



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] **Luces y sombras del complemento de productividad: ¿un concepto retributivo inaplicado?**

FEDERICO A. CASTILLO BLANCO

[25] **La Ley de solidaridad con las víctimas del terrorismo y su desarrollo reglamentario**

ORIOI MIR PUIGPELAT

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DOCUMENTACIÓN:

[277] **El régimen de extranjería en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo**

DAVID MOYA MALAPEIRA

Luces y sombras del complemento de productividad: ¿un concepto retributivo inaplicado?

FEDERICO A. CASTILLO BLANCO

Profesor Titular de Derecho
Administrativo
Universidad de Granada

Sumario:

1. Planteamiento general: inserción del complemento de productividad en el esquema retributivo complementario de los funcionarios públicos. **2. La aplicación del complemento de productividad: crónica de una desnaturalización.** A) El marco normativo básico del complemento de productividad. B) Su defectuosa aplicación: análisis jurisprudencial de las patologías detectadas en el complemento de productividad. **3. La verdadera finalidad del complemento de productividad en el contexto actual de nuestra Función Pública.** **4. La reforma de la Administración y la Función Pública y el papel del complemento de productividad.** A) Motivación, rendimiento y evaluación. B) Los cambios en la gestión pública y el papel de la productividad.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL: INSERCIÓN DEL COMPLEMENTO DE PRODUCTIVIDAD EN EL ESQUEMA RETRIBUTIVO COMPLEMENTARIO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

La Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, siguiendo en este aspecto lo que ya venía siendo una especie de paradigma en la legislación anterior, determina la estructura de los conceptos retributivos destinados a complementar las retribuciones básicas de los funcionarios públicos. La idea, basada según los partidarios de la misma, en los principios de igualdad y solidaridad se ha trasladado, en cierto sentido, también a la jurisprudencia de nuestros tribunales (SSTC 63/1986 y 96/1990 y STS de 30 de mayo de 1990).

Debe advertirse, sin embargo, que a nuestro juicio, tal previsión no necesariamente habría de ser articulada así por imperativos constitucionales. Inclusive, dado el nivel de descentra-

lización existente y el variado elenco competencial de las Administraciones públicas y entes instrumentales de éstas, es discutible la conveniencia de dicha medida más allá de pretender, como objetivo a conseguir, una cierta uniformidad en las condiciones retributivas y, desde nuestro punto de vista, otras soluciones más flexibles podrían ser más adecuadas¹. En efecto, si con anterioridad a la Constitución Española de 1978, se repasa la opinión de la doctrina existe una cierta coincidencia en proclamar la necesidad de una equiparación cualitativa, e inclusive cuantitativa, entre las retribuciones de los funcionarios públicos pertenecientes a distintas Administraciones públicas². Dicha aspiración, que podría calificarse de mito en nuestra función pública, al menos cuando se refiere a todos los conceptos retributivos, es ciertamente ineludible que sea objeto de una nueva reflexión en el contexto actual donde las funciones y competencias de los distintos entes públicos, y con ello, los distintos puestos de trabajo —que son los retribuidos básicamente mediante los conceptos complementarios— han de ser, o al menos pueden serlo, de distinta naturaleza y características.

La reforma de 1984 profundizó, además, como es sabido, en la consideración del puesto de trabajo como el eje esencial de la estructuración retributiva que, junto a la categoría subjetiva del funcionario, habría de determinar el montante global de las retribuciones de los funcionarios públicos³. Aunque, efectivamente, tras la reforma del sistema retributivo acaecida en la década de los sesenta, ya se había producido la introducción de éste e incluso dicha perspectiva se hallaba acentuada con las modificaciones introducidas en 1977, sin embargo, como decimos, será la reforma de 1984 la que articule más decididamente el sistema, añadiendo un elemento importante: será el desempeño de puestos de trabajo el que determinará la más importante expresión en la articulación de la carrera administrativa, el denominado grado personal, que se subjetiviza en el funcionario por el desempeño continuado —dos o tres años según los casos— de puestos de traba-

(1) Máxime si se comprueba cómo en su aplicación práctica no se ha producido, más allá de su reconocibilidad formal, una cierta homogeneidad entre las distintas Administraciones públicas (es decir, a igual puesto con idénticos cometidos, iguales complementos y retribuciones), ni siquiera dentro de cada organización concreta. Véase al respecto, GUTIÉRREZ RENÓN, A. y LABRADO FERNÁNDEZ, M., “La experiencia de la evaluación de puestos de trabajo en la Administración Pública”, Madrid, 1988 y referidos específicamente a las entidades locales “Estudi de les retribucions dels empleats de L'administració local. Provincia de Barcelona, 1994” realizado por el Área de Régimen Interior, Hacienda y Planificación de la Diputación Provincial de Barcelona y “Sistema retributivo del personal al servicio de las Administraciones locales de la Comunidad Valenciana”, Federació Valenciana de Municipis i Províncies, núm. 16, 1995.

(2) El caso es significativo en la esfera local donde la Ley de 20 de julio de 1963 proclamó, como objetivo a conseguir, en su Preámbulo “una equiparación entre los funcionarios locales y estatales para llegar a una justa paridad en las retribuciones de cuantos se hallan al servicio de las administraciones públicas”. También, en idéntico sentido, la Ley 40/1981, de 28 de octubre, de Régimen Jurídico de la Administración Local estableció la necesidad de lograr una equiparación y homogeneidad entre los funcionarios de la Administración estatal y local (art. 10). Con el mismo sentido, en la legislación actual, puede verse, amén de la legislación básica establecida en la LMRFP, los artículos 93 LRBR y 153 TRRL y el RD 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de retribuciones de los funcionarios de Administración Local.

(3) La Sentencia de 6 de junio de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias indica a este respecto que: “(...) régimen retributivo que califica de complementario la Ley de 1984, como contraposición al que llama básico, y que, como es fácilmente deducible de lo anterior, y también al contrario de lo que ocurre con las retribuciones básicas, no siguen indiscriminadamente al funcionario por el mero hecho de serlo, sino que están en función del nivel del puesto de trabajo que en cada momento se desempeñe (caso del complemento de destino), de la dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, peligrosidad o penosidad del mismo (supuesto del complemento específico) y del rendimiento, actividad extraordinaria o interés con que desempeñe el funcionario su puesto de trabajo (objetivo del complemento de productividad), sin que, por lo tanto, ninguno de tales complementos, y no sólo el específico, constituyan un derecho adquirido que haya de subsistir indefinidamente con independencia del puesto de trabajo que en cada momento se desempeñe efectivamente o de la actividad y rendimiento desplegada en el mismo”.

Luces y sombras del complemento de productividad

jo debidamente clasificados. Este hecho determinará que, ahora más decididamente que con la reforma anterior, se proceda a clasificar los distintos puestos de trabajo ordenándolos a través del instrumento organizativo por excelencia que se introduce en dicha reforma para la estructuración de la burocracia pública, la relación de puestos de trabajo (general schedule).

De otro lado, en el diseño retributivo implantado tras la reforma de 1984, las retribuciones complementarias de los funcionarios públicos venían a cumplir un doble papel: de un lado, tanto el complemento de destino como el específico retribuyen el puesto de trabajo ocupado por el funcionario, es decir, el “que se hace”; de otro, y en lo que aquí nos interesa, el complemento de productividad está asignado al “modo” y la “intensidad” con la que el funcionario cumple con las tareas inherentes a su puesto de trabajo, *verbigracia*, a “cómo se hace”.

Con carácter general, la doctrina acogió la reforma establecida en dicha ley con una impresión favorable⁴, si bien con el escepticismo propio de una materia que dependía en un importante grado de su adecuada aplicación. Y en efecto, la experiencia en su aplicación ha demostrado, una vez más en el ya largo devenir histórico de los sistemas retributivos de los funcionarios públicos, que el mismo no ha funcionado correctamente, pero no tanto por errores en su diseño, perfectibles en cualquier caso, sino más bien por el embrutecimiento y la desnaturalización que se ha producido con ocasión de su puesta en funcionamiento.

En efecto, diversa y variada ha sido la problemática planteada en la aplicación del sistema retributivo y ciertas y relevantes disfunciones se han puesto de manifiesto. Por de pronto, no se ha conseguido plenamente el intento de transparencia que era perseguido por éste. También se ha constatado cierta arbitrariedad y desigualdad en la fijación de complementos específicos y se ha producido una falta de coherencia en la fijación de los niveles de complemento de destino entre distintas Administraciones públicas e incluso entre unidades de la propia Administración. En cuanto al complemento de productividad, por su parte, no ha cumplido su auténtico papel como

**LAS RETRIBUCIONES
COMPLEMENTARIAS
IMPLANTADAS CON LA
REFORMA DE 1984
CUMPLÍAN UN DOBLE
PAPEL: RETRIBUCIÓN DEL
PUESTO DE TRABAJO Y CÓMO
SE PRESTA EL MISMO.
NO OBSTANTE,
EL COMPLEMENTO DE
PRODUCTIVIDAD NO HA
CONSEGUIDO SU OBJETIVO
INCENTIVADOR, SINO QUE
MÁS BIEN SE HA UTILIZADO
PARA CONSEGUIR
DIFERENCIAS RETRIBUTIVAS,
CORREGIR DESFASES E
INCLUSO COMO UN
MECANISMO DE FAVOR EN
ABSOLUTO JUSTIFICABLE**

(4) PIÑAR MAÑAS, J.L., “El nuevo sistema retributivo de los funcionarios y su aplicación”, *RAP*, núm. 111, 1986, pág. 371, expondrá, en un temprano comentario a la reforma introducida, que el sistema se había simplificado, se configuraba una carrera administrativa y se establecían mecanismos para la incentivación del funcionario. Lo que le llevaba a calificar de aceptable la reforma introducida, aunque ya advertía, seguramente fruto de la experiencia histórica conocida, de que éste dependería de su efectiva aplicación.

complemento incentivador y se ha utilizado para compensar diferencias retributivas consecuencia de la defectuosa aplicación del sistema, corregir desfases en los incrementos de sueldo establecidos en las leyes presupuestarias e, inclusive, en algunos supuestos, como un mecanismo de favor en absoluto justificable. A la postre, puede decirse, que dichas disfunciones han deteriorado, al menos en cierta medida, la confianza en el sistema⁵.

Pero veamos más concretamente cuál ha sido el devenir de este último complemento citado en los quince años que han transcurrido desde su introducción en la reforma de 1984.

2. LA APLICACIÓN DEL COMPLEMENTO DE PRODUCTIVIDAD: CRÓNICA DE UNA DESNATURALIZACIÓN

A) El marco normativo básico del complemento de productividad

El complemento de productividad está destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés e iniciativa con el que el funcionario desempeña su trabajo, lo que indica, por las expresiones empleadas por el legislador, que su principal y único objetivo es retribuir la dedicación personal del funcionario a su puesto de trabajo. La terminología legal, con la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, se refiere así a aquellas variables presentes en el quehacer del empleado público que determinarán su cobro efectivo. Obviamente, y a pesar de que la norma difiere al establecimiento de un método la determinación de la concurrencia de circunstancias que habilitan para su percepción, la dicción legal permite ya, *prima facie*, sacar algunas conclusiones que parecen insertas en la naturaleza de este complemento:

– Su aplicación es, a nuestro juicio, obligada. Existe, desde nuestro punto de vista, un derecho subjetivo de los funcionarios públicos a que sea evaluada dicha productividad y, por consiguiente, abonada si se dan las circunstancias que ameritan su percepción. No lo es, sin embargo, ni la cuantía ni el procedimiento que, a diferencia del anterior extremo, se van a hacer depender de la política retributiva seguida por el organismo público en cuestión y están, por consiguiente, atribuidas a una potestad discrecional de éste⁶. Es decir, la productividad, o más bien, la valoración de su existencia en el desempeño de sus funciones por los funcionarios públicos es necesariamente obligada en función de los objetivos establecidos y de la concurrencia de circunstancias directamente relacionadas con el puesto de trabajo.

– Con carácter general, el devengo de las retribuciones complementarias, y con ello del complemento de productividad, requiere el efectivo desempeño de las actividades y fun-

(5) En torno a una valoración del mismo puede verse OLIAS DE LIMA, B., “Los derechos económicos de los funcionarios”, en el volumen colectivo *Los Recursos Humanos en las Administraciones Públicas*, Logroño, 1989, págs. 150 y ss.

(6) Dicho complemento otorga a la Administración una potestad discrecional en su apreciación, que no implica discriminación si no incurre en arbitrariedad (Sentencia de 27 de septiembre de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias), pero que exige la pertinente valoración (Sentencias de 6 de mayo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias y de 21 de julio de 1998 de Madrid).

Luces y sombras del complemento de productividad

ciones atribuidas a cada funcionario y, por tanto, la incorporación al servicio activo y su adscripción a un puesto de trabajo (STS de 4 de julio de 1994, Ar. 6242), aunque, como ya advertiremos, no implica que en el momento de su percepción, precisamente por su naturaleza de incentivo o premio, el funcionario se halle prestando efectivamente servicios en el puesto de trabajo en el que se acreditó la concurrencia de éste.

– No es una retribución estática y permanente y su percepción puede variar, incrementándose o reduciéndose, e inclusive puede suprimirse atendiendo a la concurrencia o no de los citados elementos recogidos en la norma, sin que la diferencia cuantitativa que pueda provocar en las retribuciones de los funcionarios públicos incida en el principio de igualdad o pueda entenderse contraria al carácter unitario y nacional de los cuerpos (STS de 4 de mayo de 1998, Ar. 4835). Tampoco, por tanto, su modificación, sobre todo cuando lo sea precisamente para adecuarse a los criterios establecidos en la norma que determinan su apreciación, vulnera ningún tipo de derecho adquirido o va contra la doctrina de los actos propios (Sentencia de 14 de febrero de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña).

– Es una retribución, de esta forma, con un carácter eminentemente subjetivo que viene ligada, a diferencia del complemento de destino y específico cuya cuantía está en función del puesto y tiene un carácter objetivo, al rendimiento personal del funcionario (Sentencia de 5 de enero de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias y en idéntico sentido la de Cantabria de 9 de junio de 1998).

La normativa de rango legal, tanto estatal como autonómica en la materia, establece ligada su percepción, como parece lógico según lo ya expuesto, al establecimiento de programas y fijación de objetivos en cada uno de los organismos o programas públicos⁷. Asimismo, prevé el establecimiento, normalmente con carácter anual, a través de las leyes de presupuestos o normativa de desarrollo, de los criterios a través de los cuales haya de procederse a la medición de la cuantía individual de dicho complemento; criterios estos que no necesariamente parece hayan de ser permanentes, antes bien más parece indicar que hayan de variar según cambien, en cada momento, los objetivos perseguidos por cada organismo o unidad administrativa (Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 22 de diciembre de 1997 y de 19 de enero de 1998).

Las cantidades que perciba cada funcionario por este concepto serán, además, de conocimiento público, tanto de los demás funcionarios de la Administración correspondiente como de los representantes sindicales; previsión que, como pone de relieve la patología revelada en la controversia judicial, responde al intento no plenamente logrado, a pesar de ello, de que no existiese arbitrariedad en su atribución.

En el Estado, y asimismo con carácter general en las Comunidades Autónomas, las cuantías asignadas al citado complemento no pueden exceder de un determinado porcentaje

(7) De esta forma, los Acuerdos de Trabajo entre Administración y Sindicatos (vid., a título de ejemplo, el suscrito para el período 1995-1997) prevén la necesidad de que los organismos públicos concreten los objetivos que persiguen y establezcan parámetros o índices que permitan evaluar el grado de su cumplimiento a fin de determinar la cuantía del complemento de productividad y los incrementos retributivos (capítulos VI y VII).

de cada programa de gasto, y dentro de esa dotación, los responsables de cada programa, de acuerdo con la normativa establecida en la Ley de Presupuestos a la que anteriormente nos referimos, determinarán la cuantía del complemento individual atribuido a cada funcionario.

En el caso de las entidades locales, la competencia para la fijación global de dicho complemento corresponde al Pleno pero la asignación individual corresponde al Alcalde o al Presidente de la Corporación entre los diferentes programas o áreas, con sujeción a los criterios que en su caso haya establecido el Pleno, sin perjuicio de las delegaciones que pueda conferir conforme a lo establecido en la legislación de régimen local⁸.

En consecuencia, los elementos subrayados por la reforma de 1984 (actividad extraordinaria, especial rendimiento, interés o iniciativa) son susceptibles de ser integrados por cada Administración detallando el elenco de circunstancias que aquilatan la presencia de aquellos. Así, por ejemplo, se señalan en los distintos métodos establecidos para la evaluación de este concepto retributivo circunstancias tales como: la presentación de ideas nuevas, crítica constructiva a los procedimientos, relaciones interpersonales positivas con los otros miembros del equipo de trabajo, consecución de objetivos asignados, etc., aunque, lógicamente, éstas pueden variar según se trate de puestos de trabajo de carácter directivo, puestos especializados o puestos base⁹. Pero las circunstancias en virtud de las cuales ha de procederse a la valoración de dicha productividad son de competencia de la Administración a la cual no se le pueden imponer de forma previa ni siquiera por los tribunales, sino solamente puede controlarse su aplicación (SAN de 3 de octubre de 1995).

Hasta aquí lo que la normativa legal ofrece que, como puede comprobarse, y seguramente no puede ni debe llegar más allá sin perjuicio del desarrollo de la misma, se limita a establecer el marco en el cual han de desenvolverse las políticas retributivas ligadas a la productividad. Otra cosa será, como en su momento expondremos, que la productividad en una organización no debe quedar exclusivamente ligada a una remuneración económica y deba también repercutir, y así ha de contemplarse normativamente, en otros aspectos, inclusive de mayor relieve, del estatuto funcional.

Sin embargo, como ya señalara PIÑAR MAÑAS, su aplicación ha sido uno de los puntos flacos del sistema, siendo un caballo de batalla en la configuración del nuevo sistema retributivo y ello a pesar de que una de las más consistentes críticas que de siempre se

(8) Dicha previsión viene reforzada en la actualidad por lo dispuesto en los artículos 21.1.g), y 34.1.g) de la Ley 11/1999, de 11 de abril, que modifica la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local al establecer como competencia del Alcalde y del Presidente de la Diputación la distribución de las retribuciones complementarias que no sean fijas ni periódicas.

(9) A título de ejemplo puede verse en la Comunidad Autónoma de Andalucía el Decreto 117/1991, de 11 de junio, por el que se aprueban los criterios objetivos técnicos para la aplicación del complemento de productividad y, en desarrollo del mismo, la Orden de 17 de junio de igual año que establecen dos sistemas: directo (para aquellos puestos de trabajo cuyo rendimiento sea factible de ser medido con criterios objetivos cuantificables) e indirecto (en aquellos puestos de trabajo en que no puedan valorarse cuantitativamente). En este último, los criterios utilizados son la cantidad y calidad de trabajo desarrollado, la iniciativa o autonomía con que se desarrolla el trabajo, la asistencia horaria y absentismo, disponibilidad y actitud positiva ante actividades extraordinarias y trabajo en equipo y el nivel de información y actitud autoinformativa respecto a su puesto de trabajo en relación con los objetivos del servicio.

han formulado contra las retribuciones públicas ha sido la carencia absoluta de incentivación para el funcionario. El tiempo ha venido a darle, sin lugar a dudas, la razón¹⁰.

A nuestro juicio diversas han sido las razones para ello. Cuatro, más concretamente, han contribuido decisivamente, desde nuestro punto de vista, al fracaso de este complemento. La primera de ellas, a la que ya hemos aludido, ha sido su desnaturalización, es decir, su utilización para finalidades distintas a las contempladas en la norma, pues, en efecto, el mismo ha sido empleado con exceso para compensar deficiencias en la valoración y clasificación de los puestos de trabajo, compensar la baja cuantía de la retribución para puestos con responsabilidad, atender presiones de cuerpos en demanda de mayor retribución, superar la rigidez en la estructura organizativa o a la necesidad de retribuir ciertas funciones de coordinación no contempladas entre las funciones del puesto, etc. La segunda razón a que nos referíamos consiste en la ausencia para la implementación del mismo de técnicas adecuadas derivada de la cultura burocrática –malamente entendida, habremos de añadir– aun existente en nuestras organizaciones públicas y, con ello, la falta de experiencia en la utilización de habilidades técnicas y gerenciales para manejar un sistema retributivo que incorpora otra filosofía más acorde con las exigencias de gestión de los recursos humanos de las organizaciones actuales y las tendencias de los sistemas retributivos¹¹. En tercer lugar, no se puede olvidar su práctica desconexión de otras políticas de gestión de los recursos humanos en el sector público como la carrera administrativa, la formación, etc. Por último, y en cuarto lugar, hay que aludir a su escasa relevancia en el montante global de la cuantía retributiva –salvo casos puntuales en que precisamente ha sido utilizado para una finalidad distinta– fruto y expresión manifiesta de la escasa confianza de los gestores en su virtualidad y eficacia como elemento motivador.

Y no cabe olvidar, junto a éstas, que la retribución otorgada por el citado complemento lo ha sido, en demasiadas ocasio-

VARIAS SON LAS RAZONES QUE HAN CONTRIBUIDO AL FRACASO DEL COMPLEMENTO DE PRODUCTIVIDAD: SU UTILIZACIÓN PARA FINES DISTINTOS DE LOS PREVISTOS, LA AUSENCIA DE TÉCNICAS ADECUADAS PARA SU IMPLEMENTACIÓN, SU DESCONEXIÓN DE OTRAS POLÍTICAS DE GESTIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS Y LA ESCASA RELEVANCIA DE ÉSTE EN EL MONTANTE GLOBAL DE LA CUANTÍA RETRIBUTIVA

(10) PIÑAR MAÑAS J.L., “El nuevo sistema retributivo...”, *op. cit.*, pág. 359.

(11) Así lo viene a reconocer implícitamente la Resolución de 27 de julio de 1998 de la Secretaría de Estado para la Administración Pública por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de julio de 1998 que promueve la implantación de sistemas de evaluación del rendimiento en unidades administrativas, al declarar que “Ahora bien, a pesar de que existen centros directivos que, desde hace tiempo, han orientado sus prácticas gestoras al resultado y se han dotado de modernos instrumentos gerenciales que les permiten desarrollar sus funciones basándose en el señalamiento de objetivos y el control interno de su gestión, también es cierto que estas prácticas no están lo suficientemente generalizadas... Es preciso, en consecuencia, que se extienda a toda la Administración la utilización de técnicas gerenciales con las que se mejoran los procesos de toma de decisiones y, en definitiva, se haga más eficiente la gestión de los recursos públicos”.

nes, con criterios claramente arbitrarios y sin una adecuada participación de los afectados por la misma¹².

B) Su defectuosa aplicación: análisis jurisprudencial de las patologías detectadas en el complemento de productividad

Con carácter general, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha ido corrigiendo la aplicación desviada y desnaturalizada realizada con el citado complemento y dirigida a dar respuestas a otros requerimientos (normalmente compensación de diferencias retributivas) no contemplados en los supuestos de hecho que generan el derecho a su percepción ni acordes con la naturaleza del mismo. Su análisis muestra, además, el abuso reiterado del mismo como complemento de la cuantía global de la retribución desvinculado de la consecución de cualquier objetivo (STS de 26 de octubre de 1998, Ar. 7876), generalizado a todo el personal fijando su importe en atención al grupo que se pertenezca salvo al personal temporal (SSTS de 11 de octubre de 1993, Ar. 6600 y 28 de julio de 1997, Ar. 6570), como un recurso para la elevación de la cuantía de las pagas extraordinarias (STS de 22 de febrero de 1997, Ar. 1497), para retribuir horas nocturnas, como sustitutivo de las gratificaciones por servicios extraordinarios cuando no exista dotación presupuestaria (Sentencia de 12 de mayo de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja) o, inclusive, para retribuir funciones de categoría superior (Sentencia de 18 de mayo de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias¹³). Como se ve funciones todas ellas alejadas de la finalidad y razón de ser del citado complemento.

En primer término, cabe señalar que la apreciación de la productividad deberá realizarse en función de circunstancias subjetivas relacionadas directamente con el desempeño del puesto de trabajo y objetivos asignados al mismo, distinguiéndose por ello del complemento de destino y específico que, como se ha señalado, tienen meramente un carácter objetivo, con independencia de la intensidad o calidad del efectivo ejercicio del mismo. La consecuencia es inmediata: no pueden utilizarse los criterios objetivos que deben retribuir el complemento de destino o específico para valorar y cuantificar éste¹⁴.

Nuestros tribunales han declarado también, corrigiendo aplicaciones desviadas, que su percepción no determina derecho a su abono en quienes desempeñan puestos similares,

(12) A título de ejemplo de utilización arbitraria, puede verse la Sentencia de 4 de julio de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Valencia donde, sin razón ni motivación alguna, se deniega por la Administración dicho complemento al jefe de la unidad que había alcanzado los resultados por los que se debía percibir el mismo. Como razona elocuentemente la sentencia referida éste, con su actuación, ayuda a conseguir esos resultados por lo que sin prueba ni motivación alguna no puede denegarse. Como reiteran, en el sentido expresado, la STS de 31 de octubre de 1996 (Ar. 7808) y la Sentencia de 30 de enero de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el complemento de productividad no puede desaparecer sin motivación alguna.

(13) Aunque en estos supuestos, la percepción del complemento de productividad no excluye la percepción del complemento específico correspondiente pues ambos son compatibles y responden a distinta finalidad (Sentencia de 14 de septiembre de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria).

(14) En este sentido, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de enero y de 14 de febrero de 1997 ponen de manifiesto cómo dicho complemento no retribuye la mayor pericia o los mayores conocimientos (función, en su caso, del complemento de destino o específico), sino más bien el cumplimiento de objetivos.

subrayando su naturaleza individual y vinculada al desempeño subjetivo realizado por el concreto funcionario (SAN de 5 de octubre de 1995) y rechazando que éste pueda ser obtenido de forma rotatoria por todo el personal aun cuando la dotación presupuestaria sea limitada pues la introducción de criterios objetivos provoca su desnaturalización (Sentencia de 4 de noviembre de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria). Asimismo, ha de señalarse que se ha rechazado una atribución genérica del citado complemento, a partir de un determinado nivel de complemento de destino, argumentando que se trata de una mera expectativa de derecho que podrá verse o no realizada (STS de 14 de julio de 1993, Ar. 5641)¹⁵, ni tampoco cabe que asignados los mismos objetivos a todos los puestos y cumplidos éstos, sin embargo se pague menor cuantía a determinados cuerpos por ser inferior el complemento de destino y específico asignado a los mismos (Sentencia de 8 de mayo de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía).

De esta forma, la reclamación del complemento ha de probar no que se desempeña un puesto de trabajo equivalente, sino que éste se ha desarrollado con la intensidad e interés que exige la norma (Sentencia de 13 de diciembre de 1995 del Tribunal Superior de Justicia de Baleares), debiendo demostrar quien lo reclama que alcanzó el rendimiento exigido para su percepción (Sentencia de 21 de julio de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid), ni cabe tampoco su reclamación con base en la igualdad a otros cuerpos funcionariales (SSTS de 31 de enero, Ar. 283, 29 de mayo, Ar. 4158 y 1 de junio de 1987, Ar. 3982). Además no cabe solicitarlo si no se acredita un rendimiento superior al normal, es decir, especial, y no se demuestra suficientemente que dicha denegación o evaluación no responde a criterios arbitrarios o incursos en desviación de poder (Sentencia de 23 de septiembre de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña).

Su percepción, como expresamente reitera la jurisprudencia, deriva de la realización efectiva de las circunstancias que generan el derecho al mismo, aunque en el momento de su valoración el funcionario no se encontrase ya prestando servicios por cualquier causa¹⁶, o el funcionario se encontrase en situación de comisión de servicios (Sentencia de 7 de marzo de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja), y ha de fijarse en el momento de reingreso al servicio activo de funcionario en situación de servicios especiales, sin perjuicio de las potestades *ex post* que tiene la Administración para alterar la percepción del citado complemento (Sentencia de 30 de mayo de 1994 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña). Aunque no la tienen, en forma automática sin accredi-

(15) En esta especie de ceremonia de la confusión, la Sentencia de 21 de julio de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura matiza que si está ligada en módulo porcentual al complemento de destino y éste varía ha de variar la cuantía de la productividad desde que éste cambió sino se discute su rendimiento.

(16) En este último sentido, la Sentencia de 19 de marzo de 1996 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (igualmente la Sentencia de 9 de septiembre de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha) reconoce que no cabe entender que su devengo se encuentre conectado al desempeño del puesto en el momento del cálculo del complemento, ni aún porque tal cálculo tenga carácter anual, pues el devengo del complemento no será por ello anual, sino en relación con el tiempo de servicios efectivamente prestados... En definitiva, aunque se haya producido el cese, por cualquier causa (la aquí concurrente de cese del personal interino o cualquier otra posible, como excedencia voluntaria o jubilación del mismo carácter), como ya se ha devengado el complemento, éste ha de percibirse con independencia del hecho de la prestación de los servicios cuando se produce a su cálculo y determinación.

Respecto aquellos casos de suspensión de funciones como consecuencia de un procesamiento en que el funcionario es libremente absuelto, aunque la situación funcional queda congelada y tiene derecho a recuperar no sólo sus funciones sino también los derechos inherentes a las mismas, ello no se produce respecto del complemento de productividad (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de febrero de 1996).

tar que concurren las circunstancias que determinan su percepción, y a pesar del derecho que ostentan a las mismas retribuciones, los funcionarios transferidos (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 6 de mayo de 1998), admitiéndose, sin embargo, en el plano teórico y siempre que sus funciones no sean de mero adiestramiento, para los funcionarios en prácticas (Sentencias de 31 de enero de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y 7 de mayo de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña). Cabe, eso sí, que convencionalmente se pacte la incidencia de dejar prestar servicios en una unidad para el cobro del citado complemento siempre que no se demuestre la existencia de una arbitrariedad en la fijación del citado complemento (Sentencia de 16 de septiembre de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias), pero no que se abone dicho complemento atendiendo al período en que se prestaron los servicios (Sentencia de 24 de julio de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra).

De todas formas, e incidiendo en la desnaturalización que se ha producido en la razón de ser de este complemento, y ya desde el principio, la legislación admitió que, entre las circunstancias a tener en cuenta para la apreciación de la productividad, podría incluirse, si bien de forma transitoria, la consideración de las retribuciones percibidas en el mismo puesto en el anterior régimen retributivo (STS de 8 de marzo de 1993, Ar. 1927). También, desde este punto de vista, se ha admitido su percepción —rompiendo el principio antes enunciado de efectiva prestación de servicios— en caso de baja laboral por maternidad, enfermedad profesional o accidente de trabajo (SAN de 12 de marzo de 1998 y Sentencias de 28 de marzo de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja y de 7 de abril de 1998 de Murcia)¹⁷. Inclusive, la percepción del citado complemento continúa, lo cual a nuestro juicio incide en la ya denunciada desnaturalización del mismo, cuando el funcionario adquiere la condición de representante sindical (Sentencias de 31 de octubre de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y de 10 de marzo de 1998 de Extremadura), aunque, bien es verdad, que en dichos supuestos dicho complemento se percibía de forma generalizada por todos los funcionarios en atención al puesto o a la mayor duración de la jornada de trabajo.

Ya hemos aludido a que su naturaleza responde a constituir un complemento eminentemente personal, si bien es cierto que su determinación y cuantificación ha de realizarse por el órgano de gobierno competente en función de circunstancias objetivas (STS de 14 de julio de 1993, Ar. 5641), entre las cuales se ha admitido ocasionalmente que se establezca la realización de una mayor jornada laboral (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 4 de octubre de 1996 y el Tribunal Supremo, fijando doctrina legal, en la Sentencia de 30 de enero de 1998, Ar. 700). Aunque ésta no sea una función estrictamente acorde con su naturaleza y, al respecto, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 23 de julio y de 30 de septiembre de 1997 han matizado, a nuestro juicio acertadamente, que, junto a ello, han de concurrir los hechos o circunstancias objetivas que determinan su percepción.

(17) Reconocimiento ciertamente discutible que, sin embargo, ha sido más amplio aún en el caso de personal laboral al servicio del sector público en que se ha reconocido el derecho a su percepción en los supuestos de incapacidad temporal (STS de 4 de febrero de 1998, Ar. 1439).

Ahora bien, es nulo condicionar su percepción al desempeño de una jornada partida (STS de 16 de diciembre de 1991, Ar. 390 de 1992), ni cabe la retribución mediante este complemento de horas nocturnas, ni al devengo del citado complemento en tiempo vacacional ya que aun cuando el funcionario tiene derecho a vacación retribuida y ello no afecta a sus derechos económicos, ya que percibe los conceptos retributivos básicos y los complementarios correspondientes a su puesto de trabajo, dicho derecho no se extiende a los demás que, como el de productividad o las gratificaciones, son consecuencia de las circunstancias concurrentes en el desempeño del puesto de los servicios extraordinarios por el titular de aquél (Sentencia de 16 de septiembre de 1996 del Tribunal Superior de Justicia de Baleares).

Tampoco retribuye la pericia o los conocimientos técnicos especializados (Sentencia de 22 de enero de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña)¹⁸, sino que su razón de ser se encuentra, más bien, en la consecución de los objetivos asignados a la unidad administrativa¹⁹.

En el sistema implementado por la reforma de 1984 la productividad carece, craso error según exponremos, de cualquier efecto sobre otros aspectos del sistema de función pública, como, por ejemplo, la carrera administrativa, por lo que no cabe la consolidación de éste hacia el futuro. De esta forma, las cuantías asignadas por complemento de productividad durante un período de tiempo no originarán ningún tipo de derecho individual respecto a las valoraciones o apreciaciones correspondientes a períodos sucesivos. Ahora bien, es preciso que existan esas valoraciones y no pueden suprimirse o denegarse, con base a un bajo rendimiento, sin motivación alguna, aunque no por ello los tribunales de justicia están facultados para su reconocimiento y aun menos en el caso de que el funcionario se encontrase en situación de incapacidad laboral transitoria²⁰ (Sentencia de 22 de noviembre de 1996 del Tribunal Superior de Justicia de Murcia y Sentencia de 30 de enero de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña).

(18) No obstante, y con cierta contradicción con lo expresado, en otros supuestos se ha admitido su percepción para retribuir conocimientos especializados. Así, por ejemplo, el conocimiento de legislación internacional en la tramitación de expedientes siempre que el número sea expresivo con relación al total de la carga de trabajo (Sentencias de 14 de enero y 3 de abril de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias).

(19) Aunque, en forma provisional y hasta tanto se constituye en un modo habitual de trabajo, si es admisible. Por ejemplo, en el supuesto de implementación de equipos informáticos (Sentencia de 19 de enero de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía).

(20) En dicha situación también se produce el devengo, si bien proporcionalmente al tiempo efectivo de servicios (Sentencia de 16 de diciembre de 1994 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña).

EN ORDEN A LA DEPURACIÓN DEL COMPLEMENTO DE PRODUCTIVIDAD LOS TRIBUNALES HAN SEÑALADO SU CARÁCTER SUBJETIVO, CUYO RECONOCIMIENTO DEBERÁ REALIZARSE CONFORME A LAS CIRCUNSTANCIAS RELACIONADAS CON EL PUESTO DE TRABAJO Y LOS OBJETIVOS ASIGNADOS AL MISMO, SIN PERJUICIO DE QUE EN SU DETERMINACIÓN SE PONDEREN CRITERIOS OBJETIVOS

3. LA VERDADERA FINALIDAD DEL COMPLEMENTO DE PRODUCTIVIDAD EN EL CONTEXTO ACTUAL DE NUESTRA FUNCIÓN PÚBLICA

En la actualidad, un sistema retributivo que quiera responder a los movimientos de cambio que la Administración y la gestión pública vienen requiriendo exige, y no parece que sobre esto exista la menor duda, el cumplimiento de diversos objetivos que no se circunscriben únicamente a una contraprestación monetaria realizada por el esfuerzo del trabajo. Efectivamente, otros aspectos de la gestión de recursos humanos, tales como la selección y mantenimiento en los puestos de trabajo de competentes profesionales, la motivación y calidad de la vida laboral o el reforzamiento de la cultura de la organización están íntimamente ligados a la existencia de una adecuada retribución. Nótese que se ha aludido a una “adecuada” y no a una “alta” retribución, pues, ambos términos, no son necesariamente sinónimos y su confusión, excesivamente frecuente, provoca no pocos fenómenos de alteración en la finalidad y sentido de la estructura retributiva.

Cabe decir, en esta línea, que es preciso que la retribución responda a dos criterios esenciales: el criterio del puesto, buscando una equidad interna y externa del mismo para lo cual la descripción y valoración de puestos de trabajo será un instrumento imprescindible para determinados componentes del sistema retributivo (en el actual sistema para los complementos de destino y específico); en segundo lugar, el criterio de la persona, que, junto a factores que en nuestro sistema de función pública aparecen ligados a la competencia (titulación y formación) y la antigüedad (retribuciones básicas), se orienta a retribuir el potencial y el efectivo desempeño del trabajo (complemento de productividad)²¹.

En realidad, si todos los elementos del sistema desempeñan un determinado papel, este último es esencial, pues, con carácter general, existe una tendencia a no sentirse bien retribuido, por lo que tras un período de permanencia en un determinado puesto de trabajo las retribuciones necesariamente han de asociarse a la motivación si se pretende combinar las aspiraciones de la persona a la eficacia organizativa.

En consonancia con ello, la estructura retributiva de la Ley 30/1984, contemplaba, como se ha expuesto, con un carácter complementario, el complemento de productividad. Su inserción en la estructura retributiva tiende, por tanto, a compensar las insuficiencias de ésta cuando sólo se atiende al aspecto objetivo (puestos de trabajo) sin tener en cuenta cómo los mismos se desempeñan o aspecto subjetivo (rendimiento). Ciertamente las experiencias de implementación de políticas de medición de la productividad han venido acompañadas, en no pocas ocasiones, de cierta arbitrariedad en su aplicación y de dificultades en la acreditación objetiva de la misma en los funcionarios denominados de

(21) Véase al respecto FERRI, J., “Motivación y retribuciones”, en el volumen colectivo *La gestión de recursos humanos en las Administraciones públicas*, Madrid, 1995, pág. 157, que estima que “Mediante el desempeño, o mejor, su evaluación se valoran diferencias individuales de rendimiento con efectos retributivos. La valoración puede reflejarse mediante incrementos diferenciales de las retribuciones fijas en función de los méritos, o mediante sistemas de incentivos canalizados a través de la remuneración variable. En el primer caso, las cantidades extra asignadas se consolidan, por lo que la influencia en el rendimiento es moderada aunque sostenida en el tiempo; en el segundo caso, los incentivos tienen un efecto inmediato y no se consolidan. El instrumento utilizado para la aplicación suele ser el de apreciación del desempeño”.

“cuello blanco”, pero también es cierto que esas deficiencias detectadas en el sistema podrían compensarse si junto a la retribución individual por productividad, la estructuración de ésta se realiza de forma tal que pueda percibirse también por unidades administrativas o grupos de trabajo conexionados a objetivos formalmente establecidos y se ensayan y depuran sistemas indirectos de medición de la productividad.

Pero como también se ha reiterado, una concepción sistémica de nuestra Función Pública exige adoptar una perspectiva integral desde la cual los diversos elementos de ésta coadyuvan a un desarrollo armónico del conjunto. Esto ocurre con el complemento de productividad, y no en menor medida con el procedimiento para hacerlo efectivo, en la medida en que obliga a realizar una reflexión sobre el efectivo funcionamiento de las unidades administrativas. En concreto, visto desde el lado de la organización pública, los procedimientos de evaluación del desempeño permiten la consecución de diversas finalidades, entre otras las siguientes: conocer el rendimiento de los funcionarios públicos, tanto individual como en conjunto con su unidad de trabajo, en relación con los objetivos de la organización en que prestan sus servicios; determinar sus requerimientos, insuficiencias, posibilidades de desarrollo y necesidades de formación; proporcionar información relevante en orden a la estructuración imparcial de una política dirigida a la progresión en la carrera administrativa; estructuración de unidades de trabajo; la aplicación motivada y fundamentada del régimen disciplinario; proporcionar información a los empleados públicos a fin de que conozcan su real contribución a la organización y sugerirle los cambios que necesitan realizar en su comportamiento, sus actitudes, sus capacidades o su conocimiento de las finalidades y objetivos de la organización; integrar los intereses individuales con los del organismo público, mejorando el sentido de afiliación y pertenencia, etc.

En este sentido, y según venimos insistiendo, la introducción de una política que prime el rendimiento y el resultado no se consigue exclusivamente con una ligazón de éste a la productividad como ingenuamente pretendió la Ley de Reforma de 1984. Más necesario, a nuestro juicio, de todo punto sería conectarla con la carrera administrativa, el estatuto de derechos y deberes establecidos para los funcionarios públicos, los sistemas de selección y provisión de puestos de trabajo y el régimen disciplinario²².

La introducción de esta perspectiva es, qué duda cabe, difícil y laboriosa en el contexto de nuestra función pública, pero no imposible y, sin duda, deseable y necesaria. En los últimos tiempos, algunos pasos importantes se están dando. De esta forma, junto al nuevo marco organizativo instaurado por la LOFAGE y los principios que instaura en el funcionamiento de la Administración pública, y a los que más tarde aludiremos, cabe destacar la Resolución de 27 de julio de 1998 de la Secretaría de Estado para la Administración Pública por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de julio de 1998 que promueve la implantación de sistemas de evaluación del rendimiento en unidades administrativas. Dicho acuerdo encuentra su fundamento en la necesidad de acentuar el

(22) Puede verse en torno a dicha perspectiva la experiencia de Cataluña donde la Ley 9/1994, de reforma de la Ley 17/1985 de Función Pública amplía la virtualidad del sistema que no se ciñe exclusivamente a aspectos retributivos, sino que tiene una incidencia en cuanto a la provisión de puestos de trabajo y la adquisición del grado personal. La experiencia en la aplicación de esta perspectiva puede encontrarse en LOSADA MARRODAN, C. Y XIRAU i SERRA, J., “El plan de evaluación de recursos humanos de la Generalitat de Cataluña”, GAPP, núm. 2, 1995, págs. 67 y ss.

interés directivo y del conjunto de los empleados en la consecución de mayores cotas de productividad y en la extensión de la conciencia del coste, a través de programas que también integren procesos de mejora de la calidad de los servicios, el perfeccionamiento de las técnicas gerenciales a utilizar y la puesta en práctica de una mayor orientación al resultado, y una mayor implicación y responsabilización de sus directivos y empleados con la gestión del presupuesto como criterio de éxito de la organización que dirigen. El Acuerdo contempla, por ello, la obligación jurídica de instaurar mecanismos de autoevaluación, a través de planes anuales impulsados por las Subsecretarías de cada Departamento Ministerial, y para todas las unidades administrativas que no la tengan incorporada, de forma tal que permitan la evaluación del rendimiento.

El Proyecto de Ley de Estatuto Básico de la Función Pública (BOCG núm. 177-1, de 5 de julio de 1999), ya decaído en su tramitación, contemplaba el referido complemento en el artículo 44.4.d) con casi idéntica dicción a la contemplada en la reforma de 1984. Decimos idéntica, porque hay un cambio consistente en incluir la dedicación extraordinaria como un elemento que genera el derecho a percibir el citado complemento. Ya hemos señalado, y a pesar de la doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo, que no nos parece adecuada dicha remuneración por ese concepto. Y no nos parece adecuada por razones que atañen a la naturaleza del complemento, pues, en efecto, como ya se ha señalado, el mismo difícilmente puede ser concebido desvinculado de los objetivos a conseguir en la unidad administrativa donde el funcionario desempeña sus servicios, pero es que, además, el factor dedicación parece más apropiado que sea incluido en el complemento de actividad también regulado por dicha norma, en el caso de que dicha dedicación sea permanente, o en las gratificaciones por servicios extraordinarios en otros supuestos. La inclusión de elementos atinentes a la jornada de trabajo en el complemento de productividad —sobre todo si tenemos en cuenta que dichos elementos también se contemplan en otros conceptos como el ya citado complemento de actividad o las gratificaciones por servicios extraordinarios— puede dar lugar, más si cabe, a una desnaturalización del citado complemento y a introducir elementos de confusión con otros conceptos retributivos.

Sin embargo, también hay aspectos positivos en la regulación del citado complemento en dicho Proyecto de Ley y, más concretamente, en la incidencia del rendimiento y su evaluación en otros aspectos del sistema de función pública que por ello deben señalarse. Así, por ejemplo, la incidencia del rendimiento en la carrera profesional, donde necesariamente habrá de valorarse la trayectoria y actuación profesional [art. 40, apartado c)] o la remoción de puestos de trabajo obtenidos por concurso en que la evaluación del rendimiento será determinante. Sin duda, más se podía haber previsto en materia de promoción interna o en cuanto al régimen disciplinario, pero también ha de tenerse presente los desarrollos legales y reglamentarios que de dicha norma pueden realizarse tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas²³.

(23) De hecho, la Exposición de Motivos señala reiteradamente que el objetivo de dicho Estatuto es establecer un marco de gestión nuevo que permita “motivar y estimular a los funcionarios a un cumplimiento más eficiente de sus tareas, y a una mayor asunción de responsabilidades en el marco de unas Administraciones modernas que deben legitimarse ante los ciudadanos por una utilización racional y eficiente de los medios que los propios ciudadanos ponen, en último extremo, a su disposición”.

4. LA REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA FUNCIÓN PÚBLICA Y EL PAPEL DEL COMPLEMENTO DE PRODUCTIVIDAD

La legislación derivada de la reforma de Función Pública de 1984 concibió, pues, a este complemento como un elemento dinamizador del sistema retributivo, dirigido a retribuir la aportación personal del funcionario a su organización, lo que nos obliga a dedicar, aunque sólo sean unas palabras, al rendimiento, la motivación y las herramientas que existen en la actualidad para su implementación, así como unas consideraciones finales sobre los motivos que aconsejan la articulación coherente de un sistema dirigido a la evaluación del desempeño.

A) Motivación, rendimiento y evaluación

Las variables que constituyen el supuesto de hecho para la percepción del complemento de productividad, ligadas ineludiblemente a reforzar la motivación con que el funcionario desempeña su puesto de trabajo, no cabe que sean perceptibles para los gestores sino a través de una herramienta denominada, en la terminología al uso en materia de gestión de recursos humanos, evaluación del desempeño o rendimiento²⁴.

La misma ha sido definida por la ya citada Resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública de 27 de julio de 1998, aunque sólo a los efectos previstos en la misma, como “un sistema de control interno y flexible de autoevaluación de cada centro directivo, mediante la medición periódica y objetiva de la relación entre los recursos personales y materiales de la organización y los resultados relacionados con las actividades desarrolladas, así como del análisis de los indicadores y series de gestión que los cuantifiquen, obtenidos a través de adecuados sistemas de información para la dirección”. Añade dicha Resolución que “La evaluación del rendimiento servirá al gestor para la mejor asignación de objetivos operativos a los jefes de las unidades subordinadas, facilitándoles el

(24) La importancia del citado instrumento ha venido a ser resaltado por la Resolución de 27 de julio de 1988, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 17 de julio de 1998, por el que se promueve la implantación de sistemas de evaluación del rendimiento de unidades administrativas en la Administración General del Estado, a la que ya hemos hecho oportuna referencia, con las siguientes finalidades: fomentar la autoevaluación, como sistema de control interno de cada centro directivo; perfeccionar la función directiva; propiciar las prácticas de gestión orientada a los resultados e incorporar progresivamente la “dirección por objetivos”; y estimular la mayor eficiencia en la utilización de los recursos públicos.

Pero, asimismo, declara en el Preámbulo que dichos sistemas han de permitir mejorar el funcionamiento de la organización y aumentar el grado de satisfacción de los ciudadanos en relación con los servicios prestados. Y, además, declara que, en una segunda fase, dichos procesos servirán para mejorar los procesos de reasignación de cargas de trabajo en un marco de optimización de los recursos públicos.

**HAY UNA IMPORTANTE
CONEXIÓN ENTRE
MOTIVACIÓN Y RENDIMIENTO
QUE ACONSEJA EL
DESARROLLO DE ESTRATEGIAS
QUE FOMENTEN LA
MOTIVACIÓN DE LOS
EMPLEADOS PÚBLICOS,
DE FORMA QUE JUNTO AL
CUMPLIMIENTO DE LOS
OBJETIVOS DE LA
ORGANIZACIÓN, SE PLASMEN
LAS ASPIRACIONES
PERSONALES DE DICHS
EMPLEADOS**

conocimiento de la actividad desarrollada por ellos y permitiéndoles la evaluación de la gestión de la que son responsables”.

En realidad, como puede comprobarse, la evaluación del rendimiento no es una finalidad en sí misma. Mediante la misma se ayuda a la consecución de las misiones y competencias atribuidas a cada Administración pública, bajo los parámetros constitucionales establecidos que obligan a la consecución de los intereses generales con eficacia; eficacia que deviene, como ha puesto de relieve PAREJO ALFONSO, en un principio jurídico que implica para la Administración un deber de actuación²⁵.

Su utilización resulta, pues, no sólo recomendable, sino imprescindible en un sistema de gestión de recursos humanos en el ámbito público donde la motivación de los individuos y su papel en el marco de la organización se considera, cada vez más, relevante y clave en los sistemas de retribución²⁶. Su utilidad no ofrece dudas para la propia gestión pública ya que esta técnica permite una retroalimentación acerca de cómo funciona la Administración y qué respuestas requiere para optimizar la gestión de los recursos públicos. En este sentido, ya desde la década de los ochenta, las organizaciones internacionales han venido poniéndolo de relieve²⁷ e, inclusive, las organizaciones sindicales admiten la necesidad de implementación del mismo. Al respecto, el Acuerdo Administración-Sindicatos suscrito en 1991 afirmó que un sistema de evaluación del desempeño, que prime el mayor y mejor rendimiento en el puesto de trabajo, es un factor necesario para la profesionalización de la Administración.

Es preciso, no obstante, y de forma previa, señalar algunas cuestiones conceptuales, al menos dos, referidas a la implementación de conceptos retributivos ligados al desempeño de los individuos en las organizaciones públicas más allá de tópicos generalmente utilizados²⁸:

(25) Ineludible resulta la lectura, en este sentido, de PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia y Administración: tres estudios*, INAP, Madrid, 1995, págs. 89 y ss.

(26) Inclusive la implementación de un sistema de evaluación del rendimiento afecta a algo más. Como indica VILLORIA MENDIETA, M. y DEL PINO MATUTE, E., *Manual de gestión de recursos humanos en las Administraciones públicas*, Madrid, 1997, pág. 327, “El problema no es que un modelo de evaluación del rendimiento afecte al modelo de remuneraciones, al proceso de promoción, a la planificación global de los recursos o al modelo de formación. El problema es que sin un buen modelo de evaluación del rendimiento no puede haber un buen sistema de promoción, de formación, de desarrollo, de remuneraciones o de planificación, pues dicha evaluación aporta elementos esenciales para el adecuado establecimiento del sistema”.

(27) La V Reunión de expertos del programa de Naciones Unidas en materia de Administración (1983) concluyó que: “(...) Estudiar los resultados obtenidos, apreciar el comportamiento profesional y atribuir primas de rendimiento y primas especiales (...) era un elemento imprescindible del cambio organizacional y la OIT (Organización Internacional del Trabajo) señaló que sólo el 40 por ciento de trabajadores perciben retribuciones ligadas al desempeño. En este sentido, sólo algunas administraciones públicas, lógicamente con mayor éxito en unas que en otras, han intentado implementar estos sistemas (España, EEUU, Canadá, Noruega, Reino Unido,...)”.

(28) Como indica FERRI, J., “Motivación y retribuciones”, en el volumen colectivo *La gestión de recursos humanos en las Administraciones Públicas*, Madrid, 1995, pág. 149 “(...)sabemos poco sobre la materia, apenas hay estudios que nos informen realmente sobre los motivos que conducen a ingresar y permanecer en la Administración, y menos aun sobre cuáles son las condiciones reales de vida ahí dentro, sobre cómo se desarrolla el trabajo, qué impulsa a algunos a trabajar realmente, y a otros no, sobre cuál es su papel –y la importancia– que tienen las retribuciones en todo este asunto. Y no solamente sabemos poco sobre la materia, entre otras cosas porque hay pocos y buenos estudios, sino que además las afirmaciones que se suelen hacer, como que los funcionarios cobran poco, aunque para lo que trabajan (...), son tópicos, que resultan difíciles de verificar, si no son falsedades”.

Luces y sombras del complemento de productividad

a) No cabe desconocer las dificultades de un proceso de esta naturaleza en el sector público, dadas las dificultades de fijación de objetivos y valoración de programas que presenta éste en relación con el sector privado debido tanto a las variables situacionales que concurren en el sector público como a la naturaleza de los destinatarios de los servicios, las restricciones políticas, legales y constitucionales, las expectativas y demandas públicas y la incidencia de las retribuciones en otros factores como el gasto público con su incidencia en la política económica, sobre todo por la tendencia real de que los costes de personal en las organizaciones públicas tienden a hacerse, por un conjunto de razones en mayor o menor medida justificadas, fijos en la estructura.

b) La productividad de una organización pública no es exactamente un concepto idéntico al rendimiento de los empleados en la misma, pues la productividad de una organización, sobre todo del sector público, depende de múltiples factores, entre ellos las deficiencias de organización o de gestión (diseño del puesto de trabajo, sistemas y métodos utilizados, formación, condiciones de trabajo, perspectivas de desarrollo,...) y, qué duda cabe, de la distinta naturaleza del trabajo desarrollado y del beneficio esperado.

No obstante, hay una importante conexión entre motivación y rendimiento en las organizaciones públicas, lo que aconseja que las organizaciones públicas desarrollen estrategias para fomentar la motivación de los empleados que prestan sus servicios en las mismas, de forma tal que, junto al cumplimiento de los objetivos de la organización, se plasmen las aspiraciones personales de éstos²⁹.

B) Los cambios en la gestión pública y el papel de la productividad

Nuestra Administración pública experimentó un importante auge de crecimiento a partir de la década de los ochenta diversificando e incrementando sus servicios y llegando, inclusive, a competir en campos que habitualmente estaban reservados al sector privado. La integración europea, el cambio del papel del Estado en los diversos sectores económicos y sociales, la consolidación de la estructuración territorial establecida en nuestra Constitución y la democratización de nuestras instituciones, junto a los cambios tecnológicos producidos y el cambio cultural y de valores respecto de la respuesta que se espera de nuestras Administraciones públicas, entre otros diversos factores, han determinado la necesidad de articular nuevos procedimientos en las relaciones de éstas con los usuarios de los servicios públicos y la introducción de la idea, por primera vez, de que la permanencia de las instituciones públicas debe venir condicionada, en buena medida, a la obtención de ciertos resultados.

De esta forma, desde esa época, se han incrementando las voces que reclaman un cambio en las formas y en los medios para gestionar el sector público. La modernización del sector público ha sido un tema recurrente en los países de nuestro entorno en las dos últimas décadas. Procesos de mejoramiento de la atención al usuario y del reconocimiento de una esfera de derechos en sus relaciones con la Administración pública, implementación de

(29) Véase al respecto, DELGADO PADIAL, A., "Motivación y satisfacción laboral en la Administración pública", en el volumen colectivo *Los recursos humanos en el sector público*, Madrid, 1995.

cartas de servicios e introducción de políticas de calidad³⁰, acciones de simplificación y descentralización administrativa, desarrollo institucional y gestión pública social, limitaciones fiscales al crecimiento del sector público junto al crecimiento de la demanda de servicios propia de una sociedad de bienestar, son procesos, todos ellos, que han ido acompañando la necesidad de una función pública que racionaliza sus recursos y ha de optimizar sus resultados. Este cambio de perspectiva, como se ve en cierto sentido impuesta por un conjunto de circunstancias, nos obligan a replantear nuestro sistema de función pública que, globalmente, parece más pensado para responder a las necesidades de una sociedad y una Administración de la era industrial, pero no de la era post-industrial, tecnológica, cambiante y de incertidumbre en que nos movemos en la actualidad³¹.

La responsabilidad, la ilimitada estabilidad laboral y jerarquía, al menos en su concepción clásica y aplicada de forma uniforme a todos los sectores de nuestra función pública, no ofrecen en la actualidad respuestas, sino muy limitadas, para atender los requerimientos que a nuestra burocracia pública le exigen ese conjunto de circunstancias a las que antes nos referíamos. La introducción de nuevas claves y de nuevas herramientas, despojarnos de ciertos mitos y tabúes, para afrontar la exigencia de resultados que una sociedad madura y desarrollada plantea a nuestras Administraciones públicas es hoy una tarea urgente. Es necesario, pues, un nuevo concepto de responsabilidad que realce, al menos en igual medida, la consecución de metas y objetivos con el respeto ineludible y necesario en una sociedad democrática a los principios de legalidad y de seguridad jurídica. Es decir, es ineludible que pensemos sobre el exceso de reglas formales en nuestros procedimientos (derivadas, bien es verdad, de la desconfianza existente hacia nuestros responsables públicos que en más de una ocasión la justifican) y los efectos contradictorios, y en algunos casos meramente retóricos, que pueden provocar y la ausencia, en forma paralela, de mecanismos reales de exigencia de responsabilidad basada en los resultados para nuestros responsables y servidores públicos³². Se hace preciso, pues, que desde la doctrina administrativa aportemos instrumentos suficientes para aunar al control administrativo tradicional otras fórmulas que incidan más claramente en los resultados.

(30) En este sentido, recientemente ha sido aprobado el RD 1259/1999, de 16 de julio, por el que se regulan las cartas de servicios y los premios de calidad en la Administración General del Estado, que señala en su Exposición de Motivos que la “evolución de la sociedad y la transformación del contexto en que se desenvuelven las organizaciones públicas exige una renovación de la Administración”.

(31) Puede verse a este respecto el documento de la OCDE “Governance in Transition. Public Managements Reforms in OCDE Countries”, 1995, París, que pone de relieve la necesidad de orientar nuestras Administraciones a los resultados y propone, para ello, determinadas tareas: devolver autoridad, otorgar flexibilidad; asegurar el desempeño, el control y la responsabilidad; desarrollar la competencia y la elección, proveer servicios adecuados y amigables para los ciudadanos; mejorar la gerencia de los recursos humanos; explotar la tecnología de la información, mejorar la calidad de la regulación; y, por último, fortalecer las funciones de gobierno en el centro.

Asimismo, es de interés la consulta del documento del Banco Mundial “The State in a Changing World”, Washington, 1997.

(32) Como puso de relieve en su momento CROZIER, si bien referido a la burocracia francesa, el exceso de normas, y su teórico cumplimiento exhaustivo, no conducen indefectiblemente a un mayor respeto del Estado de Derecho. Al contrario, dicho exceso provocaba un mayor poder informal en el sector público que determinaba, finalmente, una pérdida del control del proceso de toma de decisiones. Vid. CROZIER, M., “Le phénomène Bureaucratique”, Editions Du Seuil, 1967, París.

Luces y sombras del complemento de productividad

Al respecto, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado configura como un principio de funcionamiento de las organizaciones administrativas públicas la “programación y desarrollo de objetivos y control de la gestión y de los resultados”, lo que viene a incidir, en este caso por mandato legal, en la necesidad de contar con herramientas dirigidas a implementar una política y gestión pública basada en la eficiencia, la calidad y la responsabilidad que, a su vez, prime a los empleados y gestores que con mayor productividad desempeñan sus funciones. Es, por tanto, no ya sólo lo hasta aquí expuesto un benéfico deseo acerca de cómo habría de plantearse la aplicación de dicho complemento, sino, mucho más allá, una auténtica directriz de funcionamiento que exige la vertebración de este complemento como el elemento dinámico del sistema retributivo y como una herramienta imprescindible para hacer viables las consideraciones realizadas anteriormente.

En este marco los procedimientos de gestión de nuestra burocracia, en el que no ocupa lugar menor la retribución de nuestros funcionarios públicos, han de experimentar un cambio de orientación. Seguramente no haya de ser un cambio radical, pero sí, sin duda, se ha de hacer hincapié en algunas piezas del sistema que, al menos hasta ahora, han estado muy generalizadamente olvidadas y deficientemente aplicadas. Entre ellas, y no la menor, la evaluación del rendimiento y su expresión retributiva como complemento de productividad que, como ya se ha dicho, no reduce su papel a comprobar el mero cumplimiento de metas u objetivos, por descontado que ello sucede, sino que mucho más allá ayuda a la organización pública a introducirse en una dinámica de cambio y de eficiencia, de aprendizaje permanente en un contexto que nos obliga, ya de forma habitual, a estar renovándonos continuamente.

La Ley de solidaridad con las víctimas del terrorismo y su desarrollo reglamentario*

ORIOl MIR PUIGPELAT

Departamento de Derecho
Administrativo Universidad de
Barcelona

Sumario:

Introducción. 1. El triple objeto de la Ley 32/1999. La asunción estatal de las indemnizaciones debidas por los autores de los actos terroristas. 2. Ámbito de aplicación. El problema de la territorialidad o extraterritorialidad de la Ley y de su aplicabilidad o no a los extranjeros. 3. Beneficiarios. La situación de la pareja de hecho. 4. Daños indemnizables. La exclusión reglamentaria de los daños morales y materiales. 5. Cuantificación de los daños indemnizables. 6. Compatibilidad de la indemnización establecida en la Ley 32/1999 con otros conceptos resarcitorios.

INTRODUCCIÓN

La Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo¹, es una Ley de una especial significación política. Aprobada durante la vigencia de la tregua decretada por ETA, tiene como objetivo declarado contribuir a la consecución del fin del terrorismo. Como veremos, con esta Ley, dedicada a las víctimas del terrorismo, el Estado español media entre los distintos grupos terroristas y sus víctimas, pretendiendo con ello facilitar la conciliación, la cicatrización de las heridas abiertas y el advenimiento de la paz.

No es, ciertamente, la primera Ley que se ocupa de las víctimas del terrorismo. Como veremos más adelante, han sido varias las Leyes —y los Reglamentos— que, en los últimos 20 años, han previsto distintas medidas en protección de las víctimas del terrorismo. Sí es, sin embargo, la primera Ley dedicada en exclusiva a las víctimas del terrorismo. La atención a este colectivo ya no queda contenida, como antes, en Leyes de lucha contra el terrorismo, de presupuestos o de acompañamiento a Leyes de presupuestos. En esta Ley, además, se efectúa por vez primera un reconocimiento formal de las víctimas del terrorismo, a las que el Estado rinde honor de manera expresa. Esta Ley, en tercer lugar, es la primera que prevé

* El presente trabajo, concluido en el mes de abril de 2000, ha sido elaborado en el marco del Proyecto DGESIC PB97-0910 (“Un sistema policéntrico: pluralidad de Administraciones Públicas, Gobierno y Administración en el proceso de integración europea”).

(1) Publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) el 9 de octubre de 1999.

sus medidas resarcitorias de forma retroactiva, reconociéndolas en favor de todos aquellos que han sufrido atentados desde el 1 de enero de 1968 y hasta la fecha de su entrada en vigor (que se ha producido, en virtud de su Disposición Final Cuarta, el 9 de octubre de 1999). Se diferencia, con ello, de la normativa anterior, que sólo ha venido cubriendo los daños que hayan podido sufrir las víctimas con posterioridad a su respectiva entrada en vigor, y que no ha previsto resarcimiento alguno para quienes fueron objeto de atentados terroristas durante los años sesenta y la mayor parte de los setenta.

Por ello, puede decirse que se trata de una Ley que pretende ser definitiva, no ya meramente coyuntural. Pretende ser la última norma dedicada a las víctimas del terrorismo. Y, por ello, aborda el tema desde una perspectiva de conjunto, extendiendo sus previsiones a todas las víctimas del terrorismo, desde sus mismos inicios. Y no contiene ninguna previsión de futuro, como si el fenómeno terrorista estuviera ya erradicado o fuera a estarlo en breve y no fuera a producir nuevas víctimas. Este voluntarismo del legislador, con una clara intención política, ha sido, sin embargo, desmentido por los hechos, por la ruptura de la tregua por parte de ETA, primero —ruptura producida poco después de la aprobación de la Ley que nos ocupa—, y, después, por los diferentes atentados cometidos por dicha organización terrorista.

La Ley 32/1999 ha sido objeto de un consenso parlamentario total. Fruto último de las mociones aprobadas por el Congreso de los Diputados el 10 de noviembre de 1998 y el 15 de junio de 1999, es el resultado de una Proposición de Ley presentada conjuntamente por todos los Grupos parlamentarios y aprobada por unanimidad en ambas Cámaras. Resulta especialmente significativo que ningún Grupo parlamentario haya presentado una sola enmienda al texto, ni en el Congreso ni en el Senado. Se trata, además, de una Ley que ha sido aprobada en un tiempo récord. El Presidente del Congreso, al finalizar su votación, destacó que ha sido la Proposición de Ley que más rápidamente se ha tramitado en dicha Cámara².

La Ley ha sido ya objeto de desarrollo reglamentario. La ha desarrollado, de forma general, el Real Decreto 1912/1999, de 17 de diciembre, y, en lo concerniente a su artículo cuarto, el Real Decreto 1974/1999, de 23 de diciembre³.

1. EL TRIPLE OBJETO DE LA LEY 32/1999. LA ASUNCIÓN ESTATAL DE LAS INDEMNIZACIONES DEBIDAS POR LOS AUTORES DE LOS ACTOS TERRORISTAS

La Ley 32/1999 tiene un triple objeto. En primer lugar, rendir honor y reconocimiento a las víctimas del terrorismo. Se trata del aspecto más simbólico de la Ley, y se canaliza a tra-

(2) Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, núm. 257, 16 de septiembre de 1999, pág. 13.629.

(3) Publicados en el BOE el 22 y 24 de diciembre de 1999, respectivamente. En el presente trabajo citaré con mucha más frecuencia el primero (que es el que desarrolla la Ley de forma general) que el segundo. Por ello, deberá entenderse que me refiero a él cuando aluda a “el Reglamento de ejecución de la Ley” o, simplemente, a “el Reglamento”.

La Ley de solidaridad con las víctimas del terrorismo

vés de la Exposición de Motivos, de la declaración formal contenida en su artículo primero, y de las distinciones honoríficas previstas en el artículo cuarto. Este último precepto, en efecto, crea la Real Orden de Reconocimiento Civil a las Víctimas del Terrorismo. Dicha condecoración será concedida en grado de Gran Cruz a quienes hayan fallecido en actos terroristas y en grado de Encomienda a los heridos y secuestrados. Como ya se ha señalado, el Real Decreto 1974/1999, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Real Orden de Reconocimiento Civil a las Víctimas del Terrorismo, ha desarrollado lo dispuesto en dicho artículo cuarto.

La Ley, en segundo lugar, atribuye al Estado el pago de las indemnizaciones debidas —y no satisfechas— por los autores y demás responsables de las acciones terroristas a sus víctimas en concepto de responsabilidad civil derivada de delito. Se trata de una atribución que, como la Ley se encarga de recalcar, es efectuada de forma extraordinaria (art. 2.1 de la Ley) y no comporta la asunción de ningún tipo de responsabilidad subsidiaria por parte del Estado (art. 2.3 de la Ley). Se trata, por tanto (como recuerda la Exposición de Motivos del Real Decreto 1912/1999), de una asunción movida por un principio de solidaridad y no de responsabilidad.

La Ley atribuye al Estado tanto la responsabilidad derivada de delito declarada por sentencia judicial firme, como la no declarada por sentencia firme (art. 5). En el caso de existencia de sentencia judicial firme declarativa de la responsabilidad civil derivada de delito, la Ley exige que dicha responsabilidad no haya sido hecha efectiva (art. 9.1), es decir, que la víctima no haya sido efectivamente resarcida por el autor del delito. La imposibilidad material de proceder a un efectivo cumplimiento de las condenas indemnizatorias por actos de terrorismo, motivada por la insolvencia de los autores de los delitos, ha sido la regla general hasta la fecha. La insolvencia de los autores, tras la presente Ley, ha dejado de ser un obstáculo, y las víctimas recibirán por fin las indemnizaciones fijadas judicialmente.

En el segundo caso (falta de una previa resolución judicial firme declarativa de la responsabilidad civil derivada de delito), la Ley exige que se hayan llevado a cabo las oportunas diligencias judiciales o incoado los procesos penales para el enjuiciamiento de los delitos [art. 5.1.b)].

La asunción estatal del pago de las indemnizaciones debidas por los autores de los delitos queda, sin embargo, subordinada

LA NUEVA LEY 32/1999, ES LA PRIMERA QUE SE DEDICA EN EXCLUSIVA A LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO, EFECTUANDO SU RECONOCIMIENTO FORMAL, Y A LAS QUE EL ESTADO RINDE HONOR DE MANERA EXPRESA, RECONOCIENDO POR VEZ PRIMERA MEDIDAS RESARCITORIAS CON CARÁCTER RETROACTIVO

da a un requisito fundamental: las víctimas deben transmitir al Estado las acciones civiles de que sean titulares contra los autores de los delitos (en el caso de que una sentencia firme haya declarado ya la responsabilidad civil de éstos), o su expectativa de derecho de obtener una futura fijación judicial de responsabilidad civil contra los mismos (cuando no haya sentencia firme declarativa de dicha responsabilidad), con anterioridad a la percepción de la indemnización estatal prevista en la Ley 32/1999 (art. 8). El Estado, por tanto, asume las indemnizaciones que correspondían inicialmente a los autores de los delitos, pero se subroga en la posición de las víctimas y dispone de la posibilidad de recuperar lo satisfecho de aquéllos⁴.

Estamos, pues, ante un mecanismo resarcitorio nuevo de protección de las víctimas del terrorismo, distinto de los articulados hasta la fecha, puesto que no se trata ni de una pensión extraordinaria, ni de una cantidad a tanto alzado entregada a las víctimas sin contrapartida alguna.

Este mecanismo resarcitorio, curiosamente, se encuentra también recogido en la reciente Ley italiana núm. 512, de 22 de diciembre de 1999⁵, que ha previsto la creación de un Fondo estatal de solidaridad con las víctimas de la Mafia. El Fondo, instituido en el Ministerio del Interior, se nutrirá de una contribución estatal anual de 20.000 millones de liras y de los bienes confiscados a la Mafia (art. 1), e indemnizará a todos aquellos a cuyo favor se dicte o se haya dictado —con posterioridad a la fecha de 30 de septiembre de 1982— sentencia firme de responsabilidad civil por ser víctimas de determinados delitos vinculados a la Mafia (art. 4). Como en el caso de la Ley española que estamos comentando, la Ley italiana establece que el Fondo se subrogará en los derechos de la víctima ante el sujeto condenado al resarcimiento del daño (art. 6.4).

La Ley 32/1999, en tercer y último lugar, prevé, en su art. 7, otras ayudas destinadas a las víctimas del terrorismo: la exención de todo tipo de tasas académicas, en todos los niveles de enseñanza, en favor de las víctimas, de sus cónyuges e hijos; y ayudas específicas destinadas a financiar tratamientos médicos, prótesis e intervenciones quirúrgicas que no hayan sido cubiertos por un sistema público o privado de aseguramiento, o por el régimen estatal o autonómico de ayudas a las víctimas del terrorismo, y cuya necesidad actual resulte acreditada⁶.

(4) No deja de resultar sorprendente, sin embargo, que ni la Ley ni el Reglamento que la desarrolla de forma general contengan ninguna norma relativa a las condiciones de ejercicio de dicha posible acción de regreso contra los autores de los delitos. ¿Se trata, pues, de una potestad discrecional de la Administración, o ésta queda obligada a ejercitar dicha acción de regreso?, ¿en qué condiciones habrá que ejercerla?

Esta sorprendente falta de regulación sugiere preguntas adicionales: ¿Se pretende, realmente, con esta Ley, que la Administración recupere de los autores de los delitos lo anticipado a las víctimas del terrorismo?, ¿o de lo que se trata, con la presente Ley, además de beneficiar a las víctimas, es de garantizar a las organizaciones terroristas —a través de un cambio de acreedor— que nadie les reclamará las millonarias indemnizaciones impuestas judicialmente, para así facilitar el final del terrorismo en España?

(5) Publicada en la *Gazzetta Ufficiale* el 10 de enero de 2000.

(6) El Reglamento de ejecución, en su art. 26.2, añade que habrá que acompañar un informe médico acreditativo de la necesidad del tratamiento, prótesis o intervención, y un certificado de la entidad aseguradora de la víctima que señale que la ayuda no entra dentro de la cobertura de sus prestaciones.

La Ley de solidaridad con las víctimas del terrorismo

Desde una perspectiva general, interesa destacar que las indemnizaciones fijadas en la Ley quedan exentas del impuesto sobre la renta y de cualquier otro impuesto personal (art. 13).

En los siguientes epígrafes me centraré, sobre todo, en los aspectos más destacables y problemáticos del segundo de los tres grandes ámbitos de la Ley enunciados, la asunción de la responsabilidad civil por parte del Estado.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN. EL PROBLEMA DE LA TERRITORIALIDAD O EXTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY Y DE SU APLICABILIDAD O NO A LOS EXTRANJEROS

El art. 2.1 de la Ley establece que tendrán derecho a percibir la indemnización prevista en su articulado las “víctimas de actos de terrorismo o de hechos perpetrados por persona o personas integradas en bandas o grupos armados o que actuaran con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana”. Dicha expresión es semejante a la utilizada por el art. 571 del vigente Código Penal⁷, precepto que encabeza la Sección del Título XXII del Libro II dedicada a los “Delitos de terrorismo”, y puede considerarse una definición legal del acto de terrorismo. La Ley, por tanto, resulta de aplicación a las víctimas de actos terroristas. El legislador está pensando, sin duda, sobre todo, en los atentados que desde hace ya 32 años ha venido cometiendo la organización terrorista ETA. Pero la Ley también resulta de aplicación a los actos cometidos por el GAL⁸, y a los atentados cometidos por organizaciones como el GRAPO, Terra Lliure o el Frente Revolucionario Antifascista Vasco-Aragonés.

Ya se ha aludido antes al ámbito de aplicación temporal de la Ley que nos ocupa. Abarca los atentados terroristas ocurridos entre el 1 de enero de 1968 y el 9 de octubre de 1999, fecha de entrada en vigor de la Ley 32/1999 (art. 2.2). Por tanto, quienes sean víctimas de acciones terroristas con posterioridad a dicha fecha —es el caso, p. ej., del teniente coronel asesinado por ETA el 21 de enero de 2000—, no tendrán derecho a la indemnización prevista en dicha Ley, lo cual resulta ciertamente discriminatorio. Remito a lo dicho más arriba sobre el posible significado de que la Ley no extienda su aplicación a los actos terroristas que puedan producirse tras su entrada en vigor.

Especialmente problemático resulta delimitar el ámbito de aplicación espacial de la Ley: ¿Es de aplicación a los actos terroristas cometidos en el extranjero, o sólo a los cometidos en el territorio nacional? La cuestión no es baladí, porque, como es sabido, organizaciones terroristas españolas han cometido acciones en el extranjero —señaladamente, en el sur de Francia—. La cuestión, pese a su importancia, no está contemplada por la Ley, que no contiene ningún precepto que delimite espacialmente su ámbito de aplicación, a diferencia de, p. ej., la Ley de la Comunidad de Madrid 12/1996, de 19 de diciembre, de ayuda a las víctimas del terrorismo⁹, que en su art. 1 establece que las ayudas por ella previstas

(7) Aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (BOE del 24).

(8) Así lo vino a señalar, en nombre del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), la Diputada Uría Echevarría, durante la tramitación de la Ley (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, núm. 255, 14 de septiembre de 1999, pág. 13.511).

(9) BOE de 18 de abril de 1997.

quedan circunscritas a las actividades delictivas cometidas por bandas armadas o elementos terroristas en el territorio de la Comunidad de Madrid. También delimita espacialmente su ámbito de aplicación, circunscribiéndolo al territorio nacional, la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual¹⁰, en su art. 1.2.

Nos encontramos, pues, en este punto, ante un grave vacío legal. Una interpretación literal de la Ley 32/1999 podría llevar a concluir que todo acto terrorista cometido en cualquier parte del mundo queda sometido a su ámbito de aplicación y, consiguientemente, a las indemnizaciones por ella previstas. Pero una interpretación de este tipo, literal, tan amplia, sería absurda, y escapa sin lugar a dudas de la voluntad del legislador español.

El Reglamento de ejecución de la Ley tampoco delimita expresamente el ámbito de aplicación espacial. Pero sí parece hacerlo implícitamente, en sus arts. 20.5 y 24.2, al delimitar los órganos competentes para realizar la determinación del alcance de las lesiones en caso –respectivamente– de incapacidad permanente o de lesiones permanentes no invalidantes. En ambos preceptos, que tienen una clara vocación de exhaustividad (tratan de abarcar todos los supuestos susceptibles de indemnización, para que no quede ninguno que no tenga atribuido órgano competente para efectuar la calificación de las lesiones), se admite que la víctima sea residente en España o fuera de ella, pero sólo se alude a actos de terrorismo cometidos en el territorio nacional.

No creo, sin embargo, que deba ser admitida una interpretación tan restrictiva (derivada, por lo demás, no ya de la Ley, sino de dos preceptos secundarios del Reglamento, cuyo objeto no es la delimitación de ámbito de aplicación espacial alguno), que limita el ámbito de aplicación espacial de la normativa comentada exclusivamente a los actos de terrorismo producidos en el territorio de España. En mi opinión, resulta preferible una interpretación intermedia: la de considerar sometidos a la Ley todos aquellos actos terroristas cometidos por organizaciones terroristas españolas –o incluso extranjeras–, aun en territorio extranjero, *producidos con la finalidad de alterar el orden público español*, la “paz y seguridad” de la ciudadanía española a que se refiere el art. 2.1 de la Ley. Esta interpretación, más amplia que la que parece deducirse de los citados preceptos del Reglamento, es, a mi juicio, más adecuada al espíritu y los objetivos de la Ley 32/1999, ya que somete a dicha norma y a sus mecanismos resarcitorios todos aquellos atentados que han sacudido a la opinión pública española a lo largo de la historia reciente de nuestro país, y que sin duda han estado en la mente del legislador al aprobar la Ley objeto de estudio. Piénsese, p. ej., en uno de los atentados terroristas que, por distintas razones, mayor repercusión ha tenido en España: el secuestro de Segundo Marey en el sur de Francia perpetrado por los GAL; no parece admisible que el mismo quede fuera del ámbito de aplicación de la Ley 32/1999.

En cuanto al ámbito de aplicación subjetiva de la Ley (y sin perjuicio de lo que luego se dirá sobre los beneficiarios de las indemnizaciones en ella previstas), señalar que tam-

(10) BOE de 12 de diciembre de 1995.

La Ley de solidaridad con las víctimas del terrorismo

bién aquí existe un vacío legal, porque la Ley no especifica si sólo los españoles, o también los extranjeros, tienen derecho a beneficiarse de las ayudas establecidas en la misma. El Reglamento resuelve el problema –aunque, de nuevo, de forma un tanto indirecta– en los artículos acabados de citar (20.5 y 24.2) y, sobre todo, en su art. 5.2.a). En los dos primeros, como ya se ha apuntado, admite la posibilidad de que las víctimas beneficiadas por la Ley sean no residentes en España (lo que no significa, por sí solo, evidentemente, que se admita que los extranjeros puedan beneficiarse de la misma, ya que también los españoles pueden no residir en España). Y, en el tercero, que los solicitantes de resarcimiento puedan tener una nacionalidad distinta de la española (en cuyo caso, según dicho precepto, deberán acompañar su pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad). Más claro, si cabe, es el Reglamento que desarrolla el art. 4 de la Ley, en materia de condecoraciones a las víctimas del terrorismo; en su art. 6.1.a) establece que los solicitantes de las distinciones honoríficas en él previstas deberán hacer constar su *nacionalidad*. Parece claro, pues, que también las víctimas extranjeras (como p. ej., Segundo Marey, en el caso antes aludido) tendrán acceso a la indemnización, las ayudas y la condecoración de la Ley 32/1999.

La reciente normativa de solidaridad con las víctimas del terrorismo se muestra así más generosa que la de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, puesto que ésta limita su ámbito de aplicación subjetiva a los españoles, los nacionales de otros países miembros de la Unión Europea, los extranjeros residentes legalmente en España y a los nacionales de terceros países que reconozcan ayudas análogas a los españoles en su territorio (art. 2.1 de la Ley 35/1995, en relación con el art. 2 del Reglamento que la desarrolla, el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo¹¹).

3. BENEFICIARIOS. LA SITUACIÓN DE LA PAREJA DE HECHO

Son beneficiarios de la indemnización prevista en la Ley 32/1999 las víctimas de acciones terroristas (art. 3.1).

**ESPECIALMENTE
PROBLEMÁTICO RESULTA
DELIMITAR EL ÁMBITO DE
APLICACIÓN ESPACIAL DE
LA LEY. LA CUESTIÓN, PESE
A SU IMPORTANCIA, NO
ESTÁ CONTEMPLADA POR
ELLA, PERO SU
REGLAMENTO DE EJECUCIÓN
PARECE DELIMITARLO
IMPLÍCITAMENTE CUANDO
ALUDE A ACTOS DE
TERRORISMO COMETIDOS
EN EL TERRITORIO
NACIONAL**

(11) BOE de 27 de mayo de 1997.

En el caso de que el atentado haya producido el fallecimiento de la víctima¹², tendrán la condición de beneficiarias las siguientes personas:

a) si ha recaído sentencia firme, las personas reconocidas en la misma como acreedoras de la responsabilidad civil, o sus herederos [art. 3.2.a) de la Ley y art. 11 del Reglamento];

b) en ausencia de sentencia firme, el cónyuge no separado legalmente o la persona que haya venido conviviendo con la víctima de forma permanente con análoga relación de afectividad a la del cónyuge, durante al menos los dos años anteriores al momento del fallecimiento (salvo que hayan tenido descendencia en común, en cuyo caso será suficiente la mera convivencia); así como los herederos¹³ en línea recta descendente o ascendente hasta el segundo grado de parentesco [art. 3.2.b) de la Ley y art. 14 del Reglamento].

Todas estas personas, como se desprende de lo señalado antes sobre el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley, pueden ser españolas o extranjeras.

Destaca, de esta regulación, que la pareja de hecho tenga reconocida la condición de beneficiaria de la indemnización prevista en la Ley. Con ello, el legislador de 1999 sigue la línea trazada por el Gobierno en el art. 7.2.a) del Real Decreto 1211/1997, de 18 de julio, de ayudas y resarcimientos a las víctimas del terrorismo¹⁴, cuya redacción es prácticamente idéntica a la del art. 3.2.b) de la Ley que estamos examinando, y que se aparta de lo que establecieron los Reglamentos que le precedieron en la regulación de las ayudas que tiene por objeto (tanto el Real Decreto 336/1986, de 24 de enero¹⁵, como el Real Decreto 1311/1988, de 28 de octubre¹⁶, como, finalmente, el Real Decreto 673/1992, de 19 de junio¹⁷, establecieron que sólo el cónyuge, y no la pareja de hecho, tenía derecho a percibir las ayudas que los mismos regulaban –salvo que dicha pareja de hecho hubiera tenido algún hijo con la víctima, y lo tuviera bajo su custodia–).

La atribución de la condición de beneficiaria a la pareja de hecho se adecua, por otro lado, a la jurisprudencia más reciente. La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1999 (Ar. 5637), en este sentido, ha inaplicado, por considerarlo ilegal (por falta de cobertura en la Ley que desarrollaba, la ya derogada Ley

(12) Cuando la víctima no fallezca como consecuencia del atentado, sino que resulte incapacitada, y su muerte se produzca después, por cualquier otra causa, serán beneficiarios de la indemnización prevista en la Ley 32/1999 sus herederos (no las personas enumeradas en el art. 3.2 de la Ley, a las que a continuación se hace referencia, en el texto), y será distribuida entre ellos conforme a las disposiciones que hayan regido su sucesión hereditaria (art. 18.2 del Reglamento).

(13) El uso del término “herederos” parece aquí impropio, como sinónimo de familiares y no ya de sucesores testamentarios.

(14) BOE de 31 de julio de 1997. Se volverá sobre este Reglamento más adelante.

(15) BOE de 19 de febrero de 1986.

(16) BOE de 4 de noviembre de 1988.

(17) BOE de 30 de junio de 1992.

La Ley de solidaridad con las víctimas del terrorismo

Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, de medidas contra la actuación de bandas armadas y actividades terroristas o rebeldes¹⁸) e inconstitucional (por vulnerar el art. 14 de la Constitución Española), el precepto del citado RD 336/1986 que sólo reconocía al cónyuge —y no a la pareja de hecho— la titularidad del derecho a percibir la ayuda en él prevista por fallecimiento de la víctima como consecuencia de atentado terrorista.

Debe señalarse, en cualquier caso, que, en el caso de que coexistan el cónyuge no separado legalmente y la pareja de hecho, sólo el cónyuge tendrá la condición de beneficiario a los efectos de la Ley (art. 14.1 del Reglamento de ejecución de la Ley 32/1999). Y que la pareja de hecho, para poder obtener la indemnización, deberá acreditar su condición, presentando un certificado de convivencia en domicilio común expedido por la autoridad municipal competente [art. 17.2.c) del Reglamento].

El propio Reglamento de ejecución de la Ley, en su art. 15, contiene el orden de prelación y de concurrencia de los distintos beneficiarios.

Es importante no olvidar, de todos modos, que la relación de beneficiarios elaborada por la Ley y su Reglamento sólo opera, en caso de fallecimiento, en defecto de sentencia firme, pues así se desprende con toda claridad de su art. 3. Ello significa que cuando, en un caso concreto, un órgano jurisdiccional no haya reconocido derecho a responsabilidad civil a alguna de las personas que la Ley 32/1999 enumera como beneficiarias, ésta no podrá exigir a la Administración que le otorgue la indemnización prevista en la Ley¹⁹. Esta consecuencia resulta, a mi modo de ver, criticable. En mi opinión, todas las personas cuya situación ha sido considerada merecedora de indemnización por parte del legislador de 1999, deberían percibirla, incluso si un juez les hubiera negado derecho a responsabilidad civil. Lo contrario representa una discriminación injustificada.

4. DAÑOS INDEMNIZABLES. LA EXCLUSIÓN REGLAMENTARIA DE LOS DAÑOS MORALES Y MATERIALES

No todos los daños sufridos por las víctimas del terrorismo son indemnizables en virtud de la Ley 32/1999. O lo que es lo mismo, el Estado, por esta Ley, no asume la totalidad de la responsabilidad civil derivada de los delitos cometidos por las organizaciones terroristas, sino sólo una parte, la correspondiente a determinados daños.

¿Cuáles son estos daños, los daños indemnizables? Son, según el art. 2.2 de la Ley, los daños físicos o psicofísicos sufridos por las víctimas. Pero no todos los daños físicos o psicofísicos. El art. 6 de la Ley, en efecto, circunscribe la indemnizabilidad a los daños físicos o psicofísicos productores, consistentes en o derivados de fallecimiento, gran invalidez, incapaci-

(18) BOE de 3 de enero de 1985.

(19) Es posible que ello suceda, sobre todo, en relación con la pareja de hecho, cuya posición en el ordenamiento jurídico español, hace unos años —cuando los jueces dictaron las sentencias declarativas de la responsabilidad civil ahora asumida por el Estado—, era muy precaria.

cidad permanente absoluta, incapacidad permanente total, incapacidad permanente parcial, lesiones permanentes no invalidantes²⁰ y –en los términos establecidos en el Reglamento, al que remite– secuestro.

Sólo pues, los daños más graves, los daños de tipo personal –y no todos, sólo los más cualificados–, son indemnizables. En definitiva, las lesiones a los bienes jurídicos que reciben mayor protección en nuestro ordenamiento jurídico: la vida, la integridad física, la libertad (arts. 15 y 17 de la Constitución Española).

Quedan fuera de la indemnización, por tanto, otros daños muchas veces tan o más importantes desde una perspectiva cuantitativa –como p. ej., la destrucción de la vivienda, o de un establecimiento mercantil o comercial, o de un vehículo–, pero indudablemente menos importantes desde una perspectiva cualitativa.

Quedan también fuera los daños físicos consistentes en lesiones no permanentes, esto es, aquellas lesiones que, cualquiera que sea su magnitud –pueden ser gravísimas–, son objeto de curación sin que dejen secuelas irreversibles (art. 22 del Reglamento, a *sensu contrario*). Teniendo en cuenta el criterio manejado por el Reglamento –la existencia de secuelas irreversibles–, parece que las cicatrices que puedan derivar de la acción terrorista deben ser reputadas lesiones permanentes y generan, por ello, el derecho a la indemnización prevista en la Ley 32/1999.

La regulación comentada, hasta aquí, en materia de daños indemnizables, no plantea ningún problema. Éste surge, sin embargo, cuando el Reglamento, en su art. 2.2 (coherentemente con lo antes señalado en su Exposición de Motivos), establece con total rotundidad que “No serán indemnizables los daños materiales ni los daños morales sufridos por las víctimas como consecuencia de los actos o hechos a que se refiere el artículo primero [los actos de terrorismo], aun cuando unos y otros hubieran sido reconocidos en sentencia firme” ¿Son los daños físicos y psicofísicos una categoría distinta de las de los daños morales y materiales?, y, en general, ¿existen daños que no sean morales o materiales? En mi opinión, no. En efecto, es de común aceptación, no sólo en España, sino también en el extranjero, que todo el abanico variadísimo de daños susceptibles de producción como consecuencia de las acciones humanas es reconducible a la distinción básica entre daños morales y daños materiales (o patrimoniales), no existiendo categorías adicionales. El binomio daños morales-daños materiales (conocido, obviamente, con denominaciones diversas en los distintos países), en definitiva, recoge, aglutina, todos los posibles daños imaginables. ¿Qué daños pueden ser declarados indemnizables, sino daños morales o materiales?

Ocurre que, cuando se maneja el concepto de daños físicos o psicofísicos (como hacen la Ley 32/1999 y su Reglamento), no se está haciendo referencia a un *tertium genus* de daño distinto de los materiales y morales, sino que, simplemente, se está aludiendo a un fenómeno diferente: se está manejando un criterio de clasificación de daños distinto. En

(20) El Reglamento remite a la legislación de la Seguridad Social para la definición de dichos grados de incapacidad (art. 18.1).

efecto, los daños pueden ser –y son– clasificados con arreglo a diferentes criterios. La distinción más importante, sin duda, es la que se efectúa entre los daños morales y los materiales, distinción basada en el criterio de la posibilidad o imposibilidad de sustituir totalmente el daño –la pérdida de utilidad– por dinero²¹. Pero no es la única, siendo posible clasificar los daños con base en otros criterios. Uno de ellos es el del objeto sobre el que ha recaído el hecho lesivo. Éste es el criterio manejado por la Ley 32/1999 al definir qué daños serán indemnizables: en efecto, los daños físicos y psicofísicos son aquellos que recaen sobre el cuerpo humano, y se distinguen de todos aquellos daños que recaen sobre bienes jurídicos diversos (otros derechos de la personalidad distintos de la integridad física –el derecho al honor, a la intimidad o la propia imagen, p. ej.–, el medio ambiente, bienes muebles o inmuebles susceptibles de tráfico patrimonial,...)

Por ello, los daños físicos y psicofísicos a que se refiere el legislador podrán (y deberán) ser siempre reconducidos a la distinción básica entre daños morales y materiales. Así, los daños físicos (que son aquellos que consisten en un menoscabo de la integridad física) generarán tanto daños morales como materiales. De este modo, quien, p. ej., haya quedado en una situación de grave invalidez física como consecuencia de un atentado terrorista, sufrirá un terrible daño moral (dolor, sufrimiento, miedo, desconfianza, inseguridad, tristeza, pérdida de autoestima) y, además, una infinidad de daños materiales, la mayoría de los cuales vinculados al coste que para la persona representa sustituir, reemplazar la facultad física perdida como consecuencia de la lesión: tratamientos médicos, intervenciones quirúrgicas, prótesis, fármacos, sillas de ruedas, muletas, obras en la vivienda para eliminar barreras arquitectónicas, necesidad de asistencia sanitaria y personal constante (ejemplos todos ellos de daño –material– emergente), o las cantidades dejadas de percibir como consecuencia de la incapacidad –mayor o menor– para trabajar (lucro cesante)²², son sólo algunos de los daños materiales derivables de las contingencias indemnizables según la Ley.

(21) Como señala Fernando GÓMEZ POMAR en “Daño moral” (artículo publicado en *InDret*, revista electrónica sobre Derecho de daños editada por Pablo Salvador Coderch –<http://www.indret.com/>–), el daño patrimonial (o material, como prefiere la doctrina publicística de nuestro país) es aquel que “provoca una disminución de utilidad que es compensable con dinero o con bienes intercambiables por dinero”, mientras que “el daño no patrimonial o moral, por el contrario, implica una reducción del nivel de utilidad que ni el dinero, ni bienes intercambiables por éste, pueden llegar a compensar: todo el oro del mundo no basta para reemplazar el sufrimiento experimentado por el velocista que queda tetrapléjico como consecuencia de un accidente” (*op. cit.*, págs. 1 y 2; la cursiva es mía). El criterio de distinción entre uno y otro tipo de daños no queda desmentido por la circunstancia de que no sólo el daño material, sino también el moral, sea objeto de indemnización. El daño moral, en efecto, es indemnizado, pero dicha indemnización no logrará sustituir nunca al bien perdido: la víctima, sin lugar a dudas, preferiría no haber sufrido el daño.

(22) GÓMEZ POMAR, Fernando, “Daño moral”, *op. cit.*, pág. 3.

**NO TODOS LOS DAÑOS
SUFRIDOS POR LAS
VÍCTIMAS DEL TERRORISMO
SON INDEMNIZABLES CON
ARREGLO A LA LEY 32/1999;
SOLAMENTE LOS DE TIPO
PERSONAL MÁS
CUALIFICADOS, ES DECIR,
LESIONES POR ATENTADOS
CONTRA LOS BIENES
JURÍDICOS MÁS PRECIADOS
EN NUESTRO ORDENAMIENTO:
LA VIDA, LA INTEGRIDAD
FÍSICA Y LA LIBERTAD**

Algo semejante ocurre con los daños psicofísicos. Si atendemos a la definición ofrecida por el Diccionario de la Real Academia Española, la psicofísica es la ciencia que trata de las manifestaciones físicas o fisiológicas que acompañan a los fenómenos psicológicos²³. Daños psicofísicos, por tanto, serán aquellas consecuencias físicas o fisiológicas negativas derivadas de la psique humana: depresiones, ansiedad, fobias, en general, todas aquellas disfunciones físicas derivadas de problemas psíquicos. Estas disfunciones generarán tanto daños morales (dolor, sufrimiento, etc.) como materiales (gastos en tratamiento farmacológico y psicológico, lucro cesante derivado de una eventual incapacidad laboral, etc.)

Teniendo en cuenta, pues, que la Ley establece que tanto los daños físicos como los psicofísicos que hayan podido sufrir las víctimas del terrorismo serán indemnizables, y que uno y otro tipo de daños sólo podrá generar daños morales y materiales, no tiene ningún sentido que el Reglamento, en su art. 2.2, como hemos visto, niegue la indemnizabilidad de los daños morales y materiales.

¿Qué significado debe darse, entonces, a dicho art. 2.2? En mi opinión, lo que pretende el Reglamento es negar la indemnizabilidad de todos aquellos daños morales y materiales sufridos por las víctimas del terrorismo que no deriven de daños físicos o psicofísicos: la destrucción de la vivienda, del vehículo, del establecimiento comercial, las cantidades pagadas para hacer frente a secuestros o a extorsiones —el famoso “impuesto revolucionario”—, el coste de las medidas de seguridad destinadas a prevenir eventuales atentados,... (daños materiales); y el miedo, angustia, sufrimiento, desconfianza, inseguridad, tristeza, pérdida de autoestima, etc., derivados de la acción terrorista (daños morales). Son indemnizables, en cambio, todos los daños morales y materiales vinculados a la disminución, alteración física o psicofísica sufrida.

Una interpretación más restrictiva del Reglamento, que excluyera todos los daños morales y materiales de la indemnización, sería, además de inviable conceptualmente, ilegal.

El lector atento que conozca ya la Ley pensará, seguramente, que la problemática acabada de exponer posee un interés meramente teórico, no ya práctico, puesto que —como veremos en el epígrafe siguiente— dicha Ley fija unas cantidades a tanto alzado para cada una de las contingencias que dan derecho a reparación —muerte, gran invalidez, incapacidad en sus diversos grados,...—, que serán las que reciban las víctimas en concepto de indemnización, y que no variarán en función de que se acrediten más o menos daños en los casos particulares. Podrá pensarse, en este sentido, que no tiene ninguna utilidad delimitar el contorno exacto de los daños indemnizables según la Ley, porque las víctimas recibirán, en caso de que acrediten la mera existencia de alguna de las contingencias previstas, una cantidad prefijada e invariable.

Esta observación será válida respecto de los casos en que no haya habido una previa fijación judicial de la responsabilidad civil de los autores del acto terrorista. Pero no en los

(23) Voz “psicofísica”, en Real Academia Española, *Diccionario de la Real Academia Española*, 21ª ed., Madrid, 1992.

La Ley de solidaridad con las víctimas del terrorismo

casos en que sí exista dicha previa determinación judicial: la Ley establece que, cuando exista sentencia firme reconocedora de responsabilidad civil, el Estado pagará a la víctima la cantidad fijada en la sentencia en concepto de daños físicos y psicofísicos; y esta cantidad podrá ser superior a la establecida por la Ley (no, en cambio, inferior: si lo es, el Estado compensará la diferencia). Se comprende, por tanto, la importancia práctica que en este segundo grupo de casos (existencia de previa sentencia firme) tiene la exacta delimitación de los daños indemnizables antes efectuada: una conceptualización más o menos amplia de los daños físicos o psicofísicos comportará la percepción de una indemnización más o menos alta.

5. CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS INDEMNIZABLES

La Ley 32/1999 efectúa una cuantificación *ex lege* de los daños físicos o psicofísicos sufridos como consecuencia de las acciones terroristas. Esta cuantificación se encuentra recogida en el Anexo de la Ley: a) fallecimiento: 23 millones de pesetas; b) gran invalidez: 65 millones de pesetas; c) incapacidad permanente absoluta: 16 millones de pesetas; d) incapacidad permanente total: 8 millones de pesetas; e) incapacidad permanente parcial: 6 millones de pesetas; f) lesiones permanentes no invalidantes: lo que resulte de la aplicación del baremo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor²⁴ (en la redacción dada por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados²⁵). En cuanto a la cuantificación del secuestro, la Ley remite a lo que se disponga reglamentariamente, estableciendo únicamente que la cuantía indemnizatoria, por este concepto, no podrá rebasar los 6 millones de pesetas fijados para la incapacidad permanente parcial (art. 6.4); el Reglamento, para el secuestro, ha previsto una indemnización de 2 millones de pesetas por el mero acto del secuestro y 30.000 pesetas por cada día de duración del mismo, hasta el límite señalado de 6 millones de pesetas (art. 25.1 del Reglamento).

Esta cuantificación legal tiene dos grandes funciones: determinar la cantidad invariable que percibirán las víctimas de actos de terrorismo en caso de inexistencia de sentencia firme declarativa de responsabilidad civil de los autores de los delitos —porque no haya habido sentencia o porque, habiéndola, no reconozca o no permita reconocer una cantidad en concepto de responsabilidad civil por daños físicos o psicofísicos— [art. 6.2.b) de la Ley]; y servir como mínimo a percibir por dichas víctimas en caso de existir dicha sentencia judicial. En efecto, como ya se ha dicho, cuando haya resolución judicial, la indemnización será la fijada en la misma —debidamente actualizada—, excepto cuando sea inferior a la contenida en la Ley, en cuyo caso el Estado abonará la diferencia [art. 6.2.a) de la Ley]. Por lo tanto, resulta claro que la indemnización que percibirán las víctimas del terrorismo no podrá ser nunca inferior, aunque sí superior, a las cuantías antes señaladas.

Hay en el Reglamento una previsión a mi modo de ver claramente ilegal. Se trata del art. 23.4, según el cual el importe total de la indemnización por lesiones permanentes no

(24) Texto refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo. Antes de ser modificada por la Ley 30/1995 se denominaba Ley de uso y circulación de vehículos a motor.

(25) BOE de 9 de noviembre de 1995.

invalidantes no podrá exceder en ningún caso de la cuantía establecida legalmente para la incapacidad permanente parcial (6 millones de pesetas, como hemos visto). Es una norma ilegal porque limita sin habilitación expresa el montante de la indemnización prevista legalmente para las víctimas que hayan sufrido lesiones permanentes no invalidantes. En efecto, la Ley 32/1999, en su Anexo, establece, como nos consta, que la cuantificación de estas lesiones se efectuará según los baremos de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, no fijando límite cuantitativo alguno a los resultados que puedan obtenerse de la aplicación de dichos baremos. El Reglamento, por tanto, es, en este punto, claramente *ultra vires*, ilegal.

Señalar, por último, que, a finales de 1999, comenzó a tramitarse en el Congreso la Ley de concesión del crédito extraordinario necesario para hacer frente al pago de las indemnizaciones previstas en la Ley 32/1999. Presentado por imperativo de la Disposición Final Segunda de la propia Ley 32/1999, el Proyecto de Ley (núm. 192-I) concedía al Ministerio del Interior un crédito extraordinario por importe de 46.624.357.971 pesetas (art. 1), crédito que se declaraba ampliable (art. 2). Dicho Proyecto de Ley, pese a haber caducado como consecuencia de la disolución del Congreso producida con motivo de la finalización de la VI Legislatura, es de gran interés porque da una cifra aproximada del coste global estimado que ha supuesto el terrorismo, en España, en los últimos 32 años²⁶; y porque desglosa, en su Anexo I, el número de casos de fallecimiento (1.000), incapacidad —en sus distintos grados— (1.089), lesiones no invalidantes (1.468) y secuestros (77) —en cifras estimativas, por supuesto— provocados por el terrorismo hasta la fecha, así como el importe medio de las indemnizaciones que han sido fijadas judicialmente en nuestro país por dichos conceptos.

6. COMPATIBILIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN ESTABLECIDA EN LA LEY 32/1999 CON OTROS CONCEPTOS RESARCITORIOS

Es importante tener presente en todo momento que la indemnización de la Ley que estamos comentando es totalmente compatible con todas aquellas medidas específicas de protección y ayuda a las víctimas del terrorismo que han ido siendo previstas por los poderes públicos a lo largo de los últimos 20 años. La indemnización de la Ley 32/1999, en este sentido, es una medida más, que se viene a sumar a las ya establecidas, y que —como ya he dicho— supone la asunción estatal de la deuda contraída por los autores de las acciones terroristas con las víctimas en concepto de responsabilidad civil derivada de delito.

La indemnización, a su vez, es también compatible con la protección genérica que ofrece la Seguridad Social y con la asistencia sanitaria recibida del INSALUD o de los Servicios autonómicos de Salud, con las indemnizaciones que puedan percibirse en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración e, incluso, con las cantidades que se

(26) Aunque se trata, naturalmente, de una cifra sólo orientativa, que únicamente comprende los daños físicos y psicofísicos (y no el resto de daños morales y materiales, como tampoco el coste de las medidas adoptadas por el Estado para combatirlo), y que ha sido calculada sin examinar los casos concretos.

La Ley de solidaridad con las víctimas del terrorismo

puedan recibir del Consorcio de Compensación de Seguros o de compañías aseguradoras con las que las víctimas hayan suscrito pólizas de seguro de cobertura de daños personales.

Esta gran compatibilidad, reconocida expresamente en la Exposición de Motivos, se deduce de los amplísimos términos del art. 6.5 de la Ley 32/1999: “Las indemnizaciones otorgadas conforme a las disposiciones de esta Ley serán compatibles con las pensiones, ayudas, compensaciones o resarcimientos que se hubieran percibido, o pudieran reconocerse en el futuro, al amparo de las previsiones contenidas en la legislación de Ayudas a las Víctimas del Terrorismo u otras disposiciones legales”. Coherentemente, la Disposición Derogatoria de la Ley sólo deroga aquellas disposiciones que se opongan a lo establecido en ella, y la Disposición Final Tercera atribuye carácter supletorio a la legislación sobre resarcimiento a las víctimas del terrorismo, así como a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común²⁷; esta última norma, como se sabe, es la que contiene el sistema de responsabilidad patrimonial o extracontractual de las diferentes Administraciones públicas, en su Título X.

Veamos con mayor detalle la compatibilidad con algunos de los conceptos resarcitorios aludidos.

A) Compatibilidad con las ayudas específicas previstas para las víctimas del terrorismo: el legislador ha venido estableciendo ayudas en favor de las víctimas del terrorismo desde el Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero (art. 7)²⁸.

Con posterioridad a dicho Decreto-Ley y al Reglamento que lo desarrolló, el RD 484/1982, de 5 de marzo²⁹, dichas ayudas han sido recogidas, sucesivamente, en las siguientes normas (algunas ya han sido citadas más arriba): el Real Decreto-Ley 19/1981, de 30 de octubre (art. 2)³⁰; la Ley Orgánica 9/1984 (art. 24), desarrollada por el RD 336/1986, y la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para

(27) BOE de 27 de noviembre de 1992.

(28) BOE de 1 de febrero de 1979.

(29) BOE de 11 de marzo de 1982.

(30) BOE de 15 de diciembre de 1981. Dicho precepto previó una indemnización en favor del personal civil y militar jubilado o retirado que resultara inutilizado o fallecido como consecuencia de un atentado terrorista por su anterior condición de funcionario. Dicha indemnización era incompatible con la entonces contenida en el art. 7 del mencionado Decreto-Ley 3/1979, pudiendo dicho personal o su familia optar entre una u otra.

LA LEY EFECTÚA UNA CUANTIFICACIÓN EX LEGE DE LOS DAÑOS FÍSICOS O PSICOFÍSICOS SUFRIDOS COMO CONSECUENCIA DE LAS ACCIONES TERRORISTAS. ESTA PREVISIÓN CUMPLE DOS FUNCIONES: DETERMINAR LA CANTIDAD A PERCIBIR EN CASO DE QUE NO SE HAYA DICTADO SENTENCIA DECLARATIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL O FIJAR EL MÍNIMO A PERCIBIR EN CASO DE EXISTIR DICHA SENTENCIA

1988 (art. 64)³¹, modificada por las Leyes de presupuestos 4/1990, de 29 de junio³², y 31/1991, de 30 de diciembre³³, y desarrollada, sucesivamente, por los RRDD 1311/1988 y 673/1992. También en el ámbito autonómico han sido establecidas ayudas de este tipo. Un ejemplo lo encontramos en la antes aludida Ley madrileña 12/1996 (modificada por la Ley madrileña 7/1997, de 17 de febrero³⁴).

Actualmente se encuentran contenidas, en el ámbito estatal, en los arts. 93 a 96 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social³⁵ (modificada por dos Leyes de acompañamiento posteriores, las Leyes 66/1997 y 50/1998, ambas de 30 de diciembre³⁶), y en el Reglamento que la desarrolla, el ya citado RD 1211/1997 (modificado por el RD 1734/1998, de 31 de julio³⁷). Se trata de ayudas derivadas de la solidaridad social, independientes de la responsabilidad civil en que puedan incurrir los autores de los actos terroristas (en ello se diferencia de la indemnización prevista en la Ley 32/1999), y que no son satisfechas a las víctimas en concepto de responsabilidad extracontractual de la Administración.

En efecto, como han señalado con reiteración tanto la doctrina administrativista³⁸, como la jurisprudencia³⁹, como el propio legislador y el Gobierno (en las normas citadas), dichas ayudas no representan un reconocimiento de responsabilidad por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (la Administración no puede responder por todos los atentados terroristas que se produzcan, su responsabilidad por omisión no puede llegar tan lejos), sino un gesto de solidaridad de los poderes públicos con las víctimas de fenómenos que han alcanzado un determinado nivel de alarma social (como el terrorismo, o el contagio del SIDA en centros sanitarios públicos, o la comisión de delitos violentos o contra la libertad sexual —ámbitos estos en los que también se han previsto este tipo de ayudas—).

Dichas ayudas, consistentes en una cantidad de dinero concedida a tanto alzado que varía en función de los daños sufridos, indemnizan, actualmente, los daños físicos⁴⁰ y psíquicos.

(31) BOE de 24 de diciembre de 1987.

(32) BOE de 29 de junio de 1990.

(33) BOE de 31 de diciembre de 1991.

(34) BOE de 29 de agosto de 1997.

(35) BOE de 31 de diciembre de 1996.

(36) BBOOE de 31 de diciembre de 1997 y de 1998, respectivamente.

(37) BOE de 8 de septiembre de 1998.

(38) Baste citar a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 6ª ed., Madrid, Civitas, 1999, pág. 418.

(39) Entre otras, en una doctrina consolidada, las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1999 (Ar. 6537), 27 de marzo de 1998 (Ar. 2942), 18 de febrero de 1991 (Ar. 1046) y 27 de diciembre de 1988 (Ar. 9706).

(40) Daños físicos que, al menos, produzcan incapacidad temporal o consistan en lesiones definitivas.

La Ley de solidaridad con las víctimas del terrorismo

cos⁴¹, y otros daños materiales —daños en la vivienda habitual y gastos de alojamiento provisional, daños en establecimientos mercantiles e industriales y en vehículos— (art. 1 del RD 1211/1997, en la redacción recibida del RD 1734/1998). Asimismo se prevén, para algunos casos, ayudas extraordinarias y de estudio (*ibidem*). Los beneficiarios de estas ayudas son prácticamente los mismos que en la Ley 32/1999.

Como puede observarse, dichas ayudas cubren más daños indemnizables que la Ley 32/1999. Pero su importe es sensiblemente menor: la gran invalidez, p. ej., recibe en el RD 1211/1997 el equivalente de 140 mensualidades del salario mínimo interprofesional —cantidad susceptible de ser aumentada en determinados casos—, esto es, 9.895.200 pesetas —teniendo en cuenta el salario mínimo interprofesional vigente durante el año 2000—, frente a los 65 millones de pesetas fijados en la Ley 32/1999.

B) Compatibilidad con las pensiones extraordinarias para víctimas del terrorismo: el Estado ha ido desplegando también un sistema cada vez más amplio de pensiones extraordinarias para víctimas del terrorismo. Reconocidas inicialmente sólo en favor del personal civil y militar de las Administraciones públicas que fuera víctima de acciones terroristas en acto de servicio (miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, militares; se trataba, en realidad, de pensiones por accidentes de trabajo), fueron extendidas, primero, al personal jubilado o retirado que fuera objeto de un atentado por su anterior condición funcional; después, a todos aquellos ciudadanos —funcionarios o no— afiliados a la Seguridad Social; y, finalmente, a los no afiliados a la Seguridad Social.

El marco normativo regulador de este tipo de pensiones es ciertamente complejo. La extensión de las pensiones a los funcionarios jubilados o retirados fue llevada a cabo por el ya citado Decreto-Ley 19/1981. Su extensión a todos los afiliados a la Seguridad Social fue obra, primero, de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 21/1986, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1987⁴², y, después, del art. 64.Dos de la Ley 33/1987 —modificado por la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 4/1990—, y ha sido regulada por el RD 1576/1990, de 7 de diciembre⁴³. Finalmente, su extensión al resto de ciudadanos se ha producido en virtud de la Disposición Adicional Vigésima octava de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1992, y ha sido regulada por el RD 851/1992, de 10 de julio⁴⁴ (modificado por el RD 38/1998, de 16 de enero⁴⁵). Esta normativa específica de las pensiones a las víctimas del terrorismo remite constantemente a la regulación genérica sobre pensiones contenida en la Ley de clases pasivas del Estado⁴⁶ (en lo concerniente a los funcionarios

(41) Y no ya sólo los psicofísicos, a diferencia de la Ley 32/1999.

(42) BOE de 23 de diciembre de 1986.

(43) BOE de 8 de diciembre de 1990.

(44) BOE de 1 de agosto de 1992.

(45) BOE de 17 de enero de 1998.

(46) Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril (BOE de 27 de mayo).

públicos) y a la Ley general de Seguridad Social⁴⁷ (en lo concerniente a los afiliados a la Seguridad Social).

El derecho a percibir una pensión extraordinaria por razón de terrorismo nace en caso de sufrir lesiones permanentes invalidantes o de fallecimiento como consecuencia de una acción terrorista. En el primer supuesto es la víctima quien percibirá la pensión; en caso de fallecimiento, tienen derecho a percibirla, normalmente, el cónyuge no separado legalmente (no, en cambio, la pareja de hecho), los hijos y, en defecto de uno y otros, los padres que convivieran con la víctima y dependieran económicamente de ella.

La cuantía de la pensión varía en los distintos tipos de pensiones extraordinarias por actos de terrorismo existentes (las reconocidas a los funcionarios, a los afiliados a la Seguridad Social, a los no afiliados,...); dicha cuantía es fijada, unas veces, en función del importe correspondiente a las pensiones ordinarias (a dicho importe se le debe sumar un determinado porcentaje), y otras, tomando como referencia el salario mínimo interprofesional. La cuantía de estas pensiones, en cualquier caso, no podrá ser nunca inferior al doble del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento (número 2 de la Disposición Adicional Vigésima octava de la Ley 31/1991).

La duración de estas pensiones es también variable. En el caso, p. ej., de la reconocida en favor de los no afiliados a la Seguridad Social, es vitalicia respecto de la víctima, del cónyuge y de los padres (aunque la del cónyuge y la de los padres se extinguen si se contrae nuevo matrimonio); los hijos, en cambio, si no son incapaces, sólo tendrán derecho a ella mientras sean menores de edad o de 21 o 23 años (en el caso de que no efectúen trabajos lucrativos o de que, efectuándolos, obtengan ingresos inferiores al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional) y no contraigan matrimonio (arts. 13 y 17 del RD 851/1992, en la redacción dada por el RD 38/1998).

Señalar, por último, que las pensiones por razón de terrorismo no quedan sometidas al límite máximo de percepción mensual establecido por la normativa presupuestaria, y son revalorizables anualmente, sin las limitaciones a que quedan sometidas las otras pensiones⁴⁸.

En los puntos A) y B) acabamos de describir muy brevemente los rasgos esenciales de las dos principales medidas públicas introducidas por el legislador con anterioridad a la Ley 32/1999 en específica protección de las víctimas del terrorismo (ayudas y pensiones). Como ya he dicho antes, la nueva indemnización establecida en la Ley 32/1999 es perfectamente compatible con ellas: las víctimas del terrorismo que hayan percibido dichas ayudas y/o pensiones, podrán también solicitar y obtener la nueva indemnización de la

(47) Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (BOE del 29).

(48) Estos beneficios son reconocidos cada año, en la respectiva Ley de presupuestos. Véanse, por ejemplo, las de los tres últimos años: Ley 65/1997, de 30 de diciembre (BOE del 31; arts. 37.Siete, 39.Uno y 40.Cuatro), Ley 49/1998, de 30 de diciembre de 1998 (BOE del 31; arts. 40.Siete, 42.Uno y 43.Cuatro), y Ley 54/1999, de 29 de diciembre (BOE del 30; arts. 40.Siete, 42.Uno y 43.Cuatro).

La Ley de solidaridad con las víctimas del terrorismo

Ley que estamos comentando. Pero dicha indemnización es también compatible —ya lo he adelantado antes— con otros conceptos resarcitorios. Veamos dos especialmente significativos.

C) Compatibilidad con las indemnizaciones percibidas en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración: parece evidente que no todo atentado terrorista productor de daños puede generar la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento (normal o anormal) de los servicios públicos encargados de velar por la paz y la seguridad ciudadana. La Administración no dispone de los recursos materiales, personales y jurídicos necesarios para poder garantizar la absoluta seguridad de todas las potenciales víctimas del terrorismo —que, actualmente, es prácticamente toda la población española—; por ello, correlativamente, la Administración no está obligada a evitar todos los resultados lesivos que puedan producir las organizaciones terroristas, no se encuentra en posición de garante de todos los eventuales atentados y de todas las eventuales víctimas. Y no puede nacer la responsabilidad de la Administración por omisión sin que exista su obligación de evitar el resultado lesivo, sin que se encuentre en posición de garante (porque la responsabilidad por omisión de la Administración tiene, en este tipo de casos, la misma estructura que la comisión por omisión del Derecho penal).

Entender lo contrario significa difuminar los rasgos de la responsabilidad administrativa hasta hacerlos irreconocibles y convertirla en una institución bien distinta: el seguro de daños con cargo a fondos públicos. En España, de hecho, la Administración ya está sirviendo de asegurador de buena parte de los daños causados por el terrorismo. Pero lo hace a través de las ayudas y las pensiones públicas a que me he referido en los puntos A) y B), y no ya a través de las reglas de responsabilidad extracontractual de la Administración.

Así lo ha entendido el legislador, que en el art. 2.3 de la Ley 32/1999 dispone expresamente, como ya nos consta, que las indemnizaciones otorgadas al amparo de su articulado no implican la asunción por el Estado de responsabilidad subsidiaria alguna.

Pero que la responsabilidad de la Administración no deba nacer siempre que se produzca una acción terrorista no significa que dicha responsabilidad no pueda surgir nunca. En efecto, cabe imaginar muchos supuestos de daños cometidos por el terrorismo en que concurrirán los requisitos necesarios para que nazca la responsabilidad de la Administración⁴⁹.

Un buen ejemplo lo encontramos en la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1988, más arriba aludida: en la noche del 25 al 26 de junio de 1982 apareció una mochila de aspecto sospechoso ante las oficinas de la compañía Iberduero en Rentería, en plena campaña de la organización terrorista ETA contra la central de Lemoniz. La Policía Nacional de dicha localidad, creyendo que podía tratarse de una bomba, acordonó la zona y, no contando con el material adecuado para desactivarla, avisó al servicio de desactivación de artefactos de los cuerpos estatales de seguridad.

(49) Se encuentran contenidos, como es sabido, en el art. 106.2 de la Constitución española y en el Título X de la Ley 30/1992 (en la redacción recibida de la Ley 4/1999, de 13 de enero —BOE del 14—).

La Policía Nacional, de madrugada, viendo que no llegaban dichos servicios de desactivación, levantó la vigilancia del lugar. Hacia las 12 horas del día 26, un niño de 10 años que pasaba por la zona dio una patada a la mochila; el artefacto en ella colocado explotó y produjo al niño lesiones gravísimas. El Tribunal Supremo admite en este caso la existencia de responsabilidad administrativa, condenando a la Administración a pagar, por dicho concepto, una indemnización de 15 millones de pesetas. Indemnización que declara compatible con las ayudas entonces previstas para las víctimas del terrorismo (en el Decreto-Ley 3/1979), y que, según el Tribunal, ascendían, en el caso concreto, a 5.620.320 pesetas.

Cuando, por tanto, una misma acción terrorista genere la responsabilidad extracontractual no sólo de los autores del delito, sino también la de la Administración (como sucedió en el caso acabado de examinar), la víctima podrá exigir tanto la indemnización prevista en la Ley 32/1999 como resarcimiento en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración.

D) Compatibilidad con las cantidades percibidas del Consorcio de Compensación de Seguros: el Consorcio de Compensación de Seguros⁵⁰, como se sabe, cubre los daños directos en las personas y en los bienes producidos por determinados acontecimientos extraordinarios. Entre dichos acontecimientos extraordinarios se incluyen los actos de terrorismo (art. 6.1 de su Estatuto legal⁵¹). Para que la víctima tenga derecho a percibir la compensación del Consorcio (que, por lo demás, es un ente público), es necesario que haya suscrito un contrato de seguro y haya satisfecho los correspondientes recargos en favor del Consorcio; además, es preciso que dicho riesgo extraordinario no esté amparado por la póliza de seguro, o que, aun estándolo, no pueda ser afrontado por la compañía aseguradora, por haber sido declarada en quiebra, suspensión de pagos, o porque, hallándose en una situación de insolvencia, esté sujeta a un procedimiento de liquidación intervenida o ésta haya sido asumida por la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras (art. 8.1 del Estatuto legal).

La cantidad procedente del Consorcio de Compensación de Seguros que eventualmente perciban las víctimas de atentados terroristas será, como se ha dicho, compatible con la indemnización contemplada en la Ley 32/1999.

(50) Cuyo Estatuto legal ha sido aprobado por el art. 4 de la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, de adaptación del Derecho español a la Directiva 88/357/CEE (BOE de 20 de diciembre de 1990), y modificado por la Ley 30/1995.

(51) Según dicho precepto, que enumera los acontecimientos extraordinarios cubiertos por el Consorcio, "Se entenderá, en los términos que reglamentariamente se determine, por acontecimientos extraordinarios:

- a) Los siguientes fenómenos de la naturaleza: Terremotos y maremotos, las inundaciones extraordinarias, las erupciones volcánicas, la tempestad ciclónica atípica y las caídas de cuerpos siderales y aerolitos.
- b) Los ocasionados violentamente como consecuencia de terrorismo, rebelión, sedición, motín y tumulto popular.
- c) Hechos o actuaciones de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en tiempo de paz".

I. DERECHO COMUNITARIO**Sumario:**

1. Introducción. 2. Principios generales. 3. Fuentes. 4. Recursos. A) Recurso por omisión (inactividad) y recurso de anulación. B) Recurso por responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario. C) Recurso por responsabilidad extracontractual. D) y E) Cuestiones prejudiciales y medidas cautelares. **5. Mercado interior.** A) Libre circulación de mercancías: las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación (artículos 28 y 30 de la CE).

1. INTRODUCCIÓN

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

Con el objeto de completar la presente Crónica de Derecho comunitario con las cuestiones relativas al mercado interior, a partir del presente número de la Revista comenzará a reseñarse la abundante jurisprudencia del TJCE relativa a las libertades de circulación. En este volumen se hará referencia sumaria a la jurisprudencia relativa a la libre circulación de mercancías, para, posteriormente, ampliar progresivamente su objeto con otros principios y libertades.

2. PRINCIPIOS GENERALES

Como hemos podido comprobar en crónicas anteriores, la doctrina del Tribunal de Justicia que ha aplicado y desarrollado el principio de igualdad es verdaderamente amplia, siendo uno de sus campos más importantes el que afecta a la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

En su **Sentencia de 28 de marzo de 2000, As. C-158/97, Badeck**, el TJCE se pronunció, en el marco de una cuestión prejudicial, sobre la compatibilidad de distintas medidas de acción positiva a favor de la mujer tomadas por el legislador del Land de Hesse (Alemania) con el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

Pues bien, para el Alto Tribunal esta Directiva no se opone a una normativa nacional que en los sectores de la función pública en que las mujeres están infrarrepresentadas, en caso

de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo, otorga preferencia a las candidatas femeninas siempre que sea necesario para la consecución de los objetivos del plan de promoción de la mujer, salvo que se oponga a ello un motivo de rango jurídico superior, a condición de que dicha normativa garantice que las candidaturas son objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos. Tampoco contradicen la normativa comunitaria las medidas positivas que establecen que los objetivos vinculantes del plan de promoción de la mujer para puestos de provisión temporal pertenecientes al sector científico o para los auxiliares científicos deben prever un porcentaje mínimo de personal femenino equivalente al menos a la proporción que las mujeres representan entre los licenciados, los doctorados o los estudiantes de la respectiva especialidad; ni la legislación que, en la medida en que tiene por objeto eliminar una infrarrepresentación de la mujer, reserve a las mujeres al menos la mitad de las plazas de formación en aquellas profesiones que requieran una formación especializada en las que las mujeres estén infrarrepresentadas y respecto de las cuales el Estado no ejerza un monopolio de formación, salvo que, pese a la adopción de medidas apropiadas para divulgar entre las mujeres la existencia de plazas disponibles de formación profesional, las candidaturas femeninas fueran insuficientes.

En este sentido, el Tribunal también considera conforme con el Derecho comunitario la normativa que, en caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo, garantiza que las mujeres cualificadas sean convocadas a entrevistas de presentación en los sectores en que las mujeres están infrarrepresentadas; así como la previsión relativa a la composición de los órganos de representación de los trabajadores y los órganos de gestión y de control, que establece que las disposiciones legales adoptadas para su aplicación tengan en cuenta el objetivo de que la participación de la mujer en el seno de dichas instancias sea al menos igual.

En definitiva, el TJCE considera que las disposiciones nacionales cuestionadas, que establecen una acción encaminada a promover prioritariamente a las candidatas femeninas en los sectores de la función pública en que se encuentran infrarrepresentadas, deben considerarse compatibles con el Derecho comunitario ya que no conceden de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas femeninas que tengan una cualificación igual a la de sus competidores masculinos y permiten que las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos.

3. FUENTES

En el período de referencia, que coincide con la entrada del año 2000, las novedades que se han de destacar respecto al tema de fuentes pueden reconducirse, fundamentalmente, a tres sentencias.

Por un lado, la primera manifestación relevante aparece en el fundamento 21º de la **STJCE de 23 de marzo de 2000, As. C-327/98, Comisión c. República Francesa**, según el cual un Estado miembro no puede exonerarse de modo unilateral del cumplimiento de sus

I. Derecho Comunitario

obligaciones respecto a un acto comunitario fundamentándose en la imprecisión o en las dificultades de aplicación surgidas en la fase de ejecución de dicho acto. Concretamente, como consecuencia de las dificultades encontradas por el Gobierno francés al aplicar las disposiciones de la Directiva 93/15/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, relativa a la armonización de las disposiciones sobre la puesta en el mercado y el control de los explosivos con fines civiles, el TJCE se pronuncia en los siguientes términos:

“(…) las dificultades de aplicación surgidas en la fase de ejecución de un acto comunitario no pueden permitir que un Estado miembro se exonere unilateralmente del cumplimiento de sus obligaciones”.

Además, en la mencionada STJCE, el Gobierno francés indica que la principal dificultad en la ejecución de la Directiva deriva de la no existencia de un documento común de transferencia. El TJCE indica que no se desprende de la Directiva tal obligación y que la no adopción de ese documento no puede impedir a un Estado miembro adoptar las disposiciones necesarias para poder adaptar su Derecho interno. Concretamente, en su fundamento 23º y con relación a la obligación de adoptar un modelo común para el documento que contenga la autorización de transferencia, establece que:

“(…) el hecho de que no se hayan adoptado medidas comunitarias a este respecto no puede impedir a un Estado miembro adoptar las disposiciones legales y reglamentarias necesarias para la adaptación de su Derecho interno a la Directiva”.

De otro lado, la STJCE de 13 de abril de 2000, As. C-348/99, Comisión c. Gran Ducado de Luxemburgo, se pronuncia respecto a la diversidad lingüística de un texto comunitario, indicando el TJCE que debe prevalecer la interpretación uniforme, salvándose la eventual discrepancia acudiendo a una interpretación basada en el sistema general y en la finalidad de la normativa en que tal texto comunitario se inserta. Así, en su fundamento 21º el TJCE indica lo siguiente:

“(…) las diversas versiones lingüísticas de un texto comunitario deben interpretarse de modo uniforme y, por lo tanto, en caso de discrepancia entre las mismas, la disposición de que se trate debe interpretarse en función del sistema general y de la finalidad de la normativa de la que forma parte”.

Finalmente, la STJCE de 13 de abril de 2000, As. C-420/98, Fierstra, respecto al momento en el que se ha de constatar el incumplimiento de un Estado miembro de su obligación de adaptación al Derecho interno, mantiene que dicha constatación se produce al final del plazo señalado en el dictamen motivado, de modo que cualquier cambio acaecido con posterioridad no tendrá ningún efecto. En concreto, el TJCE sostiene que:

“(…) la existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al final del plazo señalado en el dictamen motivado y (...) los cambios ocurridos posteriormente no pueden ser tomados en cuenta por el Tribunal de Justicia”.

4. RECURSOS

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

En el tiempo que transcurre el presente análisis han aparecido muchas sentencias sobre ambos recursos, de las cuales van a ser reseñadas algunas de ellas. En la **STPI de 24 de febrero de 2000 en el As. T-145/98**, en el FJ 74° el Tribunal recordó que una demanda que tenga por objeto la reparación de los daños supuestamente causados por una Institución comunitaria deberá contener los datos que permitan identificar la conducta que el demandante reprocha a la Institución, las razones por las que éste considera que existe una relación de causalidad entre dicha conducta y el perjuicio que alega haber sufrido; así como la naturaleza y alcance de dicho perjuicio. Más adelante, en el FJ 84°, determina que: “en el marco de un recurso de anulación basado en el artículo 173 del Tratado, la competencia del Juez comunitario se limita al control de la legalidad del acto impugnado. Si considera que es ilegal, lo anula”; y, posteriormente el FJ 210°, “a falta de disposición expresa de Derecho comunitario, no puede reconocerse la existencia de una obligación general, por parte de las autoridades administrativas o jurisdiccionales de la Comunidad, de informar a los justiciables sobre las posibilidades de recurrir, así como de las condiciones en que pueden materializarlas”. En la Sentencia C-265/97 P, se determina que “la infracción del artículo 190 del Tratado y el error manifiesto de apreciación constituyen dos motivos distintos que pueden ser invocados en el marco del recurso previsto en el artículo 173 del Tratado. El primero, referente a una falta o insuficiencia de motivación, está comprendido dentro de los vicios sustanciales de forma, a efectos de dicha disposición, y constituye un motivo de orden público que debe ser examinado de oficio por el juez comunitario. Por el contrario, el segundo, relativo a la legalidad de la Decisión controvertida en cuanto al fondo, constituye una infracción de una norma jurídica relativa a la aplicación del Tratado, a efectos del propio artículo 173, y solamente puede ser examinado por el Juez comunitario si es invocado por el demandante” (FJ 114°). En la **Sentencia de 22 de marzo de 2000, asuntos acumulados T-125/97 y T-127/97**, el TPI señaló (FFJJ 77° y ss.), que las medidas que produzcan efectos jurídicos obligatorios que puedan afectar a los intereses del demandante, modificando de manera caracterizada la situación jurídica de éste, constituyen actos o decisiones que pueden ser objeto de recurso de anulación en el sentido del artículo 173 del Tratado. Y, para determinar si un acto o una decisión produce tales efectos hay que atender a su naturaleza.

En la Sentencia del Tribunal de Justicia, asuntos acumulados T-369/94 y T-85/95, dado que ni el Tribunal de Justicia ni el Tribunal de Primera Instancia pueden nunca sustituir la motivación del autor del acto impugnado por la suya propia, el Tribunal de Justicia anuló la Sentencia recurrida al sustituir el TPI la motivación de la decisión de la Comisión por la suya propia, desnaturalizando el contenido de la decisión impugnada e incurriendo en error de Derecho. Tal y como aparece en el FJ 42° “aunque en el marco de un recurso de anulación el Tribunal de Primera Instancia puede verse en la necesidad de interpretar la motivación del acto impugnado de manera diferente a su autor, o incluso, en determinadas circunstancias, de tener que rechazar la motivación formal en que se basó este último, no puede hacerlo cuando ningún elemento material así lo justifique”. Respecto a las garantías administrativas,

I. Derecho Comunitario

en las SSTJCE de 6 de abril de 2000 C-286/95 P (FFJJ 45° y ss.), y asuntos acumulados C-287/95 P y C-288/95 P (FFJJ 47° y ss.), el Tribunal de Justicia ha determinado que el principio de seguridad jurídica exige que todo acto de la Administración que produzca efectos jurídicos sea cierto, en particular por lo que respecta a su autor y a su contenido. El control de cumplimiento de la formalidad de autenticación y, por esta vía, del carácter cierto del acto constituye una fase previa a cualquier otro control, como por ejemplo, el de la competencia del autor del acto, el de respeto del principio de colegialidad o incluso el del cumplimiento de la obligación de motivar los actos. Si el órgano jurisdiccional comunitario comprueba, al examinar el acto que se le presenta, que este último no ha sido regularmente autenticado, debe invocar de oficio el motivo basado en la existencia de un vicio sustancial de forma consistente en una falta de autenticación regular y anular, en consecuencia, el acto afectado por dicho vicio. A este respecto, carece de importancia que la falta de autenticación no haya causado perjuicio alguno a una de las partes del litigio. En efecto, la autenticación de los actos es un requisito sustancial de forma en el sentido del artículo 173 del Tratado, fundamental para la seguridad jurídica, cuyo quebrantamiento implica la anulación del acto afectado, sin que sea necesario demostrar la existencia de dicho perjuicio. También respecto del principio de seguridad jurídica, en la **Sentencia de 27 de enero de 2000, asuntos acumulados T-194/97 y T-83/98**, el Tribunal de Primera Instancia, determinó (FJ 91°) que si bien el hecho de que se haya rebasado un plazo razonable puede dar lugar, en determinadas circunstancias, a la anulación de una decisión, no sucede lo mismo en el caso de un recurso de anulación dirigido contra decisiones de suspensión de ayudas. En efecto, si estas decisiones fueran anuladas por el único motivo de su tardanza, como la Comisión seguiría sin disponer de datos que le permitieran calcular los gastos subvencionables, lo único que dicha Institución podría hacer es adoptar nuevas decisiones de suspensión de las ayudas con arreglo al artículo 176 del Tratado. En tales circunstancias, una sentencia de anulación carecería de toda utilidad.

Por su parte, en la Sentencia del Tribunal de Justicia, Asunto C-443/97, se determinó que si bien es posible ejercitar un recurso de anulación en lo que respecta a todas las disposiciones adoptadas por las Instituciones, cualesquiera que sean su naturaleza o su forma, que tienden a producir efectos jurídicos. Así, dado que las instrucciones internas únicamente producen efectos en el interior de la Administración sin que generen ningún derecho u obligación para terceros, no pueden constituir, por lo tanto, actos lesivos susceptibles, como tales, de recurso de anulación con arreglo al artículo 173 del Tratado. Las orientaciones internas indican las líneas generales basándose en las cuales la Comisión proyecta adoptar ulteriormente decisiones individuales cuya legalidad podrá impugnar el Estado miembro afectado ante el Tribunal de Justicia según el procedimiento previsto en el artículo 173 del Tratado (garantizar en situaciones comparables un trato idéntico en los Estados miembros o las autoridades por ellos designadas). En la Sentencia, asuntos acumulados T-194/97 y T-83/98, el Tribunal de Primera Instancia, determinó (FJ 55°) que “la omisión no finaliza el día en que la Institución define efectivamente su posición, sino en la fecha en que el autor del requerimiento recibe la definición de posición. Así pues, esta última fecha es la que debe tomarse en consideración para apreciar si se ha observado el plazo de dos meses que prescribe el artículo 175, párrafo segundo, del Tratado CE”. Así al interponer la demandante un recurso de omisión después de haber recibido dos proyectos de decisiones, el Tribunal declaró la inadmisibilidad del recurso por omisión pues ésta había dejado de existir.

B) Recurso por responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario

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

C) Recurso por responsabilidad extracontractual

En el período analizado únicamente debemos hacer mención a la **STJCE, C-284/98 P, de 16 de marzo Parlamento Europeo v. Roland Bieber**, Sentencia dictada en casación por la Sala Segunda del TJCE. En esta Sentencia, en primer lugar, se recuerda que el recurso de casación se limita a cuestiones de Derecho que deben fundarse en motivos derivados de la incompetencia del Tribunal de Primera Instancia, de irregularidades de procedimiento ante el mismo que lesionen intereses de la parte recurrente o de la violación del Derecho comunitario por parte del Tribunal de Primera Instancia, añadiendo en el apartado 31 que, únicamente puede fundarse en motivos referentes a la infracción de normas jurídicas, excluyendo cualquier apreciación de hecho, lo que significa que sólo el Tribunal de Primera Instancia es el único competente para determinar los hechos, salvo en los casos en que la inexactitud material de sus comprobaciones se desprendiera de los documentos que obran en autos. Es por esta última observación por la que el TJCE sólo será competente para ejercer un control sobre la calificación jurídica de éstos y las consecuencias jurídicas que de ella ha deducido el Tribunal de Primera Instancia.

En segundo lugar, el TJCE señala que el Tribunal de Primera Instancia había incurrido en un error de Derecho al fijar la fecha final del período que debía utilizarse para calcular el perjuicio alegado, concluyendo en el apartado 55 que, en casos semejantes, era necesario examinar en qué medida el sujeto perjudicado ha contribuido al perjuicio que se le causa, ya que de otra forma se estaría admitiendo que un sujeto, por su omisión, podría aumentar su perjuicio aún cuando una Institución hubiese adoptado las medidas necesarias y útiles para limitar el perjuicio derivado de una infracción, por lo que el TJCE reconoce que la persona perjudicada debe dar pruebas de que ha adoptado una diligencia razonable para limitar la magnitud del perjuicio.

D) y E) Cuestiones prejudiciales y medidas cautelares

Como viene siendo habitual, han sido las cuestiones prejudiciales de interpretación (en adelante CPI) las que han centrado la atención del TJCE durante el período que comprende este estudio. Efectivamente, como ya hemos señalado en ocasiones anteriores, frente a los numerosos asuntos en los que se activa el mecanismo de las CPI, pocas son las referencias que encontramos en relación con las cuestiones prejudiciales de validez (CPV) o a las medidas cautelares.

De entre la variedad de argumentos abordados por el Tribunal atinentes a las CPI tres merecen un análisis más sosegado, a saber: la interpretación de las normas internas y de su adecuación al Derecho comunitario, junto al examen de la pertinencia y necesidad de plantear la CPI como una competencia propia de los órganos jurisdiccionales internos; el siempre debatido concepto comunitario de “órgano jurisdiccional”; y las diferentes materias atinentes al examen de admisibilidad de las cuestiones prejudiciales.

I. Derecho Comunitario

Que la pertinencia o la necesidad de la cuestión prejudicial es una competencia que deben asumir los órganos jurisdiccionales nacionales, es algo de sobra conocido por todos, pero que sin embargo, no deja de recordarnos el TJCE como así ocurre en la **STJCE de 4 de abril de 2000, C-465/98, Adolf Darbo**:

“(…) incumbe únicamente a los órganos jurisdiccionales nacionales, ante quienes se plantea el litigio y que deben asumir la responsabilidad de la resolución jurisdiccional que proceda adoptar, apreciar, en relación con las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una cuestión prejudicial para poder pronunciarse, como la pertinencia de las cuestiones que plantean ante el Tribunal de Justicia (…)”

Otro tanto podríamos decir en cuanto a la interpretación de las normas internas en su relación con el Derecho comunitario. El TJCE ha afirmado, en no pocas ocasiones, que no es ésta la sede adecuada para dilucidar cuál sea la interpretación que debe darse a la norma nacional en el caso concreto, ni en cuanto a si esa interpretación es o no compatible con el Derecho comunitario, ni tan siquiera, en cuanto a si tal norma nacional es o no de aplicación en tal supuesto, tanto la una como la otra, son tareas que competen al juez nacional. El TJCE debe, eso sí, facilitar todos los elementos necesarios para que dicho juez pueda llevar a cabo tal labor interpretativa. Así queda reflejado en las **SSTJCE de 23 de marzo de 2000, As. C-373/97, Diamantis**, y de **28 de marzo de 2000, As. C-158/97, Badeck y otros**, en cuyo apartado 25 se afirma:

“No obstante, de la jurisprudencia se desprende que el Tribunal de Justicia es competente para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación pertenecientes al ámbito del Derecho comunitario que puedan permitirle apreciar dicha compatibilidad para la resolución del asunto que le haya sido sometido (…)”

El concepto de “órgano jurisdiccional” constituye, por así decirlo, todo un clásico de entre las cuestiones que periódicamente se someten al examen del TJCE. En esta ocasión sin embargo, reviste quizá una importancia singular, ya que nos toca muy de cerca.

Parece razón pacífica entre la Doctrina española, que tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia, como el Tribunal Central Económico-Administrativo (órganos administrativos en derecho interno), sean considerados órganos jurisdiccionales a efectos de la cuestión prejudicial, pero ¿qué pasa con los regionales?, esto es ¿los Tribunales Económico-Administrativos Regionales españoles poseen o no la naturaleza de órgano jurisdiccional a los efectos de plantear una cuestión prejudicial ante el TJCE?

En la **STJCE de 21 de marzo de 2000, As. C-110/98, Gabalfrisa**, se aborda esta interesante cuestión. El TJCE, con una envidiable claridad expositiva (apdos. 33 a 41), declara que debe considerarse al Tribunal Económico-Administrativo Regional (de Cataluña, en el caso que nos ocupa), órgano jurisdiccional en el sentido del art. 177 del Tratado, actual art. 234.

El Tribunal comienza por recordarnos (apdo. 33 de la mencionada Sentencia), dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, que el concepto de órgano jurisdiccional es el resultado de una construcción comunitaria y que no tiene que coincidir, necesariamente, con el concepto de órgano jurisdiccional elaborado en el nivel interno o nacional. Y en segundo

lugar, cuáles son los requisitos que cualquier órgano interno necesita reunir para alcanzar tal condición: origen legal, permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el contradictorio del procedimiento, la aplicación de normas jurídicas, así como su independencia.

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

A continuación, y tras un detenido análisis de la normativa española respecto de los Tribunales Económico-Administrativos Regionales, demuestra cómo todos y cada uno de los requisitos a los que antes hacíamos referencia se manifiestan en este caso: el origen legal y la permanencia (apdo. 34), el carácter obligatorio y fuerza obligatoria (apdos. 45 y 36), la naturaleza contradictoria del procedimiento (apdo. 37), la aplicación de normas jurídicas (apdo. 38), y el más reciente de la independencia y relación de tercero (apdos. 39 y 40).

En virtud de todo lo anterior al TJCE no le resta sino declarar, expresamente, lo que ya anticipábamos al comienzo, la consideración de los Tribunales Económico-Administrativos Regionales españoles como órganos jurisdiccionales en el sentido del actual art. 234 del Tratado.

“Se deduce de las consideraciones precedentes que debe considerarse al Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 177 del Tratado, por lo que procede declarar la admisibilidad de la cuestión prejudicial.”

Para concluir con la parte de este análisis jurisprudencial relativo a las cuestiones prejudiciales interpretativas, nos queda realizar una somera mención al resto de los argumentos tratados por el TJCE y que aquí hemos aglutinado bajo el epígrafe de examen de admisibilidad.

Así por ejemplo en la **STJCE de 9 de marzo de 2000, As. C-437/97, Evangelisher KranKeshausverein Wien y Ikera** se enumeran algunos de los supuestos que habilitan al TJCE para declarar inadmisibile una cuestión prejudicial:

“ (...) No obstante, el Tribunal de Justicia ha estimado que no puede pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulta evidente que la interpretación o la apreciación de la validez de una norma comunitaria, solicitadas por órgano jurisdiccional nacional, no tienen relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, o también cuando el problema es de naturaleza hipotética y el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas”.

En otro sentido, pero siempre dentro de los problemas de admisibilidad de las cuestiones prejudiciales, la **STJCE de 13 de abril de 2000, As. C-176/96, Lehtonen**, entre otras,

I. Derecho Comunitario

recuerda la inadmisibilidad de todas aquellas cuestiones prejudiciales planteadas en el seno de un procedimiento ya concluido:

“Con carácter preliminar, debe recordarse que, según ha declarado el Tribunal de Justicia (...) los órganos jurisdiccionales nacionales sólo están habilitados para plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado, en la medida en que ante ellos penda un litigio en el que procede adoptar una decisión que deba tener en cuenta la sentencia prejudicial. Por el contrario, el Tribunal de Justicia no es competente para conocer de una cuestión prejudicial cuando, en el momento en que se dicte la correspondiente resolución de remisión, ya haya concluido el proceso ante el Juez nacional.”

Es sin embargo, la **STJCE de 11 de abril de 2000, As. ac., C-51/96 y C-191/97, Deliège**, la que nos muestra un abanico más interesante de posibilidades en torno a la inadmisión de las cuestiones prejudiciales. En efecto, además de abordar el problema de qué sucede cuando el procedimiento principal ya ha concluido, llegando a la misma conclusión que en la Sentencia anterior, enfrenta otro gran argumento frecuentemente alegado por las partes en defensa de la inadmisión de la cuestión instada, la falta de definición suficiente del contexto fáctico y del régimen normativo en el que se plantea la cuestión al TJCE, así ocurre entre otras **STJCE de 15 de mayo de 2000, As. C-56/99, Gascogne**, y **STJCE de 30 de marzo de 2000, As. C-236/98, Tämställhetsombudsmannen**.

La carencia de los contenidos mínimos necesarios en la remisión de la cuestión prejudicial, es tema frecuente de discusión ante el TJCE pues, como ya hemos señalado, no son pocas las ocasiones en las que alguna de las partes interesadas hace referencia a la falta de este requisito para solicitar la inadmisión. El TJCE, a este respecto, ha mantenido una línea marcada por la flexibilidad, esto es, siempre y cuando la resolución de remisión contenga los datos suficientes, examinados en cada caso concreto, la cuestión será admitida.

No hay que olvidar sin embargo, que esta suerte de regla general presenta una excepción importante, las normas relativas a la competencia. Así es, en cuanto a las normas sobre competencia en el mercado, el TJCE establece una suerte de elevación del nivel de exigencia que debe reunir la resolución de remisión, en razón, según el propio Tribunal, de que en este concreto ámbito las situaciones de hecho y de derecho resultan mucho más complejas:

“En tercer lugar, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, la necesidad de llegar a una interpretación del Derecho comunitario eficaz para el Juez nacional exige que éste defina el contexto fáctico y el régimen normativo en el que se inscriben las cuestiones que plantea o que, al menos, explique los supuestos de hecho en los que se basan tales cuestiones. Estas exigencias son pertinentes especialmente en determinados ámbitos que, como el de la competencia, se caracterizan por complejas situaciones de hecho y de Derecho (...)”

Poco o nada nos queda por decir respecto de las cuestiones prejudiciales de validez o en cuanto a las medidas cautelares. Por lo que se refiere a las primeras, la sucinta referencia contenida en la **STJCE de 21 de marzo de 2000, As. C-6/99, Greenpeace y otros**, con relación a la obligatoriedad de su planteamiento cuando el juez nacional albergue cualquier tipo de

duda que pueda afectar a la validez de la disposición comunitaria, no olvidemos que el TJCE tiene atribuida en exclusividad la declaración de validez del Derecho comunitario.

Por lo que se refiere a las segundas, es de nuevo la **Sentencia Deliège**, antes estudiada, la que se encarga de recordar cómo los órganos jurisdiccionales internos están facultados para adoptar, en cuanto a sus disposiciones internas, las medidas cautelares necesarias en aras de la salvaguardia de la eventual contravención de las disposiciones comunitarias.

En conclusión, podemos afirmar pues, que si bien las líneas maestras trazadas por el TJCE en cuanto a las cuestiones prejudiciales y las medidas cautelares, no han experimentado cambios de significativa importancia, un análisis periódico y pausado de su jurisprudencia como el llevado a cabo hasta ahora, nos permite constatar no obstante, la existencia de enriquecedores matices y alteraciones en el monótono transcurrir de la misma.

5. MERCADO INTERIOR

La cuestión probablemente más controvertida de las que se plantean en relación con la libre circulación de mercancías es la relativa al régimen jurídico-comunitario de las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación (arts. 28 y 30 CE). A continuación se procede a reseñar el estado actual de la jurisprudencia en la materia, prestando especial atención a los pronunciamientos más recientes del Tribunal.

A) Libre circulación de mercancías: las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación (artículos 28 y 30 de la CE)

1. El supuesto de hecho de la prohibición contenida en el artículo 28 de la CE

a) El concepto de mercancía

Como es conocido, el art. 28 CE prohíbe “entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente”. De la localización sistemática del precepto se deriva a su vez que el objeto de las medidas prohibidas se vincula al comercio de mercancías. En la **STJCE de 21 de octubre de 1999, As. C-97/98, Jägerskiöld**, el Tribunal mantiene la interpretación amplia que tradicionalmente ha realizado en relación con el concepto de mercancía a los efectos de las disposiciones del Tratado CE contenidas en los arts. 23 CE y ss.: por tal debe en principio entenderse todo tipo de productos “que puedan valorarse en dinero y que, como tales, puedan ser objeto de transacciones comerciales” (apartado 30; STJCE de 10 de diciembre de 1968, As. 7/68, Comisión c. Italia), aunque no sean estrictamente bienes “de consumo”, “de uso general” o “del comercio común” (apartado 32). Sin embargo, el TJCE reconoce al tiempo algunas excepciones a esta definición, entre las que se encuentran ciertos derechos que, aún valorables económicamente y susceptibles de transacción, se vinculan a otras libertades. Es el caso de las “operaciones sobre acciones, obligaciones y otros títulos”, de “las prestaciones” en el marco de actividades de lotería, o “de los dere-

I. Derecho Comunitario

chos de pesca en aguas de dominio privado y de las concesiones de autorizaciones equivalentes”, aun cuando estos derechos consten en documentos que, como tales, pueden ser objeto de intercambios (apartados 32 a 36). En estos casos, las normas eventualmente aplicables serán las relativas a la libre prestación de servicios (apartado 36).

b) El concepto de medida de efecto equivalente

Conforme a la jurisprudencia tradicional del TJCE, la prohibición de las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas contenida en el actual art. 30 CE no se encuentra sujeta al criterio de la discriminación, sino que se proyecta sobre toda medida de los Estados miembros que pueda obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario (STJCE de 11 de julio de 1974, As. 8/74, *Dassonville*, apartado 5; la fórmula se reproduce en los mismos términos en sentencias posteriores: recientemente, **STJCE de 9 de febrero de 1999, As. C-383/97, *Arnoldus van der Laan***, apartado 18). Como ejemplos recientes pueden señalarse el relativo al establecimiento por un Estado miembro de límites sonoros más estrictos respecto a la matriculación de aeronaves, exigibles a todas con independencia de su origen, y aún cuando tal circunstancia no prohíbe la utilización en dicho Estado de aeronaves matriculadas en otro Estado miembro (**STJCE de 14 de julio de 1998, As. C-389/96, *Aher-Waggon***, apartados 18 y 22), o el de normas nacionales que establecen períodos y distancias máximas breves para el transporte de animales destinados al sacrificio (**STJCE de 11 de mayo de 1999, As. 350/97, *Monsees***, apartado 23). En relación con el carácter potencial de los efectos restrictivos, la **STJCE de 22 de octubre de 1998, As. C-184/96, *foie gras***, establece, en contra de opinión mantenida por el Abogado General, que a pesar de no representar en el caso concreto un obstáculo a las importaciones, “la aplicación del art. 28 CE no puede excluirse por el motivo de que no exista en ese momento ningún caso concreto que presente una vinculación con otro Estado miembro” (apartado 17). En otras ocasiones, sin embargo, el Tribunal otorga mayor relevancia al criterio en virtud del cual el art. 28 CE no se aplica a las medidas que presentan una dimensión puramente interna. Así, la **STJCE de 18 de junio de 1998, As. C-266/96, *Corsica Ferries***, sostiene que el art. 28 CE no se opone a una normativa si “los efectos restrictivos que podría producir son demasiado aleatorios e indirectos” como para que se entienda que “puede obstaculizar el comercio entre los Estados miembros” (apartado 31; STJCE de 14 de julio de 1994, As. C-379/92, *Peralta*, apartado 24).

La línea jurisprudencial que inaugura la STJCE de 20 de febrero de 1979, As. 120/78, *Cassis de Dijon*, procede como es conocido a precisar lo anterior en relación con las medidas indistintamente aplicables: las disparidades entre legislaciones nacionales representan obstáculos a la libertad de circulación que, como regla, deben ser consideradas como medidas de las prohibidas por el art. 28 CE. La consecuencia es la obligación de las autoridades del foro de aceptar la comercialización en su territorio de mercancías producidas conforme al Derecho del Estado de origen. En relación con el reconocimiento mutuo de legislaciones, la **STJCE de 22 de octubre de 1998, As. C-184/96, *foie gras***, ha precisado que los Estados miembros están obligados a incorporar cláusulas de reconocimiento mutuo a las normas de Derecho interno que reservan una determinada denominación a los productos que cumplan determinados requisitos. Sin embargo, las normas que representan obstáculos a los intercambios en los términos de la doctrina *Cassis* dejarán de ser

subsumibles en el supuesto previsto por el art. 28 CE, y de ser por tanto consideradas como medidas de efecto equivalente, si satisfacen los siguientes requisitos:

Primero, deben proyectarse sobre una materia que no haya sido objeto de una armonización centralizada exhaustiva. A estos efectos, el concepto de armonización exhaustiva es interpretado por el TJCE de manera estricta: la norma de Derecho interno satisface este requisito si la de Derecho derivado permite un margen de desarrollo, lo cual se produce, no sólo en los supuestos en los que no existe norma comunitaria (SSTJCE de 9 de febrero de 1999, As. C-383/97, *Arnoldus van der Laan*, apartado 20; de 11 de mayo de 1999, As. 350/97, *Monsees*, apartado 27, en un supuesto en el que todavía no había transcurrido el plazo de transposición de la Directiva), sino también en aquéllos en los que ésta incorpora una obligación susceptible de actualizarse de forma diversa, de modo que no agota la materia (SSTJCE de 13 de enero de 2000, As. C-220/98, *Estée Lauder*, apartado 24; de 28 de enero de 1999, As. C-77/97, *Unilever*, apartado 25; a pesar de que en ambas se utiliza equívocamente el término de armonización exhaustiva), o en los que, aún haciéndolo, permite el establecimiento de normas de protección más estrictas (STJCE de 14 de julio de 1998, As. C-389/96, *Aher-Waggon*, apartado 15).

Segundo, deben poder justificarse de acuerdo con la garantía de un objetivo de interés general (“exigencia imperativa”, en la denominación tradicional), cuya prueba corresponde a la parte que alega su concurrencia, y que debe poder prevalecer sobre las exigencias del principio de libre circulación (STJCE de 9 de febrero de 1999, As. C-383/97, *Arnoldus van der Laan*, apartado 19). En este sentido, el TJCE ha admitido como tales: la prevención del fraude fiscal (STJCE de 20 de febrero de 1979, As. 120/78, *Cassis*), la mejora de las condiciones de trabajo (SSTJCE de 28 de febrero de 1991, As. C-312/89, *Conforama*, y As. C-332/89, *Marchandise*, apartado 12; de 16 de diciembre de 1992, As. C-169/91, *Stoke-on-Trent*, apartado 11), el pluralismo en los medios de comunicación (STJCE de 26 de junio de 1997, As. C-368/95, *Familiapress*, apartado 18 (la aceptabilidad de la exigencia imperativa “debe interpretarse también a la luz de los principios generales del Derecho y especialmente de los derechos fundamentales”, apartado 24), o el equilibrio financiero del sistema de seguridad social (STJCE de 28 de abril de 1998, As. C-120/95, *Decker*, apartado 39 (a pesar de que, con carácter general, los “objetivos de carácter meramente económico no pueden justificar un obstáculo al principio fundamental de libre circulación de mercancías”). Otros intereses de más frecuente aparición son los relativos a la protección del consumidor (SSTJCE de 22 de octubre de 1998, As. C-184/96, *foie gras*, apartado 19; de 9 de febrero de 1999, As. C-383/97, *Arnoldus van der Laan*, apartados 23 y 24), la prevención del fraude (STJCE de 22 de octubre de 1998, As. C-184/96, *foie gras*, apartado 19) y la protección de la lealtad de las transacciones comerciales (SSTJCE de 22 de octubre de 1998, As. C-184/96, *foie gras*, apartado 19; de 13 de enero de 2000, As. C-220/98, *Estée Lauder*, apartado 25; de 28 de enero de 1999, As. C-77/97, *Unilever*, apartado 26), o el medio ambiente (STJCE de 14 de julio de 1998, As. C-389/96, *Aher-Waggon*, apartado 19) y la salud pública (SSTJCE de 14 de julio de 1998, As. C-389/96, *Aher-Waggon*, apartado 19; de 9 de febrero de 1999, As. C-383/97, *Arnoldus van der Laan*, apartado 22, implícitamente).

I. Derecho Comunitario

Tercero, las medidas de este tipo deben poder soportar la proyección del parámetro de control que se deriva del principio de proporcionalidad. En relación con su aplicación, el Tribunal reconoce que los Estados miembros gozan en principio de un amplio margen de apreciación (STJCE de 28 de enero de 1999, As. C-77/97, **Unilever**, apartado 31), si bien recae sobre ellos la carga de probar y demostrar su satisfacción (STJCE de 23 de octubre de 1997, As. C-189/95, **Franzén**, apartado 76). A pesar de que su jurisprudencia no es unívoca a este respecto, puede afirmarse que el Tribunal entiende que del mismo se derivan las siguientes exigencias. En primer lugar, la medida debe ser adecuada para satisfacer el objetivo en el que se concreta el interés público que permitiría justificar la medida (STJCE de 11 de mayo de 1999, As. C-350/97, **Monsees**, apartado 28: “apta”). En segundo lugar, la medida debe ser necesaria para la consecución del mismo, en el sentido de que no existan otras medidas alternativas que, permitiendo igualmente satisfacer ese interés, restrinjan en menor grado los intercambios intracomunitarios (SSTJCE de 14 de julio de 1998, As. C-389/96, **Aher-Waggon**, apartado 20; de 11 de mayo de 1999, As. C-350/97, **Monsees**, apartado 30). Así, por ejemplo, en el caso de normas que reservan una denominación de venta para productos que cumplan ciertos requisitos de fabricación, una medida de estas características sería la obligación de aplicar un etiquetado adecuado (SSTJCE de 22 de octubre de 1998, As. C-184/96, **foie gras**, apartado 22; de 9 de febrero de 1999, As. C-383/97, **Arnoldus van der Laan**, apartado 24, en el caso de una prohibición de venta). De igual forma, la imposición al fabricante o al distribuidor de la obligación de probar la exactitud de las indicaciones publicitarias puede ser una medida alternativa menos restrictiva que la prohibición de la publicidad (STJCE de 28 de enero de 1999, As. C-77/97, **Unilever**, apartado 35). Por último, en ocasiones el Tribunal exige la concurrencia de un tercer elemento, que no se confundiría con el segundo, en virtud del cual la medida no podría implicar una restricción “excesiva” de los intercambios (SSTJCE de 22 de octubre de 1998, As. C-184/96, **foie gras**, apartado 26; de 11 de mayo de 1999, As. C-350/97, **Monsees**, apartado 29: además de no satisfacer el principio de necesidad, “(...) (la medida) tiene el efecto de hacer casi imposible, en el territorio austriaco, todo transporte internacional por carretera de animales destinados al sacrificio”). En los supuestos de protección de los consumidores frente a una denominación, marca o mención publicitaria supuestamente engañosa, el Tribunal interpreta este criterio a partir del concepto de “consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz” (STJCE de 13 de enero de 2000, As. C-220/98, **Estée Lauder**, apartado 27).

La línea jurisprudencial descrita conduce a una interpretación extraordinariamente amplia del supuesto de hecho de la prohibición contenida en el art. 28 CE. Sólo desde esta perspectiva se entiende la limitación que el Tribunal proyecta sobre el concepto de medida de efecto equivalente a través de la jurisprudencia iniciada en la STJCE de 24 de noviembre de 1993, As. C-267 y 268/91, **Keck**. En lugar de incorporar a la interpretación del precepto una suerte de regla de *minimis* (el rechazo de esta alternativa por parte del Tribunal se pone de manifiesto en la STJCE de 22 de octubre de 1998, As. C-184/96, **foie gras**), el Tribunal utiliza un criterio de tipo formal, que descansa sobre la distinción entre las restricciones a los intercambios que se proyectan sobre las características inherentes a los productos (STJCE de 9 de febrero de 1999, As. C-383/97, **Arnoldus van der Laan**, apartado 19: “denominación, forma, dimensiones, peso, composición, presentación, etiquetado, envasado”, etc.) y las que lo hacen a las “modalidades de venta”. Las restricciones del pri-

mer tipo se someten a la fórmula *Dassonville* y al test de las exigencias imperativas. Las del segundo, por el contrario, sólo constituyen medidas de efecto equivalente si tienen efectos discriminatorios: no lo serán “siempre que dichas disposiciones se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a los procedentes de otros Estados miembros. (...) Estas medidas quedan fuera del ámbito de aplicación del art. 30 (por 28) del Tratado” (STJCE de 24 de noviembre de 1993, As. C-267 y 268/91, *Keck*, apartados 16 y 17). Así, el sometimiento de la importación de bebidas alcohólicas a la previa obtención de una licencia, en tanto impone a éstas costes suplementarios respecto a las de origen nacional, constituye una medida de efecto equivalente en el sentido del art. 28 CE (STJCE de 23 de octubre de 1997, As. C-189/95, *Franzén*, apartados 71 y 73). El Tribunal ha interpretado en sentido amplio el concepto de “modalidades de venta”, y por tal entiende no sólo las circunstancias relativas a la dimensión temporal o espacial de la venta de mercancías, sino también las técnicas de promoción de ventas y la publicidad (STJCE de 9 de febrero de 1995, As. C-412/93, *Leclerc*), con la excepción, en este último caso, de las prohibiciones de tipo absoluto, que quedan sujetas al procedimiento de justificación expuesto anteriormente (STJCE de 28 de enero de 1999, As. C-77/97, *Unilever*).

2. Las excepciones a la regla general prohibitiva previstas en el artículo 30 de la CE

Por lo que se refiere a las causas de justificación de una medida de efecto equivalente contenidas en el art. 30 CE (ex art. 36), el TJCE sigue manteniendo su posición tradicional respecto a la relación entre éstas y las exigencias imperativas de la doctrina *Cassis*: a diferencia de las primeras, los intereses públicos a los que se refiere esta última no se localizan en el precepto citado, y por ello no convierten en compatible con el Derecho comunitario una medida previamente calificada como de efecto equivalente, sino que, tal y como se ha expuesto, tienen como efecto la delimitación de este último concepto y por tanto la del supuesto de hecho de la prohibición contenida en el art. 28 CE (en este sentido se pronuncia recientemente la STJCE de 9 de febrero de 1999, As. 383/97, *Arnoldus van der Laan*, apartado 19). Y esto a pesar de que el juicio de control que se deriva del art. 30 CE es similar al de la doctrina de las exigencias imperativas. Así, la SSTJCE de 23 de octubre de 1997, As. C-189/95, *Franzén* (en relación con la protección de la salud de las personas), y de 11 de mayo de 1999, As. C-350/97, *Monsees* (en cuanto a la protección de la salud y de la vida de los animales) establecen reglas similares en cuanto a las exigencias que se derivan del principio de proporcionalidad y a la carga de la justificación.

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) Reiteración de la jurisprudencia relativa al agotamiento de los recursos en la vía previa: interpretación flexible y exigibilidad sólo de los recursos útiles para la reparación de la presunta lesión (art. 44.1 LOTC). Crítica en voto particular.

b) Improcedencia del recurso de amparo electoral en los casos no expresamente previstos en la Ley (art. 49 LOREG). c) Alcance de la obligación de remitir al Pleno las

decisiones que se aparten de los precedentes jurisprudenciales (art. 13 LOTC): aplicación limitada en el recurso de amparo electoral. B) Control de constitucionalidad de normas con rango de ley. a) El ámbito y los límites de la cuestión interna de inconstitucionalidad son diferentes a los de la cuestión ordinaria (art. 55.2 LOTC).

b) Pervivencia del objeto procesal pese a la derogación de la norma impugnada en una cuestión de inconstitucionalidad. c) En el trámite de audiencia a las partes, antes del

planteamiento de la cuestión, es necesario identificar los preceptos legales y constitucionales afectados (art. 35.2 LOTC). d) Nueva cuestión interna de inconstitucionalidad

(art. 55.2 LOTC). **3. Criterios de distribución de competencias.** A) La doctrina sobre la prohibición de leyes definitorias o interpretativas, con carácter abstracto y general, se

enmarca exclusivamente en las reglas de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. No se aplica a la relación entre el legislador estatuyente

y el legislador autonómico. B) La competencia autonómica para establecer beneficios y exenciones fiscales se proyecta lógicamente sobre los tributos propios pero no respecto

de los estatales.

1. INTRODUCCIÓN

Se analizan las Sentencias correspondientes al período que media entre la STC 1/2000, de 14 de febrero y la STC 74/2000, de 16 de marzo. De todas ellas merece destacarse la STC 15/2000 donde se niega la proyección sin más de la distinción entre poder constituyente y poder legislativo a la relación entre legislador estatuyente y legislador autonómico.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de amparo constitucional

a) Reiteración de la jurisprudencia relativa al agotamiento de los recursos en la vía previa: interpretación flexible y exigibilidad sólo de los recursos útiles para la reparación de la presunta lesión (art. 44.1 LOTC). Crítica en voto particular

En varias Sentencias el TC recuerda su jurisprudencia relativa al requisito de agotamiento de la vía previa y su posición flexible al respecto. En concreto se aprecia esta flexibilidad en lo atinente a la interposición o no del recurso de casación para la unificación de la doctrina, recordando que sólo es exigible cuando no haya duda acerca de la procedencia real y efectiva de su interposición y la visión restrictiva en la apreciación de recurso improcedente para los casos en que sí fue interpuesto aunque denegado (SSTC 4/2000, de 17 de enero, 53/2000, de 28 de febrero y 70/2000, de 13 de marzo).

Igualmente se destaca la flexibilidad en la apreciación de este requisito en diversas Sentencias refiriéndose a situaciones y recursos muy diversos. Así se aprecia agotamiento de la vía previa en el caso de resoluciones que agotan el campo penal, pero dejan abiertas otras vías judiciales (STC 24/2000, de 31 de enero) dadas las particularidades garantistas de este proceso, o la inexigencia del recurso de aclaración para entender agotada la vía previa, a no ser que concurran los supuestos extraordinarios previstos en la ley (STC 54/2000, de 28 de febrero). Se realiza asimismo una interpretación flexible de este requisito en el caso de impugnación de un acuerdo de la Mesa de un Parlamento autonómico, puesto que, aún siendo posible la petición de la reconsideración de la decisión a la Mesa, este trámite era ineficaz porque la notificación de la decisión se realizó el día fijado para el debate del asunto objeto de impugnación (STC 27/2000, de 31 de enero).

Sin embargo, cuando la resolución recurrida expresamente recoja la posibilidad de recurso de casación, éste debe ser interpuesto para cumplir el requisito de agotamiento de la vía previa (STC 51/2000, de 28 de febrero). También debe ser interpuesto, por el mismo motivo, cuando sea patente su procedencia (STC 52/2000, de 28 de febrero).

Lo más destacable en la materia es el bien construido Voto Particular emitido frente a la STC 4/2000 en el que se cuestiona frontalmente la jurisprudencia constitucional sobre la materia con ánimo de provocar un cambio futuro en la misma. En tal sentido acusa a la doctrina constitucional anterior de pecar de subjetivismo y de ser principalista en lugar de aplicar técnicas objetivas y estrictamente procesales:

“Frente a la laxitud de la doctrina seguida en las sentencias entiendo que los recursos utilizados en la vía judicial son los que son, según la genérica regulación legal y, o los que la parte considere útiles a su interés y que el agotamiento de los recursos no es una facultad, sino un requisito procesal de preceptiva observancia.”

II. Justicia Constitucional

b) Improcedencia del recurso de amparo electoral en los casos no expresamente previstos en la Ley (art. 49 LOREG)

En la **STC 49/2000, de 24 de febrero**, se aborda la impugnación de un acuerdo de la Junta Electoral Provincial en el que se pedía la subsanación de ciertos errores en la documentación presentada. Dicho acuerdo es recurrido ante el Juzgado de lo Contencioso que declara la inadmisibilidad del recurso, contra este Auto se interpone el recurso de amparo electoral.

El TC considera que, al no afectar a la proclamación de candidaturas –puesto que se subsanó y la documentación fue presentada en castellano– no puede hablarse de un verdadero amparo electoral sino, en todo caso, de un amparo ordinario por presunta lesión al art. 24.1 CE.

“El recurso de amparo electoral, como especificación, a su vez, del genérico recurso de amparo constitucional, tiene análogas limitaciones objetivas que los de los recursos jurisdiccionales que le sirven de presupuesto, según la definición de su ámbito en el Acuerdo de este TC de 20 de enero de 2000, art.1.1” (FJ 2º).

Hay Voto Particular en que considera que debía admitirse por entrar de lleno en el ámbito del art. 23 de la CE (**STC 49/2000, de 24 de febrero**).

c) Alcance de la obligación de remitir al Pleno las decisiones que se aparten de los precedentes jurisprudenciales (art. 13 LOTC): aplicación limitada en el recurso de amparo electoral

La **STC 48/2000, de 24 de febrero**, resuelve un caso idéntico al planteado en la STC 27/1996 pero en sentido opuesto –otorgando el amparo– debido a los cambios legislativos (incluso en el Estatuto de autonomía). La Sala no somete la cuestión al Pleno, como parecería exigir el art. 13 LOTC, y resuelve por sí misma justificándose en la perentoriedad típica del amparo electoral.

B) Control de constitucionalidad de normas con rango de ley

a) El ámbito y los límites de la cuestión interna de inconstitucionalidad son diferentes a los de la cuestión ordinaria (art. 55.2 LOTC)

STC 31/2000, de 3 de febrero. La vinculación al proceso previo es distinta en la cuestión ordinaria y en la cuestión interna. Ello porque en ésta el proceso previo ya ha sido resuelto y porque no es necesario plantearla tantas veces como en vía de amparo sea de aplicación una norma supuestamente inconstitucional, puesto que las demandas de amparo no elevan la cuestión al Pleno si el precepto ya ha sido impugnado con ocasión de un recurso de amparo anterior.

b) Pervivencia del objeto procesal pese a la derogación de la norma impugnada en una cuestión de inconstitucionalidad

En la **STC 46/2000, de 17 de febrero**, se afronta el problema de la pervivencia del objeto del proceso pese a la derogación de la norma impugnada, porque el proceso que originó la cuestión de inconstitucionalidad está todavía pendiente y no se ve afectado, en principio, por la derogación (FJ 2º). Por otra parte, respecto a la posibilidad de que se fundamente la declaración de inconstitucionalidad en un precepto constitucional diferente del referido en el auto de planteamiento de la cuestión (como alegaba el Ministerio fiscal), recuerda el TC que tal posibilidad le está permitida por el art. 39.2 LOTC. Aun así, no cabe, en principio, ampliar el canon de enjuiciamiento de la cuestión de inconstitucionalidad más allá del planteamiento efectuado por el órgano judicial, a no ser que concurran determinadas circunstancias que así lo aconsejen (FJ 3º).

c) En el trámite de audiencia a las partes, antes del planteamiento de la cuestión, es necesario identificar los preceptos legales y constitucionales afectados (art. 35.2 LOTC)

En la **STC 73/2000, de 14 de marzo**, se reitera la jurisprudencia sentada en el ATC 121/1998. La audiencia a las partes cumple la doble función de garantizar a éstas la posibilidad de hacer alegaciones antes de tomar una decisión de tanta entidad y facilitar el examen al TC sobre la viabilidad de la cuestión misma y el alcance del problema constitucional planteado. Por ello, el órgano cuestionante actuará correctamente si identifica los preceptos legales afectados y las normas constitucionales presuntamente infringidas y a ellas se ciñe el auto de planteamiento de la cuestión.

d) Nueva cuestión interna de inconstitucionalidad (art. 55.2 LOTC)

La **STC 47/2000, de 17 de febrero**, Pleno, otorga un amparo y decide plantear cuestión al Pleno contra los arts. 503 y 504 de la LECrim. De esta Sentencia damos cuenta en la crónica de derechos fundamentales. Conviene resaltar aquí la creciente utilización de la vía prevista en el art. 55.2 LOTC que faculta a las Salas del TC para plantear cuestiones internas al Pleno. En este caso, con entera propiedad podría hablarse de “autocuestión” puesto que el amparo es resuelto por el mismo Pleno.

3. CRITERIOS DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

A) La doctrina sobre la prohibición de leyes definitorias o interpretativas, con carácter abstracto y general, se enmarca exclusivamente en las reglas de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. No se aplica a la relación entre el legislador estatuyente y el legislador autonómico

La STC 15/2000, de 20 de enero, enjuicia un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Presidente del Gobierno contra una Ley Foral de Navarra por la que se modificó el art. 20.8 de la Ley del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Foral, relativo al procedimiento de elección del Presidente del Gobierno de Navarra. La demanda sostiene que se trata de una ley interpretativa de la Ley de Reintegración y Amejoramiento del Fuero de Navarra (LORAFNA), así como de una modificación del Estatuto efectuada al margen del procedimiento de reforma.

Las previsiones del citado Estatuto y de la Ley de Gobierno establecen que, si ningún candidato resultase investido Presidente, transcurrido el plazo de dos meses, el Presidente del Parlamento propondrá al candidato del partido que cuente con mayor número de escaños, y, en caso de empate, el que hubiere obtenido mayor número de votos. El precepto modificado por la ley impugnada añade a continuación de la expresión “partido político”, la cláusula “federación de partidos, agrupación o coalición electoral”; según la Exposición de Motivos, la nueva ley viene a aclarar el sentido de la palabra “partido”, añadiendo otras formas de concurrencia electoral legalmente permitidas.

Desde la perspectiva competencial, el Abogado del Estado afirma que la ley recurrida está viciada de incompetencia pues sitúa al legislador autonómico ordinario, un poder estatuido, al mismo nivel que el poder estatuyente o de reforma del Estatuto y reclama la aplicación de la doctrina emanada en la STC 76/1983 sobre el proyecto de LOAPA, donde se proclamó la incompetencia del legislador estatal ordinario para dictar normas interpretativas.

El Tribunal Constitucional reseña primero la jurisprudencia emanada, a partir de la STC 76/1983, sobre los límites intrínsecos de la potestad legislativa del Estado derivados de la necesidad de custodiar la distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos (SSTC 76/1983; 227/1988, el caso de la Ley de Aguas; 40/1998, Ley de Puertos). Y después recuerda que no puede sacarse de su contexto, pues la prohibición de leyes definitorias, con carácter abstracto y general, se enmarca en el terreno de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En suma, se resuelve que no resulta de aplicación a los hechos. Desde la perspectiva de las fuentes del Derecho, se concluye que no ha habido una reforma subrepticia de la LORAFNA, y, desde la sustantiva, que es una interpretación y un desarrollo legal conforme con los valores y principios a los que el proceso democrático sirve.

B) La competencia autonómica para establecer beneficios y exenciones fiscales se proyecta lógicamente sobre los tributos propios pero no respecto de los estatales

La STC 74/2000, de 16 de marzo, reitera la doctrina elaborada, con buen sentido jurídico, en la STC 176/1999, de 30 de septiembre, respecto de una análoga ley catalana: hay que interpretar los preceptos de leyes autonómicas que establezcan exenciones y beneficios fiscales de una manera natural y no forzada, entendiendo que en buena lógica se refieren exclusivamente a los tributos propios de la Comunidad Autónoma y no a los del Estado. Se impugnaba una Ley de la Región de Murcia de promoción y participación juvenil que concedía exenciones tributarias al Consejo de la Juventud.

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) Dilaciones indebidas. C) Interpretación rigurosa de cómputo de plazos y requisitos procesales por los Tribunales españoles contraria al artículo 6.1 del Convenio. D) Dos vulneraciones del derecho a la vida privada, una de ellas por omisión. E) Cuatro supuestos del artículo 10 (libertad de expresión). F) Un caso de vulneración del derecho de propiedad (artículo 1 del Protocolo núm. 1) con relación al

14. **3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** A) Tutela judicial efectiva. a) La frustración de una prueba imputable al órgano judicial es causa de indefensión. b) La tutela judicial exige un canon de motivación reforzado en las sentencias cuando ese derecho se encuentre conectado con el derecho a la vida. c) La ausencia de control judicial de la actividad administrativa atenta contra la interdicción de la indefensión. d) Una mera regla de competencia funcional no puede denegar el acceso a la jurisdicción. e) No hay indefensión por falta de emplazamiento personal cuando el interesado tenía conocimiento extraprocesal del asunto y manifestó falta de diligencia. f) Ley dictada para evitar la ejecución de una Sentencia. B) Libertad personal. a) Inconstitucionalidad de la vigente regulación de la adopción de la prisión provisional. b) Estricta aplicación del plazo máximo de la prisión provisional. C) Extensión de la doctrina “no hay derecho al insulto” a las relaciones entre funcionarios y sus superiores. D) Excesos de la crítica política cubiertos por la libertad de expresión. E) Diligencia debida del informador: insuficiencia de la remisión a fuentes indeterminadas para dar por cumplido el deber de diligencia del informador. F) Libertad de expresión y cargos de confianza: la facultad de remoción de cargos de confianza ha de ejercerse con respeto de los derechos fundamentales (en este caso las libertades de expresión y manifestación). G) Derecho de manifestación e interrupción de tráfico. H) Artículo 23.2: la facultad de presentación de enmiendas a proyectos de ley de aportaciones de las Diputaciones Forales no forma parte del contenido esencial de estos derechos. I) Artículo 23 y bilingüismo: uso del bable en la documentación electoral. J) Designación automática del Presidente de la

Diputación Foral de Navarra. K) Igualdad tributaria. **4. Jurisprudencia del Tribunal**

Supremo. A) Igualdad en la aplicación de la ley. B) Intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad. C) Intromisión ilegítima en el derecho al honor y libertad de información. D) Extranjeros y derecho de asilo. E) Control jurisdiccional de los actos políticos: extradición. F) Derecho a la igualdad y participación política. G) Derecho a la igualdad y defensa.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En esta crónica se analiza: la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos entre el 1 de enero y el 31 de marzo de 2000; la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, correspondiente a los núms. 1/2000, de 17 de enero a 74/2000, de 16 de marzo, y la del Tribunal Supremo, Salas Primera y Tercera, de noviembre y diciembre de 1999 y enero de 2000.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Introducción

Entre el 1 de enero y el 31 de marzo de 2000 el TEDH ha dictado un total de ciento treinta y dos Sentencias, de las que en siete se apreció la existencia de una excepción preliminar, veintidós terminaron por cancelación de la demanda (artículo 37 del Convenio), una con el rechazo de la revisión de la decisión de la Sala por parte de la Gran Sala (artículo 43 del Convenio). Hay, por tanto, ciento dos Sentencias de fondo.

B) Dilaciones indebidas

De ellas un número muy importante son Sentencias condenatorias por existencia de dilaciones indebidas en los procesos judiciales. En este sentido han sido condenados Dinamarca: *Kurt Nielsen contra Dinamarca*, de 15 de febrero, Chipre: *Papadopoulos contra Chipre*, de 21 de marzo, Grecia: *Agga contra Grecia*, de 25 de enero y *Protopapa y Marangou contra Grecia*, de 28 de marzo, Portugal: *Rodrigues Carolino contra Portugal*, de 11 de enero, *Fernandes Magro contra Portugal*, de 29 de febrero y *Conde contra Portugal*, de 23 de marzo, Francia en diez ocasiones y, sobre todo, Italia nada menos que en cincuenta y nueve casos.

Desde distintos puntos de vista merece la pena detenerse en las siguientes Sentencias:

Conde contra Portugal, de 23 de marzo. Pleito civil por la posesión de un inmueble. Cuatro años y siete meses aún no finalizado. Vulneración, *standard* que pondría en dificultad gran parte de nuestros procedimientos civiles.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Aldo y Jean-Baptiste Zanatta contra Francia, de 28 de marzo. Contencioso contra una expropiación por razón de utilidad pública. Seis años. Violación. Del mismo modo, el cumplimiento de este *standard* sería de difícil cumplimiento en España.

Gast y Popp contra Alemania, de 25 de febrero. Esta Sentencia es interesante, porque se aplica al Tribunal Constitucional Alemán. Considera que 3 años es un período razonable y que no ha existido violación.

Tres supuestos de denegación de pensión privilegiada, todos ellos contra Italia, y todos ellos de 8 de febrero, los casos **Ghezzi, Pio** y **Quinci**, con una duración, para una única instancia, respectivamente de 28 años y 5 meses, 27 años y 9 meses y 25 años y 11 meses.

A.B. contra Italia, de 8 de febrero. Es un caso de indemnización a un funcionario con una duración de cinco años y seis meses en una instancia. Es interesante sobre todo por el Voto particular formulado por el Magistrado Ferrari Bravo, que pone de manifiesto algunos de los inconvenientes de esta proliferación de condenas, y, en particular, el que los razonamientos sean cada vez más breves y se tengan en cuenta menos elementos. Por ejemplo, en esta ocasión se trataba de una demanda temeraria, que la Sentencia desestimaba cuando se produjo, nunca fue apelada y que el demandante solicitaba como indemnización por esta vía la totalidad de lo demandado en el pleito.

C) Interpretación rigurosa de cómputo de plazos y requisitos procesales por los Tribunales españoles contraria al artículo 6.1 del Convenio

Miragall Escolano y otros contra España, de 25 de enero. Diez farmacéuticos presentan demandas de indemnización contra la Administración como consecuencia de la declaración de nulidad de la orden que fijaba a la baja los márgenes de venta. El recurso se inadmite por extemporáneo, tomando como fecha (un año desde) la decisión del Tribunal Supremo declarando la nulidad y no la de la publicación de esta decisión en el BOE. Hay que tener en cuenta que no habían sido parte en el proceso de nulidad (el asunto es objeto de la STC 160/1997, de 2 de octubre, y se rechaza contra la opinión del fiscal y con tres votos particulares). El TEDH considera que se trata de una interpretación particularmente rigurosa de una regla de procedimiento que ha privado a los recurrentes del acceso a la jurisdicción, lo que es contrario al art. 6.1 del Convenio.

García Manibardo contra España, de 15 de febrero. Inadmisión de recurso de apelación por no consignación de la suma a la que había sido condenado en primera instancia (inadmitido a trámite por el Tribunal Constitucional el 10 de marzo de 1997). El Tribunal considera que se trata de una traba desproporcionada al acceso a la justicia (tiene en cuenta que ha tenido justicia gratuita) y que ha existido violación del art. 6.1.

D) Dos vulneraciones del derecho a la vida privada, una de ellas por omisión

Amann contra Suiza, de 16 de febrero. El recurrente es un comerciante de productos depilatorios. Recibe una llamada de la Embajada Soviética interesándose por uno de sus productos, que es interceptada y empieza una investigación sobre él, que se refleja en una

ficha policial. Años después tiene acceso parcial a esa información y solicita una reparación por haber sido fichado de manera irregular. Plantea una doble vulneración del artículo 8; por la forma en que se ha determinado la escucha telefónica y por la ficha en sí.

El recurrente afirma que el conjunto de las líneas telefónicas de la Embajada Soviética eran sometidas a escuchas de manera sistemática y al margen de toda sospecha concreta contra una persona determinada y en el contexto de un procedimiento judicial, como establece la ley... Que durante decenios, la policía había vigilado a los ciudadanos sin autorización por parte de un tribunal. El TEDH con base al caso *Kopp* contra Suiza, de 25 de marzo de 1998, afirma que la norma suiza que autorizaba ese tipo de escuchas no puede ser considerada ley a los efectos del artículo 8, por estar redactados en términos excesivamente amplios para satisfacer la exigencia de previsibilidad. Además, que la conservación por una autoridad pública de datos relativos a la vida privada de un individuo es una injerencia en los términos del art. 8.

Ignaccolo-Zenide contra Rumania, de 25 de enero. Es un conflicto entre padres por la custodia de los hijos, con intervención de varias jurisdicciones. La recurrente considera que las autoridades rumanas no han adoptado las medidas necesarias para asegurar la ejecución de las decisiones judiciales y que han vulnerado su derecho a la vida familiar.

El Tribunal señala que si bien es cierto que esencialmente el artículo 8 tiende a proteger a los individuos contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, sin embargo también genera obligaciones positivas de éstos para lograr un respeto efectivo de la vida familiar, entre las que se encuentra el que adopte medidas adecuadas para reunir a un padre con su hijo (entre otras, *Eriksson* contra Suecia de 22 de junio de 1989, *Margareta y Roger Andersson* contra Suecia de 25 de febrero de 1992); obligación que, sin embargo, no puede ser absoluta, ya que la reunión de un padre con sus hijos que conviven durante un cierto tiempo con el otro progenitor no puede tener lugar inmediatamente, y hay que lograr un cierto equilibrio entre ellos. En este caso concreto, se considera que, a pesar del margen de apreciación que tiene el Estado, las autoridades rumanas no han empleado los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho de la recurrente a que le sean devueltos sus niños, lo que implica desconocimiento de su derecho a una vida familiar garantizada por el artículo 8.

E) Cuatro supuestos del artículo 10 (libertad de expresión)

Fuentes Bobo contra España, de 29 de febrero. El recurrente es realizador de plantilla de TVE. En el contexto de un intento de racionalización de la plantilla, ve suprimido su programa sin que se le otorgue ningún otro cometido. Sus relaciones laborales son progresivamente más conflictivas y difunde entre sus compañeros un texto amenazando a los directores con la realización de serenatas nocturnas en sus domicilios. Recibe una primera sanción. Comentando su situación en un programa de la COPE afirma que los directores de TVE no respetan la Constitución, que hay enorme cantidad de irregularidades graves y ocultaciones, que creen que la TVE les pertenece y que “se cagan en el personal,

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

en los trabajadores”,... Como consecuencia de estas declaraciones es despedido el 15 de abril de 1994. Magistratura de trabajo lo declara nulo pero el TSJ afirma su validez. EL Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo (STC 204/1997) considerando que el ejercicio de la libertad de expresión no puede justificar sin más la utilización de expresiones insultantes, injuriosas o vejatorias que exceden el derecho de crítica y son atentatorias de la honorabilidad de la persona criticada. Además, recuerda que si bien la firma de un contrato de trabajo no priva a los recurrentes de los derechos reconocidos en la Constitución, y entre ellos el de difundir libremente sus ideas, sin embargo, sí provoca que declaraciones que en otro contexto serían legítimas no lo sean necesariamente en el marco de esa relación.

La Corte considera que los términos utilizados pueden ser considerados ofensivos y justifican sin ninguna duda una sanción bajo el ángulo del artículo 10 de la Convención. Sin embargo, señala que esas declaraciones se inscriben en el contexto de un conflicto laboral y un debate público sobre cuestiones de interés general relativo a la gestión de la televisión pública. Considera, además, que se le ha aplicado la máxima sanción prevista en el Estatuto de los trabajadores... de manera que si bien las razones invocadas por el Estado son pertinentes, no son suficientes para demostrar que la injerencia denunciada responde, teniendo en cuenta la gravedad de la sanción, a una “necesidad social imperiosa”, y que a pesar del margen de apreciación de las autoridades nacionales, no existe una relación razonable de proporcionalidad entre la sanción impuesta y la legítima finalidad perseguida con ella, por lo que concluye (en una votación 5 contra 2) que ha habido violación del artículo 10 del Convenio.

Özgür Gündem contra Turquía, de 16 de marzo. *Özgür Gündem*, era un periódico de Estambul que el gobierno consideró como el órgano de expresión del movimiento Kurdo independentista y terrorista, denominado PKK. Los recurrentes alegan que fueron objeto de graves medidas de acoso y agresión (incluidas las muertes de siete personas por desconocidos, incendios, agresiones armadas, etc., además se interviene el periódico por las autoridades con la detención de todos los presentes en el edificio –107 personas–, 41 secuestros de la edición en 1993, etc.) que le constriñeron a desaparecer. Acciones de las que las autoridades turcas eran directa o indirectamente responsables.

La Corte comienza por recordar que si bien muchas disposiciones de la Convención tienen como objeto esencial proteger a los individuos contra injerencias arbitrarias de las autoridades públicas, sin embargo, pueden, además, existir obligaciones positivas. Así recuerda en relación al artículo 8: *Gaskin contra Reino Unido*, de 7 de julio de 1989, *Árzté für das Leben contra Austria*, de 21 de junio de 1988, *Al McCann y otros contra el Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1995 y *Assenov y otros contra Bulgaria*, de 28 de octubre de 1998. Esta doctrina ha sido también establecida con relación al artículo 10 (*X e Y contra Países Bajos*, de 26 de marzo de 1985).

Para determinar si existe una obligación positiva es necesario tomar en consideración el justo equilibrio entre el interés general y los intereses de los individuos, ya que la extensión de esa obligación varía inevitablemente en función de las distintas situaciones de los Estados partes, y de las opciones en términos de prioridades y recursos. No pueden ser

interpretadas de manera que impongan a las autoridades una labor insoportable o excesiva (*Rees contra Reino Unido*, de 17 de octubre de 1986).

En este caso, las autoridades conocían que el periódico y sus colaboradores habían sido víctimas de actos violentos. Sin embargo, ninguna de sus peticiones de protección había recibido respuesta. La ausencia de medidas no se puede justificar por la convicción gubernamental de que el periódico y su personal fueran instrumentos al servicio del PKK, por lo que entiende que el Gobierno ha faltado a su obligación positiva de preservar la libertad de expresión del periódico, lo que unido al encautamiento y a los numerosos secuestros de la edición implica la existencia de vulneración del artículo 10.

Andreas Wabl contra Austria, de 21 de marzo. El recurrente, parlamentario verde, participa en una campaña contra el estacionamiento de aviones de caza en Graz. En el curso de la intervención policial es acusado de golpear a un policía. Un periódico de Graz informa del incidente, señalando, además, que el policía reclama que se le haga un test del SIDA. El recurrente afirma en una entrevista que se trata de periodismo nazi. Mientras tanto, el periódico es condenado a pagar una indemnización por considerarse difamación su información. Sin embargo, paralelamente, el recurrente es condenado a no volver a emplear la expresión “periodismo nazi” ni ninguna similar con relación al artículo publicado sobre él, por considerar que esa expresión excede los límites de una crítica aceptable.

La Corte considera que el reproche al periódico de practicar “periodismo nazi” era particularmente ofensivo y que no puede justificarse por el hecho de que el periódico hubiese publicado un artículo difamatorio sobre él, por lo que no existe vulneración del art. 10.

NewsVerlags GmbH & CoKG contra Austria, de 11 de enero. La revista *News* publicó unos artículos sobre una serie de cartas bombas enviadas a políticos y personas públicas en Austria en los que se hacía referencia a las actividades de la extrema derecha y, en particular, a un sospechoso detenido denominado B, cuya fotografía acompañaba el artículo. El sospechoso es descrito como patológicamente ambicioso, uno de los más violentos miembros del panorama neonazi y uno de los posibles sucesores del líder neonazi (condenado a prisión).

La Corte de apelación prohíbe al recurrente publicar la foto del sospechoso en conexión con los reportajes sobre la investigación sobre las cartas bombas, señalando que la publicación constituye no sólo un grave insulto, sino también una seria violación del principio de presunción de inocencia, lo que justifica la prohibición de la publicación de su foto mientras se desarrolla la investigación, tanto con relación a los textos sobre las cartas bombas como aisladamente. Esta decisión es confirmada por la Corte Suprema. Por fin, el asunto acaba con la condena al periódico de 50.000 chelines por haber violado la presunción de inocencia de B al publicar una foto en la que se refería a él como autor del envío de las cartas bombas.

El TEDH considera que se trata de una interferencia en la libertad de expresión, prescrita por la ley y que persigue una finalidad legítima, y se pregunta si es una limitación nece-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

saria. Valora elementos como que se trata de un asunto del mayor interés público, que B era un extremista de derechas y que había sido detenido por ello, que las fotos publicadas son en lugares públicos,... por lo que no puede entenderse que hay vulneración desde el punto de vista de la privacidad. Desde el punto de vista de la presunción de inocencia considera que la prohibición absoluta (parece que no en el contexto de los artículos sobre esas cartas bombas) de la publicación de las fotos va más allá de lo necesario para protegerla, y que no es proporcional, por lo que se ha vulnerado el artículo 10.

F) Un caso de vulneración del derecho de propiedad (artículo 1 del Protocolo núm. 1) con relación al 14

Mazurek contra Francia, de 1 de febrero. Problema hereditario entre un hijo legítimo y un adúlterino, que, como tal, sólo tiene derecho a 1/4 de la herencia, de acuerdo con el art. 760 del Código Civil. El recurrente alega vulneración de los artículos 8, 14 y 1 del Protocolo. El TEDH considera que se trata de una diferencia de trato no justificada, contraria al art. 1 del Protocolo, en combinación con el 14.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Tutela judicial efectiva

a) La frustración de una prueba imputable al órgano judicial es causa de indefensión

La STC 10/2000, de 17 de enero, Sala Primera, otorga el amparo promovido por una nacional armenia residente en España, después de ser desestimada por la Audiencia Nacional de Vizcaya su demanda de separación al no poderse hacer efectivas las diligencias probatorias por medio de comisiones rogatorias de petición de la legislación aplicable en Armenia. El derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) está íntimamente ligado al derecho a la tutela sin padecer indefensión (art. 24.1 CE). Para el TC, la conexión entre los dos apartados constitucionales es estrecha, ya que el problema se reducía a la obtención de una traducción fiable del texto de la legislación armenia sobre causas de separación matrimonial y divorcio, “con la consecuencia de impedir que quien la propuso y solicitó su colaboración en su práctica quede privado de un medio de prueba pertinente para su defensa y provocando con ello la desestimación de los pedimentos”; no siendo, sin embargo, lo relevante que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que dicha desestimación sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en derecho una efectiva denegación de la Justicia (FJ 2º). No es, para el Tribunal (FJ 3º), el que las evidentes dificultades de un país envuelto en conflictos bélicos y sin representación diplomática implique una dilación indebida en el proceso que pueda afectar a intereses de terceros, pues estos intereses, o no existen o han de estar claramente subordinados a la protección de la tutela judicial sin indefensión. Sin duda, desde nuestro punto de vista, en esta Sentencia el TC se muestra poco sensible al agotamiento de la paciencia del Juez ordinario en dar una salida a la situación de indefensión de la recurrente armenia (gastos de traducción a cargo de la gerencia, comisiones rogatorias extraviadas, envío de documen-

tación equivocada por parte de las autoridades rusas –el código es el de aplicación en Armenia– etc.)

b) La tutela judicial exige un canon de motivación reforzado en las sentencias cuando ese derecho se encuentre conectado con el derecho a la vida

La STC 25/2000, de 31 de enero, Sala Primera, otorga el amparo contra Autos del Juzgado de Instrucción de la Audiencia Provincial de A Coruña denegadores de petición de suspensión de ejecución de penas privativas de libertad por enfermedad grave e incurable. En este caso aunque las resoluciones “se ajustaron formalmente al deber de motivación al exteriorizar las razones de la decisión denegatoria, no puede entenderse que el fundamento de ésta, que en ellas aparece explicitado, constituya una razonable interpretación y aplicación al caso de las normas aplicables” (FJ 4º). Esto no implica que el TC analice cuál ha de ser la interpretación acertada de las normas jurídicas, pero sí procede que éste señale que una resolución fundada en derecho ha de exteriorizar “las razones por las cuales estimase, de un lado, si concierne o no el presupuesto habilitante de la suspensión específica –enfermedad muy grave con padecimientos incurables– y de otro, las que ponderen y justifiquen que, aun concurriendo el mencionado supuesto fáctico, es improcedente la suspensión atendiendo a las circunstancias individuales del penado, así como otros valores o bienes jurídicos comprometidos en la decisión” (mismo FJ).

c) La ausencia de control judicial de la actividad administrativa atenta contra la interdicción de la indefensión

La STC 31/2000, de 3 de febrero (Pleno) aborda una autocuestión de inconstitucionalidad, consecuencia de la STC 18/1994, de 20 de enero, en relación con el artículo 468.c) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar. El examen de constitucionalidad, que acaba declarando nula por inconstitucional dicha disposición, es abordado, entre otros preceptos constitucionales, desde la garantía del contenido múltiple del art. 24.1, bajo el común denominador de la interdicción de la indefensión, ya que, como afirma el Fiscal General del Estado “todo obstáculo que se oponga a tal acceso deberá ser reputado contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, pues ninguna protección del Juez puede obtener quien ni siquiera ha llegado a solicitarla”. Para el Alto Tribunal, en su FJ 4º, el régimen disciplinario para que se mantenga dentro del marco constitucional ha de estar dotado también de un sistema de tutela judicial que posibilite la revisión por órganos jurisdiccionales de las resoluciones adoptadas, pues las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales basadas en una relación de sujeción especial sólo son admisibles “en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial. Y en este sentido (continúa el Tribunal) es de señalar que el cometido de la acción disciplinaria militar ha de cumplir, y que puede justificar alguna limitación de las garantías procesales, no queda desvirtuado con el posterior ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva”.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

d) Una mera regla de competencia funcional no puede denegar el acceso a la jurisdicción

La STC 61/2000, de 13 de marzo (Sala Primera) otorga el amparo interpuesto por un ciudadano estadounidense que pretendió la modificación por los Tribunales españoles de una Sentencia de divorcio referida al régimen de visitas y alimentos de un Tribunal de Connecticut, por residir su ex cónyuge e hijos en España. El Juzgado de Primera Instancia de Madrid resolvió, mediante Auto, declarando falta de competencia para modificar dicha Sentencia, pues para la legislación española es cuestión de orden público que la modificación de las medidas derivadas de la separación o divorcio le corresponda al Juez que las dictó. El recurso de apelación ante la Audiencia Provincial acordó desestimarlo con similar fundamentación jurídica. Estamos ante un aspecto nuclear del art.24.1 CE como es el acceso a la jurisdicción. En su FJ 5º, el TC considera que las resoluciones “fundándose en una regla de competencia funcional, que reparte la competencia de los distintos Tribunales españoles, denegaron el acceso a la jurisdicción aplicando una norma ajena a la decisión adoptada (...) negar la posibilidad de obtener un pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales españoles sobre el fondo de la pretensión suscitada (...) no es que resulte desproporcionado respecto de los fines que justifican la existencia de causas legales que impiden el examen de fondo, sino que supone descartar cualquier relevancia de aquellos fines, tanto como de las reglas concretas que a éstos sirven”.

e) No hay indefensión por falta de emplazamiento personal cuando el interesado tenía conocimiento extraprocésal del asunto y manifestó falta de diligencia

La STC 62/2000, de 13 de marzo, Sala Segunda, denegó el amparo interpuesto por el Sindicato Central de Regantes del Acueducto Tajo-Segura alegando vulneración de la tutela judicial a causa de una indefensión material a la que se vio abocada dicha Corporación por falta de emplazamiento personal y directo. Probado el conocimiento extraprocésal del litigio que, a tenor de reiterada jurisprudencia, es causa suficiente para hacer decaer los eventuales efectos derivados de la falta de emplazamiento personal, el TC, en su FJ 4º, insiste además en el especial deber de diligencia exigible a una Corporación de Derecho Público, pues es razonable que se le imponga la carga de una particular atención, mediante la consulta de los diarios oficiales, ante eventuales impugnaciones, por lo que la falta de emplazamiento personal deviene irrelevante a los efectos de las pretensiones contenidas en la demanda de amparo.

f) Ley dictada para evitar la ejecución de una Sentencia

La STC 73/2000, de 14 de marzo (Pleno) desestima una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional contra preceptos de la Ley Foral de 17 de junio de 1996 de Espacios Naturales Protegidos de la Comunidad Foral, la cual, a juicio de la Sala, pretende cambiar el ordenamiento para ajustarlo a un acto declarado nulo por Sentencia firme anterior, referido a la resolución que aprobó el proyecto del embalse de Itoiz.

En lo que respecta a la eventual vulneración del art. 24.1 y, en concreto, del derecho a la ejecución del fallo de una Sentencia firme, el TC, en su FJ 9º, considera que la circuns-

tancia sobrevenida de la reforma legal “no es en sí misma lesiva del derecho a la ejecución de las Sentencias firmes que consagra el art. 24.1 CE, pues es suficiente recordar al respecto que, como ha declarado este Tribunal, el derecho a la ejecución de la Sentencia en sus propios términos no impide que en determinados supuestos ésta devenga legal o materialmente imposible, lo cual habrá de apreciarse por el órgano judicial en resolución motivada, pues el cumplimiento o ejecución de las Sentencias depende de las características de cada proceso y del contenido del fallo”.

La doctrina sustentada por el TEDH en lo que respecta a la exigencia de proporcionalidad de cualquier medida restrictiva o impeditiva del ejercicio de un derecho en relación con aquellos supuestos en los que se ha dictado una ley, cuyo efecto, directo es influir en el desenlace judicial de un litigio, es atinente al caso, como así se manifiesta en el FJ 10º.b). El Tribunal (FFJJ 13º y 14º) pasa a considerar si se produce lesión constitucional al extralimitarse el legislador a la hora de configurar la libertad, sus opciones y, en concreto, si existe la debida proporción entre el interés encarnado en el régimen jurídico de las zonas periféricas de protección de las reservas naturales que establece la referida Ley, y el concreto interés tutelado por el fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo; no encontrando el TC indicio o existencia de esta manifiesta desproporción que haga incurrir los preceptos cuestionados en inconstitucionalidad por vulneración del art. 24.1 CE.

B) Libertad personal

a) Inconstitucionalidad de la vigente regulación de la adopción de la prisión provisional

Su más importante Sentencia del trimestre es la **STC 47/2000, de 17 de febrero** (Pleno), en la que el TC otorga el amparo solicitado, planteándose cuestión interna de inconstitucionalidad; esta última desembocará previsiblemente en la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 503 y 504 LECrim, reguladores de la adopción de la prisión provisional.

Amparado en su profusa jurisprudencia anterior y, en especial, en la STC 128/1995, el TC examina: primero, si con el cumplimiento de los requisitos establecidos en los arts. 503 y 504 LECrim basta para entender cumplidas las exigencias constitucionales derivadas del art. 17 CE, y, segundo, si tales exigencias se han cumplido o no en el caso.

Según el TC, *prima facie*, la ley ni exige la presencia de un fin constitucionalmente legítimo para acordar la prisión provisional ni determina cuáles son los fines que permitan acordarla. Por añadidura, tampoco la previsión legal resultaría legítima por permitir acordar la prisión por el mero hecho de que el delito esté castigado con pena superior a la de prisión menor, sin que se exija ponderar las circunstancias personales de las cuales podrían deducirse que no hay riesgo de fuga. Otra posible tacha de inconstitucionalidad radica en la mención a la alarma social que por sí sola no puede justificar la prisión.

En el caso concreto, la motivación de las resoluciones judiciales acordando y confirmando la prisión provisional carecen de motivación suficiente pues ni se expresa el fin persegui-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

do ni, en consecuencia, la relación entre ese fin y la medida adoptada; tampoco se argumenta sobre las circunstancias personales del afectado en relación con la medida acordada.

La carencia de justificación suficiente, desde la perspectiva constitucional, de la medida de prisión lesiona el derecho de libertad personal. Concluye el TC que la vulneración del art. 17 CE por parte de los arts. 503 y 504 LECrim “ha podido ser determinante de las actuaciones inconstitucionales de los órganos judiciales”, y por ello se plantea cuestión de inconstitucionalidad relativa a esos preceptos.

b) Estricta aplicación del plazo máximo de la prisión provisional

Dos son las Sentencias (STC 71/2000, de 13 de marzo, y STC 72/2000, de 13 de marzo, ambas de la Sala Segunda, que se ocupan del plazo máximo de la prisión provisional y las dos resolviendo sendos recursos de amparo presentados por la misma persona, un súbdito francés, contra resoluciones judiciales que mantuvieron la prisión provisional del recurrente, decidida a efectos de extradición.

El TC invoca su reiterada doctrina y, en particular, la vertida en un caso análogo, en la STC 19/1999, según la cual se rechaza que el cómputo del plazo de prisión provisional deba quedar interrumpido mientras el demandante cumple condena por otra causa que impida la entrega, ya acordada en expediente de extradición, pues, si se admitiera tal interrupción, el límite temporal a la prisión provisional, integrado en el contenido del derecho a la libertad personal constitucionalmente garantizado, dependería de un elemento incierto como es el que simultáneamente el preso cumpla o no condena por otros hechos. No habiéndose prorrogado la prisión provisional dentro del plazo de dos años marcado por el art. 504 LECrim, se estima el amparo solicitado.

Recuerda el TC que son posibles otras medidas para asegurar que el actor permanezca a disposición del Juez.

c) Extensión de la doctrina “no hay derecho al insulto” a las relaciones entre funcionarios y sus superiores

El supuesto de hecho del proceso de amparo resuelto por la STC 6/2000, de 17 de enero, Sala Segunda, gira en torno a un escrito dirigido por vía interna a su superior por un examinador de tráfico; en dicho escrito se tachaba al destinatario de “falta de ver-güenza” además de criticar la organización anómala de un día de trabajo.

El TC se refiere a la condición de funcionario respecto de la cual ha de hacerse una interpretación casuística, pues no todas las relaciones de sujeción especial afecta por igual al ejercicio de derechos fundamentales. Pero en todo caso, el deber de respeto a un superior no puede oponerse al ejercicio de un derecho fundamental.

En este caso las críticas al superior están amparadas por la libertad de expresión, no así la desconsideración innecesaria y desconectada de los hechos. Se deniega el amparo.

D) Excesos de la crítica política cubiertos por la libertad de expresión

La STC 11/12000, de 17 de enero, Sala Primera, consideró legítima la expresión, proferida por el portavoz de la oposición en el ayuntamiento de Alicante: “El alcalde mintió en la declaración de bienes”. El TC aplica al caso su consolidada doctrina para acabar sosteniendo que la frase queda amparada constitucionalmente porque se acreditó que la declaración de bienes hecha por el Alcalde no coincidía con la realidad, aunque de esta falta de coincidencia no se derivara ninguna consecuencia delictiva.

E) Diligencia debida del informador: insuficiencia de la remisión a fuentes indeterminadas para dar por cumplido el deber de diligencia del informador

STC 21/2000, de 31 de enero, Sala Segunda. Los recurrentes en amparo impugnan los autos judiciales que acordaron el archivo de varias querellas presentadas contra periodistas del diario *El Mundo* por supuesto delito de calumnias.

El TC fija primero el alcance de su pronunciamiento en casos como éste, cuando las resoluciones impugnadas han tenido efectos absolutorios; tal alcance sólo puede ser declarativo, pues la comprobación de si concurren los elementos del tipo delictivo es asunto de estricta legalidad ordinaria. El TC deberá limitarse a verificar si la valoración de los derechos fundamentales en conflicto, realizada por el órgano judicial, es conforme a la Constitución.

En este caso se trata de comprobar si se da el requisito de la veracidad, es decir, si se cumplió el deber de diligencia por parte de los informadores. Considera el TC que sí se cumplió tal deber en la averiguación de si algunas empresas conocieron con anterioridad las condiciones del concurso de suministros militares, pero no se cumplió respecto de la información del supuesto pago de comisiones, pues sólo hubo una genérica remisión a fuentes indeterminadas. Como recuerda el TC, el deber de diligencia tiene su máxima intensidad cuando, como ocurre en este caso, se imputa un delito y se afecta, por tanto, a la presunción de inocencia. Además, algunos de los señalados como autores de los hechos no ostentaban la condición de cargos públicos. Al no darse el requisito de veracidad, se otorga el amparo con el alcance meramente declarativo.

En su Voto particular, el magistrado Vives Antón sostiene que debería haberse inadmitido el recurso remitiendo al recurrente a la vía civil, para no convertir el amparo en una vía a través de la cual las presuntas víctimas obtuvieran una mera valoración de su derecho.

F) Libertad de expresión y cargos de confianza: la facultad de remoción de cargos de confianza ha de ejercerse con respeto de los derechos fundamentales (en este caso las libertades de expresión y manifestación)

STC 29/2000, de 31 de enero, Sala Primera. El recurrente en amparo argumenta que su destitución como jefe del bloque de enfermería se debió a su participación en una concentración de trabajadores y a sus manifestaciones, críticas, en el marco de una protesta laboral.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Como el recurrente adujo indicios estimables de que en su destitución pudo haber lesión de derechos fundamentales, corresponde al Servicio Andaluz de Salud (SAS) la carga de probar que la destitución fue correcta y no constituyó una sanción encubierta. Lejos de probarlo, el SAS adujo únicamente la facultad de remoción del designado libremente y la pérdida de confianza “por haber participado —el actor— en la citada concentración o en haberse expresado de determinada manera”. Es decir, la propia resolución del SAS enlaza la decisión de destituir con el ejercicio de derechos fundamentales lo cual confirma que estamos ante su vulneración.

G) Derecho de manifestación e interrupción de tráfico

STC 42/2000, de 14 de febrero, Sala Segunda. Recurso de amparo interpuesto por quien fue sancionado por interrumpir el tráfico durante 45 minutos durante una manifestación debidamente comunicada a la autoridad competente.

El TC, recordando su consolidada doctrina, hace primero un análisis del derecho de reunión como cauce relevante del principio democrático participativo y subraya que su ejercicio, por su propia naturaleza, requiere la utilización de lugares de tránsito público, produciendo, por lo general, trastornos y restricciones de la circulación. Pero en una sociedad democrática, el espacio urbano no es sólo un ámbito de circulación sino también espacio de participación.

La interrupción del tráfico sólo sería ilegítima si pusiera en peligro personas o bienes, lo que no quedó probado en este caso. Se otorga, pues, el amparo.

H) Artículo 23.2: la facultad de presentación de enmiendas a proyectos de ley de aportaciones de las Diputaciones Forales no forma parte del contenido esencial de estos derechos

STC 27/2000, de 31 de enero, Sala Primera. Diputados de Izquierda Unida en el Parlamento vasco recurrieron en amparo contra la decisión de la Mesa del Parlamento de no admitir enmiendas de su grupo parlamentario a los proyectos de ley de aportaciones de las Diputaciones Forales a los presupuestos de la Comunidad Autónoma del País Vasco. La exclusión de enmiendas se inserta en un procedimiento especial para la aprobación de ese tipo de leyes y que modifica el establecido en el Reglamento del Parlamento Vasco, pero cuya constitucionalidad ya fue confirmada en la STC 76/1988, basándose en la naturaleza negociada o paccionada de los proyectos de ley de aportaciones. Se trata de leyes de aprobación de los acuerdos alcanzados entre las instituciones que integran el Consejo Vasco de Finanzas (Gobierno Vasco y Diputaciones Forales). En este contexto institucional, peculiar del País Vasco, el Parlamento sólo puede aprobar o rechazar el acuerdo sin posibilidad de enmendarlo.

El Reglamento parlamentario permite, sin embargo, diferentes manifestaciones de participación e iniciativa parlamentaria, suficientes para satisfacer el contenido esencial de los derechos reconocidos en el art. 23 CE. Derechos que como ha reiterado el TC, son de configuración legal. Se deniega el amparo.

I) Artículo 23 y bilingüismo: uso del bable en la documentación electoral

Dos Sentencias se ocupan del bable, la primera, la **STC 48/2000, de 24 de febrero**, Sala Segunda. El recurrente en amparo electoral (Andecha Astur) impugna una Sentencia confirmatoria de un acuerdo de la Junta Electoral del Principado de Asturias que denegó la proclamación de sus candidaturas al Congreso y al Senado por no presentar en castellano las declaraciones de aceptación de sus candidatos. La Sentencia impugnada se remite a la **STC 27/1996**, en la cual se resolvió un caso análogo denegando el amparo.

Las causas de exclusión de las candidaturas son taxativas, y ni el art. 46 ni el 47 de la LOREG hacen referencia al idioma. Por ello, cuando el derecho reconocido en el art. 23.2 se proyecta sobre el ejercicio del derecho de sufragio, adquiere una especial intensidad, obligando tanto a la Administración electoral como a los Tribunales a la interpretación de la legalidad más favorable a la eficacia de tales derechos.

En este caso, en comparación con el resuelto por la citada Sentencia 27/1996, las circunstancias son nuevas pues fue reformado, en 1999, el Estatuto de Autonomía de Asturias, cuyo art. 4 establece ahora que “El bable gozará de protección. Se promoverá su uso...” Antes, ya la Ley de Asturias 1/1998, reguladora del uso del bable estableció la promoción, entre otros, de su uso administrativo.

A la vista del nuevo contexto normativo, el TC modifica su jurisprudencia para reconocer el derecho a presentar la documentación electoral en bable.

La otra Sentencia que se ocupa del bable es la **STC 49/2000, de 24 de febrero**, Sala Segunda. En este caso, los recurrentes en amparo (Bloque de Izquierda Asturiana), a diferencia de lo acontecido en caso anterior con Andecha Astur, sí subsanaron a requerimiento de la Junta electoral y presentaron la documentación en castellano.

El TC deniega el amparo electoral por la limitación del objeto de este tipo de recurso. Queda abierto para los recurrentes la posibilidad de encauzar su pretensión a través del amparo constitucional ordinario.

J) Designación automática del Presidente de la Diputación Foral de Navarra

STC 15/2000, de 20 de enero (Pleno). El TC resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno contra la Ley Foral 1/1991, de 16 de marzo, por la que se modifica el art. 20.8 de la Ley Foral 23/1983. Este último precepto desarrolla el procedimiento de designación automática del presidente de la Diputación Foral previsto en el art. 29.3 de la Ley Orgánica de Amejoramiento del Fuero de Navarra (LORAFNA). Este precepto establece que transcurridos dos meses sin que ningún candidato hubiera obtenido la investidura del Parlamento, “será designado Presidente de la Diputación Foral el candidato del partido que tenga mayor número de escaños”.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

El art. 20.3 de la Ley 23/1983 regula con mayor detalle la designación automática estableciendo:

“El Presidente del Parlamento propondrá al Rey el nombramiento del candidato que designe el partido político que cuente con mayor número de escaños. En caso de empate en el número de escaños, el candidato será designado por el partido cuya lista hubiese obtenido mayor número de votos.”

La ley impugnada modifica esta última disposición citada para añadir, luego de la mención al “partido político”, menciones a “federación de partidos, agrupación o coalición electoral”, ampliando a estos grupos políticos la posibilidad de designación.

El TC rechaza la interpretación literal del art. 29.3 de la LORAFNA llevada a cabo por el abogado del Estado, para quien la mención a los partidos y sólo a ellos implica una explícita decisión de excluir a otras formaciones políticas, sobre la base, aventura el abogado del Estado, de la mayor cohesión ideológica y orgánica de los partidos.

El TC apuesta por una interpretación finalista y sistemática pues la interpretación del precitado art. 29.3:

“no resulta concordante con los principios y valores democráticos que informan el sistema ni con los derechos que se reconocen en el art. 23 CE que se presuponen mutuamente y aparecen como modalidades o variantes de un mismo principio de representación política” (FJ 8°).

Es, pues, el número de escaños o, en caso de empate, el de votos obtenidos, el elemento determinante en este procedimiento de designación y no el término “partido”.

Por lo demás, de la interpretación sistemática de los apartados 2 y 3 del art. 29 LORAFNA se desprende que si los “grupos políticos” a los que, así en general, incluye el apartado 2, junto con los partidos políticos, en los trámites de designación ordinaria de Presidente de la Diputación Foral, también deberán poder hacerlo en el procedimiento de designación automática. Otra solución interpretativa supondría una ventaja ilegítima para los partidos, contraria al principio democrático y a los derechos fundamentales reconocidos en el art. 23 CE. La norma impugnada viene a aclarar la cuestión de manera acorde con esos principios.

K) Igualdad tributaria

STC 46/2000, de 17 de febrero (Pleno) cuestión de inconstitucionalidad. Es la primera vez que el TC funda la declaración de inconstitucionalidad de una norma en su contradicción con la igualdad específica contemplada en el art. 31.1 CE. La norma anulada es el art. 27.6.2 de la Ley 44/1978, en la redacción que le dio el art. 84.1 de la Ley 37/1988, de Presupuestos Generales del Estado para 1989.

La norma anulada imponía a quienes tenían menor capacidad económica soportar una mayor carga tributaria que aquéllos con capacidad superior. Y ello porque los perceptores de rentas irregulares cuya parte regular de su base imponible era menor y no alcanzaba el rendimiento mínimo sometido a tributación estaban obligados a soportar mayor tributación que aquéllos, también perceptores de rentas irregulares cuyos rendimientos regulares excedían de ese mínimo legal (sin sobrepasar el nivel de rendimiento que les obligase a tributar por encima del ocho por ciento).

El precepto vulneraba el principio de capacidad económica (art. 31.1 CE): No se producía realmente un trato desigual contrario al art. 14 CE, que proscribía las diferencias de índole subjetiva, sino una desigualdad fundada en elementos objetivos, prohibida por el art. 31.1 CE. Porque la igualdad ante la ley tributaria es indisoluble de los principios de capacidad económica, generalidad, justicia y progresividad; y enlaza con el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Igualdad en la aplicación de la ley

STS, Sala Tercera, Sección Sexta, de 9 de noviembre de 1999. Reiteración de la doctrina constitucional acerca de la vulneración del derecho de igualdad cuando, ante supuestos sustancialmente iguales, un mismo órgano judicial resuelve en un sentido contrario a como venía resolviendo los casos anteriores, sin motivar el cambio de criterio, cambio que ha de tener, además, vocación de generalidad y de continuidad. Asimismo, se reproduce la doctrina del propio Tribunal Supremo acerca de que el principio de igual trato en aplicación de la Ley aconseja, a fin de evitar cualquier discriminación, incorporar, en los diferentes pleitos que puedan versar sobre idéntico objeto, los informes periciales emitidos en los procesos y ya sustanciados a fin de evitar contradicciones con los precedentes litigios entre las mismas partes u otras en situación equivalente en relación a hechos, fundamentos y pretensiones similares a fin, igualmente, de que no se pueda llegar a pronunciamientos distintos, salvo que se justifique suficientemente el apartamiento de la anterior doctrina. El TS aprecia la quiebra del derecho a la igualdad por cuanto en el supuesto examinado la Sala de instancia aplica un justiprecio notablemente distinto al fijado en otras Sentencias de la propia Sala para otra finca del mismo polígono con circunstancias determinantes del valor urbanístico esencialmente idénticas; sin justificar la diferencia de trato, pues se limita a razonar sobre el coeficiente de aprovechamiento que según el informe pericial considera aplicable.

B) Intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad

STS, Sala Primera, de 27 de enero de 2000. Supuesta intromisión originada por la publicación de una información periodística sobre la demandante con ocasión de la celebración del juicio oral por cuatro delitos de violación y dos de abusos deshonestos de los que era acusado el padre de una menor, con divulgación de los escritos de las acusaciones y la defensa. El TS estima que se trata de una información veraz, transcripción fiel de

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

los escritos de calificación del Ministerio Fiscal, sin comentario o valoración al respecto. Además, los periodistas no acuden al círculo íntimo y familiar de la demandante, sino que el conocimiento de los hechos les viene de la valoración que de ellos hacen quienes acusan y quienes defienden, por lo cual no puede apreciarse la intromisión ilegítima en el invocado derecho fundamental.

C) Intromisión ilegítima en el derecho al honor y libertad de información

STS, Sala Primera, de 30 de diciembre de 1999. Presunta vulneración por la publicación de ciertos pasajes contenidos en un libro que vinculan al demandante, como supuesto presidente de una sociedad que optaba a la concesión de un casino, a la actividad de narcotráfico. El TS considera que la lectura objetiva de los párrafos del libro no permiten atribuir al recurrente actividad alguna que pueda entrañar un juicio desfavorable para el mismo, con independencia de no ser cierto el cargo societario que se le atribuye y la innecesariedad de tal cita. La existencia de un error en el texto del libro al aparecer el nombre del demandante, cuando lo que se pretendía era referirse a su padre, no es suficiente por sí solo para apreciar la denunciada intromisión ilegítima en el citado derecho fundamental.

Por otro lado, en la STS, Sala Primera, de 31 de diciembre de 1999, se plantea un problema originado por la publicación en una revista de una información relativa al cese del demandante como responsable del sistema de seguridad y comunicaciones con las Embajadas, a consecuencia del presunto cobro de comisiones en la compra de material informático a una empresa alemana. Concurrencia de los requisitos del interés público de la noticia y de la veracidad de la información, sin que se hayan divulgado meros rumores, curiosidades o habladurías, siendo intrascendente que las actuaciones penales tramitadas a fin de investigar tales hechos hayan concluido sin formular acusación contra el recurrente.

Finalmente, la STS, Sala Primera, de 20 de noviembre de 1999, aborda un problema derivado de la publicación de una información en la que se imputaba al demandante la realización de actividades delictivas. Prevalencia del derecho al honor del recurrente por cuanto la información divulgada no cumplía el requisito de la veracidad, por no haber sido debidamente contrastada, ya que el periodista no desplegó la más mínima actividad diligente para su comprobación.

D) Extranjeros y derecho de asilo

STS, Sala Tercera, Sección Séptima, de 12 de noviembre de 1999. Aún cuando el demandante era miembro de un partido político de la oposición y ocupaba el cargo de coordinador en una ciudad, su detención vino determinada por su participación en una manifestación en la que se emplearon medios violentos, con alteración del orden público. En consecuencia, falta el presupuesto para que pueda aplicarse la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado, ya que no se ha acreditado que el recurrente fuera objeto de persecución política, pues de la circunstancia de haber sido arrestado judicialmente por participar en una manifestación delictiva no es indicio suficiente para ello, máxime cuando tal manifestación se organiza por un partido político que actuaba dentro de la normalidad parlamentaria.

E) Control jurisdiccional de los actos políticos: extradición

STS, Sala Tercera, Sección Séptima, de 26 de noviembre de 1999. Control jurisdiccional de un acuerdo del Consejo de Ministros que decide la entrega del recurrente a las Autoridades Francesas. Aplicación del principio del sometimiento de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, principio que excluye el reconocimiento de categorías exentas de control jurisdiccional. Control jurisdiccional de los elementos reglados judicialmente asequibles en los actos de los poderes públicos, sin invasión del ámbito de la discrecionalidad al invocarse indefensión y omisión del procedimiento legalmente establecido, al tratarse de aspectos procedimentales y de competencia que son reglados y susceptibles de control jurisdiccional. Inexistencia de indefensión al haberse observado las garantías del art. 24 CE predicables al procedimiento administrativo, al cumplirse los requisitos esenciales en la tramitación, y también en el ámbito judicial, sin privar al demandante de la oportunidad de formular las alegaciones que estimó pertinentes en ambas vías.

F) Derecho a la igualdad y participación política

STS, Sala Tercera, Sección Séptima, de 3 de diciembre de 1999. Denegación presunta del abono de las subvenciones por gastos electorales de la Coalición Herri Batasuna. Improcedente declaración de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por indebida aplicación por la Audiencia Nacional de la causa de inadmisibilidad prevista en el art. 40.a) LJCA de 1956, al tratarse de un acto que es reproducción de otro anterior, definitivo y firme por consentido. El incumplimiento por parte del Estado de la obligación de satisfacer los gastos electorales reclamados, implica una vulneración de los arts. 14 y 23.2 CE.

G) Derecho a la igualdad y defensa

STS, Sala Tercera, Sección Séptima, de 16 de noviembre de 1999. Inexistencia de discriminación en el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo que establece que el acceso de los Abogados a la sede del Tribunal Supremo tendrá lugar por las entradas laterales del edificio. La posición del abogado en el proceso es la garantizada en las normas reguladoras de las diferentes actuaciones judiciales y no resulta contrario al derecho de defensa. Tampoco resulta contrario al derecho a la igualdad el Acuerdo Gubernativo impugnado respecto a los Fiscales, abogados del Estado y otros grupos profesionales, ya que prestan servicio permanente en el Tribunal, lo que no acontece con los Abogados. En todo caso, no es la calidad o categoría de la profesión de tales grupos la que determina el criterio de acceso a la sede, sino el hecho objetivo de que estén destinados y presten sus servicios en el Tribunal Supremo.

JAVIER GARCÍA ROCA
ISABEL PERELLÓ
PABLO SANTOLAYA

RAÚL CANOSA
ALFREDO ALLUÉ
RAFAEL BUSTOS

IV. FUENTES DEL DERECHO

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Ley. A) Concepto de Ley: a) En el sistema de la Constitución de 1978 la Ley puede regular cualquier materia. b) Relación entre Estatuto de Autonomía y Ley autonómica. c) Interpretación de la Ley de acuerdo con los principios y valores constitucionales. B) Bases. a) No se exige invocar el título competencial que justifica la competencia. b) Ámbito de aplicación en relación con la regulación de las Haciendas Locales. c) Ámbito de aplicación en materia de función pública. d) Ámbito de aplicación en materia de caza. e) Ámbito de aplicación en relación con las relaciones interadministrativas (art. 149.1.18ª CE). f) Se excluye del art. 149.1.18ª CE la creación de entidades de carácter supramunicipal que es competencia autonómica, así como la creación de órganos auxiliares del Pleno de la Entidad Local. g) Las normas coyunturales carecen de carácter básico. h) No cabe distinguir los conceptos de bases, normas básicas o legislación básica. i) La remisión al Gobierno del desarrollo reglamentario de una norma básica no implica invasión del ámbito competencial de desarrollo de la Comunidad Autónoma salvo cualificadas excepciones. j) La regulación de las bases no cabe mediante norma de rango inferior a la Ley o al Real Decreto. k) La diversificación en tres niveles de la evaluación de impacto en la legislación canaria no infringe las bases estatales al no implicar una menor protección. C) Reserva de Ley Orgánica en relación con los Derechos Fundamentales al honor y a la intimidad. D) Reserva de Ley. a) Doctrina general. b) En materia de regulación de actividades profesionales (art. 36 CE). c) En materia tributaria (arts. 31.3 y 133 CE). d) En materia sancionadora (art. 25.1 CE). E) Clases de Leyes. a) Textos articulados: si incurren en *ultra vires* tienen rango reglamentario. b) Contenido de la Ley de Presupuestos (art. 134 CE). F) Control constitucional de la Ley. a) La elevación de una norma reglamentaria al rango de ley no excluye su fiscalización. b) Criterios para apreciar la vulneración del art. 24.1 CE por una Ley que impide la ejecución de una sentencia judicial. c) Régimen de aplicación del recurso de inconstitucionalidad y de la cuestión de inconstitucionalidad en relación con una Ley derogada sobrevenidamente.

3. Reglamento. A) Distinción entre acto y norma: criterio ordinalista; calificación

de los acuerdos sobre convocatoria de pruebas selectivas. B) Naturaleza jurídica de los planes: carácter reglamentario del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN).

C) Carácter técnico de los Reglamentos. D) Procedimiento de elaboración. a) Dictamen del Consejo de Estado: su omisión no puede ser invocada en la impugnación indirecta de Reglamentos ejecutivos; se exige en relación con los Reglamentos ejecutivos autonómicos cuando no haya órgano consultivo equivalente en la Comunidad Autónoma; la modificación de una norma reglamentaria con posterioridad al informe del Consejo de Estado exige un nuevo informe si se ha producido una alteración sustancial. b) Audiencia a las entidades interesadas: los Colegios Profesionales no lo son en la tramitación de los títulos de formación profesional; la denegación motivada de la ampliación del plazo para la audiencia es conforme a Derecho; no se refiere a la intervención de los Ayuntamientos.

c) Ausencia de memoria económica. d) Relevancia del informe del Consejo de Universidades. e) Ausencia de traslado del proyecto a los Ministros con antelación a la deliberación en el Consejo de Ministros. f) Publicación: según lo que disponga la legislación ordinaria aplicable. E) Tipos de Reglamentos. a) Reglamento independiente: está sometido al Estatuto de Autonomía y a todas las disposiciones legales vigentes.

b) Reglamento de desarrollo: complementa la Ley para que alcance su plena eficacia.

c) Ordenanza Local: competencia en materia de telecomunicaciones; competencia en materia de uso del euskera. F) Límites de la potestad reglamentaria. a) La autonomía universitaria exige que el Reglamento respete el ámbito propio de los Estatutos Universitarios.

b) Infracción de Ley. c) Infracción del Derecho Comunitario: necesidad de distinguir el efecto vinculante de las distintas normas comunitarias. d) Principio de irretroactividad de las normas. G) Control de los Reglamentos. a) Legitimación de la Federación de Municipios aunque la norma no afecte a todos los asociados. b) Plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo contra una disposición: el *die a quo* para el cómputo del plazo es la fecha de la publicación de la corrección de erratas. c) Impugnación indirecta: sólo tiene efectos entre las partes; no cabe impugnar indirectamente el proyecto de reparación al no tener carácter normativo; permite el acceso a casación de una cuestión de personal. d) Suspensión: el interés público en principio se opone a la suspensión de las disposiciones. e) Nulidad de las disposiciones de carácter general: efectos sobre los actos dictados a su amparo y sobre sus disposiciones de desarrollo. **4. Principios Generales del**

IV. Fuentes del Derecho

Derecho. A) Principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE): la arbitrariedad no se produce por la mera discrepancia política; la arbitrariedad supone la infracción del principio de igualdad. B) Principio de seguridad jurídica: no lo infringen las meras inco-recciones técnicas; el principio de confianza legítima que deriva del de seguridad jurídica se vincula a la exigencia de la previsibilidad de la actuación administrativa.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La jurisprudencia constitucional analizada abarca desde el BOE de 20 de enero de 2000 hasta el BOE de 4 de mayo de 2000. Destaca por su relevancia y extensión la **STC 233/1999, de 16 de diciembre** (BOE de 20 de enero de 2000) relativa a la Ley de Haciendas Locales que tiene especial interés en lo que se refiere a la pormenorizada definición jurídico-constitucional del concepto de bases, que justifica fundamentalmente la competencia del Estado en este ámbito.

También se reseñan varias Sentencias del Tribunal Constitucional sobre el contenido de la Ley de Presupuestos y la inclusión en la misma de la regulación de diversos tipos de retribuciones de funcionarios públicos: el relativismo de la jurisprudencia constitucional en esta materia conduce a una jurisprudencia contradictoria en supuestos similares así como a la presentación de diversos Votos Particulares que muestran las dificultades técnicas que plantea el análisis de esta cuestión.

La jurisprudencia contencioso-administrativa ha sido analizada hasta el mes de abril de 2000 (Ar. 600). En este ámbito se aportan una serie de sentencias que delimitan la competencia reguladora del reglamento frente a normas que proceden de organizaciones dotadas de autonomía para la gestión de sus intereses como los Municipios (Ordenanzas locales) o la Universidad (Estatutos universitarios). También destaca por su precisión la exposición de la relación entre la Ley y los Planes en relación con los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN) y la jurisprudencia relativa al concepto de reglamento de complemento de la Ley como vía para incorporar principios y criterios de Derecho Comunitario, que carecen de desarrollo en la Ley, al ser únicamente objeto de mención en la Exposición de Motivos de la misma.

2. LEY

A) Concepto de Ley

a) En el sistema de la Constitución de 1978 la Ley puede regular cualquier materia

No resulta en principio contrario a la Constitución que el legislador asuma una tarea que antes había encomendado al poder reglamentario. “Nuestro sistema constitucional desconoce algo parecido a una reserva reglamentaria, inaccesible al poder legislativo” (...)

de suerte que, dentro del marco de la Constitución y respetando sus específicas limitaciones, la Ley puede tener en nuestro Ordenamiento cualquier contenido y en modo alguno le está vedada la regulación de materias antes atribuidas al poder reglamentario” [STC 73/2000, de 14 de marzo (BOE de 14 de abril) FJ 15°].

b) Relación entre Estatuto de Autonomía y Ley autonómica

En la **STC 15/2000, de 20 de enero** (BOE 18 febrero) se plantea la posible inconstitucionalidad de una Ley autonómica que se limita a interpretar o precisar el alcance de los términos o conceptos utilizados por la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LORAFNA). El problema radica en determinar si la interpretación por parte de una Ley autonómica de un precepto estatutario incurre en inconstitucionalidad en virtud de la doctrina sentada en la STC 76/1983, de 5 de agosto (LOAPA) que prohíbe al legislador ordinario dictar “normas meramente interpretativas, cuyo exclusivo objeto sea precisar en un único sentido entre los varios posibles, qué deba atribuirse a un determinado concepto o precepto de la Constitución”. El Tribunal dispone que no se trata como en la citada Sentencia de una interpretación general y abstracta con pretensión de validez general, sino que se trata de un desarrollo normativo del Estatuto a través del cual el legislador foral trata “de determinar el sentido que cabe dar a un concepto o expresión estatutaria que no considera suficientemente clara y nítida” (FJ 4°).

c) Interpretación de la Ley de acuerdo con los principios y valores constitucionales

El método de interpretación de un texto legal que se considera preferente es el que resulte más acorde con los principios y valores constitucionales. En la **STC 15/2000, de 20 de enero** (BOE de 18 de febrero) FJ 8°, el Tribunal Constitucional establece que:

“la rígida interpretación literal que se propugna del término ‘partido’ prescinde de que el procedimiento de designación (...) del Presidente de la Diputación Foral no ha de ser considerado, como ya señalamos en la STC 16/1984, como un mero mecanismo técnico, sino que ha de insertarse en el orden de valores y principios a los que sirve, entre los que figuran el principio de legitimación democrática, base de nuestra ordenación jurídico-política (STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 3°) y la forma parlamentaria de Gobierno, los cuales han de inspirar de modo imprescindible las normas que lo regulan y la resolución de las cuestiones y dificultades que puedan plantear (FJ 6°).

El Tribunal Constitucional, en consecuencia estima que no es contrario al art. 29.3 LORAFNA la nueva redacción que la disposición legal impugnada ha dado al art. 20.8 de la Ley Foral 23/1983, de 11 de abril, en el sentido de adicionar al término “partidos políticos”, las expresiones “federación de partidos, agrupación o coalición electoral”.

B) Bases

a) No se exige invocar el título competencial que justifica la competencia

De la exigencia del principio de Ley formal en la determinación de las bases no se deriva para el legislador la obligación de invocar expresamente el título competencial que ampara sus leyes, ya que las competencias son indisponibles e irrenunciables, tanto para el legislador del Estado como para el de las Comunidades Autónomas. Fuera del ámbito de las bases como título competencial, tampoco está obligado el legislador estatal (o autonómico) a invocar el título que justifica su competencia; evidentemente, en el caso de que se produjera dicha referencia, la misma en modo alguno vincula al Tribunal Constitucional [STC 233/1999, de 16 de diciembre (BOE de 20 de enero de 2000) FJ 4º.a)].

b) Ámbito de aplicación en relación con la regulación de las Haciendas Locales

El art. 149.1.18.ª CE sólo permite al Estado ejercer competencias en materia de Haciendas Locales cuando su regulación suponga introducir modificaciones de alcance general en el régimen jurídico de la Administración Local o se dicte en garantía de la autonomía que ésta tiene constitucionalmente garantizada. En relación con esta materia la intervención del Estado se completa con el ejercicio de su competencia exclusiva en materia de Hacienda General (art. 149.1.14.ª CE) que permite la regulación de instituciones comunes a las distintas Haciendas o de medidas de coordinación entre la Hacienda Estatal y las Haciendas de las Corporaciones Locales, o cuando su finalidad sea la salvaguarda de las suficiencia financiera de las Haciendas Locales garantizada por el art. 142 CE en cuanto presupuesto indispensable para el ejercicio de la autonomía local constitucionalmente reconocido en los arts. 137, 140 y 141 CE [STC 223/1999, de 16 de diciembre (BOE de 20 de enero de 2000) FJ 4º.b)].

c) Ámbito de aplicación en materia de función pública

El Tribunal Supremo anula en Sentencia de 10 de diciembre de 1999, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 10017, determinados preceptos del Decreto 294/1992, de 27 de octubre, del Gobierno Vasco en cuanto se refiere al complemento de jornada normalizada y partida por ser contrario al art. 23.3.b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, que tiene carácter básico en cuanto al régimen estatutario de los funcionarios públicos.

d) Ámbito de aplicación en materia de caza

La prohibición de cazar becada en determinadas fechas establecida por RD 1095/1989, de 8 de septiembre, no tiene carácter básico por lo que no es nula la Orden de la Junta de Galicia que establece un plazo diferente (STS de 24 de noviembre de 1999, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 9525).

e) Ámbito de aplicación en relación con las relaciones interadministrativas (art. 149.1.18ª CE)

Corresponde al Estado al amparo de lo dispuesto por el art. 149.1.18ª CE establecer las reglas ordenadoras de las delegaciones de competencias locales a favor de otras Entidades o de las propias Comunidades Autónomas por ser un aspecto básico del régimen jurídico de las Administraciones Locales [STC 223/1999, de 16 de diciembre (BOE de 20 de enero de 2000) FJ 36º].

f) Se excluye del art. 149.1.18ª CE la creación de entidades de carácter supramunicipal que es competencia autonómica, así como la creación de órganos auxiliares del Pleno de la Entidad Local

La legislación básica estatal dictada al amparo del art.149.1.18ª CE en garantía de la autonomía local tiene como límite las competencias autonómicas y entre ellas la de no impedir la creación de entidades de carácter supramunicipal como son las comarcas y las áreas metropolitanas. Deberá ser la propia Comunidad Autónoma la que a la hora de proceder a la creación de tales entidades supramunicipales habrá de prever al mismo tiempo el régimen de recursos financieros aplicable a las mismas en el marco de sus propias competencias financieras, respetando las competencias que al Estado atribuye el art. 149.1.18ª CE [STC 233/1999, de 16 de diciembre (BOE de 20 de enero de 2000) FJ 37º].

La creación de órganos auxiliares del Pleno de la Entidad Local como la Unidad de Ordenación de Pagos o la Unidad Central de Tesorería que regula el art. 167.2 y 3 LHL, al referirse a órganos prescindibles dentro de la organización administrativa sobre la materia debe entenderse incardinada en la competencia autonómica de desarrollo de las bases estatales [STC 233/1999, de 16 de diciembre (BOE de 20 de enero de 2000) FJ 38º].

g) Las normas coyunturales carecen de carácter básico

Frente a la Ley 24/1983, de 21 de diciembre, de Medidas Urgentes de Saneamiento y Regulación de las Haciendas Locales, la Ley de Haciendas Locales (LHL) no constituye una “medida coyuntural”, sino que se trata de una ley en el sentido material del término, esto es, “un cuerpo de normas abstractas, destinadas a regular, con vocación de permanencia, un determinado género de relaciones, en este caso las atinentes a las Haciendas Locales”. El Tribunal Constitucional descarta aplicar el concepto de norma básica a lo que constituyen meras normas coyunturales [STC 233/1999, de 16 de diciembre (BOE de 20 de enero de 2000) FJ 38º].

h) No cabe distinguir los conceptos de bases, normas básicas o legislación básica

No hay ninguna categoría legislativa particular donde deban contenerse las “bases”, “legislación básica” o “normas básicas” del Estado a las que en diversas ocasiones y bajo todas estas denominaciones se refiere el art. 149.1 CE; la única exigencia derivada de la Constitución en

IV. Fuentes del Derecho

relación con la categoría jurídico-formal en que han de encontrarse contenidas las normas básicas o bases en general es que éstas se hallen, como regla general, en una Ley votada en Cortes (como, sin lugar a dudas, lo es la LHL). No existe por tanto ningún problema en admitir que una Ley que “sienta” bases (la LHL), según expresión de los recurrentes, pueda modificar una Ley de bases como la LRBR o modificar cualquier Ley ordinaria como la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas [STC 233/1999, de 16 de diciembre (BOE de 20 de enero de 2000) FJ 40º].

i) La remisión al Gobierno del desarrollo reglamentario de una norma básica no implica invasión del ámbito competencial de desarrollo de la Comunidad Autónoma salvo cualificadas excepciones

La Disposición Final, párrafo primero de la LHL que autoriza al Gobierno de la Nación para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y aplicación de la misma no invade la competencia autonómica de desarrollo y ejecución de las bases, ya que “semejante remisión genérica a la potestad reglamentaria del Gobierno sólo puede ser interpretada de conformidad con la Constitución, como habilitación para el ejercicio de aquella potestad normativa en las materias de competencia estatal (...) sin merma alguna de las que correspondan a las Comunidades Autónomas” [SSTC 227/1988, FJ 30º; 103/1989, FJ 8º.c)]. STC 233/1999, de 16 de diciembre (BOE de 20 de enero de 2000, FJ 43º).

j) La regulación de las bases no cabe mediante norma de rango inferior a la Ley o al Real Decreto

El título competencial “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica” (art. 149.1.13ª CE) atribuye al Estado una competencia de “dirección” de los distintos sectores y subsectores de la economía, siempre que las medidas tengan la suficiente relevancia económica. Según reiterada jurisprudencia constitucional, como excepción al principio de ley formal, el Gobierno puede hacer uso de la potestad reglamentaria para regular por Decreto alguno de los preceptos básicos de una materia, cuando resulten complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia sobre las bases, pero no se admite “salvo cualificadas excepciones” la regulación de las bases mediante norma de rango inferior a la Ley y al Real Decreto.

En la STC 242/1999, de 21 de diciembre (BOE de 20 de enero de 2000) se producen circunstancias específicas que permiten admitir la regulación de bases por Orden Ministerial: la aprobación de un Plan estatal de mejora de la competitividad turística (PLAN FUTURES) a través de Órdenes Ministeriales se justifica porque tuvo lugar la intervención directa del Congreso instando a la elaboración del Plan y posteriormente, su efectiva aprobación por el Gobierno de la Nación (FJ 9º).

k) La diversificación en tres niveles de la evaluación de impacto en la legislación canaria no infringe las bases estatales al no implicar una menor protección

La Ley Canaria 11/1990 diversifica en tres niveles de evaluación un elemento de la protección medioambiental que en la legislación básica del Estado se presenta con carácter

unitario. Esta regulación, “justificada 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”, por lo que la diversificación en tres niveles de evaluación no redundará en una menor protección del medio ambiente y por tanto no infringe las bases estatales [STC 90/2000, de 30 de marzo (BOE de 4 de mayo) FJ 7°].

C) Reserva de Ley Orgánica en relación con los Derechos Fundamentales al honor y a la intimidad

Los hechos con trascendencia tributaria que se pongan de manifiesto con ocasión de las inspecciones tributarias inciden en aspectos de la intimidad tutelada en el art. 18.1 CE (ya que los datos relativos a la situación económica de una persona entran dentro de la intimidad constitucionalmente protegida, ATC 462/1996, FJ 3°) lo cual no significa la exigencia de Ley Orgánica para la regulación de esta actividad. La reserva de Ley Orgánica se refiere al desarrollo de los Derechos Fundamentales, esto es, a la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio con las demás personas (STC 140/1986, FJ 5°); el art. 8.2.c) de la LHL no pretende el desarrollo del Derecho a la intimidad o al honor, sino que se limita a establecer un deber de colaboración entre las distintas Administraciones [STC 233/1999, de 16 de diciembre (BOE de 20 de enero de 2000) FJ 7°].

D) Reserva de Ley

a) Doctrina general

Las SSTS de 5 de noviembre de 1999, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 9294 y 9295, sistematizan la doctrina general de la reserva de ley en tres puntos:

“a) La Constitución prevé una serie importante de materias reservadas a la ley sobre las que la Administración no puede dictar normas reglamentarias sin la existencia previa de una norma legal, aunque no hay materias vedadas a la regulación de esta clase de norma (respetando, en su caso, el necesario rango de ley orgánica); o, dicho en otros términos, lo que, en principio, supone la reserva de ley es la prohibición de que materias objeto de la misma sean reguladas por reglamentos autónomos; b) En el ámbito de las materias reservadas a la ley no cabe conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, una habilitación en blanco que constituya, en realidad, una deslegalización de aquéllas. El principio de que se trata representa una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, por el que se asegura que ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependan exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos; c) El principio no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, en ámbitos objeto de reserva de ley, pero sí que supongan, como se ha señalado, una regulación reglamentaria independiente y no subordinada a la de la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador. Por consiguiente, dicha

IV. Fuentes del Derecho

reserva implica no sólo la necesidad de una ley previa habilitadora del reglamento, sino que tal ley contenga un mínimo contenido material, si bien, debe tenerse en cuenta que en la Constitución, desde el punto de vista de dicho contenido legal necesario, no hay una concepción global de la reserva de ley sino reservas de ley en las que tal contenido tiene un alcance diverso, adquiriendo su máxima exigencia en relación con los derechos fundamentales y con el diseño constitucional básico de los poderes del Estado.”

b) En materia de regulación de actividades profesionales (art. 36 CE)

Las SSTs de 5 de noviembre de 1999, Sala Cuarta, Sección Cuarta, Ar. 9294 y 9295, consideran que un reglamento (el RD 165/1997, de 7 de febrero, por el que se establecen los márgenes correspondientes a la dispensación al público de especialidades farmacéuticas de uso humano), no vulnera la reserva de ley prevista en el art. 36 CE, en relación al ejercicio de las profesiones tituladas, y ello, porque, con base en la jurisprudencia constitucional (SSTC 83/1984, 42/1986, 93/1992 y 111/1993) o la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencia de 17 de mayo de 1999, Ar. 4029, esta reserva de ley debe ser interpretada en el sentido de que la decisión constitucional comporta que deba ser una ley la que regule: “a) la existencia misma de una profesión titulada, es decir, de una profesión cuya posibilidad de ejercicio quede jurídicamente subordinada a la posesión de títulos concretos, b) los requisitos y títulos necesarios para su ejercicio y c) su contenido, o conjunto formal de las actividades que la integran” (en sentido similar, la STS de 8 de noviembre de 1999, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 9297).

Además, la reserva de ley del art. 36 CE sólo afecta a “las profesiones superiores universitarias, pero en modo alguno está sometida a reserva de ley la indicación de las correspondientes enseñanzas para obtener los títulos de técnico o de técnico superior, ni la referencia al sistema productivo y capacidades profesionales de quienes habiendo cursado las enseñanzas de formación profesional y hayan obtenido el correspondiente título se dediquen a la actividad profesional amparada por sus conocimientos y título obtenido; ni tampoco el contenido del RD 550/1995, que establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Anatomía Patológica y Citología” (STS de 29 de octubre de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 8775).

c) En materia tributaria (arts. 31.3 y 133 CE)

El principio *no taxation without representation* o de autoimposición de la comunidad sobre sí misma, exige reserva de ley en el establecimiento de tributos (arts. 31.3 y 133 CE) pero no en relación con la exigencia de que las Administraciones tributarias de los distintos niveles territoriales (Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales) se faciliten la información que mutuamente se soliciten [STC 233/1999, de 16 de diciembre (BOE de 20 de enero de 2000) FJ 7º].

La reserva de ley que establece el art. 133 CE para el estricto ámbito de los tributos y el art. 31.3 CE para las “prestaciones patrimoniales de carácter público” que constituyen una categoría más amplia en la que se integran los tributos (SSTC 185/1995, FJ 3º y

183/1997, FJ 15º), exige que la creación *ex novo* de un tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo se defina mediante ley; no obstante, se trata de una reserva relativa de ley que admite la colaboración del reglamento siempre que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley y siempre que la colaboración se produzca en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad (entre otras, SSTC 37/1981, 6/1983, 79/1985, 60/1986, 19/1987, 99/1987). El alcance de la reserva legal varía según se trate de impuestos o de otras figuras tributarias; en concreto, en relación con las tasas el Tribunal ya destacó la especial flexibilidad de la reserva de ley en su Sentencia 37/1981. El fundamento de la colaboración más intensa entre la Ley y el Reglamento en la regulación de las tasas (y otras prestaciones patrimoniales de carácter público a que se refiere el art. 31.1 CE) radica en “su carácter sinalagmático”, esto es en que no gravan directamente el patrimonio del particular sino que son fruto de la prestación de un servicio o actividad administrativa. En concreto, la reserva de ley es más intensa en la regulación de dichas prestaciones que en relación con otros elementos [STC 233/1999, de 16 de diciembre (BOE de 20 de enero 2000) FJ 9º].

Como se ha expuesto en los apartados anteriores, la reserva de ley tributaria es relativa, y, en concreto, en las contraprestaciones, fruto de la prestación de un servicio o actividad administrativa, la colaboración del reglamento “puede ser especialmente intensa en la fijación y modificación de las cuantías —estrechamente relacionadas con los costes concretos de los diversos servicios y actividades—”. No obstante, la ley debe determinar los elementos esenciales de los tributos, no siendo suficiente la fijación legal de un límite mínimo — el coste del servicio prestado o de la actividad realizada— ya que el principio de reserva de ley exige la fijación de un límite máximo de la prestación de carácter público o de los criterios para determinarlo. Esta exigencia sólo se refiere a los precios públicos por servicios o actividades que tengan naturaleza tributaria, esto es, los exigibles por servicios o actividades de solicitud o recepción obligatoria, de carácter indispensable o prestados en régimen de monopolio [STC 233/1999, de 16 de diciembre (BOE de 20 de enero de 2000) FJ 19º].

En virtud de la autonomía de los Entes Locales constitucionalmente garantizada y del carácter representativo del Pleno de la Corporación municipal es preciso que la Ley estatal atribuya a los Acuerdos dictados por éste (así, los acuerdos dimanantes del ejercicio de la potestad de ordenanza), un cierto ámbito de decisión acerca de los tributos propios del Municipio, entre los cuales se encuentran las tasas. Es evidente, sin embargo, que este ámbito de libre decisión de los Entes Locales —desde luego, mayor que el que pudiera relegarse a la normativa reglamentaria estatal—, no está exento de límites. Aunque los Acuerdos aprobados por el Pleno de la Corporación municipal cumplen las exigencias de autodisposición en el establecimiento de los deberes tributarios que latan en la reserva de ley tributaria, el legislador estatal debe configurar un marco que defina los elementos esenciales de los tributos que garantice la preservación de la unidad del ordenamiento y una básica igualdad de posición de los contribuyentes [STC 233/1999, de 16 de diciembre (BOE de 20 de enero de 2000) FJ 10º].

IV. Fuentes del Derecho

La base imponible es un elemento esencial del tributo y, en consecuencia debe ser regulada por Ley, lo cual no excluye la posibilidad de que el legislador remita a normas reglamentarias la concreta determinación de algunos de los elementos configuradores de la base. En este sentido, el art. 66.2 LHL que dispone que para “la determinación de la base imponible se tomará como valor de los bienes inmuebles el valor catastral que se fijará tomando como referencia el valor de mercado sin que pueda exceder de éste”, es conforme a la Constitución en la medida en que la Ley establece un límite cuantitativo máximo de la base imponible que en tanto que supone una remisión a criterios de naturaleza técnica debe entenderse suficiente para respetar la reserva de ley tributaria [STC 233/1999, de 16 de diciembre (BOE de 20 de enero de 2000) FJ 24°].

La fijación de un tipo de gravamen mínimo con autorización para su elevación hasta un límite dependiendo de la población de derecho de cada municipio es una técnica al servicio de la autonomía de los municipios que respeta el principio de reserva de ley [STC 233/1999, de 16 de diciembre (BOE de 20 de enero de 2000) FJ 26°].

d) En materia sancionadora (art. 25.1 CE)

El art. 25.1 CE reserva a la Ley la tipificación de los elementos esenciales de las infracciones administrativas y permite al Reglamento el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la Ley, según reiterada jurisprudencia constitucional (SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2° y 133/1999, de 15 de julio, FJ 2°, entre otras). En aplicación de la citada doctrina se declara inconstitucional el inciso del art. 142.n) de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en la medida en que atribuye “al poder reglamentario por entero y *ex novo* la definición de las conductas susceptibles de sanción”, ya que se trata de una tipificación “por remisión y en blanco”, que resulta contraria al art. 25.1 CE [STC 60/2000, de 2 marzo (BOE del 29) FFJJ 4° y 5°]. En Voto Particular el Magistrado Garrido Falla disiente de la decisión del Tribunal y estima que es preciso reivindicar la función colaboradora del Reglamento con respecto a la Ley en aquellos casos en que, como en el presente, “la remisión realizada por la Ley tiene límites precisos (calificación de la falta como leve y determinación de los destinatarios de la norma) y razonabilidad y cobertura legal del precepto reglamentario que impone la obligación cuyo incumplimiento conduce a la sanción que se discute”.

E) Clases de Leyes

a) Textos articulados: si incurren en *ultra vires* tienen rango reglamentario

Sólo en caso de que se sobrepase el límite de la delegación o se regule *ex novo* una materia es competente la jurisdicción contencioso-administrativa para su fiscalización pues la norma –o los preceptos correspondientes– quedaría reducida a un simple Reglamento; en ese caso el Tribunal debe determinar si dicha extralimitación es válida a la luz de lo dispuesto por el art. 97 CE que atribuye al Gobierno la potestad reglamentaria (SSTS de 9 de febrero de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 323 y de 10 de febrero de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 325).

b) Contenido de la Ley de Presupuestos (art. 134 CE)

La unificación de la edad determinante del acceso a la situación de segunda actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, constituye una norma que se refiere a un aspecto integrado en el régimen estatutario de la función pública como es la fijación de las causas determinantes del pase a una nueva situación administrativa. El hecho de que este cambio de situación administrativa tenga reflejo en el gasto no justifica su inclusión en la Ley de Presupuestos (art. 134.2 CE): ni se trata de una materia propia del contenido mínimo, necesario e indisponible de este tipo de leyes, ni tampoco se trata de una materia encuadrable en el contenido eventual de las mismas, ya que el elemento definitorio de la situación administrativa de segunda actividad no es el retributivo sino la modificación de la situación funcional por razón de la edad en un ámbito específico como es el Cuerpo Nacional de Policía [STC 234/1999, de 16 de diciembre (BOE de 20 de enero de 2000) FJ 5º]. En el mismo sentido, STSJ de Cantabria de 9 de noviembre de 1999, Ar. 4073.

La STC 32/2000, de 3 de febrero (BOE de 3 de marzo) plantea la idoneidad de la inclusión en la Ley de Presupuestos de la regulación de un complemento de destino para los funcionarios de carrera que hayan desempeñado altos cargos (art. 33.2 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991). El citado precepto no forma parte del contenido mínimo, necesario e indisponible de la Ley de Presupuestos ya que no representa la expresión cifrada de ingresos o la habilitación de gastos, pero sí cabe admitir que forma parte del contenido eventual de dicha Ley ya que tiene una relación inmediata y directa con los gastos que integran el Presupuesto, aunque sólo afecte a un número limitado de funcionarios. Aunque desde un punto de vista técnico la sede natural y más correcta de este tipo de regulaciones sería la legislación general en materia de funcionarios, el Tribunal reitera que su juicio no se refiere a la cualidad técnica del ordenamiento jurídico o a la oportunidad de las opciones adoptadas por el legislador (FJ 6º).

F) Control constitucional de la Ley**a) La elevación de una norma reglamentaria al rango de ley no excluye su fiscalización**

La elevación de una norma reglamentaria al rango de Ley no excluye su fiscalización ni por tanto la vulneración del art. 24.1 CE, sino que nuestro Ordenamiento ha previsto que sea deferida por los órganos jurisdiccionales al Tribunal Constitucional mediante la cuestión de inconstitucionalidad si dudan de la conformidad de tal norma con la Constitución. En última instancia, la decisión del constituyente sobre nuestro modelo de justicia constitucional, implica, como consecuencia por así decir normal, que el juicio de legalidad que corresponde a los órganos jurisdiccionales sea sustituido por un juicio de constitucionalidad; juicio en el que este Tribunal podrá apreciar si la finalidad de la ley es o no constitucionalmente legítima y además si entraña o no una manifiesta desproporción de los intereses en conflicto, esto es, si el legislador ha actuado dentro de los límites que establece la Constitución [STC 73/2000, de 14 de marzo (BOE de 14 de abril) FJ 16º].

IV. Fuentes del Derecho

b) Criterios para apreciar la vulneración del art. 24.1 CE por una Ley que impide la ejecución de una sentencia judicial

No tiene cabida en nuestra Constitución aquella Ley o el concreto régimen jurídico en ella establecido cuyo efecto sea el de sacrificar, de forma desproporcionada, el pronunciamiento contenido en el fallo de una resolución judicial firme; en estos casos, cuando de forma patente o manifiesta no exista la debida proporción entre el interés tutelado por el fallo a ejecutar y la aprobación de la nueva Ley se entiende producida una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) [STC 73/2000 de 14 de marzo (BOE de 14 de abril) FJ 11º].

c) Régimen de aplicación del recurso de inconstitucionalidad y de la cuestión de inconstitucionalidad en relación con una Ley derogada sobrevenida

En los recursos de inconstitucionalidad la pérdida de vigencia de un precepto legal ulterior a su impugnación sólo conlleva la desaparición del objeto de esa impugnación constitucional en los casos en los que pueda excluirse toda aplicación de la Ley derogada a hechos acaecidos con posterioridad a su pérdida de vigencia; en las cuestiones de inconstitucionalidad, al depender el fallo del proceso judicial precisamente de la resolución de la citada cuestión, resulta determinante la normativa vigente en aquel momento y, en consecuencia, resulta ineludible declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma cuestionada [STC 46/2000, de 17 de febrero (BOE de 17 de marzo) FJ 2º].

3. REGLAMENTO

A) Distinción entre acto y norma: criterio ordinalista; calificación de los acuerdos sobre convocatoria de pruebas selectivas

El Real Decreto (en concreto, el RD 950/1989, de 28 de julio) que declara de interés general la transformación económica y social de las zonas regables de Manchuela-Centro y Canal de Albacete es un acto administrativo. Reiterando su jurisprudencia anterior el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que “no estamos ante una disposición de carácter general sino ante un acto dirigido a una pluralidad indeterminada de sujetos (...). No incorpora propiamente un contenido normativo que se integre en el ordenamiento jurídico, con el establecimiento de derechos y obligaciones” (STS de 4 de octubre de 1999, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 8631).

La STS de 27 de octubre de 1999, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 8951, emplea los argumentos de la tesis ordinalista, siguiendo a reiterada jurisprudencia, para proceder a distinguir entre actos administrativos y normas jurídicas: “lo fundamental es decidir si nos hallamos ante la aplicación de una norma del ordenamiento –acto ordenado– que agota su eficacia, o si, por el contrario, se trata de un instrumento ordenador que, como tal, se integra en el ordenamiento jurídico, completándolo y erigiéndose en pauta rectora de ulteriores relaciones y situaciones jurídicas, y cuya eficacia no se agota

en una aplicación, sino que permanece, situada en un plano de abstracción”, considerando que el Acuerdo del Gobierno Valenciano de 11 de mayo de 1992 sobre aplicación del régimen retributivo del Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre, a los facultativos especialistas de cupo que no hubieran ejercido la opción de integración como facultativos especialistas de Distrito, es una norma jurídica en la medida en que innova el ordenamiento jurídico.

La misma orientación se observa en la **STSJ de Navarra, de 10 de noviembre de 1999** Ar. 4092, en la que se enjuició el Decreto Foral 100/1996, de 5 de febrero, por el que se declararon días inhábiles, a efectos de cómputo de plazos para el año 1996, en el ámbito de las entidades locales de Navarra. Para el Tribunal este acto jurídico es una disposición general en la medida en que nos encontramos “ante un mandato imperativo, por el que se determina los días que son hábiles e inhábiles a efectos de cómputos de plazos y dirigido a la generalidad de los ciudadanos de la comunidad foral. Por otra parte, es clara la voluntad del Gobierno de Navarra que lo dictó, nada más leer su Disposición Final: este Decreto Foral entrará en vigor (...) sólo las normas entran en vigor, en un momento determinado y despliegan su eficacia en tanto no se deroguen. Los actos administrativos no entran en vigor, sino que se ejecutan o llevan a cabo, se agotan con cumplimiento sin tener vocación de permanencia”.

Los acuerdos sobre convocatoria de pruebas selectivas y sus bases constituyen actos administrativos con destinatario plural, no normas reglamentarias (**ATS 12 de noviembre de 1999**, Sala Tercera, Sección Primera, Ar. 9950).

B) Naturaleza jurídica de los planes: carácter reglamentario del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN)

La **STSJ de Cantabria de 1 de junio de 1999**, Ar. 3288, estudia la legalidad del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN) de las Marismas de Santoña, Victoria y Joyel. Sobre la naturaleza jurídica de este plan, el Tribunal afirma que el PORN ostenta carácter reglamentario:

“las disposiciones de carácter general se insertan en el ordenamiento jurídico, que son elementos normativos ordenadores de la realidad con vocación de vigencia indefinida, que se dirigen a una pluralidad indeterminada de destinatarios y, en fin, que su cumplimiento no implica agotamiento o consunción sino, antes al contrario, la afirmación y consolidación de su naturaleza normativa (...) Cabe matizar, empero, que es una disposición de carácter general un tanto peculiar, de la misma manera que lo son los planes generales de ordenación urbana, cuya naturaleza reglamentaria no obsta a que algunas de sus determinaciones se correspondan más bien con las de los actos administrativos. Lo mismo es predicable del PORN. Y de igual manera que un plan general de ordenación urbana no es un reglamento ejecutivo de la Ley del Suelo, tampoco un PORN es (...), un Reglamento ejecutivo de la legislación básica estatal sobre espacios naturales protegidos”.

IV. Fuentes del Derecho

Y por ello, prosigue el Tribunal afirmando que el PORN:

“es una figura que, en virtud de una llamada legal, aplica la norma de conformidad con lo que ésta dispone, sin mengua de su capacidad de añadir contenidos adicionales al mínimo legalmente establecido. El plan es aplicación del bloque normativo del que trae causa y ordenación de los recursos naturales de un determinado espacio físico, nada más. Su condición de norma de carácter reglamentario no debe llevar a engaño o distorsión interpretativa sobre sus relaciones con la Ley 4/1989, que (...) no lo son de ejecución en el sentido que la expresión tiene cuando se trata de la identificación de si un reglamento es ejecutivo o no”.

C) Carácter técnico de los Reglamentos

Las SSTs de 5 de noviembre de 1999, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 9294 y 9295, consideran que el RD 165/1997, de 7 de febrero, por el que se establecen los márgenes correspondientes a la dispensación al público de especialidades farmacéuticas de uso humano, tiene la suficiente cobertura legal en la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento. El contenido técnico de la materia, justifica el carácter reglamentario de la norma, ya que desde esta perspectiva,

“resultaría disfuncional y alejado de la naturaleza de las cosas que algo que participa tanto de lo coyuntural como los porcentajes a aplicar como márgenes por la dispensación de medicamentos tuvieran que venir directamente fijados por una norma con rango de ley, cuando las necesidades de la intervención administrativa de los precios han de considerar datos esencialmente mutables y contingentes”.

D) Procedimiento de elaboración

a) Dictamen del Consejo de Estado: su omisión no puede ser invocada en la impugnación indirecta de Reglamentos ejecutivos; se exige en relación con los Reglamentos ejecutivos autonómicos cuando no haya órgano consultivo equivalente en la Comunidad Autónoma; la modificación de una norma reglamentaria con posterioridad al informe del Consejo de Estado exige un nuevo informe si se ha producido una alteración sustancial

La ausencia del dictamen del Consejo de Estado constituye un vicio formal predicable de la elaboración de disposiciones de carácter general, pero que no es susceptible de ser invocado en la impugnación indirecta de tales normas con arreglo a reiterada jurisprudencia (SSTs de 16 y 25 de noviembre de 1999, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 8653 y 8659).

La STS de 30 de octubre de 1999, Sala Cuarta, Sección Segunda, Ar. 9085, resuelve que “es motivo de nulidad de pleno Derecho la ausencia del dictamen mencionado en la elaboración de reglamentos ejecutivos, tratándose además de un defecto insubsanable” cuando no existe en la Comunidad Autónoma un órgano consultivo equivalente que emita dictamen. En el mismo sentido, SSTs de 15 de diciembre de 1999, Sala Cuarta, Sección Cuarta, Ar. 9462 y 9463.

Las modificaciones en normas reglamentarias ejecutivas de Ley con posterioridad al informe del Consejo de Estado exigen la emisión de un nuevo informe en el caso de que dichas modificaciones supongan una alteración sustancial del proyecto inicial: su omisión da lugar a la nulidad de la disposición. El Tribunal Supremo define cuándo se produce una alteración sustancial del proyecto desde dos puntos de vista, por la innovación que suponga respecto al texto considerado por el Órgano consultivo, así como por su importancia intrínseca (STS de 17 de enero de 2000, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 263).

b) Audiencia a las entidades interesadas: los Colegios Profesionales no lo son en la tramitación de los títulos de formación profesional; la denegación motivada de la ampliación del plazo para la audiencia es conforme a Derecho; no se refiere a la intervención de los Ayuntamientos

La falta de audiencia en el procedimiento de elaboración del RD 538/1995, de 7 de abril, que establece el título de Técnico Superior en Anatomía Patológica y Citología, no constituye una vulneración del art. 130.4 LPA, ni del art. 2.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, modificada por Ley 74/1978, de 26 de diciembre. El motivo se debe a que las disposiciones impugnadas se refieren a títulos de formación profesional, que no colisionan con los intereses de las organizaciones profesionales demandantes (STS de 29 de octubre de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 8775).

La denegación de ampliación de plazo para la emisión de informe dentro del trámite de audiencia a las entidades interesadas en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, no implica la nulidad de tal norma. Siendo motivada la denegación de la ampliación del plazo mencionado, “la Administración no está obligada en Derecho a atender las peticiones de ampliación de plazo para emitir informes cuando de por sí ello significa obstruir o demorar el procedimiento, especialmente cuando el petionario no da motivo o razón ninguna para que el plazo sea efectivamente ampliado” (STS de 8 de noviembre de 1999, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 9297).

No se refiere a la intervención de los Ayuntamientos sino a la participación de los ciudadanos a través de sus organizaciones representativas, asociaciones que no tengan carácter voluntario o colegios profesionales (SSTS de 26 de enero de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 70 y de 1 de febrero de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 219).

c) Ausencia de memoria económica

La constatación en el expediente del procedimiento de elaboración del reglamento de que no supone coste económico alguno por parte de la Administración Central o Autónoma sustituye a la memoria económica (SSTS de 18 de enero de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 18 y de 7 de febrero de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 379).

IV. Fuentes del Derecho

d) Relevancia del informe del Consejo de Universidades

En el procedimiento de elaboración del RD 778/1998, de 30 de abril, por el que se regula el tercer ciclo de estudios, título de Doctor y posgrado, no fueron acogidas algunas de las propuestas del Consejo de Universidades sin la existencia de una motivación suficiente. El Tribunal relativiza la trascendencia de esta omisión:

“con independencia de otras consideraciones referidas a la naturaleza de semejantes propuestas y al alcance de la motivación exigible en la elaboración de una norma reglamentaria, es lo cierto que la previsión final sobre el número mínimo de alumnos por programa aparece motivada con claridad al folio 80 del expediente administrativo y la relativa a la financiación al folio 81” (STS de 18 de enero de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 18).

e) Ausencia de traslado del proyecto a los Ministros con antelación a la deliberación en el Consejo de Ministros

La STS de 9 de febrero de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 323, entiende subsanada la omisión del trámite del reparto con antelación a los Ministros por su participación en la deliberación del Consejo de Ministros. Sobre la misma cuestión, también la STS de 10 de febrero de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 325.

f) Publicación: según lo que disponga la legislación ordinaria aplicable

El principio de publicidad de las normas (art. 9.3 CE) no exige necesariamente la publicación en un determinado periódico oficial sino que corresponde a la legislación ordinaria aplicable a cada caso la elección del medio (STS de 12 de enero de 2000, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 549).

E) Tipos de Reglamentos

a) Reglamento independiente: está sometido al Estatuto de Autonomía y a todas las disposiciones legales vigentes

El Tribunal Supremo rechaza que el Reglamento de la Actividad Pesquera y de las Artes y Aparejos de Pesca permisibles en Galicia aprobado por Decreto 262/1991, de 12 de julio, de la Xunta de Galicia vulnere el principio de reserva de ley formal ya que se dicta en el marco de lo dispuesto por el Estatuto de Autonomía de Galicia y demás disposiciones legales complementarias, sin que sea necesaria la preexistencia de Ley autonómica en la materia (SSTS de 15 de diciembre de 1999, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 9462 y 9463).

b) Reglamento de desarrollo: complementa la Ley para que alcance su plena eficacia

La Disposición Adicional Segunda de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones faculta al Gobierno para dictar las normas reglamentarias que requie-

ran el desarrollo y aplicación de la Ley: este precepto exige, para el Tribunal Supremo, que la potestad reglamentaria “no puede quedar constreñida a la simple reproducción y aclaración de la norma delegante, (...) sino que hay que complementarla en la medida en que sea indispensable para que aquélla adquiera su plena efectividad”. El Tribunal establece que para complementar la Ley “no basta acudir a lo expresamente previsto en la Ley habilitante” sino que ha de tenerse en cuenta “la finalidad que se persigue con su dictado” y “cuál es el marco en que dicha Ley se dicta”. Este planteamiento justifica para el Tribunal Supremo admitir la incorporación al Derecho español de criterios establecidos en las disposiciones comunitarias “que aunque no se han explicitado en la Ley, están inmersos en la misma y responden a principios ya asumidos en el Derecho europeo en que la Ley se inserta” (STS de 2 de febrero de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 319).

c) Ordenanza Local: competencia en materia de telecomunicaciones; competencia en materia de uso del euskera

La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio respecto a la utilización del demanio municipal que exija el tendido de redes, cables, instalaciones o canalizaciones. En este sentido, los Ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para las nuevas redes de telecomunicaciones y regular los requisitos para realizar las correspondientes instalaciones mediante ordenanzas o reglamentos. Las limitaciones que mediante ordenanza se impongan a los operadores deben respetar el principio de proporcionalidad (STS de 24 de enero de 2000, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 331).

La Ordenanza del Ayuntamiento de Lekeitio reguladora de la tipología de los municipios vasco-parlantes, se aplica para desarrollar el uso del euskera en la Administración municipal y potenciarlo en el Municipio. El Tribunal admite la constitucionalidad de la disposición que exige a los funcionarios municipales capacidad para llevar a cabo su actividad en euskera, pero rechaza la previsión de que la enseñanza no universitaria que se imparte en el Municipio se verifique únicamente en euskera, así como la exclusiva utilización del euskera en todos los impresos, documentos, señales, etc., por infringir los arts. 3.1 y 14 CE (STS de 26 de enero de 2000, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 392).

F) Límites de la potestad reglamentaria

a) La autonomía universitaria exige que el Reglamento respete el ámbito propio de los Estatutos Universitarios

La autonomía universitaria atribuye a la Universidad plena capacidad de decisión en aquellos aspectos que no son objeto de regulación específica por la Ley a que remite el art. 27.10 CE, si bien pueden existir más limitaciones derivadas del ejercicio de otros derechos fundamentales o del establecimiento de un sistema universitario nacional que exige instancias coordinadoras. El Reglamento que regula los estudios de tercer ciclo (RD 778/1998, de 30 de abril) no invade la autonomía universitaria al establecer los crite-

IV. Fuentes del Derecho

rios que han de seguir las universidades para que los estudios de tercer ciclo permitan la obtención del título de doctorado, dado que la pormenorizada exposición de los criterios o directrices en esta materia se exige con el fin de obtener su común aplicación en todas ellas en materia de competencia estatal por lo que se respeta un ámbito suficiente para la regulación de los Estatutos.

Tampoco invade la autonomía universitaria la Disposición Final Primera del citado Reglamento que incide en las funciones de los claustros al atribuirles la posibilidad de posponer la entrada en vigor de la norma reglamentaria (SSTS de 18 de enero de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 18 y de 27 de enero de 2000, Sala Cuarta, Sección Tercera, Ar. 134).

b) Infracción de Ley

Mediante Orden Ministerial se altera la cuantía de la aportación que deben realizar los beneficiarios de la Seguridad Social para que se sufrague el coste de determinados medicamentos. El Tribunal anula dicha regulación ya que el art. 107.1 de la Ley de Seguridad Social dispone que la fijación de la cuantía es competencia del Consejo de Ministros (STS de 20 de enero de 2000, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 388).

c) Infracción del Derecho Comunitario: necesidad de distinguir el efecto vinculante de las distintas normas comunitarias

La Orden de 29 de octubre de 1991 de la Consejería de Pesca de la Comunidad Autónoma de Galicia que regula ayudas por paralización temporal de determinadas embarcaciones pesqueras infringe los Reglamentos 3944/90/CEE y 4028/86/CEE, por lo que es declarado nulo por el Tribunal Supremo (STS de 11 de noviembre de 1999, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 9515).

El RD 782/1998, de 30 de abril, sobre envases o residuos de envases no infringe la Directiva 94/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 1994 así como la Resolución del Consejo de 24 de febrero de 1997, ya que estas normas no contienen una determinación concreta de cantidades de estos residuos de envases a reducir (STS de 19 de enero de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 20).

d) Principio de irretroactividad de las normas

A este respecto, es interesante la STS de 15 de noviembre de 1999, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 9298, que resume la doctrina jurisprudencial sobre el principio de retroactividad de las normas. Según la citada Sentencia resultan ineficaces, con nulidad absoluta, las normas reglamentarias retroactivas que sean restrictivas de derechos individuales (STS de 26 de febrero de 1999, Ar. 1823). Por otra parte, es bien conocida la diferencia de los distintos niveles o grados de retroactividad: retroactividad de grado máximo, que aplica la nueva norma a la relación o situación básica creada bajo el imperio de la norma antigua y a todos sus efectos consumados o no; retroactividad de grado medio, en la que la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agota-

dos, y, retroacción de grado mínimo, en la que la nueva normativa sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior norma. Esta retroactividad de carácter mínimo, en la que se pretenden anudar efectos *ex novo* a situaciones producidas con anterioridad a la propia norma, es aceptada pacíficamente por el TC y por este Alto Tribunal, ya que se trata de una retroactividad impropia, en la que la norma incide sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas.

G) Control de los Reglamentos

a) Legitimación de la Federación de Municipios aunque la norma no afecte a todos los asociados

La Federación de Municipios está legitimada para impugnar el RD 2346/1998, de 23 de octubre, alterando el régimen concesional de una autopista de peaje. Para el Tribunal Supremo, la Federación no estaría legitimada para la protección del interés de un solo miembro, pero sí cuando se afecte el de un número de ellos que justifique una acción conjunta en interés de varios (ATS 23 de noviembre de 1999, Ar. 10197).

b) Plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo contra una disposición: el *dies a quo* para el cómputo del plazo es la fecha de la publicación de la corrección de erratas

En la STS de 18 de enero de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 18, se establece que el *dies a quo* para el cómputo del plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo es el día de la última publicación de corrección de erratas de la norma que determinaba la modificación del sentido de al menos uno de los artículos impugnados.

c) Impugnación indirecta: sólo tiene efectos entre las partes; no cabe impugnar indirectamente el proyecto de reparcelación al no tener carácter normativo; permite el acceso a casación de una cuestión de personal

La reclamación de una determinada cantidad de un complemento de destino de un funcionario público de la Comunidad Autónoma del País Vasco constituye una cuestión de personal exceptuada del acceso a la casación. No obstante en principio se admite la interposición de un recurso de casación en los casos en que se plantea un recurso contencioso-administrativo de impugnación indirecta de una norma: el fundamento de la impugnación reside en la inaplicación de la normativa reglamentaria específica que regula el complemento de destino de la parte recurrente. Sin embargo, en el supuesto que resuelve la STS de 18 de enero de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 17, no se admite el acceso a la casación por tratarse de la impugnación indirecta de un acto de la Administración autonómica que se basa en la infracción de normas autonómicas. La LJCA exige que la normativa aplicable en estos supuestos no emana de los órganos autonómicos para admitir el acceso a la casación.

IV. Fuentes del Derecho

Las impugnaciones indirectas sólo producen efecto entre las partes, por lo que la impugnación de las liquidaciones por Desgravación Fiscal a la Exportación no anulan el Real Decreto que aplican (STS de 20 de enero de 2000, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 44).

Al contrario de lo que sucede con el recurso directo contra disposiciones de carácter general, en el que el objeto del recurso es la propia norma y cuyos efectos son la declaración de nulidad de tal disposición, en el caso de los recursos indirectos, este efecto no se produce, a pesar de que el fundamento de ambos recursos sea el mismo, esto es, la conformidad a Derecho de la norma reglamentaria [SSTS de 11 de noviembre de 1999, Ar. 7913 y de 8 de noviembre de 1999, Ar. 9088, Sala Tercera, Sección Segunda].

En el caso de impugnación indirecta de disposiciones de carácter general la Sentencia no tiene efectos *erga omnes*, sino exclusivamente sobre las partes personadas en los respectivos recursos (STS de 25 de noviembre de 1999, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 8659). La STS de 5 de enero de 2000, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 1, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el otorgamiento de una licencia de obras basándose en que constituye una aplicación de un proyecto de reparcelación que adolece de un vicio de nulidad absoluta al haberse omitido los trámites esenciales del procedimiento. El Tribunal desestima el recurso basándose en que el proyecto de reparcelación no constituye una norma jurídica por lo que no cabe plantear un procedimiento de impugnación indirecta.

d) Suspensión: el interés público en principio se opone a la suspensión de las disposiciones

La denegación de la suspensión del Decreto 68/1996, de 6 de noviembre, del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias sobre órganos rectores de Cajas de Ahorros se fundamenta en que la ponderación del interés público en la toma de la decisión de la medida cautelar no es contraria al interés público que justifica la decisión así como porque también es innegable el interés público que por principio subyace en la no suspensión de la ejecutividad de una disposición de carácter general (STS de 8 de febrero de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 75).

e) Nulidad de las disposiciones de carácter general: efectos sobre los actos dictados a su amparo y sobre sus disposiciones de desarrollo

La nulidad de una disposición de carácter general se comunica a todos los actos administrativos que en la disposición anulada:

“encontraran su cobertura legal y, además, con la eficacia *ex tunc* y con la imprescriptibilidad de las posibilidades de impugnación que es característica de la nulidad de tal naturaleza. A este respecto el Tribunal Constitucional ha declarado (STC 45/1989, de 20 de febrero), que no sólo deben declararse no susceptibles de revisión las situaciones decididas mediante sentencia con eficacia de cosa juzgada, sino también –por exigencias del mencionado principio de seguridad jurídica– las derivadas de actuaciones administrativas que hubieran ganado esa condición –la firmeza, se entiende– en su ámbito. Y todo ello con la

finalidad de evitar que resulte de peor condición quien acudió a los Tribunales, sin éxito, en impugnación de actos aplicativos de disposiciones administrativas declaradas nulas con fundamento en que vulneraban o contradecían otras de rango superior, que quien, teniendo la misma posibilidad, consintió la resolución administrativa que las aplicaba. En el primer caso hay actos que siguen siendo válidos pese a haberse dictado en virtud de una disposición que se entendió nula: los anteriores a la sentencia anulatoria que hubieran quedado firmes. En el segundo siguen siendo válidos todos, excepto el específicamente impugnado y anulado” (STS de 25 de noviembre de 1999, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 8659).

En la STS de 30 de octubre de 1999, Sala Cuarta, Sección Segunda, Ar. 9085, el Tribunal estudia la legalidad del Decreto 81/1992, de 5 de diciembre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, que aprobó el Reglamento para el desarrollo de la Ley 12/1991, de 20 de diciembre, reguladora del impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente, y de la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de 23 de noviembre de 1992, dictada en desarrollo del citado Decreto. No obstante, el Tribunal recuerda que tal Decreto ya había sido declarado nulo por la STS de 3 de junio de 1996, Ar. 4923, por lo que ello le lleva a afirmar que:

“en principio, el presente recurso habría perdido su objeto, habida cuenta que la anulación de las disposiciones administrativas de rango o categoría inferior a la ley mediante recursos directos, como el que la Sala de instancia resolvió con fundamento en los arts. 39.1 de la Ley Jurisdiccional aquí aplicable y 74.1.b) LOPJ, produce el efecto de expulsar del ordenamiento las disposiciones anuladas”.

Sin embargo, ante la declaración de legalidad del mencionado Decreto por la Sala de instancia y la inexistencia de una declaración de nulidad de la Orden impugnada, corresponde la estimación del recurso, anulando la Sentencia recurrida “y la necesidad no de anular una vez más lo que está anulado, sino de haberse de estar al fallo anulatorio ya producido, con la consecuencia, esta vez como pronunciamiento nuevo, de la anulación de la Orden antes mencionada (...) que, lógicamente, está vinculada a la misma suerte que el Reglamento al que se refiere”. En el mismo sentido, STS de 13 de diciembre de 1999, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 10043.

4. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

A) Principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE): la arbitrariedad no se produce por la mera discrepancia política; la arbitrariedad supone la infracción del principio de igualdad

La calificación de arbitraria a una Ley a los efectos del art. 9.3 CE exige una cierta prudencia, según el Tribunal Constitucional: el análisis se debe centrar en verificar si tal precepto establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien si carece de toda explicación racional, sin que sea pertinente un análisis a

IV. Fuentes del Derecho

fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias. Para el Tribunal Constitucional, quien alega la arbitrariedad de la ley debe, conforme a sus criterios, razonarlo en detalle y ofrecer una demostración en principio convincente, por lo que si el poder legislativo opta por una configuración legal de una determinada materia o sector del ordenamiento, no es suficiente la mera discrepancia política —ínsita en otra opción— para tachar a la primera de arbitraria, confundiendo lo que es arbitrio legítimo con capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o distorsión en los efectos legales [STC 233/1999, de 16 de diciembre (BOE de 20 de enero de 2000) FJ 12º y STC 73/2000, de 14 de marzo (BOE de 14 de abril) FFJJ 4º y 5º].

La modificación legal del régimen jurídico relativo a las zonas periféricas de protección de las Reservas naturales establecido por la Ley Foral Navarra 9/1996, impide la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1997 que anulaba el Proyecto [STC 73/2000 de 14 de marzo (BOE de 14 de abril) FJ 7º] en la parte que afectaba a 500 metros de la zona de protección de las Reservas Naturales RN 9, 10 y 11; como consecuencia del nuevo marco legal las Reservas Naturales carecen de zona de protección. El Tribunal entiende que resulta difícil admitir que la Ley cuestionada incurra en arbitrariedad, pues es claro que lo contrario supondría constreñir indebidamente la legítima opción del legislador de modificar, en todo o en parte, la regulación jurídica de una determinada materia o de un determinado sector del ordenamiento y conduciría en última instancia, a la petrificación de cualquier régimen normativo tan pronto se hubiera dictado una Sentencia aplicando el régimen jurídico precedente de la Presa de Itoiz.

No infringe este principio la regulación diferenciada de los estudios de doctorado según se trate de Universidades públicas, privadas, de la Iglesia, etc., dado que no se trata de situaciones jurídicas iguales (STS de 18 de enero de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera).

B) Principio de seguridad jurídica: no lo infringen las meras incorrecciones técnicas; el principio de confianza legítima que deriva del de seguridad jurídica se vincula a la exigencia de la previsibilidad de la actuación administrativa

La mera existencia de incorrecciones técnicas o formales no constituye a juicio del Tribunal Constitucional motivo suficiente para declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones que incurran en la misma por infringir la seguridad jurídica, sino que constituyen materia ajena a la jurisdicción constitucional, pues no es misión de este Tribunal depurar el lenguaje legislativo (STC 58/1982, 37/1987, 99/1987, entre otras). STC 233/1999, de 16 de diciembre (BOE de 20 de enero de 2000) FJ 6º. En el mismo sentido, precisando que el juicio del Tribunal Constitucional no es un juicio técnico SSTC 233/1999, de 16 de diciembre (BOE de 20 de enero de 2000), FJ 30 y 32/2000, de 3 de febrero (BOE de 3 de marzo), FJ 6º.

En relación con el principio de seguridad jurídica, la STS de 15 de noviembre de 1999, afirma que:

“el principio de seguridad jurídica reconocido en el art. 9.3 CE implica para el Derecho positivo dos exigencias: el de la certeza de la norma estatuida (‘Derecho seguro’), de

manera que sus previsiones puedan contemplarse sin insoportables márgenes de error; y que no se halle expuesta a cambios tan frecuentes e imprevisibles que impidan adecuar razonablemente a las sucesivas previsiones normativas las conductas de sus destinatarios ('Derecho previsible').”

En este supuesto no se cuestiona la certeza de la norma, sino su previsibilidad, lo que conecta con el principio de confianza legítima. Sobre este principio, la Sentencia citada sistematiza la doctrina del Tribunal al respecto:

“a) El principio de confianza legítima, de origen fundamentalmente germánico, ha sido reiteradamente asumido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (...) y, en este sentido forma parte del acervo que integra el Derecho comunitario europeo, en el que los principios generales ocupan un lugar especialmente destacado. b) El principio resulta especialmente aplicable cuando se basa en signos externos producidos por la Administración suficientemente concluyentes, unido a unos perjuicios que razonablemente se cree que no se iban a producir (SSTS de 28 de julio de 1997, Ar. 6840 y 23 de mayo de 1998, Ar. 4150). c) La virtualidad del principio puede comportar la anulación de la norma o del acto y, cuando menos, obliga a responder de la alteración (producida sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta económica y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias económicas habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento. Aunque el principio de confianza legítima no garantiza a los agentes económicos la perpetuación de la situación existente, la cual puede ser modificada, ni les reconoce un derecho adquirido al mantenimiento de una determinada ventaja (SSTS de 17 de febrero de 1998, Ar. 1677 y de 19 de julio de 1999). d) En la aplicabilidad del principio han de ponderarse, además de la previsión del régimen transitorio y de la presencia de un interés público perentorio, el conocimiento previo de la medida y su previsibilidad (STS de 13 de julio de 1999.”

En sentido similar la STS de 14 de noviembre de 1999, citada. Situación que, en opinión del Tribunal, no se produce en el caso estudiado, a la vista de que la norma prevé un régimen transitorio para la aplicación de una medida que, por otra parte, ha sido repetida y frecuentemente utilizada por la Administración.

ANA DE MARCOS
JORGE AGUDO

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

Actos y Procedimiento Administrativos

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Concepto de acto administrativo. Distinción con disposiciones

generales. A) La norma es un acto ordenador que se integra en el Ordenamiento Jurídico con el establecimiento de derechos y obligaciones. B) Los acuerdos sobre convocatoria de pruebas selectivas y sus bases tienen el carácter de actos administrativos. C) Lo decisivo para calificar una conducta como “acto administrativo” no reside en que el sujeto que directamente la realice sea

Administración Pública en sentido formal, sino que las consecuencias jurídicas de dicha conducta

sean directamente imputables o referibles a un Ente público. **3. Clases de actos.** A) Los dictámenes o informes deben calificarse como actos de mero trámite. **4. Discrecionalidad.** A) El control

jurisdiccional de la potestad discrecional se ciñe al orden jurídico y no a la oportunidad de la decisión administrativa o gubernativa. B) La facultad discrecional de la Administración en el

otorgamiento de licencias de armas obliga a razonar y a motivar la decisión adoptada. C) Las licencias municipales tienen carácter reglado. **5. Procedimiento administrativo. Iniciación, tramitación y finalización.** A) La recusación no puede dirigirse contra una empresa auditora con-

tratada. B) La negativa a practicar las pruebas propuestas, si son procedentes, determina la indefensión del interesado. C) Innecesariedad del trámite de audiencia. D) Exigencia de con-

gruencia de la resolución con lo solicitado por el interesado. **6. Requisitos del acto administrativo.** A) La motivación legalmente exigible ha de ser en todo caso suficiente, es decir, que aún

en el supuesto de sucinta o escuetamente breve, ha de contener, en todo caso, la razón esencial de la decisión. **7. Eficacia y ejecución forzosa.** A) La notificación recibida por persona distinta

al interesado debe reunir unos requisitos mínimos. B) La notificación edictal se realiza incorrectamente si no se publica a la vez en el tablón del Ayuntamiento correspondiente. C) Ante

una notificación defectuosa, la interposición del recurso improcedente en vía administrativa queda subsanada si la Administración lo resuelve. D) Extensión del control judicial para autori-

zar la entrada en un domicilio. **8. Invalidez del acto administrativo.** A) Nulidad de pleno dere-

cho por omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido. B) Nulidad de pleno de un acto dictado por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia. C) La nulidad de las actuaciones por omisión del trámite de audiencia queda supeditada a que la omisión pueda dar lugar a indefensión del particular interesado. **9. Eliminación del acto administrativo.** A) Diferencia entre rectificación de errores materiales y revisión de oficio. B) La imprescriptibilidad de la impugnación de actos administrativos viciados de nulidad radical sólo se produce en el ejercicio de la acción prevista en el art. 102 LRJ-PAC.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre enero y abril de 2000 (marginales 8451 de 1999 a 600 de 2000) respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y enero y marzo de 2000 (marginales 3042 a 4258) respecto de la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, no habiéndose detectado ninguna novedad reseñable.

2. CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO. DISTINCIÓN CON DISPOSICIONES GENERALES

A) La norma es un acto ordenador que se integra en el Ordenamiento Jurídico con el establecimiento de derechos y obligaciones

La STS de 4 de octubre de 1999, Ar. 8631, Sala Tercera, Sección Cuarta, FJ 2º, recoge la doctrina dominante en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 10 de marzo de 1993, Ar. 1933; de 22 de enero de 1991, Ar. 1991 y de 25 de abril de 1994, Ar. 3408, entre otras) la cual adopta el denominado criterio ordinalista a la hora de distinguir entre norma (disposiciones de carácter general) y acto administrativo. Este criterio diferencial se basa en que la norma no es un acto ordenado sino un acto ordenador que se integra en el Ordenamiento Jurídico, innovándolo. Mientras que el acto concreto o resolución (acto ordenado) se caracteriza porque su cumplimiento es consuntivo. De tal modo, expone:

“(…) la naturaleza jurídica del Real Decreto impugnado, RD 950/1989, de 28 de julio, por el que se declara de interés general de la Nación la transformación económica y social de zonas regables de Machuela-Centro y Canal de Albacete, ha sido ya objeto de análisis en las Sentencias de esta Sección (...). En ellas se tuvo ocasión de señalar que no estamos ante una disposición de carácter general sino ante un acto dirigido a una pluralidad indeterminada de sujetos, que constituye, además, el acto inicial de un procedimiento complejo que se dicta en ejecución del art. 92 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (...). No incorpora propiamente un contenido normativo que se integre en el ordenamiento jurídico, con el establecimiento de derechos y obligaciones; supone por el contrario una decisión gubernativa, conforme al art. 49 LRDA, acordando una de las actuaciones previstas en el art. 5 de la propia Ley que incluye el conjunto de obras y trabajos necesarios para que pueda hacer-

V. Actos, Procedimiento y Contratos

se la declaración de ‘puesta en riesgo’ de las distintas unidades de explotación (art. 119 LRDA), el establecimiento y conservación de éstas y su atribución a los beneficiarios. En definitiva, tiene una indudable trascendencia con proyección general indirecta, en cuanto a acto previo a los posteriores Planes de Transformación, y eficacia directa, en cuanto medida preventiva respecto de enajenaciones de tierras en la zona que queda sujeta a una peculiar intervención administrativa (...) pero esta indudable importancia de la decisión que incorpora el Real Decreto ni le otorga carácter normativo ni puede hacer olvidar que el examen jurisdiccional debe limitarse, conforme a su naturaleza revisora, al examen y comprobación de la adecuación del mencionado Real Decreto al ordenamiento jurídico (...).”

En esta misma materia téngase en cuenta también la STS de 27 de octubre de 1999, Ar. 8951, Sala Tercera, Sección Séptima, FFJJ 5º y 6º.

B) Los acuerdos sobre convocatoria de pruebas selectivas y sus bases tienen el carácter de actos administrativos

La STS de 12 de noviembre de 1999, Ar. 9950, Sala Tercera, Sección Primera, FJ 2º, afirma que es “(...) reiterada la Jurisprudencia de que los acuerdos sobre convocatoria de pruebas selectivas y sus bases tienen el carácter de actos administrativos de efectos generales pero no el de normas reglamentarias (...)”.

C) Lo decisivo para calificar una conducta como “acto administrativo” no reside en que el sujeto que directamente la realice sea Administración Pública en sentido formal, sino que las consecuencias jurídicas de dicha conducta sean directamente imputables o referibles a un Ente público

La STS de 24 de septiembre de 1999, Ar. 9021, Sala Tercera, Sección Séptima, FJ 4º, califica como “acto administrativo” el Acuerdo de una Sociedad Mercantil por el que adjudica provisionalmente unos solares de titularidad de la Comunidad Autónoma Canaria, en favor de 23 personas físicas y jurídicas, en cumplimiento de un Convenio celebrado con el Gobierno de Canarias para la ejecución de la urbanización de dichos solares. La sentencia afirma que “(...) para calificar una conducta como ‘acto administrativo’ lo decisivo no es que quien directamente la realice merezca formalmente la consideración de Administración pública, sino que las consecuencias jurídicas de dicha conducta sean directamente imputables o referibles a un Ente público. Y esto último sucede, tanto cuando aquella conducta es directamente realizada por órganos administrativos, como cuando la desarrolla una persona jurídica privada que actúa a título de delegado, representante, agente o mandatario de una persona pública (...)”.

3. CLASES DE ACTOS

A) Los dictámenes o informes deben calificarse como actos de mero trámite

La STS de 13 de octubre de 1999, Ar. 9030, Sala Tercera, Sección Séptima, FJ 3º, sostiene, de conformidad con una consolidada doctrina jurisprudencial, que no puede merecer el calificativo de actos impugnables los dictámenes o informes, pues son actos de mero trámite, que provienen normalmente de órganos consultivos y que se limitan a aportar un elemento de juicio o de ciencia a manejar con los restantes datos disponibles por el órgano que haya de decidir el asunto.

4. DISCRECIONALIDAD

A) El control jurisdiccional de la potestad discrecional se ciñe al orden jurídico y no a la oportunidad de la decisión administrativa o gubernativa

La STS de 4 de octubre de 1999, Ar. 8631, Sala Tercera, Sección Cuarta, FJ 9º, reitera una consolidada doctrina del Tribunal Supremo, y declara que:

“(…) respecto del argumento relativo de la función social de la propiedad rústica que incluye la declaración que el Real Decreto impugnado incorpora y que perjudica a la agricultura valenciana debe señalarse que la declaración de interés general de la transformación de zonas regables, prevista en los artículos 92 y siguientes de la LRDA, comporta un núcleo de discrecionalidad que no puede ser objeto de revisión en sede jurisdiccional con base en consideraciones o motivos de la mayor o menor conveniencia u oportunidad, desde perspectivas económicas o sociales como las propuestas por la parte actora. El control judicial de la actuación administrativa es de legalidad plena como resulta de los artículos 24.1 y 106 CE, extendiéndose respecto de la discrecionalidad hasta donde permite el contraste con la norma jurídica a través de las plurales técnicas admitidas por la jurisprudencia –funcionalmente, elementos reglados, desviación de poder, hechos determinantes y principios generales del Derecho–, ninguna de las cuales permite apreciar la denunciada vulneración del ordenamiento jurídico por el Real Decreto impugnado, en el que, en concreto, no se aprecia una finalidad distinta de la que corresponde a la potestad administrativa que ejercita. El control en sede judicial no puede, por tanto, fundamentarse en valoraciones de otro orden, distinto del jurídico, que corresponde efectuar a la Administración. Y esta apreciación de los intereses generales, en este caso, por parte del Gobierno corresponde a la propia concepción constitucional que reflejan los artículos 97 y 103.1 de la Norma Fundamental al someter a aquél en su actuación a la Constitución y al Derecho, pero admitiendo obviamente, que las decisiones gubernativas y administrativas reflejen, además de consideraciones jurídicas, apreciaciones de índole técnica, económico o social, en suma de opciones de intereses que son consecuencia de distintos criterios de oportunidad que son admisibles en Derecho y, por tanto, ajenos a un control de legalidad (...)”.

B) La facultad discrecional de la Administración en el otorgamiento de licencias de armas obliga a razonar y a motivar la decisión adoptada

La STS de 5 de noviembre de 1999, Ar. 9673, Sala Tercera, Sección Cuarta, FJ 4º, reitera la doctrina del Tribunal Supremo (entre muchas otras, STS de 19 de enero de 1996, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 307) y sostiene respecto a la denegación de una licencia de armas tipo B con ausencia de motivación que:

“(…) La variación respecto a la interpretación de las normas es naturalmente admisible, pues otra cosa supondría vincular rígidamente a los órganos administrativos a lo ya decidido con anterioridad, pero cuando este cambio de criterio se refiere a una misma persona a quien se ha concedido y mantenido durante siete años en la titularidad de una licencia de armas, sin

V. Actos, Procedimiento y Contratos

que hayan variado las circunstancias que dieron lugar a expedir dicha autorización, debemos exigir (...) que tal modificación de criterio se funde en una justificación objetiva y razonable, expuesta en las resoluciones dictadas al efecto (...) Sólo de esta manera el ciudadano afectado podrá combatir la motivación que constituye la base del cambio de interpretación de la norma efectuado por la Administración y, a su vez, los órganos jurisdiccionales tendrán los datos que les permitirán resolver sobre la materia ejercitando las facultades de control de los actos administrativos que, aún cuando sean de carácter discrecional, resultan del ordenamiento jurídico (...) en casos como el sometido a nuestro enjuiciamiento en este recurso, la Administración goza de un cierto margen de discrecionalidad —que no hay que confundir con arbitrariedad— para valorar una serie de circunstancias que escapan de lo que sería estricto control jurídico, circunstancias que no tienen que ser exclusivamente subjetivas sino también objetivas, pudiendo éstas ir referidas a un espacio y tiempo determinado, siendo además, unas y otras cambiantes según corresponde a la naturaleza de las cosas; en el bien entendido, obviamente, que la existencia de esos eventuales cambios aptos para ser determinante de la necesidad de adoptar un nuevo criterio tiene que ser razonada con argumentos razonables (...).”

Y sigue exponiendo la referida sentencia que:

“(...) si la falta de motivación del cambio de criterio se produce en unión de la concurrencia de factores suficientes para considerar indebidamente denegada la licencia, aun dentro de las facultades de apreciación de las circunstancias que a la Administración corresponden, y que venimos admitiendo como manifestación del reconocimiento de una potestad discrecional —como ocurre cuando los informes emitidos por los órganos llamados a hacerlo son inequívocamente favorables y no consta ninguna circunstancia que pueda interpretarse como obstaculizadora o negativa para el otorgamiento—, procede declarar directamente el derecho del interesado a la concesión de la licencia cuya renovación solicita (...).”

Este punto de la Sentencia podría entenderse hoy cuestionable dado que el art. 71.2 de la nueva Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 prohíbe la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales además de anular un acto administrativo adoptado en ejercicio de facultades discrecionales sustituyan la decisión de la Administración.

C) Las licencias municipales tienen carácter reglado

La STS de 4 de octubre de 1999, Ar. 8632, Sala Tercera, Sección Cuarta, FJ 1º, reitera la doctrina del Tribunal Supremo, y afirma el carácter reglado de la licencia municipal, de manera que la Administración tiene la obligación de concederla cuando lo solicitado se acomoda a la normativa aplicable y, por contra, debe denegarla cuando no se adecue.

5. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. INICIACIÓN, TRAMITACIÓN Y FINALIZACIÓN

A) La recusación no puede dirigirse contra una empresa auditora contratada

La STS de 15 de octubre de 1999, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 9573, precisa el alcance del término “personal al servicio de las Administraciones Públicas” utilizado por el art.

28.1 LRJ-PAC, negando que pueda extenderse a una empresa auditora contratada para verificar las actuaciones de un contratista en el contrato de gestión de servicios públicos.

B) La negativa a practicar las pruebas propuestas, si son procedentes, determina la indefensión del interesado

La STSJ de Baleares de 22 de noviembre de 1999, Ar. 3790, considera que la falta de resolución sobre la práctica de las pruebas propuestas por el interesado o su denegación, colocan al interesado en una situación de indefensión al tratarse de un procedimiento sancionador.

C) Innecesariedad del trámite de audiencia

Cuando se trata de un procedimiento instado en virtud de solicitud de sujeto interesado, en la cual se expone de forma suficiente las alegaciones en que se fundamenta su pretensión, si no resulta necesario tener en cuenta para adoptar la resolución otros hechos o pruebas, la Administración puede válidamente prescindir del trámite de audiencia al dar respuesta negativa a las alegaciones realizadas, como señala la STS de 17 de febrero de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 77.

Por el contrario, la ausencia de ese trámite sí ocasiona indefensión cuando al particular no se le permite desvirtuar determinados datos contenidos en un Acta de inspección, a tenor de la STSJ de Cataluña de 5 de octubre de 1999, Ar. 3283. La falta de este trámite, así como la falta de propuesta de resolución con carácter previo, determinan de la misma forma la indefensión del imputado en un procedimiento sancionador, siempre y cuando el mismo no haya tenido conocimiento preciso sobre la responsabilidad que se le imputa, SSTSJ de Murcia de 13 de octubre de 1999, Ar. 3624, y 10 de noviembre de 1999, Ar. 3813; del TSJ de Castilla-La Mancha de 20 de noviembre de 1999, Ar. 3803; y del TSJ de Baleares de 16 de noviembre de 1999, Ar. 4065.

D) Exigencia de congruencia de la resolución con lo solicitado por el interesado

La STSJ del País Vasco de 14 de octubre de 1999, Ar. 3600, anula la denegación de exención de visado solicitada por el interesado con la finalidad de poder tramitar un permiso de residencia inicial, en la medida en que deniega también el permiso de residencia, que aún no había sido solicitado ni había sido objeto de alegaciones contradictorias, por vulnerar el principio de congruencia del art. 89 LRJ-PAC.

6. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) La motivación legalmente exigible ha de ser en todo caso suficiente, es decir, que aún en el supuesto de sucinta o escuetamente breve, ha de contener, en todo caso, la razón esencial de la decisión

La STS de 15 de diciembre de 1999, Ar. 8994, Sala Tercera, Sección Quinta, FJ 2º, en la misma línea jurisprudencial marcada, entre otras, por las SSTS de 18 de noviembre de 1996, Ar. 8655 y de 5 de mayo de 1997, Ar. 4384, establece en lo concerniente a la moti-

V. Actos, Procedimiento y Contratos

vacación de los actos que limitan derechos subjetivos (regulada en el art. 54 LRJ-PAC, artículo 43 de la LPA), que:

“(…) tal motivación legalmente exigible, ha de ser en todo caso suficiente, es decir, que aún en el supuesto de sucinta o escuetamente breve, ha de contener en todo caso, la razón esencial de decidir, en lo dispuesto en el acto administrativo, de tal modo que el interesado pueda conocer con exactitud y precisión, el cuándo, cómo y porqué de lo establecido por la Administración, con la amplitud necesaria para su adecuada defensa, permitiendo también a su vez a los órganos jurisdiccionales el conocimiento de los datos fácticos y normativos que les permita resolver la impugnación judicial del acto, en el juicio de su facultad de revisión y control de la actividad administrativa, sancionada en el art. 106 de nuestra Constitución. Por otra parte, la exigida motivación administrativa es clave para el logro de la seguridad jurídica que debe imperar tanto *a priori* como *a posteriori*, en las relaciones entre la Administración y los administrados. Todo ello, determina la disconformidad a derecho del acto administrativo ausente de la motivación suficiente para los fines indicados (...)”.

7. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

A) La notificación recibida por persona distinta al interesado debe reunir unos requisitos mínimos

La notificación realizada en el domicilio del interesado a persona distinta a éste estará correctamente realizada si la persona receptora tiene capacidad para asumir la obligación jurídica derivada de la recepción, conste su identificación y su aceptación o firma, a tenor del art. 59.2 LRJ-PAC, si bien debe indicarse también el parentesco si la notificación se realiza por correo en virtud del art. 271.2 del Reglamento del Servicio de Correos. Si esa tercera persona rechaza identificarse y firmar la notificación, la misma no se tendrá por realizada, puesto que el art. 59.3 LRJ-PAC se refiere únicamente al interesado a su representante, STSJ de Murcia de 10 de noviembre de 1999, Ar. 3812, y STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 1999, Ar. 4241.

B) La notificación edictal se realiza incorrectamente si no se publica a la vez en el tablón del Ayuntamiento correspondiente

La notificación edictal sólo se realiza correctamente si conjuntamente se publica el tenor de la resolución en el tablón del Ayuntamiento del domicilio del sujeto interesado, a tenor del art. 59.4 LRJ-PAC, STSJ de Baleares de 16 de noviembre de 1999, Ar. 4064.

C) Ante una notificación defectuosa, la interposición del recurso improcedente en vía administrativa queda subsanada si la Administración lo resuelve

En la STS de 24 de noviembre de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 9569, se considera, en aras de la justicia material y con una argumentación discutible, que ante la existencia de una notificación defectuosa por no indicar los recursos procedentes, la incorrecta interposición del recurso de reposición en plazo en vez del de alzada queda subsanada al resolver la Administración el recurso de reposición por silencio.

D) Extensión del control judicial para autorizar la entrada en un domicilio

La STSJ de Andalucía de 20 de septiembre de 1999, Sala de Granada, Ar. 3052, precisa que el control que debe ejercer el Juzgado de lo Contencioso cuando se le solicita autorización para entrar en un domicilio como requisito para proceder a la ejecución forzosa de una resolución administrativa se extiende a “(...) la constatación de que no se está ante la producción de una vía de hecho, de que se ha seguido el procedimiento adecuado en vía administrativa y de que la resolución a ejecutar ha sido debidamente notificada al interesado (...)”.

8. INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO**A) Nulidad de pleno derecho por omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido**

La STS de 22 de octubre de 1999, Ar. 8774, Sala Tercera, Sección Tercera, FJ 1º, se suma a la línea jurisprudencial que realiza una interpretación literal del supuesto de nulidad de pleno derecho contenido en el art. 62.1.e) LRJ-PAC, y afirma que para declarar la nulidad de pleno derecho de un acto administrativo por omisión del procedimiento legalmente establecido, la omisión ha de ser clara, manifiesta y ostensible, según constante jurisprudencia y ello se produce cuando se prescinde totalmente del procedimiento previsto en el ordenamiento jurídico.

En el mismo sentido se pronuncian las SSTs de 9 de diciembre de 1999, Ar. 9538, la Sala Tercera, Sección Cuarta, FJ 3º y de 28 de diciembre de 1999, Ar. 9740, Sala Tercera, Sección Tercera, FJ 3º, la cual se suma a la concepción antiformalista que preside la jurisprudencia mayoritaria actual –que otorga a la forma o al procedimiento un carácter estrictamente instrumental– los vicios de forma carecen en sí mismos de fuerza invalidante, por lo que la apreciación de nulidad por tales vicios se subordina a que su concurrencia determine una efectiva disminución de las exigibles garantías, y en este sentido establece:

“(...) La alegación, finalmente, de que debieron anularse las actuaciones, por graves defectos de procedimiento, se desvanece por sí misma, ya que es patente que en ningún momento se ha producido indefensión para la parte actora, que ha podido formular, y ha formulado, toda clase de alegaciones y recursos oportunos (...)”.

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

La STS de 2 de febrero de 2000, Ar. 558, Sala Tercera, Sección Tercera, FJ 3º, reitera la doctrina que viene manteniendo nuestro Alto Tribunal y declara nulo de pleno derecho un acto dictado por la Administración del Estado cuando la competente es la Comunidad Autónoma por incurrir en el supuesto de nulidad de pleno derecho recogido en el art. 62.1.b) LRJ-PAC: actos dictados por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia. Concretamente, en este caso se trata de una autorización de usos permitidos en la zona de servidumbre de protección (art. 26.1 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas) otorgada por el Estado cuando la Administración competente es la autonómica.

V. Actos, Procedimiento y Contratos

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 19 de junio de 1998, Ar. 5253, la Sala Tercera, Sección Sexta, FJ 2º. Téngase en cuenta también el apartado “C)” de “Invalidez del acto administrativo” del número 7 de esta Revista.

C) La nulidad de las actuaciones por omisión del trámite de audiencia queda supeditada a que la omisión pueda dar lugar a indefensión del particular interesado

La STS de 16 de noviembre de 1999, Ar. 8960, Sala Tercera, Sección Cuarta, FJ 1º, reitera la doctrina de nuestro Alto Tribunal que hoy puede considerarse mayoritaria que concibe el trámite de audiencia al interesado (art. 84 LRJ-PAC) como un instrumento encaminado a hacer posible el correcto ejercicio del derecho de defensa, por lo que las consecuencias de su omisión dependen de si se ha producido o no indefensión material, de tal manera que, si por la ausencia de dicho trámite el derecho de defensa no se ve impedido o mermado no se declarará por el Tribunal la anulabilidad del acto. En este sentido la mencionada sentencia establece:

“(…) que si bien el trámite de audiencia no es de mera solemnidad, ni rito formalista y sí medida práctica al servicio de un concreto objeto como es el de posibilitar, a los diferentes afectados en un expediente, el ejercicio de cuantos medios puedan disponer en defensa de sus derechos, no es menos cierto que la posible nulidad de actuaciones queda supeditada a que la omisión pueda dar lugar a que con ella se haya producido indefensión a la parte y, en el supuesto de autos tal indefensión no se ha producido, para la parte hoy recurrente, toda vez que en esta vía jurisdiccional ha podido exponer, con total conocimiento del expediente y de todas las actuaciones practicadas, los motivos y argumentaciones que estimó precisos para la defensa de sus derechos, absolutamente idénticos a los que hubiera podido formular en el trámite formal de Audiencia, ya que dispuso de todos los datos y antecedentes fácticos y legales en el expediente y la postura que en el proceso ha sostenido la Administración demandada, interesando la desestimación del recurso entablado, permite deducir, por consiguiente, que los argumentos esgrimidos hubieran producido los mismos efectos si se hubieran expuesto previamente a dictarse el recurso entablado, permite deducir, por consiguiente, que los argumentos esgrimidos hubieran producido los mismos efectos si se hubieran expuesto previamente a dictarse el recurso impugnado, lo que, en aras a un elemental principio de economía procesal, haría superflua e improcedente la retroacción de las actuaciones interesadas, argumentos en base a los cuales ha de desestimarse la correspondiente pretensión (...).

9. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Diferencia entre rectificación de errores materiales y revisión de oficio

La STS de 9 de diciembre de 1999, Ar. 8824, Sala Tercera, Sección Tercera, FJ 4º, declara, de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial, que no es ajustado a derecho el acuerdo de una Escuela Universitaria por el que se resuelve “rectificar” el error cometido en la admisión de una alumna a una Escuela Universitaria cuando no reunía las condiciones necesarias para matricularse en el primer curso, una vez que dicha alum-

na ha formalizado su matrícula y ha desarrollado sus estudios durante el año académico aprobando dos asignaturas. Efectivamente, el Tribunal Supremo en dicha Sentencia afirma que:

“(…) lo cierto es que la conclusión que de ella obtiene la Universidad es, en todo caso, errónea al identificar la revocación de un acto, en términos estrictamente jurídicos, con su mera rectificación. Cuando esta última no se limita a errores accidentales de contenido meramente material o de hecho sino que consiste en la desvirtuación plena del acto mismo, cuyo alcance y sentido resultan, a consecuencia de ella, totalmente contrarios al alcance y sentido del acto originario, la rectificación se convierte en revocación de oficio (la Sentencia se refiere a la revisión de oficio del art. 102 LRJ-PAC) y requiere una serie de garantías para el administrado –de tiempo y de procedimiento– que en este caso no se respetaron”.

Por todo ello, el Alto Tribunal declara la nulidad de pleno derecho del acto de revocación por haber sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido [art. 62.1.e) LRJ-PAC].

B) La imprescriptibilidad de la impugnación de actos administrativos viciados de nulidad radical sólo se produce en el ejercicio de la acción prevista en el art. 102 LRJ-PAC

La STS de 2 de diciembre de 1999, Ar. 9270, Sala Tercera, Sección Segunda, FJ 4º, declara, de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial, que:

“(…) la imprescriptibilidad de la impugnación de actos o disposiciones administrativas viciadas de nulidad radical, sólo se produce en el ejercicio de la acción prevista en el art. 109 de la antigua LPA (hoy art. 102 LRJ-PAC) cuando se ejercita ante la propia Administración, ya que puede serlo ‘en cualquier momento’, por el contrario en el caso de las acciones jurisdiccionales el recurrente ha de someterse a los plazos procesales correspondientes, ya ejercite directamente la acción de nulidad ante los Tribunales, ya acuda a ellos contra la resolución denegatoria de la Administración a quien se reclamó que la declarara (…)”.

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

Contratos de las Administraciones Públicas

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Contratos administrativos y contratos privados. A) Naturaleza administrativa de contrato para la reforestación de monte de propiedad municipal. **3. Actos preparatorios y requisitos de los contratos.** A) Capacidad de los contratistas. a) Subsanación de defectos: declaración de no estar incurso en incompatibilidad. b) Exigencia de titulación específica para contratar. B) Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas. a) La modificación de los Pliegos que no afecta a elementos esenciales del contrato no vulnera los arts. 14 y 17 de la Ley de Contratos del Estado. b) Legitimación para impugnar el Pliego de Condiciones. c) La omisión del dato de la porción de dominio público ocupado no constituye un defecto formal del Pliego de Condiciones determinante de su anulabilidad. d) La aceptación del Pliego de Prescripciones impide la posterior pretensión del contratista de considerarlas ilegales. **4. Formas de adjudicación.** A) Concurso. a) La referencia legal a la “proposición más ventajosa” es un concepto jurídico indeterminado que configura una potestad discrecional sometida a control jurisdiccional. Necesidad de motivación. b) La referencia a la “proposición jurídica más ventajosa” es un concepto jurídico indeterminado, no una discrecionalidad. Necesidad de motivación. c) No existencia de discrecionalidad. d) La referencia al anuncio del concurso constituye motivación suficiente. e) La adjudicación ha de basarse en criterios objetivos, no subjetivos. f) Los criterios de adjudicación fijados en el Pliego no son meramente indicativos. g) La doble reunión de la Mesa de Contratación no constituye una omisión absoluta o total del procedimiento administrativo. h) El ofrecimiento de unos cánones superiores a los mínimos previstos en la convocatoria no supone apartarse de las bases del concurso. i) Viabilidad económica de las propuestas: no necesidad de certeza absoluta. j) Falta de fijación de los criterios conforme a los cuales se adjudica el contrato: anulabilidad. k) Improcedencia de declarar un concurso desierto por motivos ajenos al Pliego. l) Nulidad de adjudicación realizada a favor de oferta que supedita su validez a condiciones no previstas en el Pliego. **5. Régimen jurídico de los contratos administrativos.** A) Prerogativas de la Administración. a) La potestad de interpretación unilateral de la Administración debe ajustarse a las reglas interpretativas que establece el Código Civil. B) Técnicas de garantía del equili-

brio financiero. a) Alcance del principio de riesgo y ventura: no incluye las huelgas de los trabajadores. b) Revisión de precios: no procede la revisión de precios si las causas de la prórroga en la ejecución de la obra son imputables al contratista. c) Enriquecimiento injusto: el derecho al abono de las obras ejecutadas en exceso se obtiene cuando las obras resultan necesarias.

C) Extinción de los contratos administrativos. a) Invalidez de los contratos. b) Resolución de los contratos. **6. Los contratos administrativos típicos. Especialidades.** A) Contrato de obra.

a) No inclusión del IVA en el importe de los intereses de demora. b) Improcedencia de intereses de demora respecto de los abonos a cuenta por operaciones preparatorias. c) Legitimación del contratista para la reclamación de los intereses de demora en supuestos de endoso de certificaciones de obra a entidad bancaria. d) La intimación no es un requisito condicionante de la constitución en mora. e) Improcedencia de intereses de demora por inexistencia de deuda líquida y vencida. f) Las controversias sobre el devengo de IVA han de plantearse en vía económico-administrativa. g) Obligación de la Administración contratista de solicitar las autorizaciones que sean necesarias. h) La existencia de defectos formales imputables a la Administración no exime a ésta del cumplimiento de las obligaciones contraídas. i) Son imputables al contratista los retrasos habidos en la ejecución de la obra cuando, pese a que existieron probadas dificultades, éstas no fueron puestas en inmediato conocimiento de la Administración.

B) Contrato de servicio público. a) Calificación como contrato de servicio público un servicio de mantenimiento y conservación del alumbrado público. C) Contrato de suministro.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Las Sentencias expuestas en el presente apartado abarcan el período comprendido entre los meses de septiembre a noviembre de 1999. Entre las Sentencias reseñadas destaca el mantenimiento de la doctrina jurisprudencial que considera la referencia a la “proposición jurídica más ventajosa” (art. 36 Ley de Contratos del Estado) en la adjudicación de los concursos como un concepto jurídico indeterminado que configura una potestad discrecional. Frente a esto, la **STS de 7 de octubre de 1999**, Ar. 8840 (vid. también *Justicia Administrativa*, núm. 7) sostiene que su configuración como concepto jurídico indeterminado excluye que se trate de una potestad discrecional de la Administración.

2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS

A) Naturaleza administrativa de contrato para la reforestación de monte de propiedad municipal

El TSJ de Castilla-La Mancha, en su Sentencia de 3 de noviembre de 1999, Ar. 4081, considera al contrato como un auténtico contrato administrativo ya que la vinculación del objeto contractual al cumplimiento de un fin público resulta directa e inmediata pues se trata de lograr la reforestación con fines de fomento en un monte de propiedad municipal que se lleva a cabo con ayudas públicas de la Administración Regional y con un objeto último de clara utilidad pública y dentro de su específica competencia.

3. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

A) Capacidad de los contratistas

a) Subsanación de defectos: declaración de no estar incurso en incompatibilidad

La STSJ de Castilla y León de 10 de diciembre de 1999, Ar. 4229, FJ 3º, recoge la doctrina jurisprudencial que considera que “la preclusión de aportaciones documentales tiende a evitar sorpresas a los demás concursantes o estrategias poco limpias, más no la de aclarar dudas a los agentes de la Administración que tengan en ese momento, pero en las que pudo no pensar honestamente el concursante afectado por ellas”. Señala, además, que ha de distinguirse entre los requisitos de capacidad como mero defecto subsanable, de las condiciones cuyo incumplimiento impide la adjudicación válida del contrato. Como, en el caso enjuiciado, el defecto en la documentación de la que luego resultó adjudicataria era simplemente la declaración de no estar incurso en las circunstancias del art. 20 de la Ley 13/1995, este defecto resulta perfectamente subsanable.

b) Exigencia de titulación específica para contratar

La STSJ de Cantabria de 19 de noviembre de 1999, Ar. 3795, pretende armonizar jurisprudencia que se pronuncia acerca de si existen razones fundadas para otorgar preferencia a un colectivo de profesionales sobre otro o si la exclusión operada resulta discriminatoria. El TSJ utiliza dos parámetros para pronunciarse al respecto: de un lado, la índole del objeto del contrato y de otro la mayor o menor especialización de un colectivo profesional sobre otro.

B) Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas

a) La modificación de los Pliegos que no afecta a elementos esenciales del contrato no vulnera los arts. 14 y 17 de la Ley de Contratos del Estado

La STS de 5 de octubre de 1999 (Ar. 9032) sostiene que no se vulneran los arts. 14, referido a la aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares con anterioridad

a la perfección del contrato y a la licitación, y 17, referido a la necesidad de elaboración de los pliegos de prescripciones técnicas particulares antes de la ejecución de la correspondiente prestación, de la Ley de Contratos del Estado, puesto que las modificaciones que se introducen en los pliegos “no afectan a los elementos esenciales (objeto del contrato, causa y precio, así como a las características técnicas) del contrato suscrito”, por lo que no se produce “una sustancial modificación de los requisitos” [FJ 4º.c)].

b) Legitimación para impugnar el Pliego de Condiciones

Una comunidad de propietarios que se opone a las obras consistentes en la construcción de un aparcamiento subterráneo no ostenta legitimación para impugnar el Pliego de Condiciones que ha de servir de base para la contratación administrativa. Esta legitimación ha de atribuirse a los que tuviesen un interés legítimo en obtener la adjudicación de la concesión, interés que no concurre ni directa ni indirectamente en la comunidad de propietarios (STS de 1 de octubre de 1999, Ar. 8036, FJ 4º).

c) La omisión del dato de la porción de dominio público ocupado no constituye un defecto formal del Pliego de Condiciones determinante de su anulabilidad

La STS de 1 de octubre de 1999, Ar. 8036, FJ 4º, entiende que el hecho de que el Pliego de Condiciones no valore la porción de dominio público ocupado (para la construcción de un aparcamiento subterráneo), como exigen los arts. 80, 83 y 84 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 13 de junio de 1986, es una omisión subsanable por el Ayuntamiento en cualquier momento. Por lo tanto, la omisión de este dato no constituye un defecto formal que determine un íntegra anulabilidad.

d) La aceptación del Pliego de Prescripciones impide la posterior pretensión del contratista de considerarlas ilegales

Así se afirma en las SSTs de 30 de septiembre de 1999, Ar. 8332 y de 8 de octubre de 1999, Ar. 9400.

4. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

A) Concurso

a) La referencia legal a la “proposición más ventajosa” es un concepto jurídico indeterminado que configura una potestad discrecional sometida a control jurisdiccional. Necesidad de motivación

La potestad discrecional de la Administración al resolver un concurso convocado para la adjudicación de un contrato administrativo obliga a la Administración a expresar cuáles han sido los motivos por los que la proposición escogida resulta la más ventajosa, y este

juicio de la Administración está sometido al control jurisdiccional de la legalidad de la actuación administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que justifican su actuación, ya que esta potestad discrecional no es absoluta. La adjudicación del contrato a la “proposición más ventajosa” establece un concepto jurídico indeterminado, cuya aplicación por la Administración “puede y debe ser controlada por los órganos jurisdiccionales para evitar que la resolución que se haya dictado incurra en arbitrariedad” (FJ 2º, STS de 1 de octubre de 1999, Ar. 8037).

En el mismo sentido, SSTS de 1 de octubre de 1999, Ar. 8038 y 8039, STS de 6 de octubre de 1999, Ar. 8839 y SSTS de 14 de octubre de 1999, Ar. 9572 y Ar. 9401. También la STS de 8 de noviembre de 1999, Ar. 9574, recogiendo los argumentos de la Sentencia de instancia, STS de 5 de octubre de 1999, Ar. 9034 y STS de 19 de octubre de 1999, Ar. 9041.

b) La referencia a la “proposición jurídica más ventajosa” es un concepto jurídico indeterminado, no una discrecionalidad. Necesidad de motivación

En las decisiones basadas en el principio de discrecionalidad ha de partirse del supuesto de la existencia de diversas soluciones alternativas jurídicamente indiferenciadas entre las que ha de efectuarse la elección, mientras que en los supuestos en los que la habilitación legal para seleccionar se confiere mediante el mandato de aplicación de un concepto jurídico indeterminado, cual es el de la “proposición más ventajosa”, la decisión del órgano actuante requiere un proceso intelectual en el que, atendiendo a la realidad de las circunstancias que se le muestran, y no a su libre juicio, ha de concluirse en cuál de las ofertas presentadas es subsumible en el único supuesto de solución justa, que se corresponde con la necesidad de seleccionar entre aquellas precisamente la única que pueda merecer la calificación de “proposición más ventajosa”, lo que ha de verificarse de conformidad con los criterios establecidos en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares del concurso (STS de 7 de octubre de 1999, Ar. 8840, FJ 4º). La discrecionalidad queda limitada a la decisión alternativa de declarar desierto el concurso o de adjudicarlo a favor de la “proposición más ventajosa” (FJ 3º).

En todo caso, la motivación no sólo es exigible cuando la Administración ejercita facultades discrecionales, sino también cuando se erige como rector el concepto jurídico indeterminado de la “proposición más ventajosa” (FJ 6º).

Vid. en *Justicia Administrativa*, núm. 7, la STS de 7 de junio de 1999, Ar. 6821.

c) No existencia de discrecionalidad

Inexistencia de una pluralidad de opciones

Si sólo una de las dos ofertas se atiene al objeto del concurso, resulta que no se estaría en presencia de una actuación discrecional de la Administración, al no existir esa pluralidad de opciones, soluciones o alternativas, presupuesto de la discrecionalidad en la elección, sino ante la única posibilidad lícita delimitada por el objeto del contrato (FJ 6º, STS de 7 de octubre de 1999, Ar. 9036).

Adjudicación ajustada a la puntuación otorgada a los licitadores con base en los criterios de adjudicación

Puesto que la adjudicación se produce en función de la puntuación que se otorga a cada una de las empresas que aparecen como licitadoras según los criterios de adjudicación establecidos en las cláusulas administrativas particulares, entiende el **TSJ de Castilla y León** en su **Sentencia de 10 de diciembre de 1999**, Ar. 4229, que el acto no fue discrecional (FJ 4º).

d) La referencia al anuncio del concurso constituye motivación suficiente

La **STS de 7 de octubre de 1999**, Ar. 9036, sostiene que “hubo motivación suficiente, aunque sucinta, cuando expresa, en el acuerdo de adjudicación (...) que la oferta del adjudicatario se ajusta a lo anunciado por este Ayuntamiento (...)” (FJ 5º).

e) La adjudicación ha de basarse en criterios objetivos, no subjetivos

La adjudicación ha de hacerse en función de criterios objetivos, no sobre la base de criterios subjetivos y no acreditados, arbitrariamente fijados por el recurrente (**STS de 7 de octubre de 1999**, Ar. 9036, y **STS de 15 de octubre de 1999**, Ar. 9038).

f) Los criterios de adjudicación fijados en el Pliego no son meramente indicativos

El Pliego de Condiciones, de conformidad con el párrafo segundo del art. 36 de la Ley de Contratos del Estado, expresa que se tendrán en cuenta para la adjudicación las circunstancias que enumera. Esta expresión adopta un carácter imperativo y no meramente orientativo (**STS de 6 de octubre de 1999**, Ar. 8839, FJ 2º y **SSTS de 14 de octubre de 1999**, Ar. 9401 y Ar. 9572).

g) La doble reunión de la Mesa de Contratación no constituye una omisión absoluta o total del procedimiento administrativo

La doble reunión de la Mesa de Contratación no puede, en ningún caso, dar lugar a una declaración de nulidad absoluta, puesto que no constituye una omisión absoluta o total del procedimiento administrativo establecido o de algún trámite esencial que desvirtúe por completo éste (**STS de 3 de noviembre de 1999**, Ar. 8423, FJ 4º).

h) El ofrecimiento de unos cánones superiores a los mínimos previstos en la convocatoria no supone apartarse de las bases del concurso

Si el pliego de cláusulas de explotación de un servicio público establece que el concesionario debe satisfacer a la Administración un canon anual cuya cuantía mínima precisa, es claro que permite a los licitadores ofrecer una mejora de esta componente del concurso. Tendría poco sentido que las bases del concurso calificasen como “mínimos” a

V. Actos, Procedimiento y Contratos

unos cánones que resulten ser invariables: se trataría no ya de cánones mínimos sino de cánones fijos e inamovibles. Además, el art. 36 de la Ley de Contratos del Estado y el art. 116 de su Reglamento permiten que quienes acuden a un concurso propongan, en sus ofertas, las modificaciones que estimen convenientes para la mejor realización del objeto del contrato (STS de 3 de noviembre de 1999, Ar. 8423, FJ 5º).

i) Viabilidad económica de las propuestas: no necesidad de certeza absoluta

Frente a la tesis de la empresa apelante, que defiende la no aceptación de proposiciones cuando haya la “mínima duda” de su inviabilidad, la STS de 3 de noviembre de 1999, Ar. 8423, FJ 9º, sostiene que “requerir un grado de certeza absoluta y ausencia plena de riesgo, ausentes por lo común de la vida económica, no se compadece con las prescripciones normativas vigentes para los contratos de las Administraciones Públicas. Dichas normas permiten rechazar las proposiciones de los licitadores cuando el órgano de contratación tenga fundamentos suficientes para considerar que no podrán ser cumplidas, por contener bajas desproporcionadas o temerarias, apreciados estos caracteres según criterios objetivos”.

j) Falta de fijación de los criterios conforme a los cuales se adjudica el contrato: anulabilidad

En el caso enjuiciado en la STSJ de Castilla y León de 23 de noviembre de 1999, Ar. 4076, la adjudicación definitiva, valoración de los méritos aportados y ofertas de previos y de las demás condiciones preestablecidas, se lleva a cabo justificadamente, desde el momento en que se establece un cuadro con la puntuación que en cada apartado le atribuye la Administración a cada participante, pero falta el paso anterior, que consiste en fijar los criterios conforme a los cuales se procederá a puntuar los méritos de cada participante, es decir, cómo se van a distribuir los puntos establecidos en las condiciones particulares a cada capítulo valorable. En opinión del Tribunal, por ello procede declarar la anulabilidad de la adjudicación del concurso.

k) Improcedencia de declarar un concurso desierto por motivos ajenos al Pliego

La STSJ de Murcia de 20 de octubre de 1999, Ar. 3259, estima que el acuerdo, por el que se declara desierto un concurso convocado para la adjudicación de un contrato de asistencia técnica, es arbitrario e injustificado al no estar basado en la improcedencia de la proposiciones presentadas por los concursantes, sino en otra serie de motivos ajenos a las cláusulas que regían el concurso y ajenos a las normas de la Ley 13/1995 que regulan esta materia.

l) Nulidad de adjudicación realizada a favor de oferta que supedita su validez a condiciones no previstas en el Pliego

La STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de octubre de 1999, Ar. 3250, considera nula la adjudicación realizada a favor de una oferta que incluye condiciones o subordina la validez y eficacia de su oferta al cumplimiento de una serie de condiciones cuando el Pliego no permitía en modo alguno condicionar la presentación de la proposición de los licitadores. Recuerda el Tribunal que en la contratación administrativa la oferta y sus condi-

ciones vienen definidas en el Pliego por razones de interés público y que sólo se admite en el concurso la presentación de variantes o alternativas en las ofertas en aquellos casos en que el propio Pliego así lo prevea de acuerdo con lo dispuesto en el art. 88 LCAP.

5. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A) Prerrogativas de la Administración

a) La potestad de interpretación unilateral de la Administración debe ajustarse a las reglas interpretativas que establece el Código Civil

Este pronunciamiento del TS se realiza en un supuesto, el de la STS de 8 de octubre de 1999, Ar. 9027, en la que la Administración ha intentado hacer prevalecer su potestad de interpretación sobre la aplicación, necesaria en el caso, del art. 1281 del Código Civil que, dispone que si los términos del contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de las cláusulas. En la misma sentencia el TS afirma lo reiterado en ocasiones anteriores sobre la potestad unilateral de interpretación de los contratos concedida a la Administración contratante, declarando que no excluye el posterior control judicial.

B) Técnicas de garantía del equilibrio financiero

a) Alcance del principio de riesgo y ventura: no incluye las huelgas de los trabajadores

La STS de 24 de septiembre de 1999, Ar. 10014, considera que las huelgas de los trabajadores de la empresa contratista no puede incluirse en el concepto de riesgo y ventura a efectos de reducir el importe de la indemnización que la Administración debe abonar al contratista por haber suspendido el contrato por causa imputable a la Administración.

b) Revisión de precios: no procede la revisión de precios si las causas de la prórroga en la ejecución de la obra son imputables al contratista

Esto sostiene la STS de 30 de septiembre de 1999, Ar. 8329, en la que el Tribunal aplica a contrario sensu el art. 6 del Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero, que dispone expresamente “que las prórrogas otorgadas por causas inimputables al contratista no privarán del derecho de revisión”. El TS declara asimismo que la circunstancia de que la Administración conceda la prórroga no implica necesariamente la no imputabilidad del retraso al contratista.

c) Enriquecimiento injusto: el derecho al abono de las obras ejecutadas en exceso se obtiene cuando las obras resultan necesarias

Esta doctrina jurisprudencial se reitera en la STS de 7 de octubre de 1999, Ar. 9035, en la que se reconoce al respecto lo siguiente:

V. Actos, Procedimiento y Contratos

“(…) la Jurisprudencia ha venido reiteradamente a admitir indemnizaciones en supuestos como el de exceso de obras sobre el proyecto cuando aquéllas sean necesarias, se hayan realmente ejecutado y determinen un beneficio para la Administración correlativo al perjuicio derivado para el contratista, con el fin de llegar a un resultado de equilibrio entre aquélla y éste que sólo se lograría con la pertinente indemnización a favor del contratista, y así obtener la mayor reciprocidad de intereses entre las partes contratantes, modulaciones aquellas al principio de riesgo y ventura de indiscutible apoyo en razones de Justicia cuya toma en consideración resulta imprescindible en la aplicación del Derecho y en la hermenéutica de sus normas, aunque su procedencia exige un examen casuístico y ponderado de las circunstancias concurrentes en un supuesto determinado al no ser posible la formulación de criterios generales al margen de aquélla”.

En el supuesto objeto de enjuiciamiento en la citada sentencia, el TS no impuso la obligación del pago de la obra a la Administración aunque el exceso de obra superaba ampliamente el presupuesto previsto, toda vez que la obra ejecutada no se encontraba en buen estado y no podía ser entregada al uso público. Incluso se denegó su recepción por la Administración al no reunir las condiciones necesarias para ser destinada al uso público. Además el contratista asumió voluntariamente, y al margen de lo consentido y ordenado por la Dirección de la obra, un riesgo que estaba previsto y conocía, apartándose incluso de las advertencias de dicha Dirección. En resumen, el Tribunal concluyó que no concurrían, en absoluto, las circunstancias precisas para que, por vía de enriquecimiento injusto y de ventaja para la Administración, se acoja una excepción al principio de riesgo y ventura.

C) Extinción de los contratos administrativos

a) Invalidez de los contratos

En la STS de 30 de septiembre de 1999, Ar. 8331, se conoce de un contrato de obra que había sido adjudicado por un órgano incompetente (el alcalde), sin consignación presupuestaria y sin expediente de contratación. Por ello el Pleno del Ayuntamiento debía proceder a la revisión de oficio del acuerdo de adjudicación y a realizar una consignación presupuestaria suficiente para el pago de las indemnizaciones procedentes.

No obstante, debido a que las obras se habían finalizado, el Ayuntamiento recibe las obras y concede un crédito extraordinario para evitar el ulterior recurso de responsabilidad patrimonial. En cualquier caso el TS, en el recurso interpuesto por el Gobierno Civil de la provincia, reconoce que es nulo de pleno derecho el contrato que está en el origen del proceso, de modo que en ningún momento establece que en él tenga su origen la legalidad de las deudas reconocidas, sino que ésta la basa directamente en el hecho de que las obras a las que se refieren los reconocimientos han sido efectivamente realizadas, por lo que si no fueran satisfechas por el Ayuntamiento se produciría un enriquecimiento injusto.

No constituye un supuesto de invalidez el incumplimiento de meros requisitos formales en la contratación administrativa

En la STS de 5 de octubre de 1999, Ar. 9034, se considera que el incumplimiento de ciertos requisitos formales—la presentación de las proposiciones al concurso en tres sobres cerrados—no tiene un carácter esencial, por lo que no constituye un vicio de nulidad. La resolución judicial aplica en este caso el art. 44 del Reglamento de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, que prescribe que los incumplimientos de los requisitos formales en las actuaciones preparatorias o en la propia adjudicación no dan lugar a la anulación del contrato y sólo facultan a la Administración para utilizar las facultades subsanatorias.

b) Resolución de los contratos

Incumplimiento del contratista

En la STS de 28 de septiembre de 1999, Ar. 9023 se reconoce que no es contraria a derecho la resolución de un contrato de obras llevada a cabo por la Corporación Municipal, en base al incumplimiento del plazo de ejecución de la obra, siendo la adjudicataria la responsable de tal incumplimiento con las consecuencias que de ello se derivan respecto de la fianza según el art. 53 de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril y los artículos 137 y 160 del Reglamento General de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre.

Resolución de la Administración nula de pleno derecho por haber sido adoptada por órgano manifiestamente incompetente

Éste es el supuesto del que conoce la STS de 24 de septiembre de 1999, Ar. 9022, en la que se considera que el órgano que resolvió el contrato, el Equipo de Gobierno de la Universidad, no es órgano de contratación y sí lo es el Rector de la Universidad, por lo que, conforme al art. 18 de la Ley de Contratos del Estado y el art. 47.1.a) de la Ley de Procedimiento Administrativo entonces vigente, supone una causa de nulidad radical del acto de resolución.

Determinados incumplimientos del contratista no dan lugar a resolución, sólo otorgan derecho a la Administración a imponer al contratista las sanciones que se hubiesen previsto en el contrato

Al no tratarse de un supuesto de incumplimiento de cláusulas contractuales con grave perturbación del servicio o perturbación del servicio (arts. 224 y 226 del Reglamento General de Contratación), el TS en la citada Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Ar. 9022, entiende que se trata de un supuesto que no da lugar a resolución.

La resolución de los contratos por incumplimiento imputable a la Administración no excluye la indemnización por daños morales

Así lo afirma el TS en Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Ar. 9022, en la que se trata de indemnizar los daños y perjuicios causados a una empresa contratista por haber resuel-

V. Actos, Procedimiento y Contratos

to la Administración el contrato de forma contraria a derecho y por el incumplimiento contractual en el que incurrió la Administración contratante, en concreto, una Universidad.

Determinación de las consecuencias económicas de la resolución de un contrato en el que no se había pactado la ejecución global del trabajo por un precio alzado

Se trata de un contrato celebrado con la Diputación Regional de Cantabria con un particular cuyo objeto era la redacción de las Directrices Regionales de Ordenación de dicha Comunidad, en el que la realización del trabajo se había pactado en seis fases. Cuando se produjo el desestimiento tácito por parte de la Diputación provincial se habían realizado los trabajos correspondientes a las dos primeras fases. La contratista pretende que se le abone el total del precio del contrato por entender que esas dos fases, en las que se encuentran la recogida de la documentación existente, la redacción del Avance, y la propuesta de Directrices, se equiparan a una ejecución total del contrato. El TSJ de Cantabria en Sentencia de 8 de octubre de 1988, Ar. 3246, no accede a su pretensión, pero sí le reconoce una indemnización por el beneficio industrial de las dejadas de realizar y por los gastos derivados del mantenimiento del aval prestado hasta su definitiva cancelación.

Extinción del contrato de gestión de servicio público por cumplimiento de la condición resolutoria

El TS, en STS de 8 de noviembre de 1999, Ar. 9574, considera que la cláusula contractual por la que se establece que un contrato de gestión de servicio público de recogida de residuos urbanos se ha de extinguir al constituirse una Mancomunidad entre el municipio contratante y los municipios limítrofes, ha de interpretarse desde un punto de vista material y no formal, de modo que ha de entenderse cumplida, y, extinguido, por tanto, el contrato, cuando, aunque formalmente no se haya constituido una Mancomunidad, los tres municipios de la zona hayan convenido la prestación en común del servicio de recogida de residuos urbanos.

6. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS. ESPECIALIDADES

A) Contrato de obra

a) No inclusión del IVA en el importe de los intereses de demora

De los preceptos de la Ley de Contratos del Estado y de su Reglamento no resulta que deba incluirse el IVA en el importe de las certificaciones de obra, en caso de devengo sobre las mismas de intereses de demora (STS de 15 de octubre de 1999, Ar. 9039).

b) Improcedencia de intereses de demora respecto de los abonos a cuenta por operaciones preparatorias

Los intereses de demora retribuyen el retraso en pagar las obras realmente ejecutadas, cuya ejecución ha representado la realización de una parte de su prestación el contratista. La STS de 15 de octubre de 1999, Ar. 9039, sostiene que esta circunstancia no con-

curre respecto a los abonos a cuenta por operaciones preparatorias, que son anticipos que el contratista ha de reintegrar y que, naturalmente, no corresponden a obras ejecutadas. No procede pues que el retraso en el pago de dichos anticipos respecto a la certificación en que el contratista los incluye, y que, en cuanto a este concepto, no es una certificación de obra ejecutada, devengue intereses de demora (FJ 3°).

c) Legitimación del contratista para la reclamación de los intereses de demora en supuestos de endoso de certificaciones de obra a entidad bancaria

La STS de 24 de septiembre de 1999, Ar. 8061, afirma que el verdadero perjudicado por la posible demora en el pago de las certificaciones de obras es el endosante, no la entidad endosataria, por lo que dicho endosante tiene un interés legítimo directo en la reclamación de los posibles intereses devengados por la demora en el pago de la certificación, ya que van a paliar los perjuicios sufridos por tal retraso, pese a que la certificación haya sido endosada (FJ 6°).

d) La intimación no es un requisito condicionante de la constitución en mora

La STS de 24 de septiembre de 1999, Ar. 8061, recoge doctrina jurisprudencial que defiende que la intimación que para el pago de los intereses de demora exigen los arts. 47 de la Ley de Contratos del Estado y 144 del Reglamento General de Contratación es un requisito meramente formal que pone en marcha la actuación administrativa, pero no un requisito sustancial condicionante de la constitución en mora (FJ 7°).

e) Improcedencia de intereses de demora por inexistencia de deuda líquida y vencida

Cuando existe controversia sobre el principal de la deuda y esta controversia es resuelta a través de un proceso judicial, falta el presupuesto de la existencia de deuda líquida y vencida que resulta inexcusable para que tenga lugar el devengo de intereses (STS de 24 de septiembre de 1999, Ar. 8064, FJ 6°).

La STS de 29 de octubre de 1999, Ar. 10049, sostiene que “sólo será de apreciar la no concurrencia de esa inexcusable liquidez cuando haya existido una efectiva contradicción sobre el importe de la deuda principal, y de manera tal que haya sido necesaria una verdadera tarea de enjuiciamiento, por parte del órgano jurisdiccional, para fijar el importe de la deuda susceptible de generar intereses” (FJ 3°).

f) Las controversias sobre el devengo de IVA han de plantearse en vía económico-administrativa

El TS, en su Sentencia de 29 de octubre de 1999, Ar. 10049, afirma que la controversia sobre el devengo o no del IVA por parte de los intereses reclamados, y sobre la procedencia de su repercusión, es algo que debe ventilarse a través de la vía económico-administrativa que pueden plantear los interesados que se enfrenten sobre dicha cuestión [FJ 5°e)].

V. Actos, Procedimiento y Contratos

Si una Administración se opone a determinado importe que en concepto de IVA le haya sido exigido como destinataria de la obra, dicha oposición no tiene en ese concreto punto el valor de resolución administrativa decisoria de esa concreta controversia [FJ 5º.d)].

g) Obligación de la Administración contratista de solicitar las autorizaciones que sean necesarias

Tanto en la Ley de Contratos del Estado [art. 22.B).2], como la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas [art. 124.1.f)], establecen como uno de los contenidos de los proyectos técnicos que son la base del contrato de ejecución de obras “cuanta documentación venga prevista en normas de carácter legal o reglamentario” [art. 124.1.f) LCAP]. Por tanto, la omisión de una autorización, exigida legal y reglamentariamente, en ningún caso puede imputarse a la empresa adjudicataria de la obra (STSJ de Murcia de 13 de octubre de 1999, Ar. 3258).

h) La existencia de defectos formales imputables a la Administración no exime a ésta del cumplimiento de las obligaciones contraídas

La consecuencia anulativa que por regla general puede derivarse de incumplimiento de formalidades impuestas a la contratación administrativa debe evitarse en aquellos supuestos en que la infracción formal es meramente ritual por aparecer acreditada en el expediente, de manera notoria e incuestionable que la específica finalidad de la forma incumplida ha sido realmente satisfecha. Al incumplimiento de las obligaciones contraídas no cabe oponer defectos formales exclusivamente imputables a la Administración (STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de noviembre de 1999, Ar. 3802, recogiendo reiterada doctrina jurisprudencial).

i) Son imputables al contratista los retrasos habidos en la ejecución de la obra cuando, pese a que existieron probadas dificultades, éstas no fueron puestas en inmediato conocimiento de la Administración

Así lo estima la STS de 28 de septiembre de 1999, Ar. 8328, en cuyo FJ 5º se afirma lo siguiente:

“La causa de la paralización de la obra fue imputable directamente al contratista, que retarda su ejecución y no pone en conocimiento de la Administración, con la inmediatez exigible, las circunstancias concurrentes, habiéndose procedido por dicha Administración, cautelarmente, a la incoación de un procedimiento resolutorio dotado de las correspondientes garantías procedimentales.”

B) Contrato de servicio público

a) Calificación como contrato de servicio público un servicio de mantenimiento y conservación del alumbrado público

La STSJ de Baleares de 30 de noviembre de 1999, Ar. 3792, califica a un contrato de conservación y mantenimiento del alumbrado público como contrato de servicio públi-

co del art. 155 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y no como contrato de servicios del art. 197. Recoge la Sentencia jurisprudencia del TS que afirma que es preciso “tener en cuenta que la esencia institucional del contrato de gestión de servicios públicos se encuentra en la continua y regular prestación del servicio contratado durante el tiempo que se estipule en el contrato, no siendo su objeto un fin que se agote con el desarrollo de la actividad del contratista sino que, vencido su término o plazo, la misma actividad en cuanto servicio público deberá continuarse prestando por la Administración titular del servicio o por terceras personas a través de los medios previstos en la normativa administrativa para la gestión indirecta de los servicios públicos”.

C) Contrato de suministro

Conforme a la jurisprudencia del TS, que reitera la **STS de 5 de octubre de 1999**, Ar. 9034, “la entrega se entenderá hecha cuando los bienes hayan sido efectivamente recibidos, de acuerdo se entenderá hecha cuando los bienes hayan sido efectivamente recibidos, de acuerdo con las condiciones del contrato”, y, en consecuencia, el contratista está obligado a entregar las cosas, objeto del contrato, en el tiempo y lugar fijados por el contrato. Además en este tipo de contrato los suministros deben ser objeto de comprobación en la forma prevista por las normas técnicas de aplicación que comprenden no sólo la inspección y examen externo del producto sino la realización de pruebas técnicas adecuadas que, en el supuesto de la munición, exige realizar disparos de ciertas cápsulas por muestreo.

En la **STS de 18 de noviembre de 1999**, Ar. 9627, el TS declara improcedente la resolución de un contrato de suministro de un equipo informático y sus correspondientes programas por un Ayuntamiento. Por una parte, el Tribunal aprecia que el Ayuntamiento había omitido el cumplimiento de la recepción provisional, y, por tanto, no podía hacer uso de dicha garantía en relación al inicio del cómputo del plazo de garantía que establece el art. 62 del Reglamento de Contratación de las Entidades Locales. Por otra, considera que no existe ningún vicio oculto causante de la resolución del contrato, sino más bien el hecho de que el Ayuntamiento incumplió ciertas obligaciones esenciales en el funcionamiento del equipo (impagos a la empresa suministradora, la no puesta al día por técnico competente, el incumplimiento de la enseñanza en el manejo a los funcionarios), y, además, estima que el Ayuntamiento no se acomodó a lo que razonablemente hubiera debido hacer en términos de la oferta completa, sino que procedió a una adquisición parcial de lo ofertado.

JULIA ORTEGA BERNARDO
MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Administración Local. A) Autonomía Local y Haciendas Locales. B) Régimen de funcionamiento de las Entidades Locales. a) Los plenos extraordinarios en la legislación catalana: convocatoria y requisitos. b) Distinción a efectos de control y de remuneración, entre los actos de apoyo a órganos municipales individuales y la asistencia a órganos municipales colegiados. c) El deber de abstención de los concejales. d) Las asignaciones económicas de los concejales. C) El control de los Entes Locales. a) Impugnación de acuerdos por la Administración del Estado: actos de las Entidades Locales que pueden infringir el Ordenamiento Jurídico. b) La fiscalización de los Entes Locales por parte del Estado y las Comunidades Autónomas: incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley de forma que afecte al ejercicio de competencias atribuibles al Estado o a las Comunidades. c) Referéndum municipal: competencia, control, procedimiento, etcétera. **3. Colegios profesionales.** A) La regulación de las aportaciones que los Colegios provinciales han de realizar al Consejo General de la profesión es competencia estatal y no autonómica.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

De las Sentencias sobre organización administrativa dictadas por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en los últimos meses hemos seleccionado algunas que introducen matices interesantes en la doctrina jurisprudencial consolidada sobre autonomía local, régimen de funcionamiento y control de las Entidades Locales y Colegios profesionales.

2. ADMINISTRACIÓN LOCAL**A) Autonomía Local y Haciendas Locales**

La STC 233/1999, de 16 de diciembre, resolutoria de los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad planteados contra la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, ha aportado numerosos criterios interpretativos acerca del tema que ahora nos ocupa: la organización administrativa.

Como es obvio, las limitaciones de contenido que tal enunciado prescribe, no nos permiten realizar un estudio con toda la profundidad que una Ley de estas características requiere, lo que en todo caso no puede considerarse un obstáculo para señalar algunos aspectos interesantes en orden a establecer las reglas que sobre la materia de organización tributaria administrativa esta Ley enuncia.

Comienza el TC reconociendo en su Sentencia la conformidad del artículo 1.1 con la Constitución, lo que supone desde un inicio rechazar la impugnación global de la Ley efectuada por los recurrentes, que alegaban la vulneración del principio de autonomía reconocido a Municipios, Provincias y Comunidades Autónomas, vulneración que aquéllos vinculaban a la incorrecta selección de los títulos competenciales elegidos por el Estado. Dicho título, aclara el Constitucional, debe ser el contenido en el artículo 149.1. 14.ª, es decir, la competencia exclusiva del Estado sobre la Hacienda general y la deuda del Estado, todo ello, claro está, respetando la naturaleza compartida de las competencias que, en materia de Haciendas locales, poseen el Estado y aquellas Comunidades Autónomas que, como la catalana, han asumido en sus respectivos Estatutos facultades en orden al desarrollo de las bases estatales sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas (artículo 149.1.18ª CE).

En este sentido, es clarificador el concepto que a propósito también de Cataluña el TC da de la expresión “régimen local”. En efecto, dicho término debe ser comprensivo de la totalidad de los aspectos que se refieren a la Administración local, incluidas las Haciendas Locales, lo que le lleva a afirmar a su vez, que en virtud del artículo 9.8 del Estatuto catalán, en materia de Haciendas Locales, esta Comunidad ostenta competencias de naturaleza legislativa y reglamentaria que abarcan tanto la tutela financiera sobre los Entes Locales, como la función ejecutiva incluida la inspección, así como, la competencia sobre la estructura de organización territorial de la Comunidad, en especial, en lo referente a la creación de sus propias demarcaciones territoriales.

Otro punto ciertamente controvertido de la Ley, es el relativo a los artículos que regulan las tasas y los precios públicos. Respecto de los mismos, aclara la Sentencia, que su imposición y ordenación corresponde al Pleno de la Corporación, órgano que, en tanto que integrado por todos los concejales elegidos, respeta escrupulosamente las exigencias de autoimposición o de autodisposición de la Comunidad sobre sí misma fundamento último del principio de reserva de Ley. De este principio, se deriva tanto la potestad originaria del Estado para, mediante Ley, establecer los tributos, como la posibilidad de que las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales establezcan y exijan tributos, procurando de esta manera la Constitución, integrar las diversas exigencias de la reserva de ley estatal y de la autonomía territorial, autonomía, que en el caso de las Corporaciones Locales posee también una proyección en el terreno tributario, pues éstas habrán de contar con tributos propios y sobre los mismos deberá la Ley reconocer una intervención en su establecimiento.

Con relación a los precios públicos, se ha puesto en duda la posibilidad contemplada en el artículo 48.1 de delegar por parte del Pleno de la Corporación en la Comisión de

VI. Organización Administrativa

Gobierno su competencia para establecer o modificar los precios públicos. Respecto de este particular, el TC ha aclarado, que para poder considerar acorde a la Constitución dicho precepto, se exige que la posibilidad de delegar en la Comisión dicha competencia se circunscriba única y exclusivamente a aquellos precios públicos que no tienen naturaleza de prestaciones patrimoniales de carácter público, es decir, aquellos que se exigen por servicios o actividades que no resultan indispensables para la vida personal o social de los particulares, cuya solicitud o recepción es voluntaria, y que son susceptibles de ser prestados o realizados por el sector privado.

Igualmente se ha discutido la inconstitucionalidad del artículo 48.2, que permite a las Entidades Locales atribuir a sus Organismos Autónomos y a los Consorcios constituidos por éstas la facultad de fijar los precios públicos, lo que no significa como aclara el TC, que con este artículo se esté autorizando a estos organismos a determinar los específicos servicios o actividades por los que podrán exigirse estas prestaciones, sino sólo la posibilidad de establecer en cada caso la cuantía concreta de los precios públicos correspondientes a los servicios a su cargo.

Otro de los artículos impugnados es el 60, que según los recurrentes, implica una vulneración de la autonomía local en cuanto exige la exacción obligatoria de una serie de impuestos con independencia de los intereses de cada municipio o de su situación financiera. Sin embargo, la STC 19/1987 aclara que el concepto de autonomía local se traduce en que los Entes Locales deben contar con tributos propios y sobre los que la Ley les debe reconocer cierta intervención en su establecimiento o en su exigencia, lo que significa que el artículo en cuestión no vulnera el Texto constitucional en lo referente a la autonomía local.

Por último, uno de los aspectos más interesantes que regula esta Ley respecto del particular que ahora nos ocupa es el contenido en el Título IV, cuyos artículos 133.2, 134 y 136.1 fueron impugnados por considerarse inconstitucionales. En efecto, en dichos artículos se impide que el régimen financiero de las entidades supramunicipales altere el propio de los Ayuntamientos que las integren, así como que las comarcas puedan exigir algunos de los impuestos y recargos regulados por la Ley o percibir participación en los tributos del Estado, regulándose además los recursos que corresponde percibir a las áreas metropolitanas.

Respecto de la creación de estos Entes Locales, y antes de entrar al problema concreto enunciado, es interesante remarcar lo que precisó la STC 214/1989:

“Se trata, en consecuencia, de unas entidades con un fuerte grado de interiorización autonómica, por lo que, en la determinación de sus niveles competenciales, el Estado no puede sino quedar al margen. Corresponde, pues, en exclusiva a las Comunidades Autónomas determinar y fijar las competencias de las Entidades Locales que procedan a crear en sus respectivos ámbitos territoriales.”

Por ello, los órganos recurrentes no dicen que se hayan invadido de manera directa potestades autonómicas en orden a la creación de estas entidades supramunicipales, sino que

al fijar la Ley unos recursos tan restringidos para las áreas metropolitanas y las comarcas se hace inviable en la práctica su creación.

En su argumentación el TC no entra a valorar lo acertado o desacertado de tal proceder del Estado, sino simplemente afirma que la competencia estatal se concreta en garantizar la autonomía local de municipios y provincias. Siendo ésta su única obligación, no le compete lo que ocurra con el resto de Entes Locales que las autonomías puedan concebir siempre que no impida a éstas su potestad reconocida constitucionalmente de crearlas. En consecuencia, deben ser las Comunidades las que a la hora de proceder a la creación de tales entidades, prevean al mismo tiempo el régimen de recursos financieros aplicables a las mismas en el marco de sus respectivas competencias financieras, respetando las competencias que al Estado atribuye el artículo 149.1.18.ª CE.

B) Régimen de funcionamiento de las Entidades Locales

a) Los plenos extraordinarios en la legislación catalana: convocatoria y requisitos

La STS, Sala Tercera, Sección Tercera, de 10 de diciembre de 1999, Ar. 8829, estimó el recurso de apelación interpuesto por los recurrentes, varios concejales de un grupo político, revocando la Sentencia apelada, y declarando la obligación del Consejero de Gobernación de la Generalidad a requerir al presidente de la Corporación Municipal de un Ayuntamiento para que convocara inmediatamente el Pleno extraordinario solicitado por los mismos.

Las razones que para ello aduce el TS, encuentran su fundamento en el artículo 95 de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña 8/1987, de 15 de abril, que establece que si una cuarta parte de los Concejales solicitan la celebración de un Pleno extraordinario, el Alcalde tiene la obligación de celebrarlo, por lo tanto, y ante la negativa de éste a su celebración, el Consejero de la Gobernación de la Generalidad, ante la petición formulada por los Concejales, debió realizar el requerimiento de convocatoria solicitado.

b) Distinción a efectos de control y de remuneración, entre los actos de apoyo a órganos municipales individuales y la asistencia a órganos municipales colegiados

La STS, Sala Tercera, Sección Cuarta, de 20 de diciembre de 1999, Ar. 9468, anuló el acuerdo de un Ayuntamiento relativo a la regulación de las dietas a percibir por los concejales cuando fuesen requeridos a una reunión por el alcalde, ya que su pretensión de equiparar las remuneraciones que perciben los concejales por la asistencia a reuniones a las que fueran llamados por él, con las remuneraciones que se perciben por asistir a órganos colegiados no es posible en cuanto vulnera lo dispuesto por el artículo 13.6 del ROF, que establece que estas remuneraciones percibidas en concepto de asistencia sólo son posibles respecto de los órganos colegiados pero no para reuniones individualizadas como es la de un Alcalde con un Concejales en las que sólo habrá derecho a percibir los

VI. Organización Administrativa

gastos que se originen previa justificación, por cuanto la libertad del Pleno sirve para modular los supuestos de remuneración legalmente previstos pero no para su ampliación a supuestos diferentes de los contemplados en las normas.

c) El deber de abstención de los concejales

La STS, Sala Tercera, Sección Quinta, de 27 de enero de 2000, Ar. 52, desestimó el recurso interpuesto contra sendos acuerdos de un Ayuntamiento mediante los que se aprobaron un proyecto de ejecución de un determinado número de apartamentos con el voto determinante de uno de sus Concejales que debió abstenerse pues como afirma el TS, tenía un patente interés personal en la causa al ser propietario y constructor al mismo tiempo de los terrenos en donde se iban a construir los citados apartamentos, por eso, continúa el Alto Tribunal, debe considerarse como una maniobra fraudulenta la transmisión mediante contrato privado a un tercero de los derechos derivados del expediente de la solicitud de licencia, considerando, en consonancia con lo que ya hizo el Tribunal de instancia, nulo de pleno derecho el acto por el que se aprobó el citado proyecto de edificación.

d) Las asignaciones económicas de los concejales

La STS, Sala Tercera, Sección Cuarta, de 18 de enero de 2000, Ar. 267, desestimó el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del Tribunal de instancia que declaró ajustado a derecho el acuerdo de un Ayuntamiento mediante el que se habían fijado las compensaciones económicas para los miembros de la Corporación Municipal.

En su Sentencia, el TS estima que de la aplicación conjunta de los artículos 75 de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases de Régimen Local, y 13 del Real Decreto, 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento general de organización y funcionamiento de las Corporaciones Locales, se deduce que el concepto de indemnización hay que entenderlo como permisivo de aquellas indemnizaciones sustentadas en actividades concretas y en el mayor trabajo o dedicación a la actividad municipal, que es precisamente el supuesto de hecho en el que nos encontramos, pues las indemnizaciones sobre las que se discute se otorgan por razón de la dedicación al cargo y por la mayor actividad municipal y funciones especiales que, respecto a los demás concejales, obviamente han de desempeñar los Presidentes de comisiones, Portavoces, Alcalde, etcétera.

C) El control de los Entes Locales

a) Impugnación de acuerdos por la Administración del Estado: actos de las Entidades Locales que pueden infringir el Ordenamiento Jurídico

La STS, Sala Tercera, Sección Quinta, de 29 de diciembre de 1999, Ar. 9476, desestimó el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado contra un acuerdo de un Ayuntamiento acerca del otorgamiento de licencia de reforma de acceso a una estación de servicio.

El TS consideró en este caso que el recurso interpuesto por el Abogado del Estado frente al citado acuerdo era extemporáneo, ya que el Ayuntamiento había cumplido con lo dispuesto por el art. 56.1 de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local, que exige a las Entidades Locales remitir a las Administraciones del Estado y autonómicas copia o, en su caso, extracto comprensivo de los actos y acuerdos de las mismas en los plazos y formas que reglamentariamente se determinen.

Por su parte, el abogado del Estado argumentó que el artículo 56.1 de la citada Ley remite al artículo 87.2 del Reglamento General de Carreteras de 8 de febrero de 1977, que exige que los Alcaldes notifiquen al órgano administrativo del que depende la carretera todos los acuerdos adoptados por las respectivas Corporaciones Locales sobre otorgamientos de autorizaciones por las que se puedan ver afectadas éstas, por ello considera que tratándose de obras relativas a carreteras debe prescindirse del régimen de comunicaciones que en el ámbito de relaciones interadministrativas establece la LBRL y el ROF, a lo cual responde el órgano judicial que dicha tesis no es admisible por cuanto que el desarrollo reglamentario del artículo 56.1 LBRL está contenido en el artículo 196.3 del ROF, el cual ha sido estrictamente observado por el citado Ayuntamiento.

b) La fiscalización de los Entes Locales por parte del Estado y de las Comunidades Autónomas: incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley de forma que afecte al ejercicio de competencias atribuibles al Estado o a las Comunidades

La STS, Sala Tercera, Sección Sexta, de 22 de septiembre de 1999, Ar. 9575, desestimó el recurso de casación interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra sendos Autos dictados por el Tribunal de instancia, por considerar que había sido infringido el artículo 60 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (Ley 7/1985) que dice al efecto: “cuando una Entidad Local incumpliera las obligaciones impuestas directamente por la Ley de forma que tal incumplimiento afectara al ejercicio de competencias de la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma, y cuya cobertura económica estuviese legalmente o presupuestariamente garantizada, una u otra, según su respectivo ámbito competencial, deberá recordar su cumplimiento concediendo al efecto el plazo que fuere necesario, nunca inferior a un mes, si el incumplimiento persistiera, se procederá a adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de la obligación a costa y en sustitución de la Entidad Local”.

Por lo tanto, en el caso que nos ocupa, concurren los dos requisitos que esta Ley exige para que una Comunidad Autónoma sustituya en sus competencias a una Ente Local si éste incumple las competencias que tiene atribuidas legalmente:

a) Incumplimiento por una entidad local de obligaciones impuestas por una ley, que en este particular se produce debido al impago por parte de la Entidad Local “Comarca del Barcelonés” de una indemnización que trae causa en una expropiación urbanística.

VI. Organización Administrativa

b) Que dicho incumplimiento afecte al ejercicio de competencia de la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas.

Tanto el Estatuto como la legislación autonómica de Cataluña, establecen que la Generalidad de esta Comunidad ejerce competencias tanto en materia de organización territorial como de tutela financiera sobre organismos de carácter local, competencias que la misma no cumplió en relación a la “Comarca del Barcelonés”, a la que no advirtió de su incumplimiento, ni substituyó una vez el mismo se produjo.

c) Referéndum municipal: competencia, control, procedimiento, etcétera

La STS, Sala Tercera, Sección Tercera, de 17 de febrero de 2000, Ar. 77, desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado por el Ayuntamiento de Algeciras contra el Acuerdo de 24 de julio de 1998 del Consejo de Ministros por el que se denegaba al Alcalde del referido Ayuntamiento la autorización para la convocatoria de una consulta popular que permitiera la articulación del municipio de Algeciras y de su entorno en la novena provincia andaluza.

De lo que se trata como indica el TS, es de determinar si en su decisión el Consejo de Ministros ha respetado el artículo 71 de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local, a lo que responde este Tribunal en sentido afirmativo, pues los dos requisitos más importantes que este artículo exige para su celebración sólo se cumplen de forma parcial. El primero de ellos, que se trate de una cuestión que afecte a los intereses de los vecinos de Algeciras es obvio que se cumple, pero el segundo, que el asunto que da lugar a la consulta sea de carácter local, lleva al Supremo a decantarse por la solución adoptada por el Consejo de Ministros pues parece que las repercusiones que tendría una consulta de estas características (afectaría a otras instancias territoriales), excede de lo que debe entenderse por un asunto estrictamente local.

3. COLEGIOS PROFESIONALES

A) La regulación de las aportaciones que los Colegios provinciales han de realizar al Consejo General de la profesión es competencia estatal y no autonómica

La STS, Sala Tercera, de 20 de diciembre de 1999, Ar. 9629, desestimó el recurso interpuesto por la Comunidad Autónoma valenciana contra el RD 306/1993, de 26 de febrero, por el que se da nueva redacción a los Estatutos de los Colegios de Ayudantes Técnicos Sanitarios, y en el que se modifica, éste es el particular que a nosotros nos interesa, el artículo 95, párrafo segundo, donde se establece que existirán cuotas homogéneas para todos los Colegios, las cuales habrán de ser aprobadas por la asamblea general correspondiente del Consejo General de Colegios.

En dicho recurso, plantea esta Comunidad que si se interpreta este precepto en el sentido de que todos los diplomados en enfermería de España deben abonar una cuota de la misma cuantía a establecer por la asamblea general de la profesión se está produciendo una invasión de las competencias que otorga a la Comunidad Autónoma de Valencia el artículo 31.22 de su Estatuto, así como también los apartados 2 y 3 del artículo 15 de la Ley denominada Proceso Autonómico, Ley 12/1983, de 14 de octubre, pues según los citados preceptos la Comunidad Autónoma tiene competencia para la regulación de los Colegios sitos en su ámbito territorial, y siendo las Juntas de los Colegios Provinciales las hasta ahora competentes para fijar las cuotas de los colegiados, la fijación de estas cuotas por otro órgano, en este caso por la Consejo general de la profesión, invade o merma las competencias de la Comunidad Autónoma.

El TS rechazando esta argumentación resuelve al respecto, afirmando que el párrafo 2 del artículo 95 no debe de interpretarse en el sentido de su alusión a las cuotas que deben satisfacer los diplomados en enfermería de cada uno de los Colegios, sino a las aportaciones que estos colegios han de realizar al Consejo General de la Profesión.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

LUIS CESTEROS DAPENA

EVA NIETO GARRIDO

PEDRO ANTONIO MARTÍN PÉREZ

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**Sumario:**

1. Concepto de sanción. A) Actos que no constituyen sanción. B) Actos que constituyen sanción o a los que se aplican los principios propios de éstas. **2. Reserva de Ley y tipicidad.** A) Reserva de Ley y Reglamentos. B) Reserva de Ley en relaciones de sujeción especial. C) Principio de tipicidad y Colegios Profesionales. D) Falta de tipicidad por insignificancia de la conducta. E) No todo lo prohibido es infracción. F) La tipicidad en su vertiente de taxatividad de las sanciones. **3. Retroactividad de la norma sancionadora más favorable.** A) No está constitucionalizada. B) Cabe en fase de impugnación jurisdiccional. **4. Antijuricidad.** A) Ejercicio legítimo de un derecho. B) Estado de necesidad. C) Incumplimiento de una orden del superior jerárquico cuya legalidad se discute. D) Infracciones de peligro abstracto. **5. Elementos subjetivos de las infracciones.** A) No cabe la presunción de la culpabilidad. B) La culpabilidad no exige la intención de dañar. C) Sujetos responsables. D) Distintos sujetos responsables, distintas sanciones, aunque unos sujetos se integren en otros. E) Sujetos responsables y personalidad de las sanciones. **6. Concurrencia de infracciones frente a la prohibición de doble sanción.** A) Non bis in idem. Preferencia de la jurisdicción penal. B) Dos acciones, una sola infracción. **7. Competencia sancionadora.** A) Separación entre instrucción y resolución. B) Inexistencia o falta de prueba de la resolución emanada de la autoridad competente: nulidad por incompetencia manifiesta. **8. Procedimiento sancionador.** A) Falta de legitimación del denunciante. Algunas matizaciones. B) Insubsanción de los vicios formales en el posterior recurso. C) Propuesta de resolución: carácter esencial. Consecuencia de su omisión. **9. En especial, la prueba.** A) Necesidad de una denegación motivada de la prueba y de una indefensión real. B) Valor de los informes o denuncias de los agentes de la autoridad. C) Carga de la prueba. **10. Extinción de la responsabilidad por prescripción.** A) Prescripción e infracción continuada. B) La prescripción puede ser apreciada de oficio. C) Prescripción de la infracción en vía de recurso. D) Prescripción de la sanción. E) Interrupción del plazo de prescripción de la

sanción. **11. Ejecución de las sanciones.** A) Necesidad de permitir un control judicial previo. B) No cabe ejecutar sanciones mientras no se resuelva expresamente el recurso administrativo interpuesto.

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

A) Actos que no constituyen sanción

– El cese de un Juez sustituto por falta de idoneidad. A juicio de la **STS de 9 de julio de 1999**, Sección Séptima, Ar. 6883:

“La sanción implica la imposición por la Administración de un perjuicio jurídico al sancionado por haber incurrido en una actividad ilegal tipificada por el Ordenamiento como infracción. El cese de un Juez sustituto consiste solamente en dejar sin efecto un nombramiento temporal para el desempeño de unas funciones que, en el presente caso, la interesada carecía de idoneidad para desempeñar”.

– La resolución administrativa que ordena la práctica de ciertos ajustes contables a una Mutua, tras la realización de una auditoría, aunque lleve consigo consecuencias no favorables para ésta (**SSTS de 25 de marzo, de 25 de octubre y 9 de diciembre de 1999**, Sección Cuarta, Ar. 8795, 7949 y 9539).

– El acuerdo de resolver el contrato de arrendamiento de una Vivienda de Protección Oficial que no es destinada a domicilio habitual y permanente, y el consiguiente requerimiento de desalojo de la vivienda (**STS de 22 de octubre de 1999**, Sección Tercera, Ar. 8252).

– La exigencia, en su caso, de la devolución del sobreprecio cobrado en la venta de una VPO (**STS de 22 de noviembre de 1999**, Sección Tercera, Ar. 8271).

– La exigencia administrativa de reparar los desperfectos observados en una VPO (**SSTS de 9 y 15 de diciembre de 1999**, Sección Tercera, Ar. 9211 y 8835 y **STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de octubre de 1999**, Ar. 3252).

– La inclusión de una finca en el Registro Municipal de Solares (**STS de 24 de noviembre de 1999**, Sección Quinta, Ar. 8501).

– La pérdida de la condición de funcionaria declarada por una Administración como consecuencia directa e inmediata de una condena penal a inhabilitación especial por delito (**STS de 27 de octubre de 1999**, Sección Séptima, Ar. 8952). Se trata de ausencia de aptitud sobrevenida para el ejercicio de funciones públicas.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

– La recuperación de oficio, aunque se ejercite dentro de un expediente sancionador, que se rige por sus propios principios, que no en todo son coincidentes con los característicos de la potestad sancionadora, como la presunción de inocencia (STS de 28 de diciembre de 1999, Sección Tercera, Ar. 8793).

B) Actos que constituyen sanción o a los que se aplican los principios propios de éstas

– STS de 26 de octubre de 1999, Sección Tercera, Ar. 8254. Tras una denuncia, la Confederación Hidrográfica concluye sin declarar la autoría ni la culpabilidad de los denunciados y sin imponer sanción alguna. No obstante, apercibe nominativamente a los denunciados y también a los demás usuarios en general, para que se abstengan en el futuro de cualquier obra que altere o modifique la distribución de aguas en el interior de la red de acequias. A juicio de la Sala, este apercibimiento es una sanción administrativa típica, máxime cuando es pública y se ordena expresamente su difusión.

– Es sanción el recargo del 25% por no depositar las fianzas constituidas conforme a la legislación de arrendamientos urbanos (STS de 21 de septiembre de 1999, Sección Tercera, Ar. 7714).

– Aunque no la califica expresamente como sanción, el Tribunal aplica las consecuencias del derecho a la presunción de inocencia a la orden de expulsión del territorio nacional de un extranjero, con prohibición de entrada en España por un período de cinco años (STS de 13 de diciembre de 1999, Sección Séptima, Ar. 9626). Por su parte, la STC 24/2000, de 31 de enero, afirma que no es sanción la resolución judicial que autoriza la expulsión de un extranjero porque “no sustituye a la resolución administrativa, de suerte que la medida de expulsión sigue siendo una decisión que corresponde a la Administración y constituye una sanción administrativa”.

– Implícitamente, puesto que se analiza si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, el Tribunal parece, con un acierto muy discutible, atribuir carácter sancionador a una resolución administrativa de extinción de un contrato de obra por incumplimiento (STS de 28 de septiembre y 5 de octubre de 1999, Sección Séptima, Ar. 9023 y 9033).

2. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) Reserva de Ley y Reglamentos

Según el art. 142.n) de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres: “tendrán la consideración de infracciones leves todas las que, suponiendo vulneración directa de normas legales o reglamentarias aplicables en cada caso, no figuren expresamente recogidas y tipificadas en los artículos anteriores de la presente Ley”. Planteadas cuestiones de inconstitucionalidad sólo respecto del inciso del precepto trans-

crito “o reglamentarias”, la **STC 60/2000, de 2 de marzo**, las estima y declara la inconstitucionalidad de tal inciso por vulneración de la reserva de Ley establecida en el art. 25.1 CE: aunque “de la mera previsión de normas reglamentarias que integren o completen el tipo legal de infracción administrativa no resulta directamente (...) reproche alguno ex art. 25.1 CE”, éste sí “prohíbe la remisión de la Ley al Reglamento sin una previa determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica en la propia Ley”; el artículo cuestionado “no permite identificar en la Ley qué conductas serán sancionables” sino que hace “incierto e impredecible qué otras conductas, no previstas en los tipos de la Ley, pudieran ser aún objeto de regulación reglamentaria e integrar así el tipo residual”. Todos estos razonamientos, invocando más las exigencias de tipicidad que las de la reserva de Ley, podrían, quizá, haber llevado a la declaración de inconstitucionalidad de todo el precepto, incluida su remisión abierta a “normas legales” y no sólo a las reglamentarias. Pero la sentencia se limita a anular la referencia a las normas reglamentarias porque “el resultado final es que se deja al poder reglamentario por entero y *ex novo* la definición de las conductas susceptibles de sanción”.

A partir de una sanción impuesta sobre la base de las infracciones tipificadas en el Reglamento de una Denominación de Origen (caso Freixenet), la **STS de 20 de diciembre de 1999**, Sección Cuarta, Ar. 9630, sintetiza los requisitos que debe cumplir la colaboración de los reglamentos para integrar los tipos de infracción administrativa y señalar las correspondientes sanciones, sin vulnerar el principio de legalidad, entre los que destacamos:

d) Resulta admisible la norma reglamentaria que se limita, sin innovar las infracciones y sanciones en vigor, a aplicar éstas a una materia singularizada incluida en el ámbito genérico del sistema preestablecido.

e) No cabe exigir con carácter retroactivo la reserva de ley para anular disposiciones preconstitucionales reguladoras de infracciones y sanciones administrativas. Pero desde la entrada en vigor de la Constitución se produce la caducidad por derogación de las habilitaciones legales que resulten contrarias a sus postulados”.

STS de 26 de noviembre de 1999, Sección Tercera, Ar. 8274. La aprobación de un catálogo de infracciones administrativas mediante una simple Orden Ministerial posterior a la Constitución no satisface las exigencias que ésta impone en su art. 25.1, menos aún, cuando dicha Orden permite al instructor calificar según su juicio “cualquier otra infracción”.

B) Reserva de Ley en relaciones de sujeción especial

La **STSJ de Madrid de 26 de mayo de 1999**, Ar. 3716, anula la sanción impuesta en virtud de un Reglamento al que la Ley remitía sin mayores precisiones las infracciones graves y leves –pues ésta sólo tipificaba las muy graves–, y ello a pesar de que el Tribunal

VII. Derecho Administrativo Sancionador

considera que se está ante una relación especial de sujeción (los expendedores de tabaco), donde la reserva de Ley tiene un carácter más flexible.

La SAN de 21 de enero de 1999, Sección Tercera, Ar. 3409, considera que el Reglamento de Régimen Disciplinario, aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, no vulnera el principio de reserva de Ley:

“dado que existe una remisión normativa expresa de la Ley al desarrollo reglamentario y tal remisión no permite una regulación independiente sino que efectúa fijando los elementos necesarios para la determinación de las infracciones, su sanción y límites, todo ello en el marco de una relación como la funcional que por su contenido y elaborada regulación permiten una razonable previsión de la naturaleza y características esenciales de las conductas constitutivas de infracción”.

C) Principio de tipicidad y Colegios Profesionales

La STS de 1 de febrero de 1999, Sección Tercera, Ar. 6946, tras reiterar que:

“la tipificación es suficiente cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra”, añade que “en el ámbito de las relaciones de sujeción especial la relajación posible de dicha garantía lo es tan sólo en la medida en que la naturaleza o el contenido jurídico de la relación permita una más fácil predicción de aquellas conductas y sanciones. La obligada prevalencia (...) del principio de seguridad jurídica sobre el de eficacia de la organización administrativa y de los servicios públicos, impide que la exigencia más suave del mandato de tipificación en dichas relaciones pueda rebasar el límite tras el cual la certeza no fuera alcanzable ni tan siquiera para quienes forman parte de ella”.

En el caso de autos, el Pleno del Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España había sancionado a todos los arquitectos miembros de la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, pues este órgano incumplió sistemáticamente su obligación de satisfacer al Consejo Superior las cuotas correspondientes, sobre la base de un precepto de los Estatutos que atribuía al Consejo de:

“las facultades precisas para amonestar, corregir e imponer sanciones disciplinarias a las Juntas de Gobierno por las negligencias o faltas en que pudiera incurrir por abandono de funciones de interés para los fines colectivos o por el incumplimiento de preceptos reglamentarios o de acuerdos adoptados por la Asamblea General o por el Pleno del Consejo”.

No obstante, a juicio del Tribunal “esas tres conductas susceptibles de ser corregidas disciplinariamente se describen en la norma en términos tan genéricos y abstractos que difícilmente cabe derivar de ellos el grado de certeza exigible”.

D) Falta de tipicidad por insignificancia de la conducta

La STSJ de Navarra de 23 de noviembre de 1999, Ar. 3819, parece aplicar el llamado “principio de insignificancia”, aceptado en el Derecho Penal, según el cual no pueden considerarse típicas acciones que, aunque formalmente encajan en un tipo y son antijurídicas, tienen una relevancia lesiva mínima, la denunciada porque su camión superaba en 5 cm. la longitud máxima. El Tribunal entiende que “un exceso de 5 cm. no debe tener relevancia sancionadora”. La sentencia reconoce implícitamente que también la potestad sancionadora de la Administración debe tener algún límite para no castigar conductas de tan escaso significado antijurídico que realmente no lo merecen.

E) No todo lo prohibido es infracción

STS de 17 de noviembre de 1999, Sección Tercera, Ar. 8267. Ante la sanción impuesta a una Caja de Ahorros por la realización de una “operación doble”, que estaba expresamente prohibida para este tipo de entidades, recuerda la jurisprudencia según la que:

“es un hecho, que deliberadamente o por simple imprevisión, existen en nuestro ordenamiento numerosos ejemplos de prohibiciones que por deficiencias técnicas del régimen sancionador u otras causas no han llegado a traducirse en una respuesta de este carácter, y no es dable en tales supuestos suplir a nivel jurisdiccional las insuficiencias normativas en esta materia, tratando a toda costa de sancionar comportamientos prohibidos”.

F) La tipicidad en su vertiente de taxatividad de las sanciones

Vulnera el principio de tipicidad una norma que no señala criterio alguno de graduación de la sanción pecuniaria que establece ni límite a su posible cuantía mínima, aunque sea preconstitucional (SSTS de 15 y 17 de noviembre de 1999, Sección Tercera, Ar. 8694 y 8267). En la misma línea, las SSTS de 2 y 10 de diciembre de 1999, Sección Tercera, Ar. 9391 y 8831.

3. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE**A) No está constitucionalizada**

La STC 99/2000, de 10 de abril, tras recordar que su jurisprudencia “viene negando la posible inclusión del principio de retroactividad de la Ley penal más favorable en el art. 25.1 CE”, añade que “el apartamiento de esa doctrina resulta menos justificado aún cuando, como aquí ocurre, de lo que se trata es de una sanción administrativa”. Pese a todo se estima el amparo en un supuesto en que el Tribunal no aplicó la norma sancionadora posterior más favorable, sino la anterior ya derogada, por entender que ello supone vul-

VII. Derecho Administrativo Sancionador

neración a la tutela judicial efectiva. Cuenta la Sentencia con un Voto Particular que entiende que debió concederse por vulneración del art. 25.1 CE que, al menos implícitamente e interpretado conjuntamente con el art. 9.3 de la propia CE, incluye la retroactividad *in bonam partem* de las normas penales y las sancionadoras administrativas.

B) Cabe en fase de impugnación jurisdiccional

La STSJ de Navarra de 23 de noviembre de 1999, Ar. 3819, recoge la doctrina del TS según la cual no es impedimento “que el procedimiento sancionador se encuentre en fase de impugnación jurisdiccional, puesto que posibilita la aplicación de la nueva normativa sancionadora sin retroacciones de procedimiento, siendo además aconsejable por razones de economía procesal”.

4. ANTIJURICIDAD

A) Ejercicio legítimo de un derecho

En la STC 42/2000, de 14 de febrero, al resolver un recurso de amparo, aunque no lo presente así formalmente, se hace una aplicación al Derecho Administrativo sancionador de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, eximente que se basa en la falta de antijuricidad de la conducta típica. En una manifestación que había sido previamente comunicada a la autoridad gubernativa, el recurrente en amparo “fue identificado como integrante del grupo que interrumpió el tráfico rodado (...), haciendo caso omiso de las reiteradas advertencias de los agentes de la autoridad, y dando origen a desórdenes en la vía pública y a la consiguiente alteración de la seguridad colectiva”. Por ello fue sancionado como autor de una infracción de la Ley de Seguridad Ciudadana lo que, según el recurso, vulnera el derecho fundamental de manifestación del art. 21 CE. Para el TC se trata de resolver “si el recurrente (...) estaba ejerciendo legítimamente su derecho fundamental de manifestación o si, por el contrario, tal conducta constituye una extralimitación del referido derecho”. En el caso, se entiende que no hubo tal extralimitación sino “el ejercicio normal y legítimo del derecho de reunión”. Por el contrario, la STC 6/2000, de 17 de enero, ante la sanción impuesta a un funcionario por grave desconsideración con sus superiores, no la considera vulneradora del derecho a la libertad de expresión, pues su contenido insultante la coloca fuera del ámbito de protección de dicho derecho. En la misma línea, aunque referida al personal estatutario de las instituciones sanitarias, la STC 241/1999, de 20 de diciembre.

B) Estado de necesidad

STS de 28 de diciembre de 1999, Sección Tercera, Ar. 8793. El recurrente alega la justificación de los vertidos de piedras realizados en una playa sin autorización administrativa. Al respecto, el Tribunal afirma que:

“la situación de peligro para las viviendas creada por el fortísimo temporal justifica la colocación de las piedras en un momento de calma, como medio de impedir que las altas olas

las destruyeran. Esta circunstancia permite apreciar la situación de necesidad aplicada por la Sentencia de instancia, como causa de justificación de la conducta”. Y añade: “la conducta quedaría justificada, a los solos efectos sancionadores, ante la inactividad de la Administración para proteger las casas de los interesados”.

C) Incumplimiento de una orden del superior jerárquico cuya legalidad se discute

Si la orden incumplida es, a juicio del interesado, contraria a la legalidad, lo procedente es solicitar la confirmación por escrito y, eventualmente, comunicar su discrepancia a la superioridad, no estando en tal caso obligado a cumplirla si no se reitera por escrito. Así lo declara la **STSJ de Canarias/Las Palmas de 30 de abril de 1999**, Ar. 3316, al considerar que “lo improcedente en todo cuerpo organizado jerárquicamente es conducirse de la manera en que lo hizo el demandante (que no cumplió la orden), es decir, imponer sin más su criterio, por razonable que pueda ser éste, frente al mantenido por sus superiores”. Esta conducta es particularmente reprochable en cuanto pone en entredicho nada menos que “los principios de jerarquía y de autoridad, sostén de la función pública, cuya lesión, de generalizarse, conduciría a la desaparición de la propia Administración”.

D) Infracciones de peligro abstracto

En cuanto a la sanción por adquisición de vino de base a bodega no inscrita, la **STS de 20 de diciembre de 1999**, Sección Cuarta, Ar. 9630, estima que:

“no excluyen la realización culpable de la conducta típicamente antijurídica que se sanciona ni la circunstancia de que la bodega de procedencia del vino fuera posteriormente inscrita en el Registro del Consejo Regulador del Cava, ni que el vino de que se trata pudiera tener o no las características necesarias para elaborar el Cava, pues la infracción atiende a la inobservancia de una de las obligaciones establecidas para quienes son personas o entidades inscritas (...), con independencia de cualquier resultado concreto respecto a la calidad del producto”. E insiste la Sala, “la protección que otorga la denominación de origen se funda en el cumplimiento de determinados deberes, incluso de naturaleza formal, establecidos normativamente para garantizar en abstracto el producto y su procedencia, y que los consumidores lo adquieren con la observancia de aquéllos, no quedando tal sistema albur del resultado concreto de calidad que pueda obtenerse en cada caso”.

5. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES

A) No cabe la presunción de la culpabilidad

A propósito de una infracción tributaria a raíz del Impuesto de Sociedades, la **STS de 29 de octubre de 1999**, Sección Tercera, Ar. 7906, estima que, en contra de lo argumentado por la Administración:

VII. Derecho Administrativo Sancionador

“no es factible, en ningún caso, presumir una conducta dolosa por el mero hecho de las especiales circunstancias que rodean al sujeto pasivo de la imposición (importancia económica, clase de asesoramiento que recibe, etc.), sino que, en cada supuesto y con independencia de dichas circunstancias subjetivas, hay que ponderar si la discrepancia entre el sujeto pasivo y la Hacienda Pública se debe o no a la diversa, razonable y, en cierto modo, justificada interpretación que uno y otra mantienen sobre las normas aplicables”.

Bien entendido que, a nuestro juicio, tales especiales circunstancias sí podrían conllevar un deber de diligencia más intenso.

B) La culpabilidad no exige la intención de dañar

La STSJ de Andalucía/Granada, de 29 de noviembre de 1999, Ar. 3785, ante una sanción por corta de árboles y roturación de terrenos sin autorización administrativa, afirma que:

“la ausencia de una intención específica de dañar a los intereses forestales protegidos por la legislación forestal (...) no implica la ausencia de culpabilidad en su conducta, puesto que la infracción de las normas administrativas puede producirse no sólo a título de dolo o de forma intencional, sino también por negligencia o simple inobservancia culpable (...), lo que no puede entenderse como responsabilidad objetiva, puesto que la negligencia o culpabilidad radica en la omisión de la obtención de la previa autorización administrativa”.

C) Sujetos responsables

Una Comunidad de regantes encarga a una empresa la limpieza de una acequia. Durante dicha limpieza, el operario, bajo la indicación de un miembro de la Comunidad de regantes –que si bien no ostentaba representación legal alguna de la misma, tenía autorización verbal para dar órdenes al operario–, efectúa una actuación que origina daños en una carretera provincial. La Diputación Provincial sanciona a la Comunidad de regantes. La STS de 14 de julio de 1999, Sección Cuarta, Ar. 687, considera que:

“no cabe negar la intervención directa y eficaz de la Comunidad actora en la actividad desarrollada por la empresa contratada (...). A los efectos sancionadores (...) la imputación a efectuar a las personas físicas o jurídicas consideradas legalmente responsables puede verificarse tanto a título de dolo como por culpa o negligencia, y no puede excusarse de ella la persona moral que, habiendo decidido la realización de una tarea semejante en el talud de una carretera pública (...), interviene mediante indicaciones concretas en su realización a través del único miembro de la misma allí presente (...). Por otra parte, aunque fuese posible entender que el único miembro presente carecía de toda representatividad, igualmente resultaría difícil excusar de toda responsabilidad por negligencia a la Comunidad, comitente de la obra a realizar en una carretera pública, que se abstiene de asistir de modo formal a las incidencias de la misma”.

D) Distintos sujetos responsables, distintas sanciones, aunque unos sujetos se integren en otros

La STS de 10 de noviembre de 1999, Sección Tercera, Ar. 8426, ante una sanción por prácticas restrictivas de la competencia, estima que no se produce una doble sanción por los mismos hechos, “en cuanto que se sanciona tanto a la empresa recurrente como a la asociación en que se integra”, ya que “tratándose de personas jurídicas distintas, nada impide que la sanción sea impuesta a ambas, si ambas resultan –como aquí ocurre– culpables de la conducta objeto de reproche”.

E) Sujetos responsables y personalidad de las sanciones

Según la STC 36/2000, de 14 de febrero, no vulnera el principio de personalidad de las sanciones el que la vía de apremio para el cobro de la multa se dirija contra los bienes gananciales del infractor (véase esta STC en “Ejecución de las sanciones”).

6. CONCURRENCIA DE INFRACCIONES FRENTE A LA PROHIBICIÓN DE DOBLE SANCIÓN**A) *Non bis in idem*. Preferencia de la jurisdicción penal**

Se produjo la firmeza de una Sentencia penal por delito ecológico, cuando un procedimiento administrativo sancionador por los mismos hechos ya estaba totalmente sustanciado. Se recurre la sanción administrativa. La STS de 17 de septiembre de 1999, Sección Tercera, Ar. 6751, mantiene que:

“la circunstancia de que la Sentencia penal fuera dictada después que la resolución administrativa adquiriera firmeza no impide la aplicabilidad del principio non bis in idem, inequívocamente contrario (...) a la duplicidad sancionadora. La Administración, que ha apreciado los hechos con perfecta exactitud, debió sin embargo suspender la tramitación del expediente administrativo en espera de que concluyese el proceso penal dada la simultaneidad temporal entre uno y otro”.

Anula la sanción administrativa.

B) Dos acciones, una sola infracción

A un funcionario se le imponen dos sanciones: la primera, por abandono del lugar de trabajo sin realizar los fichajes correspondientes; y la segunda, por uso indebido de una ficha que no era de su propiedad. El Tribunal considera que “ambas acciones integran una sola conducta por referirse a una misma jornada de trabajo y responder a una misma y única finalidad, por lo que ha de considerarse que constituye una sola falta y no las dos que le imputa la Administración” (SAN de 11 de noviembre de 1999, Sección Tercera, Ar. 3779).

VII. Derecho Administrativo Sancionador

7. COMPETENCIA SANCIONADORA

A) Separación entre instrucción y resolución

El recurrente solicita la anulación de la sanción al no haber existido la separación exigida entre la fase instructora y la de resolución, pues la funcionaria que actuó como instructora en el expediente sancionador fue la misma que emitió un informe de Derecho sobre la procedencia o no de estimar el recurso de alzada interpuesto. La STS de 8 de octubre de 1999, Sección Cuarta, Ar. 7943, desestima el recurso:

“Pues en modo alguno puede considerarse como actividad sancionadora la emisión de un informe en Derecho siendo cosas distintas la emisión de informes y la resolución sancionadora propiamente dicha, y ello aunque sea una irregularidad que informe el recurso de alzada el mismo instructor del expediente sancionador. Pero en todo caso nos encontraríamos ante una irregularidad no invalidante”.

B) Inexistencia o falta de prueba de la resolución emanada de la autoridad competente: nulidad por incompetencia manifiesta

Una nueva línea jurisprudencial parece iniciarse con la STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de noviembre de 1999, Ar. 3801. En el expediente sancionador sólo aparecía una comunicación a efectos de notificación en la que se decía que la resolución había sido dictada por la autoridad competente. Esto tiene una presunción de legitimidad que se puede destruir. Como se pidió prueba de la existencia de esa resolución y no se aportó ni el original firmado ni copia auténtica no quedó demostrado que se dictara la resolución, se destruyó “la presunción de legitimidad que amparaba los anteriores documentos”: “estamos ante un supuesto de inexistencia –por falta de prueba de la misma– de la propia resolución” de modo que la actuación realizada por los otros órganos (los de la Jefatura Provincial de Tráfico) “han de considerarse procedentes de órgano manifiestamente incompetente”.

8. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) Falta de legitimación del denunciante. Algunas matizaciones

Se mantiene la línea jurisprudencial que, aunque no como dogma, siempre acaba negando en la práctica la legitimación del denunciante en el expediente disciplinario a los Jueces y Magistrados (entre otras, las SSTS de 2 de julio de 1999, Sección Séptima, Ar. 6829 y 6910, y 6 de julio (dos) (Ar. 6832 y 6833); 9 de julio (Ar. 6914) y 7 de octubre, (Ar. 9024). Algún matiz introduce la STS de 16 de diciembre de 1999, Sección Séptima, Ar. 9711. Especial interés tiene la STS de 17 de diciembre de 1999, Sección Séptima, Ar. 9714, donde se admite la legitimación, pues el recurrente:

“no solicita en su demanda la imposición de una sanción disciplinaria al Magistrado (...), sino la anulación del acuerdo de archivo del escrito de queja presentado, para que se abra

expediente disciplinario por las irregularidades cometidas por el señor Juez (...), por lo que debemos reconocer la legitimación del actor para el ejercicio de esta pretensión, pues si llegásemos a la conclusión de que en el acuerdo de archivo se ha incurrido en un vicio invalidante, que hiciese procedente la retroacción de las actuaciones para la práctica de nuevas diligencias, tendríamos que adoptar las medidas precisas para satisfacer el derecho del denunciante”.

B) Insubsanabilidad de los vicios formales en el posterior recurso

La STSJ de Navarra de 17 de noviembre de 1999, Ar. 3817, considera que la irregular notificación de la denuncia ha provocado la indefensión de la expedientada. Este defecto de notificación no es subsanable, según el Tribunal, “mediante la interposición del recurso ordinario” pues no cabe la subsanación “terminado ya el expediente y dictada la sanción”.

C) Propuesta de resolución: carácter esencial. Consecuencia de su omisión

La STS de 24 de septiembre de 1999, Sección Séptima, Ar. 8060, tras recordar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional según la que “el derecho a conocer la propuesta de resolución de un expediente sancionador (...) forma parte de las garantías que establece el artículo 24.2 de la Constitución, pues sin él no hay posibilidades reales de defensa en el ámbito del procedimiento”, resuelve anular la sanción y “la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la Resolución (...), con el fin de que por la Administración se proceda al cumplimiento del trámite regulado en el artículo 137.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo (notificación de la propuesta de resolución), continuándose después el expediente hasta su conclusión”. Igualmente, la STS de 20 de diciembre de 1999, Sección Tercera, Ar. 9217; y la STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de noviembre de 1999, Ar. 3803, aunque está sobre la base de una indefensión real y material, y no puramente formal.

9. EN ESPECIAL, LA PRUEBA

A) Necesidad de una denegación motivada de la prueba y de una indefensión real

La STC 81/2000, de 27 de marzo, reitera que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes es “soporte esencial del derecho de defensa” y queda vulnerado cuando “el rechazo de la prueba propuesta carezca de toda motivación o la motivación que se ofrezca pueda tacharse de manifiestamente arbitraria o irrazonable” siempre que “haya causado indefensión en sentido real y efectivo” y que la prueba sea “decisiva en términos de defensa”. Con esa premisa, estima el amparo solicitado ante una sanción impuesta por la Administración penitenciaria y confirmada por el Juez de Vigilancia sin que en ningún caso se practicara la prueba propuesta por el recluso ni se justificara de ninguna forma la denegación, cuando era pertinente y encaminada a negar los hechos mismos

VII. Derecho Administrativo Sancionador

por los que fue sancionado. En la misma línea, la **STC 42/2000, de 14 de febrero**, donde se añade que “la ausencia de práctica de la prueba no sea imputable al propio recurrente, pues la indefensión que tiene su origen en la negligencia de las partes no puede considerarse constitucionalmente relevante”.

B) Valor de los informes o denuncias de los agentes de la autoridad

En la línea amplia que ya venimos comentando en otras crónicas, que no se limita sólo a los funcionarios públicos que tengan la condición de autoridad, la **STSJ de Cataluña de 15 de julio de 1999, Ar. 3725**, otorga a un informe de la Policía Local “el valor probatorio con efectos de presunción *ius tantum* que les otorga el artículo 137.3 LPC, una vez formalizados en documento público observando los requisitos legales”, aunque en el caso de autos, tal prueba queda desvirtuada por otras. También queda desvirtuado el valor probatorio de una denuncia de unos agentes de la autoridad, en el ámbito de la Ley de Seguridad Ciudadana, si negados los hechos, éstos no se ratifican (**STSJ de Baleares de 5 de noviembre de 1999, Ar. 3701**).

C) Carga de la prueba

La **STS de 5 de noviembre de 1999, Sección Cuarta, Ar. 8688**, mantiene que:

“no es acertado sostener que la distribución de la carga de la prueba en el campo de las obligaciones sea transplantable a las reglas probatorias en materia de sanciones administrativas. Que haya de observarse la norma que impone el soportar las consecuencias de la falta de prueba a quien alega la existencia de una obligación, y las de una excepción obstaculizante de la misma a quien la opone, se halla en la línea de la correcta aplicación de dichas reglas, mas cuando se trate de determinar a quien corresponde la demostración de la existencia de un ilícito administrativo que se imputa, ha de tenerse en cuenta que prima el principio constitucional de presunción de inocencia (...), aparte de la necesidad de que sea la Administración la que desarrolle una actividad probatoria con el fin de acreditar debidamente los hechos imputados en un expediente sancionador”.

10. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN

A) Prescripción e infracción continuada

La **STS de 10 de noviembre de 1999, Sección Quinta, Ar. 8487**, ante una infracción urbanística por realizar una actividad extractiva sin licencia, la Sala estima que “toda actividad continuada y persistente, no puede ser objeto de prescripción mientras no cesa la misma, iniciándose entonces el cómputo prescriptivo”.

Se sanciona a un particular por la construcción de un kiosco en zona de dominio público marítimo-terrestre sin concesión administrativa. La **STS de 3 de noviembre de 1999, Sección Tercera, Ar. 8261**, considera que el plazo de prescripción ha de comenzar a computarse desde el momento concreto de la realización de una construcción ilegal, y no

desde que se dejó de ocupar la zona marítimo-terrestre, que es lo que defendía la Administración.

La STS de 22 de octubre de 1999, Sección Tercera, Ar. 8251, mantiene que “en los supuestos de venta con sobreprecio de viviendas de protección oficial y mediando aplazamiento de pago, el plazo de prescripción (de la correspondiente infracción administrativa) no puede empezar a correr hasta que haya finalizado dicho pago”.

B) La prescripción puede ser apreciada de oficio

Así lo recoge la STS de 2 de noviembre de 1999, Sección Tercera, Ar. 8800.

C) Prescripción de la infracción en vía de recurso

Las SSTSJ de Canarias/Las Palmas de 3 y 10 de septiembre de 1999, Ar. 3298 y 3300, utilizando argumentos del Derecho Penal y del Derecho Tributario, declaran que la extinción de la responsabilidad administrativa del sometido a un procedimiento sancionador “podrá producirse, a través del instituto de la prescripción, en todos aquellos supuestos en los que la paralización del procedimiento de sustanciación del recurso de que se trate sea igual o superior al plazo de prescripción de la correspondiente infracción, con exclusión del plazo legal establecido para la resolución del recurso”. En ambas Sentencias, el Tribunal razona expresamente que la prescripción producida durante la tramitación del recurso es de la infracción y no de la sanción, pues esta última aún no ha adquirido firmeza.

D) Prescripción de la sanción

Se impugnaba la providencia de apremio para cobrar una sanción de multa por la supuesta prescripción de tal sanción. La Administración alega en contra que el plazo de prescripción de las sanciones pecuniarias es el de cinco años establecido en relación con las deudas tributarias y demás de Derecho Público en favor de la Administración. Pero, según la STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de noviembre de 1999, Ar. 3800:

“el que las sanciones pecuniarias constituyan ingresos de derecho público (...) no resuelve la cuestión de la determinación del plazo de prescripción (...). La prescripción de la sanción es una causa especial y propia de extinción de la responsabilidad derivada de la infracción (...) que se rige por sus propios principios y normas y tiene un fundamento que justifica un especial tratamiento en el marco del Derecho Administrativo sancionador”.

Por ello rechaza la aplicación de las normas de la LGT sobre prescripción de deudas tributarias, debiéndose proceder a la “averiguación del plazo de prescripción de la sanción de acuerdo con la normativa de aplicación al caso”. En concreto, a falta de una regulación específica, aplica el plazo de un año previsto en aquel momento para las penas leves.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

E) Interrupción del plazo de prescripción de la sanción

La STSJ de Navarra de 2 de noviembre de 1999, Ar. 3814, anula una providencia de embargo por considerar defectuosa la notificación de la providencia de apremio. Ello determina la prescripción de la sanción porque ninguna de aquellas actuaciones pudo interrumpir su plazo:

“acreditada la recepción de la notificación de la sanción (...) es evidente que a la fecha de la notificación del embargo (...) había transcurrido con creces el plazo prescriptivo de la sanción, careciendo de eficacia interruptiva la Providencia de apremio (...), al carecer de eficacia interruptiva la notificación incorrectamente realizada”.

11. EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES

A) Necesidad de permitir un control judicial previo

En 1989, el Consejo de Ministros acuerda la cancelación de la inscripción en el Registro Especial de Empresas de Seguridad de una concreta entidad mercantil –lo que la Sala califica como una sanción–. Dicha entidad interpone recurso de reposición y solicita también la suspensión de la ejecución de la resolución. La Administración ejecuta el acuerdo del Consejo de Ministros, antes de la resolución del recurso de reposición y sin haberse pronunciado sobre la suspensión. La STS de 4 de diciembre de 1999, Sección Séptima, Ar. 9763, con una noción quizás excesivamente amplia de lo que sean actos que ponen fin a la vía administrativa y que puede tener un gran interés tras la reciente reforma del régimen de los recursos administrativos, afirma que:

“la tutela judicial efectiva no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso, siendo preciso que se facilite que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal, y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, pueda resolver sobre su eventual suspensión, pues vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto hace inútil la eventual protección jurisdiccional, la orden de proceder a la ejecución de un acto sancionador antes de que ésta haya ganado firmeza en vía administrativa y sin decidir sobre la solicitud de suspensión deducida en dicha vía (...), criterios todos que, si cabe, alcanzan mayor rigor cuando no se ha puesto fin a la vía administrativa al estar pendiente de resolución un recurso de reposición contra el acuerdo originario”.

En definitiva, la Administración debe permitir la tutela cautelar, debiendo facilitar que “la ejecutividad de sus actos o disposiciones pueda ser sometida a la decisión de un órgano jurisdiccional que resuelva sobre la suspensión”.

B) No cabe ejecutar sanciones mientras no se resuelva expresamente el recurso administrativo interpuesto

Según la STSJ de Canarias/Las Palmas de 10 de septiembre de 1999, Ar. 3300, el silencio administrativo no es susceptible de producir por sí mismo la ejecutividad de una sanción, sino que exige la resolución expresa del recurso que se haya interpuesto, por lo que en Derecho Sancionador el artículo 117 LAP carece, en realidad, de toda virtualidad práctica.

MANUEL IZQUIERDO CARRASCO

MANUEL REBOLLO PUIG

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Causa y objeto de la expropiación. A) Alcance de la competencia autonómica para la determinación de la *causa expropriandi*.

3. Procedimiento expropiatorio. A) Sujeción de los convenios urbanísticos de cesión de terrenos a las garantías de la expropiación. B) Jurado provincial: competencia profesional del vocal técnico. Interpretación de la exigencia legal de designar un “ingeniero agrónomo” en la expropiación de fincas rústicas. **4. Determinación y pago del justiprecio.** A) Ponderación de circunstancias que afectan al valor de los terrenos expropiados con independencia de su clasificación formal. B) Expropiación de explotaciones mineras: factores a computar. C) Fecha a la que debe referirse la valoración en las expropiaciones de urgencia: interpretación del artículo 52.7 en relación al artículo 36 de la LEF.

5. Garantías sustanciales. A) La retasación supone siempre una nueva valoración en la que han de tenerse en cuenta los criterios valorativos aplicables en el momento en que se ejercita. B) Derecho de reversión. a) El sistema de prescripción civil no es aplicable al derecho de reversión, con lo que la facultad de revertir corre el riesgo de ejercerse *sine die* a voluntad del interesado. b) Derecho de reversión en convenios de cesión de terrenos para fines urbanísticos. No es preciso que su ejercicio se ajuste a pautas formales.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se comenta en esta crónica la doctrina más destacada de la jurisprudencia recaída en materia expropiatoria durante el último trimestre de 1999. En total se han analizado sesenta pronunciamientos del Tribunal Supremo, en los que –como viene siendo habitual– las cuestiones relativas a la determinación y pago del justiprecio y a las garantías sustanciales que acompañan el ejercicio de la potestad expropiatoria tienen proporcionalmente un gran peso cuantitativo. Junto a nuevos perfiles de estas cuestiones recurrentes, en esta crónica destacan otras que hasta ahora no habían sido reseñadas, tales como el alcance de la potestad legislativa autonómica para determinar la *causa expropriandi* o la sujeción de los tan frecuentes convenios de cesión urbanística de terrenos a las garantías de la LEF.

2. CAUSA Y OBJETO DE LA EXPROPIACIÓN

A) Alcance de la competencia autonómica para la determinación de la *causa expropriandi*

A pesar de que el art. 149.1.18ª de la CE proclama la exclusividad de la competencia estatal para la “legislación sobre expropiación forzosa”, el Tribunal Constitucional ha considerado que la determinación de los fines de utilidad pública e interés social corresponde al ente territorial con competencias sustantivas en la materia de que se trate (STC 37/1987, de 26 de marzo y STC 17/1990, de 7 de febrero). Así, el Tribunal Constitucional ha declarado que aspectos tales como la definición de la *causa expropriandi* o la ejecución de las medidas expropiatorias “son competencias que no pueden disociarse de las que a cada poder público con competencia expropiatoria le corresponden para la determinación y cumplimiento de las diferentes políticas sectoriales”. La consecuencia es, por tanto, que cuando la legislación sectorial corresponda a las Comunidades Autónomas en virtud de la distribución de competencias que resulta de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía aquéllas pueden definir legalmente los supuestos en los que cabe hacer uso del instrumento expropiatorio mediante la declaración de la *causa expropriandi* en cada caso, sin perjuicio, claro está, de la obligación de atenerse a la legislación general del Estado que garantiza los derechos patrimoniales de los expropiados en el ejercicio de dicha potestad.

Junto a ello, el Tribunal Constitucional ha reconocido una amplia discrecionalidad al legislador sectorial, estatal o autonómico, en la apreciación de la utilidad pública o el interés social que pueda revestir la expropiación (STC 166/1986, de 19 de diciembre). Este margen de libertad en la fijación de la *causa expropriandi* ha sido ponderado por la STS de 8 de octubre de 1999, Ar. 8663, por la que se desestiman las pretensiones de los recurrentes respecto a la inconstitucionalidad del fin de utilidad pública que legitimó la expropiación de unos terrenos para destinarlos a la construcción de un Parque temático de ocio, rechazándose al tiempo el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley de Ordenación de Centros Recreativos Turísticos de Cataluña, de 16 de febrero de 1989, que declaraba la utilidad pública de las expropiaciones de terrenos que se destinasen a la creación de parques recreativos.

La argumentación de los recurrentes fundaba la pretendida inconstitucionalidad de la referida Ley catalana en lo que entendían era una consagración excesiva de la *causa expropriandi* que conculcaba la garantía expropiatoria del art. 33 de la CE, en tanto que la Ley en cuestión posibilitaba el ejercicio de la potestad expropiatoria para la creación de parques recreativos cuya explotación redundaría en beneficio de las entidades de explotación de tales centros a título privado y con ánimo de lucro, pero no de la sociedad catalana que debería ser la llamada en primer término a beneficiarse de la “utilidad pública” que legitima la expropiación.

Frente a esta interpretación, el Tribunal Supremo considera que la naturaleza privada y el fin de lucro que persiguen los sujetos adjudicatarios de los centros recreativos que regu-

VIII. Expropiación Forzosa

la la Ley no puede constituir un impedimento a la utilidad pública o al interés social que pueda revestir la construcción de este tipo de establecimientos. Y ello porque:

“la vieja concepción de la ‘causa expropriandi’ como necesariamente relacionada con la realización de obras o la implantación de servicios de titularidad pública ha dejado paso, en la compleja y cambiante sociedad contemporánea, a una nueva configuración de la potestad expropiatoria –que coexiste con la anterior– como instrumento al servicio de políticas de orden sectorial relacionadas con la consecución de finalidades de interés social de la más variada índole, de las que no cabe excluir, desde luego, las de orden económico, recreativo y turístico”.

Además, como la propia Sentencia declara en consonancia con la doctrina del Tribunal Constitucional antes referida, el legislador goza de una gran discrecionalidad en la apreciación de las necesidades “económicas, recreativas, turísticas” o de cualquier otra índole que determinan la utilidad pública o el interés social de la expropiación. De forma que el legislador sectorial dispone de un amplio margen para apreciar qué fines revisten de la trascendencia necesaria para ser considerados como *causa expropriandi*. Ello sólo requiere, como afirma el Tribunal Supremo, que la determinación de dicha causa sea realizada por quien “tenga competencias en la materia” y siempre que “el test de razonabilidad a que la actividad de los poderes públicos está sujeta no demuestre la existencia de elementos de arbitrariedad o desviación de poder en su decisión”.

3. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

A) Sujeción de los convenios urbanísticos de cesión de terrenos a las garantías de la expropiación

El Tribunal Supremo ha venido reconociendo que la adquisición amistosa o por mutuo acuerdo de los bienes o derechos objeto de expropiación a la que se refiere el art. 24 de la LEF se produce *ope expropriationis*, esto es, que la transmisión se opera en razón de la expropiación acordada, por lo que dicha transmisión se ve afectada por las circunstancias que incidan en la expropiación de forma que el cedente de los bienes o derechos está protegido con las garantías que conlleva el instituto expropiatorio. Asimismo, el Tribunal Supremo ha calificado como convenios expropiatorios aquellos convenios urbanísticos en los que los propietarios ceden determinados terrenos a cambio del reconocimiento de una cierta edificabilidad dentro de un polígono o área delimitada por el planeamiento urbanístico municipal. Finalmente, la jurisprudencia ha aceptado que, en atención a su contenido, las cesiones urbanísticas de terrenos realizadas por un particular a favor de un Ayuntamiento se incardinan causalmente en una operación materialmente expropiatoria y, por tanto, se someten a la disciplina normativa del instituto expropiatorio aun en aquellos casos en los que no se ha iniciado formalmente un procedimiento expropiatorio.

Siguiendo esta línea interpretativa, la STS de 3 de noviembre de 1999, Ar. 9664, declara que un convenio urbanístico de cesión gratuita y obligatoria de terrenos acordado entre un particular y el Ayuntamiento con el propósito de evitar la expropiación no impide considerar que la transmisión acordada queda protegida por las garantías inherentes

a la expropiación forzosa que sean compatibles con el acuerdo alcanzado y, muy especialmente, por el derecho de reversión en favor del propietario cedente, pues:

“el hecho de que dicha transmisión haya tenido lugar *sub specie expropriationis*, esto es, en contemplación de una operación expropiatoria que, iniciada o no, constituye la base del negocio jurídico realizado (ya que el mismo no habría tenido lugar, o se habría producido en condiciones distintas en la hipótesis de que no se hubiese contemplado el ejercicio potencial de la potestad expropiatoria por parte de la Administración), la operación realizada queda sometida, desde el punto de vista sustantivo, y en la medida en que sea compatible con las estipulaciones del convenio, a la disciplina y efectos propios de las exacciones coactivas de bienes mediante indemnización y, por ende, al régimen de garantías inherentes a la expropiación forzosa en cuanto resulte aplicable, pues otra solución privaría al propietario o titular de derechos o intereses económicos susceptibles de expropiación de la facultad de beneficiarse de las medidas con que el ordenamiento jurídico protege el derecho de propiedad (...) y esto ocurre cuando se sustituye el procedimiento expropiatorio por un convenio entre ambas partes orientado a conseguir el mismo fin expropiatorio evitando la dilación e incertidumbre que comporta su tramitación”.

B) Jurado provincial: competencia profesional del vocal técnico. Interpretación de la exigencia legal de designar un “ingeniero agrónomo” en la expropiación de fincas rústicas

Como es sabido, el art. 32 de la LEF establece que uno de los cuatro vocales que forman parte del Jurado Provincial de Expropiación ha de ser un funcionario técnico, cuyo cuerpo de pertenencia varía en función de la cualificación que requiera la naturaleza del bienes o derechos expropiados en cada caso. Tratándose de fincas rústicas, la designación habrá de recaer sobre un Ingeniero Agrónomo [art. 32.1.b)].

Por otra parte, la Ley 12/1986 reconoció sin restricción alguna las facultades profesionales de los llamados “ingenieros técnicos agrícolas” (antiguos peritos agrícolas) para “medir, calcular, tasar, valorar o peritar”. A la vista de la equiparación de la competencia tasadora entre “ingenieros agrónomos” e “ingenieros técnicos agrícolas” que dicha Ley parece efectuar, el Colegio General de Ingenieros Técnicos Agrícolas interpuso un recurso de casación contra una Sentencia del TSJ de Cantabria que, interpretando conjuntamente la referida Ley y la Ley expropiatoria, denegó la reclamada idoneidad de los ingenieros técnicos agrícolas para formar parte del Jurado Provincial de Expropiación en actuaciones sobre fincas rústicas. Al resolver el citado recurso de casación, la **STS de 13 de octubre de 1999**, Ar. 8670, el Tribunal Supremo sostiene, en contra de lo afirmado por los recurrentes, que la alegada plenitud funcional de los ingenieros técnicos agrícolas no puede comportar:

“la equiparación a otros profesionales llamados a desempeñar esas mismas funciones en el ámbito público con sujeción a determinados requisitos, entre los que puede encontrarse una titulación específica, cuando un precepto legal, como es el caso del artículo 32 de la LEF, los impone”.

VIII. Expropiación Forzosa

Y tampoco puede sostenerse dicha equiparación sobre el principio constitucional de igualdad, tal y como pretendían los recurrentes, ya que, según argumenta la Sentencia comentada haciendo suya la conocida doctrina del Tribunal Constitucional en la materia (p.ej., STC 293/1993, de 19 de octubre):

“el principio de igualdad no proscribe las diferencias de regulación que puede realizar el legislador entre unos y otros cuerpos o funciones en razón de criterios de tipo objetivo, como es en este caso el de la exigencia de un grado específico de titulación (...) de tal suerte que no se vulnera el principio de igualdad cuando se determinaron las funciones y características de los diversos grupos de acuerdo con criterios dotados de la suficiente objetividad y generalidad”.

4. DETERMINACIÓN Y PAGO DEL JUSTIPRECIO

A) Ponderación de circunstancias que afectan al valor de los terrenos expropiados con independencia de su clasificación formal

Como hemos indicado en alguna ocasión anterior (véase el número 1 de esta Revista, pág. 137), la jurisprudencia viene reconociendo un amplio margen de libertad para ponderar ciertas expectativas urbanísticas sobre terrenos que son objeto de expropiación; especialmente cuando se trata de expropiaciones no urbanísticas que toman como base de la valoración el valor real o de mercado en los términos que permite el art. 43 de la LEF, ya que, como recuerda la **STS de 12 de noviembre de 1999**, Ar. 10006:

“no se conculca el artículo 43 al acudirse a criterios de valoración urbanística, aun cuando la expropiación sea ordinaria (...), pues para calcular el valor real deben emplearse aquellos criterios estimativos que se consideren más adecuados para obtenerlo, entre los que, lógicamente, está la clasificación del suelo y demás determinaciones urbanísticas que lo configuren, como son su aprovechamiento o las cesiones impuestas al mismo por el planeamiento, ya que la edificabilidad del suelo urbano expropiado no es indiferente para valorarlo aunque se trate de una expropiación no urbanística”.

Abundando en esta línea, la **STS de 18 de octubre de 1999**, Ar. 9659, sostiene que la proximidad al suelo urbano es un elemento a tener en cuenta en la determinación del justiprecio de fincas rústicas, incluso aunque no se haya aprobado ningún instrumento de planeamiento que afecte a dichos terrenos, ya que ello no obsta para la existencia de expectativas urbanísticas que derivan de su proximidad al suelo urbano.

Asimismo, la anteriormente comentada **STS de 8 de octubre de 1999**, Ar. 8663, afirma que la expropiación de unos terrenos para la construcción de un parque recreativo de conformidad con la Ley catalana de Ordenación de Centros Recreativos Turísticos tiene una innegable finalidad de ordenación urbanística que no excluye que estos usos y aprovechamientos puedan ser tenidos en cuenta a la hora de fijar la indemnización. Y ello porque:

“en el momento de justipreciar los bienes la clasificación del terreno como no urbanizable (...) no impone necesariamente que haya de valorarse el terreno exclusivamente en función de su aprovechamiento agrario si de las determinaciones autorizadas por la Ley que realiza la clasificación se desprende que le compete un uso específico de otro orden, pues la clasificación del terreno no depende sólo del título que formalmente se le atribuya como no urbanizable –pues esta categorización no tiene más significado que el encaminado a preservar a dicho suelo del proceso urbanizador, excluyéndolo de toda forma de propiedad urbana derivada de los usos constructivos o edificatorios característicos de este tipo de propiedad– sino también de los usos a los que con carácter sectorial pueda ser destinado”.

B) Expropiación de explotaciones mineras: factores a computar

El Tribunal Supremo ha reconocido en reiteradas ocasiones la procedencia de indemnizar los aprovechamientos mineros ubicados en fincas rústicas que son objeto de expropiación aun en el caso de que dichos aprovechamientos no estén siendo explotados en el momento de la explotación o no lo hayan sido nunca (con el alcance y en los términos que indicábamos en el número 2 de esta Revista, pág. 150). De acuerdo con esta asentada doctrina, la **STS de 20 de octubre de 1999**, Ar. 9252, estima el recurso de casación planteado contra un pronunciamiento judicial denegatorio de las indemnizaciones solicitadas por los yacimientos mineros sitos en la finca expropiada por estimar que se trataba de un valor potencial y no real, ya que los referidos yacimientos no estaban siendo explotados en el momento de la expropiación y que, además, dicha explotación resultaba incompatible con el uso agrícola al que se destinaban los terrenos. Contrariamente a esta interpretación, el Tribunal Supremo declara que tratándose de yacimientos del tipo A, como en el caso debatido, su titularidad corresponde al propietario de los terrenos, salvo que el Estado decida aprovechar por sí mismo tales yacimientos contando con el consentimiento expreso o tácito del propietario y previo cumplimiento de lo prevenido en los arts. 20 y 21 de la Ley de Minas, que en todo caso deja a salvo la potestad expropiatoria del Estado.

No obstante, si el Estado decide ejercer la potestad expropiatoria sobre los terrenos habrá de incluir en su valoración los yacimientos mineros existentes, pues la explotación de éstos por el propietario no es una mera expectativa, sino un derecho del que no puede ser privado si no es previo cumplimiento de los arts. 20 y 21 de la Ley de Minas y mediando indemnización expropiatoria.

Cuestión distinta es la valoración del derecho de explotación minera del que se priva al expropiado. En este punto la Sentencia recuerda la jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual sólo resulta indemnizable lo que verdaderamente está en poder del expropiado, que no es sino un derecho potencial de explotación, lo que exige descontar de los hipotéticos aprovechamientos mineros los gastos de explotación futuribles que vienen determinados tanto por las dificultades físicas que plantea la explotación como por los condicionantes legales que le afectan en aplicación de la legislación de minas. Una vez deducido el valor neto de la explotación, su valor real debe ser de nuevo corregido por la concurrencia de otros factores que también han de tenerse en cuenta. Así, la jurisprudencia viene reconociendo unas

VIII. Expropiación Forzosa

valoraciones que oscilan entre el 30 por ciento y el 10 por ciento del valor potencial del beneficio industrial neto de la explotación, por entender que resulta erróneo sumar el valor de la explotación con el valor del suelo en su estado natural y con su actual destino, ya que la expropiación simultánea en el tiempo de los aprovechamientos mineros y agrícolas es incompatible y, por tanto, la acumulación de ambos factores distorsionaría el justiprecio.

C) Fecha a la que debe referirse la valoración en las expropiaciones de urgencia: interpretación del artículo 52.7 en relación al artículo 36 de la LEF

La jurisprudencia más reciente ha declarado que la regla del art. 36 de la LEF que refiere el momento de la valoración al del inicio del expediente de justiprecio es aplicable en las expropiaciones declaradas de urgencia cuando dicha fecha resulta más favorable al interesado respecto de la fecha de la ocupación, pese a ser éste el momento indicado al que referir la valoración en las expropiaciones de urgencia y a pesar de que el art. 52.7 de la LEF establece que en este tipo de expropiaciones el expediente de justiprecio se iniciará de forma inmediata una vez producida la ocupación de los bienes. La razón de otorgar preferencia a la fecha en que realmente se inicie el expediente de justiprecio responde a la existencia de un retraso imputable a la Administración expropiante entre el momento en que debió iniciar el referido expediente de justiprecio (inmediatamente tras la ocupación, según el art. 52.7 LEF) y el momento en que efectivamente lo hizo (véase el número 3 de esta Revista, pág. 150). Incidiendo en esta novedosa interpretación, la STS de 4 de noviembre de 1999, Ar. 9669, declara que:

“la norma del artículo 36 de la LEF, que remite a la fecha de inicio del expediente de justiprecio, sólo es aplicable a las expropiaciones declaradas de urgente ocupación cuando la misma sea más favorable al expropiado, pues en otro caso deberá estarse al mandato contenido en el artículo 52.7 de la citada Ley que establece que producida la ocupación deberá iniciarse el expediente de justiprecio, razón por la que la dilación de tal inicio no puede favorecer nunca a la Administración causante de la misma”.

5. GARANTÍAS SUSTANCIALES

A) La retasación supone siempre una nueva valoración en la que han de tenerse en cuenta los criterios valorativos aplicables en el momento en que se ejercita

A tenor del art. 35.3 de la LEF la fecha del acuerdo del Jurado constituye el término inicial para la caducidad de la valoración establecida en el art. 58 de la LEF, según el cual, transcurridos dos años sin que el pago del justiprecio se efectúe o se consigne habrá que proceder a evaluar de nuevo las cosas y derechos objeto de la expropiación con arreglo al procedimiento para la determinación del justiprecio que regulan los arts. 24 y ss. de la LEF. Lo que significa, como expresa la STS de 4 de noviembre de 1999, Ar. 9668, que, en todo caso:

“la retasación es una nueva valoración que a todos los efectos conlleva un nuevo expediente de justiprecio, con el único matiz del tiempo a que debe referirse la valoración, que será aquel en que la retasación se solicite”.

Por ello, la jurisprudencia rechaza sistemáticamente las pretensiones de la Administración que limitan y condicionan la nueva valoración a lo primitivamente plasmado en las hojas de aprecio. Pues, como afirma la STS de 8 de octubre de 1999, Ar. 8664:

“La retasación, en cuanto tiene su razón de ser en la caducidad de los justiprecios expropiatorios, a los que priva de eficacia por el simple transcurso de los plazos legales sin haber hecho efectivo al expropiado su importe o consignado el mismo, supone una nueva valoración con la que se impone la fijación de otro justiprecio, que no puede quedar condicionado a lo que las partes pidieron u ofrecieron en sus iniciales hojas de aprecio, pues los módulos o criterios aplicables serán los pertinentes al momento en que se solicitó la retasación.”

Siendo así que habrán de ponderarse de nuevo y sin exclusión, y llegado el caso revisarse en función de las variaciones sufridas, todos y cada uno de los factores que se computaron en su día para el cálculo del justiprecio inicial. Esto es:

“habiéndose de contemplar las variaciones cualitativas que en su día influyeron en la fijación de aquel justo precio, tales como la situación topográfica, destino agrícola o urbanístico, proximidad o lejanía a núcleos urbanos y posibilidades de edificación que tengan en la fecha de la retasación los terrenos expropiados según la normativa urbanística vigente en ese momento”.

B) Derecho de reversión

a) El sistema de prescripción civil no es aplicable al derecho de reversión, con lo que la facultad de revertir corre el riesgo de ejercerse *sine die* a voluntad del interesado

El Tribunal Supremo tiene declarado, en los términos que recuerda la STS de 19 de octubre de 1999, Ar. 9247, que al instituto de la reversión expropiatoria no le son de aplicación las reglas de la prescripción de las acciones que contiene el Código Civil, ya sean las de la prescripción adquisitiva o las de la prescripción extintiva. Así, la jurisprudencia ha entendido que no procede aplicar a la reversión el plazo quincenal de prescripción que para las acciones personales fija el art. 1964 del CC, ni la prescripción treintenaria que el art. 1963 establece para las acciones reales sobre bienes inmuebles. Tampoco es aplicable el momento de cómputo de la prescripción que para toda clase de acciones establece el art. 1969 del CC. Asimismo, la jurisprudencia también rechaza la prescripción adquisitiva por usucapión que regulan los arts. 1940 a 1942 del CC (véase, en este sentido, el número 6 de esta Revista, pág. 155). La razón que sistemáticamente esgrime el Tribunal Supremo para descartar la aplicación de las reglas civiles es contundente: la única normativa aplicable al ejercicio del derecho de reversión es la legislación expropiatoria en los arts. 54 y 55 de la LEF y los arts. 63 y ss. del REF.

Ahora bien, como quiera que hasta hace bien poco tiempo la LEF no fijaba plazos para el ejercicio del derecho de reversión (salvo que hubiera una notificación por parte de la

VIII. Expropiación Forzosa

Administración de su decisión de no establecer o ejecutar la obra o servicio que motivó la expropiación —o que el interesado se diera por notificado de este propósito— y que el preaviso o advertencia del art. 64.2 del REF no se halla sujeto a plazo alguno de caducidad o prescripción en su ejercicio, lo cierto es que el ejercicio de la acción para revertir los bienes quedaba prácticamente a la omnímoda libertad de los expropiados. Y ello a pesar de que, como afirma la Sentencia arriba citada, siempre está en manos de la Administración poner fin a ese estado de cosas mediante la notificación a los interesados de la inejecución de la obra o servicio, para así emplazarlos a que ejerciten el derecho de reversión en el perentorio plazo de un mes que fijaba el art. 55 de la LEF.

Esta situación de indefinición e inseguridad en la que el antiguo propietario o sus causahabientes podrían convertir el derecho de reversión en una espada de Damocles siempre pendiente sobre la titularidad y destino de los bienes (salvo, como se ha dicho, que la Administración notificase expresamente la inejecución de la *causa expropriandi* ha llegado a ser lamentada en alguna ocasión por el Tribunal Supremo que, imposibilitado para aplicar las reglas de prescripción civil en atención al carácter común del ordenamiento administrativo, parecía echar de menos la regla de la prescripción treintenaria del derecho de reversión que estableció la Ley de Expropiación Forzosa de 1879 (en la redacción dada a su art. 43 por la Ley de 24 de julio de 1918).

Justamente es esta inseguridad la que ha querido paliar, siquiera sea en parte, la reforma de los arts. 54 y 55 de la LEF que ha llevado a cabo la DA Quinta de la nueva Ley de Ordenación de la Edificación, de 5 de noviembre de 1999, estableciendo plazos para ejercitar el derecho de reversión en función de las causas que determinan su nacimiento. No obstante, la situación no es del todo satisfactoria, ya que a pesar de haberse fijado un plazo de prescripción de veinte años en los supuestos de parte sobrante y de desafectación, y que en este último caso el derecho no podrá ejercitarse si el bien ha estado afectado a un fin de utilidad pública o interés social durante diez años, no se ha previsto plazo alguno de prescripción en los supuestos de inejecución de la obra o del servicio ni en los que su ejecución o establecimiento queda suspendida por causa imputable a la Administración o al beneficiario. No obstante, en todo caso, no debe olvidarse que la Administración puede poner fin a esta situación en cualquier momento, notificando al expropiado o a sus causahabientes la concurrencia de cualquiera de las causas que determinan la reversión, pudiendo éstos, a partir de ese momento, ejercitar el derecho en el plazo de caducidad de tres meses que ha recogido la nueva redacción del art. 54 de la LEF.

b) Derecho de reversión en convenios de cesión de terrenos para fines urbanísticos. No es preciso que su ejercicio se ajuste a pautas formales

La anteriormente comentada STS de 3 de noviembre de 1999, Ar. 9664, ha reconocido expresamente, como vimos, la aplicación de las garantías sustanciales de la LEF a los convenios urbanísticos de cesión de bienes celebrados entre los propietarios de los terrenos y la Administración. Especialmente por lo que se refiere al derecho de reversión que puede nacer a causa de la inejecución del fin o desafectación del destino urbanístico para el que se ceden los terrenos, ya que como afirma dicha Sentencia:

“bien se estime que desaparece la causa del negocio bilateral o la donación modal, bien se aprecie el incumplimiento de una condición resolutoria expresa, la falta de cumplimiento del destino a viales del terreno cedido gratuitamente con esta finalidad determina la concurrencia de los factores sustantivos que legitiman el ejercicio del derecho de reversión, aun cuando formalmente quepa distinguir entre la obtención de terrenos mediante expropiación y por cesión obligatoria como procedimientos formalmente diferentes”.

Sentado el derecho de reversión en este tipo de negocios jurídicos, la referida Sentencia aboga por un principio de antiformalismo en su ejercicio por los interesados. En el caso de autos, los recurrentes habían pedido la retrocesión de los bienes a la Administración actuante, planteando, tras ello, una demanda civil de nulidad de la cesión y de reclamación de los terrenos. A juicio del Tribunal Supremo la solicitud a la Administración y la posterior demanda:

“equivalen en modo pleno al acto de voluntad mediante el que se ejercita el derecho de reversión, pues para dicho ejercicio no es menester ajustarse a cánones o pautas formales ni invocar el derecho reversional con arreglo a su *nomen iuris*, sino expresar la voluntad de recuperar el bien expropiado (en este caso cedido mediante convenio) fundándose en la desaparición de la causa que motivó la enajenación forzosa”.

Por ello, la solicitud formulada ante la Administración ha de entenderse equivalente al preaviso o advertencia al que se refiere el art. 64.2 del REF que, como tiene declarado la jurisprudencia:

“no ha de revestir, por no requerirlo el precepto, específicas formalidades y menos carácter *ad solemnitatem*, sino que basta con que a través del mismo se manifieste el propósito de instar la retrocesión del inmueble expropiado, pues (...) siempre podrá la Administración interpretar la petición de reversión, cuando se dirige al mismo organismo que ha de ejecutar la obra, cual es el caso de la Administración municipal, como interpelación o advertencia, haciéndoselo saber así al peticionario”.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Imputabilidad subjetiva. A) Daños por artefacto explosivo en el interior de un recinto deportivo de titularidad municipal: responsabilidad solidaria del Patronato Municipal de Deportes y del club. B) Imputación a la Administración de la responsabilidad por fallecimiento debido a un disparo accidental por parte de un policía fuera del servicio ordinario con su pistola reglamentaria.

3. Carácter objetivo del régimen de responsabilidad y relación de causalidad.

A) Prueba del nexo de causalidad. B) Normativa aplicable en los órdenes jurisdiccionales diferentes al administrativo. C) Concepto de fuerza mayor. D) Relación entre los conceptos de fuerza mayor y funcionamiento anormal.

4. Antijuridicidad y obligación de soportar el daño derivado.

A) Fallecimiento por inoculación por vía transfusional del virus del SIDA y de la Hepatitis C con anterioridad al aislamiento de dicho virus.

Estado de los conocimientos. B) Obligación de soportar el daño provocado por un impacto de pelota de goma cuando no se acata una orden de disolución.

C) Insuficiencia del cumplimiento de la normativa para descartar la antijuridicidad de la lesión: comparación de soluciones civiles y administrativas.

5. Daño. A) Anulación de licencia contraria al planeamiento. Alcance del perjuicio indemnizable. B) Perjuicio indemnizable en el caso de daños físicos.

6. Acción de responsabilidad y procedimiento.

A) Legitimación activa en los supuestos de fallecimiento. B) *Dies a quo* cuando el plazo comienza a computar desde que se dicta Sentencia: declaración por el TEDH de la infracción del art. 6.1 CEDH por la fijación del *dies a quo* en el día de la lectura y publicación de la Sentencia.

C) *Dies a quo* en el caso de responsabilidad derivada de actos legislativos que son objeto de desarrollo reglamentario. D) Relación entre el ejercicio de acciones penales y la acción de responsabilidad.

7. Principio de unidad jurisdiccional.

8. Responsabilidad del Poder Judicial.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el presente número se comentan diversas Sentencias de notoria relevancia que afectan a distintos aspectos no menos importantes del instituto de la responsabilidad. Con intención recopiladora o de síntesis, expresamos la jurisprudencia anterior que sirve de antecedente a estos pronunciamientos y que han sido comentadas en números anteriores. Podría extrañar el importante número de sentencias que todavía proceden de las Salas de lo Civil y lo Social (aproximadamente un cuarenta por ciento) habida cuenta el principio de unidad jurisdiccional consagrado por la Ley Orgánica del Poder Judicial y Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998. Sin embargo, hay que notar que los asuntos sustanciados por esas Salas traen causa de hechos acaecidos con anterioridad a dichas Leyes. En este sentido, es de esperar que a medio plazo decaiga el número de estas sentencias, e, incluso, desaparezca, por lo que el valor de estos últimos pronunciamientos es muy preciado, pues, en definitiva, constituyen un bagaje científico que debe aprovechar la jurisdicción contencioso-administrativa llamada a monopolizar la competencia sobre esta materia.

2. IMPUTABILIDAD SUBJETIVA

A) Daños por artefacto explosivo en el interior de un recinto deportivo de titularidad municipal: responsabilidad solidaria del Patronato Municipal de Deportes y del club

La STS de 22 de diciembre de 1999, Sala de lo Civil, Ar. 9206, tiene el siguiente presupuesto: en un pabellón deportivo municipal donde se celebra un partido de fútbol-sala, personas no identificadas hacen explotar diversas tracas o petardos, uno de los cuales causa una pérdida de audición al reclamante, que se dirige contra el Ayuntamiento, el Patronato Municipal de Deportes, el Club de fútbol-sala local y la Liga Nacional de fútbol-sala.

En la instancia se condena al Patronato y al club solidariamente.

– El TS justifica la responsabilidad del Patronato por cuanto, de acuerdo con el art. 68 de la Ley 10/1990, del Deporte, corresponde a los organizadores y propietarios de las instalaciones deportivas garantizar las medidas de seguridad en sus recintos deportivos de acuerdo con lo legal y reglamentariamente establecido, así como la responsabilidad por el incumplimiento de tales prescripciones. En consecuencia, el Patronato no puede limitarse, como hizo, a ceder el pabellón y enviar dos empleados que faciliten el acceso a las instalaciones, despreocupándose de la seguridad del recinto, permitiendo la expendición de bebidas alcohólicas en el recinto y la entrada de objetos peligrosos, sin dar siquiera aviso a la Delegación del Gobierno para que asegure la presencia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

– Se desestima la responsabilidad de la Liga Nacional de Fútbol Sala por aplicación del citado art. 68, ya que “las ligas no organizan ‘espectáculos deportivos’ sino ‘competiciones’:

IX. Responsabilidad Administrativa

“(…) la Liga Nacional sólo organiza el aspecto de competiciones, orden de partidos, señalamiento de fechas, arbitraje y demás de su incumbencia, pero no se extiende a la concreta actividad deportiva en cuanto espectáculo y terceros, que incumbe exclusivamente a los Clubes respectivos y a los propietarios de los recintos”. (FJ 3°).

– Por último, no se considera trascendente la condición de propietario del Ayuntamiento, pues el Patronato es un organismo autónomo con personalidad propia independiente, encargado de la gestión, explotación y ejercicio de las facultades dominicales sobre estos bienes.

B) Imputación a la Administración de la responsabilidad por fallecimiento debido a un disparo accidental por parte de un policía fuera del servicio ordinario con su pistola reglamentaria

En la STS de 31 de diciembre de 1999, Sala de lo Civil, Ar. 9150, se imputa a la Administración la responsabilidad derivada de un fallecimiento por disparo accidental de la pistola de un policía nacional, ya que de acuerdo con la Ley 55/1978, de 4 de diciembre, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado tienen una obligación de vigilancia y seguridad que les impone el servicio permanente, aunque se hallen libres o francos de servicio ordinario.

3. CARÁCTER OBJETIVO DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD Y RELACIÓN DE CAUSALIDAD

A) Prueba del nexo de causalidad

La prueba del nexo causal constituye el nudo gordiano del sistema de responsabilidad administrativa. Como principio general, incumbe al recurrente. Ahora bien, para la determinación de la suficiencia de la prueba, el Juez administrativo goza de un necesario margen de apreciación, en función de las circunstancias del caso. La cuestión es particularmente delicada en el caso de los daños por asistencia médica, en que resulta extremadamente complejo para el perjudicado demostrar la causalidad (o la culpa, en el caso del régimen civil).

Traemos a colación dos ilustrativas sentencias, una del orden contencioso-administrativo y otra del civil.

– El presupuesto de la STS de 30 de octubre de 1999, Ar. 9567 son los daños causados a un recién nacido por la falta de realización de una cesárea, cuando ésta hubiera sido procedente.

Se parte de la doctrina general acerca de las facultades del TS en casación:

“Es doctrina legal (...) que, si bien la apreciación del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido, o la ruptura del mismo, es una cuestión jurídica revisable en casación, tal apreciación ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido correctamente combatidos por haberse infringido normas, Jurisprudencia o principios generales del derecho al valorarse las pruebas, o por haberse procedido, al hacer la indicada valoración, de manera ilógica, irracional o arbitraria (...)” (FJ 2°).

El TS estima que no se encuentra ante ninguno de estos supuestos y, por tanto, parte de los hechos que sirven de soporte a la Sentencia recurrida. Dicha Sentencia constató que los informes médicos se limitaban a sugerir la posibilidad de que la cesárea pudiera haber sido procedente, dada la evolución del parto, de lo que no entendió que pudiera deducirse el nexa causal. Sin embargo, el TS difiere en esta valoración de dicho informe. Al respecto, señala que los informes médicos sólo en contadas ocasiones afirman deducciones inequívocas y determinantes,

“(…) aunque con tales medios de prueba el juez viene obligado a decidir (artículos 24.1 y 117.3 de la Constitución y 1.7 del Código Civil), empleando la lógica, el buen sentido y la sana crítica (artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) con el fin de zanjar el conflicto planteado”. (FJ 3º).

Para el TS, en ausencia de otros factores, la minusvalía que padece el afectado ha de imputarse causalmente a la falta de práctica de la cesárea cuando ésta era aconsejable, hipótesis avanzada en los informes médicos,

“(…) sin que, en contra del parecer de la Sala de instancia, sea exigible a los demandantes la prueba indubitada del nexa causal entre la incorrecta praxis médica y la aludida minusvalía de su hija, cuando han acreditado una serie de hechos y circunstancias que permiten al juzgador emitir, con alto grado de acierto, su juicio sobre la existencia de la necesaria relación de causalidad entre la actuación del servicio público y el perjuicio causado (…)” (FJ 4º).

– La STS de 21 de diciembre de 1999, Sala de lo Civil, Ar. 9747, se enfrenta a una reclamación que tiene su origen en la caída de un trabajador desde una plataforma elevada. El accidentado presenta un cuadro de fractura por acúñamiento de vértebra y leve paraparesia discal cuando es trasladado a un hospital público. A resultas de la intervención a que es sometido, se le provoca una lesión medular que le confina de por vida a una silla de ruedas.

El Juez civil aplica la doctrina de la inversión de la carga de la prueba cuando el daño resulta desproporcionado al que es usual comparativamente, de forma que se genera una presunción desfavorable de culpa. En este supuesto, aunque la intervención quirúrgica realizada constituye el tratamiento correcto, la lesión medular supone:

“(…) un resultado anormal y desproporcionado a la naturaleza y entidad de la intervención realizada, no obstante la gravedad de ésta, pues no constituye un riesgo normal o previsible inherente a la misma”. (FJ 3º).

B) Normativa aplicable en los órdenes jurisdiccionales diferentes al administrativo

En el núm. 6 de esta Crónica realizamos un análisis global de la jurisprudencia en materia de daños por responsabilidad administrativa hospitalaria dictada en aquel período,

IX. Responsabilidad Administrativa

donde tuvimos ocasión de constatar la aplicación, en ocasiones alternativa, en otras acumulada, de los preceptos del Código Civil y de la Ley 26/1984, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios por parte de los órdenes civil y social.

En el período considerado, la tendencia es la misma. La Sala de lo Civil aplica el Código Civil (arts. 1902 y 1903.4), y declara en todos los casos la responsabilidad de la Administración por su actuar negligente, invocando la LDCU como argumento añadido (pueden citarse las SSTs de 22 de noviembre de 1999, Ar. 8618; de 3 de diciembre de 1999, Ar. 8532; de 30 de diciembre de 1999, Ar. 9496; de 21 de diciembre de 1999, Ar. 9747; y de 30 de diciembre de 1999, Ar. 9752). Por su parte, la Sala de lo Social, en la STS de 3 de diciembre de 1999, Ar. 9349, aplica la normativa administrativa (Ley 30/1992) y no el Código Civil ni la LDCU.

C) Concepto de fuerza mayor

La STS de 4 de octubre de 1999, Ar. 8539, juzga un caso de fallecimiento por suicidio en un centro hospitalario. El TS estima que concurre culpa *in vigilando*, y que no hay fuerza mayor, noción esta que define del siguiente modo:

“(…) no sólo se exige que obedezca a un acontecimiento que sea imprevisible o inevitable, como el caso fortuito, sino también que tenga su origen en una fuerza irresistible extraña al ámbito de actuación del agente”. (FJ 6º).

En el supuesto de autos, no cabe hablar de fuerza mayor, habida cuenta “la integración del paciente en el ámbito organizativo del hospital”.

D) Relación entre los conceptos de fuerza mayor y funcionamiento anormal

En la STS de 28 de octubre de 1999, Ar. 9338, el daño trae causa de la rotura de un alcantarillado que se encontraba previamente casi atascado y que se produce en un día en que las lluvias superan los 100 litros/m². Se declara la responsabilidad administrativa, ya que no se acredita que, “aun admitiendo el carácter extraordinario de tales lluvias (...) de funcionar correctamente el alcantarillado los daños se hubieran producido igualmente”. Se acoge aquí un razonamiento que ya tuvimos ocasión de comentar en los núms. 1 y 2 de esta Crónica, y que viene a decir que cuando se produce un funcionamiento anormal, la fuerza mayor puede, a lo sumo, llegar a moderar la responsabilidad, pero no la excluye. De hecho, se reconoce la indemnización *in totum*, tanto en ésta como en las Sentencias comentadas en dichas Crónicas.

4. ANTIJURIDICIDAD Y OBLIGACIÓN DE SOPORTAR EL DAÑO DERIVADO

A) Fallecimientos por inoculación por vía transfusional del virus del SIDA y de la Hepatitis C con anterioridad al aislamiento de dicho virus

Se han dictado en este período tres sentencias relacionadas con el supuesto de fallecimiento por transmisión del virus del SIDA y de la Hepatitis C.

En el número anterior de esta Crónica tuvimos ocasión de exponer los términos de la cuestión en torno a la responsabilidad administrativa por daños que no pueden preverse según el estado de la ciencia y los conocimientos existentes en el momento de su producción. La transmisión por transfusión de ambos virus antes de que fueran aislados (en 1983, el del SIDA; en 1988, el de la Hepatitis C) y descubiertos los medios para detectarlos es la hipótesis paradigmática.

Cuando la transfusión se realiza en una fecha posterior a la de aislamiento del virus, resulta evidente que la Administración actúa anormalmente, y, por tanto, que esté obligada a indemnizar. Es el caso de la **STS de 30 de diciembre de 1999**, Ar. 9752. Pero, ¿qué sucede cuando la contaminación tiene lugar antes de que el daño pueda preverse y evitarse? A este supuesto se anudan las **SSTS de 3 de diciembre de 1999**, Sala de lo Civil, Ar. 8532, y de **3 de diciembre de 1999**, Sala de lo Social, Ar. 9349.

– En la **STS de 3 de diciembre de 1999**, Ar. 8532, la transfusión se lleva a cabo un año antes de que se aísle el virus del SIDA y tres de la obligatoriedad de las pruebas en el plasma sanguíneo. El TS deriva la responsabilidad de la negligencia por falta de detección inmediata una vez que en 1990 comienza a sentir el afectado los primeros síntomas y se dirige al centro médico público correspondiente, por lo que:

“En este caso el riesgo instaurado hay que referirlo, sin dejar de lado la causa originaria del contagio del VIH por la transfusión del año 1982, a que se dejó desarrollar la enfermedad, no obstante conocerse debidamente padecimientos asociados, sin haber sido objeto de diagnóstico y tratamiento adecuado, que se imponía como necesario, por lo que la culpa médica hay que centrarla considerando el desarrollo creciente y progresivo de la enfermedad, que fue consentido por actuación omisiva negligente de los servicios médicos implicados del centro hospitalario donde se atendió a la paciente en repetidas ocasiones, ocasionando clara infracción de la *lex artis* de la medicina (...) De esta manera, al menos, se hubiera podido intentar la paralización o aminoración del desarrollo del virus a fin de remitir la sintomatología o que el avance se produjera con la mayor lentitud posible (...)” [FJ 2º].

Como puede comprobarse, la Sala de lo Civil centra la cuestión en el actuar posterior y obvia de este modo la compleja cuestión de calificar jurídicamente la transmisión en un período anterior al del aislamiento del virus.

– La **STS de 3 de diciembre de 1999**, Ar. 9349, Sala de lo Social, la transmisión del virus de la hepatitis C tiene lugar en 1984, esto es, cuatro años antes del aislamiento del virus y seis de la imposición de test para detectarlo en el plasma sanguíneo. La Sentencia se dicta en casación para la unificación de doctrina, pues el Tribunal de Instancia ha condenado a la Administración, en contradicción con la **STS de 22 de diciembre de 1997**, Ar. 737/1998, sentencia fundamental referida en el núm. 6 de esta Crónica. Como se recordará, en dicha sentencia, recaída en un supuesto similar, la Sala de lo Social estimó que no había responsabilidad administrativa, dado que concurría un supuesto de fuerza

IX. Responsabilidad Administrativa

mayor, puesto que era imposible prever y evitar el daño, criterio también necesario, ya que el de la “interioridad” no basta por sí sólo. La Sentencia que ahora comentamos ratifica esta solución, con lo que contribuye a sentar la doctrina legal de la Sala de lo Social al respecto. Como puede comprobarse, se llega a la misma solución prescrita hoy por el art. 141.1 de la Ley 30/1992, tras su reforma por la Ley 4/1999. La diferencia estriba en que la Sala de lo Social se desenvuelve en el terreno de la distinción caso fortuito-fuerza mayor, admitiendo que estos casos son incardinables en la fuerza mayor exonerante de responsabilidad, mientras que el citado precepto vincula este supuesto con la ausencia de antijuridicidad, y, por tanto, con la obligación de soportar los daños derivados de “(...) hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos (...).

B) Obligación de soportar el daño provocado por un impacto de pelota de goma cuando no se acata una orden de disolución

En la STS de 18 de octubre de 1999, Ar. 8679, se deniega la indemnización en un supuesto de pérdida de visión de un ojo por impacto de una pelota de goma lanzada por la Guardia Civil al tratar de controlar una manifestación autorizada, pero que se había desviado del itinerario previsto, degenerando en un enfrentamiento con las fuerzas del orden.

C) Insuficiencia del cumplimiento de la normativa para descartar la antijuridicidad de la lesión: comparación de soluciones civiles y administrativas

Ya pusimos de manifiesto en la Crónica núm. 6 cómo el cumplimiento de la normativa vigente no basta, en ocasiones, para soslayar la antijuridicidad de la lesión. Veamos como desde un sistema de objetivo (el administrativo) y uno culpabilista (el civil) se llega a una misma solución (mostrando, una vez más, lo ilusorio del pretendido antagonismo entre ambos):

– La STS de 4 de noviembre de 1999, Sala de lo Civil, Ar. 8860, resuelve una reclamación por el fallecimiento de una persona al ser arrollada por un tren cuando caminaba, en zona urbana, en paralelo a la vía. La Sala de lo Civil estima que:

“(…) no basta que se hayan adoptado las exigencias que reglamentariamente vengan impuestas, sino que ha de atemperarse a las medidas de prudencia y precaución que vengan impuestas por las circunstancias (de personas, tiempo y lugar) concurrentes en cada caso concreto para evitar la producción del resultado dañoso”. (FJ 3º).

En este supuesto, juzga que la dirección de RENFE no adoptó medidas para evitar el acceso indiscriminado de personas a la vía a su paso por la localidad, como la colocación de vallas, o la construcción de pasos subterráneos o elevados (el único paso subterráneo estaba impracticable). Consiguientemente, estima la demanda.

– En el mismo sentido, aunque en un supuesto diferente, la STS de 15 de diciembre de 1999, Ar. 8833, tiene como presupuesto la anulación por supuesto robo en el estableci-

miento receptor de un boleto de lotería primitiva que acertó el pleno. En el núm. 6 de esta Crónica tuvimos ocasión de comentar un supuesto similar, que dio lugar a la STS de 14 de mayo de 1999, Ar. 5189, en aquella ocasión respecto de una quiniela agraciada. Se resuelve ahora en idéntico sentido que entonces: no basta el cumplimiento de los trámites dispuestos reglamentariamente en estos casos, con la correspondiente anulación del boleto, de modo que la Administración está obligada a responder.

5. DAÑO

A) Anulación de licencia contraria al planeamiento. Alcance del perjuicio indemnizable

Los daños derivados del otorgamiento, suspensión y posterior anulación de una licencia contraria al planeamiento vigente centran la STS de 2 de octubre de 1999, Ar. 8323. Interesa reparar en el alcance del daño indemnizable. Para el TS, entre los perjuicios, “no cabe considerar la reducción de la edificabilidad, ya que su titular no tenía derecho a la señalada en la licencia sino a la establecida en el plan” (supuesto distinto es el de revocación de una licencia por modificación del planeamiento); tampoco el lucro cesante por la inversión efectuada, ya que la compra del solar fue anterior a la solicitud de licencia, de modo que no se basó en unas expectativas generadas por la Administración, sin que tampoco quepa fundar la confianza en un supuesto actuar ilegal previo, al otorgar licencias a otros particulares en contra del planeamiento. Sí son indemnizables los costes de modificación del proyecto técnico y visado del Colegio profesional. En esto último el TS casa la Sentencia de instancia, que había desestimado la pretensión habida cuenta el rechazo de la actora a la ayuda técnica brindada a tal fin por los Servicios Técnicos Municipales de Arquitectura. Por contra, para el TS, resulta lógico que el recurrente decidiera encomendar la reforma del proyecto a un técnico de su confianza, y no a unos servicios administrativos que, además, y habida cuenta las anteriores vicisitudes, podían inspirarle poca confianza.

B) Perjuicio indemnizable en el caso de daños físicos

En la STS de 30 de octubre de 1999, Ar. 9567, se reclama indemnización por los daños físicos sufridos por un recién nacido por falta de práctica de una cesárea cuando ésta era conveniente. Junto a una cantidad a tanto alzado, se solicita el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria vitalicia y una prestación económica destinada a sufragar los gastos de la persona que, en su día, deba atender a la perjudicada. El TS concede una determinada cantidad, y reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a cargo de la Administración demandada, siempre que la misma se requiera para atender a los padecimientos causados por la falta de asistencia médica correcta. Por el contrario, deniega la petición de la prestación económica para sufragar los gastos de la persona que en su día deba atender al perjudicado, pues se trata de un gasto inexistente en la actualidad y, por tanto, de un daño incierto cuya reparación, de llegar a producirse, podría solicitarse en su momento.

6. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD Y PROCEDIMIENTO

A) Legitimación activa en los supuestos de fallecimiento

En la STS de 4 de noviembre de 1999, Sala de lo Civil, Ar. 8860, comentada páginas atrás, una persona fallece al ser arrollada por un tren. Se discute si la legitimación para reclamar daños y perjuicios corresponde al heredero, que se subrogaría en los derechos de la víctima. El TS recuerda que esta doctrina jurisprudencial se encuentra hoy superada. Actualmente, ha de entenderse que los reclamantes actúan alegando un perjuicio propio, y pueden o no coincidir con los herederos legales, ya que el perjudicado es:

“(…) aquella persona ligada a la víctima por vínculos próximos de familia, afecto, relaciones de convivencia real, dependencia económica u otras situaciones de recíproca asistencia y amparo que determinen real y efectivamente perjuicios derivados directamente de la muerte producida por el hecho delictivo” (FJ 2º).

En este caso, el fallecido era soltero y convivía con su padre, que es el reclamante, por lo que se reconoce la legitimación de este último.

B) *Dies a quo* cuando el plazo comienza a computar desde que se dicta Sentencia: declaración por el TEDH de la infracción del art. 6.1 CEDH por la fijación del *dies a quo* en el día de la lectura y publicación de la Sentencia

Como expusimos en la Crónica núm. 1, el TS ha venido entendiendo que el *dies a quo* para interponer una acción de responsabilidad que trae causa de una Sentencia anulatoria es el de lectura y publicación de la Sentencia. La cuestión llegó al TC a través de diversos recursos de amparo interpuestos por unos farmacéuticos. Éstos habían solicitado indemnización por los daños derivados de una Orden Ministerial que fijó el margen de beneficios sobre los productos farmacéuticos. Dicha Orden fue objeto de impugnación directa por parte del Colegio de Farmacéuticos, a raíz de la cual el TS estimó su ilegalidad. La notificación de la Sentencia al Colegio tuvo lugar tres días más tarde de su “lectura y publicación”; y su publicación en el BOE al cabo de unos cuatro meses. Solicitado el amparo contra dichas Sentencias, el TC, contra la opinión del Ministerio Fiscal, en una apreciación cuanto menos estricta de los límites de sus facultades, estimó que la interpretación acogida por el TS no imposibilitaba el ejercicio de la acción en el caso concreto (habida cuenta del interés directo y la intervención del Colegio, que permitían presumir el conocimiento a tiempo por cualquier farmacéutico). Tampoco incurría en error patente, ni era arbitraria, irracional o absurda, y por tanto no vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Se formularon votos particulares por los Magistrados Gimeno Sendra, Ruiz Vadillo y Jiménez de Parga, para quienes la interpretación del TS suponía un grave atentado al propio derecho a la tutela judicial, debido a que el trámite de “lectura y publicación” constituye “una ficción carente de sentido”, por lo que habría que computarse desde el día de la notificación de la Sentencia (STC 160/1997, de 2 de octubre).

Por otra parte, en la Crónica núm. 5 pusimos de manifiesto cómo la STS de 4 de febrero de 1999, Ar. 1614, anuncia ya un giro en esa dirección.

Pues bien, el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** ha dictado la **Sentencia de 25 de enero de 2000**, en el asunto **Miragall Escolano y otros contra España**, por la que se declara que la interpretación del TS, cuya constitucionalidad fue avalada por el TC, es contraria al art. 6.1 del Convenio, que reconoce el derecho a un proceso equitativo. En efecto, a pesar de que la apreciación de los tribunales nacionales sólo puede ser sustituida por el TEDH cuando resulta arbitraria e irrazonable, entiende que éste es uno de esos supuestos, dado que se fija un *dies a quo* que desconocen los afectados.

La Sentencia cuenta con la opinión disidente del Juez Pellonpää, que no estima la interpretación de los tribunales españoles arbitraria o irrazonable, pues no atenta contra la sustancia misma del derecho, aunque no sea la más favorable. En el caso, los farmacéuticos afectados contaron con ocho meses desde la publicación de la Sentencia que declaró nula la Orden y, de hecho, la mayoría de los farmacéuticos (casi 16.000) interpusieron sus reclamaciones en plazo.

C) *Dies a quo* en el caso de responsabilidad derivada de actos legislativos que son objeto de desarrollo reglamentario

En los núms. 2 y 5 de esta Crónica tuvimos ocasión de comentar supuestos de acciones de responsabilidad derivadas de la aprobación de leyes autonómicas que declaran áreas naturales de interés especial, con la consiguiente limitación al uso de los terrenos comprendidos dentro de su perímetro.

Éste es también el supuesto de la **STS de 25 de septiembre de 1999**, Ar. 8311. Los recurrentes son propietarios de suelo clasificado como urbanizable por el planeamiento en vigor cuando se aprueba la Ley que prohíbe la edificación en el área, que prevén la construcción de un edificio para uso residencial. Estiman que el *dies a quo* debe ser el de la aprobación del Plan Especial de Protección exigido por dichas Leyes autonómicas para la fijación del régimen urbanístico de la zona, y que procede a clasificar el suelo como no urbanizable de especial protección. La Sentencia cuenta con un Voto particular (suscrito por los Magistrados Sres. Peces Morate y González Navarro), que se opone a esta interpretación.

D) Relación entre el ejercicio de acciones penales y la acción de responsabilidad

La **STS de 4 de octubre de 1999**, Ar. 8539, comentada *supra* en relación al concepto de fuerza mayor, tiene como trasfondo el fallecimiento por suicidio en un centro hospitalario. Los reclamantes interponen primero demanda penal, pero antes de que se dicte auto de archivo de diligencias, reclaman indemnización por vía contencioso-administrativa. El representante de la Administración alega prescripción, máxime cuando en el caso en cuestión no era necesaria la fijación de los hechos en el orden penal.

El TS aplica la doctrina de la *actio nata*, según la cual “la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura sólo se perfecciona cuando se tiene cabal conocimiento del daño y, en general, de los elementos de orden fáctico y jurídico cuyo conocimiento es necesario para el ejercicio de la acción”. Ahora bien:

IX. Responsabilidad Administrativa

“(…) no es obstáculo (…) el hecho de que aún no se haya determinado el exacto alcance de los daños o perjuicios causados, si concurren los requisitos para dicho ejercicio. La teoría de la *actio nata* preserva, en efecto, al accionante frente a la extinción de la acción por el transcurso del tiempo sin ejercitarla cuando no ha podido reunir los elementos indispensables para ello. Sin embargo, no se extiende a impedir que pueda ejercitar la acción antes de dicho momento. En tal caso se aplicarán, según los supuestos, las consecuencias inherentes a los principios de litispendencia, a la carga de probar el pleno alcance de los daños y perjuicios padecidos durante el proceso, o a la necesidad de diferir a la fase de ejecución de sentencia la exacta determinación de la cuantía de los daños y perjuicios causados cuando ésta no consta en el momento de dictarla”. (FJ 2°).

Por otra parte, el principio exige que el art. 142.2 de la Ley 30/1992, no sea interpretado en sentido restrictivo.

“Antes bien, siempre que del proceso penal puedan resultar daños relevantes respecto a la cuantía del daño y a la procedencia o no del ejercicio de la acción de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración en el marco de dicho proceso, el proceso penal incoado resultará relevante.” (FJ 2°).

7. PRINCIPIO DE UNIDAD JURISDICCIONAL

La cuestión acerca del orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones de indemnización por daños causados por la Administración continúa planteando controversias, a pesar de que la competencia exclusiva del orden contencioso-administrativo venga siendo afirmada por la Sala de conflictos de competencia del TS (*vid.* al respecto las Crónicas núms. 1, 2, 5 y 7).

– La Sala de lo Social suele afirmar su competencia argumentando que enjuicia una relación nacida en el marco de prestaciones de la Seguridad Social, cuyas controversias entran en el marco de su competencia. La Disposición Adicional Sexta de la Ley 30/1992 constituye a menudo el portillo para esta interpretación, aunque en realidad se refiere genéricamente a actos de la Seguridad Social y Desempleo.

– La Sala Civil afirma su competencia, en especial con ocasión de daños sanitarios, con argumentos en torno a la *vis attractiva* de la jurisdicción civil, a la necesidad de evitar un peregrinaje de jurisdicciones, a que la prestación de asistencia sanitaria no puede considerarse un ejercicio de facultades soberanas, o a la necesidad de no dividir la causa cuando se demanda a particulares (lo que es frecuente en este ámbito, en que el personal sanitario es a menudo codemandado). Como testimonio de la afirmación expresa de su competencia por parte de la Sala de lo Civil con base en dichos argumentos, frente a las respectivas excepciones suscitadas, pueden verse las SSTS de 3 de diciembre de 1999, Ar. 8532; de 30 de diciembre de 1999, Ar. 9496, o de 30 de diciembre de 1999, Ar. 9752. O, fuera del ámbito de la responsabilidad sanitaria, SSTS de 22 de diciembre de 1999, Ar. 9487, y de 31 de diciembre de 1999, Ar. 9150.

Es más, el TS, en sus distintas Salas, ha venido defendiendo posturas tan contradictorias que en ocasiones los propios Tribunales de instancia del Orden Contencioso-administrativo se declaran

incompetentes en asuntos de responsabilidad sanitaria. Muestra de ello es la **STS de 14 de diciembre de 1999**, Ar. 9989. La Sala de lo Contencioso-Administrativo reacciona, admitiendo la contradicción existente en la jurisprudencia pero afirmando su competencia.

En todo caso, son asuntos que traen causa antes de la entrada en vigor de la reforma del art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y de la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con su art. 2.e), que deberían zanjar la cuestión definitivamente.

8. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL

En el período de esta Crónica, se han dictado múltiples sentencias que insisten en algo que ya hemos venido reseñando en números anteriores: la excepcionalidad de la declaración de error judicial, que no puede convertir a este procedimiento en una tercera instancia, y que requiere un error patente, manifiesto, esperpéntico o injustificable. En este sentido, pueden verse el **ATS de 22 de junio de 1999**, Sala de lo Penal, Ar. 8070; la **STS de 17 de octubre de 1999**, Sala de lo Social, Ar. 8412; la **STS de 4 de octubre de 1999**, Sala de lo Social, Ar. 9101; la **STS de 29 de noviembre de 1999**, Sala de lo Social, Ar. 9595; la **STS de 9 de diciembre de 1999**, Sala de lo Social, Ar. 9723; la **STS de 17 de enero de 2000**, Ar. 4; el **ATS de 21 de enero de 2000**, Sala de lo Civil, Ar. 360; el **ATS de 22 de enero de 2000**, Sala de lo Civil, Ar. 361; la **STS de 5 de febrero de 2000**, Sala de lo Civil, Ar. 232, y la **STS de 7 de febrero de 2000**, Sala de lo Civil, Ar. 284. En todos los supuestos se desestima la demanda.

Sí cabe destacar la **STS de 21 de diciembre de 1999**, Ar. 10066, que distingue cuándo ha de hablarse de funcionamiento anormal y en qué casos de error judicial. El funcionamiento anormal:

“(…) no puede quedar reducido exclusivamente a lo que en la Sentencia recurrida se denomina ‘estructura judicial como servicio público’, por más que las dilaciones constituyan el supuesto típico de funcionamiento anormal (…) sino que comprende también la omisión de fases o etapas procesales, trámites o requisitos, que impidan el recto enjuiciamiento de los asuntos” (FJ 3º.)

En este caso, se distingue la omisión absoluta de declaración de hechos probado y su insuficiencia, que es el caso de autos, y, por tanto, se engloba en el error *in iudicando* (aunque no de naturaleza tal que determine un error judicial en el sentido antes indicado).

Hemos de apuntar que la cuestión de determinar si un supuesto entra en la categoría del funcionamiento anormal o del error judicial no es baladí, pues, de conformidad con la LOPJ, determina el procedimiento a seguir.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Oferta de empleo público. Límites establecidos por la Ley de Presupuestos del Estado para convocatoria de plazas de nuevo ingreso. 3. Acceso.

A) Selección del personal interino y laboral temporal. Procedimiento de urgencia. La relación de aspirantes no seleccionados en convocatorias anteriores no tiene la consideración de lista de espera para sucesivas convocatorias. B) Convocatoria. Distinción entre requisito básico y mérito. C) Administración Local. Personal laboral de carácter temporal. Principios de igualdad, mérito y capacidad. **4. Provisión de puestos de trabajo.**

A) La atribución temporal de funciones no es una comisión de servicios, no estando sujeta a límite temporal, sino condicionada a la permanencia de las circunstancias que la motivaron. B) La facultad de adscribir provisionalmente al funcionario excedente al puesto de trabajo vacante no es una potestad discrecional de la Administración, sino una posibilidad reglada condicionada a las necesidades del servicio. C) El funcionario en comisión de servicios puede ser cesado antes de transcurrido el año de la asignación de la comisión, únicamente en el supuesto del nombramiento de otro funcionario, como titular con carácter definitivo, para el puesto asignado en aquella comisión. **5. Remoción del puesto de trabajo. Jueces sustitutos. Falta de aptitud o idoneidad. Rendimiento medio. 6. Retribuciones.**

A) El complemento de productividad tiene carácter subjetivo y está en función del rendimiento personal del titular del puesto de trabajo, así como de su actividad extraordinaria y de su interés, que constituyen contingentes valorables una vez efectuada la labor. **7. Derechos sindicales.**

A) Tienen la consideración de sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma los que hayan obtenido, al menos, el 15 por ciento de los delegados de personal y de los representantes de los trabajadores en los comités de empresa y en los órganos correspondientes de las Administraciones Públicas. **8. Régimen disciplinario. Faltas graves.**

A) Acceso de los funcionarios, para fines distintos de las funciones propias, a datos, informes o antecedentes obtenidos por las Administraciones Tributarias. B) Falta de sigilo.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge una serie de Sentencias recientes de varios Tribunales (Tribunal Supremo, Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas). Las resoluciones judiciales comentadas a continuación establecen interesantes pronunciamientos sobre el acceso a la función pública, la provisión de puestos de trabajo, retribuciones, derechos sindicales, régimen disciplinario y otros aspectos del estatuto funcionarial.

2. OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO. LÍMITES ESTABLECIDOS POR LA LEY DE PRESUPUESTOS DEL ESTADO PARA CONVOCATORIA DE PLAZAS DE NUEVO INGRESO

La Administración General del Estado impugnó el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Daimiel que aprobó la oferta de empleo público para 1997, por entender que al incluir dos plazas de nueva creación (guardia y oficial de limpieza) vulneró el art. 117.4 de la Ley 12/1996, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1997. Este precepto dispone que “durante 1997, las convocatorias de plazas para ingreso de nuevo personal se concentrarán en los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren absolutamente prioritarios. En todo caso, el número de plazas de nuevo ingreso deberá ser inferior al 25 por ciento que resulte por aplicación de la tasa de reposición de efectivos”. En opinión de la Administración estatal, si este artículo limita la convocatoria de plazas vacantes al 25 por ciento, es claro que excluye la posibilidad de convocar plazas de nueva creación.

La STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de noviembre de 1999, Ar. 3804, desestima el recurso:

“(…), lo cierto es que la expresión ‘plazas de nuevo de ingreso’ tanto sirve para incluir plazas que ya existieran y hayan quedado vacantes, como otras que sean de nueva creación y no hayan sido cubiertas todavía en ninguna ocasión. Siendo ello así, lo que la norma establece es que la oferta de cobertura de dichas plazas (considerando ambas clases) no podrá sobrepasar el 25 por ciento que resulte por aplicación de la tasa de reposición de efectivos; lo que desde luego no permite entender que esté prohibido el ofrecer plazas de nueva creación ni que su oferta sea, por tanto, automáticamente nula.

Si en el caso de autos el total de plazas convocadas supera o no ese 25 por ciento que resulte por aplicación de la tasa de reposición, es algo que no ha sido discutido, alegado ni probado, y que, de concurrir, provocaría, en su caso, la necesidad de anular la convocatoria de todas las plazas (al no poder determinarse cuáles fueran concretamente las que provocasen el exceso), cosa que tampoco ha sido solicitada”.

3. ACCESO

A) Selección del personal interino y laboral temporal. Procedimiento de urgencia. La relación de aspirantes no seleccionados en convocatorias anteriores no tiene la consideración de lista de espera para sucesivas convocatorias

La STSJ de Murcia de 13 de octubre de 1999, Ar. 3620, desestima el recurso interpuesto por la actora contra la Resolución de la Presidencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia que confirmó una Resolución anterior de la Dirección General de la Función Pública y de Inspección de los Servicios por la que se denegó el derecho de la actora a ser llamada para cubrir interinamente las vacantes o sustituciones de plazas del Cuerpo Superior de Administradores, teniendo en cuenta que se presentó a una convocatoria realizada con anterioridad para proveer con personal interino tres puestos de trabajo del referido cuerpo, si bien no resultó seleccionada.

La cuestión radica, pues, en determinar si la relación de aspirantes no seleccionados puede ser considerada como una “lista de espera”, tal como pretende la recurrente. En este sentido, el TSJ de Murcia emite un juicio negativo, ya que:

“(…) la finalidad del procedimiento de urgencia es cubrir urgentemente unas plazas en los supuestos contemplados en el art. 21 de la Orden de 27 de marzo de 1995 –Orden de la Consejería de Hacienda y Administración Pública por la que se regula la selección del personal interino y laboral temporal, desarrollando lo establecido por el RD 57/1986, de 27 de junio, sobre Acceso a la Función Pública, Promoción Interna y Provisión de Puestos de Trabajo– y no constituir una ‘lista de espera’ con los aspirantes no seleccionados, a diferencia de lo que ocurre con el ordinario y con el derivado de pruebas selectivas de acceso, según se desprende de lo dispuesto en los arts. 12.2 y 17 de la citada Orden. Así, el art. 25 de la misma dispone que el procedimiento de urgencia concluye con la Resolución definitiva de la comisión de selección en la que figuran: 1) Los aspirantes que resulten seleccionados. 2) Y una relación complementaria con el resto de los aspirantes por orden de puntuación que tiene por finalidad permitir seleccionar al amparo del propio art. 25.6, párrafo segundo, de la Orden referida, al resto de los participantes por orden de puntuación en caso de renuncia de los aspirantes seleccionados y no constituir una lista de espera como se establece expresamente por los arts. 12.2 y 17 para los otros dos procedimientos”.

B) Convocatoria. Distinción entre requisito básico y mérito

El Ayuntamiento de Pamplona convocó un concurso para la provisión provisional de treinta vacantes en el servicio de atención domiciliaria. En la convocatoria se distinguía entre requisitos básicos (titulación y experiencia laboral mínima) y factores complementarios valorables (entre ellos, la realización de cursos impartidos por centros oficiales o reconocidos con una duración superior a 150 horas). Sin embargo, posteriormente, el Tribunal de selección acordó eliminar a quienes no acreditaran experiencia laboral ni cursos relacionados con el puesto de trabajo de duración superior a 150 horas.

La falta de acreditación de realización de un curso de tal duración determinó que la Sra. V. no resultase seleccionada. La **STSJ de Navarra de 15 de noviembre de 1999**, Ar. 3815, estima el recurso y declara el derecho de la recurrente a ser seleccionada e incorporarse al puesto de trabajo:

“(…), pues, en definitiva y dada la operatividad que al curso se le ha dado, lo que al final resulta es que quien no lo poseyese debería haberse abstenido de participar o debería haber sido excluido *ab initio*. La realidad explicitada en la literalidad de la convocatoria y subyacente en el espíritu de la misma, es que tales cursos serán valorados como parte del curriculum que forma una unidad compuesta de éste y otros méritos y cuya valoración total, pese a ser suficientes a tales efectos, no sirvió para la selección de la recurrente, precisamente por eso, porque realmente no se valoró como una unidad sino que se desgajó de él constituyéndose como un mérito, requisito o condición (llámesele como quiera) *sine qua non*. Y no era tal, repetimos, lo que se decía en la convocatoria en la que tal categoría queda circunscrita a la posesión del graduado escolar y a una experiencia laboral mínima (que no es, hay que precisarlo, la que se acredita mediante el curso, pues, según el método previsto, la experiencia debía valorarse por el INEM, quedándole al Tribunal, solamente, la definitiva selección a través del curriculum vitae y la entrevista)”.

C) Administración Local. Personal laboral de carácter temporal. Principios de igualdad, mérito y capacidad

Constituyen el objeto del presente recurso los Decretos de la Alcaldía de San Ildefonso de la Granja (11 y 12/1998) por los que se acordó adscribir temporalmente a J.B. y J.E. a puestos de responsable de los servicios de limpieza y obras, respectivamente. El recurrente, delegado de personal de la plantilla laboral de dicho Ayuntamiento, alega que las personas citadas venían ocupando dichas plazas, con adscripciones temporales, desde 1992, con total vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad.

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 11 de diciembre de 1999**, Ar. 4224, estima el recurso, pues:

“(…) el art. 103 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, establece que el personal laboral será seleccionado por la propia corporación ateniéndose, en todo caso, a lo dispuesto en el art. 91 y con el máximo respeto al principio de igualdad de oportunidades de cuantos reúnan los requisitos exigidos. Señalando el art. 91, objeto de referencia, que la selección de todo el personal, sea funcionario o laboral, debe realizarse de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en que se garanticen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad. Principios que son recogidos también por el RD 896/1991, de 7 de junio. Siendo destacable que en toda esta normativa no se hace diferenciación entre que la adscripción sea permanente o temporal, por lo que tales principios son aplicables a casos, como el que nos ocupa, en el que se efectúan nombramientos provisionales, observándose en el expediente que dichos principios no han sido tenidos presentes ya que se realizó directamente el nombramiento sin ninguna convocatoria previa”.

4. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

A) La atribución temporal de funciones no es una comisión de servicios, no estando sujeta a límite temporal, sino condicionada a la permanencia de las circunstancias que la motivaron

Es objeto de impugnación judicial la Resolución del Subsecretario del Ministerio de Medio Ambiente de 22 de abril de 1997, que desestimó la petición de C.T. de dejar sin efecto la “comisión de servicios” conferida al mismo al amparo de lo dispuesto en el art. 66 del RD 364/1995, con destino en Almagro. De este modo, el recurrente vio también frustrada su petición de ser reintegrado al puesto de trabajo en que estaba adscrito temporalmente en Albacete, hasta tanto se convoque el procedimiento para su cobertura definitiva.

La STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de noviembre de 1999, Ar. 4078, cita la STS de 30 de junio de 1997, Ar. 5432, donde el Alto Tribunal señaló que la forma de provisión contemplada en el art. 66 del Reglamento de Ingreso no constituye una comisión de servicios, y desestima el recurso, pronunciándose del siguiente modo:

“a) Cierto que puede ser discutible que la provisión que se realizó del puesto de trabajo por el actor entre en el supuesto del art. 66 del Reglamento de Ingreso, que es el que se le aplicó; pero también lo es que tal provisión daba respuesta a una situación coyuntural que beneficiaba tanto a la Administración como al recurrente y que fue aceptada y consentida por el mismo; comportamiento que no puede ser obviado por ninguna de las partes a las que afectaba ni por este Tribunal conforme al principio de la buena fe (art. 7.1 CC). Que ello era así lo demuestra la propia Resolución administrativa de 17 de marzo de 1997 de la Directora General del Ministerio (...); y en donde se deja constancia que su actual destino en Almagro, fue elegido voluntariamente por el recurrente, aunque a efectos económicos, para su beneficio, se le destinó provisionalmente en otro puesto. b) Cierto que el destino que tiene se caracteriza por ser provisión temporal, excepcional y coyuntural, pero también lo es que el puesto al que pretende incorporarse constituye un supuesto de adscripción provisional, que no puede quedar condicionado por la pretensión de la parte actora, según se perfila en el suplico de su demanda hasta que se convoque el procedimiento para su cobertura definitiva. c) Si a ello unimos que el puesto que ocupa el recurrente no constituye una comisión de servicios y no tiene carácter voluntario; no siéndole extrapolable el límite temporal que se contempla en el art. 64 del Reglamento aplicable, habrá de convenirse que su carácter temporal deberá vincularse a la existencia de circunstancias que justifiquen la pervivencia del supuesto, que no son otras que las que pudieron dar lugar a su provisión para el mismo; lo que impediría su renuncia y su permanencia en dicho puesto mientras subsistan dichas circunstancias (...).”

B) La facultad de adscribir provisionalmente al funcionario excedente al puesto de trabajo vacante no es una potestad discrecional de la Administración, sino una posibilidad reglada condicionada a las necesidades del servicio

La STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de noviembre de 1999, Ar. 3798, se ha pronunciado sobre los requisitos exigibles para el reingreso provisional de un funcionario que pre-

viamente había disfrutado de una excedencia voluntaria por interés particular. La Sala aclarará que existen dos formas de reingreso: una ordinaria, que supone la participación del funcionario excedente en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo que se convoquen y otra extraordinaria, que consiste en adscribirlo provisionalmente al puesto de trabajo vacante. Ahora bien, dado el carácter excepcional o especial de este sistema, que implica un nombramiento o destino provisional para un puesto de trabajo, es preciso que se cumplan una serie de requisitos que se deducen de la interpretación conjunta del artículo 29.bis de la Ley 30/1984, de Medidas de Reforma de la Función Pública, y del artículo 62 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo.

A tenor de dichos preceptos, resulta imprescindible que así lo impongan las necesidades del servicio, que el funcionario excedente reúna los requisitos necesarios para su desempeño y que el puesto de trabajo así provisto se convoque para su provisión definitiva en el plazo de un año, con obligación para el funcionario excedente de participar en la convocatoria solicitando el puesto que ocupa provisionalmente, quedando si no obtiene destino definitivo a disposición del órgano competente en destino provisional. En cualquier caso, no cabe a juicio de la Sala interpretar que esta facultad de adscripción provisional sea una potestad de tipo discrecional.

C) El funcionario en comisión de servicios puede ser cesado antes de transcurrido el año de la asignación de la comisión, únicamente en el supuesto del nombramiento de otro funcionario, como titular con carácter definitivo, para el puesto asignado en aquella comisión

En el presente caso se planteaba la cuestión de si un funcionario nombrado en comisión de servicios podía ser cesado discrecionalmente por la Administración en cualquier momento. La STSJ de Andalucía de 20 de septiembre de 1999, Ar. 2751, hace un análisis del régimen jurídico de la comisión de servicios. En concreto, parte del artículo 64 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, que permite la posibilidad de que un puesto vacante, en caso de urgente e inaplazable necesidad, pueda ser cubierto por un funcionario en comisión de servicios, teniendo la citada comisión una duración máxima de un año, prorrogable por otro en caso de no haberse cubierto el puesto con carácter definitivo.

Pues bien, considerará finalmente la Sala que:

“la dicción del precepto transcrito es lo suficientemente clara como para concluir que el recurrente podía ser cesado discrecionalmente en la comisión de servicios antes de transcurrido el año de la asignación de la comisión, únicamente en el supuesto del nombramiento de otro funcionario, como titular con carácter definitivo, para el puesto asignado en aquella comisión”.

5. REMOCIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO. JUECES SUSTITUTOS. FALTA DE APTITUD O IDONEIDAD. RENDIMIENTO MEDIO

La STS de 31 de enero de 2000, Ar. 85, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por J.M.H.R. contra el Acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ por el que se decide su cese como Juez sustituto de los Juzgados de Barcelona, por falta de aptitud o idoneidad para el ejercicio del cargo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 201.5.d) de la ley Orgánica del Poder Judicial:

“El elemento determinante de la decisión del Consejo, sobre cuya base se constata la inidoneidad del señor H.R. para continuar como juez sustituto de Barcelona, viene definido por el hecho de la clara diferencia entre el rendimiento medio de los Juzgados de Barcelona y el dado por el expedientado durante la permanencia en la sustitución en el Juzgado núm. 10, en cuyo sentido cabe observar que el total de sentencias con contradicción dictadas no alcanza, en los cuatro meses, al promedio de un solo mes de los Juzgados de Barcelona.

Ante esta circunstancia y habida cuenta de que las sustituciones judiciales no implican merma de las normales exigencias de funcionamiento de los Juzgados en que aquéllas tienen lugar, ha de concluirse que la ratio decidendi de la Resolución del Consejo no ha sido desvirtuada por las alegaciones del señor H.R.”.

6. RETRIBUCIONES

A) El complemento de productividad tiene carácter subjetivo y está en función del rendimiento personal del titular del puesto de trabajo, así como de su actividad extraordinaria y de su interés, que constituyen contingentes valorables una vez efectuada la labor

En la STSJ de Cantabria de 7 de septiembre de 1999, Ar. 2756, se ha pronunciado la Sala sobre la validez del establecimiento de un sistema rotatorio en la percepción del complemento de productividad que posibilite, dentro del cupo asignado, una distribución equitativa entre todos los funcionarios que pudieran realizar un especial rendimiento, actividad y dedicación extraordinaria en su servicio.

El Tribunal hace un análisis de la naturaleza subjetiva de este complemento, en la medida en que depende únicamente del rendimiento personal del funcionario, así como de su actividad extraordinaria y de su interés. Sin embargo, en el presente caso, al aplicarse un sistema rotatorio para la percepción de este complemento se está aplicando un criterio objetivo en el reparto que mal casa con la naturaleza subjetiva del complemento de productividad. A partir de aquí deducirá el Tribunal que el sistema rotatorio, por muy buenas que sean las intenciones en que se fundamente, supone introducir criterios objetivos de asignación del complemento que provocan su desnaturalización.

7. DERECHOS SINDICALES

A) Tienen la consideración de sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma los que hayan obtenido, al menos, el 15 por ciento de los delegados de personal y de los representantes de los trabajadores en los comités de empresa y en los órganos correspondientes de las Administraciones Públicas

La STS de 21 de octubre de 1999, Ar. 7669, se ha pronunciado de nuevo sobre el porcentaje de representación que ha de tener un sindicato para recibir la calificación de más representativo. En el caso concreto se trataba de determinar la composición del Consejo Gallego de Función Pública. Mediante una Orden del Consejero de la Presidencia se había interpretado que la representación autonómica a la que hace referencia el artículo 39 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, debía considerarse referida exclusivamente a la obtención al menos del 10 por ciento de los resultados alcanzados en las elecciones del personal laboral o de servicio de la Administración Pública gallega.

El Tribunal, no obstante, considerará que al rebajar el tope mínimo de la representatividad autonómica al 10 por ciento se está vulnerando lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, que atribuye el carácter de sindicato más representativo a nivel de Comunidad Autónoma a “los sindicatos de dicho ámbito que acrediten en el mismo una especial audiencia expresada en la obtención de, al menos, el 15 por ciento de los delegados de personal y de los representantes de los trabajadores en los comités de empresa y en los órganos correspondientes de las Administraciones Públicas, siempre que cuenten con un mínimo de 1.500 representantes y no estén federados o confederados con organizaciones sindicales de ámbito estatal”.

8. RÉGIMEN DISCIPLINARIO. FALTAS GRAVES

A) Acceso de los funcionarios, para fines distintos de las funciones propias, a datos, informes o antecedentes obtenidos por las Administraciones Tributarias

La SAN de 28 de junio de 1999, Sección Séptima, enjuicia el recurso interpuesto por la actora contra la Resolución del Director General de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria que le impuso una sanción de suspensión de funciones por cinco meses como autora de una falta disciplinaria grave. La mencionada falta aparece tipificada en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 17/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, sancionando “el acceso a datos, informes o antecedentes obtenidos por las Administraciones Tributarias y por parte de un funcionario público para fines distintos de las funciones que les son propias”.

Resultando probado que la recurrente accedió sin justificación alguna y en numerosísimas ocasiones a informaciones de muy variado contenido, relativas a más de cien contribuyentes, recogidas en la Base de Datos de la Agencia Tributaria, la AN desestima el recurso por apreciar la concurrencia de todos los elementos de la aludida falta disciplinaria, que sanciona el acceso a la información para fines distintos de las tareas que el fun-

cionario afectado tiene encomendadas, siendo irrelevante que dicho acceso responda a simple curiosidad o no persiga obtener utilidad económica o de otro tipo, en cuyo caso los hechos serían constitutivos de otra falta de mayor gravedad.

B) Falta de sigilo

La SAN de 11 de octubre de 1999, Sección Séptima, resuelve el recurso interpuesto contra la Resolución del Director General de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria que sancionó a la recurrente como autora de una falta disciplinaria grave contemplada en el art. 7.1.j) del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, consistente en “no guardar el debido sigilo respecto de los asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causen perjuicio a la Administración o se utilicen en provecho propio”.

La SAN, que desestima el recurso, resulta de especial interés por el esfuerzo que realiza en la concreción del tipo sancionado por el art. 7.1.j) del Reglamento de Régimen Disciplinario. En este sentido, la Sentencia que se comenta pone de manifiesto la necesidad de acudir a las normas que establecen las prohibiciones y deberes que obligan a cada funcionario para delimitar las conductas sancionadas por la falta de sigilo. En el caso de autos, la funcionaria sancionada, destinada en la Delegación Especial de la Agencia Tributaria de Valencia, Administración de Valencia-Norte, realizó numerosos accesos –no justificados por razón de las funciones que tenía encomendadas– a una serie de datos tributarios pertenecientes a diversos contribuyentes con la finalidad de obtener información de utilidad para la resolución de un proceso judicial que enfrentaba a un allegado suyo con dichos contribuyentes. Pues bien, en este caso, la SAN señala que el contenido del deber de sigilo establecido por el art. 80 de la LFCE debe ser integrado por lo establecido en el art. 103.8 de la Ley 31/1990, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, en la Ley Orgánica 5/1992, Reguladora del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal y en la Resolución 2/1990, de 23 de marzo, de la Secretaría General de Hacienda, sobre acceso a las bases de datos provinciales y nacional y a la información contenida en las mismas por parte del personal que ocupa puestos de trabajo en órganos o dependencias de la Administración Tributaria. De las normas expuestas deriva que el deber de sigilo se traduce en un deber de estricto secreto en relación con la información que podrá ser obtenida en exclusiva por el personal autorizado y únicamente cuando dicho acceso venga exigido por razones del servicio. El ámbito del sigilo resulta lesionado por la mera inobservancia de las exigencias que acaban de ser expuestas.

En el caso estudiado, la AN aprecia la concurrencia del resto de elementos del tipo aplicado. Por un lado, no existe ninguna duda respecto del beneficio propio que perseguía la funcionaria sancionada. Por otro lado, el perjuicio para la Administración deriva del simple acceso indebido a las bases de datos y del demérito que ésta sufre frente a los ciudadanos que han visto invadido su ámbito de intimidad.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

BELÉN MARINA JALVO

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

XI. URBANISMO**Sumario:**

- 1. Régimen del suelo no urbanizable.** A) La construcción de viviendas unifamiliares requiere autorización de la Comisión Provincial de Urbanismo y licencia municipal de obras. B) Interés social de los campos de golf en Baleares. **2. Planeamiento urbanístico.** A) Ámbito del Programa de Actuación Urbanística: puede abarcar suelo urbano que no merezca tal calificación legal. B) Las bases del concurso para la redacción y ejecución de un PAU no son instrumentos de ordenación urbanística. C) El plazo de alegaciones ha de contarse desde la última inserción del anuncio de información pública en los diarios oficiales. **3. Expropiaciones urbanísticas.** A) Valoración: momento. a) Momento al que ha de referirse la valoración de los bienes y derechos expropiados. b) Régimen transitorio: inaplicación de la Ley 8/1990 a expropiaciones forzosas iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor. Consecuencias de la STC 61/1997, de 20 de marzo. B) Valoración: criterios. a) Suelo urbanizable programado. b) Suelo no urbanizable.
- 4. Ejecución del planeamiento.** A) Obras de urbanización. B) Polígonos y unidades de actuación. **5. Licencias urbanísticas.** A) Naturaleza jurídica de las licencias provisionales. B) Procedimiento de otorgamiento de licencias. a) Otorgamiento por silencio administrativo. b) Aplicación del principio de igualdad en la concesión de licencias urbanísticas. c) Alcance de la expresión “defectos subsanables” en la solicitud de licencia. C) Anulación y revocación de licencias. a) Anulación de licencias amparadas en un Plan urbanístico anulado. b) Revocación de licencias. **6. Intervención en la edificación y uso del suelo.** A) Normativa aplicable tras la STC 61/1997. B) Definición de competencias. C) Legalización de obras. D) Prescripción de infracciones.

1. RÉGIMEN DEL SUELO NO URBANIZABLE**A) La construcción de viviendas unifamiliares requiere autorización de la Comisión Provincial de Urbanismo y licencia municipal de obras**

Como bien explica la STS de 3 de noviembre de 1999, Ar. 8480, es doctrina reiterada que la construcción en suelo no urbanizable de edificios destinados a vivienda unifamiliar está sometida a dos autorizaciones. La de la Comisión Provincial de Urbanismo u

órgano regional competente es necesariamente previa a la tramitación del expediente municipal para la obtención de la licencia de obras:

“La primera de dichas autorizaciones tiene por objeto la valoración y comprobación de si existe o no peligro o posibilidad de formación de núcleo de población (...) y si el contenido de ese acto es negativo (...) tiene carácter vinculante para el Ayuntamiento que ha de tramitar el expediente de licencia de obras, como segundo acto autorizador y si, por el contrario, no se aprecia tal posibilidad de núcleo urbano (...) el órgano municipal habrá de valorar a su vez en el expediente regulado al efecto (...) sobre las otras determinaciones urbanísticas que hagan o no viable la edificación de que se trate.”

B) Interés social de los campos de golf en Baleares

La STS de 23 de diciembre de 1999, Ar. 9007, da por válida la declaración de interés social realizada por la Comisión Insular de Urbanismo de Ibiza en favor de un campo de golf en la isla, con iguales razones a la expuestas en la anterior Sentencia de 26 de octubre de 1999 (Ar. 7216).

Estos argumentos son, en primer lugar, que el interés social de los campos de golf en las Islas Baleares está afirmado genéricamente al máximo nivel, a saber, en la Ley autonómica 12/1988, de 17 de noviembre, “de Campos de Golf”, como reclamo para atraer el turismo invernal de calidad.

Y, segundo, que los informes emitidos, todos favorables, no aprecian perjuicios para valores especiales agrícolas ni para los recursos de agua.

2. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

A) Ámbito del Programa de Actuación Urbanística: puede abarcar suelo urbano que no merezca tal calificación legal

Como es sabido, los terrenos que tengan la condición de urbanos no pueden estar comprendidos en el ámbito de un PAU, puesto que éstos operan sobre el suelo urbanizable no programado (art. 16 del TRLS de 1976).

Esta limitación no rige, a juicio de la STS de 26 de octubre de 1999, Ar. 7976, cuando el suelo cuya condición de urbano se alega no reúne los requisitos legales para merecer tal calificación, por carecer de los servicios necesarios y no encontrarse en un área consolidada por la edificación.

B) Las bases del concurso para la redacción y ejecución de un PAU no son instrumentos de ordenación urbanística

En la misma Sentencia que acabamos de comentar, se procede a la distinción entre lo que es un PAU y lo que son las bases que han de regir el concurso para la redacción y ejecución de un PAU, que constituyen los límites a que ha de sujetarse el urbanismo concertado en ese caso.

XI. Urbanismo

Sólo el PAU –y no las bases del concurso– debe considerarse un “instrumento de ordenación urbanística” (art. 16 del TRLS de 1976) y, en consecuencia, requerir el informe preceptivo del Secretario en virtud del art. 54 del TRRL.

C) El plazo de alegaciones ha de contarse desde la última inserción del anuncio de información pública en los diarios oficiales

Es importante la STS de 24 de septiembre de 1999, Ar. 7953, porque esclarece un tema sólo en apariencia menor, pues como sabemos la jurisprudencia considera motivo de nulidad los vicios procedimentales que afectan a la publicidad y la participación pública en la elaboración del planeamiento urbanístico.

Según las entidades recurrentes (Ayuntamiento de Soria, Consejería Autonómica y Empresa), es práctica usual entre las Corporaciones locales computar el plazo para alegaciones (el que ha de pasar la modificación del PGOU tras la aprobación inicial) desde la fecha de inserción del anuncio en el BOE y no en otros boletines oficiales. Por lo cual, habían considerado extemporáneas determinadas alegaciones que denunciaban, entre otros extremos, la falta de determinación del aprovechamiento medio.

El Tribunal Supremo rechaza esa interpretación, atendiendo a la naturaleza y la finalidad institucional del referido acto de publicación:

“No existen razones que permitan otorgar en este caso mayor relieve a la inserción del anuncio de información pública en el Boletín Oficial del Estado, ya que no estamos en un supuesto en el que la publicación venga exigida por la norma que la establece como condición de vigencia del acto que se publica, con las necesidades consiguientes de una sola fecha para la certeza en la aplicación, cita oficial o *vacatio legis* del acto publicado, sino ante una simple publicación-noticia, que trata de conseguir la máxima difusión del acto que constituye su objeto. Por esta misma razón, el plazo de un mes no es un plazo fijo y cerrado; el propio art. 128.3 del Reglamento de Planeamiento dispone que es “mínimo” por lo que puede la Administración ampliarlo (...)”

En consecuencia, declara el Tribunal que deben considerarse relevantes, y dentro de plazo, las alegaciones presentadas dentro del mes desde la última inserción de los anuncios en los diarios oficiales contemplados por la norma, que en este caso fue el Boletín Oficial de la Provincia.

3. EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS

A) Valoración: momento

a) Momento al que ha de referirse la valoración de los bienes y derechos expropiados

El TS, en aplicación del artículo 36 de la Ley de Expropiación Forzosa, reitera en la jurisprudencia que en este trimestre se analiza su doctrina en la que considera que la tasación de los bienes y derechos expropiables debe referirse al valor que los mismos tuvieran al

tiempo de iniciarse el expediente de justiprecio (STS de 29 de octubre de 1999, Ar. 9583), siendo esta fecha diferente del inicio del expediente expropiatorio, que tiene lugar con el acuerdo de necesidad de ocupación (STS de 22 de noviembre de 1999, Ar. 9825).

La iniciación del expediente de justiprecio puede venir dada por el “ofrecimiento por la Administración de una indemnización” (SSTS de 29 de octubre, citada y 10 de noviembre de 1999, Ar. 9677), o con la presentación de las correspondientes hojas de aprecio o el requerimiento formulado para ello (STS de 22 de noviembre, citada).

b) Régimen transitorio: inaplicación de la Ley 8/1990 a expropiaciones forzosas iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor. Consecuencias de la STC 61/1997, de 20 de marzo

La STS de 21 de septiembre de 1999, Ar. 7858, haciéndose eco de la doctrina jurisprudencial expresada en la STS de 10 de mayo de 1999, expresa la inaplicación de la Ley 8/1990, de 25 de julio, a los expedientes expropiatorios iniciados con anterioridad a su vigencia.

El FJ 3º expresa:

“En la Sentencia de 10 de mayo de 1999 (...), partiendo de que la Disposición Transitoria Primera, apartado 3, del Texto refundido de 1992, ha sido declarada nula de pleno derecho por la Sentencia de este Tribunal de 25 de junio de 1997, y de que no se contiene en la propia Ley 8/1990 otra disposición transitoria sobre los criterios de valoración aplicables a las expropiaciones forzosas iniciadas antes de su entrada en vigor, nos hemos inclinado por entender que la Disposición Transitoria 1.3 de la misma, equivalente a la Disposición Transitoria Primera. Cuatro, del Texto Refundido, aun cuando ciertamente esta última ha sido declarada inconstitucional y nula por el Tribunal Constitucional en Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, y por ende debe considerarse también nula aquélla, nos permite conocer el alcance retroactivo que el legislador otorgaba a la Ley 8/1990, cuando señalaba para la aplicabilidad de uno u otro sistema la aprobación de la relación de propietarios y descripción de bienes, lo que pone de manifiesto la voluntad del legislador de no dar eficacia a sus preceptos en los expedientes expropiatorios incoados con anterioridad a su vigencia, a lo que se añaden otras razones, consistentes en que no pueden quedar al arbitrio de la Administración expropiante los criterios de valoración (como ocurriría si se atendiese a la fecha de incoación del expediente de justiprecio) y en la aplicación del principio de irretroactividad de las leyes recogido en el artículo 2.3 del Código Civil.”

Esta tesis obliga al Tribunal a declarar aplicable el Texto Refundido de 1976, tal y como expresa en el FJ 4º:

“(…) La derogación de los citados artículos [del Texto Refundido de 1992], dice también nuestra Sentencia citada, ha generado un vacío en el sistema configurado por el Texto Refundido, lo que nos obliga a colmarlo acudiendo necesariamente a las normas del Texto Refundido de 1976 (...), ya que, al haberse anulado también por el Tribunal Constitucional en la expresada Sentencia la Disposición Derogatoria Única. 1 en lo relativo al

XI. Urbanismo

Real Decreto 1346/1976, por el que se aprobó el texto refundido de aquel año, volvió éste a adquirir vigencia en aquellas materias no reguladas por las normas subsistentes del nuevo Texto Refundido de 1992. Resulta evidente que la conclusión hermenéutica que lleva a la aplicación del Texto Refundido de 1976 es extensible a todos aquellos vacíos normativos que derivan de la anulación de los preceptos del Texto de 1992 que resultan afectados por la declaración de inconstitucionalidad, aun cuando no se trate estrictamente de los contemplados en la Sentencia que se invoca. Asimismo, no existe inconveniente alguno en que, para resolver este recurso de casación, tengamos en cuenta la declaración de inconstitucionalidad posterior a la Sentencia impugnada de determinados preceptos legales aplicables para el enjuiciamiento del supuesto estudiado, pues, con arreglo al artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, interpretado *a sensu contrario*, las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley deben ser tenidas en cuenta en la resolución de los procesos que no hayan fenecido mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada, esto es, firme, categoría que no alcanza a las sentencias recurridas en casación (...)

Esta misma fundamentación es la que expresa la **STS de 18 de octubre de 1999**, Ar. 9997, entre otras.

B) Valoración: criterios

a) Suelo urbanizable programado

El TS reitera su doctrina en atención a la cual la valoración de este tipo de terrenos ha de referirse al aprovechamiento medio del sector fijado en el planeamiento. La posible contradicción sobre esta cuestión existente entre el artículo 146.b) del Reglamento de Gestión Urbanística —que establece computable el aprovechamiento medio del sector después de deducido, en su caso, el exceso respecto del aprovechamiento medio de todo el suelo urbanizable programado— y el artículo 105 de la Ley del Suelo (de 1976) —que remite exclusivamente al aprovechamiento medio del sector—, debe solucionarse, en aplicación del principio de jerarquía normativa, a favor del texto legal (**STS de 29 de octubre de 1999**, Ar. 9583, ya citada).

Este aprovechamiento no tendrá en cuenta que el instrumento de planeamiento haya modificado las condiciones de edificabilidad del terreno y haya dado lugar a la utilización del sistema de expropiación forzosa (**STS de 28 de octubre de 1999**, Ar. 9337).

b) Suelo no urbanizable

La valoración de los terrenos no urbanizables a efectos de determinación del justiprecio expropiatorio atenderá, según una reiterada jurisprudencia citada en la **STS de 18 de octubre de 1999**, Ar. 9659, entre otros elementos, a las expectativas urbanísticas, que pueden venir determinadas por la proximidad de los mismos a un núcleo urbano, aunque no se haya aprobado instrumento alguno de planeamiento para su adecuada urbanización.

Otro criterio de valoración de este tipo de parcelas puede consistir en los usos a los que con carácter sectorial pueda ser destinado. En tal sentido, las **SSTS de 8 de octubre de 1999**, Ar.

8663, 28 de octubre de 1999, Ar. 9337 y 10 de diciembre de 1999, Ar. 9806, determinan que la clasificación de terrenos como no urbanizables “no impone necesariamente que haya de valorarse el terreno exclusivamente en función de su aprovechamiento agrario, si de las determinaciones autorizadas por la Ley que realiza la clasificación se desprende que le compete un uso específico de otro orden, pues la clasificación del terreno no depende sólo del título que formalmente se le atribuya como no urbanizable” (FJ 3°).

Por su parte, la STS de 24 de septiembre de 1999, Ar. 7877, identifica el suelo destinado para la ejecución de sistemas generales con el urbanizable, siempre que aquél no viniera adscrito por el planeamiento a una concreta clase de suelo, y salvo su clasificación de urbano. De lo contrario, según esta decisión, “se incumpliría la obligación de equidistribución de los beneficios y cargas derivados del planeamiento (...)” (FJ 2°).

4. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

Durante el período de tiempo del que se ocupa el presente número de esta Revista, no han sido muy numerosas las sentencias del TS dedicadas a tratar aspectos vinculados a la ejecución del planeamiento. No obstante, y como en ocasiones anteriores, hemos entresacado aquellas que nos parecen más interesantes.

A) Obras de urbanización

El TS va a profundizar en su Sentencia de 17 de noviembre de 1999, Ar. 8499, en el problema del pago de los costes de urbanización, remitiéndose al art. 126.1 del TRLS de 1976, pero sobre todo, al art. 120.1.b) del mismo texto legal, para señalar “que los propietarios de terrenos afectados por una actuación urbanística –cualquiera que sea el sistema de actuación urbanística fijado– están obligados a sufragar los costes de urbanización, y precisándose en los artículos 85.2.b) y 84.3.c), en relación con el suelo urbanizable y el urbanizable no programados con Programa de Actuación Urbanística aprobado, que el derecho de cada propietario viene determinado por la aplicación del aprovechamiento medio referido a la superficie de su finca, reiterándose la obligación de los propietarios a costear la urbanización” (FJ 2°).

En el caso concreto de que trata la referida sentencia, la discusión se centraba en determinar si la Administración municipal, que era propietaria del diez por ciento del aprovechamiento medio del sector integrado en el Plan Parcial, debía de contribuir a los costes de urbanización en ejecución de dicho Plan Parcial. Como doctrina general, el TS entiende que tal Administración, como propietaria de esa porción de suelo edificable, debe contribuir según las previsiones legales antes aludidas al pago de los costes de urbanización en la proporción que le corresponda.

Sin embargo, y admitiendo como incuestionable y cierta la doctrina general que se acaba de apuntar, el TS también va a resaltar el principio de libertad de acuerdo entre los copro-

XI. Urbanismo

pietarios de una actuación urbanística, para asumir o repartir, libre y voluntariamente, sin perjuicio de terceros, los gastos de urbanización, sancionado genéricamente en los arts. 1089 y 1255 del Código Civil, y específicamente en el art. 124 del TRLS de 1976, incidiendo, además, en que “la asunción de los costes de urbanización asumida libre y voluntariamente, sin perjuicio de tercero, ni vulneración de la ética ni el orden público, puede ser realizada en cualquier momento de proceso urbanizadorio, con independencia de la fecha de adquisición de la condición de propietaria de la Administración o de la naturaleza de la obligación impuesta a esos propietarios” (FJ 3º), lo que en el supuesto concreto de la sentencia comentada va derivar en la desestimación del recurso interpuesto contra la Administración municipal antes citada.

B) Polígonos y unidades de actuación

En su **Sentencia de 30 de octubre de 1999**, Ar. 7981, el TS va a determinar, en un primer momento, la susceptibilidad de control jurisdiccional sobre la potestad discrecional de delimitación de polígonos –los cuales se encuentran sujetos a los requisitos incluidos en el art. 117.2 del TRLS de 1976– y de delimitación de unidades de actuación en suelo urbano, que es el supuesto concreto discutido, habida cuenta que estas últimas sólo son pertinentes donde no proceden las actuaciones aisladas y que deben permitir, al menos, la distribución justa entre los propietarios de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, según se dispone en el art. 117.3 del TRLS de 1976, lo que permitió a aquel Tribunal declarar la inexistencia del exceso de jurisdicción en el que, según la parte recurrente, habría incurrido la Sentencia recurrida.

Y entrando en el fondo de la cuestión planteada, la Sentencia antes citada va a discernir sobre la delimitación de unidades de actuación, indicando que el TRLS de 1976 reserva esta figura –y la de los polígonos– para actuaciones urbanísticas integrales que traten de dotar a un espacio determinado de las infraestructuras urbanísticas (viales, parques, jardines públicos,...) a que se refiere el art. 83.3.1º del TRLS de 1976. Sin embargo, añade dicha Sentencia, cuando de lo que se trata no es de dotar a un espacio de infraestructura urbanística sino de un elemento concreto de aquélla, lo que procede no es delimitar un polígono o unidad de actuación, sino intervenir a través de una actuación aislada.

Esta argumentación, trasladada al caso concreto –suprimir un estrechamiento en vía ya urbanizada, abierta al tráfico desde hacía años–, llevó al TS a dictaminar que tal operación constituía una actuación aislada que buscaba aportar un elemento concreto al suelo urbano, y no una actuación urbanística integral, lo que conllevaba que fuera la expropiación forzosa de la parcela afectada el medio idóneo para la ejecución de dicha actuación aislada, según dispone el art. 134 del TRLS de 1976.

Por último, el TS indicó que las unidades de actuación deben permitir, al menos, la justa distribución de los beneficios y cargas derivadas del planeamiento, según se dispone en el art. 117.3 del TRLS de 1976, siendo presupuesto lógico para ello que la unidad de actuación delimitada tenga una superficie adecuada para lograr tal equidistribución de beneficios y cargas, lo que no sucedía en el supuesto concreto discutido, en el cual la unidad de actuación prevista tenía una extensión marcadamente exigua –sólo afectaba a dos

parcelas, pero de forma mínima a una de ellas–, y además, hacía recaer en los propietarios de tales parcelas, que no eran los únicos beneficiados de la actuación como quedó probado en el proceso, cargas urbanísticas claramente excesivas.

En definitiva, todas las líneas argumentales arriba indicadas –y alguna otra que no es nuestro objeto de estudio– llevaron al TS a desestimar los recursos planteados contra la sentencia de instancia.

5. LICENCIAS URBANÍSTICAS

A) Naturaleza jurídica de las licencias provisionales

La STS de 23 de diciembre de 1999, Ar. 9637, rechaza que pueda negarse a todo uso que tenga vocación de permanencia la posibilidad de ser autorizado por una licencia a precario, advirtiendo que la concesión de este tipo de autorizaciones se ha de basar en el elemento temporal o provisional a que se refiere el artículo 58.2 del Texto Refundido de 1976.

B) Procedimiento de otorgamiento de licencias

a) Otorgamiento por silencio administrativo

El TS, en la Sentencia de 7 de diciembre de 1999, Ar. 9890, reiterando su doctrina anterior, plasmada, entre otras, en las Sentencias de 15 de marzo de 1997 y 9 de noviembre de 1998, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 178.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, declara la imposibilidad de entender otorgada una licencia por silencio administrativo positivo cuando la misma va en contra de lo dispuesto en la referida Ley o en los planes, proyectos, programas o normas complementarias o subsidiarias de planeamiento (FJ 1º).

b) Aplicación del principio de igualdad en la concesión de licencias urbanísticas

La STS de 7 de diciembre de 1999, Ar. 8990, impone, como límite a la equiparación en la igualdad en el otorgamiento de licencias, además de la identificación de situaciones, que ésta se realice dentro de la legalidad, ya que “los precedentes no pueden legitimar en modo alguno la reiteración de nuevas infracciones” (FJ 6º).

c) Alcance de la expresión “defectos subsanables” en la solicitud de licencia

La STS de 23 de diciembre de 1999, Ar. 9008, concreta, siguiendo la propia doctrina de la Sala, qué debe entenderse por “defectos subsanables” apreciados en la solicitud de una licencia urbanística, de cuya existencia debe la Administración notificar al peticionario a fin de que sean corregidos en el plazo de 15 días (artículo 9.1.4º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales).

XI. Urbanismo

Esta adjetivación es aplicable a las meras irregularidades, defectos formales del proyecto o solicitud presentados o insuficiencias formales de mero curso procedimental, pero no a los defectos de fondo o a las extralimitaciones o disconformidad del proyecto con las normas urbanísticas aplicables. En este último supuesto no es necesario que la entidad local realice requerimiento alguno al interesado, al que sólo le cabe la posibilidad de presentar una nueva solicitud de licencia con un proyecto ajustado a la legalidad vigente (FJ 2º).

C) Anulación y revocación de licencias

a) Anulación de licencias amparadas en un Plan urbanístico anulado

En aplicación del artículo 120 de la antigua Ley de Procedimiento Administrativo, la **STS de 23 de noviembre de 1999**, Ar. 9767, confirma la Sentencia de instancia que estimó la nulidad de la licencia de legalización de obras de construcción de un edificio ya que ésta ya no contaba con licencia que la amparase, al haberse anulado por el propio Tribunal Supremo en Sentencia de 1989, y haberse anulado, asimismo, el Plan General de Ordenación Urbana que le servía de cobertura.

El FJ 3º resume la postura del Supremo, señalando que:

“La declaración de nulidad del PGOU de Burgos implica un desvanecimiento sobrevenido de la cobertura jurídica de la licencia de legalización impugnada en el proceso de instancia, que justifica la declaración de nulidad que pronuncia la sentencia recurrida (...). La declaración de una disposición general produce efectos *ex tunc*, que se retrotraen al momento en que el Plan invalidado entró en vigor, y no *ex nunc*, a partir de la fecha de su declaración. El artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo (...) contempla que, por obvias razones de seguridad jurídica, en caso de estimación de un recurso interpuesto contra una disposición general, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma. No afecta sin embargo dicha garantía a los actos que no hayan obtenido firmeza, al estar pendiente de resolución un recurso interpuesto contra ellos, como ocurre en el presente supuesto.”

b) Revocación de licencias

El TS, en su **Sentencia de 13 de diciembre de 1999**, Ar. 9540, relativa a la revocación de una licencia de vado por haber acordado el Ayuntamiento de Granada la peatonalización de la placeta en la que aquél se ubicaba, declara la legalidad de la medida y la imposibilidad de acoger la pretensión del perjudicado recurrente de esgrimir la existencia de un derecho adquirido al mantenimiento de su situación (FFJJ 2º y 3º). No obstante, la Sala considera que esta extinción de la licencia lo es por la adopción de criterios de apreciación, que exige, en principio, el resarcimiento de los daños y perjuicios que se causen a su titular.

6. INTERVENCIÓN EN LA EDIFICACIÓN Y USO DEL SUELO

A) Normativa aplicable tras la STC 61/1997

La **STS de 23 de noviembre de 1999**, Ar. 8752, considera aplicable a un supuesto de infracción urbanística por vulneración de determinados preceptos del Texto Refundido

de la Ley del Suelo de 1992 afectados por la declaración de nulidad realizada por la STC 61/1997, de 20 de marzo, el Texto de 1976, al que califica de *ius superveniens*.

B) Definición de competencias

El TS concreta la facultad de ciertos órganos municipales para acordar determinados actos de intervención en la edificación y uso del suelo. Así: La Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Málaga para acordar una orden de demolición de obras que no se ajustan a la legalidad urbanística. Para la **STS de 24 de noviembre de 1999**, Ar. 7701, ésta es una entidad con personalidad jurídica propia que ejerce por delegación del Ayuntamiento diversas funciones, entre las que se encuentra la posibilidad de dictar la orden impugnada.

El Alcalde, en la **STS de 12 de noviembre de 1999**, Ar. 8492, ya que el mismo “no queda excluido del círculo de órganos habilitados para acordar la demolición” de lo edificado sin licencia.

La Comisión de Gobierno, para acordar la orden de vallado de unos terrenos, ya que, aunque dicha facultad corresponda al Alcalde, éste se integra en aquélla (**STS de 23 de noviembre de 1999**, Ar. 9524).

C) Legalización de obras

Los Ayuntamientos no están obligados a adoptar la orden de legalización de obras a la que se refieren los artículos 184 y 185 de la Ley del Suelo de 1976 en el supuesto de que las mismas se amparen en una licencia que es anulada por su ilegalidad [**STS de 28 de diciembre de 1999** (Ar. 9474)].

Por su parte, y respecto del plazo de dos meses que el interesado tiene para ajustar las obras a la legalidad vigente, la **STS de 15 de diciembre de 1999** (Ar. 8761) señala que el incumplimiento del mismo constituye una “irregularidad” que no comporta la demolición de la edificación si ésta es legalizable.

D) Prescripción de infracciones

En los supuestos de infracciones urbanísticas continuadas, el Tribunal Supremo ha señalado que el cómputo de la prescripción no puede iniciarse mientras no cese la actividad que constituye la infracción (**STS de 10 de noviembre de 1999**, Ar. 8487) —en relación con la explotación de una cantera— y (**STS de 9 de diciembre de 1999**, Ar. 8560) —sobre infracción de un deber de conservación—).

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) Desafectación de los bienes públicos. Desafectación de los bienes comunales. B) Desafectación de los bienes públicos. Desafectación de las viviendas destinadas a casa-habitación de los maestros. C) Utilización de los bienes de dominio público. D) Potestades administrativas. Recuperación de oficio de la posesión de los bienes públicos. **3. Aguas continentales.** A) Propiedad de las aguas. B) Abastecimiento a poblaciones. C) Aguas subterráneas. D) Aprovechamientos hidroeléctricos. E) Infracciones. F) Inscripción de aprovechamientos adquiridos por prescripción. G) Régimen económico-financiero. H) Servidumbre de acueducto. I) Tránsito para riego: jurisprudencia del TC. **4. Aguas marítimas.** A) Extensión del demanio marítimo. B) Deslinde. C) Recuperación de oficio. D) Régimen sancionador. E) Los usos del dominio público marítimo-terrestre. F) Puertos. G) Pesca marítima y cultivos marinos. **5. Carreteras.** A) Autopistas de peaje: procedencia de la exención del pago de peaje a los vehículos de la Guardia Civil. B) Instalación de carteles con información sobre carburantes. Validez de RD, por aprobación de RD-Ley que confirma su carácter de “carteles informativos”. No existencia de publicidad. C) Estaciones de servicio: diversas cuestiones específicas. D) Infracciones y sanciones. E) Proyecto de trazado: no necesidad de información pública. F) Limitaciones a la propiedad en las zonas de servidumbre y afección. **6. Montes.** **7. Minas. 8. Patrimonio cultural. 9. Vías pecuarias: sanción procedente.**

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) Desafectación de los bienes públicos. Desafectación de los bienes comunales

Antes de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local de 1985 los bienes comunales podían desafectarse tácitamente, de conformidad con el artículo 8.5 del Reglamento de Bienes de 1955. Dicha desafectación se entendía producida sin necesidad de acto formal cuando los bienes dejaran de utilizarse en el sentido de la afectación pública o comunal durante veinticinco años, convirtiéndose de esta manera en bienes de propios. Calificación esta última que concuerda con la definición de bien patrimonial contenida en el artículo 76 de la Ley de Régimen Local de 1986 y que conlleva que el bien patrimonial o de propios no está destinado a un uso o servicio público y pueden constituir fuente de ingresos para el erario de la Entidad Local. En el caso debatido en la **STS de 21 de septiembre de 1999**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 7925, se había probado que hacía años que no existía disfrute vecinal y se adjudicaban los aprovechamientos por subasta.

B) Desafectación de los bienes públicos. Desafectación de las viviendas destinadas a casa-habitación de los maestros

Como se indicó en números anteriores de esta Revista, para desafectar las viviendas destinadas a casa-habitación de los maestros es precisa una autorización de la Administración educativa competente y ello, aunque se haya suprimido la carga impuesta a los Ayuntamientos en orden a proporcionar vivienda a los maestros. Tal procedimiento no es contrario al principio de autonomía local. **SSTS de 6 de octubre de 1999**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 8636; **de 21 de octubre de 1999**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 7948, y **3 de noviembre**, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 8801. Asimismo, tampoco procede la imposición de un canon por su utilización mientras se encuentre afectada a ese servicio público. **STS de 6 de octubre de 1999**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 8636.

C) Utilización de los bienes de dominio público

Sobre los bienes de dominio público son posibles diversos usos, siempre que sean compatibles con el fin público al que están destinados. En este sentido, en la **STS de 2 de noviembre de 1999**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 8684, se considera compatible la construcción de varias edificaciones sobre parte de una calle, dado que no se altera el uso normal general; usos compatibles que no implican la desafectación de la parte ocupada y su conversión en bien patrimonial, sino que continúan formando parte del dominio público.

Por otra parte, en la **STS de 14 de enero de 2000**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 262, se considera que el Ayuntamiento puede autolimitarse las facultades y potestades municipales por vía general, al aprobar una ordenanza, y contemplar el otorgamiento preceptivo de autorización de la ocupación de un bien de dominio público, cuando concurren

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

determinadas circunstancias. En el caso concreto, se discutía la aplicación de los preceptos de la ordenanza de una Corporación Local que preveía su otorgamiento en ciertos casos y la posibilidad de condicionar su concesión a que existiera un interés público que evitase el automatismo en su concesión, de acuerdo con el artículo 82.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986.

Finalmente, en la **STS de 12 de noviembre de 1999**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 9516, se dice que las licencias municipales se otorgan siempre respetando el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero, de conformidad con el artículo 12.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955. No obstante, con carácter excepcional puede motivarse la denegación de licencia en un tema de propiedad, cuando conste que para llevar a cabo la actividad en la práctica, que resultaría amparada por la autorización administrativa, no se dispone de título suficiente relativo a uno de los elementos indispensables. En el caso concreto se trataba de autorizar una actividad que implicaba la apertura de un garaje y la construcción de una rampa de acceso al mismo sobre el dominio público. El TS considera que con ello el Ayuntamiento no ha rechazado la posibilidad de que ese dominio público se utilice, sino que se ha limitado a declarar que para ello se necesita un título administrativo habilitante del que carece el peticionario. Afirmaciones que son conformes con la jurisprudencia del propio Tribunal que cita y que implica que no debe otorgarse la licencia cuando, aunque sea con carácter prejudicial, se aprecie que la actividad va a ejercerse en terrenos de dominio público o cuando se estime que caben dudas sobre la titularidad demanial privada de dichos terrenos.

D) Potestades administrativas. Recuperación de oficio de la posesión de los bienes públicos

El objeto de la potestad de recuperación de oficio es la posesión de los bienes municipales y no la propiedad, cuya discusión corresponderá a los tribunales civiles. En consecuencia, la prueba practicada en el procedimiento administrativo y en sede judicial se dirigirá exclusivamente a este extremo y no se tendrán en cuenta las posibles alegaciones relativas a la propiedad. En estos casos de recuperación de partes de caminos cerrados no cabe inadmitir el recurso de casación por razón de la cuantía, por cuanto el uso público del bien ha reputarse de cuantía indeterminada. **STS de 20 de octubre de 1999**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 7947.

Para que proceda la recuperación de oficio es necesario que el bien esté previamente identificado y haya venido siendo poseído, de hecho, por la Administración municipal en circunstancias tales que resulte acreditado su previo uso público. En el caso debatido en la **STS de 2 de diciembre de 1999**, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 8816, se estima que la prueba de la posesión de un camino practicada en vía administrativa y en sede judicial es suficiente. Así, se ha aportado un informe de aparejador municipal, declaración de testigos y planos del Instituto Geográfico y Catastral correspondientes al Mapa Nacional Topográfico parcelario del término municipal afectado y del Plan General de Ordenación Urbana y fotografías, y la prueba aportada por los particulares no ha sido suficiente. Debe resaltarse que el TS considera que los planos tanto del Instituto Geográfico y Catastral y los del Plan de Ordenación Urbana no son suficientes para zanjar el debate ni para prejuzgar la naturaleza jurídica del bien por sí solos.

La recuperación de oficio tiene que respetar unas garantías. En consecuencia, los Ayuntamientos deben seguir un procedimiento para recuperar la posesión de los bienes que les pertenezcan y respetar los trámites esenciales del procedimiento regulado en la normativa local; por otra parte, la competencia para acordar la recuperación corresponde al Pleno del Ayuntamiento y no al Alcalde. **STS de 9 de diciembre de 1999**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 9536.

3. AGUAS CONTINENTALES

A) Propiedad de las aguas

La **STS de 9 de diciembre de 1999**, Ar. 9536, acepta la recuperación de oficio de las aguas de un manantial llevadas a cabo por un Ayuntamiento considerando implícitamente que éstas serían de dominio local. Ni por un momento se realiza en ella un planteamiento desde la perspectiva de la legislación de aguas sino sólo, y exclusivamente, desde la regulación de los bienes locales, lo que resulta más que significativo.

B) Abastecimiento a poblaciones

En la **STS de 27 de septiembre de 1999**, Ar. 8237, se consideran válidas unas Resoluciones de la –antigua– CH del Pirineo Oriental, por las que se rechazaba la petición de una Mancomunidad Intermunicipal, para que se aprobase una propuesta de la Administración hidráulica mencionada, en la que se concretaban los porcentajes correspondientes a cada uno de los Municipios afectados, en cuanto a concesión de caudales y en cuanto a cuota de propiedad indivisa de las obras comunes.

El TS fundamenta su decisión en que si bien esa pretensión de la Mancomunidad podría ser legítima con base en el Decreto de 14 de noviembre de 1958, que aprobó un plan de obras para el aprovechamiento de las aguas del río Ter, con destino al abastecimiento de la población de Barcelona y otros 28 municipios más, y en que dichas entidades locales participaron con un determinado porcentaje en la financiación de las obras, lo cierto es que en los últimos años se han producido cambios normativos muy importantes en el ámbito de la CA de Cataluña, en orden a la distribución, titularidad, gestión y administración de las aguas de que se trata, que hacen inviable la pretensión de la Mancomunidad, no obstante lo cual, queda fuera del presente pleito que ésta reclame el resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

Por otro lado, hay que recordar que entre las causas de caducidad de la concesión de servicio público, se halla la de que el concesionario incurra en infracción de sus obligaciones esenciales (art. 136 RSCL). Precisamente en la **STS de 1 de octubre de 1999**, Ar. 8035, el Alto Tribunal resuelve el caso controvertido, partiendo del alcance de la declaración de caducidad, que conlleva el cese de la gestión del concesionario, la incautación de los elementos de la empresa afectos al servicio, y la convocatoria de licitación para adju-

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

dicar de nuevo la concesión (art. 137 RSCL). Así, con fundamento en estas premisas, el TS decide que es válida la resolución municipal por la que se deniega la petición de la antigua empresa concesionaria del servicio de abastecimiento, de volver a gozar de esa condición, al haber sido anteriormente objeto de declaración de caducidad su gestión.

Finalmente, en la **STS de 2 de noviembre de 1999**, Ar. 8683, se anula el Acuerdo de un Ayuntamiento, que decidió el corte del suministro domiciliario de agua, ya que a pesar de que la Corporación Local alegó para ello motivos de urgente necesidad para paliar la escasez de agua en el Municipio, la discusión y adopción de esa medida no estaba prevista en el orden del día de la sesión ordinaria en que fue adoptada, infringiendo por tanto el art. 83 del ROF de 1986, y el art. 47.2 del TRRL de 1986. Para la validez del acto impugnado hubiese sido preciso que hubiese existido un previo acuerdo de incluirlo, por razones de urgencia, entre los puntos a debatir en la sesión controvertida.

C) Aguas subterráneas

Para que estemos ante una denegación de solicitud de concesión de aguas ajustada a derecho, ésta ha de fundamentarse en razones de interés público. En el caso que se debate en la **STS de 26 de octubre de 1999**, Ar. 8253, el TS parte de ese principio cuando reconoce la validez de las Resoluciones de la CH del Tajo impugnadas, que denegaban el otorgamiento de una concesión de aguas subterráneas con destino a riego, ya que de los informes técnicos se deducía claramente que en la actualidad se había modificado radicalmente el nivel freático de la zona por diversas causas, que conducía a que fuera más acorde con el interés público dicha denegación.

Por otro lado, en la **STS de 17 de noviembre de 1999**, Ar. 8428, se resuelve sobre la conformidad a derecho del otorgamiento de una concesión de aguas subterráneas, esta vez con destino al abastecimiento de un municipio. El TS entiende que estamos ante un acto válido, porque ni el órgano que lo dictó (CH del Júcar) era incompetente, como pretendía el recurrente que alegaba sin pruebas que se trataba de aguas intracomunitarias, ni se vulneró el principio de publicidad del procedimiento, ni finalmente, el período para el que se daba dicha concesión (15 años) podía considerarse ilegal, al respetar lo prescrito por el art. 57.4 Lag., y lo determinado en los correspondientes informes.

Siguiendo lo sentado en otras Sentencias anteriores [así, las de 9 de marzo, 30 de junio y 14 de julio de 1998, Ar. 2296, 5903 y 5941, vid. crónicas XII.3.G) del núm. 2 de esta Revista, y XII.3.A) del núm. 3 de *Justicia Administrativa*], la **STS de 18 de diciembre de 1999**, Ar. 8783, reitera que cuando se trate del otorgamiento de concesiones de aguas subterráneas, en el ámbito de la cuenca del Segura, no cabe alegar la falta de aprobación del PHC para la denegación, ya que según el art. 68 de la Lag. y el art. 2 del RD-Ley 3/1986, de 30 de diciembre, estamos en estos supuestos ante una potestad reglada y no discrecional, por lo que dado el presupuesto previsto en la norma (en el caso debatido en la Sentencia, sustitución de caudales en usos ya establecidos legalmente) la Administración ha de otorgar la concesión.

D) Aprovechamientos hidroeléctricos

Por la STS de 6 de octubre de 1999, Ar. 7440, se considera que la resolución impugnada que denegaba el otorgamiento de concesión hidroeléctrica en favor de una empresa es conforme a derecho, ya que los motivos aducidos por la Confederación Hidrográfica del Júcar para llegar a tal decisión son correctos. En efecto, la minicentral no podía ser instalada en el lugar solicitado, porque dicho tramo no se hallaba libre, al existir derechos de aprovechamiento de las aguas preferentes como eran los de otra empresa hidroeléctrica que ostentaba una concesión desde 1965, y de otro lado, los relativos a la transformación de zonas regables, surgidos a raíz del RD 950/1989, de 28 de julio. De esta forma, ni el art. 2 del RD 916/1985, redactado según el RD 249/1988, ni la DT Sexta Lag. de 1985 han sido vulnerados por la resolución administrativa controvertida.

E) Infracciones

Alterar el sistema de riego de un vecino sin pedir autorización ni permiso a la administración del sistema de riegos puede ser susceptible de sanción, en aplicación de la Lag. de 1985 y de las Ordenanzas por las que se rija una determinada Comunidad de regantes. En la STS de 29 de septiembre de 1999, Ar. 7358, se analiza la validez o no de una sanción impuesta por ese supuesto, afirmándose la nulidad del acto sancionador en el caso controvertido porque el Alcalde de un municipio no puede ejercer las funciones que corresponden al Jurado de Riegos, de conformidad con los arts. 223 y ss. del RDPH.

En la STS de 15 de noviembre de 1999, Ar. 8265, se confirma la STSJ de Andalucía que por un lado, había reconocido el derecho de un particular a usar un determinado caudal de agua al mes a partir de un pozo, ya que presentó la correspondiente certificación registral, y por otro, que había reducido la sanción de multa impuesta por la Administración por construir instalaciones para el establecimiento de 10.000 m² de nuevo regadío en su finca. A pesar de que es conforme a derecho el acto sancionador, dictado con base en el art. 5 de la Ley 6/1983, de 29 de junio, y art. 3 del RD 2918/1981, de 4 de diciembre, dado que no se especifica en la Resolución si se trata de infracción grave o muy grave, hay que elegir la más favorable al expedientado, de ahí que quepa la reducción de la cuantía de la multa.

Conforme al art. 108.b) de la Lag. de 1985, constituye infracción administrativa, derivar agua de sus cauces sin la correspondiente concesión o autorización cuando sea necesaria. A este precepto se apela en la STS de 7 de diciembre de 1999, Ar. 9393, para afirmar que la Resolución sancionatoria que se debatía es conforme a derecho. La alegación de que no se notificó al particular la Orden que establecía turnos de riego para una determinada campaña no puede prosperar, porque dicha Orden se publicó al ir dirigida a una pluralidad de destinatarios, y porque además, del expediente resulta probado por el propio testimonio del infractor que éste conocía dicha Orden reguladora.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

F) Inscripción de aprovechamientos adquiridos por prescripción

La STS de 4 de octubre de 1999, Ar. 7457, considera válida una Resolución de la CH del Tajo, que denegaba la inscripción en el Registro de Aguas de un aprovechamiento adquirido por prescripción que había solicitado un particular. El recurrente no puede ampararse en la DT Primera Lag., debido a que no cumplió la carga de acreditación dentro del plazo de 3 años a que alude dicha norma, ni ha probado que concurriera alguna de las circunstancias que permitirían la interrupción del plazo.

G) Régimen económico-financiero

Como en Sentencias anteriores [así SSTs de 19 de mayo de 1998, Ar. 4469, y de 27 de junio de 1998, Ar. 6021, crónica XII.3.f) del núm. 3 de esta Revista], el TS vuelve a reiterar en la STS de 2 de octubre de 1999, Ar. 7892, su opinión de que los regadíos tradicionales han de sujetarse también –y no sólo los nuevos regadíos– al canon de regulación cuando resulten beneficiados efectivamente por obras realizadas con financiación pública. Ello se deduce de la conjugación del art. 4 de la Ley de 7 de julio de 1911, con el art. 3 in fine del Decreto 144/1960, de 4 de febrero, y el art. 4.a) del Decreto 133/1960, de 4 de febrero, que permiten integrar la partida correspondiente al canon de regulación en las tasas de riego. Además, en esta Sentencia se añade que el cómputo del interés a que se hace referencia en el art. 4.1 de la Ley de 1911 es un interés simple o legal, ya que faltando convenio al respecto no puede entenderse que se trate de un interés compuesto (arts. 1108 y 1109 CC).

De otro lado, por la STS de 23 de octubre de 1999, Ar. 7902, se consideran válidas unas liquidaciones tributarias giradas a una empresa por la CH del Norte en concepto de canon de vertido, y se rechaza la alegación de que la Orden de 23 de diciembre de 1986 vulnera el principio de reserva de ley y el de jerarquía normativa, ya que como recuerda el TS, la obligación de satisfacer el canon surge por los arts. 92 y ss. Lags. en conexión con el art. 105 Lags., y en esos preceptos no se distingue entre autorizaciones definitivas y provisionales. El hecho de que por esa Orden se admitan expresamente las autorizaciones provisionales de vertido es en beneficio de las empresas peticionarias, que en otro caso hubieran visto paralizada su actividad industrial, con lo que el canon exigido a partir de dichas autorizaciones es conforme a derecho. En el mismo sentido, pueden verse las SSTs de 29 de octubre de 1999, Ar. 7905, 6 de noviembre de 1999, Ar. 7827, y de 16 de diciembre de 1999, Ar. 9280.

Por otra parte, en la STS de 28 de diciembre de 1999, Ar. 9329, se llega a la conclusión de que el Acuerdo impugnado del Consejo de Ministros de 1997, aprobatorio de las tarifas de conducción de las aguas del acueducto Tajo-Segura, no es válido en su totalidad. En primer lugar, partiendo de lo sentado en la STS de 3 de junio de 1999, Ar. 4314 [crónica XII.3.G) del núm. 6 de esta Revista], el TS recuerda que con base en la DT Sexta de la Ley 52/1980, no es susceptible de someterse a ese régimen de tarifas lo relativo al acuífero Llanos de Albacete. En segundo lugar, añade que según los arts. 1 y 5 del RD-Ley 8/1995, de 4 de agosto (norma que deroga en lo que se oponga a la Ley 13/1987,

de 17 de julio, de derivación de aguas del acueducto Tajo-Segura con destino al Parque de Las Tablas de Daimiel), hay que distinguir entre derivaciones con fines medioambientales, y con el objetivo del abastecimiento a poblaciones, ya que sólo en este último caso es exigible el abono de los gastos de explotación y amortización de las infraestructuras. Sin embargo, al no haber sido estas partidas concretadas por Real Decreto, tampoco pueden exigirse.

H) Servidumbre de acueducto

Según resulta del art. 20.1 del RDPH, no puede imponerse la servidumbre forzosa de acueducto por motivos de interés privado en los asuntos contemplados en el art. 559 CC. A estos preceptos precisamente se refiere la STS de 5 de octubre de 1999, Ar. 7658, para resolver el caso controvertido, y entender válidas unas Resoluciones de la CH del Tajo por las que se deniega la constitución de una servidumbre de acueducto en favor de un particular, que pretendía que se le autorizase para hacer pasar por la finca vecina una conducción de aguas sobrantes. Ese supuesto se ha de regir por los Estatutos de copropiedad y normas urbanísticas existentes y no por los arts. 18 y ss. del RDPH.

I) Tránsito para riegos: jurisprudencia del TC

Por la STC 62/2000, de 13 de marzo (BOE de 14 de abril), se resuelve el recurso de amparo interpuesto por el Sindicato Central de Regantes del Acueducto Tajo-Segura, frente a la STS de 4 de marzo de 1996, que anuló el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de mayo de 1994 que aprobaba un tránsito de 35 Hm³ para riegos, con fundamento en que dicha transferencia de recursos hidráulicos no se refería a aguas excedentarias, y por tanto, infringía el art. 1 de la Ley 21/1971, de 19 de junio. El TC confirma esta Sentencia del TS, y rechaza la alegación del Sindicato recurrente que pretendía la anulación de dicha decisión judicial, con apoyo en que la falta de emplazamiento directo en el contencioso controvertido, le había producido indefensión. Según el TC, en este caso no aparece vulnerado el art. 24 CE, si se conecta con el art. 64 de la LJ vigente en aquel momento, ya que al mencionado Sindicato al poseer la naturaleza de Corporación de Derecho Público (art. 74.1 Lag.), le era exigible la carga de consultar los diarios oficiales ante la eventual impugnación del tránsito por esa entidad solicitado.

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 entre el mismo las playas y la zona marítimo-terrestre; bienes ambos que no cabe confundir conceptualmente –aunque a veces sí en la práctica– ante su tratamiento diferenciado por la norma (STS de 9 de diciembre de 1999, FJ 5º, Ar. 9537). Concretamente, aquella última se hace acreedora de tal consideración por su

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

propia naturaleza y en ningún caso por afección, de manera que no puede verse privada de la misma por acto alguno de desafectación, siendo sólo la degradación, la retirada del mar en virtud de fenómenos naturales o la actuación humana en virtud de obras autorizadas para ganar terrenos al mar las únicas posibilidades legítimas de eliminación de tal carácter (STS de 7 de octubre de 1999, FJ 2º, Ar. 7659).

B) Deslinde

El acto material del deslinde, como manifestación de una potestad administrativa estatal inherente a la naturaleza demanial de los bienes sobre los que se ejercita, supone la culminación firme de un procedimiento específico (STS de 11 de noviembre de 1999, FJ 2º, Ar. 9207) dirigido a fijar los límites del dominio público marítimo-terrestre con el objeto de proteger los intereses generales (STS de 11 de noviembre de 1999, FJ 3º, Ar. 9207), de tal manera que en tanto no se proceda a su conclusión, las Administraciones públicas no podrán proceder a la ejecución de las obras planteadas (STS de 20 de julio de 1999, Ar. 7646). Simultáneamente a lo afirmado, es importante tener en cuenta que el deslinde, en tal papel delimitador, carece de carácter inmutable, toda vez que, ceñido al momento de su realización, puede resultar alterado *a posteriori*, bien por cambios naturales, bien por modificaciones de la definición legal de la extensión y composición del demanio (SSTS de 28 y 16 de diciembre de 1999, FJ 4º, Ar. 8793 y 8998, respectivamente), sin que ello, no obstante, sea óbice para que, *a sensu contrario*, y como acto administrativo que es, goce de presunción de validez y de firmeza cuando el mismo es llevado a cabo (STS de 7 de octubre de 1999, FJ 3º, Ar. 7659).

Asimismo, y en cuanto que determinaciones importantes en su relación, son de destacar, entre otras, el dato de la delimitación provisional de la superficie estimada que a aquél corresponde, de fijación inicial válida en tanto que discurre el procedimiento, así como la procedencia de la suspensión del otorgamiento de autorizaciones y concesiones relativas a su uso a lo largo de este mismo desarrollo. De esta manera lo recuerda la STS de 24 de noviembre de 1999, Ar. 9569.

C) Recuperación de oficio

Frente a las usurpaciones que de parte del dominio público marítimo pueden haber llevado a cabo los particulares, la Administración del Estado, en tanto que titular del mismo y como modo permanente de tutela de la demanialidad, dispone entre otras de la potestad de recuperación de oficio. Esta potestad, como tal, es de obligado ejercicio en todo tiempo –dada su imprescriptibilidad (STS de 3 de noviembre de 1999, FJ 4º, Ar. 8261)– y siempre que concurren dos requisitos fundamentales recordados por la STS de 7 de octubre de 1999, FJ 3º, Ar. 7659: que se demuestre que los bienes usurpados son, efectivamente, de dominio público, y que el uso público ha sido obstaculizado por la persona contra la que se dirige la potestad recuperatoria. Son también esta misma Sentencia y este mismo Fundamento que acaban de enunciarse los que se encargan de recordar que el inicio del expediente de recuperación de oficio contra un solo titular de edificaciones

ilegales y no frente a todos no constituye razón para excusar su ejercicio, en tanto que no cabe invocación del principio de igualdad ante situaciones de ilegalidad.

D) Régimen sancionador

La realización de obras y la ocupación de parte de la zona de dominio público marítimo-terrestre sin la existencia de un título administrativo previo que las permita son consideradas como infracciones por la normativa de costas (STS de 9 de diciembre de 1999, FFJJ 2º y 3º, Ar. 9537), y como tales, y salvo los supuestos en que quepa proceder a su legalización –lo que no ocurre en el supuesto resuelto por la STS de 29 de noviembre de 1999, FJ 4º, Ar. 8275–, acreedoras de la correspondiente sanción, a imponer de acuerdo con los principios que regulan el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa. Es por esto último por lo que, en todo caso, es preciso notificar al expedientado la propuesta de resolución con el fin de que pueda conocer los términos exactos de la imputación que se le atribuye, so pena de indefensión (STS de 20 de diciembre de 1999, Ar. 9217), así como imponer medidas cautelares –paralización– cuando se entiendan precisas en tanto se incoa el mismo (STS de 24 de noviembre de 1999, Ar. 9569), y computar los plazos de prescripción de las infracciones de acuerdo con las normas que la regulan en relación con las faltas penales, lo que determina la efectividad de las mismas transcurridos cinco años de inactividad desde el inicio de las actuaciones administrativas sancionadoras (STS de 3 de noviembre de 1999, Ar. 8261). También ha de recordarse que estas actuaciones administrativas sancionadoras deben corresponder al poder público competente en función del emplazamiento concreto de las conductas infractoras –según determinan los FFJJ 3º, 6º y 7º de la STC 149/1991–, viniendo llamada así la Administración autonómica en el caso de situarse en las zonas de servidumbres de protección y tránsito, y la estatal en el caso de la zona marítimo-terrestre (SSTS de 3 de noviembre, Ar. 8258, 30 de noviembre (dos), Ar. 8241 y 8813 respectivamente; 2 de diciembre, Ar. 9390, 16 de diciembre de 1999, Ar. 9304, y 11 de febrero de 2000, Ar. 76).

E) Los usos del dominio público marítimo-terrestre

En lógica aplicación de la teoría general de los usos del dominio público, aquellos que persigan un aprovechamiento privativo, en tanto que excluyen el uso general del dominio público, requieren de concesión administrativa otorgada previamente por la Administración competente: industria de alquiler de embarcaciones a motor (STS de 9 de diciembre de 1999, Ar. 9734), instalaciones desmontables que requieren un plazo de ocupación demanial superior a un año (STS de 9 de diciembre de 1999, FJ 3º, Ar. 9537), o construcción de espigones de defensa (STS de 29 de noviembre de 1999, FJ 1º, Ar. 8275). Desde luego, en ningún caso tales títulos han de entenderse atributivos de la propiedad de los bienes sobre los que recaen, viniendo referidas exclusivamente al aprovechamiento de los mismos. Particular es, sin embargo, el supuesto de otorgamien-

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

to de concesiones para la desecación de marismas realizado al amparo de la normativa anterior, en la que, por considerar a aquéllas como títulos adquisitivos sometidos a la condición que supone la efectiva actuación desecadora, se permitía la transformación del terreno público en propiedad particular del concesionario desde el momento de finalización de las obras; situación que ha sido respetada por la Disposición Adicional Segunda de la vigente Ley de Costas con independencia de que sus playas y zona marítimo-terrestre sigan siendo, *per natura*, de dominio público (STS de 13 de octubre de 1999, Ar. 7461).

Por su parte, el uso común especial del demanio marítimo —caracterizado por la concurrencia en él de especiales circunstancias de intensidad, peligrosidad o rentabilidad que, sin desvirtuar el principio de uso público de los bienes que lo integran, lo matizan— deberá venir amparado por la previa existencia de una autorización administrativa, de otorgamiento discrecional en función de las circunstancias concurrentes en cada supuesto, si bien siempre de acuerdo con un procedimiento en el que se garanticen los derechos de los particulares y se impida su indefensión (STS de 26 de octubre de 1999, Ar. 7450).

F) Puertos

Los puertos, como conjunto de infraestructuras esenciales que constituyen el basamento físico necesario para la prestación de las actuaciones propias del tráfico marítimo, responden a la categorización jurídica de bienes de dominio público adscritos a la prestación de servicios públicos. Ello habrá de significar, en buena lógica, que cualquier uso privativo que de los mismos pretenda llevarse a cabo requerirán la preceptiva concesión otorgada por la Administración pública, como modo de preservar el interés general subyacente, siempre prevalente sobre cualquiera de sesgo particular —lo que justifica la denegación de una concesión para establecimiento de supermercado en un puerto, incompatible con el uso propio del mismo (STS de 20 de diciembre de 1999, Ar. 8787)—, y siendo también de aplicación a estos casos concretos, claro está, las reglas generales que rigen dicho título, singularmente el respeto de las condiciones establecidas en el mismo y su sujeción a plazo. Así lo reconocen la SSTS de 22 de octubre, Ar. 7725 y 17 de noviembre de 1999, Ar. 8266.

Desde luego, el transporte marítimo es uno de los servicios que con mayor claridad manifiestan su vinculación a las instalaciones portuarias, siendo ésta la razón que justifica, entre otras consideraciones, la aplicación en relación a ambos de un análogo reparto competencial, planteado al más alto nivel por el artículo 149.1.20ª de la Constitución. De esta manera, el establecimiento de las condiciones de seguridad en la navegación corresponde en exclusiva al Estado, al tener reservada por mor de aquel precepto la competencia en materia de marina mercante, y sin que pueda servir de una mínima oposición a ello la competencia autonómica sobre deportes y ocio (STS de 11 de octubre de 1999, Ar. 7720), como también corresponde al mismo, por idéntica razón, la ordenación del sector, a la cual habrá de adecuarse cualquier pretensión de actuación en el mismo por parte de compañías privadas (STS de 21 de diciembre de 1999, Ar. 9739).

Tanto éste como cualquier otro de los servicios prestados sobre la base del demanio marítimo ha de disponer, obviamente, de personal encargado de su realización, a quien se exige normativamente el cumplimiento de ciertos requisitos de acceso. Y son, precisamente, algunos de los Reglamentos reguladores de las condiciones generales de idoneidad y titulación exigidas a determinadas profesiones de la marina mercante –Reales Decretos 1611/1987, de 23 de diciembre y 930/1998, de 14 de mayo– los que fueron objeto de sendos recursos por parte del Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, alegándose como fundamento de los mismos determinadas vulneraciones procedimentales y de otras normas aplicables –singularmente convencionales– determinantes de vicio de nulidad. No lo entendieron así, sin embargo, los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos que, a través de las **SSTS de 20 de julio y 10 de noviembre de 1999**, Ar. 6872 y 8803, rechazaron todas ellas, concluyendo en la validez de las normas.

G) Pesca marítima y cultivos marinos

Son muchas las cuestiones que se plantean en relación con la pesca y los cultivos marinos, sobre todo a la vista de la importancia que tales actividades presentan para el desarrollo económico de nuestro país. Una de las más importantes, desde luego, es la relativa a la propia regulación normativa de la actividad, complicada en la medida en que viene condicionada, sin posibilidad de excusa, por el reparto competencial existente en la materia, por la pluralidad de intereses implicados, y por la necesaria toma en consideración de las consecuencias –jurídicas y de otro tipo– que la integración de nuestro país en organizaciones supranacionales conllevan.

En este orden de consideraciones hay que situar, así, el *proceso de elaboración de tales normas*, correspondiente a la Administración que ostente las competencias de acuerdo con las aguas de que se trate (**STS de 15 de diciembre de 1999**, FJ 4º, Ar. 9462), sólo dependiente de la expedición de un dictamen consultivo en el supuesto de que se trate de disposiciones reglamentarias que desarrollen leyes (**STS de 15 de diciembre de 1999**, FJ 3º, Ar. 9462)–, y en las que la intervención procedimental de las entidades y asociaciones afectadas aparece como trámite necesario de suficiente cumplimentación con la remisión de proyecto a las mismas, siempre que aquéllas sean realmente representativas de los intereses en presencia (**SSTS de 28 de septiembre**, FJ 2º, Ar. 8630, y **20 de diciembre de 1999 (dos)**, Ar. 9563 y 9566, respectivamente). O, igualmente, el *establecimiento de limitaciones temporales para el ejercicio de la actividad pesquera* (**STS de 15 de diciembre de 1999 (dos)**, Ar. 9462 y 9463, respectivamente) –que pueden ser compensadas mediante el otorgamiento de ayudas económicas (**STS de 11 de noviembre**, Ar. 9515)–, y para el acceso a caladeros internacionales, a realizar mediante la elaboración de censos de buques revisables anualmente (**STS de 28 de septiembre de 1999**, FJ 4º, Ar. 8630); censos que, indudablemente, han de ser elaborados conforme a criterios de legalidad, acierto y oportunidad –nunca exclusivamente la habitualidad en el acceso– que justifiquen la inclusión de unos y la exclusión de otros. Así lo entienden, al socaire de la STS de 16 de

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

junio de 1999, Ar. 4276, las SSTs que acaban de mencionarse. O, finalmente, la necesidad de adecuar técnicamente la flota a los criterios establecidos a nivel comunitario, para cuya realización pueden establecerse normativamente las pertinentes subvenciones que minimicen la gravosa carga que ello supone a los patrones, siempre previa comunicación a la Comisión de las Comunidades Europeas y adaptación a sus directrices, so pena de nulidad (STS de 15 de julio de 1999, Ar. 6871).

5. CARRETERAS

A) Autopistas de peaje: procedencia de la exención del pago de peaje a los vehículos de la Guardia Civil

En relación con esta materia, la STS de 22 de octubre de 1999, Ar. 9055, confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso interpuesto por una concesionaria de autopistas contra una resolución del Ministerio del Interior, en relación con una reclamación de peajes devengados por vehículos de la Guardia Civil en la autopista A-1 Burgos-Málaga. En esta ocasión, el TS reitera el criterio mantenido en otras muchas sentencias, resueltas en relación con supuestos similares, donde se consideraba que era conforme a derecho la exención de peaje en estos casos. Concretamente, se reitera de un modo expreso, reproduciendo los Fundamentos de Derecho, la STS de 23 de diciembre de 1990, que en aquella ocasión revocó el criterio de la Audiencia Nacional y consideró (al igual que sucede ahora, pero en la presente ocasión coincidiendo con la Audiencia Nacional) que era procedente la exención del peaje.

En primer lugar, no es aplicable el artículo 27.3 de la Ley de Carreteras de 1974, pues al tratarse de una autopista sometida al régimen de concesión, es necesario acudir a la Ley de Autopistas de 1972, a los Pliegos de cláusulas particulares y de Bases del concurso, y a continuación al Pliego de cláusulas generales (Decreto 215/1973, de 25 de enero).

Y como en este caso el Pliego de cláusulas particulares no dispone nada, es preciso acudir al de cláusulas generales, que en esta ocasión establece en su cláusula 44 una exención general para las fuerzas de orden público, donde se incluye también a la Guardia Civil. La aplicación del Reglamento de explotación de la autopista, al ser una norma secundaria, no prevalece sobre el de la citada norma.

B) Instalación de carteles con información sobre carburantes. Validez de RD, por aprobación de RD-Ley que confirma su carácter de “carteles informativos”. No existencia de publicidad

Se desestima aquí el recurso interpuesto por la Asociación de Gestores de Estaciones de Servicios contra la modificación del Reglamento General de Carreteras (RD 1812/1994) por el RD 1911/1997 y, en concreto el art. 89, letra e) del apartado 2 y el apartado 6 del citado Reglamento. Se trata de la STS de 27 de octubre de 1999, Ar. 8418, que considera que el recurso ha quedado sin objeto tras la aprobación del RD-Ley 15/1999, de 1 de octubre, sobre medidas liberalizadoras en materia de hidrocarburos. En concreto, el artí-

culo 7 de esta norma (que modifica el art. 19.4 de la Ley de Carreteras de 1988) tiene una redacción similar (aunque no igual) a la del art. 89.6 del Reglamento de Carreteras, antes citado, al establecer la obligación de colocar carteles informativos en las estaciones de servicio en donde se indiquen una serie de datos sobre las estaciones de servicio más próximas (precios, tipos y marcas de los carburantes, etc.)

No se vulnera así el artículo 24 de la Ley de Carreteras y el 31.4.g), que prohíben y sancionan la colocación de publicidad en un lugar visible desde la carretera, problema que planteaba el citado RD de 1997 al considerar la colocación de los carteles con información sobre carburantes como “carteles informativos” y no como “publicidad”, con los problemas de rango en su confrontación con el concepto de publicidad del art. 24 de la Ley de Carreteras que ello comportaba. Este problema queda superado con la aprobación del RD-Ley 15/1999, donde además, la obligatoriedad de colocación de los carteles y su no consideración como “publicidad”, sino como “carteles informativos”, se establecen ahora en una norma con rango de Ley. De ahí que el Tribunal Supremo decida la desestimación del recurso.

C) Estaciones de servicio: diversas cuestiones específicas

En la **STS de 23 de septiembre de 1999**, Ar. 7455, se confirma la STSJ de Andalucía (Granada) que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un particular contra la denegación por la Administración de carreteras de autorización para construir un agrupamiento de surtidores.

El primer motivo alegado por el TS para confirmar la denegación de la autorización es que no existía todavía un proyecto definitivo de autovía, por lo que el artículo 23.4 de la Ley de Carreteras de 1988 establece que la autorización necesaria para las obras o instalaciones a realizar en la zona de afección de las carreteras puede ser denegada con fundamento en los planes o proyectos de ampliación o variación de la carretera en un plazo no superior a diez años. Ello se completa con la previsión del art. 29 de la citada Ley de la posibilidad de imponer limitaciones a la circulación, con lo que cabe, según el TS, limitar los accesos a las carreteras o establecer de modo obligatorio los puntos en donde aquéllos deberán construirse. Por otra parte, no se estima que exista vía de hecho en la actuación administrativa, pues la modificación del proyecto inicial se hizo respetando el procedimiento legalmente establecido.

En otro orden de cosas, la **STS de 1 de diciembre de 1999**, Ar. 8988, revoca la decisión del Tribunal de instancia que anuló los actos de un Ayuntamiento relativos al otorgamiento de una licencia de construcción de una estación de servicio emplazada en suelo urbano.

Uno de los motivos alegados por el recurrente fue el de la posible omisión del informe por el titular de la vía (la Administración autonómica, en este caso), exigido en estos

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

casos por el artículo 39 de la Ley de Carreteras de 1988. Pero el TS considera que el citado art. 39 de la Ley de Carreteras sólo exige el informe del titular de la vía cuando, tratándose de un tramo urbano o de una travesía, las obras o actividades se realicen en la zona de dominio público (en las zonas de servidumbre y afección, sólo cuando no exista instrumento de planeamiento urbanístico, aspecto que no concurre en este caso). Rectifica en este punto el TS el criterio de la Sentencia de instancia.

Por otra parte, también se rectifica la Sentencia recurrida en relación con la interpretación de la Orden de 31 de mayo de 1969 que, aunque no está derogada por la Ley de Carreteras de 1988, sin embargo debe interpretarse aquí en el sentido de permitir la instalación de la estación de servicio, pues se cumplen las previsiones de dicha Orden relativas a intersecciones y distancias.

D) Infracciones y sanciones

En la **STS de 10 de diciembre de 1999**, Ar. 9212, se modifica el criterio establecido por la Audiencia Nacional y se anulan las sanciones impuestas por la Administración del Estado a una empresa publicitaria, por instalación de vallas en una travesía urbana. Se aplicaron los artículos 33 y 36 de la Ley de Carreteras de 1974 y 74 del Reglamento de 1977, entonces vigentes.

El elemento central de este caso es la determinación de si el lugar donde estaban instaladas las vallas publicitarias que dieron origen a la sanción se encontraba situado o no en una travesía de población, según la definición del art. 48 de la Ley de Carreteras de 1974, y no en la carretera. En el primer caso, la autorización corresponde otorgarla al Ayuntamiento, y en el segundo, además de que se aplica la prohibición de instalar publicidad antes mencionada, es competente el titular de la vía, en este caso la Administración del Estado.

Pues bien, el TS considera que el lugar donde se encontraban situadas las vallas publicitarias estaba rodeado por edificaciones consolidadas, por lo que tiene la condición de travesía de población, donde no debe aplicarse la prohibición de instalación de publicidad.

En la **STS de 23 de noviembre de 1999**, Ar. 9733, se confirma la decisión del TSJ de Castilla y León, que anuló una sanción impuesta por la Administración del Estado a unos particulares por ocupación de terrenos de dominio público viario, junto a una autopista. La empresa concesionaria de ésta denunció los hechos, alegando que los terrenos, donde se ejercía una actividad ganadera, estaban afectados a la concesión de la autopista.

Pero los particulares acreditaron, mediante las certificaciones registrales correspondientes, que los terrenos eran de su propiedad. En suma, las actividades ganaderas no se llevaron a cabo ni en la zona de dominio público de la autopista (delimitada en la Ley de Autopistas de 1972 y en la legislación general sobre carreteras) ni tampoco en otra finca expropiada en favor de la empresa concesionaria.

E) Proyecto de trazado: no necesidad de información pública

En la STS de 20 de diciembre de 1999, Ar. 9398, se estima en parte el recurso interpuesto por un particular, y se concretan los actos administrativos impugnados, incluyendo una resolución anulatoria de un expediente, relativo a un proyecto de trazado de una carretera.

Sin embargo, el TS considera acertado el razonamiento del Tribunal de instancia en todos los demás extremos alegados por el demandante y, en particular, en la petición de nulidad de pleno derecho del proyecto de trazado y de la orden de expropiación, en donde se consideraba que se había vulnerado la supuesta obligación de sometimiento a información pública. En este caso, aplicando los artículos 14 y 15 de la Ley de Carreteras de 1974 y 35 de su Reglamento de 1977, se estima que el mencionado trámite no era necesario, por tratarse de un ensanche de una carretera (con modificación de trazado y mejora del firme), obra no incluida dentro del concepto de carretera a efectos de la obligación de la observancia del trámite de información pública.

F) Limitaciones a la propiedad en las zonas de servidumbre y afección

En esta ocasión, el TS revoca la Sentencia del Tribunal de instancia y considera que fue correcta la denegación por la Administración del Estado de la legalización de determinadas obras (y la obligación de su reposición al estado anterior), que consistían en la construcción de muros de sostenimiento de desmontes, terraplenes y canal de riego. Se trata de la **STS de 25 de noviembre de 1999**, Ar. 8273, en donde al ser la zona de servidumbre y de afección de la Autopista A-7, debe aplicarse lo dispuesto en los arts. 34 y ss. de la Ley de carreteras entonces vigente (la de 1974) y 81 y ss. de su Reglamento de 1977 (RD 1073/1977). En concreto, se aplica el artículo 86.1 del citado Reglamento, que prohíbe la construcción de muros, desmontes y terraplenes en la zona de servidumbre y los movimientos de tierras cuando sean perjudiciales para la explanación de la carretera. Y aunque los informes existentes atestiguan que no existe tal peligro, sin embargo la prohibición mencionada respecto a la zona de servidumbre es el dato determinante de la decisión del Tribunal Supremo de considerar adecuada a Derecho la decisión administrativa.

6. MONTES

Respecto a esta materia hay que citar dos pronunciamientos. El primero se refiere a la **STS de 13 de octubre de 1999**, Ar. 7557, que confirma la Sentencia del TSJ de Cataluña de 1993 que dio la razón a la entonces existente Corporación Metropolitana de Barcelona (hoy Mancomunidad) frente a la Generalitat catalana. Esta última había declarado de utilidad pública, mediante una Orden, unos montes de propiedad privada no catalogados.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

En este caso se invocan los artículos 1, 6 y 8 de la Ley de Montes de 1957 y 4.9, 24 y 29 de su Reglamento de 1962, donde el Gobierno catalán hizo la delimitación del monte con base en un Decreto anulado por una Sentencia anterior, por incluir en ellos áreas agrícolas, que no se consideran montes según los artículos 1 de la citada Ley y 4 de su Reglamento. Sólo se incluiría aquel tipo de terrenos si la finalidad futura es, por ejemplo, la repoblación o transformación en terrenos forestales.

Por otra parte, la **STS de 12 de julio de 1999**, Ar. 8626, confirma la Sentencia de instancia y desestima el recurso interpuesto por un Ayuntamiento gallego contra la decisión de un Jurado de Montes Vecinales en Mano Común, que clasificaba como tales a ciertos montes. En este caso se estima que no se ha vulnerado el artículo 1 de la Ley de Montes vecinales en mano común de 1980, en relación con sus artículos 10 y 13, pues los Jurados se limitan a clasificar los montes como vecinales en mano común sin que su pronunciamiento sea definitivo en relación con la determinación de la titularidad del Monte. Esta última es competencia de la jurisdicción civil. Por eso, es correcta la decisión del Jurado, al valorar los dos requisitos del art. 1 de la citada Ley (pertenencia vecinal y aprovechamiento consuetudinario).

7. MINAS

La **STS de 15 de junio de 1999**, Ar. 7452, resuelve dos recursos interpuestos por un particular, que pretendía el reconocimiento de la titularidad de una cantera de pizarra y, por otra parte, pretendía la anulación de la autorización otorgada a otro particular, al amparo de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de Minas de 1973. En este caso, se confirma la decisión de la Xunta de Galicia, pues en primer lugar el recurrente no concretó sus derechos mineros, ya que el convenio no escrito que presuntamente tenía con el beneficiario de la autorización no tiene eficacia en relación con la Administración.

Por otra parte, la **STS de 21 de septiembre de 1999**, Ar. 7454, confirma también la Sentencia del Tribunal de instancia y considera correcta la concesión minera otorgada a un particular, frente a las pretensiones anulatorias por parte del titular de la finca. Se estima que ha existido una correcta interpretación del art. 62.2 de la Ley de Minas de 1973 y el 82.2 de su Reglamento. Se trata de feldespatos y silimanita, minerales que se comprueba que sí existían en la finca.

Otro supuesto es el de la **STS de 3 de noviembre de 1999**, Ar. 8421, que confirma la declaración de caducidad de una concesión minera de la Sección C por aplicación de las letras f) y g) del art. 109 del Reglamento de Minas (RD 2857/1978, de 25 de agosto), al existir un incumplimiento reiterado de la obligación de presentar, dentro de los plazos reglamentarios, el plan de labores anuales; y también al existir una paralización de los trabajos sin paralización previa y sin reanudación en los 6 meses contados desde el oportuno requerimiento. Estas causas tienen su fundamento legal, además, en los arts. 86, apartados 3 y 4, y 70.2 de la Ley de Minas de 1973. Y dado el carácter de bienes de dominio público de los yacimientos mineros (art. 2.1 de la Ley de Carreteras), la decisión administrativa es congruente con lo dispuesto en los preceptos antes citados.

En otro orden de cosas, la **STS de 7 de diciembre de 1999**, Ar. 9392, da la razón a un particular (titular de una concesión minera) contra la Administración autonómica castellano-leonesa, en relación con una cesión de arrendamiento de la concesión, que fue autorizada por aquélla, en aplicación del artículo 123 del Reglamento de Minas de 1978. La oposición del titular de la concesión al cambio de arrendatario es el argumento principal que alega en esta ocasión el Tribunal Supremo.

Finalmente, la **STS de 22 de diciembre de 1999**, Ar. 9570, confirmando la Sentencia de instancia, da la razón a los vecinos de un pueblo murciano frente a la Administración autonómica, que había aprobado unos Planes de Labores de unas sociedades, pues se estima que era necesario comprobar la adecuación de dichos planes con el Plan general de la explotación o, en caso contrario, la elaboración de uno equivalente que lo sustituya. Se trata de una explotación minera anterior a la Ley de 1973, donde se aplica la Disposición Transitoria Primera de dicha norma. Y aunque se aprecia algún error terminológico en la Sentencia apelada (en realidad se trataba de un Proyecto de Explotación), sin embargo el TS confirma sus argumentaciones de fondo.

8. PATRIMONIO CULTURAL

En relación con esta materia, destaca en primer lugar la **STS de 21 de octubre de 1999**, Ar. 7566, que confirma la Sentencia del TSJ de Canarias en relación con la decisión de un Ayuntamiento de suprimir las redes aéreas de energía eléctrica que discurren por el casco histórico municipal, y de disponer su canalización subterránea. El TS considera que no existe infracción del artículo 19.2 y 3 de la Ley de Patrimonio Histórico de 1985, que disponen, respectivamente, que para la realización de obras que afecten a los Jardines Históricos declarados de interés cultural hará falta autorización administrativa; y que se prohíbe la instalación en ellos de cables o conducciones aparentes. La retirada de tales cables y conducciones con motivo de la posterior declaración de bienes o de lugares de interés histórico nacional debe ser sufragada por la corporación que hubiera decidido esta retirada, y no por la empresa que los instaló antes de la declaración de bien de interés cultural.

Otro supuesto es el de la **STS de 3 de noviembre de 1999**, Ar. 8422, que rechaza la causa de inadmisibilidad alegada en la Sentencia de instancia, aunque sin embargo desestima el recurso y da la razón a una Comunidad Autónoma, que incoó un expediente de declaración de un determinado lugar como bien de interés cultural con categoría de zona arqueológica. El único aspecto examinado por el TS es si el acto de incoación del expediente ha delimitado, motivadamente, la zona afectada, aspecto exigido por el art. 12.1 del RD 111/1986, que desarrolla parcialmente la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico. Y en este caso considera que sí que se ha cumplido el mencionado extremo.

Por otra parte, la **STS de 10 de noviembre de 1999**, Ar. 9057, confirma la STSJ de Andalucía y da la razón a unos particulares, frente a la decisión de la Administración

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

autonómica de declarar la ilegalidad de unas obras realizadas en un hotel. Se estima que era suficiente con la autorización municipal. Según el TS, la Disposición Adicional Sexta de la Ley de Patrimonio Histórico de 1985 establece que los expedientes iniciados antes de la entrada en vigor de esta norma se iniciarán por la normativa entonces vigente, pero se resolverán mediante Real Decreto y según las categorías previstas en el art. 14.2 de la citada Ley. Pero en este caso no concurre ninguno de los mencionados requisitos legales, por lo que se considera que es suficiente con la licencia municipal.

Otro de los supuestos es el de la **STS de 21 de diciembre de 1999**, Ar. 9306, que confirma la decisión del Tribunal de instancia, que daba la razón a la Administración valenciana, que dispuso la retirada del rótulo comercial instalado por una compañía de seguros en un local situado en Valencia, en una zona declarada conjunto histórico-artístico. La empresa mencionada no solicitó ningún tipo de autorización (ni al Ayuntamiento, ni a la Comunidad Autónoma).

Por último, la **STS de 5 de noviembre de 1999**, Ar. 9388, confirma la STSJ de Cantabria, que a su vez declaró conforme a Derecho la decisión de la Administración autonómica de sobreseer un expediente sancionador abierto a un particular (tras la denuncia formulada por otro particular, colindante con el anterior), por realizar obras (al amparo de una licencia municipal) que afectaban a inmuebles que habían sido declarados de interés cultural. El TS considera que la obra autorizada no encaja dentro de ninguno de los supuestos de hecho sancionadores regulados en el artículo 76 de la Ley de Patrimonio Histórico de 1985. En concreto, la obra no contraviene lo establecido [art. 76.1.e)] en los artículos 16, 19, 20, 21, 25, 37 y 39 de la Ley.

Sin embargo, existe un voto particular formulado por D. Fernando Ledesma Bartret, que estima que debió revocarse la Sentencia de instancia y estimar el recurso, con la anulación de los actos impugnados. Primero, porque una Sentencia posterior del TSJ de Cantabria declaró ilegales esas obras. Segundo, porque era necesaria autorización de la Administración autonómica, según la Ley de Patrimonio Histórico de 1985. Tercero, porque el Gobierno autonómico reconoció que existía infracción administrativa, aunque la obra contara con licencia municipal. Cuarto, porque las obras van a tener repercusiones negativas en un Palacio declarado conjunto histórico-artístico. Por ello, según el voto particular, se vulneraron los artículos 19.1 y 20.3 de la Ley de Patrimonio Histórico, y existió infracción tipificada en el artículo 76.1.e), al realizarse obras sin obtener autorización de los órganos competentes en materia de patrimonio histórico, donde no cabe licencia municipal sin obtener antes aquélla (art. 23.1 de la Ley).

9. VÍAS PECUARIAS: SANCIÓN PROCEDENTE

En relación con este tipo de vías, hay que mencionar la **STS de 8 de octubre de 1999**, Ar. 7943, que considera adecuada a Derecho la resolución de la Administración autonómica castellano-manchega (tras la denuncia formulada por un guarda forestal) de imponer a una empresa una sanción y ordenar la retirada de una alambrada por la ocupación de una vía pecuaria, aspecto que obstaculizaba el tránsito del ganado. La sanción es con-

forme con el artículo 8 de la Ley 22/1974, de Vías Pecuarias, y con los artículos 71 y 74 del Reglamento de Vías Pecuarias de 1978 (Decreto 2876/1988). Se considera debidamente acreditada la existencia de una vía pecuaria, y en este caso no es necesario realizar su deslinde y amojonamiento (por lo que no se infringen los artículos 17 y ss. y 26 y ss. del citado Reglamento). En suma, el derecho de los propietarios a cercar sus fincas no es absoluto, y en casos como éste cede, por la existencia aquí de una vía pecuaria. La existencia de esta última se mencionaba además en la propia escritura de compraventa de la finca.

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) Organismos modificados genéticamente y distribución de poderes entre Comisión Europea y Autoridades Nacionales. B) Incumplimientos de Estado en determinadas Directivas. **3. Actividades clasificadas.** A) Inaplicabilidad del

Reglamento de Actividades Clasificadas en materias transferidas y reguladas por normativa autonómica. B) Aplicación del RAC a los aparatos de aire acondicionado.

C) Emplazamiento de industrias fabriles a 2.000 metros de los núcleos de población: explotación de engorde de ganado de cerda y fábrica de embutidos y matadero: artículo 4 del RAC. D) Nulidad de actuaciones ante la falta de notificación personal a los vecinos y la ausencia de informes municipales en el trámite de concesión de la licencia de actividades. E) Aplicación del silencio positivo conforme a la regulación del Real Decreto-Ley 1/1986 por remisión de norma autonómica. F) Licencia de instalación y licencia de funciona-

miento (art. 34 del RAC). G) La ampliación de actividad de sex-shop con la instalación de cabinas de vídeo y sala de vídeo para unas 15 personas exige licencia de actividades clasificadas. H) Medidas cautelares de suspensión del funcionamiento de actividades teatrales y planta de tratamiento de residuos y vertedero. I) El depósito de estiércol en las inmediaciones de una granja avícola puede ser una actividad diferente a ésta que exija licencia. J) Clausura de actividades sin licencia. K) Interrelación de la licencia de actividades con la de obras: art. 22.3 del RSCL. **4. La evaluación de impacto ambiental.**

A) La evaluación de impacto ambiental en la Ley 11/1990, de prevención ambiental de Canarias. B) La evaluación de impacto ambiental antes de la entrada en vigor del RD Legislativo 1302/1986, de 28 de junio. **5. Residuos. 6. Espacios naturales. 7. Especies protegidas. Caza y pesca. 8. Aguas continentales: Espacios Naturales Protegidos:**

Jurisprudencia del TC sobre el caso de la Presa de Itoiz. 9. Aguas marítimas. A) Régimen sancionador. B) Los usos del dominio público marítimo-terrestre y las necesarias limitaciones a los mismos. **10. Minas: evaluación de impacto ambiental y extracciones mineras a cielo abierto.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia comunitaria aparecida durante los cuatro primeros meses del año 2000, la ordinaria publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi entre los 7201 al 9950 de 1999 y la jurisprudencia constitucional desde el BOE de 18 de febrero de 2000 hasta el 4 de febrero de 2000.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

A) Organismos modificados genéticamente y distribución de poderes entre Comisión Europea y Autoridades Nacionales

La Directiva 90/220/CEE, del Consejo, de 23 de abril de 1990, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente en su versión modificada por la Directiva 97/35/CE de la Comisión, de 18 de junio de 1997, por la que se adapta al progreso técnico por segunda vez la Directiva 90/220, marca un complejo proceso de autorización para la comercialización de productos que obtengan Organismos Modificados Genéticamente. Resumiéndolo digamos que tras una fase de comprobación previa por parte de la Autoridad nacional, la solicitud de comercialización formulada por las empresas o particulares se transmite a la Comisión Europea que, a su vez, da conocimiento al resto de Estados miembros de la Comunidad. Si ninguno de ellos se opone o si, aún oponiéndose, la Comisión resuelve otra cosa, la Decisión favorable de la Comisión se transmite a la Autoridad nacional quien, a su vez, procede a autorizar el producto.

Pues bien, la **Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 2000**, recaída en el asunto C-6/99, resuelve una cuestión prejudicial planteada al Tribunal por el Consejo de Estado francés quien está conociendo de un litigio que opone a la Asociación Greenpeace France y otros contra el Ministerio francés de Agricultura y Pesca y otros. En respuesta a las preguntas planteadas por el Consejo de Estado, el Tribunal establece que una vez recaída la decisión favorable de la Comisión, la autoridad nacional está obligada a emitir la autorización escrita que permita la comercialización del producto sin que, por tanto, goce de un margen de apreciación sobre ello. No obstante, si el Estado dispone en ese momento de más elementos de información que los que tenía cuando transmitió originalmente el expediente a la Comisión, puede negar la autorización siempre que lo comuniqué inmediatamente a la Comisión y a los demás Estados miembros para que se adopte una decisión comunitaria.

En segundo lugar, si un órgano jurisdiccional nacional estima que como consecuencia de irregularidades en el procedimiento previo, la autoridad nacional no pudo transmitir válidamente el expediente a la Comisión, está obligado a plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial si considera que tales irregularidades pueden haber afectado a la validez de la Decisión favorable de la Comisión ordenando, mientras tanto, la suspensión de la ejecución de las medidas de aplicación de la Decisión hasta que el Tribunal de Justicia se haya pronunciado.

B) Incumplimientos de Estado en determinadas Directivas

En la **Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 2000**, recaída en el asunto C-256/98, la República Francesa va a recibir una condena del Tribunal por no haber cumplido en el plazo adecuado las obligaciones que le impone el artículo 6 en sus apartados 3 y 4 de la Directiva 92/43/CEE, del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestre.

En concreto se juzga contrario al art. 6.3, que existan disposiciones en el derecho francés que permitan excluir en el procedimiento de autorización de algunos proyectos que deban tener lugar en las Zonas Especiales de Conservación reguladas por la Directiva, una evaluación de sus repercusiones sobre el lugar en razón del escaso coste de los proyectos o de su objeto. Igualmente y en relación al art. 6.4 que permite la realización de un proyecto a pesar de las conclusiones negativas de su evaluación, cuando mediante él deban cumplirse razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas las razones de índole social y económica siempre que se adopten medidas compensatorias para que la coherencia global de Natura 2000 quede protegida, se constata la falta de adaptación del ordenamiento jurídico francés a los requisitos de fondo indicados por este precepto.

El Asunto C-274/98, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas con el Reino de España, dará lugar a la **Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de abril de 2000**, por la que se condena a España al no haber establecido los programas de acción previstos en el artículo 5 de la Directiva 91/676/CEE, del Consejo, de 12 de diciembre de 1991, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos procedentes de fuentes agrarias.

El artículo 5 citado dispone que en el plazo de dos años a partir de la designación por los Estados de zonas vulnerables deben establecerse los programas de acción en relación a las mismas. A su vez la designación de estas zonas vulnerables debía tener lugar en el plazo de dos años tras la notificación de la Directiva, lo que tuvo lugar el 19 de diciembre de 1991. El Gobierno español indica que la adaptación del ordenamiento español a esta Directiva tuvo lugar por RD 261/1996, de 16 de febrero, sobre protección de las aguas contra la contaminación producida por los nitratos procedentes de fuentes agrarias y que el art. 4 de dicho texto encargó dicha competencia a las Comunidades Autónomas. El Gobierno afirma que gran parte de las Comunidades han procedido posteriormente a esa fecha a la designación de zonas vulnerables y que el resto han indicado que no existen en sus respectivos territorios estando las primeras de ellas elaborando en el momento de su constatación sus programas de acción.

El Tribunal de Justicia, conforme a criterios más que consolidados indica que no se pueden aducir disposiciones, prácticas o circunstancias del ordenamiento jurídico interno para justificar incumplimiento de obligaciones y plazos e, igualmente, que el retraso en la adaptación al Derecho interno de la Directiva comunitaria, tampoco puede justificar el retraso en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la misma Directiva. Consiguientemente, se condena al Gobierno español.

3. ACTIVIDADES CLASIFICADAS

A) Inaplicabilidad del Reglamento de Actividades Clasificadas en materias transferidas y reguladas por normativa autonómica

En su Sentencia de 10 de diciembre de 1999, Ar. 8562, el TS reconoce que el art. 30 del RAC, en cuanto que su contenido ha sido asumido por el art. 2.1 de la Ley Valenciana 3/1989, de 2 de mayo, de Actividades Clasificadas, resulta ser un precepto inaplicable en la Comunidad Autónoma ya que se trata de una materia de competencia autonómica. Por lo que, concluirá a continuación, al convertirse en norma autonómica no puede ser objeto de recurso de casación (FJ 4º). No obstante sería distinta la conclusión, a nuestra manera de entender, si se tratara de alguno de los aspectos básicos del RAC.

B) Aplicación del RAC a los aparatos de aire acondicionado

La Sentencia de 16 de diciembre de 1999, Ar. 9466, aceptando el criterio mantenido por la recurrida en casación, mantiene que los aparatos acondicionadores climáticos cuando producen un nivel de ruido superior al permitido son una actividad molesta de las definidas en el art. 3 del RAC cuyo funcionamiento requiere de legalización (FJ 1º). Y la orden de retirada de los aparatos no es sino una medida cautelar conforme al mismo RAC (FJ 2º).

C) Emplazamiento de industrias fabriles a 2.000 metros de los núcleos de población: explotación de engorde de ganado de cerda y fábrica de embutidos y matadero: artículo 4 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 prohibición inicial para instalar industrias fabriles peligrosas o insalubres a menos de 2.000 metros de los núcleos de población agrupada. En la de 15 de noviembre de 1999, Ar. 9299, para dar por supuesto que no es aplicable a una explotación de engorde de ganado de cerda en relación a la cual de la prueba practicada no se deducía “que existiera peligro inminente en materia higienico-sanitaria” (FFJJ 4º y 5º).

Distinto será el tratamiento dado en la Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Ar. 9521, respecto a la instalación de una fábrica de embutidos y matadero anexo para el sacrificio de reses vacunas y porcinas a las que el TS, manteniendo el criterio de la de instancia, les otorga la condición de industrias fabriles insalubres. Sin apreciar la excepcionalidad que admite tanto el art. 4 como el 15 del RAC a la vista del informe sanitario desfavorable incorporado el expediente administrativo.

D) Nulidad de actuaciones ante la falta de notificación personal a los vecinos y la ausencia de informes municipales en el trámite de concesión de la licencia de actividades: art. 30.2. a) y b) del RAC

El TS estima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de instancia y ordena la retroacción de las actuaciones al momento en que debió notificarse a los vecinos afectados la solicitud de la licencia correspondiente conforme al art. 30.2.a) del RAC. Todo ello en su Sentencia de 25 de octubre de 1999, Ar. 9513.

XIII. Medio Ambiente

El recurso fue interpuesto por una asociación civil constituida por propietarios de la zona urbana próxima o inmediata al lugar de instalación, en un vial de las afueras de la ciudad, de un taller de desguace de automóviles y almacén de chatarra. Algunos de los cuales, según parece deducirse de la Sentencia, habían presentado denuncias sobre molestias en el funcionamiento de la actividad coincidiendo con el período de información pública. Se justifica además la decisión por cuanto la Comisión provincial no pudo tener en cuenta las alegaciones de los vecinos al emitir su informe favorable a la instalación. Esta Sentencia está en la línea aperturista del TS respecto al concepto de vecino como venimos comprobando en los números 1, 4, 6 y 7 de la Revista.

Se suma a la necesidad de notificación vecinal, también, la **Sentencia de 9 de diciembre de 1999**, Ar. 9538, en relación a la instalación de una planta dosificadora de hormigón.

A la misma decisión de ordenar la retracción del procedimiento por falta de trámites esenciales llega el TS en su **Sentencia de 22 de noviembre de 1999**, Ar. 8500, al constatar que no se han requerido ni han sido prestados los informes del Jefe Local de Sanidad y de los técnicos municipales competentes. Estima el TS que sin ellos se adoptaron los acuerdos de concesión de la licencia para pub sin disponer de los elementos de juicio necesarios para tomar la decisión más adecuada.

E) Aplicación del silencio positivo conforme a la regulación del Real Decreto-Ley 1/1986 por remisión de norma autonómica

En la Comunidad valenciana por remisión de la Ley 3/1989, de 2 de mayo, opera el silencio positivo regulado en el Real Decreto-Ley 1/1986, de 14 de marzo, en la concesión de licencias de actividades calificadas. Pero, como reconoce el TS en su **Sentencia de 18 de noviembre de 1999**, Ar. 9520, la adquisición de licencia por el silencio positivo regulada en el art.1 del RD-Ley exige que los interesados presenten sus peticiones debidamente documentadas y éstas se ajusten al ordenamiento jurídico (FJ 1º). Es decir que la adquisición por silencio no es automática, pues la licencia ha de estar debidamente documentada y atenerse a lo que establece el ordenamiento jurídico (FJ 2º).

Distinta situación se presenta en aquellas CCAA en las que no hay remisión a dicho RD-Ley y en las que se aplica el regulado en el art. 33.4 del RAC. En esta última sigue siendo imprescindible, además de los requisitos anteriores, la doble denuncia de mora como reitera, siguiendo la línea tradicional (ver Revistas núms. 1, 2 y 4) el TS en la **Sentencia de 17 de noviembre de 1999**, Ar. 7699.

En cuanto a las Comunidades Autónomas que hayan regulado un sistema de plazos distinto para que opere el silencio positivo en esta materia habrá que estar al mismo. Es el caso de Cataluña con el art. 7 del D 87/1982, de 29 de marzo, **STS de 5 de octubre de 1999**, Ar. 8633.

F) Licencia de instalación y licencia de funcionamiento (art. 34 del RAC)

Con frecuencia se suele olvidar en algunas instancias, sobretudo de la práctica cotidiana, que la licencia de actividades clasificadas responde, desde la regulación positiva (art. 6

de la instrucción para la aplicación del RAC de 15 de marzo de 1963) a la jurisprudencia, a la múltiple denominación de licencia de instalación, apertura y funcionamiento. Pues bien la **Sentencia de 19 de octubre de 1999**, Ar. 7563, sirve para recordarnos que las autorizaciones locales en materia de actividades clasificadas operan en dos momentos diferenciados que se identifican separadamente con la denominación de licencia de instalación –la que se obtiene tras el trámite regulado en los arts. 29 a 33 del RAC– y la de funcionamiento a que habilita el trámite de comprobación del art. 34 del mismo reglamento.

G) La ampliación de actividad de sex-shop con la instalación de cabinas de vídeo y sala de vídeo para unas 15 personas exige licencia de actividades clasificadas

Cuando se pretende ampliar el ejercicio de una actividad clasificada cuya ampliación pueda incrementar los efectos que la califican como actividad clasificada es necesario obtener una nueva licencia de actividad que deberá seguir los trámites completos de los arts. 29 y ss. del RAC. Así lo ratifica el TS, siguiendo su doctrina anterior, en la **Sentencia de 5 de octubre de 1999**, Ar. 8633.

Sentencia en la que también nos recuerda que en materia de licencias, y de las clasificadas en particular, se ha de aplicar la normativa vigente en el momento en que la administración resuelve la solicitud siempre que lo haga en el plazo establecido por tratarse además en estas últimas de licencias de tracto continuo (FJ 3º).

H) Medidas cautelares de suspensión del funcionamiento de actividades teatrales y planta de tratamiento de residuos y vertedero

a) Justificada la de actividades teatrales para garantizar la seguridad de las personas

La suspensión de inmediato de actividades teatrales hasta la resolución del expediente fundamentada en las deficiencias encontradas en las instalaciones, que podían producir accidentes o daños a las personas, no tiene carácter sancionatorio sino de medida cautelar. Y puede justificar la modulación de la exigencia de previa audiencia a la toma de la decisión cuando la inminencia o gravedad del riesgo requiera la adopción de tal medida con rapidez. Sin perjuicio de que el afectado pueda hacer valer sus razones y medios de defensa. Así razona el TS en la **Sentencia de 13 de octubre de 1999**, Ar. 7557.

b) No adecuada la medida de suspensión de funcionamiento de planta de tratamiento de residuos y vertedero

En esta ocasión el TS va a desestimar por **Sentencia de 9 de diciembre de 1999**, Ar. 9535, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ de Galicia que estimó el recurso interpuesto por varios Ayuntamientos contra el acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento del Ferrol que paralizó cautelarmente la planta de tratamiento de residuos sólidos urbanos y vertedero de los que se servían aquéllos.

Entiende el TS que no se ha acreditado la existencia de un peligro inminente derivado de las deficiencias acusadas que pudiese justificar la adopción de la drástica medida de suspensión del vertido de basuras. Y que lo adecuado, ante una posible insuficiencia de las medidas existentes para evitar molestias derivadas del defectuoso tratamiento de los residuos depositados, no podía ser otro que el requerimiento de corrección de las deficiencias observadas con otorgamiento de plazo para subsanarlas. Todo ello en aplicación del art. 36 del RAC.

I) El depósito de estiércol en las inmediaciones de una granja avícola puede ser una actividad diferente a ésta que exija licencia

La orden municipal para que se retire el estiércol depositado en las inmediaciones de una granja avícola se califica por el TSJ, en la Sentencia que recurrida en casación dará lugar a la del **STS de 16 de septiembre de 1999**, Ar. 7938, como una simple medida correctora dictada al amparo del art. 38 del RAC para conseguir la desaparición de molestias e insalubridad (FJ 1º).

Pero esa aseveración será matizada por el TS en el sentido de que si se produjera un almacenamiento (y eventualmente la manipulación) del estiércol o abono orgánico durante un tiempo prolongado entonces se trataría de una actividad distinta para la que haría falta contar con otra licencia.

J) Clausura de actividades sin licencia

Cinco Sentencias reiteran en la presente entrega la doctrina del TS sobre la clausura de las actividades que se ejercen sin la licencia previa, sin más requisito que el de acreditar que carecen de la misma mediante la audiencia previa del titular y/o dando un plazo para su solicitud (ver comentarios en Revistas 1, 2, 3, 4 y 7). Se trata de las **Sentencias de 4, 18, 19 y 25 de octubre**, Ar. 7958, 7945, 7563 y 7215, respectivamente, y la de **15 de noviembre**, Ar. 9299.

Tan sólo destacar de entre ellas, en lo que aquí nos referimos, la posibilidad legal, que se reconoce en la **STS de 25 de octubre de 1999**, Ar. 7215, de ejecutar una orden de clausura de un garaje, o el requerimiento de legalización del mismo contra el constructor por carecer de licencia el local destinado a garage-aparcamiento por él construido, aunque ya no sea el propietario del mismo al haber vendido las plazas en su totalidad (FJ 3º).

K) Interrelación de la licencia de actividades con la de obras: art. 22.3 del RSCL

En anteriores números de esta revista venimos recogiendo los matices que la jurisprudencia va introduciendo en cuanto a la relación de la licencia de actividades con la de obras que prescribe el art. 22.3 del RSCL (ver al respecto la núm. 7).

En esta ocasión de las dos **Sentencias** dictadas, la de **4 de octubre** y la de **10 de diciembre de 1999**, Ar. 7959 y 8562, llama la atención la segunda de ellas en la que, no obstante cuestionar la condición de actividad clasificada de un centro de desintoxicación de

toxicómanos, al resolver sobre la procedencia o no de la licencia de actividad, se discute si se trata de una actividad de interés social a los efectos de su posible autorización por la Comisión Provincial de urbanismo como uso permitido en suelo no urbanizable.

Pero en lo que aquí nos interesa el TS terminará reflexionando sobre la interrelación entre la licencia de edificación y la de actividad, entendiendo que ambas se encuentran tan íntimamente unidas “que no sería lógico hurtar al conocimiento de la Comisión Provincial la decisión sobre el interés social de la actividad”. Concluyendo que si la actividad es considerada de interés social y ésta otorga la autorización correspondiente, el Ayuntamiento no podrá denegar la licencia de actividad por el problema del uso en suelo no urbanizable.

4. LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

A) La evaluación de impacto ambiental en la Ley 11/1990, de prevención ambiental de Canarias

Resolviendo el Recurso de Inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra determinados apartados de los anexos I y III de la Ley 11/1990, de Prevención de Impacto Ecológico, se dicta la **STC 90/2000, de 30 de marzo** (BOE del 4 de mayo). Se fundamentó el Recurso en la supuesta vulneración de las bases del RD-Legislativo 1302/1986, sobre evaluación de impacto ambiental al entender que las normas recurridas suponían una minoración o debilitamiento de la protección mediamientar arbitrada por el Estado en la citada norma básica. Por lo que habría rebasado la CA, de ser esto cierto, el límite competencial inicialmente concretado en la facultad para dictar normas adicionales de protección del medio ambiente.

Manteniendo el Gobierno y el Parlamento canario por contra que el modelo diseñado por la Ley canaria es más garantista, racional y detallado que el de la norma del Estado.

El TC, tras reiterar en el FJ 3º su consideración sobre la extensión de lo básico en materia medioambiental conforme a la doctrina mantenida en la Sentencia 156/1995 como “una regulación de carácter mínimo fuera de cuyo núcleo entran en juego las normas que lo complementan y desarrollan, con la ejecución”, pasa a analizar a su amparo el sistema diseñado por la norma canaria en contraste con la básica del Estado.

El contraste entre ambas normas se plantea por cuanto la estatal establece un único instrumento, la evaluación de impacto ambiental, al que han de someterse los proyectos públicos o privados a los que se hace referencia en su anexo. Mientras que la Ley canaria contempla tres categorías de evaluación de menor a mayor intensidad: la Evaluación básica de impacto ecológico, la Evaluación detallada de impacto ecológico y la Evaluación de impacto ambiental. Siendo esta última la homónima de la regulada en la norma del Estado.

Y el problema se plantea cuando la norma canaria sujeta a evaluación detallada de impacto ecológico los puertos deportivos con capacidad inferior a 100 embarcaciones y la

XIII. Medio Ambiente

extracción de materiales volcánicos con producción entre 4.000 y 100.000 toneladas/año, que en la norma del Estado estarían sujetos a Evaluación de impacto ambiental y, a entender del abogado del Estado, a un mayor grado de protección.

El TC tras manifestar que se debe estar al estudio comparativo detallado de la regulación de ambas figuras por encima de las expresiones terminológicas. Y después de llevar a cabo tal operación acabará concluyendo que coinciden en los aspectos esenciales, como la descripción del proyecto, los efectos previsibles para el medio ambiente, las medidas correctoras y las de vigilancia y el resumen y conclusiones del estudio. Y que la escasa entidad de las divergencias no ofrece base suficiente para estimar el recurso. Llegando incluso a encontrar en la canaria una regulación en parte más amplia que la de la norma estatal. No encontrando en cualquier caso en la diversificación en tres niveles de evaluación una menor protección del medio ambiente.

B) La evaluación de impacto ambiental antes de la entrada en vigor del RD Legislativo 1302/1986, de 28 de junio

La STS de 30 de noviembre de 1999, Ar. 8695, al enjuiciar el Recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Riello (León) y una Asociación de afectados por la Presa de Omaña contra la sentencia desestimatoria del recurso contencioso interpuesto frente a la Resolución del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo aprobatorio del proyecto de Presa de Omaña, pondrá de relieve la no sujeción formal a evaluación de impacto ambiental de los proyectos de grandes presas antes de la entrada en vigor del RD Legislativo 1302/1986, de evaluación del impacto ambiental, sin que ello suponga vulneración del art. 45 de la Constitución Española.

5. RESIDUOS

No procede la suspensión de la resolución de caducidad y extinción de licencia de vertedero de residuos sólidos urbanos dictada por el Ayuntamiento.

Se rechaza por el TS, manteniendo el criterio de la instancia, la petición de suspensión cautelar de la ejecución de una resolución que declaró la caducidad y extinción de la licencia de vertedero de residuos sólidos urbanos. Se fundamenta la decisión judicial en la posible producción de un daño de muy costosa reparación al medio ambiente y por carecer de virtualidad, en una ponderación de intereses, la mera existencia de posibles perjuicios coyunturales a la empresa. Cuando, además, resulta que la clausura del vertedero ya se ha producido sin que se hayan concretado ni los graves trastornos que se decían ni la suspensión total de la actividad en la empresa (STS de 3 de diciembre de 1999, Ar. 9771).

6. ESPACIOS NATURALES

Instalación por ICONA de una valla en la zona de protección del Parque de Doñana.

La STS de 9 de diciembre de 1999, Ar. 9537, viene en considerar ajustada a derecho la instalación de una valla de postes de madera por parte de ICONA en la zona marítimo-terrestre anexa, como zona de protección, al Parque de Doñana, con la finalidad de impe-

dir la circulación de vehículos automóviles en la misma. Encontrando sustento suficiente para tal actuación en lo dispuesto en los arts. 18 y 19 de la Ley 4/1989, de 4 de marzo, de conservación de los espacios naturales, respecto a las actuaciones en las zonas periféricas de protección en los Parques Naturales.

7. ESPECIES PROTEGIDAS. CAZA Y PESCA

Aplicando la doctrina sentada en **Sentencias** comentadas en revistas anteriores (ver núms. 4 y 7) se dictan en el período objeto de comentario las **de 10 y 24 de noviembre de 1999**, Ar. 8956 y 9525, referidas al ejercicio de competencias sobre pesca y caza respectivamente.

Sentencias que vienen a reconocer la competencia de las Comunidades Autónomas de Asturias y Galicia para declarar especies objeto de caza y pesca y señalar períodos de veda, siguiendo la doctrina sentada por el TC en la Sentencia 102/1995, de 26 de junio, en la que se resolvieron los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley 4/1989, de conservación de los espacios naturales, flora y fauna silvestre, y el 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.

8. AGUAS CONTINENTALES: ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS: JURISPRUDENCIA DEL TC SOBRE EL CASO DE LA PRESA DE ITOIZ

Por la **STC 73/2000, de 14 de marzo** (BOE de 14 de abril), se resuelve una cuestión de inconstitucionalidad que había presentado la AN al hilo del caso Itoiz. La AN tenía dudas sobre la constitucionalidad de la Ley Foral 9/1996, de 17 de junio, ya que esta última cambió el régimen normativo aplicable a las bandas de protección de las Reservas Naturales (entre las que se encontraban las tres afectadas por la Presa de Itoiz), lo que llevó a la imposibilidad de proceder a la ejecución de la STS de 14 de julio de 1997, que confirmaba en parte la Sentencia de la AN. Como principales motivos alegados para fundamentar la cuestión de inconstitucionalidad se encuentra que la Ley Foral 9/1996 vulnera los arts. 9.3 y 24 de la CE.

No obstante, el TC considera que no puede calificarse de arbitraria dicha Ley Foral, ya que entre las posibilidades con que cuenta el legislador está la de cambiar cualquier régimen normativo previamente vigente, sin que quepa afirmar que después de que se dicte una determinada Sentencia judicial, el sistema normativo quede cerrado (FJ 7º). En cuanto a la alegación de que el art. 24 CE queda infringido, hay que recordar que antes por la Ley 6/1987, de 10 de abril [DA Primera 2º y 3º en relación con el art. 17.2.b)] se remitía a una norma reglamentaria para la determinación concreta de la extensión de las zonas periféricas de protección, estableciéndose una anchura máxima de protección de 500 m (previsión confirmada por el art. 22.5 de la Ley Foral 2/1993, de 5 de marzo), y esto con la Ley Foral 9/1996 cambia, de manera que se determina en la propia Ley la extensión de las bandas de protección para cada una de las Reservas Naturales

XIII. Medio Ambiente

[Exposición de Motivos de esta Ley, art. 18.1 y 3.B).1º, DD. 1.a) y b), y anexo]. Eso lleva consigo que coincida, en el fondo, la finalidad del fallo de la Sentencia Nacional y la de la Ley Foral 9/1996 que es siempre la de la protección de las Reservas Naturales bien que con distinta técnica.

El TC indica que no cabe estimar que el derecho a la tutela judicial efectiva aparezca inválido en este caso por el hecho de que se eleve a rango de ley la concreción de las bandas de protección de las Reservas Naturales, ya que en nuestro derecho no existe la reserva reglamentaria, es decir, la obligación de que determinadas materias deban regularse por reglamento, y no por ley. Por el contrario, en nuestro ordenamiento jurídico cualquier materia puede ser regulada por ley. El hecho de que no quepa acudir a la jurisdicción contenciosa contra esa concreción por ley de las zonas periféricas de protección, no implica que quede desvirtuado el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que el Juez o Tribunal siempre va a poder plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. En definitiva, con esta Sentencia, el TC declara la conformidad a derecho de la controvertida Ley Foral 9/1996, con lo que ello significa para que la Presa de Itoiz alcance la utilidad máxima, de acuerdo a su originaria proyección.

9. AGUAS MARÍTIMAS

A) Régimen sancionador

La ocupación del dominio público marítimo-terrestre, y, más concretamente, el vertido de piedras, escombros o material rocoso en las playas y zonas adyacentes sin el amparo que les proporciona un título administrativo expreso —siendo insuficiente la aparente “autorización verbal” (STS de 20 octubre de 1999, Ar. 7446), constituían para la normativa precedente —Ley 7/1980, de 10 de marzo, sobre protección de las costas marítimas españolas—, al igual que para la presente, una infracción administrativa acreedora de sanción, siendo además tal actuación, y precisamente por ostentar tal condición, insusceptible de legalización, en lo que supone, *per se*, de desnaturalización demanial. Así se encarga de recordarlo la STS de 28 de diciembre de 1999, Ar. 8793.

B) Los usos del dominio público marítimo-terrestre y las necesarias limitaciones a los mismos

Con carácter general, y como es bien sabido, los usos del demanio marítimo que excedan el puro uso común acorde con su fin propio necesitan la previa expedición de un título administrativo que los admita. No ha de considerarse, sin embargo, inserto en esta situación —y por tanto, sujeto al cumplimiento de esta exigencia— el establecimiento por parte de la Administración ambiental de una valla de protección en la zona marítimo-terrestre sita dentro de un Parque Nacional, en tanto que, este caso, de lo que se trata es del legítimo ejercicio por parte de la misma de la facultad de policía sobre una zona incluida en aquél. Así lo establecen los FFJJ 1º, 2º y 3º de la STS de 9 de diciembre de 1999, Ar. 9537.

10. MINAS: EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL Y EXTRACCIONES MINERAS A CIELO ABIERTO

En relación con esta materia, es preciso hacer referencia a la **STC 90/2000, de 30 de marzo** (BOE de 4 de mayo), donde el Tribunal Constitucional desestima el recurso interpuesto por el Presidente del Gobierno contra determinados apartados de los Anexos de la Ley de Parlamento Canario 11/1990, de 13 de julio, de prevención del impacto ecológico. En el aspecto que aquí nos interesa, se discute el alcance de la exigencia de evaluación de impacto ambiental en relación con las extracciones minerales a cielo abierto (apartados 16 del anexo I y 3 del anexo III de la Ley impugnada), que a juicio del Abogado del Estado es mayor en la normativa básica estatal (apartado 12 del anexo del Decreto Legislativo 1302/1986), tanto en relación con los estudios de impacto ambiental como de la declaración de impacto ambiental. Por ello, se infringiría el artículo 149.1.23.ª CE, en relación con el alcance de la legislación básica estatal y de la posibilidad de las Comunidades Autónomas de aprobar “normas adicionales de protección” (art. 32.12 del Estatuto de autonomía canario, en este caso, en su redacción actual, dada por la Ley Orgánica 4/1996).

Sin embargo, a juicio del TC no se ha producido tal minoración de la protección medioambiental y cita para ello en primer lugar la doctrina ya dictada en otras ocasiones (SSTC 149/1991, 102/1995, 156/1995, o 13/1998). En el presente caso, examina a continuación si la existencia en la Ley canaria de tres categorías de estudios ecológicos (a diferencia del único existente en la normativa estatal), y la distinción en las extracciones mineras a cielo abierto de un número de toneladas para realizar uno u otro tipo de estudio, es o no menos garantista que la exigencia estatal de evaluación de impacto para todas las extracciones. Para ello, compara el contenido de uno de los estudios de impacto de la Ley canaria (el “estudio detallado de impacto ecológico”), exigido para una parte de las extracciones a cielo abierto, con el estudio de impacto ambiental (único existente) regulado en la legislación estatal.

En relación con lo anterior, el TC estima que la Ley canaria respeta las previsiones contenidas en la legislación básica estatal (FJ 7º), pues las divergencias existentes son en este caso mínimas, entre la figura general estatal y la más específica autonómica. Con ello, la diversificación de la Ley canaria en 3 niveles de evaluación no supone la existencia de una menor protección del medio ambiente.

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

JAVIER DOMPER FERRANDO

BEATRIZ SETUAÍN MENDÍA

ANTONIO EMBID IRUJO

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**Sumario:**

Consideración preliminar. 1. Agricultura. A) Reforma y desarrollo agrario.
 B) Concentración parcelaria. **2. Comercio. 3. Energía eléctrica.** A) Mercado de producción de energía eléctrica. B) Suministro. a) Contrato de suministro y pago de deuda.
 b) Acometidas. **4. Fomento. Exenciones y beneficios fiscales. 5. Industria.** A) Actividad de fomento. B) Seguridad industrial. **6. Mercado de crédito. 7. Pesca.** A) Censo de flota.
 B) Orden de vedas. Distribución competencial en la materia. **8. Precios. Márgenes comerciales. 9. Transportes.** A) Terrestres. a) Ambulancias. b) Auto-taxi. c) Concesión.
 d) Mercancías. B) Transporte marítimo. C) Régimen sancionador. **10. Tribunal de Defensa de la Competencia.** A) Colegios profesionales. Negativa de visado. Fijación de módulos. B) Cajas de ahorros. Cierre coordinado de oficinas. Autorización singular.
 C) Recomendación colectiva. Distribución de carburantes. Rechazo de comisiones. Exigencia de nueva negociación. D) Negativa de venta. Exportaciones paralelas. No afectación al mercado nacional. E) Líneas aéreas. Acuerdos de interlínea. Incrementos de tarifas. F) Líneas aéreas. Vuelos chárter. Bases de cotización. **11. Turismo.**

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el presente número se recogen las Sentencias del Tribunal Constitucional dictadas en el período de enero a marzo de 2000 (SSTC 1/2000 a 91/2000), así como las Sentencias del Tribunal Supremo dictadas en los meses de octubre a diciembre de 1999 y las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia del mismo período.

1. AGRICULTURA**A) Reforma y desarrollo agrario**

La impugnación de un RD por el que se declara de interés general la transformación económica y social de una determinada zona regable, impugnación basada esencialmente en vicios procedimentales propios de la potestad normativa, da lugar a que el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 4 de octubre de 1999, Ar. 8631, reitere su doctrina sobre

la naturaleza de acto administrativo general que poseen las resoluciones como la impugnada. Concretamente se afirma que la declaración de interés general es un acto dirigido a una pluralidad de sujetos, sin contenido normativo, y que además esta resolución es a su vez el acto inicial de un procedimiento complejo.

Por tanto, se desestima el recurso en relación a las alegaciones que tenían su base en la naturaleza reglamentaria de la resolución impugnada, es decir, las alegaciones de falta de audiencia a los interesados y falta de dictamen del Consejo de Estado.

Esta misma argumentación sirve para desestimar la impugnación basada en la vulneración de disposiciones de la Ley de Aguas, pues para el Tribunal, la aplicación de la normativa de aguas deberá contemplarse cuando se desarrolle el procedimiento que ahora tan sólo se inicia.

B) Concentración parcelaria

La impugnación de la aprobación definitiva de las bases de concentración parcelaria en una determinada zona plantea, como cuestión previa, el mismo tema que vimos en la Sentencia citada en el apartado anterior.

La **Sentencia de 13 de octubre de 1999**, Ar. 8847, analiza la naturaleza del acuerdo impugnado y también lo califica de acto general que da inicio a un procedimiento.

En esta ocasión, la naturaleza de la resolución discutida (acto general no normativo) permite admitir el recurso que se declaró inadmisibile en primera instancia, donde se calificó la resolución de disposición reglamentaria.

En primera instancia el recurso se declaró inadmisibile con el argumento de que en el mismo se suscitaban cuestiones formales relativas al procedimiento de elaboración de una norma, lo que no cabía al impugnarse indirectamente un Reglamento. Ahora, el entenderse que el recurso se interpone contra un acto no normativo, no cabe ya este razonamiento y la declaración de inadmisibilidat.

Admitido el recurso, no obstante se desestima. El argumento de fondo del recurrente consistía en sostener la necesidad de que el procedimiento se iniciase a petición de la mayoría de propietarios de la zona, lo que no se había conseguido. El Tribunal rechaza esta línea argumental al determinar que la exigencia procedimental alegada por el recurrente no se deriva de la normativa aplicable.

2. COMERCIO

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid anuló el Reglamento del comercio minorista de la alimentación aprobado por el Ayuntamiento de Madrid. Interpuesto recurso de

casación, el Tribunal Supremo lo desestimó, en la Sentencia de 6 de octubre de 1999, Ar. 8637.

El núcleo del debate, en la Sentencia casacional, se centró en temas competenciales. El Tribunal Supremo confirma la nulidad de la norma local al estimar que la misma tiene como objeto la materia de reglamentación técnico-sanitaria del comercio minorista de alimentación, materia que puede corresponder al Estado o a las Comunidades Autónomas (según lo establecido en los respectivos Estatutos de Autonomía y Reales Decretos de trasposos), pero no a los Entes Locales, a los que les corresponde en relación a esta materia tan sólo la función inspectora.

Negada la competencia municipal, se rechaza también la tesis de la entidad municipal consistente en afirmar que la norma se limita a realizar una tarea de refundición y sistematización de normas aplicables, a modo de prontuario. El Tribunal critica el recurso a esta técnica normativa, recordando la doctrina al respecto del Tribunal Constitucional (STC 87/1985). Para el Tribunal Supremo esta técnica es “reprobable, por defectuosa, en la medida en que introduce el peligro de indeterminación en orden a la competencia para promulgar y exigir el cumplimiento de las normas respectivas, máxime cuando se producen las inevitables desviaciones de matiz entre unas y otras”.

3. ENERGÍA ELÉCTRICA

A) Mercado de producción de energía eléctrica

Aprobado el RD 2019/1997, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica, se impugnó el artículo 3, apartado 2, que establece que “se entienden por consumidores cualificados aquellos cuyo consumo por instalación o por punto de suministro sea igual o superior a la cantidad que temporalmente corresponda, de acuerdo con la Disposición Transitoria Decimotercera de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre”. Más concretamente, lo que se pide en el recurso es la supresión del inciso “por instalación o por punto de suministro”.

La impugnación se basa en la apreciación de que la norma reglamentaria lleva a cabo una definición de consumidor cualificado incompatible con la que se establece en la norma legal.

El Tribunal Supremo, en las Sentencias de 2 de noviembre de 1999, Ar. 8419 y 8420, desestima los recursos interpuestos, al entender, en primer lugar, que la voluntad de la ley (artículo 9.2) fue remitir la definición de consumidor cualificado al Reglamento sin límites materiales. A esta conclusión se llega a partir de la interpretación literal de la norma y del estudio de los antecedentes de la misma consistentes en su tramitación parlamentaria.

La Sentencia con referencia Ar. 8420 rechaza también que el Real Decreto impugnado vulnere la normativa comunitaria, y otros argumentos que se califican de complementarios, como la vulneración de la reserva de Ley o del principio de libertad de empresa. La alegación de la vulneración del principio de reserva de Ley se considera exagerada, dado el contenido y alcance del precepto impugnado.

B) Suministro

a) Contrato de suministro y pago de deuda

La STS de 18 de noviembre de 1999, Ar. 8429, resuelve en apelación el conflicto planteado por el acuerdo de la Dirección General de Industria de la Comunidad Autónoma de Madrid, por el que se impuso a una determinada entidad la obligación de pago de determinadas cantidades a la entidad suministradora de energía eléctrica. En la Sentencia del Tribunal Supremo la recurrente ya no cuestiona la obligación de pago ni la cantidad debida, centrándose los motivos de su impugnación en la aplicación de las reglas de la prescripción.

Dado que la relación jurídica en la que se generó la obligación de pago es una relación entre entidad suministradora y entidad usuaria del servicio, estamos ante una relación de derecho privado, por lo que la aplicación de la prescripción se resuelve en base a las reglas establecidas en el Código Civil.

Para el Tribunal Supremo, al estarse en el caso enjuiciado ante un contrato de suministro permanente de energía eléctrica, que comprende obligaciones complejas a cargo de la empresa suministradora y cuyo pago debe hacerse de modo mensual o bimensual por quien lo recibe, la regla aplicable era el artículo 1966.3 del Código Civil, y no el artículo 1967.4 del mismo texto legal, como pretendía el recurrente. En consecuencia, desestima el recurso al entender que no se había producido la prescripción de la obligación de pago de la deuda.

b) Acometidas

La STS de 21 de diciembre de 1999, Ar. 9307, tiene como objeto una cuestión similar a la ya examinada en repetidas ocasiones por el propio Tribunal, cuestión que se resuelve según la jurisprudencia ya elaborada del mismo (entre otras Sentencias, puede citarse la de 18 de julio de 1999 recogida en esta sección en el número 7 de esta Revista).

Según dicha doctrina, corresponde a la empresa distribuidora realizar a su coste la distribución hasta el punto más cercano posible del usuario, de tal manera que éste sólo deba construir y costear la acometida individual que una la red de distribución con la caja de protección del usuario.

4. FOMENTO. EXENCIONES Y BENEFICIOS FISCALES

En el número anterior se había comentado la STC 176/1999, de 30 de septiembre, relativa a las exenciones y beneficios fiscales que la Ley catalana otorgaba al organismo autónomo de la Generalitat denominado Instituto para el Desarrollo de las comarcas del Ebro, en la que el Tribunal desestimaba el recurso al considerar que era posible una interpretación constitucional de la Ley en el sentido de que a dicho Instituto se le atribuirían sólo las exenciones y beneficios fiscales que corresponde conceder a la Generalitat respecto de sus propios tributos y, ya que nada se dice en relación a los tributos estatales y locales, no se invadirían competencias del Estado. En cambio, en dos votos particulares se abogaba por la conveniencia de haber dictado una sentencia interpretativa, puesto que el precepto impugnado equiparaba el *status* de dicho Instituto al *status* global que el Estatuto de Autonomía atribuye a la Generalitat, que no se limita a sus propios tributos, sino que se extiende a los tributos estatales y locales.

La STC 74/2000, de 16 de marzo, resuelve una cuestión del todo semejante a la citada, en relación, ahora, con el organismo autónomo Consejo de la Juventud de Murcia, creado por la Ley regional 8/1995, de promoción y participación juvenil. En efecto, al art. 32 de dicha Ley dispone que el citado Consejo gozará de las exenciones tributarias establecidas o que se establezcan en favor de dicha Comunidad Autónoma. El Tribunal Constitucional mantiene la misma posición sostenida en la Sentencia anterior, entendiendo que el precepto controvertido, que tiene como único y exclusivo campo de aplicación el ámbito de competencia del Parlamento de la Comunidad Autónoma, se interpreta de modo natural y no forzado en el sentido de que las exenciones de que pueda gozar el Consejo de la Juventud de la Región de Murcia han de referirse necesariamente a las que pueda establecer la Asamblea regional en relación con los tributos de su competencia. Se desestima, pues, el recurso. Se acompaña sólo un voto particular, en lugar de los dos emitidos en la ocasión anterior, que no hace más que remitirse al precedente.

5. INDUSTRIA

A) Actividad de fomento

Dentro de una línea jurisprudencial abundante y uniforme en sus planteamientos, debemos dar cuenta una vez más en esta sección de la resolución de conflictos derivados de la actividad de fomento en grandes áreas de expansión industrial.

La STS de 28 de octubre de 1999, Ar. 8256, resuelve la impugnación del acuerdo por el que se entendió acreditado el incumplimiento de alguna de las condiciones del acto subvencional y se dispuso la devolución de la subvención más los intereses. El Tribunal Supremo lleva a cabo una comprobación de los hechos y estima que se produjo el incumplimiento de la condición de creación de puestos de trabajo, confirmando en consecuencia (con cita de abundante jurisprudencia propia anterior) la imposición de devolución de la subvención recibida.

La STS de 10 de noviembre de 1999, Ar. 8804, también siguiendo una línea jurisprudencial abundante a la que nos hemos referido en esta sección, aprecia la existencia de prescripción del derecho de la Administración a exigir la devolución de lo entregado como subvención, por haber transcurrido más de cinco años computados desde el momento en el que el reclamante debió proceder al cumplimiento de las obligaciones asumidas.

B) Seguridad industrial

La STS de 17 de diciembre de 1999, Ar. 8781, debió enfrentarse al problema relativo al ámbito de aplicación de la Instrucción Técnica Complementaria APQ-001, sobre almacenamiento de líquidos inflamables y peligrosos. Anulado en primera instancia el acto por el que se impuso a determinada empresa la sujeción a esta normativa, el Tribunal Supremo confirmó la no aplicabilidad de la citada ITC al supuesto examinado.

El núcleo del debate se centró en precisar si en el caso examinado (instalaciones relativas a un proceso que tiene como objeto la fabricación de aguardientes, compuestos y licores añejados en envases de madera) era o no exigible la sumisión a las medidas de seguridad previstas en la ITC antes citada. Para ello debía atenderse a lo establecido en el artículo 2 del RD 668/1980, según el cual sus normas y las Instrucciones Técnicas Complementarias se aplicarían a las instalaciones de almacenamiento, manutención y traslado de productos químicos no integradas en las unidades de proceso, y no serán aplicables a los productos y actividades para los que existan reglamentaciones legales específicas, reglándose en este caso por las mismas.

En base a ello, El Tribunal Supremo, confirmando la Sentencia apelada, entendió no aplicable la ITC al caso enjuiciado, al existir reglamentaciones específicas a las que someter la actividad.

6. MERCADO DE CRÉDITO

Los conflictos judiciales en materia de la intervención administrativa sobre la actividad crediticia se suelen manifestar con ocasión del ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración. Si bien las cuestiones de fondo responden esencialmente a la dogmática del derecho sancionador administrativo, recogeremos en esta sección de forma sucinta las sentencias relativas a esta conflictividad.

La Sentencia de 26 de noviembre de 1999, Ar. 8274, confirma la nulidad de las sanciones impuestas a una entidad de financiación “ por exceso de riesgo en determinadas operaciones y falta de dotación al fondo de previsión de riesgos” al estimar que tales sanciones se impusieron vulnerando el principio de reserva legal en materia sancionadora.

XIV. Derecho Administrativo Económico

Las sanciones fueron impuestas en base al RD 896/1977 y Orden Ministerial de 19 de junio de 1979. El Tribunal estima que el RD 896/1977 se limita a fijar unas genéricas obligaciones sin predeterminar las sanciones aplicables. La Orden sí que contiene una relación precisa de infracciones y sanciones, pero carece evidentemente del rango legal necesario. En consecuencia, se desestima la apelación interpuesta por el Abogado del Estado y se confirma la nulidad de las sanciones en su día impuestas.

La **STS de 20 de septiembre de 1999**, Ar. 7713, desestima el recurso interpuesto frente a la imposición por el Consejo de Ministros de diversas sanciones, en aplicación de la Ley 26/1988, a personas que ostentaban cargos de alta dirección en una entidad privada de crédito. El Tribunal rechaza los argumentos sobre vulneración del principio *non bis in idem*, falta de culpabilidad y desproporción de la sanción.

7. PESCA

A) Censo de la flota

Impugnadas dos resoluciones del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación sobre revisión anual del censo de la flota bacaladera y de buques arrastreros, el Tribunal Supremo desestimó el recurso interpuesto en la **Sentencia de 28 de septiembre de 1999**, Ar. 8630.

Uno de los motivos de oposición frente a una de las Resoluciones fue de tipo procedimental, concretamente la falta de audiencia del sector bacaladero que actúa como demandante. El Tribunal, tras el análisis del expediente, aprecia que sí existió audiencia en relación al concreto extremo de la revisión del censo, materia que era la propia de la Resolución impugnada, desestimando en consecuencia la alegación.

Otro motivo de oposición, que afectaba ya al contenido de las Resoluciones, se centró en el hecho del no reconocimiento del derecho a la pesca con relación a las especies asociadas al bacalao. Frente a este motivo de impugnación el Tribunal manifiesta que la Resolución discutida no se refería a esta cuestión, pues se limitó a revisar el censo anual. Al no formar parte de la Resolución impugnada la cuestión a la que alude el recurrente, el Tribunal estimó que no procedía atender a la reclamación planteada.

Por último, la Resolución relativa a buques congeladores se impugna en base a que la misma no respeta el criterio de habitualidad fijado en las normas generales para elaborar el censo. El Tribunal rechaza también este argumento al entender que la normativa aplicable no establece el criterio de habitualidad como criterio único, pudiendo también considerarse para la elaboración del censo la disponibilidad de caladeros o la idoneidad del buque u otras circunstancias.

B) Orden de vedas. Distribución competencial en la materia

Mediante Resolución de la Consejería de Medio Ambiente y Urbanismo del Principado de Asturias, se fijaron las normas para el ejercicio de la pesca durante 1992. Dichas normas fueron impugnadas por el Abogado del Estado por razones de orden competencial. El recurso fue desestimado en primera instancia, recurriéndose dicha Sentencia en casación. El TS desestimó el recurso mediante la **Sentencia de 10 de noviembre de 1999**, Ar. 8956.

Como se ha señalado el conflicto que dio lugar a la Sentencia citada tenía una base competencial. El Abogado del Estado defiende la competencia estatal a partir de su competencia en materia medio ambiental, mientras que la entidad autora de la resolución sostiene que se trata de una Resolución dictada al amparo de la competencia autonómica en materia de pesca en aguas interiores, fluviales y lacustres.

El Tribunal Supremo, recogiendo jurisprudencia propia anterior, establece que “en la determinación y valoración de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, el principio general es el de la competencia de las Comunidades Autónomas para regular el ejercicio de la caza y la pesca, respetando lo dispuesto en la Ley 4/1989”. En consecuencia, se desestima el recurso, y se confirma la validez de la norma autonómica impugnada. Ello no obstante, se añade que el Estado podrá ejercitar su competencia en materia de medio ambiente, incidiendo en su caso sobre la materia de caza y pesca, si bien en este caso deberá legislar sin regular acabadamente la materia, a fin de no dejar sin contenido las competencias propias de las Comunidades Autónomas.

8. PRECIOS. MÁRGENES COMERCIALES

El RD 165/1997, de 7 de febrero, estableció los márgenes correspondientes a la dispensación al público de especialidades farmacéuticas de uso humano, reduciéndolos en dos puntos porcentuales con respecto a la situación anterior. La Disposición Transitoria Primera dispuso que los nuevos márgenes serían de aplicación a partir del primero de marzo, pudiendo venderse hasta esta fecha las existencias en stock aplicando los márgenes anteriores, y de igual modo, pudiendo facturarse a la Seguridad Social según los márgenes anteriores hasta la misma fecha de primero de marzo de 1997.

El citado RD dio lugar a una pluralidad de recursos, interpuestos por el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos (**STS de 5 de noviembre de 1999**, Ar. 9295), por diversas entidades colegiales de farmacéuticos (**SSTS de 5, 8 y 14 de noviembre de 1999**, Ar. 9294, 9296 y 9298) y por el Sindicato libre de farmacéuticos de Valencia (**STS de 8 de noviembre de 1999**, Ar. 9297). En las Sentencias citadas se desestiman los recursos, y se abordan en profundidad diversas cuestiones de interés en relación a las alegaciones de los recurrentes en los diversos recursos. Los temas tratados se refieren a cues-

XIV. Derecho Administrativo Económico

ciones competenciales en materia de productos farmacéuticos, al régimen de la política general de precios y de los márgenes comerciales, al contenido de la regulación del ejercicio profesional, a la naturaleza de la actividad farmacéutica, o al sistema de fuentes, con especial referencia en este último caso a la reserva de ley, la irretroactividad de las normas, la seguridad jurídica o el principio de confianza legítima. De forma resumida mencionaremos algunas de estas cuestiones.

Así, en la **STS de 5 de noviembre de 1999**, Ar. 9294, se rechaza la alegación de incompetencia del Estado para dictar la norma, al estimar el Tribunal que el objeto de litigio versaba sobre la materia de legislación de productos farmacéuticos, materia que es competencia del Estado, ya ejercitada por otra parte en la Ley del Medicamento de 1990, y no sobre la materia de ordenación de la profesión farmacéutica como pretendía la entidad recurrente. Por tanto, se establece en la Sentencia que el ente competente para dictar la norma era el Estado y no la Comunidad Autónoma, lo que lleva a desestimar este motivo de oposición a la validez del Real Decreto impugnado.

La vulneración del principio de reserva legal, alegación que aparece en la mayoría de los recursos con algunos matices diferenciales, es también rechazada. Para el Tribunal Supremo el Gobierno hizo un uso correcto de la remisión normativa a su favor contenida en la Ley del Medicamento, sin que por otra parte pueda entenderse que la norma en cuestión esté vinculada por la reserva legal del artículo 36 de la CE, precepto relativo a la regulación del ejercicio de la profesión.

También se rechaza la existencia de desviación de poder en el uso de la potestad normativa. En alguno de los recursos (SSTS de 5 y 8 de noviembre, Ar. 9295 y 9296) se alega que el Gobierno hizo uso de su potestad en materia de productos farmacéuticos no para intervenir en el sector, sino para lograr un fin general de política económica, la contención de los precios. Se rechaza esta argumentación, al entender el Tribunal que precisamente la contención del gasto es un dato trascendente en la intervención sobre precios y márgenes.

La cuestión más conflictiva, seguramente, es la que planteaba lo dispuesto en la Disposición Transitoria, al imponer dicho precepto la aplicación de los nuevos márgenes a los productos en stock, tras un pequeño período transitorio en el que se podían seguir aplicando los precios anteriores. Esta regulación es impugnada en base a diversos argumentos.

Se alega, en primer lugar, el carácter retroactivo de la norma. La **STS de 15 de noviembre de 1999**, Ar. 9300, tras recordar la doctrina jurisprudencial en materia de los tipos de retroactividad, califica la retroactividad de este supuesto como de grado mínimo y, por tanto, reconoce la validez de la norma.

En segundo lugar se alega la existencia de vulneración del principio de confianza legítima, ya que se obliga a vender en base a unos precios diversos de aquellos que tuvo en cuenta el farmacéutico cuando compró el producto. Se rechaza también esta alegación

recordando el sentido del principio general del derecho de la confianza legítima y negando su aplicación al caso enjuiciado. El Tribunal destaca que en materia de productos farmacéuticos la existencia de la potestad administrativa de alteración de márgenes es conocida por los profesionales, que la fijación de márgenes es fruto de un largo procedimiento de fijación y que existe, aunque sea breve, un régimen transitorio para la aplicación de los nuevos márgenes.

Por último, destacaremos la consideración general que se contiene en la Sentencia citada en último lugar sobre la naturaleza de la actividad farmacéutica, para negar la existencia de derecho alguno al mantenimiento del margen. Dice la STS de 15 de noviembre de 1999, Ar. 9300, que:

“Conforme a un sistema de intervención administrativa como el que corresponde a un servicio de interés público como el farmacéutico, la adquisición de las especialidades farmacéuticas a un determinado precio no determina el nacimiento de un derecho a su venta con el mismo margen o porcentaje de ganancia existente en dicho momento, sino que a lo sumo, puede hablarse de una expectativa cuya razonabilidad de mantenimiento está condicionada por el régimen de precio autorizado que la Ley establece para los productos sanitarios de uso humano.”

9. TRANSPORTES

A) Terrestres

a) Ambulancias

El Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos interpuso recurso frente al RD 619/1998 por el que se establecen las características técnicas, equipamiento sanitario y dotación de personal de los vehículos de transporte sanitario por carretera.

Al margen de la alegación por falta de audiencia, que se rechaza por el Tribunal, se alega como vicio de fondo un mal uso de la discrecionalidad normativa. Para la entidad recurrente este mal uso se manifiesta en el hecho de que la norma establece que las ambulancias asistenciales serán atendidas no por un médico o por un ATS/DUE, sino por una persona con formación adecuada, sin que, por otra parte, se defina con precisión la distinción entre ambulancia asistencial con soporte vital básico o con soporte vital avanzado ni se determinen exactamente las técnicas a desarrollar en uno u otro tipo de ambulancia.

Esta alegación de fondo es también rechazada en la STS de 27 de octubre de 1999, Ar. 8255, pues el Tribunal entiende que el Real Decreto si establece una distinción entre los tipos de ambulancia y el personal necesario en cada caso, de manera que las ambu-

lancias que vayan a prestar el servicio de soporte vital avanzado deberán contar con un médico y un ATS/DUE, ambos con capacitación demostrable en transporte asistido, técnicas de reanimación y técnicas de soporte vital avanzado.

b) Auto-taxi

El RD 1211/1990, por el que se aprobó el Reglamento general de la Ley de ordenación de transportes terrestres, estableció un único régimen de licencias de auto-turismo, suprimiendo la distinción entre licencias A y B. Al mismo tiempo, estableció la obligatoriedad de que los titulares de licencias de clase B solicitaran el canje por las licencias de tipo A1, con la única salvedad de que los vehículos de clase B estaban obligados a ir provistos de contador taxímetro cuando realicen servicios que discurran íntegramente por suelo urbano o urbanizable.

En aplicación de este nuevo marco normativo, se solicitó el canje de licencias. El canje fue autorizado, pero entendiendo que los titulares de licencia B continuaban sometidos al régimen anterior, con la única novedad de tener que contar con contador o taxímetro. Es decir, se permitía seguir actuando en base a la licencia B, pero adecuando su contenido en lo relativo al contador o taxímetro.

Impugnada la resolución municipal, fue confirmada en primera instancia, pero el **Tribunal Supremo**, en la **Sentencia de 28 de octubre de 1999**, Ar. 7951, estima el recurso y establece que el canje debe realizarse sin condiciones. Entiende el Tribunal que la voluntad de la norma fue crear un único régimen de licencias, y no permitir mantener dos regímenes diferenciados. Concretamente afirma el Tribunal Supremo que:

“esta interpretación realizada por el Tribunal *a quo* no puede entenderse conforme a derecho, pues contradice de plano, como afirman los recurrentes, la finalidad que persigue el Reglamento al ordenar el canje de unas licencias por otras. No se trata de que con la indicada sola excepción, se mantenga el régimen anterior, sino de que se establece uno nuevo y unificado para las dos antiguas clases de licencias, debiendo interpretarse la antes mencionada salvedad en el sentido de que por el Reglamento se pretende asegurar que todos los vehículos dispongan de contador taxímetro cuando circulen por suelo urbano o urbanizable, obligación que no tenían los titulares de la antigua licencia de autoturismo”.

Como consecuencia, acuerda que el Ayuntamiento debe canjear las licencias de clase B por otras de clase A, debiendo aplicarse además a las antiguas licencias así canjeadas el mismo régimen de prestación de servicio. Por tanto, de hecho dejarán de existir dos tipos diferenciados de licencias.

c) Concesión

Declarada la nulidad de una concesión de servicio de transporte público de viajeros, el Tribunal de primera instancia ordenó que la adjudicación se sacara de nuevo a concurso. Dicha Sentencia fue impugnada en casación.

El **Tribunal Supremo** en la **Sentencia de 8 de octubre de 1999**, Ar. 9025, desestimó el recurso casacional, confirmando la Sentencia de primera instancia. Así, reiteró la existencia de una oferta inadecuada y temeraria. Rechaza también el Tribunal la alegación del recurrente en casación según la cual, el órgano jurisdiccional, al anular la adjudicación, se extralimitó en sus funciones. Extralimitación que se fundamenta en el hecho de haber revisado la actuación sustantiva de las Comisiones de clasificación y Grupos Técnicos de la Administración.

La Sentencia niega que en primera instancia se revisaran criterios técnicos sin pruebas periciales suficientes, ya que la Sentencia se limitó a enjuiciar las irregularidades producidas en el procedimiento de adjudicación, actividad esta propia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Por último, se formulan unas consideraciones de interés sobre la admisibilidad del recurso interpuesto frente a la adjudicación provisional del concurso, ya que el mismo podría haberse declarado inadmisibile al encontrarse el Tribunal ante un acto trámite. Para el Tribunal, el acto enjuiciado es un acto trámite cualificado desde la perspectiva del concursante que ve su propuesta rechazada, ya que el mismo queda fuera de la relación jurídica. Además, se añade, la no impugnación en este momento podría interpretarse como un acto de consentimiento. Por ello el recurso se admite.

d) Mercancías

Denegada la autorización de transporte de mercancías para un determinado vehículo, en aplicación de la OM de 31 de julio de 1987, el acto denegatorio fue impugnado desestimándose el recurso en primera instancia. Formulado recurso de apelación, también fue desestimado por la **STS de 30 de noviembre de 1999**, Ar. 8815.

La denegación se basó en la antigüedad del vehículo superior a los ocho años, dato fáctico que según la Orden de 31 de julio de 1987 impedía otorgar la autorización. Por tanto, el Tribunal estima correcto el acto administrativo, sin que admita tampoco la impugnación indirecta de la norma en que se basa tal acto.

En el supuesto de la **STS de 9 de diciembre de 1999**, Ar. 9208, el Tribunal sí estima el recurso frente a una denegación de autorización de tarjeta de transporte, ya que la misma se basó en que la actividad de la empresa autorizada entraría en abierta concurrencia con el servicio de transporte público.

El Tribunal Supremo, confirmando la Sentencia de instancia, estima que esta motivación está fuera del marco legal que define la potestad de intervención administrativa, y que además podría entrar en colisión con el principio de libertad de empresa del artículo 38 de la CE.

Por tanto, se estima el recurso, y se ordena retrotraer las actuaciones para que el recurrente pueda subsanar alguna deficiencia observada en su solicitud y pueda obtener posteriormente la autorización.

B) Transporte marítimo

Por el Abogado del Estado se impugnó en primera instancia la Orden del Departamento de comercio, consumo y turismo de la Generalidad de Cataluña por la que se establecían determinadas condiciones de seguridad para el transporte marítimo.

El Tribunal de primera instancia declaró la inadmisibilidad del recurso por entender que el conflicto correspondía en exclusiva al Tribunal Constitucional. Apelada la Sentencia, el Tribunal Supremo, en la STS de 11 de octubre de 1999, Ar. 7721, afirma su competencia, concurrente con la del Tribunal Constitucional, y anula la norma impugnada. El Tribunal entiende que la competencia para dictar la norma corresponde al Estado en virtud del título relativo a marina mercante, artículo 149.1.20ª CE, título prevalente sobre el de defensa del consumidor y usuario, alegado por la Generalidad de Cataluña.

C) Régimen sancionador

El artículo 142 de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en su apartado n) disponía que “tendrán la consideración de infracciones leves todas las que, suponiendo vulneración directa de las normas legales o reglamentarias aplicables en cada caso, no figuren expresamente recogidas y tipificadas en los artículos anteriores de la presente Ley”. El TSJ de Canarias cuestionó la constitucionalidad de la fórmula utilizada, en lo que se refiere a la vulneración de las “normas reglamentarias aplicables en cada caso”, por ser contraria al principio de tipicidad exigido por el art. 25.1 CE. El Tribunal Constitucional, en la **STC 60/2000, de 2 de marzo**, estima las cuestiones acumuladas y declara la inconstitucionalidad y nulidad del art. 142.n) de la LOTT, en lo que respecta a la inclusión de la expresión “o reglamentarias”.

En efecto, entiende que el precepto contiene una remisión al reglamento sin que vaya acompañada por una definición legal básica de la conducta prohibida por la propia Ley, lo cual significa dejar al poder reglamentario por entero y *ex novo* la definición de conductas susceptibles de sanción, lo cual es contrario al art. 25.1 CE. El Tribunal Constitucional se apoya en la doctrina establecida en la STC 341/1993, de 18 de noviembre, relativa a la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, para negar que la acotación de la materia sólo a los transportes terrestres o el carácter residual de la remisión permitan identificar las conductas punibles; antes al contrario, tiene en cuenta la complejidad del sector, que se expresa en la larga lista de conductas sancionables que contiene la propia Ley, para sostener la dificultad de predecir qué otras conductas pueden ser sancionables en virtud de regulación reglamentaria. Se precisa, además, que el Decreto del Gobierno Canario que prohíbe determinadas actuaciones no tiene carácter sancionador él mismo, sino que lo tiene la LOTT a que aquél se remite.

El voto particular de Garrido Falla disiente de la conclusión, entre otros motivos, por la consideración acotada del concreto sector material del transporte, cuya naturaleza exige una especial colaboración del Reglamento con la Ley, y que cuenta con unos destinatarios determinados, en gran parte habilitados por títulos específicos de concesión o autorización especial, sin que pretenda generalizar esa matización a cualquier otro sector o circunstancia.

10. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

A) Colegios profesionales. Negativa de visado. Fijación de módulos

En el último trimestre de 1999 el TDC ha dictado cuatro resoluciones sancionadoras en relación con Colegios Profesionales. Como es sabido, esto no es una novedad ya que los Colegios Profesionales son frecuentemente sujetos pasivos de expedientes sancionadores.

En la **Resolución de 19 de noviembre de 1999** (expediente 446/98), el TDC declara que el Colegio de Arquitectos de Madrid ha realizado una práctica restrictiva de la competencia y le impone una multa de 9 millones de pesetas. La infracción del artículo 6 LDC deriva de dos conductas.

La primera consiste en la negativa de visado de un encargo profesional hasta que el solicitante no afianzara el pago de los honorarios discutidos con un profesional anterior. Esta conducta ya había sido analizada por el TDC en anteriores resoluciones, como en la de 25 de junio de 1996.

Muy similar conducta es analizada en la **Resolución del TDC de 29 de octubre de 1999** que declara que el Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro ha infringido el artículo 6 LDC.

La segunda conducta consiste en negar el visado hasta que el proyecto presentado se ajuste al valor por metro cuadrado establecido en determinados módulos colegiales. Afirma el TDC que:

“resulta claro que el COAM tiene posición de dominio en la concesión de visados para la dirección de obra en la edificación de viviendas en la Comunidad Autónoma de Madrid y que ha abusado de dicha posición al negar el visado hasta que la entidad Félix Edad, SA no afianzó las cantidades por él impuestas a solicitud de un colegiado y hasta que no se ajustara el coste de edificación por metro cuadrado del proyecto al valor obtenido para el mismo a la aplicación de los módulos contenidos en la CT 7. Con la imposición de una fianza ha sustituido a la jurisdicción ordinaria en la adopción de medidas cautelares y ha perjudicado a las partes contratantes a la aceptación de su criterio, pues la elevación del presupuesto conlleva un incremento de los honorarios profesionales del arquitecto y del

XIV. Derecho Administrativo Económico

coste de la licencia de obras. En definitiva, es claro que el COAM con su actuación, que no ha negado en momento alguno, ha distorsionado las condiciones de competencia, causando perjuicios económicos a una tercera persona ajena a la relación Colegio-colegiado”.

Una conducta muy similar a ésta es la analizada por el TDC en su **Resolución de 23 de noviembre de 1999** en la que declara la realización de una práctica restrictiva de la competencia, prohibida por el artículo 1 LDC, por el Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos Industriales de Burgos consistente en establecer un baremo mínimo para los presupuestos de proyectos de instalaciones de calefacción individual en viviendas.

B) Cajas de ahorros. Cierre coordinado de oficinas. Autorización singular

El TDC, mediante su **Resolución de 15 de noviembre de 1999** (expediente A 249/98), ha autorizado el acuerdo suscrito entre Caja Rural del Jalón y Caja Rural de Zaragoza para el cierre coordinado de distintas oficinas de la primera en concretos municipios y de distintas oficinas de la segunda en otros municipios. El motivo del cierre de las oficinas es su carácter no rentable. Con el acuerdo se produce que una caja cierra oficinas en unos municipios mientras que la otra entidad las cierra en otros. El acuerdo también prevé la adscripción del personal a la entidad que mantenga la oficina abierta en el municipio y la transferencia de los depósitos y créditos.

La autorización del TDC se fundamenta en el apartado d) del artículo 3.2 LDC que refiere a supuestos que atendiendo su escasa importancia no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Al respecto afirma el TDC que:

“no puede negarse que las entidades solicitantes son relativamente pequeñas, que el acuerdo hace referencia a un número limitado de localidades, todas ellas de dimensión reducida, y que, por tanto, los efectos sobre la competencia han de ser escasos. La documentación aportada al caso permite observar que sólo en el caso de tres pequeñas localidades Aniñon, Menébraga y Terrer, superan las cuotas de mercado de alguna de las cajas afectadas el 30 por ciento y que, incluso en esas tres pequeñas localidades, existe otra entidad, Ibercaja, que mantiene una importante cuota de mercado. Si bien es cierto que, en el segmento minorista de la banca, la implantación en un mercado geográfico constituye un elemento competitivo de gran importancia, no lo es menos que el mercado relevante a esos efectos rebasa, sin duda, los límites de esas pequeñas localidades, dentro de las cuales subsiste, además, un importante competidor. La consideración de escasa importancia del acuerdo, a la que hace referencia la Ley, parece, por tanto, plenamente aplicable al caso”.

En este caso, es especialmente relevante la limitada cobertura geográfica del acuerdo analizado. Cabe recordar que el TDC había declarado no autorizable un pacto de limitación geográfica de la competencia entre las cajas rurales con carácter general (expediente 401/97).

C) Recomendación colectiva. Distribución de carburantes. Rechazo de comisiones. Exigencia de nueva negociación

La Resolución del TDC de 3 de diciembre de 1999 (expediente 449/99) declara que la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio ha incurrido en infracción del artículo 1.1 LDC al elaborar y difundir una recomendación colectiva a las estaciones de servicio para que adopten una postura de rechazo a las comisiones propuestas por las empresas petrolíferas, exijan una nueva negociación y para proponer medidas colectivas de presión.

La Confederación alega que la circular en que se formula la recomendación colectiva se ubica en un contexto crítico para el sector derivado de los proyectos de modificaciones normativas, medidas de liberalización de la comercialización de carburantes y de la situación de oligopolio del mercado. Al respecto afirma el TDC que:

“por lo que se refiere al llamado cartel defensivo, al igual que sucede con el cartel de crisis, el Tribunal recuerda que no puede tener otro amparo legal que el que pudiera ofrecerle el artículo 3 LDC, en el caso en que cumpliera los requisitos que dicho artículo establece y siempre que obtuviera la autorización correspondiente de acuerdo con el artículo 4 LDC”.

D) Negativa de venta. Exportaciones paralelas. No afectación al mercado nacional

El TDC en su Resolución de 17 de diciembre de 1999 (expediente 408/97) analiza una controversia de exportaciones paralelas.

El expediente se origina por una denuncia de Climaxpania, SL, que es suministrador no exclusivo domiciliado en Vigo de Panasonic Spain, SA, contra esta compañía por negarse a suministrarle equipos de aire acondicionado con el ánimo de impedir su exportación posterior a Portugal y Reino Unido.

La controversia se origina cuando Panasonic desatiende la programación mensual de pedidos formulada por la denunciante. Panasonic afirma que la conducta deriva del envío fuera de plazo de la programación lo que impidió planificar a tiempo la fabricación. En cambio, la denunciante considera que la conducta deriva de la voluntad de impedir las exportaciones paralelas. Por ello, dilucidar si la desatención deriva de la necesidad de programación resulta clave en este expediente:

“con el fin de salir de dudas, una vez celebrada la vista, el Tribunal se reunió en sesión plenaria el 29 de julio de 1999 y acordó mediante Providencia, conforme a lo dispuesto en el art. 42 LDC una Diligencia para mejor proveer en la que se interesaba de Panasonic la remisión al Tribunal de las copias de todas las programaciones de compras para 1996 recibidas de sus clientes relativas a los aparatos de aire acondicionado aquí estudiados, así como las de todos los pedidos de los mismos equipos satisfechos efectivamente a los clientes citados.

XIV. Derecho Administrativo Económico

El resultado de esta Diligencia permitiría al Tribunal probar si la explicación que Panasonic había dado a la desatención por su parte de la programación mensual de pedidos que le había hecho Climaxpania se correspondía o no con la realidad. Pues bien, hay que decir que ese resultado ha sido, efectivamente, muy ilustrativo: los datos aportados prueban, contra lo afirmado por Panasonic, que la fecha de entrega de la programación de pedidos no es determinante de los pedidos que efectivamente se sirven. Los datos aportados prueban eso, pero es que además resulta cuanto menos chocante que no se hayan aportado informaciones de los clientes servidos desde ciertos distribuidores so pretexto de que daban la información por teléfono o que explícitamente se reconozca que tampoco figura entre los datos que se aportan al Tribunal el relativo a un cliente que, por su destacada importancia en el sector de la distribución comercial y su extensa implantación en todo el territorio nacional, cabe pensar que venda numerosos aparatos de los que son objeto del expediente”.

Aclarado que la desatención no deriva de la necesidad de programación de la fabricación, la Resolución atiende a la existencia de una práctica colusoria entre Panasonic y su distribuidor exclusivo en Portugal. La colusión ha consistido en impedir las exportaciones paralelas a Portugal de equipos de aire acondicionado desde España al negar el suministro al distribuidor no exclusivo que opera en Vigo.

El SDC había considerado que la conducta infringía el artículo 1 LDC y el artículo 85 TCE. En cambio, el TDC estima que no concurre infracción al artículo 1 LDC por la cláusula de sujeción “en todo o en parte del mercado nacional”. Sí considera que existe infracción de la norma comunitaria. Como indica la Resolución:

“Éste es el caso: en el presente, nos encontramos con una conducta que, aunque llevada a cabo por una empresa española, no tiene la aptitud de afectar al mercado español, ni en su totalidad ni en parte, sino que afecta al mercado portugués exclusivamente y, allí sí, impidiendo la competencia. No hay pues vulneración del art. 1 LDC.”

El TDC considera, en definitiva, que existe infracción del artículo 85 del derecho comunitario y procede a imponer una multa de 150.000 euros a Panasonic y de 60.000 a la empresa distribuidora en Portugal.

E) Líneas aéreas. Acuerdos de interlínea. Incrementos de tarifas

En el año 1997, Iberia y Aviaco suscribieron con Spanair y Air España distintos acuerdos de interlínea. Estos acuerdos son conciertos de voluntades que permiten la venta, el endoso, la aceptación de pasajes y el sistema de reembolso entre las compañías. Se trata de una forma de cooperación entre las compañías aéreas que puede tener un contenido muy diverso.

Los acuerdos interlínea han sido objeto de una extensa regulación en derecho comunitario en el marco del proceso de liberalización del transporte aéreo, que el TDC analiza en

la **Resolución de 29 de noviembre de 1999** (expediente 432/98). Esta Resolución declara que la suscripción de los indicados acuerdos de interlínea constituye una conducta restrictiva de la competencia e impone a Iberia una multa de 75 millones de pesetas, a Aviaco una de 45 millones, a Air España una de 10 millones y a Spanair también de 10 millones.

Afirma el TDC que:

“los cinco Acuerdos de interlínea suscritos el 25 de abril de 1997, dadas las importantes diferencias tarifarias que existían entre las compañías públicas y las privadas y al no establecer un mecanismo de compensación de las posibles variaciones de precios entre las empresas participantes a lo largo de la vigencia de los contratos, pueden producir el efecto de restringir la competencia en el mercado nacional del transporte aéreo regular de pasajeros, puesto que dichos acuerdos vinculan directamente la tarifa turista de Iberia y Aviaco con la tarifa ‘C’ de Air España y Spanair y, además, condicionan decisivamente la variación de las tarifas ‘C’ de Iberia y Aviaco y las tarifas de la clase turista de Air España y Spanair, ya que la relación entre los precios de las plazas preferentes de un avión y los de las plazas ‘standard’ debe mantenerse dentro de una estrecha franja de oscilación”.

No obstante, el criterio mayoritario del TDC se aparta del sostenido por el SDC relativo a que los acuerdos de interlínea implicaban también una colusión de subida de precios. El TDC viene a compartir el criterio de las compañías afectadas de que la subida de tarifas no es consecuencia de la colusión entre ellas. De forma muy resumida los argumentos de la subida de tarifas son: la disminución de los permisos de aterrizaje y despegue en los aeropuertos de Madrid y Barcelona; la importancia de los incrementos de costes producidos, fundamentalmente en combustible, alquiler y amortización de flotas; la consiguiente cuenta de resultados negativos acumulados por las empresas de menor dimensión; el carácter reactivo y consecutivo de las modificaciones tarifarias de cada empresa; la consistencia de los movimientos tarifarios de las empresas imputadas; es lógica la subida de precios de las empresas privadas dada su situación financiera. Es decir, el TDC considera que existe una explicación alternativa coherente del incremento tarifario distinta de la colusión.

La Resolución se dicta con tres votos particulares que comparten el criterio del SDC de que ha existido un acuerdo de tarifas entre las compañías.

F) Líneas aéreas. Vuelos chárter. Bases de cotización

La **Resolución del TDC de 23 de diciembre de 1999** (expediente 447/98) versa también sobre el sector de las líneas aéreas, pero en este caso en relación con los vuelos chárter que tienen unas características desde la óptica de la competencia distintas a los de las líneas regulares. El TDC considera que distintas empresas del sector infringieron el artículo 1.1 LDC al adoptar un acuerdo de fijar las bases de cotización a los operadores turísticos en el mercado nacional de los vuelos chárter para la temporada 1997/1998.

En el expediente tramitado se ha acreditado que se alcanzó un acuerdo para aplicar determinadas bases para la fijación de la cotización a los operadores. Al respecto es claro el TDC cuando afirma:

“Al analizar las bases de cotización resulta, pues indudable que, al menos, dicho acuerdo tuvo el objeto y pudo producir el efecto de restringir la competencia entre las compañías aéreas que lo establecieron, al pretender facilitar la coordinación comercial de las mismas mediante la adopción de un mecanismo que hace posible definir una pauta común de comportamiento.”

Y más adelante, tras exponer las argumentaciones de las empresas imputadas:

“El Tribunal considera que, desde la perspectiva del simple análisis de los hechos, no pueden ser estimadas las alegaciones de las partes imputadas. Las bases están diseñadas y funcionan como una recomendación para que las compañías aéreas partan de una base común e igual de incremento de dos componentes esenciales del coste, el dólar y el combustible, lo que resulta una elaboración artificial de una postura en la negociación con el operador, por lo cual el Tribunal considera que tiene razón el Servicio cuando afirma que el acuerdo tiene el objeto de facilitar la coordinación de las compañías en su negociación con los fletadores al contar todas con las mismas referencias sobre la evolución de los precios de tan importantes factores, proporcionando una idea común de la pauta de actuación de las empresas de la competencia. Por ello, entiende el Tribunal que resulta evidente que, al menos, con las bases se eliminan la incertidumbre respecto de cuál es el incremento del precio, que, de entrada, va a pedir un competidor y se hace creer al cliente que éste es un incremento objetivo. No se trata de meras estadísticas o esquemas de cálculo, sino de un verdadero acuerdo de incremento mínimo de precios o de una parte de los mismos”.

11. TURISMO

Diversas leyes de contenido expropiatorio han tratado de fundar su adecuación a fines de interés general con el recurso a la existencia de fines turísticos de interés social incluidos en la reforma normativa en cuestión. Este recurso a los fines de interés turístico como causa de determinadas normas de contenido expropiatorio ha planteado una serie de importantes problemas. La **STS de 8 de octubre de 1999**, Ar. 8663, se enfrenta a esta temática en relación a una expropiación forzosa que trae causa de la Ley del Parlamento catalán 2/1989 de ordenación de centros recreativos turísticos.

El conflicto a que nos hemos referido se suscita con ocasión de la impugnación del justiprecio dentro de una expropiación basada en la ley citada. Al impugnar el justiprecio el recurrente solicita al Tribunal que plantee cuestión de inconstitucionalidad frente a la citada 2/1989, al estimar que la norma favorece a las entidades privadas que se harán cargo de las adjudicaciones, por lo que no existe una causa de interés social legitimadora de la actuación expropiadora.

El Tribunal, reiterando su doctrina de la STS de 16 de julio de 1997, Ar. 6079, y amparándose en doctrina del Tribunal Constitucional, rechaza el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Para el Tribunal Supremo la fijación de los fines de interés social se halla en el núcleo de la actividad discrecional del legislador, el cual goza de un margen razonable para determinar en cada momento qué fines pueden ser considerados como de interés social. En este sentido se concluye que no es arbitrario afirmar que la implantación de centros recreativos de determinadas características puede llevar consigo efectos beneficiosos de interés general para el país, en este caso, Cataluña.

LUIS ARROYO JIMÉNEZ

LLUIS CASES PALLARÉS

TOMÁS FONT I LLOVET

ELISENDA MALARET GARCÍA

JOAQUÍN TORNOS MAS

XV. EDUCACIÓN, SANIDAD Y BIENESTAR SOCIAL**Sumario:**

1. Consumo. A) Obligación de embotellado de los vinos con denominación de origen calificada en su zona de producción. **2. Deporte.** A) Libre prestación de servicios y participación en competiciones de alto nivel de deportistas semiprofesionales. B) Libre circulación de trabajadores y reglamentaciones deportivas que establecen períodos de contratación para no adulterar las competiciones. **3. Educación.** A) Universitaria. a) En el requisito de los dos años para presentarse a la evaluación de la actividad docente (“quinquenios”) no computa el tiempo de servicios prestados como funcionario interino. b) El título de Doctor en Derecho Canónico otorgado por la Universidad de Navarra no es homologable por el civil de Doctor en Derecho. c) El derecho del alumno a la revisión de su examen. B) No Universitaria. a) Derecho de alumna que supera con un año de adelanto la Educación General Básica a que se le expida el Título de Graduado Escolar y a matricularse en el primer curso del Bachillerato Unificado Polivalente. b) El Real Decreto de elección de Centro educativo no es ilegal. **4. Extranjeros.** A) Caracterización de la autorización judicial para la expulsión de un extranjero encartado en un proceso penal. B) La concesión del derecho de asilo no requiere prueba plena, pero sí indicios suficientes de persecución. **5. Juego.** A) Adjudicación y ubicación de establecimientos de venta y recogida de lotería en función de la rentabilidad y mejora de la funcionalidad vendedora. **6. Sanidad.** A) Régimen transitorio del margen comercial de medicamentos. B) El derecho constitucional a la salud no conlleva la gratuidad de los certificados médicos.

1. CONSUMO**A) Obligación de embotellado de los vinos con denominación de origen calificada en su zona de producción**

La STJCE de 16 de mayo de 2000 responde a la cuestión planteada por el Reino de Bélgica (apoyado por Dinamarca, Holanda, Finlandia y Gran Bretaña) contra el Reino de España (a su vez respaldado por Italia, Portugal, y la propia Comisión de las

Comunidades Europeas) en relación con la normativa que obliga al embotellado en las mismas bodegas situadas en la zona de producción de los vinos de calidad producidos en regiones determinadas [en particular la cuestión se ciñe a la interpretación del art. 3.2 del Reglamento de denominación de origen de la Rioja (BOE de 9 de abril de 1991) y el art. 19.1.b) del Real Decreto 157/1988, todo ello relacionado con los arts. 84 y ss. de la Ley 25/1970, que regula el estatuto de la viña y el vino, y el Reglamento del Consejo 823/1987, por el que se establecen disposiciones específicas relativas a los vinos de calidad].

En una primera Sentencia de 9 de junio de 1992 (caso “Delhaize”) el Tribunal de Justicia dictaminó que una normativa nacional que, por una parte, “limita la cantidad de vino que puede exportarse a granel a otros Estados miembros y que, por otra, no somete a restricción cuantitativa alguna las ventas de vino a granel entre las empresas situadas en el interior de la zona de producción tiene como efecto restringir específicamente las corrientes de exportación del vino a granel y, en especial, proporcionar, de esta forma, una ventaja particular para las empresas de embotellado situadas en la zona de producción”.

En 1995 el Gobierno belga interpone recurso contra España por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Sentencia Delhaize al no haber modificado el citado RD 157/1988. Sin embargo, el Gobierno español responde que su normativa no limita en modo alguno la cantidad de vino producido en la zona de La Rioja que puede exportarse a granel. Sostiene que su único objetivo y su único efecto es prohibir todo empleo indebido y no controlado de la denominación de origen calificada Rioja. El Gobierno español destaca que la venta de vino a granel dentro de la zona no está autorizada en términos generales, en la medida en que toda expedición de vino dentro de la zona debe ser previamente autorizada por el Consejo Regulador del Rioja y ha de tener como destino exclusivo las bodegas embotelladoras que estén autorizadas por dicho Consejo Regulador. Con independencia de ello existen en la zona empresas que han optado por dedicarse a la comercialización de vinos también producidos en la zona, pero que no están protegidos por la denominación de origen calificada.

De modo complementario, los Gobiernos español, italiano y portugués, así como la Comisión consideran que el embotellado forma parte integrante del proceso de fabricación del vino. Constituye una etapa de la elaboración del producto, de forma que sólo puede considerarse verdaderamente originario de la zona un vino embotellado en ella. De ello resulta que un vino embotellado fuera de la zona Rioja que llevara la denominación de origen calificada Rioja infringiría el derecho exclusivo de utilizar dicha denominación, que pertenece a la colectividad de los productores de la zona cuyo vino reúne los requisitos para acogerse a ella, incluido el del embotellado en la zona. Así, los efectos restrictivos del requisito controvertido se justifican por razones relativas a la protección de la propiedad industrial y comercial contemplada en el artículo 36 del Tratado. En este contexto el Tribunal de Justicia considera conforme al Derecho Comunitario la legislación española, a pesar de sus efectos restrictivos sobre los intercambios, siempre que se

demuestre que constituye un medio necesario y proporcionado para proteger la denominación de origen calificada Rioja.

En este sentido se argumenta que el transporte y embotellado fuera de la zona de producción supone un riesgo para la calidad del vino, ya que la operación de embotellado no se reduce simplemente a rellenar recipientes vacíos, sino que incluye una serie de intervenciones enológicas complejas (filtración, clasificación, tratamiento en frío, etc.) que pueden modificar sus características. Los controles efectuados fuera de la zona de producción, conforme a las normas comunitarias, proporcionan menos garantías para la calidad y la autenticidad del vino que los efectuados en la zona, ya que no garantizan, como señala la Comisión, el origen ni el estado original del vino transportado a granel, ni la conservación de su calidad durante el transporte, puesto que sólo se articula un control documental de las cantidades transportadas. Por el contrario, la normativa española prevé que los vinos de denominación de origen calificada deben ser sometidos, partida por partida, a exámenes organolépticos y analíticos. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia admite que la medida cuestionada tiene como objetivo proteger “la gran reputación del vino de Rioja” mediante un reforzamiento del control de sus características particulares y de su calidad, y está justificada por ser una medida que protege la denominación de origen calificada de la que se beneficia la colectividad de productores afectados y que reviste para ellos una importancia decisiva.

Por último, el Tribunal examina si para alcanzar idénticos objetivos podrían existir medidas alternativas menos restrictivas y, al respecto concluye que la reputación de la denominación de origen calificada podría verse negativamente afectada si en el etiquetaje se hiciese constar el lugar en que se ha realizado el embotellado. La mera coexistencia de dos procesos de embotellado diferentes, dentro y fuera de la zona de producción, podría afectar al crédito de que goza entre los consumidores la colectividad beneficiaria de la denominación de origen.

2. DEPORTE

A) Libre prestación de servicios y participación en competiciones de alto nivel de deportistas semiprofesionales

La STJCE de 11 de abril de 2000 (caso “Deliège”) debe responder a la cuestión prejudicial planteada por un Tribunal belga sobre si es o no contrario al Tratado de Roma y, en particular, a la libre prestación de servicios el hecho de obligar a un deportista profesional o semiprofessionalizado a estar en posesión de una autorización de su federación deportiva para poder tomar parte en una competición internacional en la que no se enfrenten equipos nacionales.

En contra de las alegaciones presentadas por la Comisión y los representantes de los Gobiernos de la Unión que comparecen, el Tribunal admite pronunciarse sobre la cuestión planteada partiendo de la circunstancia de que la calificación de *amateurs* que pueda atribuir una asociación o federación a los deportistas que son miembros de las mismas,

no excluye que éstos desempeñen actividades económicas, concretadas en primas, ayudas, premios o subvenciones en función de los resultados, o contratos de patrocinio, lo que hace que desde la perspectiva de los arts. 2 y 59 del Tratado de la Comunidad Europea no pueda excluirse su vertiente semiprofesional.

Sin embargo, en cuanto a la cuestión de fondo, el Tribunal entiende que las normas de selección para participar en competiciones internacionales, y las correspondientes autorizaciones federativas inherentes a la organización de las competiciones, no constituyen, en sí mismas, una restricción a la libre prestación de servicios. Además se indica que, a diferencia del caso Bosman, las normas de selección controvertidas no determinan las condiciones de acceso de los deportistas al mercado de trabajo y no contienen cláusulas de nacionalidad que limiten el número de nacionales de otros Estados miembros que puedan participar en una competición.

B) Libre circulación de trabajadores y reglamentaciones deportivas que establecen períodos de contratación para no adular las competiciones

La STJCE de 13 de abril de 2000 (caso “Lethonen”) examina la cuestión relativa a si las disposiciones reglamentarias de una federación deportiva que prohíben a un club alinearse por primera vez a un jugador en competición, si ha sido fichado después de una determinada fecha, son o no contrarias al Tratado de Roma, tratándose en el caso de un jugador profesional nacional de un Estado miembro de la Unión Europea.

En el presente supuesto no hay duda sobre la condición de trabajador del deportista, del mismo modo que existe unanimidad al considerar que los plazos de transferencia de los jugadores representan un obstáculo a la libre circulación de los trabajadores. El objeto del litigio se centra, por lo tanto, en determinar si los plazos para la transferencia de los jugadores se justifican por motivos no económicos, que sólo conciernen a las regularidad de la competición deportiva.

En la normativa deportiva cuestionada se establece que las transferencias de los jugadores procedentes de una federación, que no pertenezca a la zona europea, la fecha límite será el 31 de marzo, y no la del 28 de febrero, que se aplica únicamente a los jugadores procedentes de una federación de la zona europea. El Tribunal considera que tal normativa parece ir más allá de lo que resulta necesario para alcanzar el objetivo perseguido, ya que de los elementos que obran en autos no se desprende que la transferencia realizada entre el 28 de febrero y el 31 de marzo de un jugador procedente de una federación de la zona europea presente más riesgos para la regularidad del campeonato que la transferencia, durante ese mismo período de tiempo, de un jugador procedente de una federación no europea.

No obstante, el Tribunal de Justicia decide que corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar en qué medida tal diferencia de trato se justifica por razones obje-

tivas que se refieren únicamente al deporte como tal, o que obedezcan a diferencias existentes entre la situación de los jugadores procedentes de una federación europea o no europea.

3. EDUCACIÓN

A) Universitaria

a) En el requisito de los dos años para presentarse a la evaluación de la actividad docente (“quinquenios”) no computa el tiempo de servicios prestados como funcionario interino

Tal y como se recoge en el encabezamiento de este apartado, **STS de 29 de octubre de 1999**, Ar. 8954, dictada en un recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por una determinada Universidad, ha fijado como doctrina legal que:

“El tiempo de servicios prestados como funcionario interino no es computable a efecto del cumplimiento del período de dos años desde el acceso a cualquier plaza del correspondiente Cuerpo docente universitario, que el artículo 2.5.1 del Real Decreto 1086/1989, de 28 de agosto, exige para obtener el derecho a ser evaluado, con el fin de percibir el componente del complemento específico por méritos docentes a que se refiere el artículo 2.3.c) del texto reglamentario mencionado.”

b) El título de Doctor en Derecho Canónico otorgado por la Universidad de Navarra no es homologable por el civil de Doctor en Derecho

En la **STS de 20 de diciembre de 1999**, Ar. 8789, ratifica la legalidad de la denegación por parte del Ministerio de Educación y Ciencia de la homologación del título de Doctor en Derecho Canónico, otorgado por la Universidad de la Iglesia de Navarra, con el de Doctor en Derecho, en razón de los diversos requisitos previos exigidos en uno y otro caso (en el del título civil, más amplios que en el eclesiástico).

c) El derecho del alumno a la revisión de su examen

Por **Sentencia de 15 de febrero de 2000**, Ar. 563, dictada en un recurso planteado por un alumno de determinada Universidad que había suspendido una asignatura en las convocatorias de junio y septiembre, el Tribunal Supremo proclamará el derecho que le asiste al alumno a revisar el examen conforme a las normas de procedimiento y régimen interno –según establecen los Estatutos de la Universidad–; lo que no queda respetado con haber recibido una carta del profesor “que afirmaba ser quien había corregido su examen y le daba determinadas explicaciones, personales y subjetivas, acerca de la calificación recaída en el mismo”.

B) No universitaria**a) Derecho de alumna que supera con un año de adelanto la Educación General Básica a que se le expida el Título de Graduado Escolar y a matricularse en el primer curso del Bachillerato Unificado Polivalente**

Ratificando lo ya dicho en un anterior pronunciamiento de 18 de septiembre de 1987, el Tribunal Supremo en esta **Sentencia de 23 de diciembre de 1999**, Ar. 10062, considera que el derecho fundamental a la educación exige interpretar el Real Decreto 69/1981, de 9 de enero, en el sentido de que, ante la falta de previsión normativa al respecto, debe permitirse a la interesada (que había superado brillantemente el último ciclo de EGB) la matriculación con un año de adelanto en BUP.

b) El Real Decreto de elección de Centro educativo no es ilegal

Ante una impugnación del Real Decreto 366/1997, de 24 de marzo, que regula el régimen de elección de Centro, referida al concreto aspecto de que, a los criterios prioritarios establecidos en la LODE, añada el complementario consistente en “cualquier otra circunstancia libremente apreciada por el órgano competente del centro de acuerdo con criterios objetivos que deberán ser hechos públicos por los centros con anterioridad al inicio del proceso de admisión”, el Tribunal Supremo en su **Sentencia de 19 de enero de 2000**, Ar. 368, siguiendo pautas interpretativas ya sentadas con anterioridad en su STS de 9 de diciembre de 1987, concluirá que no puede considerarse discriminatorio.

4. EXTRANJEROS**A) Caracterización de la autorización judicial para la expulsión de un extranjero encartado en un proceso penal**

Un recurso de amparo presentado por un súbdito chino contra Auto del Juzgado de Instrucción, donde se tramitaban unas diligencias previas abiertas contra él como posible autor de un delito de falsificación de documentos oficiales (en concreto, pasaportes) –resolución judicial que, de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (1985), autorizaba la expulsión gubernativa–, ha permitido al Tribunal Constitucional, en su **Sentencia 24/2000, de 31 de enero** (BOE de 3 de marzo), formular algunas interesantes consideraciones jurídico-constitucionales sobre esta intervención judicial que posibilita la expulsión gubernativa del extranjero encartado en un procedimiento por delito menos grave (posibilidad que, en términos similares, se mantiene en el art. 53.4 de la Ley de 2000). Así, en primer lugar, señala que la citada autorización no constituye una sanción, sino que posibilita la orden de expulsión decretada por la autoridad gubernativa (que, ésta sí, tiene la condición de una sanción administrativa y, como tal, necesitada de cobertura legal suficiente, adoptada después de haber dado audiencia al interesado y sometida a un posterior control por el orden contencioso-administrativo). La autorización judicial de expulsión, que habili-

ta a la autoridad gubernativa para efectuarla, sustituye a la tramitación del procedimiento penal (que queda inmediatamente paralizado) y, desde otra perspectiva, supone para el extranjero afectado mayores garantías respecto a los sujetos exclusivamente sometidos a expediente (gubernativo) de expulsión:

“En efecto, en este supuesto, además de las garantías de defensa en el procedimiento administrativo, y del control de la jurisdicción contencioso-administrativa de la eventual decisión de expulsión, el extranjero dispone de un trámite judicial previo ante la jurisdicción penal. El Juez penal competente debe examinar la propuesta administrativa de expulsión, y sólo si la autoriza, comprobando que el extranjero encartado por delitos menos graves está incurso en alguno de los supuestos de expulsión, y atendiendo a las circunstancias del caso (...), puede la Administración acordar la expulsión. El papel del Juez penal en este caso es, pues, en cierto modo, análogo al del Juez que conoce en sede de *habeas corpus* de la situación del extranjero que va a ser expulsado. La doctrina de este Tribunal ha señalado que, en estos casos, el control pleno de la legalidad de la medida de expulsión corresponde a los Tribunales contencioso-administrativos, pero el Juez penal debe velar *prima facie* por los derechos del extranjero, revisando, aunque de manera provisional, el presupuesto material que justifica la actuación administrativa para la que se pide su intervención.”

B) La concesión del derecho de asilo no requiere prueba plena, pero sí indicios suficientes de persecución

En la STS de 13 de diciembre de 1999, Ar. 9625 –y, más resumidamente, en la STS de 17 de diciembre de 1999, Ar. 10053– se mantiene la denegación de la concesión del derecho de asilo y de la condición de refugiado solicitados, recogiendo doctrina jurisprudencial anterior y basándose en los siguientes argumentos:

“(…) para la concesión del derecho de asilo no es necesaria una prueba plena de que el solicitante haya sufrido en su país de origen persecución por razones de raza, etnia, religión, pertenencia a un grupo social específico u opiniones o actividades políticas, o de cualquiera de las otras causas que permiten el otorgamiento del asilo, bastando que existan indicios suficientes, según la naturaleza de cada caso, para deducir que se da alguno de los supuestos establecidos en los números 1 a 3 de l artículo 3 de la Ley 5/1984. Pero es necesario que, al menos, exista una prueba indiciaria, pues de otro modo todo ciudadano de un país en que se produzcan graves trastornos sociales, con muerte de personas civiles y ausencia de protección de los derechos básicos del hombre, tendría automáticamente derecho a la concesión de asilo, lo que no es, desde luego, la finalidad de la institución”.

5. JUEGO

A) Adjudicación y ubicación de establecimientos de venta y recogida de lotería en función de la rentabilidad y mejora de la funcionalidad vendedora

Dos SSTS de 27 de enero de 2000, Ar. 253 y 254, y otra de 2 de febrero de 2000, Ar. 320, abordan la cuestión relacionada con los criterios a utilizar por la Administración en

la ubicación y adjudicación de establecimientos de lotería. Al efecto, se indica en todas ellas que no se debe actuar con criterios arbitrarios, y se deben justificar las razones que inducen a otorgar las preferencias a determinados locales frente al resto. En ningún caso la motivación puede ser suplida por la simple fijación de puntuaciones, que no se anudan a criterios objetivos. Por lo tanto, no se trata de sustituir el criterio técnico de la Administración por el de los ciudadanos, sino de explicar con qué fundamento resuelven los poderes públicos, y dar la oportunidad a los órganos judiciales, caso de impugnación, de apreciar si se ha actuado dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico.

6. SANIDAD

A) Régimen transitorio del margen comercial de medicamentos

En dos Sentencias casi seguidas –SSTS de 14 y 15 de noviembre de 1999, Ar. 9298 y 10039–, el Tribunal Supremo se ha enfrentado con sendos recursos planteados contra el régimen transitorio establecido por el RD 165/1997, de 17 de febrero, por el que se establecen márgenes comerciales en la dispensación al público de productos farmacéuticos de uso humano, y que, en síntesis, venía a establecer que las existencias de especialidades farmacéuticas que se encontrasen en almacenes mayoristas y oficinas de farmacia y las que fueran suministradas por los laboratorios con los precios calculados aplicando los antiguos márgenes comerciales podrían venderse al precio de los envases hasta el 28 de febrero de 1998 (esto es, hasta el momento de entrada en vigor de la disposición reglamentaria; a partir de entonces, sería con arreglo a los nuevos márgenes, que eran inferiores). Los recursos plantean algunas cuestiones jurídicas de interés.

En primer lugar, la propia pretensión de los demandantes que, al tachar de ilegal la disposición transitoria, dejan en una cierta imprecisión lo que de los tribunales se solicita, pues es claro, por un lado, que la pura y simple anulación dejaría en peor situación a los recurrentes:

“Y es que el derecho transitorio o las normas transitorias tiene por objeto determinar qué disposiciones han de regir las relaciones jurídicas que existen en el momento de producirse un cambio normativo. Y así concebido, en términos generales, no puede sostenerse, en abstracto la improcedencia de un determinado régimen transitorio, como no sea con base en la afirmación de un derecho que con él se vea lesionado.”

Por otro lado, lo que tampoco se puede pedir en un recurso contencioso-administrativo (y, para fundamentarlo, el Tribunal Supremo menciona el art. 71.2 de la vigente LJCA) es que por Sentencia se establezca el régimen de la transitoriedad. Y, finalmente, los recurrentes (varios Colegios Oficiales de Farmacéuticos, en el primer recurso; la Federación Empresarial de Farmacéuticos, en el segundo) no pueden pretender una declaración de derecho a indemnización porque, para tal cosa, tendrían legitimación sólo los farmacéu-

XV. Educación, Sanidad y Bienestar Social

ticos individualmente considerados, que serían los únicos que eventualmente podían tener derecho a una compensación económica:

“Por consiguiente, sólo un eventual reconocimiento, en términos genéricos, de algún derecho de los farmacéuticos a dispensar las especialidades farmacéuticas en existencia a un precio o con arreglo a unos márgenes distintos de los que puedan resultar de la Disposición Transitoria Primera del RD 165/1997 podría integrar con verdadero sentido la petición de nulidad que expresamente se formula.”

También se alega retroactividad indebida de la norma, que el Tribunal Supremo rechaza:

“ya que la reducción de márgenes que incorpora se proyecta al futuro, al referirse a la dispensación de especialidades farmacéuticas que se produzcan a partir de su entrada en vigor, y la norma transitoria lo que hace es prolongar durante veinte días la posibilidad de la venta a los precios correspondientes a los antiguos márgenes. Cosa distinta es que se considere insuficiente este plazo transitorio para limitar la incidencia económica del Real Decreto, siendo a lo sumo una retroactividad impropia la repercusión de que se trata en relación con los medicamentos adquiridos por los farmacéuticos a los almacenes a los precios correspondientes a los márgenes que se sustituyen por la nueva norma”.

Finalmente, tampoco se admitirá violación del principio de confianza legítima:

“si se tiene en cuenta que la norma cuestionada se enmarca en una larga tradición de régimen de precio autorizado y márgenes de dispensación controlados para los medicamentos, que se incorpora a una Ley de 20 de diciembre de 1990, la Ley del Medicamento, del que la Administración ha hecho frecuente y repetido uso, precediendo ordinariamente conversaciones y mecanismos de concertación que excluye no sólo la razonabilidad en la creencia de la permanencia de unos márgenes que son esencialmente modificables sino, incluso, la sorpresa en su cambio, puesto que no se produce de manera inopinada ni inusualmente brusca (...). Todo ello con independencia de la presencia del indudable interés general acreditado en la tramitación del procedimiento de aprobación del Real Decreto, y de que la norma reglamentaria incorpora un régimen transitorio, cuya insuficiencia no resulta acreditada en orden a que los farmacéuticos, en relación con el stock o existencias de sus farmacias, adoptasen las medidas pertinentes ante la entrada en vigor de los nuevos márgenes, dentro de los veinte días desde la publicación del Real Decreto, incluso en la situación económica antes descrita de coexistencia con el mismo período transitorio otorgado a los almacenes mayoristas”.

B) El derecho constitucional a la salud no conlleva la gratuidad de los certificados médicos

En la STS de 20 de diciembre de 1999, Ar. 9470, se resuelve un recurso contencioso-administrativo en el que se le venía a solicitar que declarase que los certificados médicos debían ser gratuitos. No lo considerará así el Alto Tribunal y para ello razonará como sigue:

“Ya resulta extensiva una interpretación que incluyera, sin otros aditamentos o previsiones normativas especiales, la actuación certificante dentro del ámbito prestacional de los servicios sanitarios que por imperativo legal hubieran de ser gratuitos. Pero, además, debe tenerse en cuenta que el apartado 8 del citado artículo 10 lo que reconoce a todos, con respecto a las distintas Administraciones Públicas sanitarias es ‘a que se extienda certificado acreditativo de su estado de salud, cuando su exigencia se establezca por una disposición legal o reglamentaria’, pero ello no necesariamente de forma gratuita, sino en los términos que resulten de las normas aplicables sobre financiación, entre cuyos mecanismos, por cierto, el invocado artículo 79, entre otros, menciona el de tasas por la prestación de determinados servicios. Otra cuestión distinta es que la Organización Médica Colegial (Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos) tenga competencia para fijar el precio, tarifa o tasa correspondiente a dichas certificaciones, sobre la que precisamente esta Sala se ha pronunciado negativamente en determinadas ocasiones.”

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA
EDORTA COBREROS

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES**Sumario:**

Introducción. 1. Recurso Contencioso-administrativo. A) Competencia. a) La contradicción entre diferentes órdenes jurisdiccionales es criticable, salvo que sea consecuencia inevitable del ejercicio de la independencia de los órganos jurisdiccionales.

b) Cuestiones de competencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

a') El artículo 51 del ET determina la competencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. b') El contrato de donación realizado en atención al servicio público es revisable por la Jurisdicción Contencioso-administrativa. c') La responsabilidad patrimonial de las Administraciones sanitarias es competencia de la Jurisdicción

Contencioso-administrativa. c') Competencia de otros órdenes jurisdiccionales.

a') El orden civil es competente sobre la titularidad de los bienes embargados administrativamente por responsabilidades tributarias. b') Los vínculos laborales que se derivan de un contrato administrativo corresponden al orden jurisdiccional social.

B) Legitimación activa. a) No la tiene una Asociación de Abogados especializados para impugnar una disposición de carácter general. b) La tiene una Asociación Profesional vitivinícola. c) La tienen los Colegios Profesionales para impugnar actos de los Consejos Generales de Colegios. d) La falta del acuerdo de impugnación del acto administrativo es subsanable tras la contestación del Abogado del Estado o en fase de conclusiones.

C) Objeto. a) La Orden dictada en cumplimiento de la Sentencia emanada es susceptible de impugnación autónoma del procedimiento de ejecución. b) Cabe contra un acto de trámite que introduce modificaciones jurídicas sustanciales. c) La declaración de nulidad de una disposición de carácter general deja subsistentes los actos singulares dictados en su aplicación. D) Procedimiento. a) Prueba. a') Según el Derecho comparado se puede utilizar como prueba el conocimiento notorio de los hechos. b') La prueba de las notificaciones por correo corresponde a la Administración demandada. b) Terminación: el desistimiento es una decisión autónoma y unilateral. E) Suspensión del acto administrativo impugnado. a) En la extradición pasiva existe interés general. b) Se puede otorgar la suspensión por motivos humanitarios. c) El hecho de estudiar en España no

determina la suspensión de la orden de expulsión de extranjeros. d) Existe interés general en el desempeño de un cargo público sin interinidad. e) En la expropiación urgente prevalece el interés público. f) El *fumus* se puede apoyar en la existencia de casos iguales en los que se dictaron Sentencias estimatorias. g) Las resoluciones en esta materia son casuísticas y pueden ser diferentes. h) En los actos tributarios basta alegar daños y prestar caución. i) Es valorable en casación el juicio de ponderación entre los intereses particulares y generales, pero no la fijación del supuesto de hecho. **2. Recurso de casación ordinario.**

A) Motivos. a) No se puede amparar en los motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

b) Los motivos del artículo 95.1, apartados 2 y 3 LJCA (de 1956) no se refieren a las infracciones en el procedimiento administrativo. c) Contra autos dictados en ejecución de Sentencias no se puede interponer el recurso por los motivos del artículo 95.1.4 LJCA (de 1956). d) La negativa a plantear una cuestión de inconstitucionalidad no es un motivo casacional autónomo. B) Objeto: Autos. a) Sólo cabe contra los contemplados en el artículo 94.1 LJCA (de 1956). a') No cabe contra Auto que desestima la

garantía, ni contra el que resuelve el incidente de nulidad de actuaciones.

C) Inadmisibilidad. a) Defectuosa preparación: es aplicable a las piezas de suspensión en cuyos Autos principales sólo se dirima Derecho autonómico. b) Defectuosa formulación: es inadmisibile el recurso fundado en la LJCA 29/1998 cuanto todavía no estaba en vigor. c) Personal. a') El reingreso de quien renunció voluntariamente a su plaza no abre la casación. b') Alcance de la excepción del artículo 86.2.b), *in fine*, LJCA (de 1998): no comprende las cuestiones de personal. c') Es cuestión de personal la declaración de incompatibilidad. d') Las Comunidades de Regantes no son Administración Pública. d) Cuantía. a') Cuando se discute la impugnación de valores catastrales la

cuantía se determina por las liquidaciones resultantes. b') El error en la calificación del recurso no impide su inadmisión por defecto de cuantía. e) Falta de fundamento: la valoración de la prueba no se identifica con la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados. D) Costas. a) Obligación de detalle en las minutas. b) El plazo de prescripción del artículo 1967.1 del Código Civil no se refiere a las reclamaciones derivadas del procedimiento de tasación de costas. **3. Recurso extraordinario de revisión.**

A) La rectificación de un informe administrativo no es un documento a los efectos del artículo 102.c) LJCA (de 1956).

INTRODUCCIÓN

La presente crónica, que abarca el período de diciembre de 1999 a marzo de 2000 en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, se refiere aún, básicamente, a pronunciamientos que versan sobre la derogada Ley Jurisdiccional de 1956, si bien se ha tratado de fijar la atención de manera prioritaria en aquellos que contienen doctrina que sigue siendo plenamente aplicable con arreglo a la nueva Ley jurisdiccional de 1998.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Competencia

a) La contradicción entre diferentes órdenes jurisdiccionales es criticable, salvo que sea consecuencia inevitable del ejercicio de la independencia de los órganos jurisdiccionales

La STC 190/1999, de 25 de octubre, ha recordado que la contradicción entre Sentencias de los distintos órdenes jurisdiccionales, en relación con los mismos hechos o situaciones jurídicas, es criticable según la doctrina constitucional, que tan sólo la reconoce cuando es consecuencia inevitable del ejercicio de la independencia de los órganos jurisdiccionales en el marco legal vigente de distribución de la jurisdicción única entre los distintos órdenes, como ocurre, en especial, cuando la contradicción deriva de la diversa apreciación de unos mismos hechos desde distintas perspectivas jurídicas. Se matiza, además, que para que la prejudicialidad pueda operar justificando el conocimiento por un orden jurisdiccional de materias que, en principio, no le corresponden, y que están atribuidas a otro diverso, es necesario que la cuestión no esté resuelta en el orden jurisdiccional genuinamente competente, pues de lo contrario aquél, al abordar tal cuestión, resulta vinculado a lo resuelto en éste, sin que, en tal caso, se justifique la contradicción, y entendiéndose, si ésta se produce, que se vulnera la intangibilidad de la Sentencia dictada en su sede genuina.

b) Cuestiones de competencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

a') El artículo 51 del ET determina la competencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

El artículo 51 ET defiere la competencia a los órganos de la Administración Laboral en orden a autorizar al empresario para que éste, y no la autoridad administrativa, decida y proceda a extinguir o a suspender los contratos con los trabajadores que relaciona cualquiera que sea la naturaleza de la actividad para la que solicita la autorización, que puede ser laboral o cualquier otra. Por este motivo, la STS de 22 de septiembre de 1999, Ar. 7940, ha considerado que el pronunciamiento que verifiquen al respecto los órganos de la Administración de Trabajo es de carácter administrativo y está sujeto al Derecho

Administrativo, dado que los actos de aquéllos cumplen los requisitos materiales para su sometimiento a los Tribunales del orden Contencioso-administrativo.

b') El contrato de donación realizado en atención al servicio público es revisable por la Jurisdicción Contencioso-administrativa

La STS de 25 de octubre de 1999, Ar. 8476, sostiene que el contrato de donación llevado a cabo en contemplación del servicio público y de las potestades públicas de la Administración, ha de ser considerado como un contrato administrativo incluido en la órbita del artículo 3.a) LJCA (de 1956).

c') La responsabilidad patrimonial de las Administraciones sanitarias es competencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

La STS de 14 de diciembre de 1999, Ar. 9989, confirma la jurisprudencia que, con ocasión del ejercicio de acciones por responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas Sanitarias, ha elaborado la Sala especial del Alto Tribunal prevista por el artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según la cual la competencia para conocer de tal cuestión es del orden jurisdiccional Contencioso-administrativo en aplicación de lo dispuesto concordadamente por los artículos 3.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956, 142 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y 2.b) del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral (con anterioridad, Autos de fechas de 7 de julio de 1994, 11 de diciembre de 1995, 25 de octubre de 1996, 18 de marzo de 1997, 4 de julio de 1997 y 18 de diciembre de 1997).

c) Competencia de otros órdenes jurisdiccionales

a') El orden civil es competente sobre la titularidad de los bienes embargados administrativamente por responsabilidades tributarias

El artículo 4 de la vigente LJCA establece que la competencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa se extenderá al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales o incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter penal. Pero cuando esa instrumentalidad no existe, porque el objeto de la cuestión prejudicial se erige, a su vez, en objeto principal de un proceso que sólo puede desembocar en el ejercicio de una acción civil ante un órgano jurisdiccional civil, resulta clara la imposibilidad de reconocer la competencia incidental de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Basándose en estas consideraciones, la STS de 25 de septiembre de 1999, Ar. 7802, ha declarado que la cuestión relativa a la propiedad de unos bienes administrativamente

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

embargados no puede ser considerada incidental o accesorio de la decisión principal, que sería la relativa a la posibilidad de la afectación de dichos bienes a responsabilidades tributarias y la procedencia del embargo sobre los mismos, sino precisamente todo lo contrario.

b') Los vínculos laborales que se derivan de un contrato administrativo corresponden al orden jurisdiccional social

Las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos de naturaleza administrativa son, evidentemente, competencia del orden jurisdiccional Contencioso-administrativo. Partiendo de esta premisa, la **STS de 1 octubre de 1999**, Ar. 8034, precisa que una cosa es decidir sobre la interpretación de un contrato administrativo y sobre si de los términos de ese contrato se puede deducir un vínculo laboral para la Administración, y otra bien distinta determinar las consecuencias en cuanto a la impugnación de un vínculo laboral que, según la legislación de esta clase, se pueden derivar de la extinción de un contrato administrativo, problema este último que corresponde conocer al orden jurisdiccional social.

B) Legitimación activa

a) No la tiene una Asociación de Abogados especializados para impugnar una disposición de carácter general

El artículo 19.1.a) LJCA (de 1998), sin distinguir entre impugnación de actos y disposiciones, reconoce legitimación a “las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo” y, al propio tiempo, a “las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos o entidades a que se refiere el artículo 18 –grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas– que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos”. Del mismo modo, y en el ámbito administrativo, el artículo 3.1.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJAP-PAC, considera “interesados” para promover un procedimiento administrativo a quienes lo hagan como “titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos”.

Pese a esta amplitud, el concepto de interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad, que haría equiparable la legitimación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo a la legitimación popular, ya que esa legitimación sólo en los casos “expresamente” contemplados en la Ley es admisible, conforme determina el art. 19.1.h) de la vigente Ley Jurisdiccional.

Por este motivo, la **STS de 28 de diciembre de 1999**, Ar. 9330, invocando el requisito de que la ventaja o perjuicio en que se materialice el interés legitimador sea “concreto”, es decir, que cualquiera que sea su naturaleza –material o moral–, afecte o haya de afectar de forma necesaria a la esfera jurídica del sujeto de quien se predique su condición

de legitimado, ha declarado, en el recurso directo interpuesto por la “Asociación de Abogados Especializados en Derecho Tributario” contra una disposición de carácter general referida a este ámbito material, la imposibilidad de reconocer en dicha asociación el interés legitimador cuando el mismo resultaba únicamente de una autoatribución estatutaria, por cuanto hacerlo equivaldría a admitir como legitimada a cualquier asociación que se constituyera con el objeto de impugnar disposiciones de carácter general, y más aún cuando esa autoatribución de legitimación no añadiría ningún elemento diferenciador respecto del interés de los demás potenciales contribuyentes y cuando la mera condición de sujeto pasivo de un Impuesto, o de sujeto pasivo de un procedimiento tributario, si bien es suficiente para impugnar el acto tributario concreto o la actuación administrativa-tributaria de que se trate, no lo es para impugnar disposiciones reglamentarias, a menos que se reconozca que la mera condición de “posible” sujeto pasivo del tributo a que se refiera la disposición a recurrir habilita para su impugnación jurisdiccional directa a modo de cautela o previsión para el caso de que en el futuro “pudiera” afectar y, por ende, “interesar” al recurrente.

b) La tiene una Asociación Profesional vitivinícola

La STS de 10 de diciembre de 1999, Ar. 9556, ha rectificado el precedente de la Sentencia de 11 de junio de 1996, que es, por otra parte, una declaración jurisprudencial aislada, y ha terminado por aceptar que unas Asociaciones profesionales de empresarios vitivinícolas se encuentran suficientemente legitimadas para recurrir contra una Orden sobre plantación y reposición de viñedos, no tanto porque sean titulares de un interés directo derivado de su eventual carácter de propietarios de viñedos, pues en este punto asiste la razón al Tribunal de instancia al declarar que se trata de un extremo no acreditado, sino porque está fuera de duda que los actores, en cuanto productores de vino, tienen un interés legítimo en las cuestiones relativas al cultivo, plantación y replantación de viñedos, al ser el producto de los cultivos la materia prima de sus actividades de carácter comercial e industrial.

c) La tienen los Colegios Profesionales para impugnar actos de los Consejos Generales de Colegios

La Jurisprudencia se ha pronunciado unánimemente admitiendo la plena legitimación de las personas jurídicas para impugnar los actos administrativos que puedan afectar a los intereses cuya defensa se atribuye estatutariamente a las mismas. En este sentido, la STS de 20 de diciembre de 1999, Ar. 9472, ha precisado que la subordinación jerárquica predicada respecto de los Consejos Generales no puede impedir el legítimo ejercicio de la misión encomendada a todos los Colegios Profesionales, cualquiera que sea su ámbito territorial, de asumir la representación y defensa de sus miembros, con la legitimación consiguiente para ser parte en todos cuantos litigios afecten a los intereses profesionales de los colegiados, debiendo reconocérseles asimismo habilitación procesal para comparecer e impugnar los acuerdos y Estatutos aprobados por los respectivos Consejos

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

Generales, en la medida en que dichos actos puedan lesionar las competencias que los primeros ostentan en el ámbito provincial.

d) La falta del acuerdo de impugnación del acto administrativo es subsanable tras la contestación del Abogado del Estado o en fase de conclusiones

La falta de acreditación de haber sido adoptado, por órgano estatutariamente competente, el acuerdo de impugnación del acto administrativo recurrido es un defecto subsanable según la **STS de 8 de julio de 1999**, Ar. 7734, que establece que podrá incluso adoptarse después, ratificándose así lo hecho por el recurrente sin mandato. Sin embargo, el momento procesal oportuno para la subsanación, efectuando aquella acreditación, es el de los diez días siguientes a la entrega del escrito de contestación del Abogado del Estado o bien en el trámite de conclusiones, teniendo en cuenta que el artículo 69.3 LJCA (de 1956) autoriza al demandante, después de la demanda y contestación, la aportación de documentos “que tengan por objeto desvirtuar las alegaciones del demandado o coadyuvante”.

c) Objeto

a) La Orden dictada en cumplimiento de la Sentencia emanada es susceptible de impugnación autónoma del procedimiento de ejecución

Como ha precisado la **STS de 3 de diciembre de 1999**, Ar. 9624, una Orden de una Consejería dictada en ejecución de una Sentencia es susceptible de impugnación independiente del procedimiento de ejecución, resultando aplicable, para determinar la competencia territorial, la regla segunda del artículo 11 de la Ley de la Jurisdicción de 1956, que permite a los recurrentes elegir entre la Sala en cuya circunscripción tengan su domicilio o aquella en que se hubiera realizado el acto.

b) Cabe contra un acto de trámite que introduce modificaciones jurídicas sustanciales

Como regla general, es inadmisibles la acción impugnatoria de un acto administrativo que ordena la iniciación del procedimiento administrativo, pues el referido acto no decide directa o indirectamente el fondo del asunto de tal modo que ponga término a la vía administrativa o haga imposible o suspenda su continuación. Pero ello es así, tan sólo, contra los actos de iniciación pura, que se limitan, y en tanto lo hagan, a desplegar sus efectos jurídicos en el seno mismo del procedimiento administrativo que inician.

Por excepción a la referida regla, la **STS de 3 de noviembre de 1999**, Ar. 8422, señala que no es ése el pronunciamiento que corresponde cuando del acto de iniciación se derivan consecuencias que no son meramente procedimentales por introducir modificaciones sustantivas en el régimen jurídico de situaciones anteriores, afectando al haz de derechos, deberes y obligaciones que definen su contenido. En tales casos, considera el Alto Tribunal que el superior mandato normativo del artículo 24.1 de la Constitución, en cuanto reconoce para todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de los jue-

ces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, obliga a reinterpretar el artículo 37.1 LJCA (de 1956) para abrir el ámbito de la impugnación jurisdiccional a los fines de controlar si tales modificaciones sustantivas de las situaciones jurídicas anteriores se produce de conformidad al ordenamiento jurídico.

En consecuencia, se declara admisible el recurso jurisdiccional instado contra la incoación de expediente para la declaración de un Bien de Interés Cultural, en la medida en que ésta determinará, en relación al bien afectado, la aplicación provisional del mismo régimen de protección previsto para los bienes declarados de interés cultural (artículo 11.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español).

c) La declaración de nulidad de una disposición de carácter general deja subsistentes los actos singulares dictados en su aplicación

Aunque la declaración de nulidad de una disposición general, por ser de pleno derecho conforme a lo dispuesto en los artículos 47.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 28 y anteriores de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, produzca efectos *ex tunc* y no *ex nunc*, es decir, que los mismos no se producen a partir de la declaración, sino que se retrotraen al momento mismo en que se dictó la disposición declarada nula, esta eficacia, por razones de seguridad jurídica y en garantía de las relaciones establecidas, se encuentra atemperada, según la **STS de 15 de diciembre de 1999**, Ar. 9122, por el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en el que con indudable aplicabilidad, tanto a los supuestos de recurso administrativo, como a los casos de recurso jurisdiccional, se dispone la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la disposición general declarada nula, equiparando la anulación a la derogación, en la que los efectos son *ex nunc* y no *ex tunc*, si bien en cuanto a los autos no firmes permanece la posibilidad de impugnarlos en función del Ordenamiento jurídico aplicable una vez declarada nula la disposición general.

D) Procedimiento

a) Prueba

a') Según el Derecho comparado se puede utilizar como prueba el conocimiento notorio de los hechos

Si bien en el Derecho procesal administrativo español no se contempla expresamente la notoriedad como medio de prueba, el Derecho comparado sobre procedimiento administrativo viene admitiéndola, de manera que es un elemento del que, según la **STS de 8 de octubre de 1999**, Ar. 8665, puede servirse el Juez al hacer uso de su libertad estimativa para la valoración de los hechos. En este sentido se han pronunciado ya en la legislación europea la Ley yugoslava de procedimiento administrativo de 19 de diciembre de

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

1956 (art. 160.2), la Ley IV de 1957, del Estado húngaro (art. 23.2), y la Ley de la República popular de Polonia de 14 de junio de 1960. Más recientemente, el Código portugués de procedimiento administrativo, aprobado por Decreto Legislativo 442/1991 dispone que “no necesitan ser probados ni alegados los hechos notorios, así como aquellos otros que el órgano competente conoce por razón del cargo que ejerce” (art. 87.2). Y esto último es precisamente lo que en el caso analizado por la sentencia comentada, en la que se dice que “esta Sala ya tiene dictado un gran número de resoluciones referidas a fincas expropiadas con el mismo motivo y situadas en la misma zona y este conocimiento directo de tal hecho tiene el carácter de hecho notorio para la Sala, por responder al conocimiento oficial y no privado de tales hechos”.

El Alto Tribunal puntualiza que no es que pretenda que las normas de Derecho extranjero que acaban de transcribirse –y concretamente la del Derecho portugués– sean de directa aplicación en nuestro ordenamiento jurídico. Pero tampoco puede negarse que el criterio que marcan esas normas foráneas, sobre ser perfectamente razonable, no es sino positividad de lo que la procesalística viene afirmando desde siempre. Y desde luego en la jurisprudencia española está admitido que el “conocimiento notorio” puede ser utilizado por el Juez siempre que explique de dónde proviene la notoriedad y general conocimiento, pues es claro que, cuando no se procediera así, se infringe el principio de contradicción al impedirse a las partes, que pueden no tener tal clase de conocimiento, que critiquen la apreciación realizada por la Sala de instancia.

b’) La prueba de las notificaciones por correo corresponde a la Administración demandada

La STS de 28 de septiembre de 1999, Ar. 7882, recuerda la doctrina que considera que cuando no consta que una notificación haya sido entregada por el Servicio de Correos al destinatario, por no aparecer en el acuse de recibo indicación alguna acerca de la persona que se hizo cargo de la misma, sino simplemente una firma ilegible, al menos cuando ésta no tiene semejanza alguna con la del demandante que obra en el expediente administrativo, dicha notificación no puede considerarse como válida, e incumbe, en este caso, la prueba de la demostración de haberse practicado correctamente a la Administración y no al particular, ya que en otro caso se le impondría la prueba imposible de un hecho negativo.

b) Terminación: el desistimiento es una decisión autónoma y unilateral

El desistimiento, cumplidos los requisitos legales exigidos, produce sus efectos propios desde el momento en que se manifiesta ante el órgano jurisdiccional que conoce del recurso de que se trate. El ATS de 20 de diciembre de 1999, Ar. 9975, así lo infiere de lo que prescribe el artículo 1726 de la LEC en relación con el artículo 88.2 de la LJCA (de 1956) y es consecuencia de que el desistimiento es una declaración unilateral de voluntad. De aquí, que el Tribunal, producido el desistimiento, venga constreñido a dictar auto teniendo por desistido al recurrente. Por consiguiente, no dependen los efectos del desistimiento de la razón que haya llevado a dicho recurrente a verificarlo. En definitiva, las posiciones de las partes son, como señala la resolución comentada, autónomas

y la decisión del recurrente de desistir es unilateral, sin que deba estar a resultas de lo que haga la otra parte.

E) Suspensión del acto administrativo impugnado

a) En la extradición pasiva existe interés general

El artículo 130.2 de la vigente LJCA previene que la medida cautelar de suspensión podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de un tercero, lo que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

En este sentido, el **ATS de 18 de octubre de 1999**, Ar. 8246, ha señalado que 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. Los acuerdos de extradición pasiva se adoptan, pues, 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. Por consiguiente, prevalece el interés general a fin de que se lleve a efecto el acuerdo de extradición pasiva sobre el interés particular del recurrente en obtener la suspensión, suspensión que perturbaría gravemente aquel interés general, lo que conduce a la denegación de la medida cautelar de suspensión de la entrega solicitada.

b) Se puede otorgar la suspensión por motivos humanitarios

La **STS de 21 de octubre de 1999** (Ar. 9255) suspende, por razones humanitarias, la obligada salida del territorio nacional impuesta a un súbdito sudanés como consecuencia de la denegación del derecho de asilo, ya que, aunque en la instancia no se aportaron por el solicitante de la medida cautelar pruebas que acreditaran o justificaran, siquiera de forma indiciaria, su concreta situación personal en la coyuntura sociopolítica de su país, la Sala tiene en cuenta la evidencia y certeza de la conmoción social que se vive en Sudán, assolado por graves conflictos, lo que hace presumir que su seguridad e integridad personales puedan verse en grave riesgo en caso de tener que regresar inmediatamente a dicho país.

c) El hecho de estudiar en España no determina la suspensión de la orden de expulsión de extranjeros

Es jurisprudencia reiterada que la suspensión de la expulsión de extranjeros como consecuencia de la denegación del visado resulta procedente cuando la persona afectada tiene arraigo en España por razón de sus intereses familiares, sociales o económicos, ya que la ejecución de la orden de expulsión habría de producirle unos perjuicios de difi-

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

cil reparación que en parte afectarían a su esfera personal. Sin embargo, la STS de 16 de noviembre de 1999, Ar. 10008, ha matizado que el hecho de que un menor haya cursado estudios en un centro de enseñanza y que su madre, con la que convive, reciba periódicamente dinero del extranjero suficiente para su mantenimiento, no es por sí determinante de perjuicios de difícil o imposible reparación, pues resulta evidente que no arguye suficiente arraigo en territorio español.

d) Existe interés general en el desempeño de un cargo público sin interinidad

El ATS de 19 de octubre de 1999, Ar. 8247, acuerda no suspender la ejecución del Real Decreto por el que se nombra al titular de la plaza de Teniente Fiscal de la Audiencia Nacional, al considerar que los intereses generales exigen que el desempeño se ejerza por la persona designada en propiedad por el órgano competente, sin mantener situaciones de interinidad en la realización de las funciones propias de dicha plaza.

e) En la expropiación urgente prevalece el interés público

Existe una consolidada doctrina jurisprudencial, oportunamente recordada por la STS de 8 de octubre de 1999, Ar. 8547, que afirma que la ejecución de una expropiación forzosa es, por su naturaleza, una exigencia del interés público, la cual ha de prevalecer —sobre todo si ha sido declarada urgente—, a pesar de los graves daños que necesariamente se le pueden producir al interesado, máxime cuando la expropiación acarrea, por imperativo del artículo 54 del Reglamento de Expropiación Forzosa, el desalojo de los ocupantes de sus viviendas y locales comerciales.

El Alto Tribunal hace suyas las consideraciones de la resolución judicial impugnada, que justificó la denegación de la medida cautelar solicitada en que la ejecución del Plan de Uso y Gestión del Plan General del Municipio para llevar a efecto unas dotaciones del mismo es una exigencia del interés público que prima, por el carácter de urgencia de la propia expropiación, sobre los intereses de los afectados, que, en todo caso, serán siempre compensados con el pago del justiprecio.

f) El *fumus* se puede apoyar en la existencia de casos iguales en los que se dictaron Sentencias estimatorias

La doctrina de la apariencia de buen derecho ha sido acogida por nuestra jurisprudencia, como evidencia la STS de 8 de octubre de 1999, Ar. 9026, para dar lugar a la suspensión de la ejecución. Aunque siempre se ha referido a casos muy concretos, en los que o bien resulta *ab initio* de una manifiesta evidencia la apariencia de lesión a la legalidad cometida por la Administración, o constan sólidos antecedentes jurisprudenciales en los que, para casos iguales, se han dictado Sentencias estimatorias de los respectivos recursos.

g) Las resoluciones en esta materia son casuísticas y pueden ser diferentes

Es doctrina reiterada, oportunamente recordada por la STS de 28 de octubre de 1999, Ar. 9340, que las resoluciones en materia de suspensión provisional de los actos administra-

tivos son casuísticas y pueden dar lugar a resoluciones totalmente diferentes, atendiendo a las circunstancias de cada caso, por lo que no caben alegaciones puramente doctrinales o teóricas, ya que en cada caso concreto se requiere demostrar que las circunstancias son idénticas o similares a las del caso contemplado en la resolución citada.

h) En los actos tributarios basta alegar daños y prestar caución

Una constante jurisprudencia ha conformado la doctrina de que en vía jurisdiccional puede concederse la suspensión de la ejecutividad de las liquidaciones tributarias previa prestación de caución, pues en vía administrativa así lo dispone, lo que debe interpretarse en el sentido de que la existencia de los perjuicios aludidos por el art. 122 de la Ley de la Jurisdicción de 1956 quedan asegurados con dicha caución. La **STS de 27 de noviembre de 1999**, Ar. 9264, ha señalado que esta doctrina es tanto más significativa tras la precisión del artículo 30 de la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes 1/1998, de 26 de febrero, que lo ha reconocido como un derecho de los administrados.

i) Es valorable en casación el juicio de ponderación entre los intereses particulares y generales, pero no la fijación del supuesto de hecho

La **STS de 28 de septiembre de 1999**, Ar. 7885, ha recordado que el juicio de ponderación entre los perjuicios que pueden ser causados a los intereses del particular afectado y la perturbación que puede producirse de los intereses generales, como resultado de acordar o no la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado, es susceptible de ser revisado en casación, puesto que constituye una cuestión ligada a la recta interpretación de los artículos 122 y siguientes de la LJCA (de 1956) y se desenvuelve por ello en el plano nomofiláctico o de depuración del ordenamiento jurídico propio de este recurso especial. Sin embargo, no es susceptible de ser examinada en casación la correcta fijación del presupuesto de hecho sobre el que se realiza el expresado juicio de ponderación, ya que la naturaleza del recurso de casación no permite alterar la valoración de los elementos de justificación y de prueba realizada por el Tribunal de Instancia.

2. RECURSO DE CASACIÓN ORDINARIO

A) Motivos

a) No se puede amparar en los motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil

El **ATS de 4 de octubre de 1999**, Ar. 8462, ha recordado que los motivos en que puede fundarse el recurso de casación en el orden Contencioso-administrativo son los que establece el artículo 95 de la LJCA (de 1956) y no los que señala el artículo 1692 de la LEC, que únicamente tiene carácter supletorio de aquélla en lo que no prevean sus normas. De esta forma, conteniendo la LJCA unos concretos y tasados motivos de casación no es lícito prescindir de ellos y acudir a los que se enumeran en el artículo 1692 de la LEC.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

b) Los motivos del artículo 95.1, apartados 2 y 3 LJCA (de 1956) no se refieren a las infracciones en el procedimiento administrativo

Como señala la STS de 2 de noviembre de 1999, Ar. 8479, la “inadecuación del procedimiento” y las infracciones denunciadas al amparo de los apartados segundo y tercero del artículo 95 LJCA (de 1956), no tienen nada que ver con las infracciones procedimentales administrativas, pues dichos preceptos aluden a la inadecuación del procedimiento judicial seguido y a las infracciones cometidas en el proceso judicial y no a las infracciones acaecidas en el procedimiento administrativo previo.

c) Contra autos dictados en ejecución de Sentencias no se puede interponer el recurso por los motivos del artículo 95.1.4 LJCA (de 1956)

Es doctrina reiterada que el recurso de casación frente a los autos recaídos en ejecución de Sentencia sólo puede basarse en los motivos señalados en el propio artículo 94.1.c) de la LJCA, es decir, porque resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en la sentencia o porque se contradiga lo ejecutariado, sin que pueda basarse dicho recurso en los motivos contemplados en el artículo 95 de la misma LJCA. En este sentido, la STS de 25 de octubre de 1999, Ar. 9661, ha precisado que la razón de ello radica en que, en los demás recursos de casación, se confrontan las actuaciones procesales, la Sentencia o el Auto, con una norma jurídica, al objeto de declarar su conformidad o no con el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, pero en el recurso de casación contra autos dictados en ejecución de Sentencia la comparación se ha de efectuar entre lo acordado en ejecución y la parte dispositiva de la Sentencia que se ejecuta con el fin de evitar extralimitaciones en dicha ejecución. Distinta función, pues, de la nomofiláctica y uniformadora del recurso de casación, por lo que ha venido a denominarse este recurso de casación en ejecución de Sentencias como recurso de casación atípico.

d) La negativa a plantear una cuestión de inconstitucionalidad no es un motivo casacional autónomo

La STS de 27 de septiembre de 1999, Ar. 7930, ha señalado que la negativa o rechazo por el Tribunal de instancia a plantear una cuestión de inconstitucionalidad no constituye motivo casacional autónomo que requiera respuesta jurisprudencial por parte del Tribunal Supremo.

B) Objeto: Autos

a) Sólo cabe contra los contemplados en el artículo 94.1 LJCA (de 1956)

No todos los autos dictados en procesos cuyas Sentencias puedan ser recurridas en casación pueden serlo igualmente, sino sólo los que expresamente se indican en el artículo 94 LJCA (de 1956). Por este motivo, el ATS de 18 de octubre de 1999, Ar. 8469, declara bien denegada la preparación del recurso de casación interpuesto contra un auto que resuelve un recurso de súplica sobre la adecuación a Derecho de una providencia anterior.

a') No cabe contra Auto que desestima la garantía, ni contra el que resuelve el incidente de nulidad de actuaciones

El ATS de 18 de octubre de 1999, Ar. 8470, deniega la preparación del recurso de casación anunciado contra el auto por el que se acuerda desestimar la garantía económica ofrecida para la adopción de medidas cautelares, por no hallarse citada dicha resolución entre los autos prevenidos en el artículo 94.1 LJCA (de 1956). Y no cabe, según el Alto Tribunal, una interpretación extensiva del supuesto de la suspensión [artículo 94.1.b) LJCA] por la sencilla razón de que dicho precepto se refiere expresamente a los autos que pongan término a la pieza separada de suspensión. Como puede comprenderse, ambos casos se refieren a realidades diversas de muy distinta naturaleza. En efecto, no es lo mismo una medida judicial que priva de eficacia a un acto administrativo —que eso es lo que representa la suspensión— que una medida judicial que se limita a desestimar las garantías para adoptar las medidas cautelares.

Por otra parte, en aplicación del artículo 94 LJCA (de 1956), el Auto por el que se inadmite el incidente de nulidad de actuaciones no es susceptible de recurso de casación, tal como ha confirmado el ATS de 15 de noviembre de 1999, Ar. 9954.

C) Inadmisibilidad

a) Defectuosa preparación: es aplicable a las piezas de suspensión en cuyos Autos principales sólo se dirima Derecho autonómico

La STS de 20 de octubre de 1999, Ar. 8250, ha recordado que, si bien el artículo 94.1.b) de la LJCA (de 1956) declara recurribles los autos que pongan término a la pieza separada de suspensión, tal previsión sólo procede en los mismos casos del artículo anterior y por tanto no puede ser contemplada al margen de lo previsto en el art. 93.4, conforme al cual las Sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, no comprendidas en el apartado 2 de dicho artículo, respecto a actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas, sólo serán susceptibles del recurso de casación cuando el recurso se funde en infracción de normas no emanadas de los órganos de aquéllas que sea relevante y determinante del fallo de la Sentencia.

Es por tanto irrelevante que se denuncie la infracción de normas no emanadas de la Comunidad Autónoma, pues si en el proceso principal lo relevante es la aplicación de normas de Derecho autonómico y la Sentencia, por ello, no puede tener acceso al recurso de casación, carecería de sentido que una resolución incidental, como es la recaída en la pieza separada de suspensión, lo tuviera.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

b) Defectuosa formulación: es inadmisibile el recurso fundado en la LJCA 29/1998 cuanto todavía no estaba en vigor

El ATS de 29 de octubre de 1999, Ar. 9939, inadmite, por defectuosa formulación, el recurso de casación fundado en el motivo previsto en el artículo 88.1.d) de la LJCA (de 1998), texto legal que, ni en la fecha de preparación del recurso, ni tampoco en la fecha de formalización, estaba en vigor, ya que la Ley quedó sujeta a una *vacatio legis* de cinco meses desde el momento de su publicación en el BOE (Disposición Final Tercera), por lo que no alcanzó su vigencia hasta el 14 de diciembre de 1998, de lo que se evidencia la imposibilidad de invocar la citada Ley para fundamentar un escrito de interposición de un recurso de casación en fecha anterior a su entrada en vigor. A estos efectos la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 29/1998, apartado 2, señala: “los recursos de casación preparados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se registrarán por la legislación anterior”, que es lo que ocurre en el caso analizado.

c) Personal

a') El reingreso de quien renunció voluntariamente a su plaza no abre la casación

El ATS de 18 de octubre de 1999, Ar. 8471, considera bien denegada la preparación del recurso de casación por ser la materia litigiosa de personal y no afectar el acto recurrido, estrictamente, a la extinción de la relación de servicio de quienes ya tuvieron la condición de funcionarios públicos, pues el supuesto enjuiciado se refiere a la denegación del reingreso en la plaza de Médico Adjunto de Rehabilitación de quien renunció voluntariamente a dicha plaza, cuestión esta que no resulta subsumible en la excepción prevista en el artículo 93.2.a) de la LJCA que viene ceñida a los casos en los que es la propia Administración quien impone la pérdida de la condición de funcionario.

b') Alcance de la excepción del artículo 86.2.b), in fine, LJCA (de 1998): no comprende las cuestiones de personal

El ATS de 18 de octubre de 1999, Ar. 8473, declara bien denegada la preparación del recurso de casación anunciado por un funcionario de carrera-Profesor Titular de Universidad, contra la Sentencia relativa a resolución de la Comisión de Reclamaciones de la Universidad por la que se anula el acuerdo por el que se propone su nombramiento para una plaza de Catedrático y se dispone la no provisión de la misma.

En dicho Auto se establece que, respecto de las resoluciones dictadas en el proceso especial para la protección de los derechos fundamentales, no opera la excepción del apartado b) del número 2 del este artículo 86 LJCA (de 1998) –la referente a la cuantía–, pero sí las demás, limitándose la virtualidad de la excepción contenida en el dicho artículo 86.2.b), *in fine*, a la exigencia de la *summa gravaminis*; por tanto, no se ponen ya condicionantes de carácter económico a la admisión de los recursos de casación cuando se trate del procedimiento especial para la defensa de los Derechos Fundamentales, pero los asuntos de personal se rigen estrictamente por lo previsto en el artículo 86.2.a) LJCA (de 1956).

Tal respuesta se extrae en primer lugar, atendiendo a la propia literalidad del precepto, en cuyo último inciso se está enervando la virtualidad del motivo de inadmisión por cuantía, pero no se explicita en el mismo que la casación queda abierta “cualquiera que sea la materia” porque la Sentencia se produzca en ese procedimiento especial. En segundo lugar, por su ubicación sistemática. Si el legislador hubiese querido que todas las Sentencias recaídas en ese procedimiento especial fuesen susceptibles de recurso de casación, la excepción contenida en el final del apartado comentado se habría colocado independientemente del tope casacional por cuantía contenido en el mismo, es decir, en otro apartado. Al incardinarse en la letra b) del artículo 86.2, la excepción despliega sus efectos sólo dentro del supuesto en él contenido, permite la casación cualquiera que sea la cuantía, pero sin desbordarse más allá y, por tanto, no abre tal recurso en los casos previstos en la letra a), que contempla un límite diferente e independiente al económico. Y, por último, a la vista de la propia tramitación parlamentaria del precepto, en la que ninguna mención explícita se hizo al límite casacional derivado de las cuestiones de personal, más allá del meramente interpretativo, en su caso, del uso del adverbio “indiscriminadamente”.

c’) Es cuestión de personal la declaración de incompatibilidad

El **ATS de 15 de noviembre de 1999**, Ar. 9955, reitera la irrecurribilidad de las Sentencias que versan sobre declaraciones de incompatibilidad, ya que no supone la extinción de la relación de servicio de quien tiene adquirida la condición de funcionario público, pues sólo producen la excedencia, que no es equiparable a la extinción, por cuanto desde ella es posible reintegrarse a la relación funcionarial, una vez desaparecida la incompatibilidad.

d’) Las Comunidades de Regantes no son Administración Pública

La resolución dictada por una Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales, en expediente de solicitud de autorización para la extinción de contratos de trabajo de la plantilla de una Comunidad de Regantes, no configura una cuestión de personal al servicio de las Administraciones Públicas, pues, a pesar de la cualidad de personas jurídico-públicas de las Comunidades de Regantes, éstas no pueden conceptuarse como entes característicos de la Administración Pública. En definitiva, y como ha señalado el **ATS de 29 de noviembre de 1999**, Ar. 9968, se trata de Corporaciones de derecho público colaboradoras de la Administración pero que no cabe encuadrar en ningún tipo de Administración Pública.

d) Cuantía

a’) Cuando se discute la impugnación de valores catastrales la cuantía se determina por las liquidaciones resultantes

Nuestra jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que la cuantía del recurso contencioso-administrativo se determina por el valor de la pretensión objeto del mismo

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

—art. 50.1 LJCA (de 1956), hoy art. 41.1 de la de 1998—, principio que, aplicado por la STS de 2 de noviembre de 1999, Ar. 8647, a los supuestos de impugnación de valores catastrales obliga a tener presente la pretensión mediata, que es la impugnación de las liquidaciones resultantes de los valores determinados administrativamente, pues no debe olvidarse que el acto administrativo de comprobación de valores es simplemente un acto preparatorio y previo de las liquidaciones, de modo que lo que verdaderamente importa es la cuantía de éstas.

Según la referida Sentencia, a efectos de posibilitar el recurso de casación en razón de la cuantía sólo ha de tenerse en cuenta la cuota eventualmente resultante y no el valor en su caso discutido de los bienes sobre los que recae el gravamen, como sucede en el Impuesto de Bienes Inmuebles o en los que se giran sobre transmisiones patrimoniales, en sus diferentes modalidades, sean *inter vivos* o *mortis causa*, a título “oneroso o lucrativo”. Además, se puntualiza que, cuando la discrepancia se centra en la cuota o valor diferencial entre el valor catastral propuesto por el recurrente, o existente y aceptado con anterioridad, y aquel que es objeto concreto de impugnación, la cuantía del recurso, a todos los efectos —y, por tanto, también a los de acceso a los recursos jerárquicos correspondientes, casación en este caso—, es precisamente la que arroja esa diferencia.

b’) El error en la calificación del recurso no impide su inadmisión por defecto de cuantía

La STC 189/1999, de 25 de octubre, ha considerado que no existe ninguna indefensión con relevancia constitucional por el hecho de que se inadmitiese, por ser de cuantía inferior a seis millones de pesetas y de conformidad con lo establecido en el artículo 93.2.b) LJCA (de 1956), un recurso de casación ordinario preparado en base al artículo 93 de dicha Ley, aun cuando en el escrito de interposición se hiciera constar que se planteaba un recurso de casación para la unificación de doctrina previsto en el artículo 102.a) del mismo texto, que marca un límite casacional de cuantía de un millón de pesetas.

e) Falta de fundamento: la valoración de la prueba no se identifica con la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados

Según la STS de 29 de noviembre de 1999, Ar. 9528, una cosa es la fijación de los hechos relevantes del proceso a través de la ponderación de los medios de prueba obrante en los autos, que es lo que, en principio, constituye el ámbito reservado a la instancia, y otra cosa distinta la aplicación que, en relación con ellos y considerados como premisa necesaria, se haga de conceptos jurídicos indeterminados, como el de la fuerza mayor.

D) Costas

a) Obligación de detalle en las minutas

La obligación del detalle de la minuta tiene como fin conocer los trabajos realizados por el Letrado y su ajuste y comprobación con los trámites que dan derecho a incluirla en la

tasación de costas, para evitar que se giren conceptos inadecuados, no realizados o fruto de interés particular de la parte, de manera que no pueda admitirse cierto grado de indeterminación, siempre que pueda concretarse por sencillas fórmulas matemáticas o referencias a supuestos legalmente contemplados. Por este motivo, la STS de 24 de septiembre de 1999, Ar. 7878, exige la aportación de minuta detallada, pero no la consignación de la cuantía concreta asignada a cada concepto, pues ésta ha de resultar del aspecto proporcional asignable a cada una de las correspondientes normas.

b) El plazo de prescripción del artículo 1967.1 del Código Civil no se refiere a las reclamaciones derivadas del procedimiento de tasación de costas

La STS de 24 de septiembre de 1999, Ar. 7879, ha señalado que el plazo de prescripción, de tres años, que señala el artículo 1967.1 del Código Civil, es sólo aplicable a la reclamación de honorarios profesionales entre los Abogados o Procuradores y sus clientes, pues se refiere a las acciones personales relativas al cumplimiento de las obligaciones que determina y no a las reclamaciones derivadas del procedimiento de tasación de costas, contenidas en los artículos 421 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de supletoria aplicación según la Disposición Adicional Sexta de la LJCA (de 1956).

3. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

A) La rectificación de un informe administrativo no es un documento a los efectos del artículo 102.c) LJCA (de 1956)

La STS de 20 de diciembre de 1999, Ar. 9652, declara la improcedencia de un recurso de revisión porque el informe objeto de contraste no parece poder constituir un documento propiamente dicho, en el sentido técnico jurídico con que tal concepto aparece configurado en el artículo 102.c).1.b) LJCA (de 1956, versión de la Ley 10/1992), que dispone que podrá utilizarse el recurso de revisión “si hubiera recaído la Sentencia –de instancia– en virtud de documentos que, al tiempo de dictarse aquélla, ignoraba una de las partes haber sido reconocidos y declarados falsos o cuya falsedad se reconociese o declarase después”. Concretamente el informe no es la declaración y/o el reconocimiento de la falsedad del anterior, sino, a lo sumo, la corrección del error en que, por falta, al tiempo de su emisión, de los datos o elementos necesarios, había incurrido, sin una clara y objetiva intención dolosa, el órgano inicialmente informante.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO
GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES

EL RÉGIMEN DE EXTRANJERÍA EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

DAVID MOYA MALAPEIRA

Investigador del Área de
Derecho Constitucional
Universidad de Barcelona

Sumario:

Introducción. I. Principales ámbitos del régimen de extranjería tratados por el Tribunal Supremo. a) La protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas. b) La exención del visado de residencia. c) La obtención del permiso de trabajo. d) La expulsión de extranjeros y el deber de salida de España. e) Las solicitudes de asilo y refugio. f) El reconocimiento de la nacionalidad española. g) Los trabajadores extranjeros y el régimen de la Seguridad Social. h) Otros pronunciamientos relevantes en materia de extranjería. **II. Valoración general de la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Supremo.**

INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende ofrecer una aproximación a la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre materias relacionadas con el régimen de los extranjeros en España¹, que en conjunto conforma un cuerpo jurisprudencial de destacada importancia, no sólo porque en poco más de un año y medio ha emitido más de ciento ochenta Sentencias, sino también por la importancia de las mismas como instrumento de interpretación e integración de la normativa de extranjería.

No obstante, es de observar que la mayor parte de los pronunciamientos vertidos en este período se remontan a hechos sucedidos a finales de la década de los ochenta y principios de los noventa, salvo las Sentencias que revisan los Autos de Tribunales inferiores o que

(1) Este trabajo comprende la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo durante el año 1998 y la primera mitad de 1999. La selección de jurisprudencia recoge casi exclusivamente Sentencias del Tribunal Supremo y excluye por razones de espacio los Autos de dicho Tribunal, salvo en las pocas ocasiones en que su inclusión se ha considerado necesaria para ilustrar la postura del Tribunal en determinadas materias como, por ejemplo, la suspensión de la ejecución de las expulsiones administrativas. Las diversas resoluciones del Tribunal Supremo se citan con indicación de la fecha de la Sentencia junto al número de referencia asignado por el Boletín de Jurisprudencia Aranzadi (ej.: STS de 9 de marzo de 1999, Ar. 2433); sólo cuando el año de adopción de la Sentencia no coincide con el de su publicación se ha añadido a la referencia Aranzadi el año de publicación de la resolución separado por una barra (ej.: STS de 21 de diciembre de 1998, Ar. 374/1999).

resuelven recursos basados en la vía preferente y sumaria de la Ley 62/1978. En consecuencia, muchos de los razonamientos del Tribunal han perdido actualidad a la vista de las reformas del Real Decreto 155/1996, de las novedades normativas y jurisprudenciales de la Unión Europea y de las reformas y suspensiones que han sufrido los Tratados Internacionales celebrados con terceros Estados, pero muy especialmente a la luz de la nueva Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, que ha superado en muchos aspectos la jurisprudencia de este Tribunal.

I. LA EVOLUCIÓN DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Con el fin de facilitar la exposición y el análisis de la jurisprudencia más reciente de este Tribunal se ha optado por agrupar los problemas jurídicos de los extranjeros en ocho grandes bloques temáticos: los Derechos Fundamentales de los extranjeros, las denegaciones de la exención de visado de residencia, las denegaciones de permisos de trabajo, las expulsiones y la posición del Tribunal sobre la suspensión de tales medidas, la posición respecto a las solicitudes de asilo o refugio, los pronunciamientos sobre la adquisición de la nacionalidad y el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social. Junto a estos temas, se ha incluido un apartado final donde se recogen pronunciamientos destacados sobre cuestiones tan diversas como el tratamiento de la falsificación de pasaportes, la extradición a otros Estados de ciudadanos extranjeros, o la aplicación de la Regularización de 1991.

a) La protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas

Uno de los problemas principales a los que se ha tenido que enfrentar el Tribunal Constitucional ha sido la delimitación del régimen de disfrute por los extranjeros de los Derechos Fundamentales, consignado en el art. 13 CE. A partir de sus STC 107/1984 y 115/1987 el Tribunal Constitucional estableció una triple distinción entre aquellos derechos inherentes a la dignidad humana (los derechos a la vida, la libertad personal, la integridad física y moral, la intimidad, la libertad ideológica, etc.), los derechos de cuya titularidad estaban excluidos los extranjeros (básicamente los derechos políticos del art. 23 CE), y una tercera y amplia categoría de derechos que podrán o no pertenecer a los extranjeros según lo dispongan la Ley o los Tratados Internacionales. Interesa aquí analizar el primer y tercer grupos, pues son los que tienen una mayor incidencia práctica.

Entre los derechos reconocidos a los extranjeros en su calidad de personas (art. 10.1 CE) destaca el desarrollo que el Tribunal Supremo ha dado al **derecho a la tutela judicial efectiva** del art. 24 CE. La STS de 18 de marzo de 1998, Ar. 2826, afirma que dicho precepto:

“tanto en su apartado primero como en el segundo, contiene las garantías de la tutela judicial efectiva y las garantías procesales constitucionalizadas que se proyectan en la tramitación de los procedimientos de expulsión”.

El Régimen de Extranjería en la Jurisprudencia del TS

Si bien, al profundizar en su razonamiento el mismo Tribunal matizará esta afirmación observando que:

“la invocación del art. 24.1 CE no permite constitucionalizar todas las reglas procesales ni dar relevancia constitucional a cualquier decisión judicial que aplique una norma procesal, pues en tanto que la Ley Procesal sea conforme a la Constitución, son los Jueces y Tribunales los llamados a interpretar la Ley y sólo en el caso de que esa interpretación lleve a un resultado lesivo del derecho fundamental, habría que entrar a juzgar sobre esa interpretación (...)”.

Resaltada la importancia que el Tribunal Supremo concede a dicho precepto, dos son los derechos que concentran la mayor parte de las resoluciones dictadas recientemente: el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a una tutela cautelar efectiva y suficiente. La STS de 18 de marzo de 1998 entiende que:

“el derecho fundamental a la presunción de inocencia se ve satisfecho cuando se da una mínima actividad probatoria que racionalmente pueda reputarse de cargo y demuestre la responsabilidad de la persona afectada”.

Esta exigencia se traduce generalmente en un examen jurisdiccional dirigido a determinar si se han practicado:

“los medios de prueba suficientes y relevantes para resolver la cuestión suscitada, [y si] el administrado ha dispuesto de todas las garantías procesales y no le ha sido impedida la utilización de los recursos pertinentes frente a los actos administrativos que le han afectado, ni se ha obstaculizado el acceso a los Tribunales de Justicia (...)”.

La mera sospecha de pertenencia a una organización de tráfico ilegal de inmigrantes, derivada de la convivencia y vinculación a miembros de la misma, no es actividad probatoria de cargo suficiente para contrarrestar la presunción de inocencia, tal y como deduce la STS de 23 de enero de 1998, Ar. 1426, como tampoco lo es la mera existencia de actuaciones policiales y judiciales contra el extranjero si no existe aún un pronunciamiento condenatorio por tales motivos (STS de 27 de abril de 1999, Ar. 4600). Ahora bien, cuando se demuestra que el extranjero está incurso en el supuesto de expulsión del art. 26.1.c) LOE por pertenencia a una banda criminal, no sólo desaparece la presunción de inocencia sino que se invierte la carga de la prueba, ya que se presume que el extranjero incurre en el supuesto del art. 26.1.f) LOE salvo que demuestre la posesión de medios lícitos de vida de “fácil comprobación” (STS de 14 de mayo de 1999, Ar. 5198).

Más allá de los concretos procedimientos de expulsión e incluso de los procedimientos administrativos sancionadores en general, el Tribunal Supremo ha declarado que:

“si no se quiere vaciar de contenido el art. 24.2 CE sobre presunción de inocencia, ésta no puede limitarse al estricto ámbito sancionador sino que debe extenderse a supuestos como el presente en que la denegación pudiera basarse en un supuesto de expulsión sin un mínimo de actividad probatoria suficiente (SSTS 12 junio 1996 y 7 marzo 1997)”.

Es decir, es necesario extender la aplicación de la presunción de inocencia a procedimientos administrativos que puedan terminar con resoluciones de contenido negativo y efectos ablativos sobre los derechos del extranjero. La ampliación del ámbito de aplicación del principio de presunción de inocencia ha llevado al Tribunal a extender este derecho a otros procedimientos no sancionadores como por ejemplo, al procedimiento de reconocimiento de la nacionalidad española, cuando se deniega ésta en base a acusaciones no probadas de hurto o prostitución (STS de 24 de abril de 1998, Ar. 3909), o al procedimiento de renovación del permiso de residencia y trabajo cuando se dicta un acto negativo en consideración a determinados antecedentes del extranjero que no pudieron ser probados (STS de 29 de mayo de 1998, Ar. 5458).

Por lo que hace a la tutela cautelar, que el Tribunal Constitucional ha residenciado en el art. 24.1 CE, la denegación de la suspensión de la expulsión por los Tribunales inferiores mediante “meros impresos normalizados” carentes de la “más elemental y necesaria motivación” deviene, a ojos del Tribunal Supremo, una actuación arbitraria prohibida por el art. 9.3 CE y contraria al art. 24.1 CE (STS de 26 mayo de 1998, Ar. 4976). Pero no sólo respecto a la medida cautelar de expulsión, pues en los últimos años se ha afianzado la aplicación de medidas cautelares a todas aquellas resoluciones que tengan por consecuencia la imposición de un deber de salida del territorio nacional, como ocurre por ejemplo, con las denegaciones de la exención del visado de residencia (SSTS de 26 mayo de 1998, Ar. 4976, STS de 20 de mayo de 1999, Ar. 6150, STS de 13 de marzo de 1999, Ar. 3152).

Entre los derechos reconocidos a los extranjeros en función de lo dispuesto por los Tratados Internacionales y la Ley destacan los pronunciamientos sobre el principio de igualdad (art. 14 CE), la libertad ambulatoria (art. 19 CE), el derecho de asociación (art. 22 CE) y el derecho a la educación (art. 27 CE).

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha hecho depender el reconocimiento a los extranjeros del **principio de igualdad** (art. 14 CE) de lo que dispongan las Leyes y Tratados Internacionales (STC 107/1984). En desarrollo de este planteamiento la STS de 28 de octubre de 1998 (Ar. 8257) señaló que la denegación por parte de la Dirección General de Registros y del Notariado de la nacionalidad española a un ciudadano saharauí suponía un acto doblemente discriminatorio: primero, por otorgar un trato igual a situaciones desiguales, al equiparar a un saharauí español por consolidación de la nacionalidad con saharauís sin nacionalidad española, y segundo por introducir un trato desigual entre iguales, al discriminar al saharauí español respecto a los nacionales españoles. También apreció como discriminatoria la exigencia de permiso de trabajo a ciudadanos argentinos que, en virtud de la “cláusula de nación más favorecida” contenida en el Convenio de 21 de septiembre de 1863, debían ser equiparados a los españoles (SSTS de 13 de marzo de 1998, Ar. 2620 y 2621, STS de 3 de abril de 1998, Ar. 3062, y STS de 3 de febrero de 1998, Ar. 1548).

Por el contrario, en su STS de 19 de junio de 1998, Ar. 5635, el Tribunal Supremo ha establecido que el matrimonio con un extranjero constituye para el cónyuge español una situación distinta a la del matrimonio entre españoles, y por consiguiente no susceptible de equiparación. En base a este razonamiento, el Tribunal confirma la denegación de la exención del visado de residencia al extranjero marido de la recurrente, desestimando las alegaciones de ésta encaminadas a demostrar la existencia de un perjuicio personal derivado del obligatorio alejamiento de su cónyuge, que las esposas españolas de ciudadanos españoles no están obligadas a soportar.

Al hilo de las SSTC 94/1993, 116/1993 y 242/1993 y de su propia jurisprudencia de 25 de junio, Ar. 3344, y 3 de julio de 1980, Ar. 3404, el Tribunal Supremo ha considerado en la STS de 18 de marzo de 1998, Ar. 2826, que:

“en coherencia con los Tratados y Convenios Internacionales en los que España es parte (art. 10.2 CE) (...) la libertad de circulación que el art. 19 CE reconoce a los extranjeros que se hallen legalmente en nuestro territorio deberá fundarse en alguno de los supuestos previstos en la Ley de Extranjería, y, en suma ha de ser respetado el mínimo esencial de garantías de procedimiento que enuncia el art. 13 PIDCP (...)”.

Es decir, que la protección del **derecho a la libertad ambulatoria** no ampara a los extranjeros que se encuentran ilegalmente en España por carecer de la prórroga de estancia o del permiso de residencia [art. 26.1.a) LOE]. Respecto a este mismo precepto constitucional, la STS de 19 de junio de 1998, Ar. 5635, entiende que la denegación a un extranjero de la exención del visado de residencia no vulnera los derechos a la libre elección de residencia y circulación de su esposa española, porque dicha denegación sólo obliga al marido a solicitar el visado desde su país de origen, pero no a trasladar forzosamente el domicilio conyugal.

La STS de 23 de noviembre de 1998, Ar. 9279, sostiene una interpretación restrictiva del **derecho de asociación** reconocido en los arts. 22 CE y 8.2 LO 7/1985, al limitar la posibilidad de ser promotor a los extranjeros que gocen de un permiso de residencia, dado que este tipo de permiso está vinculado a los conceptos de trabajo y establecimiento regular y permanente para el ejercicio de una actividad. La consecuencia derivada de ello es que los extranjeros que disfruten de cualesquiera otras autorizaciones de estancia no pueden ser promotores de una asociación porque la finalidad de su estancia en España responde a fines distintos al establecimiento regular y permanente, lo cual constituye un razonamiento no del todo convincente, pues los extranjeros pueden ostentar intereses cuya defensa sólo pueda ser vehiculable a través de asociaciones, por otro lado un pronunciamiento de alcance tan emblemático como el derecho de creación de asociaciones no se corresponde con la parquedad de los razonamientos aportados por el Tribunal para restringirlo de esta manera, así como tampoco los intereses públicos que se pretenden salvaguardar.

Por lo que se refiere al **derecho a la educación** del art. 27 CE, el Tribunal Supremo lo ha negado a un extranjero menor de edad porque carecía del preceptivo visado y no disfrutaba de exención del mismo (STS de 20 de abril de 1999, Ar. 4527).

Finalmente, el Tribunal Supremo en su jurisprudencia de 1999 ha ido ampliando los efectos del principio rector contenido en el art. 39.1 CE relativo a la **protección de la institución familiar**, hasta el punto de que en la STS de 27 de abril de 1999, Ar. 4600, (ponente Francisco González Navarro) ha extraído un derecho de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales a la asistencia de los padres, creando por vía jurisprudencial un deber de cumplimiento obligatorio para la Administración, consistente en la necesidad de ofrecer a los extranjeros cónyuges de españoles la posibilidad de obtener un permiso de trabajo antes de proceder a su expulsión en base al art. 26.1.b) LOE (trabajar sin permiso de trabajo), so pena de declarar nula la orden de expulsión. De forma menos artificiosa la STS de 24 de abril de 1999, Ar. 3787, ya había fundamentado en dicho precepto la misma medida preventiva de protección de la familia, siguiendo la estela de las SSTS de 23 de enero, Ar. 3787, y de 17 de febrero de 1999, Ar. 1330, que se basaron en dicho principio para conceder la “exención del visado de residencia por razones excepcionales” al cónyuge extranjero de un nacional español.

b) La exención del visado de residencia

La exención de visado por circunstancias excepcionales ha centrado el debate de numerosas sentencias del Tribunal, no sólo en el período objeto de este análisis sino que desde tiempo atrás lo viene haciendo y no siempre de forma pacífica, tal y como ha señalado REQUERO IBÁÑEZ². Baste aquí señalar que la “exención de visado de residencia” no incluía entre sus supuestos de concesión recogidos en el RD 1119/1986 un motivo que permitiera obtenerlo “por razones excepcionales”, a diferencia de la posibilidad de solicitar la “exención de visado de entrada por razones excepcionales”, recogida en el art. 5.4 del RD 1119/1986. A pesar de la ausencia de previsión expresa de tal exención para los visados de residencia, la existencia de una previsión en el art. 22.3 del RD 1119/1986 que reconocía la posibilidad de ser eximido del visado de residencia cuando se cursara una solicitud de permiso de residencia, suscitó una línea jurisprudencial favorable al reconocimiento de razones excepcionales para la obtención de la exención del visado de residencia (SSTS de 24 de abril, 18 de mayo y 6 de julio de 1993, 10 de marzo de 1994, 14 de febrero o de 8 de abril de 1995). Frente a esta interpretación, otra línea jurisprudencial entendió que no existía en el ordenamiento de extranjería la exención de visado de residencia y que la única exención de visado se refería al de entrada previsto en el art. 5.4 del RD 1119/1986 (SSTS de 25 de enero y 9 de marzo de 1993).

Posteriormente, la STS de 11 de octubre de 1994 superó esa discusión afirmando que el art. 5.4 del RD 1119/1986 se refería a la exención del visado de entrada, pero que el art. 22.3 del Reglamento se refería a la exención de determinados documentos que debían acompañar a la solicitud de permiso de residencia. A partir de esa Sentencia la exención del visado de residencia, ligada a una solicitud de permiso de residencia, tiene una entidad autónoma, y aunque el debate ya se ha zanjado por la jurisprudencia del Tribunal

(2) REQUERO IBÁÑEZ, José Luis: *Extranjería y refugio: práctica contencioso-administrativa*, Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, págs. 34 y ss.

Supremo, todavía en el año 1998 se encuentran algunas alegaciones de la Abogacía del Estado rechazando la existencia de una denegación del visado de residencia. La técnica utilizada por la jurisprudencia, nunca claramente expuesta pero deducible de las SSTS de 4 de febrero, Ar. 1344, 14 de septiembre, Ar. 7237 y 29 de junio de 1998, Ar. 5368, es localizar la base jurídica de la exención de visado de residencia en el art. 12.4 LOE y ante la ausencia de una concreción en el Reglamento de 1986, delimitar el término “causa suficiente” del art. 12.4 LOE mediante la analogía con la exención de visado de entrada, que sí tiene una previsión reglamentaria específica situada en el art. 5.4 del RD 1119/1986. La STS de 22 de octubre de 1998, Ar. 8845, lo ilustra perfectamente:

“En el caso examinado, no se estiman vulnerados los preceptos de la Ley Orgánica de Extranjería citados como infringidos, en la medida en que el art. 12 regula la situación del extranjero que pretenda entrar en España y en su apartado 3, concretamente en el párrafo 2, en el inciso final, se está refiriendo al caso de que se trate de extranjeros que solicitan el visado ante las representaciones diplomáticas consulares españolas en su país de origen, como ha reconocido jurisprudencia de esta Sala (así la Sentencia de la Sala Tercera, Sección Cuarta, de 1 de octubre de 1992 y la posterior Sentencia de 14 noviembre de 1992, de la Sección Sexta de la Sala Tercera de este Tribunal) y, en el párrafo cuarto del mismo precepto, se establece la posibilidad de que el Ministerio de Interior pueda autorizar la entrada, tránsito o permanencia en territorio español a extranjeros con documentación defectuosa, incluso sin ella, o que no hubieran entrado por los puestos habilitados, siempre que medie causa suficiente. Este precepto relacionado con el art. 5.4 RD, permite que las autoridades gubernativas puedan eximir a un extranjero de la obligación de visado si existen razones excepcionales que justifiquen tal dispensa y esta excepcionalidad aparece, a juicio de la Sala de instancia, debidamente acreditada en las actuaciones, encontrándonos ante un concepto jurídico indeterminado, cual es la excepcionalidad, que es susceptible de interpretación en cada caso y circunstancia concreta y que en este caso es debidamente estimado por la Sala de instancia.”

El segundo debate, superado el anterior, que ocupa la discusión sobre las exenciones del visado de residencia, se refiere a la interpretación del término “**circunstancias excepcionales**”. Una de las líneas interpretativas seguidas por la jurisprudencia de este Tribunal ha consistido en reconocer un margen de apreciación discrecional a la Administración, concretamente al Ministerio del Interior, en la determinación del alcance del concepto de “circunstancias excepcionales” (SSTS de 22 de febrero y 30 de mayo de 1991, 23 de noviembre de 1993 y 11 de octubre de 1994). En esta línea de razonamiento, la Abogacía del Estado esgrime sistemáticamente la STS de 30 de septiembre de 1992 como argumento definitivo para sustentar que la apreciación y ponderación de las “circunstancias excepcionales” corresponde exclusivamente a la Administración en atención al interés del Estado, pues no constituye un derecho subjetivo del extranjero (SSTS de 4 de febrero, Ar. 1344, 14 de septiembre, Ar. 7237 y de 12 de mayo de 1998, Ar. 4958). Frente a este razonamiento, el Tribunal Supremo ha insistido últimamente en todas sus Sentencias en que éste es un concepto jurídico indeterminado que requiere una interpretación *ad casum* valorable por la Administración, pero revisable judicialmente por los Tribunales, que también pueden concretar su extensión.

Para el Tribunal Supremo:

“el carácter excepcional de las circunstancias en que se funda la solicitud de exención del visado debe ser considerado ponderando en cada caso las que concurran, con el fin de, examinándolas en conjunto, precisar si resulta de aplicación el concepto jurídico indeterminado (causa suficiente, razones excepcionales que justifiquen la dispensa) con que los artículos en los que debe considerarse que se ampara la infracción denunciada integran su mandato (artículos 12.4 de la Ley Orgánica 1985 y 22.3 del Reglamento de ejecución de aquella Ley aprobado por el Real Decreto 1119/1986). Por ello es menester prestar atención no sólo a los principios sentados por la doctrina de esta Sala sino también a las apreciaciones realizadas en relación con los supuestos de hecho concretamente contemplados en cada asunto”.

En sus SSTs de 5 de junio, Ar. 5136, y de 10 de junio de 1998, Ar. 5178, el Tribunal Supremo ha realizado un esfuerzo por sistematizar los casos en que pueden concurrir “circunstancias excepcionales” relevantes para la exención de visado de residencia:

“La jurisprudencia de esta Sala viene considerando que han de tenerse como circunstancias ‘excepcionales’ el arraigo en territorio español, demostrado, entre otras circunstancias, por el hecho de seguir estudios con suficiente asiduidad y aprovechamiento, la reagrupación y la integración familiar, el disfrute de permiso de trabajo o el haber sido previamente titular de permisos de residencia (Sentencias de 13 de mayo 1993, 10 de julio de 1993, 8 de noviembre de 1993, 7 de marzo de 1994, 21 de mayo de 1994, 20 diciembre de 1994, 8 abril de 1995, 19 de diciembre de 1995, 20 de enero de 1996, entre otras).” (STS de 9 de febrero de 1999, Ar. 1615.)

Los dos motivos fundamentales por los que se concede la exención de visado de residencia por circunstancias excepcionales son la reagrupación familiar y el arraigo en España.

El concepto de **reagrupación familiar** como circunstancia excepcional:

“exige que exista una finalidad de convivencia estable fundada en la mutua ayuda inherente a las relaciones conyugales o de parentesco no sólo en el terreno económico, sino también en el moral y afectivo”.

Por ello no puede apreciarse esta causa de exención del visado de residencia cuando sólo existe un mero auxilio económico (STS de 9 de febrero de 1999, Ar. 1615), o cuando la estancia en España se dirige solamente a “quedarse un tiempo” con la reagrupante (STS de 7 de diciembre de 1998, Ar. 10173). El Tribunal define la reagrupación familiar como una unión permanente entre padres e hijos para ofrecerse una recíproca y mutua ayuda:

“esta Sala y Sección del Tribunal Supremo ha declarado en sus Sentencias de 2 de enero de 1996 (recursos de apelación 3604 y 4711 de 1992), si el propio Reglamento para la ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, establece, en su artículo 7.2.d), la posi-

bilidad de solicitar visado por causa de reagrupación familiar, no es razonable ni justificable, como expresamos en nuestras Sentencias de 24 de abril y 28 de mayo de 1994 y 19 de diciembre de 1995, que, al encontrarse los hijos de los solicitantes de la exención de visado en territorio español, se les obligue a aquéllos a salir fuera para proveerse de visado con el fin de solicitar permiso de residencia, por lo que tal circunstancia ha de considerarse como uno de los supuestos contemplados por los artículos 5.4 y 22.3 del citado Reglamento, aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo (...)" (STS de 14 de abril de 1998, Ar. 3825).

A pesar de lo cual, en la STS de 19 de junio de 1998, Ar. 5635, no dudó en denegar la exención porque el extranjero podía salir de España y solicitar en la Embajada el visado de reagrupación familiar, que por las circunstancias del caso no podría ser denegado, a pesar de estar casado con una ciudadana española.

El ámbito de aplicación del concepto de reagrupación familiar depende del caso concreto y especialmente de las circunstancias concomitantes. El Tribunal Supremo ha admitido a efectos de exención del visado de residencia por circunstancias excepcionales la *reagrupación familiar de la pareja o cónyuge* tanto si existía matrimonio con español/a (SSTS de 14 de septiembre de 1998, Ar. 7237, 17 de marzo de 1998, Ar. 2717, 9 de diciembre de 1998, Ar. 10180, 17 de febrero de 1999, Ar. 1624, 23 de enero de 1999, Ar. 1330, o con extranjero/a en situación legal (STS de 26 de mayo de 1999, Ar. 4974, 7 de diciembre de 1998, Ar. 10175, 11 de noviembre de 1998, Ar. 9022), como si demostraban una convivencia extramatrimonial estable con español/a (demostración que la STS de 15 de diciembre de 1998, Ar. 10372, ha considerado satisfecha con el empadronamiento e inclusión en la cartilla de la Seguridad Social), máxime cuando a resultas de la unión existen hijos españoles comunes (STS de 25 de mayo de 1998, Ar. 5610). El Tribunal Supremo vincula la reagrupación familiar del cónyuge a la protección de la familia consignada en el art. 39 CE, de forma que ante la ausencia de prueba por la Administración de que no se dan las "circunstancias excepcionales" requeridas ésta prima sobre la denegación, beneficiando incluso a extranjeros con una prohibición de entrada vigente (STS de 17 de febrero de 1999, Ar. 1624) y pasando por encima de obstáculos como una larga condena privativa de libertad del reagrupante, que además carecía de medios económicos para sostener a la familia, afirmando que "la privación de libertad no puede considerarse, salvo prueba en contrario como determinante de la ruptura de la *affectio maritalis*, presumida por la subsistencia del vínculo jurídico y por la convivencia (socorro mutuo, respeto y actuación en interés de la familia).

También ha admitido la exención del visado de residencia por *reagrupación familiar de los hijos*, tanto si éstos son hijos de español/a (SSTS de 23 de junio de 1998, Ar. 5278 o 9 de junio de 1998, Ar. 5175) como de extranjero/a residente legal (SSTS de 10 de junio de 1998, Ar. 5178, 17 de diciembre de 1998, Ar. 10216, 26 de octubre de 1998, Ar. 9459, 19 de enero de 1999, Ar. 1077), aunque en este segundo caso suele basar su razonamiento en la juventud del reagrupado o en la dependencia económica o afectiva de su progenitor/es, no obstante la STS de 23 de marzo de 1999 (Ar. 3173) ha admitido la reagrupación familiar de una hija mayor de edad y económicamente independiente de sus padres

por la “voluntad de convivencia estable” que presentaba así como por el hecho de que el resto de hermanos obtuvieron la exención de visado. Más allá de estos casos también se ha interpretado que la reagrupación familiar alcanza a los hermanos de españoles (STS de 5 de junio de 1998, Ar. 5138), de extranjeros residentes legales (SSTS de 24 de noviembre de 1998, Ar. 9311, 10 de noviembre de 1998, Ar. 9527, de 28 de diciembre de 1998, Ar. 375/1999), a la madre de extranjeros residentes legales (TS de 21 de diciembre de 1998, Ar. 10312 y 22 de diciembre de 1998, Ar. 1080) especialmente cuando ésta haya enviudado (STS de 3 de junio de 1999, Ar. 5642), al padre cabeza de familia que sostiene económicamente a la familia (STS de 17 de diciembre de 1998, Ar. 10216), llegando incluso a admitirla en un caso en que la relación de parentesco era de segundo grado de consanguinidad pero existía una estrecha convivencia con los reagrupantes, de nacionalidad española no originaria (STS de 19 de mayo de 1998, Ar. 4666). No hay reagrupamiento familiar cuando el menor de edad se reagrupe con una persona que no ostenta la patria potestad sino que se trata de un familiar lejano (prima hermana) facultada mediante poderes notariales para cuidar y atender al niño (STS de 20 de abril de 1999, Ar. 4527).

Algunas de las condiciones relevantes de los reagrupantes, que el Tribunal Supremo ha resaltado en sus Sentencias son, por un lado, la nacionalidad española o la residencia legal de los extranjeros reagrupantes, y por otro, su solvencia económica (SSTS de 26 de mayo de 1998, Ar. 4974, 7 de diciembre de 1998, Ar. 10175, 17 de diciembre de 1998, Ar. 10216, 26 de octubre de 1998, Ar. 9459, 24 de noviembre de 1998, Ar. 9311 y 15 de diciembre de 1998, Ar. 10369) y las condiciones de la vivienda (piso de propiedad en las SSTS de 9 de junio de 1998, Ar. 5175, y 26 de octubre de 1998, Ar. 9459). Además, la existencia de vínculos afectivos (STS de 19 de mayo de 1998, Ar. 4666), generalmente traducidos en una situación de convivencia familiar (expresamente reconocida en las SSTS de 23 de junio de 1998, Ar. 5278, 17 de diciembre de 1998, Ar. 10216 y 26 de octubre de 1998, Ar. 9459) suele ser una condición exigida por el Tribunal. Respecto a los reagrupados, la juventud y dependencia de éstos respecto a sus padres suele ser motivo suficiente para la exención del visado de residencia (STS de 23 de junio de 1998, Ar. 5278 o SSTS de 10 de junio de 1998, Ar. 5178, 26 de octubre de 1998, Ar. 9459, y 15 de diciembre de 1998, Ar. 10369).

En definitiva, aunque la apreciación de circunstancias excepcionales para la exención del visado de residencia depende en gran medida del caso concreto, por lo que hace a la reagrupación familiar se aprecia en los últimos años una tendencia jurisprudencial a primar la “voluntad de convivencia estable” o la *affectio maritalis* por encima de las condiciones concretas del reagrupante o del reagrupado, pues este motivo de exención del visado se enlaza expresamente con el art. 39.1 CE relativo a la protección de la institución familiar (STS de 23 de enero de 1999, Ar. 1330 o STS de 17 de febrero de 1999, Ar. 1624).

Respecto al **arraigo en España**, se puede afirmar que el Tribunal Supremo recurre a él como complemento de las razones basadas en la reagrupación familiar, especialmente si éstas no son muy sólidas. En todo caso, el elemento esencial o catalizador del arraigo es la existencia de unos fuertes nexos con el país, aunque la estancia en España no sea regu-

lar, pues la obligación de volver al país de origen para solicitar el visado de residencia pondría en peligro la subsistencia de esos nexos.

El Tribunal Supremo ha diferenciado el arraigo económico del *arraigo familiar*, concepto este último cuyos contornos son menos definidos hasta el punto de que en ocasiones se utiliza como sinónimo de reagrupación familiar. Sobre esta cuestión, parece necesario diferenciar el concepto de reagrupación familiar del de arraigo familiar, y esa diferenciación se basaría en que el arraigo familiar correspondería a situaciones en que los miembros de la familia no disfrutaban de una estancia legal o no reúnen las condiciones de reagrupante pero la larga duración de su estancia y el avanzado estado de integración (p. ej., de los hijos) dibujan una situación excepcional acreedora de una exención de visado, a diferencia de la reagrupación familiar en la que es necesaria la estancia legal del reagrupante. Ésta parece ser la línea apuntada tímidamente por las SSTs de 29 de enero de 1998, Ar. 674, y 12 de mayo de 1998, Ar. 4958, en la primera de las cuales se reconoce la exención de visado a un extranjero residente en Canarias desde 1983 cuya madre y hermanos residen con él, mientras en la segunda se reconoce el arraigo porque:

“los hijos de estos extranjeros fueron dados de alta entre 1987 y 1992 del Régimen de Autónomos de la Seguridad Social, uno de ellos es titular de permiso de trabajo por cuenta ajena y cumplen con el IAE, disponiendo además una hija de tarjeta de residente comunitario”.

Junto al concepto de arraigo familiar, el Tribunal Supremo ha elaborado con mayor definición el concepto de *arraigo económico*, de la que la STS de 13 de marzo de 1998, Ar. 2714, es un buen ejemplo. En este caso, el extranjero trabajó desde 1982 en Las Palmas de Gran Canaria, posteriormente fue declarado en situación de invalidez permanente sin compensación económica por defecto de cotización en 1991, gozando de una pensión asistencial de la Comunidad Autónoma, de todo lo cual el Tribunal Supremo deduce la existencia de arraigo económico, pues sus relaciones con el país son estrechas y ello en razón de que la única fuente de ingresos estable y duradera es una pensión asistencial de la Administración de la Comunidad Autónoma. Aquí el Tribunal establece el nexo requerido para el arraigo en la residencia en un lugar del Estado en el que disfruta de los medios económicos necesarios para su vida, siendo ello inescindible del hecho de que en este caso, además, éstos eran los únicos posibles pues el extranjero estaba en situación de invalidez. En la STS de 8 de mayo de 1999, Ar. 4913, se tiene en cuenta que la recurrente es una trabajadora por cuenta propia que ha abierto un pequeño negocio, disfrutaba de residencia en España desde 1985, se benefició anteriormente de permiso de trabajo y figuraba inscrita en la Seguridad Social. En el caso de un matrimonio de deportistas profesionales que habían arrendado sus servicios a un Club el Tribunal Supremo consideró excesivo que se les exigiera salir fuera de España con su hijo para proveerse del permiso de residencia, STS de 24 de abril de 1999, Ar. 3788.

Con ser importantes, ni el arraigo ni la reagrupación familiar agotan los elementos de referencia para determinar la necesidad de eximir de visado por circunstancias excepcionales, pues el Tribunal Supremo se sirve de otros elementos, que conviene acreditar

junto a los principales porque pueden decantar la decisión de exención. Entre ellos destaca el hecho de tener una profesión y estar al tanto del pago del IAE (STS de 4 de febrero de 1998, Ar. 1344), la convivencia con familiares que hayan obtenido la exención de visado (STS de 4 de febrero de 1998, Ar. 1344 o STS de 23 de junio de 1998, Ar. 5278), buena fe (STS de 23 de junio de 1998, Ar. 5278), la edad y dependencia económica o afectiva de la persona que lo solicite en el caso concreto (un menor de 21 años convivente con su madre en la STS de 23 de junio de 1998, Ar. 5278, chica joven nacida en 1974 que convive con su familia, STS de 10 de junio de 1998, Ar. 5178, hija que vive con sus padres españoles en la STS de 9 de junio de 1998, Ar. 5175, hijo de española que vive a expensas de la madre en la STS de 3 de febrero de 1998, Ar. 1342), o las condiciones de la vivienda en la que se reside (un piso de propiedad, en la STS de 9 de junio de 1998, Ar. 5175).

El ejemplo más claro de la importancia de la valoración conjunta de las circunstancias se presenta en la STS de 22 de enero de 1999, Ar. 938, en la que se analiza el caso de un ecuatoguineano que vino a estudiar la carrera de Derecho a España sin visado ni matrícula universitaria, pero que posteriormente fue ganándose el respeto de la comunidad universitaria, con provecho de los estudios y disfrutando de comida y techo a cargo de unos familiares, circunstancias que tomadas conjuntamente le permitieron obtener la exención, pero que aisladamente consideradas o sometidas a un escrutinio más riguroso pueden provocar su denegación (STS de 15 de diciembre de 1998, Ar. 10370).

En los casos en que el resultado de aplicar los criterios anteriores no ha dado resultados concluyentes, el Tribunal Supremo recurre a otros criterios como la diligencia del extranjero por regularizar su situación; así por ejemplo, en la STS de 15 de diciembre de 1998, Ar. 10370, el Tribunal Supremo consideró que no constituía arraigo suficiente el seguimiento por una extranjera de un curso de peluquería a pesar de disponer de una oferta de trabajo como empleada de hogar, porque en el supuesto concreto el Tribunal otorgó mayor importancia a un comportamiento negligente en la regularización de su estancia en España. Asimismo, en los casos dudosos el Tribunal exige con un mayor rigor el previo disfrute de permiso de trabajo (SSTS de 26 de marzo de 1999, Ar. 3239, 9 de marzo de 1999, Ar. 2433, y 9 de febrero de 1999, Ar. 1615).

Como contrapartida, el Tribunal no suele conceder entidad suficiente como para calificarla de circunstancia excepcional a situaciones como: el matrimonio posterior (STS de 17 de abril de 1999, Ar. 3784), la entrada de buena fe o el quebranto económico que pueda suponer el retorno a su país (STS de 23 de marzo de 1999, Ar. 3174), la facilidad para integrarse en España (SSTS de 26 de marzo de 1999, Ar. 3239, y 9 de marzo de 1999, Ar. 2433), la ausencia de antecedentes penales (STS de 9 de marzo de 1999, Ar. 2433) o el mero dato de ser iberoamericano (SSTS de 26 de marzo de 1999, Ar. 3239, 17 de abril de 1998, Ar. 5038, y 17 de abril de 1999, Ar. 3784).

Relacionados con la exención de visado de residencia se han planteado una serie de casos en los que los recurrentes pretendían deducir un derecho subjetivo a la exención de visa-

do de residencia autónomo de los **Convenios bilaterales** de Doble Nacionalidad con Perú, y Chile, ambos de 16 de mayo de 1959.

El Tribunal Supremo recoge la interpretación jurisprudencial anterior (SSTS de 13 de mayo y 10 de julio de 1993, 20 de diciembre de 1994, 19 de diciembre de 1995 y 16 de diciembre de 1997) sobre el art. 7.3 del Convenio con Perú, extensible al Convenio con Chile, según la cual dicho precepto no puede ser interpretado en el sentido de que exima de la obligación de obtener un visado de residencia previo al permiso de residencia, de modo que no teniéndolo (SSTS de 12 de junio de 1998, Ar. 5250, 15 de enero de 1998, Ar. 299 y 28 de abril, Ar. 3918, y 17 de abril de 1999, Ar. 3784, 21 de diciembre de 1998, Ar. 374/1999, 9 de febrero de 1999, Ar. 1615, 23 de marzo de 1999, Ar. 3174, y 26 de marzo de 1999, Ar. 3229) se le debe exigir visado, salvo que concurren “circunstancias excepcionales” que eximan del mismo y hayan sido demostradas por los extranjeros, excepto en la STS de 29 de enero de 1998, Ar. 674, en que el Tribunal Supremo apreció directamente la concurrencia de las mismas. Por las mismas razones ha rechazado los recursos de un ciudadano argentino y de un ciudadano boliviano, el primero con apoyo en el Convenio de Doble Nacionalidad España-Argentina (STS de 17 de abril de 1998, Ar. 5038), y el segundo porque pretendía que se le aplicara el régimen comunitario en virtud de la cláusula de “nación más favorecida” contenida en el art. 10 del Canje de Notas de 26 de marzo de 1962 entre España y Bolivia, a pesar de que, como dice el Tribunal, la Unión Europea es una comunidad supranacional con un *status* no equiparable al de una nación (STS de 6 de mayo de 1999, Ar. 4789).

A modo de resumen puede decirse que la jurisprudencia sobre exención del visado de residencia por circunstancias excepcionales, aún necesitada de una mayor definición en algunos aspectos como el concepto de arraigo familiar, conforma ya una sólida jurisprudencia. Jurisprudencia que la Abogacía del Estado insiste en ignorar, comportamiento que ha llevado en ocasiones al Tribunal a reprender veladamente su actuación, como en la STS de 26 de noviembre de 1998, Ar. 9459, en la que el Tribunal recuerda que se está enjuiciando el caso de un menor de edad (cinco años) que viene a España acompañado de su madre, de forma que:

“no es razonable que un matrimonio compuesto por los padres y siete hijos se vea en la tesitura de elegir entre acoger sólo a la madre pero no a ese hijo, o mantener alejados a los dos; y conviene recordar que esta proscripción de las actuaciones administrativas (y en su caso judiciales) no razonables, contrarias a la razón es un principio general del Derecho alumbrado por la jurisprudencia (...)”.

Esta actuación renuente de la Abogacía del Estado debería ser objeto de severas medidas, más allá de la mera imposición de costas, tal y como apuntó la STS de 5 de junio de 1998, Ar. 5138, en la que el Tribunal advirtió que el recurso debió haberse inadmitido por existir jurisprudencia suficiente sobre la cuestión.

Más razonable es el planteamiento de nuevas líneas argumentales por parte de la Abogacía del Estado, orientadas no tanto a impugnar la aplicación del concepto de “cir-

cunstances excepcionales”, como a perfilar los límites a esta jurisprudencia que consideran excesivamente permisiva. La respuesta contenida en la STS de 11 de noviembre de 1998, Ar. 9022, es demasiado simple:

“lo cierto es que [tales razones en este caso] se encuentran incluidas entre las que la jurisprudencia considera excepcionales”.

Aunque en la STS de 26 de noviembre de 1998, Ar. 9459, puede buscarse una explicación más concisa:

“sin olvidar tampoco que la ley no dice –ni quiere decir– que sólo excepcionalmente pueda darse esta exención, que no excepción, de visado, sino que la exención se dará cuando concurren circunstancias excepcionales: parece lo mismo, pero no es igual”.

c) La obtención del permiso de trabajo

En relación al permiso de trabajo, el Tribunal Supremo ha tratado diversas cuestiones de las que aquí se resaltarán cuatro: la motivación de las denegaciones del permiso, especialmente la inclusión de datos suficientes que justifiquen la cláusula de “reserva nacional de empleo”, la valoración de la especificidad de la oferta de empleo, el régimen de preferencias en la obtención y renovación de los permisos y los regímenes especiales derivados de Convenios bilaterales con otros Estados.

Para empezar, es muy importante recordar, como hace el Tribunal Supremo que **el empleador goza de legitimación** para impugnar una denegación del permiso de trabajo pues es parte interesada (STS de 14 de enero de 1998, Ar. 597), aunque en la práctica la mayor parte de veces la impugnación la realiza el trabajador extranjero.

Por su importancia tanto cuantitativa como cualitativa, merece prestar atención en primer lugar a la jurisprudencia dictada con respecto a la **obligación de motivar** las denegaciones de trabajo, que en la mayor parte de casos se refiere concretamente a la necesidad de incluir datos suficientes que justifiquen la existencia de demanda nacional de empleo en un sector laboral concreto. La STS de 3 de febrero de 1998, Ar. 2083, establece que en la concesión de los permisos de residencia y trabajo la Administración, y concretamente los Ministerios de Interior y de Trabajo y Seguridad Social,

“no goza de una discrecionalidad absoluta o total, pues para dictar sus acuerdos en esta materia, –en los que, según el régimen normativo citado, junto a los elementos puramente discrecionales, existen otros plenamente reglados, como son el procedimiento a seguir, los informes preceptivos a solicitar y obtener de los Organismos que en cada caso se señalan, y los demás datos a valorar según que el permiso de trabajo sea para una actividad por cuenta propia y por cuenta ajena– ha de apreciar y considerar con adecuada ponderación y supuesto por supuesto, los intereses públicos y privados puestos en juego y los demás elementos de juicio requeridos por la norma, reflejando, consecuentemente, en la resolu-

El Régimen de Extranjería en la Jurisprudencia del TS

ción, mediante una motivación suficiente y congruente al amparo del art. 43.a) LPA las causas que determinen circunstancialmente, la concesión o no (sobre todo en el caso de denegación) de la licencia o autorización”.

La STS de 11 de mayo de 1998, Ar. 4314, exige una motivación expresa de las causas que determinen la concesión del permiso de trabajo, pero muy especialmente de aquellas que sustenten la denegación del mismo, pues

“al estar ante la presencia de una potestad de intervención de un Derecho Fundamental de la persona amparado en la Constitución, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración Universal de Derechos Humanos, como es el derecho al trabajo, resulta posible posteriormente y en vía judicial constatar si el acto se atempera al ordenamiento aplicable y se inspira en los límites y fines que objetivamente lo justifican (SSTS de 15 abril y 15 de junio de 1997)”.

La falta de motivación se puede producir por la ausencia de Informe del INEM sobre la situación nacional de empleo en ese concreto sector de actividad (SSTS de 3 de febrero de 1998, y 3 de julio de 1998, Ar. 6093) o porque los datos en éste consignados no constan en el expediente administrativo (STS de 11 de mayo de 1998, Ar. 4315), pero lo más corriente es que tal informe contenga una genérica e insuficiente relación de datos respecto a la situación nacional de empleo (STS 14 de enero de 1998, Ar. 597). Es verdad, como reconoce la STS de 15 de septiembre de 1998, Ar. 6915, que tal informe no es preceptivo cuando en manos de la Autoridad Laboral exista información suficiente y detallada que sirva de base para la motivación de la denegación, pero tales datos deben constar fehacientemente en el expediente (STS de 3 de julio de 1998, Ar. 6093).

Cuestión distinta es el grado de “concreción suficiente” exigido por el Tribunal Supremo respecto de los datos que sustentan la denegación del permiso de trabajo, ya provengan éstos del Informe del INEM como de la propia Autoridad Laboral. Un intento de categorización de los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo para determinar el grado de concreción se revela arriesgado dado el casuismo predominante en sus pronunciamientos, pero al menos puede procurarse un acercamiento a las líneas que guían su jurisprudencia. A nivel general, el Tribunal exige:

“que los datos obrantes en mano del órgano decisor contengan información suficiente y detallada por sectores, zonas geográficas, etc.” (STS de 15 de septiembre de 1998, Ar. 6915).

Por otro lado, los Informes del INEM deben incluir **una correcta apreciación de las ofertas de empleo presentadas por los empleadores**, pues en otro caso, sus informes sobre la situación del mercado nacional de empleo no se ajustarán a la oferta concreta presentada por el empleador. Ello puede ocurrir cuando el INEM o la Autoridad Laboral no ha apreciado la existencia de una relación de confianza entre el dueño de la casa y su cocinera marroquí que, conforme al art. 5 del RD 1424/1985, les eximía de presentar la solicitud en las Oficinas de Empleo e impedía aplicar el criterio de la preferencia nacional

(STS de 11 de mayo de 1998, Ar. 4314). Tampoco se apreciaron correctamente las especificidades del empleo ofertado en casos en que el INEM negó la necesidad de especiales conocimientos técnicos en el sector del Reaseguro, a lo que el Tribunal contestó señalando las especialidades de la oferta: subrama de Montaje y Rotura de Maquinaria, titulación técnica superior en ingeniería industrial, conocimientos de alemán, inglés e italiano y cinco años de experiencia en programación (STS de 23 de marzo de 1998, Ar. 2864). En la misma línea se rechaza la apreciación del INEM porque junto a la oferta de empleo para labores de “Secretaría de Dirección”, se exigían otros requisitos, entre otras la capacidad de traducir a tres idiomas, que no constaba en el Informe (STS de 30 de enero de 1998, Ar. 850) o porque la trabajadora extranjera propuesta poseía ya conocimientos sobre la actividad a desarrollar, así como el conocimiento de idiomas, cierta vinculación a la sede central de las empresas del grupo y una preparación específica para la actividad del mismo a lo largo de las diversas fases productivas (STS de 14 de enero de 1998, Ar. 597) o en el caso de una ciudadana argentina porque la oferta de empleo estaba relacionada con estudios iberoamericanos lo cual implicaba una especificidad de la oferta que obligaba a admitir el hecho de que un súbdito sudamericano podía reunir mejores condiciones que un nacional, especialmente si era necesaria la estancia en Sudamérica o determinados conocimientos específicos sobre ese territorio (STS de 3 de febrero de 1998, Ar. 1548). En este último caso, el Tribunal Supremo concluyó que se trataba de:

“un puesto de trabajo específico con una cualificación profesional especial, por lo que la denegación genérica del INEM sin acreditar las condiciones de los trabajadores españoles provoca una motivación insuficiente”.

En la STS de 3 de julio de 1998, Ar. 6093, el Tribunal admite como elemento no desvirtuado por las autoridades laborales el hecho de que la empresa ofreció en su momento una oferta de empleo en la localidad que no fue atendida por ningún odontólogo nacional, de forma que la alegación de que existían nacionales demandantes de empleo no puede ser aceptada.

En síntesis, puede afirmarse que el Tribunal Supremo exige al INEM que justifique en sus informes la existencia de empleo nacional no sólo en el sector específico que el empleo requiere, sino que los trabajadores nacionales reúnan los requisitos exigidos por la empresa, especialmente idiomas (STS de 30 de enero de 1998, Ar. 850, 14 de enero de 1998, Ar. 597) y la titulación y conocimientos requeridos (STS de 23 de marzo de 1998, Ar. 2864) siendo en todo caso un plus a valorar el hecho de que el extranjero haya realizado cursos de formación en la empresa o hubiera trabajado anteriormente para la misma (STS de 14 de enero de 1998, Ar. 597), siendo posible incluso que, en ciertos casos, tales conocimientos sólo puedan ser asegurados mediante un trabajador extranjero (STS de 3 de febrero de 1998, Ar. 1548). Ante este alto grado de exigencia y vinculación de la Administración a la oferta de empleo presentada por el empleador, la Abogacía del Estado ha denunciado el peligro de que muchas ofertas de empleo impongan un per-

fil personalizado del extranjero al que pretenden contratar (STS de 23 de marzo de 1998, Ar. 2864).

La jurisprudencia también se ha pronunciado sobre el **régimen de preferencias en la concesión y renovación del permiso de trabajo** contenido en el art. 18.3 LOE. De esta manera, ha considerado el disfrute de permisos de trabajo en el pasado (SSTS de 13 de julio de 1998, Ar. 6719, y 17 de abril de 1998, Ar. 3373), la nacionalidad filipina del solicitante (STS de 17 de abril de 1998, Ar. 3373) o la procedencia iberoamericana (STS de 3 de febrero de 1998, Ar. 1548). Incluso invoca la necesidad de una interpretación favorable en el caso de un francés al que una empresa francesa había contratado para su sucursal en Barcelona, dado que si bien no se le podía incluir exactamente en el supuesto de “trabajadores necesarios para el montaje y puesta en marcha de empresa extranjera trasladada a España”, el fundamento de dicho precepto sí le era aplicable, pues las sucursales de empresas extranjeras en España requieren de personal extranjero cualificado junto al español (STS de 6 de marzo de 1998, Ar. 2311). La solicitud extemporánea de renovación del permiso de trabajo deviene solicitud para nueva concesión (STS de 12 de enero de 1998, Ar. 594). Respecto a la renovación del permiso, ésta sólo puede denegarse si no subsisten las circunstancias que motivaron su concesión, de forma que el hecho de que su titular no hubiera empleado a un español en 1987, pero sí en 1988, no justifica la denegación de la renovación, pues el art. 18 LOE no sólo valora la creación de empleo sino también la inversión, mejora de las condiciones de prestación del servicio o la aportación de bienes (STS de 3 de febrero, Ar. 2084).

Particular atención merecen los **Convenios bilaterales** que reconocen un régimen especial para los ciudadanos de esos países, concretamente los firmados con Chile y Argentina. El Convenio de Doble Nacionalidad de 24 de mayo de 1958 hispano-chileno dio lugar a la STS de 15 de septiembre de 1998, Ar. 6916, en la que se reconoce al art. 7 del Convenio un contenido propio y específico no afectado por la LOE de forma que se reconoce el derecho a la obtención del permiso de trabajo a todos los chilenos que pretendan ejercer en España cualquier género de industrias y trabajo, gozando de protección laboral y Seguridad Social, tal y como ya había declarado antes en STS de 22 de diciembre de 1995.

El Convenio España-Argentina de 21 de septiembre de 1863, ratificado el 20 de junio de 1864 (y sustituido el 3 de junio de 1988 por otro Tratado España-Argentina), dispone en su art. 8 la posibilidad de los súbditos de ambas partes de trabajar, comprar y enajenar bienes, suceder, etc., según las leyes del país en los mismos términos y bajo iguales condiciones que los de la nación más favorecida, que sería Alemania (cláusula de nación más favorecida). Por el Convenio Alemania-España de 23 de abril de 1970 los nacionales de ambas partes pueden ejercer actividades económicas y profesionales de cualquier clase en el territorio de la otra parte en las mismas condiciones que los nacionales. Dicho Convenio con Alemania está vigente y aplicable, por lo que de este ensamblaje jurídico se deriva para los argentinos el mismo trato que reciben los alemanes que deben ser tratados a su vez de igual forma que si fueran españoles, tal y como se expuso en la STS de 2 de diciembre de 1997. En base a este razonamiento se sigue que los argentinos pue-

den ejercer en España cualquier actividad por cuenta propia o por cuenta ajena (SSTS de 13 de marzo de 1998, Ar. 2620 y 2621, de 3 de abril de 1998, Ar. 3062 y de 3 de febrero de 1998, Ar. 1548) sin estar provistos de permiso de trabajo, pues en otro caso su exigencia supondría una vulneración del art. 14 CE, de forma que la exención del mismo es de concesión obligatoria.

Por otro lado, el **procedimiento de concesión de los permisos no debe desviarse de su finalidad original** ni conducir a la denegación del mismo por razones ajenas a la concesión del permiso. Por ejemplo, la STS de 5 de marzo de 1998, Ar. 3058, revisa la denegación del permiso a dos daneses, partícipes mayoritarios de una Sociedad Anónima cuyo objeto social es la asesoría financiera y el consultorio de inversiones y planificación de empresas, en base a la sospecha de que su titulación era insuficiente. El Tribunal concluye que siendo ciudadanos comunitarios les corresponde la obtención de la tarjeta de residencia que da lugar a un derecho a trabajar por cuenta propia o ajena si concurren las condiciones y requisitos del RD 1099/1986, que se daban en el presente caso. De forma que, si existe una sospecha, deben habilitarse los medios previstos en el Derecho interno para probarla concediendo siempre las garantías y derechos básicos de defensa, pero no denegar directamente el permiso. En un caso semejante, la STS de 13 de julio de 1998, Ar. 6719, admitió que los documentos relativos a las declaraciones del IVA y del IRPF exigidos por la Tesorería de la Seguridad Social para la obtención del permiso de trabajo por cuenta propia habían omitido determinados ingresos y habían sido presentados fuera de plazo, pese a lo cual si dicha información se consideraba incompleta, la Administración debió requerir al solicitante para que la completara, de forma que la denegación directa del permiso en base a razones que no habían sido objeto de debate contradictorio no puede sustentar la denegación, la cual carecía de motivación suficiente por cuanto el solicitante cumplía los requisitos exigidos.

Respecto al **efecto** de las sentencias, el Tribunal Supremo en las SSTS de 15 de septiembre de 1998, Ar. 6916, y de 11 de mayo de 1998, Ar. 4314, considera que si el permiso de trabajo era de concesión obligada en el caso del Convenio con Chile o que la falta de datos obrantes en el informe del INEM, ello no puede implicar la retroacción de actuaciones para que se subsanen las deficiencias, sino la concesión directa del permiso de trabajo.

d) La expulsión de extranjeros y el deber de salida de España

La actividad del Tribunal Supremo en materia de expulsión no depara grandes sorpresas, pues en líneas generales mantiene la jurisprudencia asentada en años anteriores. En este período el Tribunal se ha dedicado a perfilar los supuestos legales de expulsión del art. 26.1 LOE, las circunstancias que permiten solicitar la revocación de la expulsión, el régimen de tutela cautelar frente a las medidas de expulsión y la extensión del mismo a otros actos que tengan por efecto la imposición de un deber de salida del territorio nacional.

Como ya se ha señalado anteriormente, el Tribunal Supremo exige durante la tramitación y resolución de la expulsión por la Administración, la realización de una mínima actividad probatoria suficiente dirigida a romper la presunción de inocencia, como por ejemplo, la acreditación por el Ministerio de Asuntos Exteriores de que el visado detentado por el extranjero no ha sido expedido por la Embajada española en Pekín y por consiguiente es falso (STS de 22 de mayo de 1998, Ar. 4971). La exigencia de esa actividad probatoria de cargo no se satisface, sin embargo, con el planteamiento de meras conjeturas o sospechas, especialmente si los elementos en manos de la policía no constituyen una prueba de cargo, como ocurre en la STS de 23 de enero de 1998 (Ar. 1426) respecto a una extranjera de la que se sospechaba que pertenecía a una organización de tráfico de inmigrantes.

Por lo que hace a los motivos de expulsión recogidos en el art. 26.1 de la LO 7/1985, la STS de 22 de mayo de 1998, Ar. 4971, ha rechazado que la comisión de un error de transcripción durante el procedimiento de expulsión sobre las causas de la misma supusiera que le hubiese dejado en una situación de indefensión, pues del conjunto del expediente se desprendería fácilmente el error.

Respecto al **apartado b)** del art. 26.1 de la LO 7/1985, las SSTs de 24 de abril de 1999, Ar. 3787, y 27 de abril de 1999, Ar. 4600, han iniciado una importante línea jurisprudencial sustentada en el art. 32 CE, así como en la interpretación y aplicación sistemática del ordenamiento jurídico de extranjería y del art. 68 CC. Con la finalidad de proteger la convivencia marital, el Tribunal exige a la Administración que ofrezca a extranjeros cónyuges de españoles la posibilidad de obtener el correspondiente permiso de trabajo antes de proceder a su expulsión por trabajar sin permiso de trabajo, ya que lo contrario no sólo impediría la convivencia marital impuesta legalmente sino que también vulneraría el principio constitucional de protección social y económica a la familia, al forzar la separación de hecho de los cónyuges sin haberles concedido la posibilidad de legalizar la situación del cónyuge extranjero. Por consiguiente, si la Administración no justifica haber ofrecido la posibilidad de obtener un permiso de trabajo por estar casada con español, para el cual tiene preferencia, debe anular el acto impugnado. En la segunda Sentencia, Ar. 4600, el ponente Francisco González Navarro abunda en la importancia del art. 39.3 CE no sólo como principio rector dirigido a proteger la institución familiar sino también como fuente de derechos, en este caso para los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, a la asistencia de sus padres, lo cual obligaría a una especial diligencia administrativa antes de imponer la expulsión de un progenitor y quebrar la convivencia familiar.

En relación al concepto de **actividades contrarias al orden público del art. 26.1.c) LOE**, incluye en este supuesto la pertenencia a redes criminales y la participación en la comisión de delitos (STS de 14 de mayo de 1999, Ar. 5198). En la STS de 17 de abril de 1998, Ar. 3831, el Tribunal ha afirmado que el concepto de orden público a efectos de expulsión del ordenamiento comunitario es distinto del de la LO 7/1985, por lo que estimó el recurso interpuesto contra la expulsión de la demandante, basada en los apartados c) y f) del art. 26.1 LOE. Dado que la demandante estaba sometida al régimen de familiares de residentes comunitarios del art. 15 del RD 766/1992, la expulsión debía reconducirse al concepto de orden público de dicho precepto, sin embargo, al ser el ámbito de aplicación

del concepto de orden público comunitario más restringido que el mismo concepto en el régimen general de extranjería, su aplicación en este caso se declaró fuera de lugar.

En lo referente a los conceptos incluidos en el art. 26.1.f) LOE, el Tribunal ha considerado la venta ambulante una actividad lícita no sancionable por esta vía (STS de 18 de marzo de 1998, Ar. 2826), como tampoco lo es el trabajo como camarera en un bar de alterne dado que no implica el ejercicio de la prostitución (STS de 17 de abril de 1998, Ar. 3831) o el ejercicio de la prostitución cuando ésta no supone la principal fuente de ingresos (STS de 24 de enero de 1998, Ar. 1241), aunque en la STS de 14 de mayo de 1999, Ar. 5198, ha reconocido que la dificultad para probar la posesión de “medios lícitos de vida puede ser un indicio de la ausencia de éstos, si bien en este caso la presunción de inocencia había decaído porque resultaba probada su participación en actividades delictivas. Ahora bien, el Tribunal excluye la calificación como actividad ilegal el mero hecho de relacionarse con miembros de una organización dedicada al tráfico ilegal de inmigrantes (STS de 23 de enero de 1998, Ar. 1426).

Por otro lado, el Tribunal Supremo ha reconocido la existencia de razones que obligan a **revocar la expulsión**, tales como la celebración de matrimonio antes de la adopción de una decisión de expulsión de la Dirección General de Seguridad del Estado entre extranjero y español o extranjero residente legal (STS de 7 de julio de 1998, Ar. 6063), pues el matrimonio constituye:

“un cambio de estado civil incompatible con medidas policiales que dejarían sin contenido la convivencia o vida en común que es la primera de sus manifestaciones, máxime si la extranjera podía solicitar la nacionalidad española y disponía de medios lícitos de vida, todo lo cual comportaba la pérdida de vigencia de la expulsión”.

Más difíciles de situar son supuestos en los que el matrimonio se ha contraído con posterioridad a la decisión de expulsión, en cuyo caso el Tribunal Supremo se ha visto obligado a admitir la legalidad de la expulsión, si bien exhortando a la extranjera a que comunicase las nuevas circunstancias a la Administración y presentase ante ésta la petición de revocación (STS de 24 de enero de 1998, Ar. 1241).

En otros casos, como los de la STS de 31 de marzo de 1998, Ar. 2905, el Tribunal ha exhortado a la Autoridad administrativa a la revocación de una expulsión correctamente adoptada por la existencia de indudable arraigo del extranjero deducible a partir de datos como la solicitud de regularización en 1991 tras una larga residencia en España trabajando como minero, la afiliación a la Seguridad Social o la prolongada convivencia con española e hijo reconocido. En todo caso, el Tribunal no acaba de definir su postura respecto a la revocación de la orden de expulsión por solicitud de regularización basada en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1991. Mientras en la STS de 18 de marzo de 1998, Ar. 2826, el Tribunal contestó que dicho Acuerdo impedía la regularización de extranjeros que no tuvieran un “proyecto permanente y viable” en España y que ello era incompatible con la orden de expulsión, en la STS de 5 de diciembre de 1998, Ar. 10303, el Tribunal conclu-

yó que la ejecución de una expulsión por ausencia de los permisos de trabajo y residencia no se ajustaría a derecho una vez el recurrente hubiese iniciado los trámites para acogerse a la regularización. Esta segunda lectura parece ser la preponderante, como apunta el hecho de que este Tribunal confirme la suspensión de la mayor parte de expulsiones en las que el extranjero alega haber iniciado el trámite de regularización.

En sede de tutela cautelar, el Tribunal Supremo sigue sosteniendo que la suspensión de la ejecución de la expulsión exige por parte de los Tribunales una ponderación entre los intereses públicos en juego y la posibilidad de causar un perjuicio irreparable o de difícil reparación, que es evidente en los casos en que exista arraigo familiar o económico en España (SSTS de 30 de marzo de 1998, Ar. 2902, 26 de mayo de 1998, Ar. 4976, 9 de febrero de 1999, Ar. 1916, 3 de marzo de 1999, Ar. 2437, 11 de marzo de 1999, Ar. 3034, de 22 de abril de 1999, Ar. 4593) o permiso de trabajo y residencia (STS de 22 de mayo de 1999, Ar. 4972, 13 de febrero de 1998, Ar. 2181, 27 de abril de 1999, Ar. 4686), pero que también puede concluirse cuando, en ausencia de otros intereses públicos afectados más que el correcto y efectivo cumplimiento de la LO 7/1985, exista un proceso jurisdiccional en curso, generalmente relacionado con la causa de expulsión, que pudiera perder su sentido si se ejecuta la expulsión del extranjero, como ocurre con solicitudes de asilo o refugio denegadas y pendientes de recurso contencioso (SSTS de 17 de septiembre de 1999, Ar. 7836, 21 de septiembre de 1998, Ar. 7837, 15 de junio de 1999, Ar. 7284) o con expedientes de regularización o contingentes iniciados cuya denegación se encuentra recurrida (SSTS de 30 de junio de 1998, Ar. 5618, 28 de abril de 1999, Ar. 3920, 30 de junio de 1998, Ar. 5618, 24 de febrero de 1998, Ar. 1789) o la ejecución pudiera provocar la quiebra del derecho de defensa en un proceso distinto de aquél para el que se solicita la suspensión (STS de 29 de junio de 1998, Ar. 5367). El concepto de daño irreparable o de difícil reparación alcanza su máxima amplitud en la STS de 25 de febrero de 1999, Ar. 1627, donde se confirmó la suspensión de la expulsión por los graves perjuicios familiares, económicos, sociales e incluso psicológicos que ésta hubiese causado al extranjero.

A partir de estas afirmaciones puede considerarse con el Tribunal que: “en materia de extranjeros esta Sala mantiene una actitud favorable a la suspensión de las resoluciones que la ordenan” (STS de 13 de febrero de 1998, Ar. 2181), aunque este órgano jurisdiccional siempre deja abierta la posibilidad de denegar la suspensión si concurren otros intereses públicos preponderantes incluso cuando se procede por la vía del art. 7.4 de la Ley 62/1978, que no es una regla automática sino que debe ser excepcionada en tales casos (STS de 11 de marzo de 1999, Ar. 3034). Tampoco ha suspendido la ejecución cuando la recurrente no demostró hallarse en ninguno de los supuestos del art. 13 LOE que permiten suspender la expulsión (STS de 14 de diciembre de 1998, Ar. 10307), cuando el matrimonio fue posterior a la expulsión, y carecía de los requisitos exigidos por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1991 para la regularización, pero sobre todo por la falta de diligencia al no regularizar su situación cuando tuvo tiempo para hacerlo (STS de 17 de diciembre de 1998, Ar. 10311) o cuando el extranjero no acreditó el arraigo ni demostró suficientemente la causación de un perjuicio irreparable (ATS de 1 de junio de 1998, Ar. 6671).

Sin embargo, el Tribunal Supremo no adopta una tónica procesal restrictiva de la posición del extranjero, sino más bien al contrario: cuando los recursos de los extranjeros no están adolecen de incorrecciones formales, el Tribunal suele interpretar la voluntad del recurrente y analizar el fondo del asunto en aplicación del principio *pro actione*, pero cuando el error procedimental corresponde a la Abogacía del Estado es mucho más exigente, llegando a desestimar los recursos del Abogado del Estado contra los Autos de suspensión de la expulsión a pesar de que carecen de motivación fáctica dado que el recurso se presentaba siempre por la vía del art. 95.1 LJCA en vez de acudir al art. 122.1 LJCA (SSTS de 27 de febrero de 1999, Ar. 2049, 9 de marzo de 1999, Ar. 2437, 29 de marzo de 1999, Ar. 3240, 30 de marzo de 1999, Ar. 4446, 15 de abril de 1999, Ar. 4524, 24 de mayo de 1999, Ar. 5044, y 14 de junio de 1999, Ar. 7140).

Por último, la posición del Abogado del Estado es en la mayor parte de casos abusiva al recurrir la suspensión de la expulsión en casos claros de arraigo familiar y económico, hasta el punto de que el Tribunal Supremo además de imponer las costas se ve obligado a reconvenir su actuación en asuntos clarísimos (SSTS de 24 de febrero de 1998, Ar. 1792, 22 de mayo de 1999, Ar. 4972 18 de mayo de 1999, Ar. 4809, 10 de junio de 1999, Ar. 5705) así como la fundamentación de sus recursos, que basa sistemáticamente en una vulneración de los arts. 122 y 123 LJCA 1956 cuando en el fondo pretendía una nueva valoración de los hechos que no puede ser vehiculada a través del recurso de casación (SSTS de 28 de abril de 1999, Ar. 3920, 30 de junio de 1998, Ar. 5618, 25 de febrero de 1999, Ar. 2084, y 22 de abril de 1999, Ar. 4593).

En 1999 el Tribunal Supremo ha empezado a extender a las decisiones que impongan un deber de salida del territorio nacional el régimen de tutela cautelar dispuesto para las medidas de expulsión, como ocurre por ejemplo ante una denegación de la exención de visado de residencia (AATS de 25 de septiembre de 1993, 22 de noviembre de 1993, y 26 de diciembre de 1994). Al examinar las solicitudes de medidas cautelares de suspensión de estos actos administrativos de denegación, los Tribunales deben verificar el peligro de daños jurídicos para el derecho cuya protección se impetra derivados de la pendencia del proceso, del retraso en la emisión del fallo definitivo y la apariencia de buen derecho, mientras se valora el perjuicio para el interés general que la medida cautelar acarrearía, porque tales acuerdos de denegación no sólo tienen efectos meramente negativos sino que además imponen un deber de salida de España con apercibimiento de expulsión (SSTS de 20 de mayo de 1999, Ar. 6150 y 13 de marzo de 1999, Ar. 3152).

Debe cerrarse el análisis de la jurisprudencia sobre expulsión mencionando un par de Sentencias, las SSTS de 14 de diciembre de 1998, Ar. 10307, y de 17 de diciembre de 1998, Ar. 10311, en las que el Tribunal Supremo rechaza sorprendentemente las alegaciones relativas a la prescripción de la expulsión porque ésta no es una medida sancionadora:

“Al no ser la orden de expulsión sino la ejecución forzosa de su obligación de salir de España por no encontrarse en las situaciones contempladas por el citado artículo 13 de la

Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, carece dicha expulsión de carácter sancionador y, por consiguiente, no le es aplicable, en contra del parecer de la Sala de Instancia el régimen de prescripción de las infracciones y sanciones administrativas, de manera que, aunque aquélla haya inaplicado los preceptos invocados en este primer motivo de casación, no ha incurrido en infracción alguna cuando declara ajustada a Derecho la expulsión de la recurrente por su estancia ilegal en España, a pesar de que las razones jurídicas para así resolver no sean acertadas.”

Cuando la naturaleza sancionadora de la expulsión era evidente a la luz de la Ley Orgánica 7/1985 y del Real Decreto 1119/1986, así como la aplicabilidad del régimen de la prescripción previsto en el art. 132 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

e) Las solicitudes de asilo y refugio

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de asilo y refugio se ha limitado a reiterar la línea jurisprudencial conforme a la cual es necesaria la existencia de mínimos indicios de que el temor a sufrir persecución en otro país es fundado (SSTS de 16 de abril de 1998, Ar. 4622, y 12 de julio de 1998, Ar. 5557). La expresión “temor fundado” recoge dos elementos, subjetivo el uno y objetivo el otro que permiten llegar a una convicción precisa para conceder un régimen más favorable que el de extranjería (STS de 13 de abril de 1999, Ar. 4518). Superada la jurisprudencia anterior (SSTS de 9 de mayo de 1988 y de 10 de abril de 1998), que reconocía la condición de asilado o refugiado con la simple demostración de una situación de peligro generalizado en el país, el Tribunal actualmente exige una mínima prueba indiciaria suficiente, que en las SSTS de 16 de junio de 1998, Ar. 5909, y 16 de marzo de 1999, Ar. 2900, el recurrente no aportó, pues aunque Liberia ciertamente sufría fuertes convulsiones internas, existía una división por zonas en las que el extranjero podía escoger residencia en función de su afinidad ideológica. En otros casos se ha confirmado la denegación del asilo o refugio porque la persecución se debía a la comisión de delitos que afectaban al orden público y no a razones ideológicas como la condena por delitos de narcotráfico fuera de su país, supuesto contemplado por el art. 3.4.b) de la Ley de Asilo como causa de denegación de la condición de asilado (STS de 13 de junio de 1998, Ar. 5560), o porque de cometerse en España también hubieran sido perseguidos (STS de 8 de junio de 1998, Ar. 6673) o porque el extranjero había sido condenado.

Es de destacar el Auto de inadmisión de 10 de marzo de 1998, Ar. 3244, que realiza un esfuerzo argumental para razonar la denegación por ausencia de indicios de persecución, basándose en el concepto armonizado del término refugiado impuesto por la Posición Común publicada en el DOCE de 13 de marzo de 1996 (L 63/2). Finalmente, el Tribunal Supremo, como en ocasiones anteriores, sigue basando sus decisiones en los informes del ACNUR o de la Oficina de Asilo y Refugio sobre la situación del país para argumentar su decisión (SSTS de 16 de junio de 1998, Ar. 5909, 17 de noviembre de 1998, Ar. 9579, y 13 de abril de 1999, Ar. 4518).

f) El reconocimiento de la nacionalidad española

En la STS de 19 de junio de 1999, Ar. 7291, el Tribunal define la nacionalidad como un auténtico estado civil decisivo para la posición jurídica de la persona, que participa de una doble dimensión: es un título para formar parte de la organización del Estado y además una cualidad de la persona como perteneciente a la comunidad, configurando el primero su aspecto público y la segunda el aspecto privado, sin que, no obstante, quepa escindir su verdadera naturaleza jurídica de estado civil de la persona. Concretamente, el Tribunal Supremo entiende que la adquisición de la nacionalidad por residencia sólo puede otorgarse cuando concurren las causas legalmente previstas, pues no es una concesión *strictu sensu* sino un *reconocimiento* vinculado al cumplimiento de unos requisitos exigibles, aunque por motivos de orden público o de interés nacional suficientemente razonados pueda ser denegada. Su calificación como conceptos jurídicos indeterminados excluye la discrecionalidad administrativa, de modo que si la Administración no concreta y prueba los hechos en que basa su denegación, la Jurisdicción si no puede comprobarlos efectivamente reconocerá la nacionalidad española al extranjero.

En 1998 se resolvió un relevante caso que cuestionaba la nacionalidad de las personas originarias del antiguo Sahara español, resuelto por la STS de 28 de octubre de 1998, Ar. 8257, Sala Primera, de la que fue ponente José Almagro Nosete.

El recurso se interpuso por la vía de la Ley 62/1978 por Bahadi Mohamed M.H, natural del antiguo Sahara español, quien alegó la vulneración del art. 14 CE derivada de la negativa de reconocerle la nacionalidad española de origen. El Tribunal Supremo reconoció la existencia de una confusa legislación interna en relación a la nacionalidad de sus habitantes, que durante el plazo de tutela española sobre el Sahara Occidental parecía considerarlo como una provincia española (“etapa de provincialización”) y a sus habitantes como españoles, aunque posteriormente y a instancias de la ONU, se reconoció el “hecho colonial”.

El Tribunal Supremo, tras un análisis del Decreto de 10 de agosto de 1976, considera que dicha norma omitió a un colectivo cuando reguló los casos de adquisición de la nacionalidad española por naturales saharauis. Junto a los saharahuis residentes en territorio metropolitano español y a los saharauis residentes fuera del territorio metropolitano español, existía un *tertium genus* constituido por los saharauis que se encontraban en el Sahara, territorio que no podía ser considerado metropolitano español ni extranjero, en razón de la ocupación militar marroquí. De esta manera, el recurrente no pudo optar en plazo por la nacionalidad española porque no existía representación española en el Sahara ocupado ni se encontraba físicamente en España. Por otro lado, el recurrente poseía diversos documentos que acreditaban el disfrute de beneficios concretos y efectivos de la nacionalidad, propios del nacional pleno, por lo que su situación no era asimilable a los otros dos supuestos contemplados en el Decreto.

En aplicación del art. 18 CC la nacionalidad se consolida por posesión y utilización continuada, lo que requiere un “título inscrito en el Registro Civil” y la prueba de los llamados “signos de posesión de estado” que el extranjero acreditó ampliamente, lo que conduce a afirmar su posesión de estado de nacional español durante al menos diez años. Teniendo en cuenta que la comunidad nacional y él mismo se comportaron en sus relaciones internas como si fuera español debe considerarse que junto al *nomen* acumulaba el *tractatus* y la fama.

Tras estos razonamientos, el problema que se planteó en el caso concreto era que el Registro Civil le denegó la inscripción del certificado de nacimiento pues en éste no figuraban sus datos y el Sahara no era considerado territorio español. El Tribunal Supremo considera que, probada la inscripción por otros documentos obrantes en autos, aunque la fecha no hubiera podido ser probada y ésta fuera necesaria para el cómputo de la consolidación de la nacionalidad, y probada la buena fe del recurrente, la carga de la prueba se desplaza a la Administración que es la que debería disponer de dicha información. A resultas de lo cual el Tribunal Supremo decreta que el acto de la Dirección General de Registros y del Notariado que deniega el derecho a la nacionalidad española incide en el art. 14 CE por discriminación, no sólo al equiparar a saharauis que se encontraban en situación legal diferente (trato igual a desiguales) sino también por discriminar a este nacional español de origen saharauí respecto a los nacionales españoles (trato desigual entre iguales).

Uno de los requisitos exigido por el art. 22 CC para el reconocimiento de la nacionalidad es la “buena conducta cívica”, sobre la que se pronunció la STS de 24 de abril de 1998, Ar. 3909, entendiéndose que tal condición de adquisición de la nacionalidad española no se podía considerar incumplida en este caso pues el ejercicio de la prostitución se había abandonado y porque prevalecía la presunción de inocencia por encima de una detención sin condena por hurto. En la STS de 5 de junio de 1999, Ar. 7279, según el informe del CESID fue refutado en base a un certificado de la Embajada española en Jordania, de modo que en ausencia de otras pruebas que impidan la admisión de la buena conducta cívica, deben considerarse cumplidos los requisitos para obtener la nacionalidad.

La apreciación de la “buena conducta cívica” corresponde al Ministro de Justicia, para lo cual el informe favorable del Juez del Registro Civil no es el único ni vinculante en la decisión. En la STS de 2 de junio de 1998, Ar. 5131, se constata que, si bien la condena por unas faltas penales (contra la integridad física de otras personas) no es determinante para la apreciación de este requisito, los hechos que dieron lugar a las mismas pueden ser tenidos en cuenta para valorar la conducta del extranjero. El concepto de “buena conducta cívica” se conecta con la ausencia de vulneración del ordenamiento jurídico, y especialmente respecto a los derechos y libertades recogidos por la Constitución y los Tratados Internacionales; en ese sentido la STC 114/1987 afirma que el ordenamiento puede anudar legítimamente en ciertos supuestos determinadas consecuencias gravosas al incumplimiento de deberes jurídicos explícitos de trascendencia pública cuando así lo exija razonablemente el interés público que con ello pretende protegerse, con indepen-

dencia de las consecuencias sancionadoras que se deriven de la comisión de hechos o la omisión de deberes concretos, tipificados como infracciones.

g) Los trabajadores extranjeros y el régimen de la Seguridad Social

Entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo, destacan algunos pronunciamientos relativos al régimen de la Seguridad Social, básicamente referidos a tres cuestiones: la obligación del empleador de cotizar a la Seguridad Social por los trabajadores irregulares que contrate, los complementos por mínimos en pensiones reconocidas en virtud de Convenios Internacionales y la interpretación del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social respecto a las prestaciones no contributivas.

La STS de 2 de diciembre de 1998, Ar. 10268, aborda un importante problema: la **obligación de los empleadores de cotizar a la Seguridad Social por los trabajadores extranjeros irregulares** a su servicio. En este pronunciamiento se enjuicia la conducta de un empresario que, tras una inspección de trabajo despidió a un peón extranjero que trabajaba para él sin permiso de trabajo. El trabajador reclamó el despido ante la Magistratura de Trabajo pero las actas que la Inspección de Trabajo levantó posteriormente fueron impugnadas por el empresario. Ante ello el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en base a la ausencia de permiso de trabajo, consideró que no se podía formalizar la relación laboral ni cotizar a la Seguridad Social, sin perjuicio de las sanciones procedentes. El Tribunal se aparta de esta interpretación y afirma que la nulidad del contrato de trabajo permitía, en virtud del Decreto 1870/1968, al trabajador exigir la remuneración consiguiente a un contrato válido. Esta manifestación legal del principio de prohibición del enriquecimiento injusto del art. 1306 CC era también de aplicación en una relación en la que el empresario ocupaba una posición dominante, de manera que al amparo del art. 70 LGSS/1974 debe considerarse plenamente autónoma la obligación de cotizar a la Seguridad Social desvinculando la cotización de otras obligaciones previas formales. En resumen, el empresario tiene la obligación de cotizar por el tiempo que trabajó el extranjero y desde el momento mismo en que éste empezó a trabajar.

La STS de 18 de mayo de 1998, Ar. 4652, es un recurso de casación para unificación de doctrina que versa sobre las obligaciones a cargo de la Seguridad Social española relativas a **complementos de garantías de mínimos de pensiones** (jubilación en el caso presente) en los supuestos de historiales de seguro desarrolladas en parte en el sistema de Seguridad Social español y en parte en otro sistema extranjero (Argentina en este caso), con el que se ha suscrito un acuerdo bilateral de Seguridad Social para el reconocimiento recíproco de períodos de seguro. Concretamente la Sentencia reconoce que la Seguridad Social española está obligada a abonar a prorrata el complemento de mínimos por el período de seguro completado en España.

Finalmente, la STS de 1 de abril de 1998, Ar. 2689, dictada en casación para unificación de doctrina, contiene un importante pronunciamiento sobre la exclusión de las presta-

ciones de Seguridad Social no contributivas del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social de 8 de febrero de 1982 (BOE de 13 de octubre). La demandante, súbdita marroquí, presentaba un grado de invalidez que era susceptible de generar una pensión no contributiva por lo que, ante la denegación de la misma, alega la equiparación con los ciudadanos españoles del art. 2.3.b) del citado Convenio. El Tribunal Supremo considera que tal equiparación se refiere a las personas protegidas pero que ello es distinto de la instauración por Ley 26/1990 de las pensiones no contributivas que no sólo afectan a diferentes personas (no sólo trabajadores) sino que instaura una nueva rama de la Seguridad Social, lo cual se inscribe en el art. 2.3.a) del Convenio que exige el acuerdo de las partes firmantes del mismo. El Tribunal lo resume así: la mentalidad de los dos Estados contratantes sobre el alcance posterior del Convenio y su aplicación a situaciones nacidas con posterioridad a la vigencia temporal inicial del Pacto bilateral es la aplicación directa a nuevos colectivos de personas, salvo oposición expresa, una vez conocida tal ampliación. Y la necesidad de Pacto bilateral expreso cuando la novedad venga constituida por “una nueva rama de las Seguridad Social”.

Frente a la opinión mayoritaria, cuatro magistrados presentaron un voto particular a la misma, cuyo contenido puede sintetizarse en los siguientes argumentos: el primer y principal motivo de oposición es que la norma aplicable al caso es el Reglamento 2211/1978, del Consejo de la CEE de 26 de noviembre de 1978 (BOE 13 de octubre de 1982), por el que se aprueba el Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad y el Reino de Marruecos, cuyo art. 41.1 es de aplicación directa en la Unión Europea, con base en las SSTJCE *Kziber* de 31 de enero de 1991, *Yousfi* de 20 de abril de 1994, *Hallouzi-Choho* de 3 de octubre de 1996, e incluso la STC 130/1995, de 11 de septiembre. El segundo motivo es que tras la entrada en vigor de la Ley 26/1990 no se excluyeron de la aplicación del Convenio las prestaciones no contributivas, y aunque este argumento se rechazara debería aplicarse el principio de reciprocidad al art. 7 LGSS en relación con el Convenio, pues la Entidad Gestora no probó cuando le correspondía la inexistencia de reciprocidad. Criterios, que a la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Constitucional no se puede más que compartir.

Casi un año después, la STS de 30 de marzo de 1999, Ar. 3773, en casación de doctrina, mantuvo la posición de la Sentencia anterior excluyendo la prestación no contributiva de jubilación del Convenio Hispano-marroquí de Seguridad Social. No obstante, en este caso, consideró de aplicación directa el principio de no discriminación de trabajadores contenido en el art. 41.1 del Convenio CEE-Marruecos de Seguridad Social porque en el marco de la Unión Europea la equiparación se producía entre “trabajadores marroquíes” y nacionales de la Unión, de modo que al ciudadano marroquí que había sido trabajador en España hasta la edad de jubilación, cumpliendo el requisito del art. 167 LGSS, debe reconocérsele reconocida la prestación de jubilación en las mismas condiciones que a los trabajadores nacionales. Afirmación que si bien no invierte totalmente la jurisprudencia anterior, al menos atenúa sus efectos para el colectivo de trabajadores extranjeros.

h) Otros pronunciamientos relevantes en materia de extranjería

Entre el resto de Sentencias dictadas en este período por el Tribunal Supremo figuran algunos importantes pronunciamientos sobre: la interpretación de las condiciones para la regularización de 1991, la condena por falsificación de pasaporte, la solicitud de extradiación, así como sobre un caso muy particular de solicitud de reagrupación familiar.

Sobre la regularización de 1991, ya se han mencionado algunas Sentencias que tomaban en cuenta este dato para decidir sobre la solicitud de revocación de la expulsión, sin embargo son las SSTs de 24 de septiembre de 1998, Ar. 7352, y 30 de septiembre de 1998, Ar. 7357, las que abordan con mayor profundidad el concepto de “residencia habitual del solicitante con anterioridad al 15 de mayo de 1991” que era la condición impuesta por el art. 1.b) del Acuerdo del Consejo de Ministros. En las dos sentencias el Tribunal considera que los requisitos exigidos para considerar cumplida la “residencia habitual” (titularidad de permiso de trabajo o residencia en el pasado, realizar o haber realizado una actividad lucrativa continuada y poseer una oferta firme de empleo regular y estable) no se habían acreditado en el caso presente, lo que obligaba a desestimar las pretensiones de regularización. Respecto a la prueba de la “residencia habitual del solicitante anterior al 15 de mayo de 1991” la STS de 22 de febrero de 1999, Ar. 1886, admitió como infracción del valor probatorio de los documentos públicos revisable en casación, el desconocimiento del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de la fuerza y eficacia certificatoria de una serie de documentos públicos aportados por el extranjero para probar la entrada en España en 1990 y la residencia en Sevilla, así como la ausencia de responsabilidades en el país de origen (documentación remitida por la República Popular China, certificación de residencia del Ayuntamiento, acta notarial que protocolizaba un certificado de residencia expedido por el Presidente de la Comunidad de Propietarios y unos certificados de la Embajada española en China). Por el contrario, en la STS de 15 de abril de 1999, Ar. 3457, consideró que un sello de frontera fechado en junio de 1991 evidentemente no podía acreditar la presencia en España.

Respecto al concepto de “actividad lucrativa”, la STS de 29 de junio de 1999, Ar. 6333, el Tribunal incluyó como tal la venta ambulante, pues permitía la subsistencia del interesado y era aquella “con cuyo ejercicio el recurrente se gana la vida y obtiene medios económicos para residir en España”, tal y como acreditó mediante facturas y certificaciones diversas.

En segundo lugar, interesa resaltar la valoración del Tribunal Supremo sobre el delito de falsificación del pasaporte. Para la punición de este delito de falsificación de documento público, es necesario que la falsificación se haya cometido fuera de España, extremo difícilmente constatable en general. Para delimitar la responsabilidad en tales delitos el Tribunal Supremo atiende a las circunstancias del caso y especialmente al lugar en que se produce la sustracción, la entrega de los elementos necesarios para su confección y el libramiento del mismo; elementos que le permitieron exonerar de responsabilidad en la STS de 21 de junio de 1999, Ar. 5662, porque la sustracción se produjo en Holanda,

lugar donde vivía el extranjero por aquel entonces y puede presumirse razonablemente que se debió falsificar allí, o para condenar en la STS de 20 mayo de 1999, Ar. 3381, pues fue en Madrid donde se entregaron las fotos para confeccionarlo y donde éste fue entregado pocos días después tras su alteración.

Presenta cierto interés el caso planteado ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, y resuelto por STS de 29 de abril de 1998, Ar. 3823, en el que el extranjero alega en su defensa un pretendido estado de necesidad en la falsificación de un pasaporte portugués (art. 20.5 CP) que le causó el temor a ser expulsado a un país en guerra como era el Zaire. La subsiguiente condena por falsificación de documento oficial es ratificada por el Tribunal Supremo por considerar inaplicable el concepto de estado de necesidad cuando, en primer lugar, la situación de necesidad había surgido de un comportamiento delictivo directamente imputable al condenado, en segundo lugar porque no había acreditado la existencia de grave riesgo ni que su regreso implicara indefectiblemente la vuelta a Zaire, y, por último, porque el extranjero no había recurrido la medida de expulsión ni en vía administrativa, ni contenciosa ni había recurrido al procedimiento del asilo.

Finalmente, en relación a la competencia para conocer de los delitos cometidos fuera del territorio nacional, concretamente la presentación ante los Agentes de la Autoridad desplegados en el Aeropuerto de Barajas de pasaportes falsos, las SSTS de 11 de marzo de 1999, Ar. 1436, y 8 de junio de 1999, Ar. 5582, señala como órgano jurisdiccional competente, conforme al art. 65.1.a) LOPJ, el Juzgado Central de Instrucción.

Por lo que se refiere a las solicitudes de extradición, el Tribunal Supremo entiende que cuando éstas concretan el tipo penal por el que se autoriza la extradición, ello no impide que la misma se realice por varios hechos delictivos (STS de 12 de junio de 1998, Ar. 5589). La solicitud de suspensión de la extradición, aún presentada por la vía preferente y sumaria de la Ley 62/1978 debe ser ponderada en relación con el interés general, que en estos casos es la solidaridad y la cooperación internacional para superar las limitaciones del principio de territorialidad en la persecución de delitos (STS de 21 de julio de 1999, Ar. 6266). Ante la solicitud de suspensión provisionalísima de la extradición presentada por un ciudadano mejicano por la tardanza del Tribunal Constitucional en la emisión de un Auto de suspensión durante la tramitación del recurso de amparo por vulneración del art. 24 CE presentado por el extranjero, a lo que el Tribunal Supremo resolvió por Auto de 30 de septiembre de 1998, Ar. 1585/1999, inadmitir porque escapaba a su función suplir la decisión del Tribunal Constitucional.

No obstante, el caso más llamativo planteado ante el Tribunal Supremo fue el resuelto por la STS de 12 de julio de 1999, Ar. 6215. El sustrato fáctico del caso era el siguiente: un matrimonio contactaba como mediador con extranjeras y las convencía de que podían obtener la legalización de su situación en España mediante el pago de ciertas cantidades; acto seguido, en la Brigada Provincial de Extranjería un Inspector Jefe del Cuerpo Nacional de Policía rellenaba las peticiones de asilo, incluía las huellas dactilares las firmaba y sellaba omitiendo referencias a los expedientes de expulsión que pendían sobre las mismas, repitiendo periódicamente la operación con el fin de evitar la expulsión de

algunas de ellas y crear una apariencia de estancia legal. El Tribunal Supremo calificó como delito continuado de falsedades la actuación del Inspector Jefe por introducir mutaciones de nombres y los hechos en dos tipos de documentos públicos oficiales: la solicitud de asilo destinada a la Oficina de Asilo y su justificante para facilitar la libre circulación de las extranjeras, con empleo de sellos oficiales y la firma correspondiente, no pudiendo incurrir en error en la medida que por su trabajo conocía la mecánica de las solicitudes de asilo y además recibía dinero por ello. Respecto a la participación del matrimonio, el Tribunal Supremo se decanta por considerarlos cooperadores necesarios para la comisión de un delito especial, porque participan en un hecho ajeno (un delito especial) y así se mantiene la unidad del título de imputación. En todo caso les reconoció la posibilidad de beneficiarse de las atenuantes analógicas del art. 9.10 CP para individualizar mejor la pena. La presencia de engaño se desprende del dato de que las extranjeras eran convencidas de que se les tramitaba realmente la solicitud de asilo, cuando ellos conocían que éstas serían posteriormente denegadas.

Finalmente, interesa mencionar aquí la STS de 21 de octubre de 1998, Ar. 9458, Sala Tercera, Sección Sexta, ponente Francisco González Navarro, planteado por vía preferente y sumaria de la Ley 62/1978 para la protección de los Derechos Fundamentales, sobre denegación del permiso de residencia y trabajo. Los hechos recogidos por la Sentencia son los siguientes: un extranjero solicitó permiso de residencia y trabajo por reagrupación familiar, para lo cual contó con el informe favorable de la Dirección Provincial de Trabajo razonado en base a que su mujer disfrutaba de permiso de trabajo. Posteriormente, se constaron las siguientes circunstancias: denuncias por malos tratos, separación desde hacía dos años con cese total de convivencia y separación de domicilios, demanda de divorcio interpuesta por la esposa y condenado del marido por coacciones. El Tribunal Supremo razonó que la autorización de la Dirección Provincial de Trabajo resultaba desvirtuada por las circunstancias constatadas con posterioridad, lo cual sustenta la posibilidad de una resolución denegatoria del permiso de residencia a pesar del informe inicialmente favorable del Ministerio de Trabajo. Si bien la argumentación hasta aquí expuesta es impecable, el Tribunal Supremo añade otros razonamientos para desestimar el resto de alegaciones del extranjero que son susceptibles de crítica.

La siguiente alegación del extranjero consistía en la existencia de un hijo fruto del matrimonio que justificaría la concesión de los permisos por reagrupación familiar, a lo que el Tribunal contestó que la demanda de divorcio (sólomente interpuesta y pendiente de resolución) establecía un régimen de visitas. Este dato no puede resolver el problema planteado, pues es evidente que la no concesión de los permisos supondría la obligación de salir de España del extranjero dificultando las relaciones con su hijo. Parece que el Tribunal prefirió eludir esta compleja cuestión. En segundo lugar, el Tribunal consideró que el historial delictivo del extranjero permitía sustentar en el art. 26.1.c) LOE sobre "orden público" la denegación del permiso de residencia, aunque a falta de pruebas de tales actos optó por declarar que todos estos indicios, pues expresamente eludió calificarlas de sospechas, debían ser valorados conjuntamente por la Administración, que en esta materia se reserva un cierto margen de actuación (STS de 20 de junio de 1988). No

se puede más que disentir con este segundo planteamiento, más aun si se tiene en cuenta la recentísima STS de 29 de mayo de 1998, Ar. 5458, dictada por la Sección Séptima Sala Tercera y ponente Fernando Martín González, que afirmaba que la denegación del permiso de residencia y trabajo por incurrir en causa de expulsión en base a pretendidos antecedentes y actividades del extranjero tiene como consecuencia ineludible la expulsión del extranjero, de forma que consideraba de aplicación el art. 24.2 CE sobre presunción de inocencia, pues éste “no puede limitarse al estricto ámbito sancionador sino que debe extenderse a supuestos como el presente en que la denegación pudiera basarse en un supuesto de expulsión sin un mínimo de actividad probatoria suficiente (SSTS de 12 de junio de 1996 y 7 de marzo de 1997)”.

II. VALORACIÓN GENERAL DE LA JURISPRUDENCIA ELABORADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO

El balance de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y ello es un juicio personal, arroja un saldo más positivo que negativo.

En el primer grupo debe incluirse la extensión del derecho a la presunción de inocencia a aspectos del procedimiento que no son estrictamente sancionadores pero cuyo resultado puede ser sancionador o limitativo de derechos, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, aunque ésta no sea mencionada (STC 13/1982, FJ 4º o STC 35/1985, FJ 2º). También es positiva la consolidación de la exención del visado de residencia por circunstancias excepcionales, con base en el art. 12.4 LOE pero contenido jurisprudencial, si bien se hecha de menos una mayor severidad respecto a las reiteradas impugnaciones de la Abogacía del Estado. Destaca también como muy positiva la jurisprudencia sobre motivación de las denegaciones de permisos de trabajo y sobre los Informes del INEM. Del mismo modo, es positivo el mantenimiento y consolidación de la jurisprudencia sobre los efectos de los Convenios de Doble Nacionalidad en la obtención del permiso de trabajo. Por último, es innegable la importancia del reconocimiento de la nacionalidad de origen a un saharauí por su pertenencia, siquiera temporal, al Sahara español.

En la otra cara del inventario, sigue pendiente la consolidación de una serie de causas de revocación de las expulsiones (matrimonio, arraigo,...) y mayor firmeza en su imposición. Como aspectos más restrictivos de esta jurisprudencia puede subrayarse el estrecho ámbito de aplicación del derecho de asociación que se predica únicamente de los extranjeros con residencia legal y no simplemente con la estancia, o la sentencia dictada en recurso de unificación de doctrina sobre el Convenio Hispano-Marroquí que deniega el acceso a pensiones no contributivas omitiendo la aplicación del Reglamento 2211/1978 CE, aunque sus efectos hayan sido atenuados posteriormente.

Tras el balance sólo resta apuntar algunas cuestiones suscitadas por la jurisprudencia reseñada. En primer lugar, se consolida la protección de la familia, tanto aquella formada únicamente por los cónyuges como la familia en sentido amplio, que incluye a otros parien-

tes. El principio de protección de la familia (art. 39.1 CE), partiendo de su carácter informador del ordenamiento y de la actuación administrativa y jurisdiccional, cobra con la actividad del Tribunal Supremo una vitalidad nada desdeñable, hasta el punto de que el Tribunal ha derivado de la misma normas de creación jurisprudencial como la imposición de la obligación de ofrecer la obtención del permiso de trabajo antes de expulsar al cónyuge de un español por el art. 26.1.b) LOE o su importancia como criterio fundamental para determinar el arraigo a efectos de concesión de la exención del visado pero también de la suspensión de la expulsión o del deber de salida obligatoria.

Destaca también la asimilación, en cuanto a sus efectos, de las medidas de expulsión y las resoluciones negativas que imponen el deber de salida de España a los extranjeros, cuya principal consecuencia es la progresiva aplicación de las garantías previstas para la expulsión, como el derecho a la presunción de inocencia, y la extensión de la construcción doctrinal del perjuicio irreparable o de difícil reparación (arraigo familiar o económico) a la medida cautelar de suspensión del deber de salida.

Por otro lado, aparentemente puede parecer que el Tribunal Supremo emplea el concepto de arraigo de forma diferente en cada caso, cuando el arraigo es una mera situación fáctica. En realidad, el Tribunal exige un nivel de arraigo distinto en función de la finalidad con que éste es alegado en el proceso, de manera ciertamente gradual, siendo más generoso en el reconocimiento de esta circunstancia cuando de lo que se trata es de justificar la exención de visado por razones excepcionales, pero aumentando el nivel de exigencia cuando lo que se pretende es suspender la ejecución de la expulsión o más allá la revocación de la misma, supuesto en el que debe existir un arraigo muy claro para que el Tribunal pueda acoger la pretensión del extranjero.

Finalmente, algunos aspectos de detalle pueden acercar un poco más el enfoque sobre la actuación del Tribunal durante el período comprendido en este estudio. En primer lugar, destaca la persistente invocación por el Tribunal Supremo de que las impugnaciones de la valoración de la prueba por Tribunales inferiores no pueden ser objeto de casación, a pesar de lo cual suele repasar tales valoraciones como argumento de motivación *ad abundantiam* de su resolución. Llama también la atención las distintas interpretaciones que entre las Salas, y especialmente entre las Secciones de la Sala Tercera, existe respecto a la imposición de las costas. Por último, es interesante observar que el procedimiento preferente y sumario no se circunscribe a las medidas de expulsión ni a los derechos con él relacionados (libertad de circulación y legalidad sancionadora) como pudiera parecer a la vista del número de recursos presentados en esta vía contra los decretos de expulsión, sino que los pronunciamientos favorables se obtienen más bien respecto a otros procedimientos y otros derechos como la interdicción de discriminación o la presunción de inocencia.

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

J.A. MORENO MOLINA

Nuevo régimen de contratación administrativa. Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tras la Ley 53/1999

[La Ley, Madrid, 2000, 770 páginas]

JUANI MORCILLO MORENO

El libro tiene como principal objetivo el análisis de la importante reforma de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas llevada a cabo por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre (BOE del 29) que ha afectado a 115 artículos, a 2 disposiciones adicionales, a 1 transitoria y a 2 finales, además de dejar sin contenido dos preceptos e introducir en el texto de la Ley dos nuevos artículos y 4 nuevas disposiciones adicionales.

Las modificaciones introducidas en la Ley 13/1995, que establece el régimen jurídico de contratación aplicable tanto a la Administración General del Estado, a las Administraciones de las Comunidades Autónomas y a las distintas Entidades Locales, como a buena parte de las entidades instrumentales dependientes de las mismas, pretenden la simplificación de los procedimientos de contratación así como la introducción de una mayor objetividad, transparencia y concurrencia en los contratos administrativos. Junto a los objetivos señalados, no se puede olvidar la nueva y necesaria adaptación de la legislación española a la normativa comunitaria sobre contratación pública.

Así, en la obra del Profesor MORENO MOLINA se abordan las novedades en el expediente y los procedimientos de contratación, en el régimen de publicidad, en los órganos y mesas de contratación, en las condiciones de pago de los contratistas y subcontratistas, en la financiación de las obras públicas, en las modificaciones de los contratos, en la

revisión de precios o en la regulación de las bajas temerarias. Se estudian asimismo las figuras contractuales que se suprimen y las de nueva creación, los efectos para los proveedores que se derivan del funcionamiento de los nuevos sistemas de compras, las nuevas prohibiciones para contratar con las Administraciones Públicas o la reforma de las garantías a prestar por los licitadores y por el adjudicatario del contrato.

Pero el libro no se detiene en este completo análisis de la reforma de la legislación de contratos, sino que estudia uno por uno todos los artículos de la Ley de Contratos, recogiendo las concordancias de los mismos con los preceptos de la propia norma y con todas las disposiciones nacionales y comunitarias relacionadas. Además, en cada precepto se relacionan y se comentan los dictámenes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y del Consejo de Estado que les afecten y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Se trata, en definitiva, de una obra de referencia imprescindible para el conocimiento y aplicación de la nueva legislación reguladora de la contratación administrativa.

EDUARDO HINOJOSA MARTÍNEZ

La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el marco de la estructura territorial del Estado

[Comares, Granada, 2000]

EMILIO GUICHOT

Esta obra colectiva constituye la plasmación por escrito de un notable esfuerzo desarrollado por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, que cada año organiza unas Jornadas de estudio centradas en un tema específico y que cuentan con la participación de profesores y letrados. En este caso, se publican los trabajos presentados a las III Jornadas, sobre la problemática específica que plantea la

notas bibliográficas

aplicación del instituto de la responsabilidad administrativa en un Estado descentralizado como el nuestro.

La obra se estructura sobre la columna vertebral de cinco ponencias; a saber, “La responsabilidad por daños de las Administraciones Públicas. Una visión problemática” (profesor LÓPEZ LÓPEZ); “El procedimiento administrativo en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Especial referencia a la Comunidad Andaluza” (profesor REBOLLO PUIG); “La responsabilidad del legislador en la estructura territorial del Estado” (profesor BORRAJO HINIESTA); “Las Comunidades Autónomas y la responsabilidad derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia” (profesor COBREROS MENDAZONA); y “La competencia jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas” (profesor PÉREZ MORENO). A ellas se le añaden un número elevado de comunicaciones que abordan múltiples aspectos de la responsabilidad, de tal modo que, en conjunto, este volumen puede resultar de utilidad para acercarse a múltiples y diversos aspectos del instituto de la responsabilidad.

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. Un paso adelante en la definición del sistema

[Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública, núm. 36, 1999, páginas 11 a 44]

Como es sabido, la Ley 4/1999 ha modificado el art. 141.1 LRJ-PAC, introduciendo la previsión según la cual: “No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

En el trabajo del que damos cuenta, el profesor LÓPEZ MENUDO lleva a cabo un profundo análisis de los precedentes legislativos y jurispru-

denciales, tanto comunitarios como nacionales, de dicho precepto, y de su dispar acogida doctrinal. Subraya cómo esta previsión se inserta, en nuestro sistema de responsabilidad objetiva, dentro de los supuestos de daños que, por no ser antijurídicos, los particulares deben soportar. Esta prescripción no violenta la lógica del sistema de responsabilidad, sino que contribuye a definir sus contornos, dentro de las posibilidades que la Constitución brinda al legislador.

El artículo trae a colación los más recientes pronunciamientos sobre la materia y apunta toda una serie de elementos y consideraciones jurídicas necesarias para una aproximación cabal a esta compleja problemática.

LUIS MARTÍN REBOLLO

Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones

[Revista de Administración Pública, núm. 150, páginas 317 a 371]

En conmemoración del núm. 150 de la Revista de Administración Pública, se dedica un volumen monográfico a hacer un balance de la evolución de diversas instituciones administrativas en los últimos cincuenta años. Entre estos estudios se encuentra el que un especialista como el profesor MARTÍN REBOLLO dedica a la responsabilidad administrativa. Su lectura resulta imprescindible para cualquiera que pretenda tener una visión global de las principales líneas jurisprudenciales y doctrinales que se han ido definiendo en nuestro Derecho Administrativo a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. El trabajo no se queda, en cualquier caso, en una síntesis de lo que ha sido y de lo que hay, sino que avanza respuestas para las cuestiones más candentes que hoy sigue planteando un instituto siempre vivo como el de la responsabilidad administrativa, como su función, los criterios de imputación del daño o la determinación del orden jurisdiccional competente.

EMILIO GUICHOT

EMILIO GUICHOT

M^o N. GARCÍA GONZÁLEZ y J.E. HERNÁNDEZ SANZ

Relaciones de Empleo, Trabajo y Seguridad Social en el sector público

[Tecnos, Madrid, 2000, 184 páginas]

JOSÉ LUIS GAMERO ZORITA

Cualquier aproximación al Derecho de la Función pública ha de realizarse necesariamente desde un punto de vista interdisciplinar, aproximación que en todo momento ha de tener al Derecho Laboral como uno de sus principales referentes. Sin duda puede hablarse de una progresiva penetración del Derecho Laboral en la provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública debido, en buena medida, a la adopción de criterios de flexibilidad propios de la empresa privada y a una desburocratización de los métodos de contratación. De este fenómeno parte la obra cuyo comentario abordamos en este momento.

La obra está estructurada en tres bloques claramente diseñados. En el primero, los autores profundizan en el análisis de los modelos de vinculación del personal al servicio de la Administración pública con un tratamiento adecuado de las diferentes disposiciones legales. De este análisis los autores concluyen que pueden coexistir un modelo sometido al Derecho Administrativo y otro perteneciente al personal laboral, poseedores ambos de características propias. A continuación, los autores definen y especifican qué habrá de entenderse por personal funcionario y personal laboral para, seguidamente, afrontar el estudio de la evolución histórica de nuestro modelo de función pública y la naturaleza jurídica de la relación funcional.

En el segundo bloque de la obra, los autores realizan una acertada síntesis del procedimiento de selección de los funcionarios públicos y los sistemas de promoción de éstos, así como de los derechos y deberes y el régimen de incompatibilidades.

El tercer bloque de la obra, los autores se adentran en el régimen de Seguridad Social

de los funcionarios públicos clarificando las particularidades que asisten a los funcionarios civiles de la Administración del Estado.

Esta obra tiene como objetivo el convertirse en punto de referencia tanto en las aulas como en el mundo profesional y ello debido al gran esfuerzo sintetizador de sus autores. El lector podrá corroborar este extremo con su atenta lectura.

CÉSAR DAVID CIRIANO VELA

Administración económica y discrecionalidad

[Lex Nova, Valladolid, 2000, 633 páginas]

M^o VICTORIA CARPLABAD

El autor reflexiona en esta obra sobre una cuestión que ha suscitado en los últimos años un gran interés en la doctrina iuspublicista española: la relativa a la discrecionalidad administrativa y su control judicial.

Por ello, podría parecer que su aportación al debate de ideas surgido entre nosotros sobre esta problemática en los últimos años sería escasa. Sin embargo, el libro de CIRIANO VELA contiene nuevos elementos a añadir a esta reflexión. El primero, la elección del ámbito de estudio de la discrecionalidad: el dinámico y cambiante sector de la intervención administrativa en la economía, donde en los últimos años está teniendo lugar un proceso de liberalización y privatización que ha cambiado el tradicional papel del Estado en su actuación económica (en sectores como las telecomunicaciones, la energía, etc.)

Por otra parte, el autor analiza la discrecionalidad desde dos perspectivas: la primera, poniendo de manifiesto que en Derecho administrativo económico la estructura de las normas es bastante peculiar, y contiene nuevos elementos que superan el silogismo clásico tradicional (normas de estructura finalista, garantías organizativas y procedimentales, etc.); el segundo punto de vista es el que analiza el alcance de la discrecionalidad en el componente político (configurador) y en el más puramente administrativo

notas bibliográficas

o ejecutivo (aplicativo de normas) en las diferentes formas de actuación administrativa económica (planes, reglamentos, autorizaciones, privatizaciones, sanciones, etc.)

Todo ello condiciona el control judicial de la Administración económica, que CIRIANO analiza minuciosamente desde los dos puntos de vista del análisis normativo antes expuesto, con la cita de varios centenares de Sentencias (en especial del Tribunal Supremo). Además, el control judicial debe complementarse en el campo económico con los controles de tipo no jurisdiccional (parlamentario, Tribunal de Cuentas, etc.)

Como elemento previo al estudio de la discrecionalidad, por último, se analiza la gran importancia que tienen los aspectos lingüísticos (tipo de lenguaje empleado por las normas de ordenación económica) para la determinación del alcance de la discrecionalidad y de su control judicial.

En suma, tras un estudio teórico-normativo en la Primera Parte, en la Segunda se contrasta éste con un análisis práctico-jurisprudencial sobre toda la problemática que aborda el libro, por lo que su lectura resulta de mucho interés para quienes pretentan estudiar la intervención administrativa en la economía desde un punto de vista jurídico.

G. ARIÑO ORTIZ y M. SASTRE BECEIRO

Leyes de Aguas y Política Hidráulica en España. (Los mercados regulados del agua)

[Fundación de Estudios de Regulación, Comares, Granada, 1999, 345 páginas]

M^{te} VICTORIA CARPLABAD

En esta obra, los autores analizan temas tan relevantes en el ámbito del derecho de las aguas continentales como la virtualidad actual de la planificación hidrológica, la implantación de un mercado del agua en nuestro país, los nuevos mecanismos de financiación de infraestructuras públicas, el problema del saneamiento, o la reforma de la Ley de Aguas de 1985 (hoy ya un hecho tras la Ley 46/1999, de 13 de diciembre). Se puede encontrar en este volumen una perspectiva crítica tanto en relación a la normativa hasta ahora existente, como respecto

de la resultante debido a la reforma. A pesar de todo, los autores se muestran decididos partidarios de la implantación generalizada del mercado del agua, figura a la que asignan diversos efectos positivos.

MIGUEL NAVAJAS REBOLLAR

Régimen jurídico-administrativo de los puertos

[Marcial Pons, Madrid, 2000, 323 páginas]

BEATRIZ SETUAIN MENDÍA

Los puertos, como conjunto de infraestructuras esenciales que constituyen el basamento físico necesario para la prestación de los servicios propios del tráfico marítimo, han sido objeto de reciente atención por parte de la doctrina iusadministrativista en la monografía de que ahora se da noticia.

En este sentido, y como bien indica su autor, es el planteamiento de la defensa del servicio público que, en definitiva, justifica la explotación y la gestión de un sistema portuario estatal y la necesaria articulación de todos los intereses que sobre los mismos concurren la que debe situarse en el papel de guía de la regulación jurídica de los puertos. Planteamiento este que, sin embargo, y siendo el tradicional, se ha visto alterado por la impetuosa actuación sobre el mismo del fenómeno de la huida del derecho administrativo, lo que supone que, de un tiempo a esta parte, vienen encomendándose tan importantes labores a entes –las Autoridades Portuarias– que se rigen, preferentemente, por el derecho privado, frente a un derecho –el administrativo– que vendría, en puridad, llamado a ello. Y planteamiento que, asimismo, pierde también parte de su fortaleza inicial a la vista del determinante papel que a las Comunidades Autónomas, como gestoras de facto de los puertos, han otorgado las últimas reformas de la Ley de Puertos y de la Marina Mercante, lo que resiente, inevitablemente, la originaria visión del portuario como conjunto o sistema uniforme.

Desde un punto de vista estrictamente sistemático, la obra reseñada presenta dos partes

claramente diferenciadas. Por un lado, la dedicada a razonar sobre la organización de los puertos –tanto estatal como autonómica– y los cánones de coordinación a que debe responder su actuación, visto el reparto competencial existente en la materia. Por otro, la que analiza los distintos servicios de base portuaria, desde el de practica, a los de estiba y desestiba, señalización marítima o remolque, así como la importante cuestión, derivada de los mismos, de las tarifas exigidas por su prestación. Completa, pues, la visión planteada.

JOSÉ MARÍA SOUVIRÓN MORENILLA

Derecho público de los medios audiovisuales: radiodifusión y televisión

[Comares, Granada, 1999, 647 páginas]

— JOSÉ M.ª A. MAGÁN PERALES

El presente libro, que es complementario del que se recensionará a continuación, es un libro mucho más completo y extenso que lo que en un principio el título parece sugerir. El propio autor señala que intenta hacer un desarrollo de lo que en la doctrina francesa se conoce como “el audiovisual”, esto es, un estudio del régimen jurídico que lleva más allá del estudio del mero régimen jurídico de la televisión y la radio, pues en los diecinueve capítulos del libro se tratan exhaustivamente todas las cuestiones relativas al derecho del audiovisual.

Estamos ante una materia en la que la técnica muchas veces va por delante del Derecho. Para el jurista puede ser difícil aprehender algunos de los conceptos relacionados con las telecomunicaciones, por lo que hay que acudir a las definiciones que las propias leyes contienen. No obstante, la sujeción del audiovisual al Derecho público ha sido siempre una constante, con el objetivo más o menos confesado de controlar la propia actividad, aunque en los últimos años se ha producido un avance del Derecho privado en lo que se refiere a materia de telecomunicaciones, pero sin que ello suponga la retirada del Derecho público de este sector. Más bien se está dando paso a un sistema concesional,

que abandona el anterior régimen monopolístico que había caracterizado la etapa inmediatamente anterior.

El libro tiene la estructura interna de una ley, se divide en dos partes: el régimen de la radio y la televisión y la regulación de la programación y sus contenidos. A su vez estas dos partes se dividen en secciones, y éstas a su vez en capítulos.

La primera parte es quizá la que hasta ahora ha sido más tratada por la doctrina. En ella el autor analiza el régimen de titularidad y gestión por el Estado y por las Comunidades Autónomas, tanto de la radiotelevisión como de la radiodifusión. La televisión tiene a su vez la doble vertiente de las televisiones privadas de alcance nacional, las televisiones autonómicas y las televisiones locales, la televisión digital terrenal, la televisión por cable y la televisión por satélite.

La segunda parte es a mi juicio la más interesante; en ella el autor conecta la actividad de difusión con los diferentes derechos a los que la misma afecta: libertad de expresión, libertad de información, así como sus límites. Los medios de comunicación pueden servir también como acceso o plataforma a determinadas personas o grupos: ello es especialmente evidente durante las campañas electorales, a través de la concesión de determinados tiempos proporcionales a los partidos y grupos que concurren a las mismas. Pero existen más ejemplos: el “derecho de antena” del Gobierno para la emisión de comunicados de interés público, la publicidad oficial o institucional y el derecho de rectificación.

Otro aspecto analizado es la concreta regulación de los contenidos de los programas de televisión, materia esta en la que el Derecho español no es sino la transposición de varias directivas europeas sobre la materia. Este aspecto tiene ramificaciones en lo que se refiere a la protección de los menores frente a la programación televisiva, o la existencia de “cuotas” de emisión de obras europeas, que eviten la invasión en las pantallas de los productos provenientes de Estados Unidos.

Por último, el libro se cierra con un capítulo cuya ubicación no deja de estar algo descolgada en el conjunto de la obra, pero que no por ello carece de interés. Se trata del derecho de propiedad intelectual respecto a la programación audiovisual.

JOSÉ MARÍA SOUVIRÓN MORENILLA**El proceso de liberalización de las telecomunicaciones**

[Comares, Granada, 1999, 286 páginas]

JOSÉ M.ª A. MAGÁN PERALES

El libro que se recensiona es en cierta medida complementario al anterior. En este libro, el autor nos muestra el proceso de liberalización desde el punto de vista legislativo, o dicho de otra manera, la metamorfosis sufrida, por la legislación de telecomunicaciones en los últimos dos lustros. Las telecomunicaciones han devenido un fenómeno claramente transnacional, que ha relativizado las propias fronteras geográficas y políticas, permitiendo hoy el acceso a redes supranacionales como internet. Ello se ha traducido jurídicamente en una despublificación constante que ha ido socavando los fundamentos de la ya derogada Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987, hasta el punto de ser necesaria su sustitución tan sólo 11 años después por la actual Ley General de Telecomunicaciones 11/1998, que si bien no ha podido hacer tabla rasa con los derechos adquiridos de la situación anterior, sí que ha introducido buena parte de las medidas liberalizadoras.

En la primera parte del libro, el autor estudia la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987, destacando en todo momento el concepto publicante de todo el sector. En dicha Ley, el dominio público radioeléctrico se considera como un título de intervención pública, dado el carácter limitado de las frecuencias. El título de intervención pública era el del servicio público, proclamado de esa forma en los primeros artículos de la Ley. De un análisis global de la Ley de 1987 se deduce que la misma partía del principio de demanialidad de las telecomunicaciones, siendo la excepción aquellos casos de autorización o concesión de determinados servicios a operadores privados.

En la segunda parte del libro, el autor estudia el lento goteo del proceso de liberalización de las telecomunicaciones y la introducción de competencia en sectores hasta entonces tradicionalmente monopolistas. Precisamente una de las virtudes de la Ley de 1998 ha sido sistematizar en un marco único el régimen de todas las telecomunicaciones, hasta entonces disperso en una pléyade de leyes. Al proceso de liberalización ha contribuido de manera determinante la transposición de una serie de Directivas que desde el año 1990 han emanado de la Comunidad Europea, que se tradujeron unas veces en modificaciones de la Ley de 1987 y en otras en el surgimiento de nuevas leyes, como es el caso de la Ley de Telecomunicaciones por cable de 1995, la Ley de Telecomunicaciones por Satélite del mismo año. Un gran impulso al proceso de liberalización llegaría con el nuevo Gobierno, surgido de las elecciones de 1996. Precisamente una de las primeras medidas adoptadas fue la promulgación del Real Decreto-Ley 6/1996, de Liberalización de las Telecomunicaciones, posteriormente transformado en la Ley 12/1997, que continuó con el proceso de reforma parcial de la Ley de 1987, que recibiría su última embestida de la mano de la Ley de medidas fiscales, administrativas y de orden social de diciembre de 1996. Estas dos últimas disposiciones prepararon el terreno para la plena liberalización, que llegaría con la Ley de 1998. Ambas se autocalifican como leyes de liberalización entendida ésta como una *despublificatio*. A este sistema liberalizado se añadió como corolario la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, dentro del típico esquema de las Administraciones independientes.

Es en la tercera parte del libro, como proceso de culminación de esta (hasta ahora) evolución legislativa donde se analiza la Ley General de Telecomunicaciones de 1998. El sistema legislativo resultaba ya insostenible, y la efectiva liberalización y la plena competencia en el sector llegó con la Ley 11/1998, de 28 de abril, General de Telecomunicaciones. Esta Ley está dictada al amparo de la competencia exclusiva estatal sobre la materia. El punto de inflexión respecto a la legislación anterior se aprecia en todo el texto de la Ley. Por lo pronto, las actividades del sector pasan de estar reservadas al sector público a estar liberalizadas; y las comunicaciones pasan a definirse como servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia, siendo ahora la excepción aquellos servicios

reservados al Estado. Por otra parte, el sistema se completa con la introducción de determinadas obligaciones de servicio público (caso del “servicio universal”), a observar por las empresas, y la existencia de unos derechos y obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones.

Finalmente, en el cuarto y último capítulo del libro, el autor analiza el concreto régimen de las telecomunicaciones y lo que éste supone para dos medios concretos: la radiodifusión y la televisión.

WV AA

El nuevo régimen jurídico de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales (Coordinado por G. Calvo García)

[Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, 288 páginas]

JOSÉ M. A. MAGÁN PERALES

Se trata de un libro que como en el caso de los dos anteriores, surge al calor de la nueva Ley General de Telecomunicaciones de 1998, y que como todos los de la Colección Cuadernos de Derecho Judicial, están compuestos por las ponencias de diversos autores.

De las dos primeras ponencias, que han sido realizadas por la directora del libro, la Letrada del Estado, Gloria CALVO DÍAZ, merece ser destacada la primera (“El marco legislativo comunitario”), pues la misma aborda toda la evolución del proceso de liberalización seguida desde la óptica del Derecho Comunitario Europeo. La situación legislativa española corre a cargo de la Ponencia de Pablo MAYOR FERNÁNDEZ, “La nueva Ley General de Telecomunicaciones”, donde se analiza la Ley de 1998 como proceso de culminación de la etapa liberalizadora iniciada con el Real Decreto 6/1996. Tras la situación legislativa, la situación judicial ante el proceso de liberalización de las telecomunicaciones se analiza en la ponencia “Competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales y de las autoridades administrativas de los Estados miembros en la aplicación del derecho comunitario de

la competencia”, de la también Letrada del Estado Rosario SILVA DE LA PUERTA. Por último, el proceso liberalizador trae dos inevitables consecuencias: la primera es la situación en la que quedan los anteriores operadores que actuaban en situación de monopolio. Ello es objeto de estudio en la ponencia del administrativista LAVILLA RUBIRA: “El operador dominante y los nuevos entrantes ante la Ley General de Telecomunicaciones”. La segunda consecuencia es la creación de unas autoridades independientes ante la existencia de diferentes empresas competidoras. Este aspecto ha sido el estudiado por BERMÚDEZ ODRIÓZOLA (“Autoridades reguladoras”), a través del estudio de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

JUAN MANUEL LÓPEZ ULLA

La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho español

[Marcial Pons, Madrid, 2000, 395 páginas]

ALFREDO ALLUÉ BUIZA

Dentro del elenco de monografías que están apareciendo sobre la cuestión de inconstitucionalidad (GARCÍA COUSO, CORZO,...) comentadas por nosotros en números anteriores destaca ésta por lo completo de la investigación. Partiendo de un análisis del artículo 163 de la Constitución, el autor se centra, en el capítulo segundo, en el objeto del proceso, dedicando un buen número de páginas al significado del juicio de relevancia, verdadero nudo gordiano de la cuestión de inconstitucionalidad. En este sentido, se hace un riguroso recorrido por el concepto de relevancia, la irrelevancia sobrevenida y los supuestos que se producen por la modificación o derogación de la norma cuestionada, la modificación o derogación de la norma utilizada como parámetro de control o su ineficacia. Se aborda, igualmente, el problema de la verificación de la relevancia que se concreta en el control que ejerce el Tribunal Constitucional sobre la motivación judicial de la relevancia, así como el espinoso problema que se puede plantear cuando existe un problema de competencia jurisdiccional no advertida por el propio órgano y que es detectada por el Tribunal Constitucional una

vez elevada la cuestión. Igualmente, en este capítulo se analizan los presupuestos que exigen la eficacia de la norma cuestionada para que pueda ser entendible el juicio de relevancia. El autor trae a colación ese problema, aparentemente obvio, pues se han dado casos de inadmisión por este motivo. Del mismo modo, puede producirse la posibilidad de cuestionar la constitucionalidad de una disposición derogada. Ante la falta de identidad entre eficacia y vigencia, el autor realiza un exhaustivo examen jurisprudencial y doctrinal, pues la derogación no priva, en principio, de contenido a la cuestión de inconstitucionalidad si de la determinación de su constitucionalidad pende la resolución del proceso principal, es decir, no tiene por qué producirse automáticamente una carencia sobrevenida del objeto de la cuestión.

El capítulo tercero está dedicado a los presupuestos procesales que condicionan la admisión de una cuestión de inconstitucionalidad, es decir, los momentos procesales oportunos: trámite de audiencia, la concreción de la ley y el precepto constitucional que ésta infringe, etc. Finalmente, en el capítulo cuarto referido al procedimiento ínsito en el Tribunal Constitucional, LÓPEZ ULLA se hace eco de un problema al que somos sensibles en estos comentarios, y es la participación de los sujetos legitimados para intervenir ante el Tribunal y, en concreto, los órganos ejecutivos y legislativos de las CCAA, a tenor del art. 37.2 LOTC. El autor hace referencia a la posición restrictiva de la Jurisprudencia constitucional sobre este problema y a su negativa a ampliar la intervención adhesiva a otros sujetos públicos (Corporaciones locales) y particulares; igualmente de las divergencias en el seno del Tribunal, en los diferentes Autos analizados, señalando, por paradigmática la Sentencia del ETD relativa al caso Ruiz Mateos, reconocedora de la defensa en el proceso de la cuestión de los intereses legítimos de las partes a través de una intervención adhesiva que evite su indefensión. Frente a la posición reduccionista del Tribunal, el autor se manifiesta en sus conclusiones partidario de una posición flexible que permita “a las partes implicadas en el proceso de origen exponer en el proceso constitucional sus intereses sobre la validez de la norma cuestionada a la luz del caso concreto que motiva el planteamiento de la cuestión”, posición doctrinal que requiere, a nuestro entender, o una reforma de la LOTC o una posición jurisprudencial receptiva, para dar cabida a esta satisfacción.

HÉCTOR LÓPEZ BOFILL

Conflictos de competencia y jurisdicción ordinaria

[Marcial Pons, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autònoms, Madrid, 1999, 126 páginas]

ALFREDO ALLUÉ BUIZA

La obra parte de un razonamiento basado en un criterio empírico: como apunta el Profesor Marc CARRILLO en el prólogo, hay ya un amplio *corpus* jurisprudencial de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo formado por decisiones de orden competencial que hacen más que cuestionable que el Tribunal Constitucional ostente el monopolio jurisdiccional para entender de los conflictos competenciales. Este monopolio, que el autor califica de “mito” plantea sobre un auténtico problema de dualidad jurisdiccional en la resolución de dichos conflictos, cuyos desajustes se originan en la misma Constitución y se reproduce en normas de rango legal, fundamentos positivos del debate que se analizan en el capítulo II.

Más adelante (capítulo IV), LÓPEZ BOFILL analiza las diferentes propuestas teóricas de articulación entre ambas jurisdicciones: la posición de exclusivismo del Tribunal Constitucional en el enjuiciamiento de estos conflictos, analizándose el “rastros jurisprudencial exclusivista” de manera pormenorizada; que ha significado, sin duda, un efecto expansivo del Alto Tribunal como juez de constitucionalidad de normas de rango infralegal. El autor manifiesta su confianza de que esta línea cambie con la resolución del recurso de inconstitucionalidad promovido por la Comunidad Autónoma Andaluza contra la LOFCA referente, en concreto a la potestad de una junta arbitral capacitada para resolver controversias competenciales que en el plano administrativo se susciten en la materia. Se analiza también la posición de la alternatividad o, lo que es lo mismo, el que se plantee indistintamente el conflicto competencial en ambas jurisdicciones. Además, una posición intermedia o de

“exclusivismo en sentido débil” donde la pregunta sobre la jurisdicción se traslada hacia la naturaleza del proceso, como así quedó reflejado en una solitaria interpretación del Tribunal Constitucional, en concreto, la STC 88/1989 (cooperativa ATINA) “donde la distinción entre titularidad y ejercicio no es transparente” o, al menos, no es lo suficientemente diáfana como para transformarse en la piedra angular del diseño procesal que implique de alguna manera “recortar el diseño extensional” del conflicto.

Finalmente, en el capítulo V se analiza el modelo subsidiario de solución de conflictos positivos de competencia, que es la propuesta por la que apuesta el autor frente a los pasivos que se suscitan en las tres anteriormente referidas. Este esquema arranca de una voluntad constitucional prevista en el art. 161.1.c),

siendo necesario, simplemente, compatibilizar el obstáculo del art. 161.2 CE referido a la suspensión automática de las resoluciones de las CCAA impugnadas. En este capítulo el autor va analizando los elementos condicionantes de este modelo subsidiario en una rigurosa labor de ingeniería constitucional: competencia del órgano jurisdiccional ordinario, legitimación de los particulares y de las corporaciones locales, las cuestiones vinculadas al objeto y los efectos de las decisiones recaídas en conflictos de competencia. En definitiva, “sugerencias” propuestas en torno a la subsidiariedad que “intenta presentarse como una solución puntual a un problema concreto que, sin embargo, no es sino el prelude de una serie de soluciones que den respuesta a la avalancha de disfuncionalidades detectadas en un modelo concentrado de jurisdicción constitucional”.

N O T A S