el ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de la Ley 5/1995, véase SERNA BILBAO, M.N., “La enajenación de participaciones públicas en empresas que realizan actividades de interés público. Su regulación por la Ley 5/1995, de 23 de marzo”, RAP, núm. 143, 1997, págs. 435 y ss. Acerca del régimen jurídico general de las privatizaciones en nuestro ordenamiento puede consultarse, de la misma autora, *La privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

15 de enero, en relación con “REPSOL, SA” y determinadas sociedades de su grupo; el Real Decreto núm. 8/1997, de 10 de enero, en relación con “Telefónica de España, SA”; el Real Decreto núm. 929/1998, de 14 de mayo (modificado su anexo por Real Decreto núm. 1113/1999, de 25 de junio), en relación con “ENDESA, SA” y varias sociedades de su grupo (entre ellas, FECSA, HECSA, ERZ, VIESGO, ENDESAR y SEVILLANA); el Real Decreto núm. 552/1998, de 2 de abril, en relación con “Tabacalera, SA”; el Real Decreto 482/1999, de 18 de marzo, en relación a “Indra Sistemas, SA” —si bien sólo afecta a su división de Defensa— y a determinadas sociedades de su grupo; y el Real Decreto núm. 40/1998, de 16 de enero, en relación con “Corporación Bancaria de España, SA” (Argentaria) y varias de sus filiales (Banco Exterior de España, Banco Hipotecario de España, Banco de Crédito Local y Caja Postal).

Como se desprende de las exposiciones de motivos de las citadas normas, el establecimiento de un régimen de autorización administrativa responde para el Gobierno español a la necesidad de asegurar la continuidad empresarial de los citados grupos, en atención al carácter estratégico de alguna de las actividades que desarrollan, siendo un instrumento necesario de garantía del interés general; garantía que, hasta ahora, se había mantenido mediante una participación pública suficiente en el capital social de estas sociedades ahora privatizadas.

Ahora bien, el régimen de autorización que establecen la Ley 5/1995 y sus normas de desarrollo y aplicación presenta serios problemas de compatibilidad con la prohibición comunitaria de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad, así como a los movimientos de capitales entre Estados miembros⁵. Estas libertades comunitarias, consagradas por los artículos 43, 49 y 56 del Tratado de la Comunidad Europea y por la decisiva doctrina del TJCE que las ha aplicado hasta conformarlas de un modo verdaderamente amplio, se oponen al mantenimiento de derechos especiales como los recogidos en las normas españolas y ello con independencia de su falta de utilización expresa hasta ahora (la misma existencia de la Ley 5/1995 y la aprobación de la autorización administrativa previa —vía Real Decreto de aplicación de la Ley— en relación con muchas de las sociedades privatizadas sirve de evidente amenaza para que el Gobierno pueda impedir determinadas operaciones⁶) y de que varios Estados comunitarios, con Francia a la cabeza, mantengan todavía su participación en las empresas públicas. Ésta es la principal conclusión que se deriva del pronunciamiento del máximo órgano judicial comunitario, que se reproduce a continuación.

(5) En este sentido, véase ARIÑO ORTIZ, G., “Acciones de oro y Unión Europea”, Diario Expansión de 30 de mayo de 2000.

(6) Baste recordar la fallida fusión entre Telefónica y la empresa holandesa de capital público mayoritario KPN, tras la posición manifestada por el Gobierno español.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA de 23 de mayo de 2000

“Privatización de empresas públicas-Atribución de poderes especiales”

En el asunto C-58/99,

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. A. Aresu y la Sra. M. Patakia, miembros del Servicio Jurídico, en calidad de Agentes, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho del Sr. C. Gómez de la Cruz, miembro del mismo Servicio, Centre Wagner, Kirchberg,

parte demandante, contra

República Italiana, representada por el Profesor U. Leanza, Jefe del servicio del contencioso diplomático del ministero degli Affari esteri, en calidad de Agente, asistido por el Sr. I.M. Braguglia, avvocato dello Stato, que designa como domicilio en Luxemburgo la sede de la Embajada de Italia, 5, rue Marie-Adelaïde,

parte demandada,

que tiene por objeto que se declare que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 52, 59 del Tratado CE (actualmente artículos 43 CE y 49 CE, tras su modificación) y 73 B del Tratado CE (actualmente artículo 56 CE), al adoptar los artículos 1, apartado 5, y 2 del texto refundido del Decreto-Ley núm. 332, de 31 de mayo de 1994 (GURI núm. 126, de 1 de junio de 1994), convalidado con modificaciones mediante la Ley núm. 474, de 30 de julio de 1994, por la que se establecen disposiciones para la aceleración de los procedimientos de venta de las participaciones del Estado y de los organismos públicos en las sociedades por acciones (GURI núm. 177, de 30 de julio de 1994), así como los Decretos relativos a los “poderes especiales” atribuidos en el caso de las privatizaciones del ENI SpA y de Telecom Italia SpA,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

integrado por los Sres.: G.C. Rodríguez Iglesias, Presidente; D.A.O. Edward, L. Sevón y R. Schintgen, Presidentes de Sala; P.J.G. Kapteyn (Ponente), A. La Pergola, J.-P. Puissochet, G. Hirsch, P. Jann, H. Ragnemalm y M. Wathelet, Jueces;

Abogado General: Sr. J. Mischo;

Secretaria: Sra. D. Louterman-Hubeau, administradora principal;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídos los informes orales de las partes en la vista celebrada el 1 de febrero de 2000, en

la cual la República Italiana estuvo representada por el Sr. I.M. Braguglia y la Comisión, por el Sr. E. Traversa, Consejero Jurídico, en calidad de Agente;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 22 de febrero de 2000; dicta la siguiente

Sentencia

1. Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 19 de febrero de 1999, la Comisión de las Comunidades Europeas interpuso, con arreglo al artículo 169 del Tratado CE (actualmente artículo 226 CE), un recurso que tiene por objeto que se declare que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 52, 59 del Tratado CE (actualmente artículos 43 CE y 49 CE, tras su modificación) y 73 B del Tratado CE (actualmente artículo 56 CE), al adoptar los artículos 1, apartado 5, y 2 del texto refundido del Decreto-Ley núm. 332, de 31 de mayo de 1994 (GURI núm. 126, de 1 de junio de 1994), convalidado con modificaciones mediante la Ley núm. 474, de 30 de julio de 1994, por la que se establecen disposiciones para la aceleración de los procedimientos de venta de las participaciones del Estado y de los organismos públicos en las sociedades por acciones (GURI núm. 177, de 30 de julio de 1994; en lo sucesivo, “texto refundido”), así como los Decretos relativos a los “poderes especiales” atribuidos en el caso de las privatizaciones del ENI SpA y de Telecom Italia SpA.

2. El artículo 1 del texto refundido regula el procedimiento para la venta de las acciones en poder del Estado y de los organismos públicos. El apartado 5 de dicha disposición precisa que las autoridades ministeriales competentes pueden —a los efectos de la elaboración y la ejecución de las operaciones de aportación— confiar determinadas tareas (de estudio, asesoramiento, apreciación, asistencia, administración y dirección) a “empresas nacionales o extranjeras que hayan dado prueba de su experiencia y su capacidad operativa, así como a profesionales inscritos al menos hace cinco años en los registros previstos por la Ley”.

3. El artículo 2 del texto refundido se refiere a los “poderes especiales” reservados al Estado y a los organismos públicos. Establece, en su apartado 1, que un Decreto del Presidente del Consejo de Ministros determinará los poderes especiales de las sociedades que operan en los sectores de la defensa, los transportes, las telecomunicaciones, los recursos energéticos y los demás servicios públicos, controladas directa o indirectamente por el Estado, en cuyos Estatutos debe introducirse, por decisión de la junta extraordinaria, antes de la adopción de cualquier acto que implique la pérdida del control, una disposición que atribuya al Ministro de Economía y Hacienda uno o varios de los “poderes especiales” enunciados en dicho apartado, tales como el poder de aprobación expresa, el de nombramiento de al menos uno o varios administradores así como de un censor de cuentas y el derecho de veto contra determinadas decisiones.

4. De los autos resulta que estos “poderes especiales” deben ejercerse “teniendo en cuenta los objetivos nacionales en materia de política económica e industrial”. El contenido de la cláusula que atribuye los “poderes especiales” se define mediante Orden del

Ministro de Economía y Hacienda (artículo 2, apartado 1 bis). Además, lo dispuesto en el artículo 2 de este Decreto se aplica también a las sociedades controladas, directa o indirectamente, por organismos públicos que operan en el sector del transporte y de otros servicios públicos; en tal caso, dichos organismos sustituyen al Ministro de Economía y Hacienda a la hora de determinar las sociedades a las que se atribuyen “poderes especiales”, así como el alcance y el ejercicio de dichos poderes (artículo 2, apartado 3).

5. Mediante Decreto del Presidente del Consejo de Ministros, el Gobierno italiano incluyó en los Estatutos del ENI SpA (que ejerce sus actividades en los sectores de la energía y la petroquímica), el 5 de octubre de 1995, los “poderes especiales” previstos en el artículo 2 del texto refundido.

6. El 21 de marzo de 1997, un Decreto del Presidente del Consejo de Ministros determinó que STET SpA y Telecom Italia SpA (*holding* y sociedad de explotación del sector de las telecomunicaciones, respectivamente) deberían haber incluido en sus Estatutos los “poderes especiales” antes de su privatización. Posteriormente, STET SpA y Telecom Italia SpA se fusionaron. El 24 de marzo de 1997, se publicaron dos Órdenes del Ministro de Economía y Hacienda, una de las cuales define el contenido de los “poderes especiales”, fijando la otra en el 3 por ciento de los derechos de voto la participación significativa a los efectos del ejercicio del poder especial de aprobación atribuido al Ministro de Economía y Hacienda.

7. Mediante escrito de requerimiento de 3 de febrero de 1998, la Comisión comunicó al Gobierno italiano, con arreglo al artículo 169 del Tratado, la incompatibilidad de las disposiciones nacionales que acaban de citarse con los artículos 52, 59 y 73 B del Tratado.

8. El Gobierno italiano respondió mediante escrito de 13 de mayo de 1998. Dado que las alegaciones formuladas por dicho Gobierno no convencieron a la Comisión, ésta le dirigió, el 10 de agosto de 1998, un dictamen motivado, a tenor del cual la República Italiana debía atenerse a lo que en él se disponía en un plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

9. Mediante nota de 22 de octubre de 1998, el Gobierno italiano respondió al dictamen motivado y se comprometió a atenerse a dicho dictamen adoptando un proyecto de ley de modificación de las disposiciones impugnadas.

10. A pesar de que la Comisión tomó conocimiento del compromiso del Gobierno italiano, comprobó que el retraso producido en su realización empezaba a ser preocupante, puesto que el proyecto de ley todavía no había sido presentado al Parlamento italiano.

11. En tales circunstancias, la Comisión decidió, conforme al procedimiento contemplado en el artículo 169, párrafo segundo, del Tratado, interponer el presente recurso ante el Tribunal de Justicia.

12. Por lo que al artículo 1, apartado 5, del texto refundido se refiere, la Comisión señala que, a diferencia de los artículos 52 y 59 del Tratado, dicha norma excluye del ejercicio de determinadas misiones a todos los profesionales que ejercen legalmente su actividad en otros Estados miembros o que se han establecido recientemente en Italia.

13. Por lo que respecta a los “poderes especiales” atribuidos al Ministerio de Economía y Hacienda conforme al artículo 2 del texto refundido, la Comisión alega esencialmente que dichos poderes, que pueden entorpecer o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, han de reunir cuatro requisitos, a saber, que se apliquen de forma no discriminatoria, que se justifiquen por razones imperiosas de interés general, que sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no excedan de lo que es necesario para alcanzarlo. Puesto que en ningún lugar se dice que dichos requisitos se reúnan en el caso de autos y, en consecuencia, tales “poderes especiales” confieren a las autoridades italianas una facultad potencial de discriminación que puede ser utilizada de manera arbitraria, la Comisión considera que tales “poderes especiales” son incompatibles con los artículos 52 y 73 B del Tratado.

14. En su escrito de contestación, el Gobierno italiano no negó que las disposiciones nacionales impugnadas fueran incompatibles con el Derecho comunitario. Únicamente confirmó su intención de atenerse al dictamen motivado de 10 de agosto de 1998 y añadió que el proyecto de ley que había preparado a tal fin había sido aprobado por el Consejo de Ministros el 18 de diciembre de 1998 y se había presentado al Parlamento.

15. Durante la vista, el Gobierno italiano indicó las finalidades de la normativa relativa al ejercicio de los “poderes especiales”, adoptada mediante Decreto del Presidente del Consejo de Ministros de 4 de mayo de 1999 (GURI 1999, núm. 109) y comunicada a la Comisión.

16. En dicha ocasión, el Gobierno italiano indicó también que el artículo 66 de la Ley de Presupuestos Generales núm. 488, de 23 de diciembre de 1999, relativa al año 2000 (GURI núm. 302, de 27 de diciembre de 1999), reproducía el Decreto de 4 de mayo de 1999, respondiendo a las exigencias de Derecho y de seguridad jurídica invocadas por la Comisión.

17. Según jurisprudencia reiterada, la existencia de un incumplimiento debe ser apreciada en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al final del plazo fijado en el dictamen motivado y los cambios ocurridos posteriormente no pueden ser tomados en cuenta por este Tribunal de Justicia (véanse, en particular, las Sentencias de 17 de septiembre de 1996, Comisión/Italia, C-289/94, Rec. p. I-4405, apartado 20, y de 12 de diciembre de 1996, Comisión/Italia, C-302/95, Rec. p. I-6765, apartado 13).

18. Pues bien, en el caso de autos, dicho plazo expiró dos meses después de la notificación del dictamen motivado de 10 de agosto de 1998.

19. De ello resulta que las disposiciones legales o reglamentarias adoptadas una vez finalizado dicho plazo no pueden tomarse en consideración.

20. De las consideraciones anteriores se deduce que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 52, 59 y 73 B del Tratado, al adoptar los artículos 1, apartado 5, y 2 del texto refundido, así como los Decretos relativos a los “poderes especiales” atribuidos en el caso de las privatizaciones del ENI SpA y de Telecom Italia SpA.

Costas

21. A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber pedido la Comisión que se condene en costas a la República Italiana y al haber sido desestimados los motivos formulados por ésta, procede condenarla en costas. En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

decide:

1) Declarar que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 52, 59 del Tratado CE (actualmente artículos 43 CE y 49 CE, tras su modificación) y 73 B del Tratado CE (actualmente artículo 56 CE), al adoptar los artículos 1, apartado 5, y 2 del texto refundido del Decreto-Ley núm. 332, de 31 de mayo de 1994, convalidado con modificaciones mediante la Ley núm. 474, de 30 de julio de 1994, por la que se establecen disposiciones para la aceleración de los procedimientos de venta de las participaciones del Estado y de los organismos públicos en las sociedades por acciones, así como los Decretos relativos a los “poderes especiales” atribuidos en el caso de las privatizaciones del ENI SpA y de Telecom Italia SpA.

2) Condenar en costas a la República Italiana.

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 23 de mayo de 2000.

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

SANDRO GOZI

III Governo dell' Europa

[Ed. Il Mulino, Bologna 2000, 223 páginas]

LUIS F. MAESO SECO

Nuestros colegas italianos, siempre atraídos por los apasionantes retos que plantea el metamórfico Derecho comunitario, han formulado algunas de las más brillantes aportaciones en torno al Derecho administrativo que existen en la actualidad. Pues bien, en el marco de tan loable y singular esfuerzo doctrinal, la presente obra constituye un nuevo y aventajado referente.

Así es, en esta ocasión ha sido el prof. Sandro GOZI quien, centrando su atención en los siempre controvertidos aspectos institucionales de la Unión Europea, nos revela un viejo pero a la vez perennemente nuevo enigma del ordenamiento europeo, los caracteres actuales y los eventuales escenarios del pretendido “gobierno de Europa”.

El autor, empleando el término gobierno en su doble acepción funcional y orgánica, examina algunas de las singularidades que ya desde su génesis han caracterizado al gobierno comunitario. Singularidades como la de su propia configuración institucional –muy lejos de los clásicos postulados continentales–, o la de su específica versatilidad a resultas del concreto sector objeto de integración y de la mayor o menor conexión de cada uno de ellos, con la idea de soberanía estatal.

Sin embargo, y lejos de limitarse a realizar una labor meramente descriptiva de cuáles serían tales particularidades, Sandro GOZI se

enfrenta con audacia a cuestiones hasta ahora inéditas en el panorama continental. La hipotética fragmentación del poder ejecutivo en razón de un gobierno diferenciado de la moneda, de la diplomacia y de los asuntos internos; la imparable tendencia a la parlamentarización del sistema comunitario; la crisis del sistema institucional provocada por la dimisión de la Comisión y la futura ampliación e integración de los Estados del este de Europa, conforman los cuatro ejes cartesianos en torno a los cuales se diseñan el resto de formulaciones, y que terminan por converger en una sola idea ¿cómo afectará todo ello al modelo actual y futuro de gobierno europeo?

La obra, formalmente dividida en cinco capítulos, materialmente queda estructurada en dos partes principales. La primera, básicamente descriptiva, comprendería los capítulos primero y segundo. En ella se realiza un somero análisis con relación a las principales características del sistema de gobierno de la actual Unión Europea, así como de las claves interpretativas necesarias para conocer la dinámica de su específico funcionamiento. La segunda, evidentemente proyectiva y que comprende los capítulos tres a cinco, examina cómo los recientes acontecimientos verificados en el seno de la Unión y a los que antes se ha hecho mención, condicionarán la buena marcha del proceso de cambio del actual modelo de gobierno comunitario.

Se trata en definitiva de un trabajo clave en un momento clave, de comprender hacia dónde y cómo será el futuro gobierno europeo, precisamente cuando los Estados miembros están consolidando una empresa histórica, en la cual y a través del libre ejercicio colectivo de sus prerrogativas soberanas, están desarrollando un nuevo modelo político e institucional llamado a devolver al continente europeo un papel central en un futuro escenario de globalización.

ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ

La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española

[Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999]

RAFAEL BUSTOS GISBERT

La monografía que recensamos en estas breves líneas constituyó el ejercicio de cátedra del autor y obtuvo el premio *Rafael Martínez Emperador* convocado por el Consejo General del Poder Judicial en 1998. Se trata de un trabajo destacable desde muchos y diversos puntos de vista. Es, en primer lugar, destacable por la enorme seriedad científica con la que se ha afrontado su elaboración. El manejo de las fuentes bibliográficas y jurisprudenciales es de una calidad digna de admiración tanto por su volumen como por el conocimiento de las mismas demostradas por el autor. Por otra parte, la presente monografía aborda uno de los temas más importantes, y hasta ahora pendiente de un tratamiento tan pormenorizado como el realizado por el autor, en el marco de la interpretación de los derechos en nuestro país: el contenido y alcance de la remisión interpretativa realizada por el art. 10.2 de la Constitución hacia los tratados internacionales relativos a los derechos fundamentales.

No es sencillo enfrentarse a este difícil precepto que suscita numerosos y complejos interrogantes, sin embargo, el autor resuelve, sucesiva y claramente, los diferentes problemas planteados. Para ello no duda en adentrarse en los difíciles recovecos de la teoría general en la primera parte de la monografía para descender hasta las líneas jurisprudenciales, españolas e internacionales, más recientes en materia de derechos fundamentales para probar la validez de sus argumentos. El contenido del trabajo es de una gran densidad por lo que no resulta pertinente realizar aquí una exégesis, que por otra parte sería radicalmen-

te incompleta, de sus contenidos concretos, pero no podemos resistir la tentación de recoger algunas de las tesis más sugerentes sustentadas en la monografía citada. Entre ellas destaca la consideración de los tratados mencionados en el art. 10.2 de la CE como normas que colaboran necesariamente en la interpretación-integración de la Constitución, la peculiar posición de tales tratados a la hora de enjuiciar su constitucionalidad, la eficacia directa de tales tratados a través de su aplicación por el Tribunal Constitucional o la defensa de que los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales pueden constituir, en determinadas circunstancias, un parámetro de constitucionalidad.

Nos encontramos por tanto ante una obra de indudable pertinencia en cuanto a su objeto y de gran calidad científica. Su lectura resulta obligada para todo aquel que trate de comprender cuál es el papel de los tratados internacionales que reconocen derechos fundamentales en la interpretación correcta de los derechos recogidos en la Constitución. Este papel, resulta obvio decirlo, es hoy esencial de manera que difícilmente se puede comprender el contenido de los derechos y libertades prescindiendo de las fuentes internacionales. La lectura detenida de esta monografía aclarará al lector muchas de las importantes dudas suscitadas por tal materia.

VVAA

El Pacto Local. Medidas para el desarrollo del gobierno local

[Comares, Granada, 2000, 203 páginas]

RAFAEL BUSTOS GISBERT

La monografía que comentamos analiza el elenco de disposiciones legislativas que en 1999 reformaron importantes disposiciones, principalmente de nuestra legislación orgánica. Así, la LOREG, la LOTC, la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana o la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Reunión. Igualmente se reformó, tanto en su ámbito orgánico-funcional

como técnico, la LBRL. Se constata al inicio de la obra que la teoría de la garantía institucional de la Autonomía local se ha revelado insuficiente, pues la Constitución ha asegurado, no tanto la existencia de un ámbito específico de competencias locales como la prohibición de su ausencia. En definitiva, la obra se suma, y de ahí también su valor e interés, a ese movimiento reivindicador del “municipalismo” que tuvo su traducción jurídica en el importante paquete de medidas legislativas (así como de medidas administrativas comprometidas por el Gobierno para reforzar la autonomía local) que hemos referenciado.

La primera parte de la investigación se centra en la reforma de la LBRL, dirigida a mejorar la gobernabilidad y eficacia de las Corporaciones locales, reforzándose las funciones específicas del Alcalde (voto de calidad, ampliación de sus potestades en materia económico-financiera, en lo concerniente al personal, contratación y concesiones, obras y servicios, etc.) Es decir, un reforzamiento “presidencialista” que tiene como contrapartida el reconocimiento de una posición política y menos gestora al Pleno como órgano de control político. Igualmente, los autores se hacen eco de las reformas técnicas operadas con el fin de dotar de mayor seguridad jurídica y coherencia normativa a la actividad local.

La segunda parte está dedicada a la modificación de la LOREG en lo que concierne a los requisitos de la moción de censura y la cuestión de confianza al Alcalde. Procedimiento, el de censura, que termina con los bloqueos institucionales a fin de evitarse el control-sanción que tanto daño han hecho a la credibilidad democrática de nuestros municipios. A pesar de ser inédito el procedimiento de la confianza los autores dedican un amplio número de páginas a su análisis.

La tercera parte aborda la reforma de la LOTC, la más importante de cuantas se han sucedido, al introducirse en ésta el llamado “conflicto local”. En las páginas dedicadas a su estudio se hace una previa exégesis de las posiciones doctrinales, tanto de administrativistas como de constitucionalistas, que previamente se mani-

festaron en el período de gestación del referido Pacto. Los autores no renuncian a reconocer en la apuesta de la aplicación analógica del procedimiento del artículo 67 de la LOTC el instrumento más adecuado para dar satisfacción a la pretensión de introducir una garantía ante el TC de la Autonomía local. Por el contrario, más críticos se muestran con el alambicado procedimiento establecido (una suerte de autocuestión de constitucionalidad si se me permite una analogía forzada) e inspirado por las prescripciones del Consejo de Estado, con el fin de evitar cualquier “fraude de constitución” que obviara de manera espúrea una reforma del Título IX de la Constitución. También subyace una posición crítica referida al número de municipios legitimados para interponer el conflicto contra leyes generales, así como la posición privilegiada de la foralidad o la introducción de un hecho diferencial como es el apartado primero de la Disposición Adicional Cuarta que atribuye a la Comunidad Autónoma Vasca una primera lectura a cargo de una Comisión Arbitral. Finalmente los autores consideran una oportunidad perdida el no haber reformado el procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad a fin de permitir una intervención adhesiva de las Corporaciones locales en dicho procedimiento, verdadero “nudo gordiano”, como así lo afirman, del control de constitucionalidad.

SILVIO GAMBINO y CARLOS ALMIRANTE

Il Canada. Un laboratorio costituzionale. Federalismo, diritti, Corti

[CEDAM, Milán, 2000, 445 páginas]

JAVIER GARCÍA ROCA

El interés comparado por ese complejo ejemplo –no creo sea un paradigma o modelo– de federalismo asimétrico que es Canadá no parece ser exclusivamente español. Los profesores GAMBINO y ALMIRANTE han coordinado esta obra colectiva, realizada por una veintena de autores sobre tan interesante laboratorio constitucional tanto en problemas como en soluciones, pero también en defectos, por sus elevados riesgos. No es posible dar noticia aquí de los contenidos y

conclusiones del estudio, pero baste con señalar que se analizan temas tan sugerentes –y no exentos de actualidad entre nosotros– como son: el papel de la Corte Suprema en la defensa de los derechos de libertad, la problemática del *referendum* consultivo en esta materia, la tutela de las identidades culturales, el impacto en el sistema federal de la Unión Europea, la política lingüística en Quebec, las relaciones entre la secesión y la reforma constitucional, etc.

VVAA

El funcionamiento del Estado autonómico

[MAP (INAP), Madrid 1999, 761 páginas]

JAVIER GARCÍA ROCA

El INAP nos ofrece una segunda edición, corregida y ampliada, de su libro sobre *El funcionamiento del Estado autonómico* aparecido hace ya cuatro años. Recoge una treintena de aportaciones de diversos autores. Un amplio trabajo elaborado a la vez por

membros de la doctrina científica y aplicadores del Derecho o responsables del funcionamiento del sistema autonómico, y diseñado con pretensiones esencialmente docentes y de búsqueda de un cierto realismo en la especulación teórica. Viene pues destinado a un amplio colectivo de posibles lectores. Se abordan con cierto detalle algunas de las cuestiones más relevantes como son: el modelo de Estado; las reglas de distribución de competencias (bases, ejecución, subvenciones y poder de gasto, la incidencia del derecho europeo en el sistema, competencias locales,...); la financiación de las Comunidades Autónomas (concertos y convenios, acuerdos y corresponsabilidad fiscal, régimen económico de la seguridad social y de la asistencia social, coordinación de las haciendas, valoración del coste efectivo de los traspasos,...); el funcionamiento del sistema de descentralización competencial (las relaciones de cooperación, coordinación, participación y conflicto,...), y un apartado sobre los problemas que suscita la técnica legislativa en un Estado descentralizado.

N O T A S