



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:

[7] **La reforma de la Ley de Procedimiento**
JESÚS LEGUINA VILLA

[15] **La Directiva 96/61/CE, de prevención y control integral de la contaminación**
FRANCISCO DELGADO PIQUERAS

[29] **Estudio introductorio a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social**
PABLO SANTOLAYA MACHETTI

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

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

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

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

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

[109] **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

[157] **VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA**
F. LÓPEZ MENUDO

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

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

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

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

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

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

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

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

[277] **NOTAS BIBLIOGRÁFICAS**

Nota importante

A partir de este número el lector observará que se han suprimido las páginas correspondientes al índice de materias de las crónicas de jurisprudencia, que se venían incluyendo en cada número ordinario.

La razón de este cambio en el formato de la Revista obedece a una doble consideración práctica. Por un lado, pensamos que los índices de las crónicas de jurisprudencia resultarán mucho más útiles si se elaboran y entregan con carácter periódico y no ya número por número. En consecuencia, es propósito de quienes elaboramos esta Revista ofrecer al lector un índice anual de las crónicas de jurisprudencia que reúna las de los cuatro números correspondientes y que se editará aparte. El primero de estos anexos con los índices reunirá los de los nueve primeros números de la Revista (años 1998 a 2000), entregándose junto con el número 9.

De otro lado, al suprimir los índices en cada número ordinario resulta posible incluir un mayor número de páginas de doctrina y de documentación, atendiendo de esta manera a lo que nuestros suscriptores nos demandan.

En todo caso, el contenido de las crónicas de jurisprudencia puede conocerse resumidamente leyendo los sumarios de cada una de las crónicas, que se mantienen según el formato habitual.

Esperamos que esta modificación y las que conlleva sean del agrado de los lectores de JUSTICIA ADMINISTRATIVA, a cuya opinión y sugerencias nos debemos.

El Consejo Asesor

La reforma de la Ley de Procedimiento

JESÚS LEGUINA VILLA

Catedrático de Derecho
Administrativo
Universidad de Alcalá

La irrupción en el escenario legislativo de la Ley 30/1992 (como así es habitual citarla para evitar la enojosa mención de su casi impronunciable denominación) vino marcada por el signo de la contrariedad. La crónica legislativa de los últimos años apenas registra un caso tan patente de desencuentro entre el quehacer del legislador y la opinión de los especialistas, que apenas participaron en su elaboración. Tal vez ninguna otra ley, tan animada como ésta de los mejores propósitos reformistas, se haya enfrentado a un rechazo generalizado de la doctrina y a una indisimulada incomodidad aplicativa por parte de los jueces, poco propicios por lo general a aceptar novedades legislativas no avaladas por la comunidad científica. Las críticas que la LRJ-PAC ha recibido han sido abundantes, reiteradas y hasta contagiosas, algunas simplemente demoledoras y descalificantes. La censura no se ha limitado, en efecto, a los defectos más patentes de técnica legislativa, al desacuerdo político o jurídico de algunas de sus innovaciones o a la pretendida inconstitucionalidad de ciertos preceptos, sino que algunos autores fueron más lejos y optaron por rechazar frontalmente la oportunidad de una ley tachada de advenediza que, en su criterio, venía a desplazar sin justificación alguna los “venerables” textos legales de los años 50 (LRJAE de 1957, LPA y LEEA de 1958, cuya completa derogación, iniciada por la Ley 30/1992, se ha consumado, por lo demás, inevitablemente y sin estrépito alguno, por la LOFAGE y la Ley de Gobierno, ambas de 1997).

No fue ésa, sin embargo, la posición adoptada en el año 1991 por el Consejo de Estado, cuyo minucioso y nada complaciente dictamen al entonces anteproyecto de ley sostuvo que el texto examinado merecía “un inicial juicio favorable”, por varias razones que conviene ahora recordar. En primer lugar, porque “la Ley proyectada se dirige a la satisfacción de exigencias constitucionales, tanto las del artículo 149.1.18ª de la Constitución como las derivadas de principios contenidos en el Título IV de la misma (arts. 103.1, 105 y 106), poniendo fin a una situación en la que la calificación y el cumplimiento de ciertas prescripciones constitucionales viene obligando a una previa labor de inferencia desde leyes preconstitucionales”; en segundo lugar, porque “los principios (básicos en sí mismos) de legalidad, objetividad, adherencia de la actuación a los intereses generales, eficacia, descentralización, desconcentración, colaboración y coordinación, participación y transparencia, inspiran, en general con acierto, el texto objeto de la consulta”; y en tercer lugar, porque “el texto refleja con sensibilidad el ‘sistema estatal compuesto’ (en expresión de la jurisprudencia constitucional) y contiene una cuidada ordenación de las

relaciones entre la Administración Central y las Administraciones Autonómicas, fundada en la colaboración desde el estricto respeto de sus ámbitos competenciales” (DCE 1076/1991).

Esta misma posición distanciada de toda descalificación maximalista, globalmente favorable, por tanto, al mantenimiento del texto de la Ley 30/1992, pero crítica y rectificadora de algunas de sus insuficiencias, errores o desaciertos más destacados, es la que ha prevalecido también en la nueva mayoría parlamentaria y la que ha inspirado las concretas medidas de reforma parcial introducidas por la **Ley 4/1999, de 13 de enero**. El Ministro Rajoy así lo confesaba sin disimulo en su discurso de defensa de la reforma legal ante el Pleno del Congreso de los Diputados: “Reconocemos que la Ley 30/1992 fue una buena apuesta”. Opinión favorable que se refleja asimismo en la propia Exposición de Motivos de la Ley 4/1999 cuando destaca que, al sustituir a la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, la Ley 30/1992 vino a introducir en nuestro ordenamiento “una nueva regulación adaptada a los principios constitucionales y a la nueva organización territorial del Estado (...) incorporando avances significativos en la relación de las Administraciones con los ciudadanos”.

De acuerdo con ese juicio globalmente favorable al texto de 1992, la Ley 4/1999, cuyo borrador original fue redactado por un reducido grupo de prestigiosos profesores universitarios y sometido después a la más amplia audiencia de los medios especializados, ha centrado el objeto de la reforma legislativa en la modificación de “los aspectos más problemáticos” de la LRJ-PAC, aquellos que suscitaron un más alto grado de discrepancia o de polémica en la doctrina: la regulación del silencio administrativo, el sistema de recursos, la suspensión de los actos impugnados, la revisión de oficio y la responsabilidad patrimonial de la Administración. No obstante, el legislador ha querido aprovechar la ocasión para extender el ámbito de la reforma a algunos otros aspectos concretos de la Ley cuya regulación original era demasiado escueta (por ejemplo, en el Título Primero, los principios generales que rigen las relaciones entre Administraciones Públicas y entre éstas y los ciudadanos, ahora completados con los de lealtad institucional, buena fe y confianza legítima, así como el régimen de las Conferencias Sectoriales, los instrumentos de actuación conjunta y de colaboración entre entes administrativos) o adolecía de rigideces, imprecisiones o deficiencias técnicas (por ejemplo, la delegación de competencias del art. 13, la regulación por el art. 36.3 de la traducción al castellano de los documentos o expedientes tramitados en otra lengua cooficial, la presentación de escritos dirigidos a la Administración regulada en el art. 38, el régimen de las notificaciones defectuosas del art. 58.3 y 4, los supuestos de nulidad de pleno derecho del art. 62, las medidas provisionales del art. 72 y el ejercicio de la potestad sancionadora del art. 127.2, cuya prohibición de delegación queda ahora suprimida). Dentro de este último grupo de reformas complementarias cabe incluir también la nueva disposición adicional decimoséptima que permite a las Comunidades Autónomas (y a las Administraciones Forales del País Vasco) organizar la función consultiva equivalente a la desempeñada por el Consejo de Estado, bien mediante órganos específicos dotados de autonomía orgánica y funcional, como hasta ahora, bien a través de los servicios jurídicos integrados en la organización administrati-

va general de aquellas Administraciones territoriales, novedad ésta de importancia muy superior a la de un simple retoque técnico.

El balance de las reformas principales (silencio, recursos, revisión de oficio y responsabilidad) que la nueva Ley incorpora al articulado de la Ley 30/1992 merece, en términos generales, una valoración positiva, sin perjuicio de que algunas de las novedades introducidas planteen problemas interpretativos de no fácil solución. De todos los cambios normativos, el régimen del silencio administrativo es el que ha sufrido modificaciones más intensas, a partir de una regulación mucho más precisa y exigente de la obligación que a la Administración incumbe de dictar resolución expresa y de notificarla a los interesados en todos los procedimientos, cualquiera que sea su forma de iniciación, salvo excepciones tasadas. El plazo máximo para cumplir con dicha obligación, cuyo cómputo y cuyos supuestos de suspensión y ampliación son también objeto de las necesarias precisiones, seguirá siendo el que fije la norma reguladora de cada procedimiento, pero a partir de la nueva Ley no podrá exceder de seis meses, salvo que diga otra cosa una Ley formal o una norma comunitaria europea; en defecto de norma expresa se fija un plazo máximo supletorio de tres meses de duración del procedimiento. La reducción a seis meses del plazo máximo para resolver y notificar alcanza también, según la disposición transitoria primera de la Ley 4/1999, a los procedimientos que hasta ahora contaran con un plazo de terminación superior a dicho plazo.

El incumplimiento del plazo de duración máxima de los procedimientos iniciados a instancia del interesado da entrada a la técnica del silencio administrativo. La nueva Ley recupera con buen sentido la distinción tradicional según la cual el silencio positivo o estimatorio —que se mantiene como regla general, incluso reforzada— equivale a un acto administrativo favorable finalizador del procedimiento, cuya plena eficacia (que la Administración habrá de respetar y confirmar si dicta resolución expresa posterior) no depende ya de ninguna certificación administrativa (que subsiste sólo como medio de prueba), sino que se obtiene automáticamente por el transcurso del plazo de duración del procedimiento y que sólo podrá ser combatida a través de los procedimientos de revisión o impugnación previstos en la Ley. Por el contrario, el silencio desestimatorio o negativo no es, en rigor, un acto administrativo desfavorable sino una ficción legal cuya sola función consiste en abrir a los interesados la vía impugnatoria proceden-

LA LEY 4/1999 HA CENTRADO EL OBJETO DE LA REFORMA EN LA MODIFICACIÓN DE LOS “ASPECTOS MÁS PROBLEMÁTICOS” DE LA LRJ-PAC, AQUELLOS QUE SUSCITARON UN MÁS ALTO GRADO DE DISCREPANCIA O DE POLÉMICA EN LA DOCTRINA: LA REGULACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO, EL SISTEMA DE RECURSOS, LA SUSPENSIÓN DE LOS ACTOS IMPUGNADOS, LA REVISIÓN DE OFICIO Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. ADEMÁS, SE EXTIENDE A OTROS ASPECTOS DE LA LEY CUYA REGULACIÓN ERA DEMASIADO ESCUETA O ADOLECÍA DE RIGIDECES, IMPRECISIONES O DEFICIENCIAS TÉCNICAS

te, sin que la Administración quede vinculada al sentido negativo de su silencio si decidiera dictar resolución expresa posterior. Esa misma ficción desestimatoria rige en los procedimientos iniciados de oficio, no resueltos dentro del plazo máximo, que pudieran resultar favorables para los interesados que hubieren comparecido en aquéllos; en cambio, si los efectos pudieran ser desfavorables, el vencimiento del plazo máximo para resolver y notificar determina simplemente la caducidad del procedimiento y el archivo de las actuaciones, salvo que la demora fuera imputable al propio interesado.

La revisión de oficio sufre también modificaciones importantes. La más destacada es sin duda la supresión de la potestad administrativa de revisar los actos anulables favorables para los interesados, anulación que a partir de ahora sólo podrá ser instada ante la jurisdicción contencioso-administrativa, previa declaración de lesividad para el interés público. En cuanto a los actos nulos de pleno derecho, la nueva Ley mantiene la doble posibilidad de su revisión administrativa por iniciativa de la propia Administración o por solicitud de los particulares interesados (la llamada “acción de nulidad”), pero para este último caso se introduce un trámite de inadmisión que permite rechazar a limine las solicitudes notoriamente infundadas, sin necesidad de recabar dictamen vinculante del órgano consultivo, posibilidad esta que podía entenderse ya implícita en el art. 89.4 (que regula con alcance general el deber de resolver en todo caso y el diverso contenido que la resolución puede tener en el procedimiento común), pero que la Ley de reforma, con acertado criterio, ha preferido hacerla explícita con el fin de evitar abusos en el ejercicio de la acción de nulidad.

De acuerdo con el criterio mantenido por el Pleno del Consejo de Estado en su conocido dictamen 524/1995, de 30 de noviembre, la Ley 4/1999 reconoce de modo expreso que el procedimiento de revisión de oficio puede ser aplicado también a los reglamentos administrativos en los supuestos de nulidad radical previstos en el art. 62.2. Pero, a diferencia de lo que ocurre con los actos nulos, la revisión es en este caso estrictamente “de oficio”, quedando apartados de su iniciativa los particulares interesados, que sólo podrán utilizar frente a las disposiciones generales nulas el recurso contencioso directo o el indirecto dentro de los plazos señalados por la LJCA.

Es de lamentar, finalmente, que la nueva Ley no haya aclarado (tampoco lo hacía la redacción original de la Ley 30/1992 ni el antiguo art. 109 de la LPA de 1958) si el cauce de la revisión de oficio del art. 102, con la importante garantía de la intervención vinculante del Consejo de Estado o del órgano autonómico equivalente, es aplicable sólo a los actos nulos que produzcan efectos favorables para los interesados o, por el contrario, puede o debe ser utilizado también para lograr la declaración de los actos nulos desfavorables. La cuestión no es baladí porque su respuesta condiciona no sólo la extensión, mayor o menor, de la potestad revocatoria de actos desfavorables que a la Administración reconoce el art. 105, sino también el alcance de la acción de nulidad que los particulares pueden ejercitar al amparo del art. 102. La doctrina mayoritaria ha venido sosteniendo hasta ahora la primera opción interpretativa (aplicación sólo a los actos nulos declarativos de derechos o favorables), pero el Consejo de Estado (DCE, Pleno, de 22 de enero de 1998)

La Reforma de la Ley de Procedimiento

se ha inclinado por entender que el art. 102, al invocar los supuestos de nulidad del art. 62.1, no establece diferencia alguna entre actos declarativos de derechos o favorables y actos nulos de gravamen o no favorables y, por tanto, sería aplicable a todos ellos sin excepción.

El régimen de los recursos administrativos también ha mejorado notablemente en el nuevo texto. Entre las principales novedades cabe mencionar la supresión de la comunicación a la Administración, previa a la interposición del recurso contencioso-administrativo, el restablecimiento del recurso de reposición con carácter potestativo, unánimemente reclamado desde todos los sectores doctrinales, la regulación de los plazos de interposición del recurso de alzada (que recupera felizmente su denominación tradicional), la ampliación de los actos de trámite susceptibles de impugnación autónoma en vía administrativa y la fijación de un trámite de inadmisión del recurso extraordinario de revisión. Pero tal vez la reforma más trascendente para la integridad de los derechos e intereses de los recurrentes se encuentre en la nueva redacción del apartado 4 del art. 111 que trata de evitar ejercicios abusivos de la prerrogativa de ejecución de los actos impugnados durante el tiempo que media entre la desestimación de la impugnación administrativa y la formalización del recurso contencioso-administrativo, permitiendo que la suspensión acordada en vía administrativa pueda prolongarse sin interrupción hasta que en sede judicial se resuelva el incidente de suspensión instado por el demandante.

Algo más matizado debe ser el juicio que merecen las modificaciones introducidas en el Título X de la Ley, relativo a la responsabilidad patrimonial de la Administración y del personal a su servicio. Es elogiable que se haya reafirmado la integración de la llamada responsabilidad de derecho privado del art. 144 dentro del sistema general de responsabilidad administrativa, extendiendo a aquélla de modo explícito no sólo el procedimiento de reclamación administrativa y de control judicial por el orden contencioso-administrativo (lo que ya estaba en la redacción original del precepto) sino también el régimen sustantivo general de responsabilidad objetiva (lo que para algunos autores era dudoso que también estuviera en el texto original de la Ley 30/1992). También lo es el contenido de la disposición adicional duodécima que, en coherencia con lo dispuesto en el art. 9.4 de la LOPJ y en el art. 2.e) de la LJCA de 1998, dispone que el conocimiento de las pretensiones de responsabilidad derivada de daños producidos por la asistencia sanitaria pública (incluidas las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social) corresponde a los jueces y tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, poniendo así término, confiemos en que definitivamente, al desdichado conflicto que ha venido enfrentando a aquel orden jurisdiccional con los órganos de la jurisdicción social. Este mismo propósito unificador explica también que se haya eliminado del art. 146 la acción de responsabilidad directa ante la jurisdicción civil que los perjudicados podían ejercitar frente al personal al servicio de la Administración por los daños patrimoniales que éste les hubiere causado en el ejercicio de sus funciones. Si bien esa medida supone en sí misma una merma de las opciones resarcitorias de los perjudicados en el orden procesal, la supresión puede justificarse por los negativos efectos que una mal entendida acumulación de acciones permitía a los justiciables reclamar también la indemnización a la Administración ante ese mismo orden jurisdiccional civil, burlando así las solemnes declaraciones legales favorables a la unificación de todo el sistema

indemnizatorio público dentro del ámbito de la jurisdicción administrativa. La citada supresión queda compensada, por lo demás, con la apertura de la vía administrativa de regreso, ahora obligatoria y no simplemente potestativa, que habrá de poner coto a la tradicional inmunidad patrimonial de los agentes públicos que con su conducta dolosa o gravemente culpable o negligente hubieren causado personalmente los daños ya indemnizados directamente por la Administración con fondos públicos.

Los supuestos de concurrencia de causas administrativas en la producción de lesiones patrimoniales antijurídicas a los particulares, apenas mencionados en la escueta e imprecisa redacción original del art. 140, son objeto asimismo de un tratamiento más completo en la nueva Ley. Sin perjuicio del carácter solidario de la responsabilidad concurrente de todas las Administraciones Públicas que hayan participado en la producción del daño, que se mantiene como regla general, el nuevo precepto incorpora algunos criterios mediante los cuales se pueda fraccionar y repartir equitativamente la parte de la carga indemnizatoria que cada Administración deba asumir. El propósito es sin duda loable y correctamente alcanzado en el apartado 1, que remite la distribución de la indemnización a lo que disponga el instrumento regulador de la actuación conjunta de las Administraciones intervinientes. Pero la redacción del nuevo apartado 2 del citado art. 140, que contempla otros supuestos de concurrencia causal administrativa, deja, a mi juicio, en la penumbra el momento y los sujetos que deben aplicar los criterios de reparto que allí se mencionan. Dicho de otro modo: no queda suficientemente claro si tales criterios deben ser tenidos en cuenta y valorados por el perjudicado en el momento de formular su reclamación, lo que, si así fuera, le obligaría a dirigir su pretensión patrimonial frente a todas las Administraciones concurrentes señalando la parte de la indemnización que a cada una corresponda satisfacer, o si, por el contrario, lo que parece más razonable, las pautas legales de fraccionamiento del *quantum* son simples reglas de reparto internas que, cuando sea posible, habrán de observarse por los propios entes administrativos o, en su caso, por los órganos judiciales en el momento de fijar la indemnización total reclamada solidariamente por el interesado.

Por último, la menos afortunada de todas las reformas del sistema de responsabilidad administrativa es, en mi parecer, la que se ha introducido en el apartado 1 del art. 141. El nuevo párrafo que se añade a este apartado excluye de toda indemnización “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 la producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”. La Exposición de Motivos de la Ley silencia las verdaderas razones que amparan tan importante inmunidad patrimonial, limitándose a encubrir aquéllas bajo el manto protector de la fuerza mayor. Es claro, sin embargo, que los daños a los que el precepto se refiere no configuran en rigor supuestos de fuerza mayor, que la propia Ley menciona en otro precepto (el art. 139), derivados de fenómenos imprevisibles, irresistibles y, sobre todo, extraños a la organización y actuación administrativa, hechos o eventos que rompen todo nexo causal con la Administración e impiden, por tanto, imputar a ésta los daños producidos y

sus consecuencias indemnizatorias. Los daños que el art. 141.1 pretende excluir de la cobertura indemnizatoria se producen, por el contrario, en el ámbito de la organización administrativa: son daños derivados del funcionamiento normal de los servicios públicos, imputables a caso fortuito y cubiertos, por tanto, en principio, por la cláusula general de responsabilidad por riesgo.

Es justamente aquí donde opera la nueva excepción legal. Con ella se pretende poner límites a un sistema de responsabilidad objetiva por daños fortuitos, cuyo potencial alcance algunos juzgan desmesurado e insoportable para las arcas públicas, a mi modo de ver con fundamento más imaginario que real. La fórmula reductora elegida no parece, sin embargo, la más acertada. Pues, en efecto, el texto utilizado para apartar de la cobertura indemnizatoria de los particulares “algunos” riesgos administrativos (los que la ciencia no permite prever o la técnica evitar) podría reorientar el entero sistema de responsabilidad administrativa hacia criterios de culpabilidad, en una dirección regresiva, por tanto, y de difícil conciliación con lo dispuesto en el art. 106.2 de la Constitución y en el art. 139 de la propia LRJ-PAC. Porque hasta ahora el caso fortuito imputable a la Administración cubría tanto los hechos dañosos imprevisibles, según el estado de los conocimientos científicos, como los hechos dañosos previsibles pero inevitables, según el estado de los conocimientos técnicos. Pero si a partir de ahora la Administración no responde ni de unos ni de otros, como así se afirma literalmente en el nuevo texto del art. 141.1, sólo quedarían a su cargo los hechos dañosos previsibles y evitables pero no previstos ni evitados, es decir, respondería sólo de los daños culpables o por funcionamiento anormal. En el campo de las actuaciones materiales de la Administración quedarían, por tanto, excluidos de resarcimiento no sólo algunos riesgos administrativos (como parece pretender el legislador) sino potencialmente “todos” los daños causados por hechos fortuitos, porque las notas de la imprevisibilidad o de la inevitabilidad son comunes a todos ellos. Difícil tarea les espera a los jueces en el trazado de la nueva frontera (si hay alguna) que separe los riesgos indemnizables del art. 139 de los riesgos no indemnizables del art. 141.1.

La Directiva 96/61/CE, de prevención y control integral de la contaminación

FRANCISCO DELGADO PIQUERAS

Profesor Titular de Derecho
Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario:

I. Introducción. II. Aspectos generales. 1. Objetivos. 2. Antecedentes. 3. Enfoque integrado.
III. Ámbito de aplicación. 1. Instalaciones industriales afectadas. 2. Ámbito temporal y período transitorio. **IV. Obligaciones fundamentales del titular. V. Procedimiento de autorización.**
1. Solicitud. 2. Información pública y consultas con otros Estados afectados. 3. Coordinación interadministrativa. **VI. Contenido de la autorización. VII. Modificación, revisión y actualización de las condiciones del permiso. VIII. Perspectiva de la aplicación de la Directiva en España.** 1) El enfoque integral debe respetar el marco competencial. 2) La norma de transposición debe ser una ley básica. 3) Requiere normas de procedimiento común. 4) La autorización integral se encuadra en las competencias de gestión ambiental de las Comunidades Autónomas.

I. INTRODUCCIÓN

Es sabido que la apertura y funcionamiento de una nueva empresa o industria se enfrenta a numerosos trámites y permisos administrativos. Una creciente parte de ellos tienen que ver con lo que entendemos por protección del medio ambiente. Por citar algunos de los más usuales, podemos mencionar los relativos a actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, evaluación de impacto ambiental, vertidos al demanio hidráulico o al marítimo-terrestre, instalaciones nucleares o radioactivas, seguridad industrial o residuos tóxicos y peligrosos.

La protección de la naturaleza añadiría, así, más “intervencionismo administrativo” sobre los resignados hombros de la iniciativa privada empresarial, aumentando el número de autoridades llamadas a otorgar licencias, exigir cautelas, informes, documentación y supervisar, fiscalizar, sancionar, etc.

Es tradición que cada nueva norma reguladora, ceñida a su objeto específico, acumule más controles sobre los ya existentes, sin revisarlos ni buscar la debida concordancia, lo que agrava la complejidad del Ordenamiento ambiental. Aumenta, pues, el número de controles y, como efecto de la descentralización territorial y funcional, también la pluralidad de los organismos y autoridades competentes (Ayuntamientos, Consejerías, Ministerios, Confederaciones Hidrográficas, etc.), cuya organización interna es diferente en cada caso.

No es éste, sin embargo, el problema que preocupa esencialmente a la Directiva 96/61/CE, del Consejo, de 24 de septiembre de 1996 (en adelante Directiva IPPC), aunque el “enfoque integrado” debe conllevar una simplificación administrativa que puede contribuir a paliarlo. Su verdadera intención es evitar que la parcialidad de las intervenciones administrativas genere contradicciones e incoherencias en el propio sistema tutelar urdido, dificultando su cumplimiento o generando vías de escape que, en definitiva, le resten eficacia.

En ese sentido, esta Disposición no contiene una regulación sustantiva novedosa para los residuos, los vertidos o la contaminación atmosférica. Como veremos, su principal pretensión es dar sistematicidad a la gestión administrativa de las normas vigentes o futuras, obligando a los Estados a crear canales de coordinación que reconduzcan a la unidad la relación entre la industria controlada y las Administraciones controladoras. Su aspiración última sería reunir en una sola todas las autorizaciones de naturaleza ambiental, lo que sin duda supondría un giro de 180 grados sobre el planteamiento tradicional.

El carácter adjetivo de la Directiva IPPC no merma un ápice su importancia. En particular para nuestro país, cuya descentralización territorial es de las más altas de la Comunidad. En buena lid, la aplicación de la Directiva —que por otra parte debería haberse producido ya— habrá de comportar visibles mejoras en el insatisfactorio panorama arriba aludido.

Las líneas que siguen tienen por objeto analizar los contenidos de una Directiva que, a pesar de lo dicho, poco interés ha suscitado hasta ahora¹, salvo honrosas excepciones².

Para concluir, nos fijaremos en las perspectivas de su aplicación en España.

(1) Puede que por lo poco que han trascendido a la opinión pública las actuaciones tendentes a su aplicación en nuestro país, salvo en Cataluña, adelantada a este respecto por medio de la Ley 3/1998, de “intervención integral de la Administración ambiental”. Sobre esta Ley versó el Curso de Verano de la Universidad de Gerona, dirigido por el Dr. ESTEVE PARDO, los días 8 y 9 de julio, para el cual se preparó esta modesta ponencia. El estudio de sus aspectos jurídicos y técnicos estuvo a cargo de los profesores D. CANALS, J. PONCE y M. TARRES. Del animado debate provocado por la trasposición de esta Directiva en Alemania dio cuenta P. MESENBURG.

(2) MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho Ambiental*, 2ª ed., Trivium, 1998, págs. 179 y ss.; FUENTES BODELÓN, F., “Comentarios a la Directiva sobre prevención y control integrados de la contaminación”, *Revista Derecho Ambiental*, núm. 19, 1997, págs. 43 y ss.

II. ASPECTOS GENERALES

1. Objetivos

La Directiva IPPC tiene como objetivo declarado evitar o reducir al mínimo las emisiones contaminantes en la atmósfera, las aguas y los suelos procedentes de instalaciones industriales de la Comunidad, con el fin de alcanzar un elevado nivel de protección del ambiente (art. 1).

2. Antecedentes

La prevención y reducción de la contaminación, actuando preferentemente en la fuente misma, es uno de los principios de la política comunitaria de medio ambiente (art. 130 R). El agua y la atmósfera ya venían siendo objeto de protección de diversas directivas, estableciendo la necesidad de autorización. Las más significativas serían la Directiva 84/360/CEE, “relativa a la lucha contra la contaminación atmosférica procedente de instalaciones industriales” y la Directiva 76/464/CEE, “relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático”.

El suelo, en cambio, carecía hasta este momento de una normativa protectora específica.

La regulación por separado de las emisiones había tenido, en la práctica, un efecto indeseado, al propiciar la transferencia de contaminación entre los diferentes ámbitos del medio ambiente. Por ello, el Quinto Programa Comunitario de Medio Ambiente (Resolución del Consejo de 1 de febrero de 1993) considera prioritario el control integrado de la contaminación.

3. Enfoque integrado

La característica fundamental y novedosa de esta Directiva es el llamado “enfoque integrado”, consistente en reunir bajo un mismo procedimiento y una misma autorización de explotación la intervención administrativa de tutela ambiental relativa a las emisiones a la atmósfera, al agua y al suelo. Para ello se toma en consideración también la gestión de los residuos y el completo ciclo vital de la industria, desde su implantación hasta su desaparición³.

(3) MARTÍN MATEO (op. cit., pág. 180) destaca que la Directiva participa del enfoque denominado “de la cuna a la tumba”.

LA DIRECTIVA NO TIENE UNA REGULACIÓN SUSTANTIVA NOVEDOSA PARA LOS RESIDUOS, LOS VERTIDOS O LA CONTAMINACIÓN ATMOSFÉRICA. SU PRINCIPAL PRETENSIÓN ES DAR SISTEMATICIDAD A LA GESTIÓN ADMINISTRATIVA DE LAS NORMAS VIGENTES O FUTURAS, OBLIGANDO A LOS ESTADOS A CREAR CANALES DE COORDINACIÓN QUE RECONDUZCAN A LA UNIDAD LA RELACIÓN ENTRE LA INDUSTRIA CONTROLADA Y LA ADMINISTRACIÓN CONTROLADORA

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN

1. Instalaciones industriales afectadas

Para situar adecuadamente esta Directiva, debemos destacar que la misma es de aplicación únicamente a ciertas actividades industriales con un elevado potencial de contaminación, también desde el punto de vista de los efectos transfronterizos.

Las actividades afectadas son, en concreto, las citadas en el Anexo I de la Directiva, agrupadas de la siguiente forma: instalaciones de combustión (refinerías, coquerías,...), producción y transformación de metales (fundiciones,...), industrias minerales (cementeras, caleras,...), industria química (fabricación de explosivos, fertilizantes,...) gestión de residuos (vertederos, incineradoras,...) y otras actividades (papeleras, granjas,...) Para muchas de estas actividades, se tiene en cuenta además la capacidad de producción o rendimiento: v gr. papeleras con una capacidad de producción de más de 20 Tm. diarias.

La unidad objeto de intervención no es la empresa, sino la “instalación”, definida como la “unidad técnica fija en la que se lleven a cabo una o más de las actividades enumeradas en el Anexo I”. Y comprende las actividades directamente relacionadas con aquellas que puedan tener repercusiones sobre las emisiones y la contaminación (art. 2.3).

Están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva las instalaciones utilizadas para la investigación, desarrollo y experimentación (Anexo I.1).

2. Ámbito temporal y período transitorio

La Directiva IPPC fue publicada en el DOCE el 10 de octubre de 1996, otorgándose un plazo de tres años para su aplicación en los Estados miembros, que concluye el 30 de octubre de 1999.

Como hemos dicho, los Estados son los responsables del control de la conformidad de las instalaciones industriales, tanto nuevas como existentes⁴. Ahora bien, así como las obligaciones impuestas por la Directiva son directamente exigibles a las nuevas instalaciones, para las existentes se prevé un período transitorio de ocho años, es decir, hasta el 30 de octubre de 2007.

IV. OBLIGACIONES FUNDAMENTALES DEL TITULAR

Bajo el rótulo de “principios generales de las obligaciones fundamentales del titular” (es decir, la persona física o jurídica que la explote o que ostente un poder económico deter-

(4) En dicho concepto se incluyen las que estuvieran en funcionamiento o hubieran sido autorizadas antes de la puesta en aplicación de la Directiva. También las que hubieran presentado una solicitud completa de autorización y se pongan en funcionamiento antes de un año de dicha fecha (art. 2.4).

La Directiva de Prevención y Control Integral de la Contaminación

minante sobre la explotación técnica de la instalación), se expresan una serie de requisitos que la explotación de las instalaciones debe satisfacer y que los Estados deben exigir al establecer las condiciones de autorización administrativa (art. 3):

- a) Medidas adecuadas de prevención de la contaminación, mediante la aplicación de las mejores técnicas disponibles.
- b) No producir ninguna contaminación importante.
- c) Cumplir la Directiva 75/442/CEE, “relativa a los residuos”, en sus tres escalones: evitar la generación de residuos, reciclar los inevitables y, en su defecto, eliminarlos con la menor repercusión ambiental posible.
- d) Utilizar la energía de manera eficaz.
- e) Medidas para prevenir los accidentes graves y limitar sus consecuencias.
- f) Medidas necesarias para evitar cualquier riesgo de contaminación al cesar la explotación de la instalación y reponer el lugar a un estado satisfactorio.

Como corresponde a las Directivas (aunque no siempre se ciñan a este papel), el señalamiento de estas obligaciones deja a los Estados un amplio margen para determinar el modo de hacerlas cumplir. La última exigencia mencionada, por ejemplo, quizá pueda ser mejor garantizada mediante la constitución de un seguro adecuado, en lugar de por el propio titular.

V. PROCEDIMIENTO DE AUTORIZACIÓN

La técnica empleada por la Directiva para llevar a cabo sus objetivos es obviamente la autorización administrativa⁵, cuyo otorgamiento o denegación se configura como un acto reglado, aunque algunos de los factores a considerar vengan definidos mediante conceptos indeterminados (v. gr. utilización eficaz de la energía). Quiere decirse con ello que únicamente podrá otorgarse si la misma cumple las condiciones requeridas por la Directiva, debiendo rechazarse en caso contrario (art. 8). El carácter reglado no significa tampoco rigidez e intangibilidad de sus determinaciones, como se deduce de la iterada obligación de adaptarse a las mejoras tecnológicas y otras circunstancias.

A continuación vamos a describir el procedimiento y contenido de estas autorizaciones, para los que la Directiva establece una serie de datos mínimos que aseguren un nivel homogéneo de protección en la Comunidad.

(5) MARTÍN MATEO, no obstante, aprecia que la regulación que la Directiva IPPC hace de esta técnica se corresponde mejor con lo que, desde un punto de vista dogmático, calificaríamos de concesión (*op. cit.*, pág. 183). Otro autor que también se ha fijado en la problemática calificación de estas técnicas, en referencia a la protección ambiental, es A. BETANCOURT, “Los problemas de calificación jurídica de la autorización de vertido regulada en la Ley de Costas. Esbozos para la reconstrucción dogmática de la institución del demanio natural como técnica de protección ambiental”, RDU, diciembre 1997.

1. Solicitud

La solicitud que se dirija a la autoridad competente ha de contener una descripción suficiente de los siguientes extremos:

- a) La instalación y alcance de sus actividades.
- b) Las materias primas y auxiliares, las sustancias y la energía empleadas o generadas.
- c) El lugar en que se ubicará, las fuentes de las emisiones, su tipo, magnitud y efectos sobre el ambiente, así como las medidas previstas para su control.
- d) La tecnología prevista para evitar las emisiones o reducirlas.
- e) Las medidas de prevención y valorización de residuos y las demás medidas propuestas para cumplir las obligaciones fundamentales del titular impuestas por el art. 3.

Finalmente, la solicitud deberá contener un resumen de todo lo anterior comprensible para el profano. Esta exigencia resulta especialmente atinada para facilitar el acceso a la información y la participación pública en el procedimiento de autorización, que veremos a continuación.

La información que el solicitante debe suministrar a la Administración podrá ser la misma presentada en cumplimiento de la Directiva 82/501/CEE, “relativa a los riesgos de accidentes graves de determinadas actividades industriales” y de la Directiva 85/337/CEE, “relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente”. Y viceversa, toda información o conclusión pertinente obtenida de la evaluación de impacto ambiental deberá tomarse en consideración para la concesión del permiso (art. 9.2).

En el caso de España, cabe recordar que el art. 35 de la Ley 30/1992 salva incluso la necesidad de presentar una documentación ya obrante en poder de cualquier órgano de la Administración actuante, en las condiciones previstas por el art. 2 del RD 1778/1994, de 5 de agosto.

Es importante apuntar además que la Directiva 97/11/CE, de 3 de marzo de 1997, que modifica la citada Directiva 85/337/CEE, prevé que los Estados puedan fundir en un procedimiento único el cumplimiento de la Directiva IPPC y la evaluación de impacto ambiental.

2. Información pública y consultas con otros Estados afectados

Como es sabido, uno de los vectores más importantes en la política comunitaria es favorecer la transparencia y el acceso del público a la información ambiental. En esa línea, el

La Directiva de Prevención y Control Integral de la Contaminación

marco general lo constituye la Directiva 90/313/CEE, “sobre libre acceso a la información ambiental”⁶.

Además, la Directiva IPPC establece de manera específica que el expediente de autorización debe someterse a un período de información pública previo a la decisión administrativa. La autorización también debe estar a disposición del público, así como los resultados de la vigilancia de los residuos (art. 15).

Este trámite de información pública se hará simultáneamente extensivo a los ciudadanos de otros Estados cuando la explotación de la instalación pudiera tener efectos negativos en ellos (art. 17).

Estos datos servirán para las consultas que resulten necesarias en el marco de las relaciones bilaterales de ambos Estados, sobre una base de reciprocidad e igualdad de trato.

De otro lado, la Comisión queda encargada de publicar cada tres años un Inventario de las principales emisiones y fuentes responsables, basándose en la información recibida de los Estados y elaborado con la asistencia de un Comité de reglamentación (art. 19).

3. Coordinación interadministrativa

La piedra de toque del enfoque integrado contra la contaminación reside en la coordinación interadministrativa, lo que atañe de manera especial a un país tan fuertemente descentralizado como es España, sobre lo que volveremos al final de esta ponencia.

Para garantizar la efectividad del enfoque, la Directiva hace una llamada especial en dicho sentido cuando en el procedimiento de autorización deban intervenir varias autoridades (art. 8).

VI. CONTENIDO DE LA AUTORIZACIÓN

El permiso otorgado conforme a la Directiva IPPC debe incluir las disposiciones necesarias para el cumplimiento de las obligaciones fundamentales del titular y de las normas de calidad medioambiental, mediante el empleo

LA CARACTERÍSTICA FUNDAMENTAL Y NOVEDOSA DE ESTA DIRECTIVA ES EL LLAMADO “ENFOQUE INTEGRADO”, CONSISTENTE EN REUNIR BAJO UN MISMO PROCEDIMIENTO Y UNA MISMA AUTORIZACIÓN DE EXPLOTACIÓN LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA DE TUTELA AMBIENTAL RELATIVA A LAS EMISIONES A LA ATMÓSFERA, AL AGUA Y AL SUELO. PARA ELLO SE TOMA EN CONSIDERACIÓN TAMBIÉN LA GESTIÓN DE LOS RESIDUOS Y EL COMPLETO CICLO VITAL DE LA INDUSTRIA DESDE SU IMPLANTACIÓN HASTA SU DESAPARICIÓN

(6) Ver SÁNCHEZ MORÓN, M., “El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente”, RAP, núm. 137, 1995; CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *La transparencia administrativa. Unión Europea y Medio Ambiente (el derecho de acceso a la documentación administrativa)*, Tirant lo Blanch, 1998.

de las mejores técnicas disponibles⁷, sobre las cuales, por cierto, las autoridades deben estar al corriente (art. 11). En ese sentido, el permiso ha de especificar los siguientes cánones y medidas:

- a) Valores límite de emisión para las sustancias contaminantes, en particular las enumeradas en el Anexo III (cianuros, biocidas, etc.) que puedan ser emitidas en cantidad significativa y, en su caso, las prescripciones adecuadas que garanticen la protección del suelo y de las aguas subterráneas, así como las medidas de gestión de los residuos generados.

Estos valores límite de emisión serán establecidos por el Consejo a propuesta de la Comisión, cuando se evidencie la necesidad de una acción comunitaria⁸. En su defecto, se aplicarán como mínimo los previstos en las vigentes Directivas sobre prevención de la contaminación (enumeradas en el Anexo II) y otras normas comunitarias (art. 18).

Los valores límite de emisión podrán ser completados o reemplazados por parámetros o medidas técnicas equivalentes, pero en ningún caso precibirán la utilización de una tecnología específica. Si las normas de calidad ambiental exigieran condiciones más rigurosas de las que pueden obtenerse con la utilización de las mejores técnicas disponibles, la autorización exigirá requisitos complementarios para respetarlas (art. 10).

- b) Disposiciones tendentes a la minimización de la contaminación a larga distancia.
- c) Control de residuos, especificando la metodología de medición, su frecuencia, procedimiento de evaluación de las medidas y obligación de comunicar a la Administración los datos necesarios.
- d) Medidas relativas a condiciones anormales de explotación (puesta en marcha, fugas, fallos de funcionamiento, paradas momentáneas, cierre definitivo) que puedan afectar al ambiente.
- e) Excepciones temporales a las exigencias anteriores para el caso de un plan de rehabilitación aprobado por la autoridad competente.

Aparte de estas exigencias, la Directiva da un margen para que los Estados, por su cuenta, determinen otras condiciones específicas, como:

- a) Las características técnicas de la instalación concreta, su implantación geográfica y las condiciones locales del medio a tener en consideración.
- b) Obligaciones particulares para categorías específicas de instalaciones.

(7) Éstas se definen como la fase más eficaz y avanzada de desarrollo de las actividades y de sus modalidades de explotación que demuestren la capacidad práctica de determinadas técnicas para constituir, en principio, la base de los valores límite de emisión destinadas a evitar o reducir las emisiones y el impacto ambiental. Disponible quiere decir que la técnica esté desarrollada a una escala que permita su aplicación en el sector correspondiente en condiciones económicas y técnicas viables. En la determinación de estas técnicas se tendrán en cuenta los factores enumerados en el Anexo IV (uso de técnicas que produzcan menos residuos, uso de sustancias menos peligrosas,...).

(8) En especial a partir del intercambio de información entre los Estados y la Comisión previsto en el art. 16, con el fin de reducir los desequilibrios tecnológicos y difundir mundialmente los valores límite y las técnicas empleadas por la Comunidad.

La Directiva de Prevención y Control Integral de la Contaminación

El cumplimiento de las condiciones del permiso durante la explotación debe ser igualmente supervisado por el Estado. En particular, el titular de la explotación debe informar regularmente de los resultados de la vigilancia de los residuos y, de modo inmediato, de cualquier incidente o accidente que afecte al medio ambiente. También debe prestar la asistencia necesaria en las inspecciones, toma de muestras y recogida de información (art. 14).

VII. MODIFICACIÓN, REVISIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE LAS CONDICIONES DEL PERMISO

El titular debe comunicar a las autoridades cualesquiera cambios en las características o funcionamiento de la explotación que puedan acarrear consecuencias para el ambiente, que tendrán que ser autorizados cuando se trate de una modificación sustancial que pueda tener repercusiones perjudiciales (art. 12).

Por otra parte, los permisos deben revisarse periódicamente, actualizándose sus condiciones si fuese necesario y, en particular cuando (art. 13):

- a) La contaminación producida haga conveniente la revisión de los valores límite de emisión.
- b) A consecuencia de cambios en las mejores técnicas disponibles pueda reducirse significativamente la contaminación sin imponer costes excesivos.
- c) Por seguridad de funcionamiento.
- d) Por nuevas exigencias legales nacionales o comunitarias.

VIII. PERSPECTIVAS DE LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA EN ESPAÑA

Para concluir esta exposición, dedicaremos unas líneas a la reflexión sobre algunos aspectos jurídicos que plantea la aplicación de esta Directiva en nuestro país.

1. El enfoque integral debe respetar el marco competencial

La descentralización territorial española provoca que la intervención pública ambiental esté repartida entre los diversos niveles de gobierno local, regional y estatal⁹. Y dentro de cada uno de estos entes, bajo fórmulas organizativas y criterios de distribución compe-

(9) El reparto competencial en esta materia es un tema de permanente atención por parte de los autores, al rebufo de la jurisprudencia constitucional. Entre los trabajos más recientes, podemos destacar ALONSO GARCÍA *et alii*, "El medio ambiente ante el Tribunal Constitucional: problemas competenciales y eficacia ultraprotectora", *RAP*, núm. 148, 1999; ÁLVAREZ GARCÍA, V., "El reparto competencial en materia de medio ambiente y su alteración en situaciones de necesidad", *RDU*, 1997; JORDANO FRAGA, J., "Integración y desintegración en la construcción del federalismo ambiental: La STC 13/1998, de 22 de enero, o la razonable afirmación de competencias ejecutivas en materia ambiental fuera de las anomalías", *REDA*, núm. 101, 1999; PÓMED SÁNCHEZ, L., "La protección del medio ambiente como función estructural del Estado en el seno de la Unión Europea: entrecruzamientos competenciales", *REDA*, núm. 98, 1998; SALVADOR SANCHÓ, A., "Competencias estatales, autonómicas y locales en las políticas de medio ambiente", *REALA*, núms. 274-275, 1997

tencial muy diversos¹⁰. Sin necesidad de entrar en detalles, podemos dar por cierto que la complejidad administrativa que para nosotros suscita la aplicación de la Directiva es muy grande.

Por poner un sencillo ejemplo, la autorización de vertidos al dominio público hidráulico corresponde a las Confederaciones Hidrográficas en las cuencas intercomunitarias, mientras que la autoridad competente en las intracomunitarias difiere en cada Región¹¹. La Ley de Aguas de 1985 prevé que la tramitación de las autorizaciones pueda ser encomendada a las Comunidades Autónomas [art. 15.d)]. Pero claro, esto requiere un convenio bilateral y, de otro lado, no todas las Comunidades disponen de medios para asumir esa función.

Debemos reconocer, pues, que esta situación es claramente opuesta al “enfoque integral” que persigue la Directiva y, si no un obstáculo insuperable, sin duda el más grave condicionante para su aplicación eficaz.

De ahí que la referencia a la coordinación interadministrativa expresada en la Directiva constituya para nosotros un imperativo absoluto¹².

Los estudios preparatorios del Ministerio de Medio Ambiente sobre la situación de concesión de permisos industriales revelan la mencionada dispersión administrativa, así como la reticencia a desprenderse de las competencias propias, tanto por parte autonómica como de los municipios (FEMP)¹³. Celo que, no debe ignorarse, incluso cuando se trata del derecho de las Corporaciones Locales a participar en la toma de decisiones que les afecten, está respaldado constitucionalmente. No digamos de las atribuciones estatutarias de las Comunidades Autónomas.

Por consiguiente, cualquier fórmula de simplificación, coordinación y unificación administrativa debe evitar un vaciamiento competencial de los poderes territoriales, aunque alguna erosión ha de resultar inevitable para cambiar la realidad existente. Éste es el principal, y no pequeño, escollo a salvar con suma delicadeza.

2. La norma de transposición debe ser una ley básica

Como apuntamos al principio, algunas Comunidades Autónomas han tomado la delantera en la aplicación de esta Directiva. Parece claro, no obstante, que semejantes iniciati-

(10) Sobre la organización administrativa del medio ambiente en España, véase lo escrito por L. ORTEGA ÁLVAREZ en *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, Lex Nova, 1998, págs. 93 y ss.

(11) El libro de FANLO LORAS, A., *Las Confederaciones hidrográficas y otras Administraciones hidráulicas*, Civitas, 1996, describe muy bien el modelo estatal y los autonómicos de gestión del demanio hidráulico, una de cuyas facetas es el control de los vertidos.

(12) Como señala Luis ORTEGA (*op. cit.*, pág. 111), la Directiva IPPC convierte en preceptiva la colaboración y la coordinación interadministrativa, cuya necesidad viene siendo recomendada por la jurisprudencia constitucional.

(13) Debo agradecer a doña María Jesús RODRÍGUEZ DE SANCHO, Consejera Técnica del Ministerio, la atención prestada a mis consultas.

vas, meritorias pero aisladas, no pueden ser la respuesta que de su cumplimiento dé España como Estado miembro ante la Comunidad Europea. Aparte del riesgo evidente de inactividad por parte de muchas Regiones, éstas no podrían alterar lo dispuesto por la legislación estatal de carácter básico. Cuestión esta necesaria, pues, entre otras cosas, la aplicación de la Directiva IPPC requerirá retocar algunas de las leyes vigentes para reconducir a la nueva “autorización integral” la pluralidad de intervenciones administrativas actualmente previstas.

Conociendo la jurisprudencia constitucional (SSTC 149/1991, 102/1995, entre otras) y la experiencia de cómo se han ido incorporando otras Directivas anteriores, es razonable pensar que la trasposición de la Directiva IPPC vaya a llevarse a cabo mediante la aprobación de una ley básica (art. 149.1.23ª CE).

La implantación del enfoque integrado supone introducir elementos normativos novedosos, como pueden ser las llamadas “obligaciones fundamentales” del titular de la explotación, que por sí constituyen un mínimo común denominador de exigencia ambiental.

3. Requiere normas de procedimiento común

El funcionamiento armónico del sistema de “autorización integral” requerirá igualmente la previsión de unas mínimas normas de procedimiento común que, sobre la base de lo previsto en la Ley 30/1992, ordenen de manera concreta la participación de todas las autoridades implicadas y aseguren la igualdad de tratamiento a los interesados en este complejo itinerario¹⁴.

Esta ocasión podría aprovecharse para poner en marcha una auténtica “ventanilla única”, tantas veces prometida, que se encargaría de recibir las solicitudes y elevarlas a las demás Administraciones intervinientes para que hagan sus observaciones y otorguen su conformidad, contestando finalmente al interesado el resultado de todo ello a través de esa misma “ventanilla”.

El buen funcionamiento de semejante expediente, implicando a tan diversas autoridades, requerirá una reglas procedimentales comunes, que una ley estatal debe establecer; además de precisar los extremos de este orden previstos por la Directiva

EL FUNCIONAMIENTO ARMÓNICO DEL SISTEMA DE “AUTORIZACIÓN INTEGRAL” REQUERIRÁ LA PREVISIÓN DE UNAS MÍNIMAS NORMAS DE PROCEDIMIENTO COMÚN QUE ORDENEN LA INTERVENCIÓN DE TODAS LAS AUTORIDADES IMPLICADAS. ESTA OCASIÓN PODRÍA APROVECHARSE PARA PONER EN MARCHA UNA AUTÉNTICA “VENTANILLA ÚNICA” QUE SE ENCARGARÍA DE RECIBIR LAS SOLICITUDES Y ELEVARLAS A LAS DEMÁS ADMINISTRACIONES INTERVINIENTES

(14) A propósito de este conflictivo concepto, ver la STC 50/1999, de 6 de abril, comentada por, GONZÁLEZ NAVARRO, F. “Una Sentencia constitucional que hace ligeros retoques en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”, REDA, núm. 102, 1999.

IPPC, como el contenido mínimo de la solicitud, los mecanismos de coordinación y de solución de discrepancias interadministrativas, la realización de la información pública y, en su caso, las consultas con otros Estados afectados o el intercambio de información con la Comisión Europea. La gestión de estas dos últimas tareas es claro que habrá de corresponder a la Administración estatal.

4. La autorización integral se encuadra en las competencias de gestión ambiental de las Comunidades Autónomas

Salvando las excepciones mencionadas, parece razonable que el protagonismo en la tramitación y otorgamiento de la autorización integral corresponda a un órgano (uno solo) de las Comunidades Autónomas, dada su competencia exclusiva en materia de gestión ambiental (art. 148.1.9ª CE). Y ello aunque suponga restar esa facultad a otros órganos estatales, regionales o locales; cuya intervención habrá de transformarse en un informe vinculante, participación en órgano colegiado u otro tipo de mecanismo de audiencia preceptiva. La instancia regional es la “autoridad competente” a que se refiere el art. 2.8 de la Directiva IPPC (“la autoridad, autoridades u organismos que, en virtud de la legislación de los Estados miembros, sean responsables del cumplimiento de las tareas derivadas de la presente Directiva”) cuando se trata de tareas ejecutivas, como sin duda son éstas.

Fijándonos en la licencia municipal de actividades molestas, nocivas, insalubres y peligrosas, (como ejemplo, pues no podemos hacer un repaso exhaustivo de todos los casos posibles), podemos ver que su absorción por la autorización integral regional, cuando se trate de una instalación sujeta a la Directiva IPPC, no plantea insuperables obstáculos de constitucionalidad si se asegura la participación de la entidad local. Por la complejidad y envergadura de esas instalaciones, es seguro que la inmensa mayoría de los Ayuntamientos estarían gustosos de ceder una responsabilidad de control que supera sus medios.

En otro plano, me permito sugerir también la posibilidad de apoderar directamente a las Comunidades Autónomas para decidir sobre ciertas actividades actualmente retenidas por Organismos estatales, como son las autorizaciones de vertidos al dominio público hidráulico, que gestionan las Confederaciones Hidrográficas en las cuencas interterritoriales. Es verdad que esto fue admitido por la STC 227/1988 (a pesar de tratarse de una intervención de naturaleza netamente ambiental, a mi entender, pues no se persigue la usurpación u otro atentado al status jurídico del bien, sino a la integridad física del recurso) como algo inherente a las facultades de protección del titular del demanio, que es en todo caso el Estado. Pero también lo es que, sin alterar dicha titularidad, la Ley de Aguas dispone que esas mismas autorizaciones las otorguen las Comunidades Autónomas en las cuencas intraterritoriales. Y lo mismo podría decirse del otorgamiento de autorizaciones de vertidos desde tierra al mar, que el propio Tribunal asignó a las Autonomías, anulando en ese punto la Ley de Costas (STC 149/1991). No hay obstáculo insalvable, por tanto, para dar mayor simetría al reparto de tareas que se propone. Que, de otro lado, está más en la línea de lo que, hasta la fecha y como impresión general, sería la sensibilidad

La Directiva de Prevención y Control Integral de la Contaminación

de las Administraciones aludidas. Es incluso más acorde con la doctrina constitucional, que insiste en que la titularidad del demanio no es un título competencial, debiendo desplegarse sobre el mismo con toda normalidad las competencias autonómicas (STC 102/1995)¹⁵. Entendido de esta manera, bastaría con que la Ley básica que trasponga la Directiva IPPC corrija la Ley de Aguas y se efectúen los trasposos de servicios correspondientes a las Regiones, sin necesidad de mayores reformas estatutarias ni transferencias.

A estas fechas, parece improbable que España (y no será el único país) pueda cumplir el plazo fijado por la Directiva para su trasposición. Tampoco se ha anunciado que un proyecto de ley en tal dirección vaya a presentarse en esta legislatura, que cabalmente debe hacerse precedido del suficiente consenso con las Comunidades Autónomas.

En cualquier caso, respetando la libertad y la creatividad del legislador, estimo que lo más importante es que a través de este expediente se alcance la verdadera coordinación funcional y material, evitando que la integración se quede en una mera yuxtaposición de actos sólo formalmente conjuntados. Ello supondrá que las autoridades intervinientes han de sopesar con el conjunto los parciales aspectos ambientales que cada una tenga a su cargo, con el fin de dar una respuesta coherente y única al solicitante.

(15) Ésta es una de las paradójicas circunstancias sobre las que reflexiona la tesis de GONZÁLEZ GARCÍA, J. “La titularidad de los bienes del dominio público”, M. Pons, 1998.

Estudio introductorio a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*

PABLO SANTOLAYA MACHETTI

Profesor Titular de Derecho
Constitucional
Universidad Complutense

Sumario:

- 1. Características generales de la Ley.** a) Una ley necesaria. b) Que no regula la situación de los ciudadanos comunitarios. c) Que pretende un objetivo mucho más amplio que el de la LO 7/1985. d) Sometida a un proceso convulso de tramitación parlamentaria. e) Que introduce importantes novedades. f) Que en su conjunto supone una considerable mejora del status de los extranjeros, pero que implica la desaparición del tratamiento especial de los iberoamericanos. g) Técnicamente muy desafortunada; en particular en la definición de su carácter orgánico y en la delimitación competencial entre Estado y Comunidades Autónomas.
- h) Que nace aquejada de una cierta provisionalidad. i) Cuyo fracaso provocaría consecuencias impredecibles. **2. Regulación de los derechos de los extranjeros.** a) Derechos y libertades. b) Reagrupación familiar. c) Garantías jurídicas. d) Medidas antidiscriminatorias.
- 3. Regímenes jurídicos de las situaciones de los extranjeros.** a) Entrada y salida del territorio nacional. b) Situaciones de los extranjeros. c) Permiso de trabajo y regímenes especiales. d) Tasas. **4. Infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador.**
- 5. Coordinación de los poderes públicos. 6. Algunos aspectos relevantes de la parte final de la Ley.** a) Plazo de tres meses y silencio positivo para la renovación de residencia y trabajo. b) Normativa aplicable a los procedimientos en curso. c) Proceso de regularización.

* Este trabajo es el estudio inicial de una obra colectiva, en la que se estudia sistemáticamente el nuevo texto legal, que he coordinado y realizado en colaboración con Rosa HUERTAS GONZÁLEZ, Diego ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ y Yolanda MARTÍNEZ CANO-CORTÉS, todos ellos Administradores Civiles del Estado, para la editorial Lex Nova y que ha sido publicado con el título *Comentarios a la nueva ley de extranjería*. Recoge, por tanto, ideas que hemos compartido y discutido durante la elaboración del libro, y en este sentido su autoría es también colectiva.

1. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA LEY

a) Una ley necesaria

La primera de las características que es preciso resaltar de la nueva normativa es que nos encontramos, sin lugar a duda, ante una ley necesaria. La LO 7/1985 estaba redactada desde parámetros de una realidad social y jurídica muy distinta a la actual, y era preciso su sustitución por razones tan dispares, y sin embargo coincidentes, como la necesidad de regular de manera más ágil y eficaz la llegada de la mano de obra que nuestro desarrollo reclama o la de someter todos los actos administrativos del régimen de extranjería, al control judicial, lo que no era en forma alguna evidente en 1985.

Existía por tanto un amplio consenso parlamentario, plasmado tanto en los Acuerdos de 1997 como en los de 1998, y entre fuerzas sociales tan dispares como los empresarios, los sindicatos y la Iglesia sobre la necesidad de realizar una profunda reforma de la ley de extranjería que modificase, desde los parámetros constitucionales, aquellos aspectos superados tras un período relativamente amplio de vigencia. El acuerdo alcanzaba al hecho de que la reforma debía tener, como objetivo fundamental, facilitar e impulsar la integración de los inmigrantes, y que la mejor manera de lograrla era la superación de una concepción de la normativa de extranjería como excesivamente focalizada en el control de los flujos migratorios, para, sin olvidar esa necesaria dimensión, más aun en el contexto de una Europa sin fronteras, incidir en los derechos de los extranjeros como instrumento de integración.

Hay que añadir inmediatamente, sin embargo, que la necesidad de adaptar nuestra ley de extranjería a las nuevas realidades sociales, no venía impuesta por el número de extranjeros residentes en España, incomparablemente menor que la existente en otros países de nuestro entorno político y económico. En efecto, si tomamos por buenas las cifras del Informe de la Subcomisión constituida para estudiar el fenómeno y aprobado por el Pleno de la Cámara el 23 de junio de 1998, a pesar de que se ha multiplicado por 3,8 entre 1980 y 1997 el número de residentes extranjeros en situación regular, la cifra total apenas alcanzaba los seiscientos mil, de los que, además, el 50,6 por ciento eran comunitarios, no afectados por tanto por la ley de extranjería. Dato que conviene complementar con otro especialmente significativo: el 60 por ciento de esa población es inactiva, lo que a su vez sólo es explicable por el significativo número de ciudadanos de la tercera edad, en especial comunitarios, que ha elegido nuestro país como destino para su jubilación, colectivo, como puede entenderse, que puede precisar una atención especial, por ejemplo, sanitariamente, pero que resulta escasa o nulamente conflictivo desde el punto de vista social, y que al contrario significa un considerable ingreso económico para nuestro país.

Estamos por tanto ante un fenómeno que, como en toda Europa, es preciso regular, pero que alcanza unas dimensiones claramente controlables tanto social como económicamente, y desde luego para las Administraciones públicas, aunque es verdad que se trata

de una población muy desigualmente repartida por el territorio nacional, de manera que, por ejemplo, casi el 70 por ciento se encuentra en cuatro Comunidades Autónomas (Andalucía, Cataluña, Madrid y Valencia) por lo que existen zonas en las que la proporción de residentes extranjeros alcanza estándares europeos.

b) Que no regula la situación de los ciudadanos comunitarios

Aunque no supone ninguna novedad es preciso recordar, entre otras cosas para medir su auténtica incidencia social en los términos a los que acabamos de hacer referencia, que la norma no está destinada a regular las condiciones de trabajo y residencia de todos los extranjeros en España, y no lo hace para los nacionales de los países miembros de la Unión Europea, y por extensión a los firmantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, ratificado por España el 26 de noviembre de 1993 (Islandia, Liechtenstein, Noruega), así como a sus cónyuges y descendientes directos, y, en determinadas circunstancias incluso sus ascendientes.

Todos ellos continuarán por tanto rigiéndose por los tratados de la Unión Europea y en el ámbito interno por el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas, modificado por el Decreto 737/1995, de 5 de mayo y por el Real Decreto 1710/1997, de 14 de noviembre, normas que incluyen por ejemplo el derecho a entrar, salir, circular y permanecer libremente en territorio español, y, como regla general a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, en las mismas condiciones que los nacionales españoles. En definitiva los ciudadanos comunitarios no son “extranjeros” a los efectos de la normativa ahora aprobada, excepto, como se encarga de recalcar su artículo 1.2 “en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables”.

c) Que pretende un objetivo mucho más amplio que el de la LO 7/1985

La Ley Orgánica 4/2000 tiene, en efecto, un objetivo mucho más amplio que el previsto en la LO 7/1985. El texto hasta ahora vigente era una norma destinada, sobre todo, a regular las condiciones de entrada, residencia y trabajo, y porque no decirlo, expulsión de los extranjeros. Trataba por tanto, con mayor o menor éxito, de regular los flujos migratorios a nues-

EL ALCANCE DE LA NUEVA LEY 4/2000 VA MÁS ALLÁ DEL SIMPLE CONTROL DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS, PRETENDIENDO, ADEMÁS, SENTAR LAS CONDICIONES PARA FACILITAR E IMPULSAR LA INTEGRACIÓN DE LOS EXTRANJEROS Y LA MÁXIMA EQUIPARACIÓN, DENTRO DEL MARCO CONSTITUCIONAL, DE SUS DERECHOS Y LIBERTADES CON LOS DE LOS NACIONALES

tro país. Sin perder esta finalidad, porque ninguna ley de extranjería puede hacerlo, y menos aún en el contexto de una progresiva comunitarización de la materia y de los compromisos internacionales asumidos por España, la actual abarca otra dimensión, presente incluso en su nombre, pretende también sentar las condiciones para que los extranjeros se integren en nuestro país, fundamentalmente facilitando su trabajo y residencia, pero también mediante la equiparación, hasta el máximo constitucionalmente posible, de los derechos y libertades de los extranjeros con los de los nacionales.

d) Sometida a un proceso convulso de tramitación parlamentaria

No es quizá éste el momento de detenernos en el estudio de una tramitación parlamentaria que sin duda merece un análisis detallado, pero sí es preciso referirse a alguno de sus aspectos en la medida en que muy probablemente acaben produciendo problemas en su aplicación práctica.

– Es, en primer lugar, una norma que tiene como origen una proposición de ley, es decir, que al no ser gubernamental no ha pasado por los característicos filtros técnicos de la elaboración de las normas; Secretarías Generales Técnicas, en este caso Comisión Interministerial de Extranjería, Comisión de Subsecretarios, en el ámbito gubernamental y Consejo de Estado y Consejo General del Poder Judicial. Es verdad que existen otras muchas leyes con ese mismo origen que no presentan los problemas técnicos a los que haremos referencia, pero es evidente que una norma de origen parlamentario requiere un especial control técnico, que al parecer en esta ocasión el gobierno no ha estado en condiciones de brindar a través de los mecanismos parlamentarios a su disposición.

– Es una norma que tuvo una discusión parlamentaria inicialmente muy lenta, entre marzo de 1998 y noviembre de 1999, y de repente, el 10 de noviembre, ante el inminente fin de la legislatura, se declaró una patentemente inadecuada tramitación por el procedimiento de urgencia, que llevó a su paso por las dos cámaras y aprobación definitiva en menos de un mes y veinte días.

– Es una norma sobre la que existía un consenso unánime entre las fuerzas políticas hasta su aprobación en el Congreso, y que, también de repente, se rompe desde el Gobierno, de manera que se introducen ciento cinco enmiendas en el Senado, es decir, prácticamente dos por artículo, mediante un laborioso acuerdo entre PP y CiU. Sin embargo, se trataba de una Ley Orgánica, por lo que precisaba la mayoría absoluta del Congreso en una votación final sobre el conjunto del proyecto, en los términos del artículo 81.2 de la Constitución, de manera que todas ellas, incluidas algunas que hubieran supuesto una considerable mejora técnica del proyecto, son rechazadas en bloque por la Cámara Baja, por ciento noventa votos en contra y ciento cincuenta y tres a favor, quedando el Partido Popular como único defensor del texto aprobado en el Senado, lo que provoca, en definitiva, un fenómeno inédito en nuestra experiencia democrática: la aprobación de una ley de esta importancia con la oposición del gobierno.

– Por último es una norma que carece de Exposición de Motivos, lo que conviene señalar no tanto por la rareza que ese dato implica en sí mismo, sino porque se ha privado a los operadores jurídicos de un instrumento fundamental para entender un contenido, que, con frecuencia, ha sido plasmado en preceptos con importantes problemas interpretativos.

e) Que introduce importantes novedades

Nos encontramos en efecto ante una norma que introduce importantes novedades en la materia, aunque es cierto que ese carácter es mucho más claro si nuestro punto de referencia es la LO 7/1985 y menos si nos fijamos en el conjunto de la normativa que regula la extranjería de manera que el ciertamente restrictivo marco inicial ha sido significativamente ampliado por la vía de los tratados internacionales, leyes sectoriales, el muy importante reglamento de ejecución de 1996 e incluso la interpretación del Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios.

A pesar de ello es claro que existen importantes novedades a las que nos vamos a referir detalladamente en el comentario de los distintos títulos de la norma. A modo de introducción, y creo que sin exageración alguna, podemos decir que ni el régimen de derechos fundamentales de los extranjeros, ni las condiciones de residencia, por ejemplo, con los efectos que se le da al empadronamiento, ni, en menor medida, el de trabajo, ni, de manera espectacular, los visados, ni las infracciones y sanciones características del régimen de extranjería en particular los supuestos en los que es posible la expulsión, ni, en general, el régimen jurídico de los extranjeros en España es el mismo que antes de su aprobación.

f) Que en su conjunto supone una considerable mejora del *status* de los extranjeros, pero que implica la desaparición del tratamiento especial de los iberoamericanos

Es patente que la Ley en su conjunto supone una considerable mejora de la situación de los extranjeros en nuestro país que analizaremos en todos sus aspectos y con cierto detalle más adelante, pero en este momento hay que hacer referencia a un hecho que no puede sino ser considerado una importante decisión del legislador, cuya explicación hubiera requerido una atención especial en la (inexistente) Exposición de Motivos, en la medida en que supone un cambio sustancial no ya con nuestra anterior normativa, sino, por ejemplo, de la filosofía de nuestro Código Civil y, en última instancia una ruptura con una política de acción exterior de nuestro Estado que sin duda podemos considerar clave y permanente; otorgar un trato privilegiado a los nacionales de aquellos países que tienen una relación histórica con el nuestro, constituyendo un régimen especial que afecta fundamentalmente a los iberoamericanos, y en número mucho más restringido a filipinos, andorranos, ecuatoguineanos, sefardíes y los originarios de la ciudad de Gibraltar, en los que existían, nos explicaba la Exposición de Motivos de la LO 7/1985, supuestos de identidad o afinidad cultural que les hacían acreedores de esta consideración especial.

Régimen especial que desaparece en la nueva Ley tanto para las condiciones de residencia permanente (artículo 29), como para obtener permisos de trabajo (art. 35), como para la exoneración de tasas prevista en el derogado artículo 23. La norma general parece ser, por tanto, la igualdad de trato entre los extranjeros, y la nueva Ley no reconoce más regímenes especiales que los de los ciudadanos comunitarios y los de los diplomáticos, y lo hace por la vía de excluir, a unos y otros, de su campo de aplicación.

Una manifestación de esta voluntad de la Ley que genera al mismo tiempo un importante problema interpretativo es la desaparición de la previsión, contenida en el artículo 3 de LO 7/1985, que afirmaba que la Ley de extranjería no era aplicable cuando existiera una ley especial o un tratado más beneficioso, cuestión en modo alguno teórica, sino que tiene grandes repercusiones prácticas ya que existe una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo que venía utilizando el artículo ahora suprimido para proclamar la no aplicación de la Ley de extranjería, cuando existían tratados internacionales de los llamados de nación más favorecida, por el cual se comprometen a otorgar a sus respectivos nacionales el mejor trato existente en sus respectivos ordenamientos jurídicos, lo que ocurría, tomando como referencia a los alemanes en España, al menos con relación a los argentinos (Convenio de 21 de septiembre de 1863) uruguayos, chilenos y peruanos.

La desaparición de este precepto, aunque no puede considerarse una modificación de nuestro sistema constitucional de fuentes ex art. 10 CE, implica inevitablemente una base legal mucho menos clara para hacer valer esa equiparación, y en consecuencia un descenso objetivo del status de los ciudadanos de esos países.

No hay que olvidar, por otra parte, que esas mismas categorías permanecen en España nada menos que en el Código Civil y con efectos sumamente relevantes para la adquisición de la nacionalidad, de manera que, de acuerdo al artículo 22 para ellos el tiempo de residencia legal necesario no es de diez años, como para el resto de los extranjeros, sino solamente de dos.

En cualquier caso se trata de una modificación de importancia histórica, probablemente fruto del hecho de que la inmigración a nuestro país ya no procede predominantemente de esos países, sino que es sobre todo de origen comunitario o del Magreb, pero que parece haber sido adoptada sin la reflexión y la discusión pública que un cambio de esa naturaleza supone.

g) Técnicamente muy desafortunada; en particular en la definición de su carácter orgánico y en la delimitación competencial entre Estado y Comunidades Autónomas

Es, probablemente al menos en parte como consecuencia de su procedimiento de tramitación, una ley técnicamente muy desafortunada en muchos de sus preceptos. Son patentes los problemas interpretativos que presenta, y es previsible que genere una gran conflictividad jurídica. A ellos nos referiremos en el comentario individualizado de sus

preceptos, pero en este momento es necesario detenerse en dos aspectos que tienen alcance general: la utilización extensiva que realiza del instrumento de la ley orgánica, y la problemática delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de integración de los extranjeros.

En efecto, comenzando por el primero de los problemas apuntados, hay que señalar que la Disposición Final Cuarta de la Ley otorga carácter orgánico a cincuenta y nueve de los sesenta y tres artículos de la Ley y a la totalidad de parte final, lo que parece casar mal con el doble hecho de que el Tribunal Constitucional ha defendido desde el inicio de su jurisprudencia (STC de 13 de febrero de 1981) una concepción invariablemente restrictiva de este instrumento, mediante las categorías de reserva material y formal del concepto de ley orgánica, y con que el artículo 13 no exige (ni admite) *per se* ese instrumento, sino sólo y exclusivamente en la medida en que desarrolla las condiciones de disfrute de los derechos fundamentales de los extranjeros.

Dicho de otra manera; la Ley de extranjería y puede y debe ser una ley orgánica porque y en la medida en que regule derechos y libertades fundamentales de los extranjeros, pero ni puede ni debe serlo en aquellos aspectos en los que se amplía su objeto central para ser una norma que incida, en general, sobre las condiciones de integración de los extranjeros.

Este hecho ha sido frontalmente ignorado por la nueva regulación, lo que al margen de provocar una innecesaria y exagerada rigidez de nuestras normas de extranjería, que implicará la necesidad de recurrir al instrumento de la Ley orgánica incluso para modificaciones de menor entidad, y que hasta el momento se encontraban reguladas, incluso en términos idénticos, en un simple reglamento, puede generar, si el Tribunal Constitucional llega a tener oportunidad para ello a través de alguna de las vías procesales, la declaración de inconstitucionalidad de varios de los preceptos de la ley por manifiesta vulneración del artículo 81 de la Constitución.

No merece mejor consideración el hecho de que la misma Disposición Final Cuarta establezca que los cuatro artículos no declarados orgánicos son normativa básica, y que han sido dictados en virtud de la competencia estatal en materia de “nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo”, ya que resulta inevitable que surjan dudas sobre el hecho de que ese título competencial pueda habilitar al

CON LA NUEVA LEY DESAPARECE EL TRATAMIENTO ESPECIAL DE LOS IBEROAMERICANOS Y DE OTROS NACIONALES DE ESTADOS CON LOS QUE ESPAÑA HA MANTENIDO ESPECIAL VINCULACIÓN, SUPONIENDO, POR TANTO, UNA RUPTURA NO SÓLO CON LA ANTERIOR NORMATIVA SINO CON LA FILOSOFÍA DEL CÓDIGO CIVIL Y CON LA POLÍTICA DE ACCIÓN EXTERIOR DEL ESTADO

Estado para adoptar una normativa que implique, por ejemplo, las condiciones en las que las Comunidades Autónomas desarrollan su propia política de ayudas a la vivienda, al menos si acudimos, como técnica para resolver el eventual conflicto, al criterio de especificidad de la competencia, sentado por el Tribunal Constitucional a partir de la STC 71/1982.

h) Que nace aquejada de una cierta provisionalidad

Provisionalidad al menos en dos aspectos, el primero de ellos real y ya efectivo. Va a resultar en la práctica imposible su desarrollo reglamentario en el plazo de seis meses previsto en la Disposición Final Sexta, es decir, antes de julio de este año y también, inevitablemente, las elecciones y el proceso de constitución del nuevo gobierno ralentizarán el proceso de regularización previsto en la Disposición Transitoria Primera, y que se encuentra a punto de iniciarse, estando prevista su aprobación en el Consejo de Ministros de 18 de febrero.

Pero además hay que referirse a una provisionalidad eventual, la que se derivaría del hecho de que el partido actualmente en el Gobierno volviera a ganar las elecciones y lo hiciera de forma que estuviese en condiciones de cumplir su promesa electoral de modificar inmediatamente esta ley, con la profundidad que lo pretendió durante su tramitación en el Senado.

Es cierto que muchos de los aspectos de esta Ley no requieren, estrictamente hablando, desarrollo reglamentario al ser directamente aplicables. También lo es que no corresponde a la Administración, al menos en último extremo, determinar qué preceptos han de esperar al desarrollo reglamentario para su plena eficacia, ya que ese criterio puede perfectamente ser combatido judicialmente caso por caso, o en el supuesto improbable de que se atreva a definirlo en una norma, con carácter general. Por último es evidente que aunque se emprendiese la reforma de la ley inmediatamente después de la constitución del nuevo gobierno, este proceso requeriría un cierto período de tiempo y que todas las situaciones que se iniciasen durante la vigencia de la Ley 4/2000 deberían culminarse con ella, al ser la que la sustituyese, casi por definición, menos beneficiosa para sus destinatarios, todo ello por no aludir a las dificultades políticas, e incluso jurídicas que implica aprobar una norma que restringe el status de derechos de un determinado colectivo.

Sin embargo, y a pesar de todo ello, es preciso reconocer que no son éstos los mejores augurios posibles sobre la funcionalidad de una norma recién aprobada, y que inevitablemente parece estar destinada a ser conflictiva tanto desde el punto de vista jurídico como político.

i) Cuyo fracaso provocaría consecuencias impredecibles

Por último, es preciso señalar que nos encontramos ante una norma de singular importancia social, de cuyo acierto depende la resolución de problemas que están empezando

a surgir de manera estruendosa entre nosotros. Por ello hemos de concluir, que, a pesar de todos los problemas que presenta, el fracaso que supondría su modificación y sustitución por un marco más restrictivo tendría consecuencias impredecibles para nuestra adaptación a un fenómeno que no es sino un efecto inevitable del desarrollo económico y social, y que representa una indiscutible riqueza cultural para nuestro país; el haber dejado de ser una tierra productora de emigrantes para pasar a serlo de acogida de trabajadores.

Celebrar nuestra entrada a ese privilegiado club aprobando una ley ciertamente aperturista para, inmediatamente, dar marcha atrás a las expectativas creadas y restringir los derechos y libertades de las personas que conviven con nosotros es, objetivamente, una apuesta por contribuir a potenciar los atisbos de racismo y xenofobia que están surgiendo en España.

2. REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS

a) Derechos y libertades

El Título I de la Ley está dedicado al estudio de los derechos y libertades de los extranjeros en España, y se abre con el artículo 3, que contiene el enunciado de las condiciones generales de su disfrute y el criterio de interpretación que debe utilizarse para determinar su alcance. Supone la superación de una concepción de nuestro tradicional régimen de extranjería y que se caracterizaba, por estar presidido, en expresión de Elisa PÉREZ VERA y Paloma ABARCA, por dos principios no coincidentes, que regulaban, respectivamente, los derechos civiles y las libertades públicas, de manera que mientras el Código Civil (art. 27) y el Código de Comercio (art. 15) establecían como norma la igualdad de trato salvo lo que dispongan las leyes y tratados, por el contrario el artículo 13.1 de la Constitución adopta una actitud no igualitaria, y remite a las leyes y tratados para establecer los términos del disfrute de los derechos fundamentales de los extranjeros, lo que hace cobrar una particular importancia a la Ley de extranjería.

Conviene por tanto hacer constar que, con base en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (entre otras en la STC 107/1984), se puede hablar de una triple clasificación de los derechos en la Constitución.

Existen, en primer lugar, derechos como por ejemplo, el derecho a la vida, a la integridad física y moral, la libertad ideológica y religiosa, la intimidad o la tutela judicial que corresponden tanto a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos. Son derechos que se predicen de la persona en cuanto tal y no como ciudadanos y son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana.

Por otra parte hay un reducido grupo de derechos, los del artículo 23, que no pueden pertenecer más que excepcionalmente a los extranjeros, porque la Constitución considera están relacionados con la soberanía estatal.

Por último, un importante grupo de derechos, entre ellos la mayor parte de los derechos sociales, algunos de participación política y la libertad de circulación que pertenecerán o no a los extranjeros según lo que dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio, así como la distinción, con consecuencias jurídicas relevantes, entre distintos tipos de extranjeros por la situación regular o irregular de residencia o estancia en nuestro país. Es precisamente con respecto a estos últimos sobre los que incide de manera directa la LO 4/2000, que ha sido redactada desde la máxima equiparación posible de los nacionales y los extranjeros y de éstos entre sí con independencia de las circunstancias de su residencia.

La primera de esas equiparaciones, se encuentra en la regulación del derecho a la documentación, previsto en el artículo 4 y redactado desde la lógica de que la documentación que los extranjeros reciban en España de trabajo y/o de residencia, tiene que tener la misma protección y régimen jurídico que el DNI para los españoles, y que en consecuencia no podrán ser privados de ella –curiosamente sí de la de su país, como lo atestigua el artículo 57 de la Ley que lo configura como una medida cautelar que se puede adoptar como consecuencia de la apertura de un expediente sancionador– salvo en los supuestos en que, conforme a lo previsto por la Ley de Protección Ciudadana, haya de ser sustituido por otro documento.

El artículo 5, por su parte, está destinado a fijar las condiciones en las que los extranjeros que se encuentren en España, disfrutan de los derechos de libre circulación y residencia, así como determinar las posibles limitaciones a esas libertades. En el primero de los aspectos son dos los extremos que llaman la atención en la concreta redacción del precepto:

– El sujeto del derecho; literalmente “Los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta ley”, con el que se ha querido evitar la expresión “los extranjeros que se hallen legalmente en territorio español”, propia de la LO 7/1985, pero se ha introducido una fórmula equivalente aunque notablemente más confusa, defecto que es una constante en la Ley.

– El no reconocimiento expreso del derecho de los extranjeros a empadronarse, que resulta doblemente incomprensible por el hecho de que se recogía ya de manera literal en el artículo 3 del Reglamento de la Ley 7/1985 (Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero) y por las importantes consecuencias jurídicas que ahora se derivan de este acto, a las que nos referiremos por ejemplo al hilo del comentario al derecho de participación política (artículo 6) asistencia sanitaria (artículo 12) o a las ayudas en materia de vivienda (artículo 13).

En cuanto a las posibles limitaciones y además de las de origen legal, judicial (tanto cautelar como las derivadas de una condena), y las relacionadas con los estados excepcionales, sin duda merecen una atención especial las ordenadas, con carácter individual, por el Ministro del Interior por razones de seguridad pública, porque la ley no establece en

absoluto cuáles pueden adoptarse, al margen de la obligación de presentación periódica, prevista en el artículo 57 como posibilidad excepcional derivada de la apertura de un expediente sancionador, al contrario de lo que hacía el artículo 6 de la LO 7/1985 lo que equivale, en la práctica, a que no puede imponerse ninguna, ya que el principio de legalidad penal, aplicable a este tipo de limitaciones alcanza tanto la definición de las conductas sancionables como las consecuencias jurídicas de esas conductas, de manera que no puede pretenderse llenar este aparatoso vacío de la Ley por vía reglamentaria.

El artículo 6 regula el derecho de participación pública, y es uno de los preceptos más problemáticos de la ley, hasta el punto de que en alguno de sus aspectos presenta serias dudas sobre su compatibilidad con el texto constitucional. El problema arranca de que con una consideración del ejercicio de los derechos políticos ligados a la ciudadanía, probablemente en vías de superación, el artículo 13.2 CE reserva el derecho de sufragio para los españoles, salvo lo que pueda establecerse por ley o tratado para las elecciones municipales, atendiendo siempre a criterios de reciprocidad. Hay que recordar, además, que este artículo ha sido objeto de la única reforma constitucional, para añadir la expresión “y pasivo” como consecuencia del Informe del Tribunal Constitucional de 27 de agosto de 1992 que exigió ese mecanismo para permitir el sufragio pasivo de los comunitarios establecido en el Tratado de la Unión Europea. Es pues un precepto que cuenta con una interpretación excepcionalmente autorizada de su contenido.

Sin embargo, el precepto que estamos comentando, en su apartado primero ha pretendido evitar las referencias a la Constitución y la exigencia de reciprocidad. Ambas omisiones no lo convierten en inconstitucional, aunque obviamente sí lo será un tratado o ley que otorgue derechos de sufragio a los ciudadanos de un país que no reconozca el mismo trato para los españoles que residan en él, diga lo que diga este precepto. Pero aun mayores problemas implica el apartado segundo que regula un derecho de elección democrática de representantes para los extranjeros residentes empadronados “que no puedan participar en las elecciones locales”, y ello sin límite ni condición alguna, no ya de reciprocidad, sino de ningún otro tipo.

Ahora bien si por la interpretación literal y sistemática de este precepto hemos de concluir que el legislador ha pretendido extender a todos los extranjeros residentes empadronados un

CON BASE EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SE PUEDE HACER UNA TRIPLE CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS RECOGIDOS EN LA CONSTITUCIÓN: LOS QUE SE PREDICAN DE LA PERSONA EN CUANTO TAL, LOS RELACIONADOS CON LA SOBERANÍA NACIONAL Y, POR ÚLTIMO, UN GRUPO ENTRE LOS QUE SE ENCUENTRAN LOS DERECHOS SOCIALES, ALGUNOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA Y LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN, SIENDO RESPECTO A ESTOS ÚLTIMOS SOBRE LOS QUE INCIDE DE MANERA DIRECTA LA NUEVA LEY, REDACTADA DESDE LA MÁXIMA EQUIPARACIÓN POSIBLE ENTRE NACIONALES Y EXTRANJEROS INDEPENDIEMENTE DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE SU RESIDENCIA

derecho de participación política en los términos del artículo 23 de la Constitución, cifrado en la elección de sus “propios representantes”, para lo que además se crea un nuevo “padrón de extranjeros” que sirve de censo electoral, la consecuencia, además de sumamente discutible desde el punto democrático, es que muy probablemente nos hallemos ante un precepto contrario al orden constitucional, conclusión que sólo podría ser matizada en la medida en que nos moviéramos, en contra de la aparente intención del precepto, en el más modesto campo de la participación ciudadana que no implique elección –representación– en el proceso de gobierno de los municipios. En cualquier caso habrá que esperar a su desarrollo reglamentario para comprobar el auténtico alcance de esta novedad.

El artículo presenta además otro problema adicional con repercusiones en varios de los derechos reconocidos por esta norma: las consecuencias que deriva de la inscripción en el padrón. En este sentido hay que tener en cuenta que hasta la aprobación de esta Ley la situación venía definida por el artículo 18.2 de la Ley de Bases de Régimen Local, en su redacción dada por la Ley 4/1996 que expresamente señalaba que la inscripción ni constituía prueba de su residencia legal en España ni atribuía derecho alguno, y en ese sentido el Instituto Nacional de Estadística aprobó una Resolución, el 4 de julio de 1987, dirigida a todos los ayuntamientos estableciendo la obligatoriedad de dar de alta en el padrón a todos los que habitaran en ellos, con independencia de su nacionalidad y de su situación regular o no. Es por tanto, a la vista de esa situación fáctica, una novedad trascendente de esta Ley, el cambiar tan drásticamente las consecuencias del empadronamiento, derivando de un acto que servía sólo para determinar el número de personas que habitaban en cada ayuntamiento, derechos tan importantes, como por ejemplo, la atención sanitaria prevista en el artículo 12.

Los artículos 7 y 8, que consagran las libertades de reunión y manifestación, pueden ser tratados conjuntamente ya que en ambos se produce una equiparación prácticamente total de su régimen jurídico entre españoles y extranjeros, y de éstos entre sí con independencia de su régimen de residencia, de manera que se culmina un proceso que se inició con la STC 115/1987 que declaró inconstitucionales estos aspectos de la regulación de la Ley 7/1985. Con la nueva norma la única diferencia que subsiste es que se reserva la capacidad de promover las asociaciones a los residentes (legales).

Uno de los preceptos que ha tenido mayor repercusión pública es el destinado a consagrar el derecho a la educación (artículo 9). Sin embargo para determinar su auténtico alcance hemos de empezar por reconocer que tal derecho no solamente venía definido por la LO 7/1985 y por la LODE, sino también por la Convención de Derechos del Niño, ratificada el 30 de noviembre de 1990, que obliga a la escolarización básica de todos los menores, lo que fue recogido y reafirmado por la Ley de Protección Jurídica del Menor, Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, cuyo artículo 10.3 extendió este derecho a todos los menores extranjeros que se encuentren en España, sin limitación alguna por la calificación de su residencia.

Estudio Introductorio a la Ley de Extranjería

A partir de ese dato una de las novedades más llamativa de la Ley, la eliminación de la necesidad de residencia legal para tener acceso al derecho a la educación, no lo es en absoluto en lo que se refiere al grueso de los destinatarios de la norma, que son evidentemente menores de 18 años. Por el contrario es muy importante si hablamos de alumnos mayores de 18, sea cual sea el tipo de educación que pretende y de los estudios universitarios, estudios de naturaleza no obligatoria en los que la Ley equipara a los extranjeros con los nacionales.

También lo es el acceso al sistema público de becas y ayudas, en especial si con esa expresión hemos de entender, tanto las de origen estatal, como las de las Comunidades Autónomas que son las más importantes y se refieren a tasas académicas, matrículas, ayudas para transporte, comedor, material didáctico, ayudas compensatorias.

Aparece aquí por primera vez en la Ley el problema de si el Estado puede, en virtud de su competencia en materia de extranjería imponer a las Comunidades Autónomas esta equiparación frente a sus competencias exclusivas para determinar la política de becas, problema este que la Ley pretende zanjar considerando básico el precepto, según afirma la DF Cuarta, afirmación que es al menos constitucionalmente discutible, en virtud del principio de especificidad de la competencia aplicado como criterio en caso de conflicto en infinidad de ocasiones por el Tribunal Constitucional, que podría en definitiva provocar que el precepto debiera ser interpretado en el sentido de acceso a las becas y ayudas estatales.

Por su parte el artículo 10, que se refiere a un derecho tan importante como el del trabajo y la Seguridad Social, plantea un problema interpretativo de muy difícil solución a falta de desarrollo reglamentario e interpretación jurisprudencial. La situación vigente hasta ahora, a tenor del Estatuto de los Trabajadores y la LO 7/1985 consistía en que solamente los extranjeros residentes legales y que contaran con permiso de trabajo podían acceder a la afiliación a la Seguridad Social (artículo 15 de la LO 7/1985), de manera que un contrato realizado sin permiso de trabajo y residencia era nulo, sin perjuicio del derecho del trabajador a exigir la remuneración por el trabajo realizado. Sin embargo, este precepto establece el derecho al trabajo por cuenta propia o ajena y el derecho al acceso al sistema de la Seguridad Social, lo que admite dos interpretaciones sustancialmente diferentes en cuanto a sus efectos.

La primera es que todo extranjero, con independencia de su situación de residencia o trabajo, que acredite estar realizando una actividad laboral tiene acceso a los derechos previstos en el Estatuto de los Trabajadores como por ejemplo la seguridad e higiene, promoción y formación profesional,... y a lo que la Ley llama acceso al sistema de Seguridad Social, es decir, a la afiliación y el conjunto de prestaciones que ellos supone. Si esto es así, cualquier extranjero que se encuentre trabajando de hecho en España podría poner en marcha el pleno reconocimiento de sus derechos laborales y de Seguridad Social.

Hay, sin embargo, una segunda lectura contrapuesta, consistente en reconocer esos efectos, únicamente para los que residen y trabajan “en los términos previstos en esta ley orgánica”, con lo que en realidad no se habría producido novedad alguna y estaríamos

ante otra de las paráfrasis de la Ley para evitar los términos regular o irregular que generen notables dosis de confusión.

No hay por el contrario ambigüedad alguna en el párrafo segundo cuando reconoce la posibilidad de los extranjeros a acceder como personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, si bien cabe dudar que se trate realmente de una modificación sustancial, puesto que los puestos regulados por el artículo 15 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, ya eran accesibles a ellos.

Con relación a las libertades de sindicación y huelga de los extranjeros (artículo 11), la nueva Ley elimina dos modulaciones legales anteriores: suprime la necesidad de estancia legal en España, y la de que los sindicatos u organizaciones profesionales fueran expresamente españoles, que hay que entender como una superación de la prohibición de que se constituyan sindicatos que tengan como finalidad exclusiva la defensa de los intereses específicos de los trabajadores extranjeros, que debían por tanto acudir a la vía de las asociaciones.

Otra de las novedades llamativas de la Ley es el reconocimiento, previsto en el artículo 12, del derecho a la asistencia sanitaria, pero para valorar adecuadamente los, por otra parte, muy importantes cambios que este precepto supone, es preciso, una vez más, determinar la situación inmediatamente anterior a la entrada en vigor de la Ley.

En primer lugar hay que hacer constar que la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad reconoce la titularidad del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, en condiciones idénticas a las de los españoles, a “los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en territorio nacional” (art. 1.2). No hay por tanto con respecto a ellos ninguna novedad.

Por otra parte tampoco implica grandes cambios la atención sanitaria de urgencia en caso de enfermedades o accidentes graves, en la medida en que pueden considerarse supuestos relacionados con la protección del derecho a la vida, que se predica por igual de españoles y extranjeros y que tiene incluso la protección del Convenio de Roma, de manera que una negativa a la atención médica en estos supuestos puede ser considerada trato inhumano y degradante en el sentido del artículo 3 de la Convención (en este sentido D contra el Reino Unido, de 2 de mayo de 1997, un supuesto de expulsión a su país de un enfermo terminal de SIDA), aunque la expresión y concreción de que esa atención se presta “hasta el alta médica” sí supone un importante plus con respecto a una asistencia derivada de una urgencia vital.

Además, ya la Convención de Derechos del Niño y la Ley de Protección Jurídica del Menor reconocía ese derecho a la atención sanitaria para todos ellos, al margen de las condiciones de legalidad de su residencia, y lo mismo sucede con los derechos de las madres embarazadas, en virtud de la Convención citada.

En realidad por tanto desde el punto de vista de los sujetos de este derecho la novedad fundamental consiste en la sustitución de los residentes por los empadronados, lo que no deja de suponer una considerable ampliación de sus beneficiarios. Según informaciones procedentes del Insalud se calcula que será preciso repartir unas ochenta mil tarjetas sanitarias en todo el territorio español. También parece que existen importantes novedades en el tipo de prestaciones que ahora recibirán, que hay que entender que son las mismas que las de los españoles, es decir, de acuerdo a la Ley General de Seguridad Social: y entre otras, las de prestaciones médicas, farmacéuticas, rehabilitación, libre elección de médico, e información completa y continuada sobre su diagnóstico.

Todo ello supondrá sin duda un considerable aumento del costo de atención sanitaria, de manera que, según las cifras hechas públicas por el Insalud cada una de las nuevas altas supone aproximadamente ciento cuarenta y dos mil pesetas anuales, por lo que, dándolas por buenas, estaríamos hablando de algo más de once mil trescientos millones de pesetas anuales. Es por tanto evidente, en este y en otros derechos sociales recogidos en la Ley, que su correcta aplicación va a depender, en buena medida, del grado de cumplimiento real de la Disposición Final Octava, que obliga al Gobierno a dictar las disposiciones necesarias para hacer frente a los gastos originados por la aplicación y desarrollo de la Ley.

Por su parte el artículo 13 supone el derecho de los extranjeros al sistema público de ayudas que exista en el lugar de su residencia para acceso a la vivienda. El problema fundamental que plantea es que es patente que el Estado está estableciendo normas sobre un sistema de subvenciones que, en la mayor parte de los casos, no le corresponden, por ser competencia de las Comunidades Autónomas, y lo pretende hacer con el carácter de básico en virtud de la DF Cuarta lo que es al menos dudosamente constitucional, por lo que quizá una interpretación más respetuosa del orden competencial consistiría en delimitarlo a las escasas ayudas estatales subsistentes en la materia.

Otro de los preceptos en los que la deficiente técnica normativa empleada genera problemas interpretativos es el artículo 14 que se refiere al derecho a la seguridad social y los servicios sociales, ya que en él se mezclan la seguridad social y la asistencia social, estableciendo una distinción en esta última entre prestaciones generales/básicas y otras que califica de

RESPECTO A LA LIBERTAD DE SINDICACIÓN Y HUELGA DE EXTRANJEROS SE SUPRIME LA NECESIDAD DE ESTANCIA LEGAL EN ESPAÑA Y LA DE QUE LOS SINDICATOS U ORGANIZACIONES PROFESIONALES FUERAN EXPRESAMENTE ESPAÑOLES. POR OTRO LADO, SE RECONOCE EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA NO SÓLO A LOS RESIDENTES, SINO TAMBIÉN A LOS EMPADRONADOS

específicas, y creando asimismo una confusa atribución por razón del sujeto, al distinguir entre residentes y aquellos que se encuentren en otra situación administrativa.

Parece poder deducirse de una lectura cuidadosa que el precepto obliga a distinguir entre extranjeros residentes, en los términos de los artículos 29 y 30 de la Ley, y los restantes, de manera que los primeros se equiparan a los españoles tanto en lo que se refiere a las prestaciones de la Seguridad Social como en los servicios sociales, mientras que los que se encuentren en España en situación irregular, solamente lo hacen con relación a los servicios y prestaciones que hayan de reputarse como básicos. El problema es, sin embargo, que ninguna norma aclara qué debemos entender por prestaciones sociales básicas, por lo que inevitablemente van a surgir interpretaciones diversas sobre su alcance, teniendo en cuenta, además, que nos encontramos ante materias competencia de las Comunidades Autónomas o incluso de los Entes Locales.

Por último, cerrando ya el capítulo I y bajo la rúbrica “Sujeción de los extranjeros a los mismos impuestos que los españoles” el artículo 15 contiene dos cuestiones completamente distintas, por una parte un principio general de equiparación de los extranjeros y los españoles en materia impositiva, que se pretende de todos, sin distinción alguna por motivos de la regularidad de su residencia, lo que en la práctica es sin embargo una afirmación altamente especulativa, al menos si hablamos de los principales impuestos directos. Por otra, un derecho sorprendentemente incondicionado a transferir sus ingresos y ahorros a su país, que, en esos términos, no existe para los españoles, acompañado, además, de una obligación del Gobierno para facilitar esas transferencias.

b) Reagrupación familiar

El análisis de los artículos 16 y 17 debe comenzar por señalar que nos encontramos al mismo tiempo, ante una de las novedades más importantes de la Ley, de mayor repercusión práctica y ante la superación de uno de sus aspectos más injustamente restrictivos, si bien había sido paliado en parte por su reglamento. Se trata de la posibilidad de que los extranjeros residentes en España puedan, en determinadas condiciones, reagrupar con ellos a sus familiares. Con relación a esta materia hay que señalar los siguientes aspectos.

En primer lugar se trata de un derecho que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha deducido como contenido del derecho a la intimidad personal y familiar, de manera que forma parte del artículo 16 de la Convención de Roma, el no ser privado de la dimensión familiar del desarrollo de la persona, entre otras muchas *Moustaquin contra Bélgica*, de 18 de febrero de 1991, *Gull contra Suiza*, de 19 de febrero de 1996, *EL Bujaidi contra Francia*, de 26 de septiembre de 1997, dictadas todas ellas en casos de expulsión. Es por tanto correcto hablar de la reagrupación familiar como un derecho fundamental del extranjero en el ámbito de aplicación del Convenio de Roma, como lo es también afirmar que el artículo 18 de la CE incluye esta dimensión, pero lo hace en la medida en que hablemos del círculo familiar que constituye su vida privada, su intimidad.

En segundo lugar, lo que supone la novedad más importante, se reconoce la reagrupación familiar como un derecho de los extranjeros, lo que es plenamente coherente con lo que venimos señalando, superando la concepción según la cual consistía simplemente en una habilitación para solicitar un tipo especial de visado de reagrupación familiar, pero no un derecho subjetivo a la reagrupación.

Además, y es otro de los aspectos que hay que recalcar, nos encontramos ante un derecho que únicamente depende de la residencia legal en España, y de la justificación del parentesco, sin que se haga depender, como se hacía antes, de los medios económicos ni de otro tipo del reagrupante. Sólo podrá ser denegado por razones de residencia o de parentesco y no, por ejemplo, por carecer la vivienda en condiciones, como era posible hasta ahora.

Por otra parte se amplían las categorías de familiares que pueden obtener esta reagrupación y el consecuente permiso de residencia, respecto a las que se prevén en el Real Decreto 155/1996, por ejemplo a los hijos de uno solo de los cónyuges, y, por razones humanitarias y al margen por tanto del derecho a la intimidad familiar, a otros familiares.

Por último llama poderosamente la atención el hecho de que se reconozca también el derecho de los españoles a reagrupar a familiares extranjeros, lo que puede tener importancia en supuestos de nacionalización. Hay que hacer constar sin embargo que este derecho ya existía para los españoles en su condición de comunitarios, y que en realidad lo que se hace es simplemente formalizarlo en una Ley Orgánica, aunque puede argumentarse que amplía a los colaterales esa posibilidad de reagrupación de los españoles, que no existe para los comunitarios.

c) Garantías jurídicas

Bajo la expresión, “derecho a la tutela judicial efectiva” el artículo 18 contiene tres aspectos distintos.

El reconocimiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva para todos los extranjeros, con independencia por tanto de su régimen de estancia, en los mismos términos que a los españoles, lo que en forma alguna puede ser considerado una novedad de esta Ley, ya que había sido reafirmado en infinidad de ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (entre otras STC 64/1988) constituye una constante en los ordenamientos comparados y en el Derecho Internacional, y se encontraba ya expresamente en el artículo 21 de la LOPJ.

La incorporación a los procedimientos administrativos en materia de extranjería las garantías que rigen con carácter general para el procedimiento administrativo, establecidas por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que si bien supone una patente mejora de la situación con relación a lo previsto en la LO 7/1985, no lo es tanto si nos remitimos a la

Disposición Adicional Primera de su Reglamento aprobado por RD 155/1996 que reconoció de aplicación a todos sus procedimientos las garantías de los administrados previstas en el artículo 35 de la Ley 30/1992. En realidad la única novedad es la alusión a la publicidad de las normas, que hay que considerar una exigencia constitucional cuya reiteración es innecesaria.

Una regla específica de legitimación en favor de determinadas organizaciones de defensa de los inmigrantes, a las que aparentemente se da la consideración de interesados en el sentido de la Ley 30/1992, y, como tales, se les faculta para intervenir en cualquier procedimiento en materia de extranjería. Se trata de una norma que puede provocar conflictos de intereses ya que no necesariamente el interés de esas asociaciones calificadas de representativa, ha de coincidir con el interés individual de la persona incurso en el procedimiento, por lo que puede defenderse que la habilitación aquí contenida lo es para los procedimientos generales que afecten a los extranjeros, pero que no puede extenderse a una representación individual salvo con la aquiescencia del directamente interesado.

El artículo 19 tiene como finalidad principal asimilar los regímenes de recurso y ejecutividad a los generales del ordenamiento administrativo, y en ese sentido es plenamente coherente con el amplio reconocimiento de la tutela judicial efectiva. Nos situamos por tanto en un punto muy lejano de la inicial consideración del artículo 34 de la Ley 7/1985, declarado inconstitucional por la STC 115/1987 que afirmaba que en ningún caso podría acordarse la suspensión de este tipo de resoluciones administrativas. Llama poderosamente la atención que este precepto establece una excepción a las normas generales de ejecutividad de los actos administrativos, para los supuestos de procedimiento de expulsión de urgencia, que se regularán, aparentemente, no por la Ley 30/1992 sino por lo previsto en la 4/2000. Sin embargo, esta Ley no regula expresamente ningún procedimiento con este nombre ni que resulte evidentemente el aludido, aunque quizá, y dejando al margen la lamentable técnica legislativa que este hecho manifiesta, puede entenderse que con la expresión “expulsión” se refiere a los supuestos de denegación de entrada (artículo 24.2) y retorno (54.2), ambos derivados de infracciones que permitirían justificar una regla especial de ejecutividad que estaría calificada por su sumariedad.

El capítulo de garantías jurídicas se cierra con el artículo 19 que reconoce la asistencia letrada de oficio y de intérprete en los procedimientos administrativos y judiciales en materia de asilo y en todos aquellos que puedan llevar a la denegación de su entrada o a su expulsión o salida obligatoria del territorio español y, en su párrafo segundo el derecho a la asistencia jurídica gratuita para todos los extranjeros que se encuentren empadronados en igualdad con los españoles. Son dos las novedades de este precepto que conviene resaltar.

En primer lugar la extensión de la asistencia letrada de oficio (y del derecho a intérprete) a todos los procedimientos administrativos que puedan tener como consecuencia la prohibición de entrada o salida obligatoria de nuestro país, expresión en la que hay que incluir a aquellos que pretendan entrar ilegalmente en nuestro país tanto por pretender

hacerlo en frontera sin reunir los requisitos necesarios como por intentarlo al margen de los puestos fronterizos. Igualmente el artículo implica la necesidad de esa asistencia en aquellos procedimientos consulares que supongan la denegación de un visado.

Es evidente que nos encontramos ante una obligación legal a la que dudosamente puede hacer frente la administración si no viene acompañada de un notable aumento de las cuantías económicas que hasta el momento dedica a la asistencia letrada de los extranjeros. Hay que hacer constar sin embargo que en este aspecto, y al menos parcialmente, la Ley parece haber tenido una aplicación inmediata, ya que el mismo día de su entrada en vigor se estrenó un servicio destinado a prestarlo tanto en el aeropuerto de Barajas como en la frontera entre Ceuta y Melilla, organizados por los respectivos Colegios de Abogados.

En segundo lugar se ha modificado el sujeto de la asistencia gratuita, hasta ahora, y a tenor de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, Ley 1/1996, ésta correspondía a los residentes legales en España que acreditasen insuficiencia de medios para litigar, lo que ha sido sustituido por los extranjeros empadronados en España en las mismas circunstancias, y abarca la totalidad de las jurisdicciones, incluida la constitucional, en los mismos términos que los españoles.

d) Medidas antidiscriminatorias

El Título dedicado a los derechos y libertades de los extranjeros se cierra con un capítulo IV denominado medidas antidiscriminatorias (artículos 21 y 22), y que constituye una absoluta novedad con relación a la LO 7/1985. El primero de ellos está destinado a enumerar una serie de conductas a las que denomina actos discriminatorios cuya realización es considerada infracción muy grave por el artículo 50 de la misma Ley. Con ello nuestra Ley recoge una recomendación presente en diversos textos internacionales como la Convención de los Derechos del Niño o el propio Tratado de Amsterdam, así como distintos instrumentos comunitarios, si bien lo hace de manera técnicamente tan inadecuada en varios de sus preceptos (por ejemplo en la declaración –párrafo primero– de que sólo se aplicarán a los efectos de esta Ley, las diferencias notables entre las causas de discriminación de los tres primeros apartados, las distintas definiciones subjetivas que realiza en

EN MATERIA DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR, LA LEY PRESENTA NOVEDADES IMPORTANTES, DECLARÁNDOSE COMO UN DERECHO DE LOS EXTRANJEROS QUE ÚNICAMENTE DEPENDE DE LA RESIDENCIA LEGAL EN ESPAÑA Y DE LA JUSTIFICACIÓN DEL PARENTESCO, SIN QUE SE HAGA DEPENDER DE LOS MEDIOS ECONÓMICOS DEL REAGRUPANTE. ASIMISMO, SE AMPLÍAN LAS CATEGORÍAS DE FAMILIARES QUE PUEDEN OBTENER ESTA EQUIPARACIÓN, RECONOCIÉNDOSE, INCLUSO, EL DERECHO DE LOS ESPAÑOLES A REAGRUPAR A FAMILIARES EXTRANJEROS

ellos,...) que sin duda dificultarán notablemente su empleo, al menos como motivo de sanción muy grave.

Aparentemente relacionados con estos actos discriminatorios, el artículo 22 establece que la tutela judicial contra cualquier práctica discriminatoria que comporte vulneración de derechos fundamentales podrá ser exigida en los términos del artículo 53.2 de la CE, con lo que evidentemente la Ley no pretende afirmar que cualquier acto discriminatorio sea susceptible de un procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios y del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, sino el reconocimiento de que alguno de ellos, pueden ser, al mismo tiempo, actos contrarios a los derechos y libertades fundamentales y, como tales, susceptibles de protección de acuerdo al artículo 53.2 de la Constitución. La interpretación contraria, además de ir contra la literalidad del precepto, implica o bien una ampliación a todas luces excesiva del concepto “violación de los derechos y libertades” del artículo 161.b) de la CE o bien la atribución de una nueva competencia al Tribunal Constitucional, lo que resulta muy problemático, en la medida en que estas aparecen definidas por el propio texto constitucional.

3. REGÍMENES JURÍDICOS DE LAS SITUACIONES DE LOS EXTRANJEROS

a) Entrada y salida del territorio nacional

El artículo 23 establece los requisitos para la entrada al territorio nacional. De entre las novedades que introduce con relación a la LO 7/1985, llama la atención, por ejemplo, la supresión de la posibilidad de que los extranjeros sean sometidos a reconocimientos médicos y a medidas y controles sanitarios, la omisión de que sean los servicios policiales los que se encargan del control de las fronteras, en lo que quizá signifique un primer atisbo legal de la futura reforma de las estructuras administrativas que se encargan de la extranjería en nuestro país, aspecto sobre el que volveremos más adelante, y sobre todo, la supresión de una serie de aspectos como, por ejemplo, la definición de entrada ilegal del antiguo 11.4, o la necesidad de no estar incluidos en la lista de no admisibles, novedad que es mucho más aparente que real ya que continuará obligando a nuestro país en virtud del Acuerdo de Schengen, que establece una serie de obligaciones en forma de principios uniformes para el control de las fronteras, que no pueden ser modificados conjuntamente con él.

El mismo problema se plantea a la hora de analizar las causas de prohibición de entrada en España (artículo 24), ya que el Acuerdo de Schengen es mucho más riguroso que el régimen ahora establecido, de manera que el artículo 5 del Acuerdo de Schengen impedirá también en la práctica permitir la entrada en territorio nacional a aquellas personas que reúnan los requisitos de la Ley pero no los del Acuerdo, salvo que España decida aplicar –a los solos efectos de su territorio y comunicándolo a los restantes– una excepción por motivos humanitarios o de interés nacional o por obligaciones internacionales.

Sin embargo, el aspecto más llamativo y novedoso de este capítulo es, sin duda, la regulación que realiza el artículo 25 de la expedición de visados. En este sentido hay que señalar que la LO 7/1985 partía de la idea de que el visado no era en forma alguna un derecho del extranjero que lo solicitaba, ni siquiera aunque cumpliera los requisitos legales para obtenerlo, sino fundamentalmente un instrumento de la política de inmigración del Estado dictada soberana y discrecionalmente, tesis que incluso ha tenido un cierto reflejo en nuestra jurisprudencia constitucional (SSTC 107/1984 y 94/1993).

Frente a este planteamiento, la nueva Ley recoge una clara tendencia jurisprudencial, manifestada por ejemplo en la STS (Sala Tercera) de 15 de julio de 1997 (que considera sometido al control por parte de los Tribunales contencioso-administrativos los Decretos de convocatoria electoral), y desde luego por la Exposición de Motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, tendente a garantizar en todo caso el control judicial de los actos de las administraciones públicas, y a limitar al máximo la posibilidad de actos puramente discrecionales.

Tendencia que llega con la Ley 4/2000 al control de la expedición de visados por nuestras autoridades consulares, actividad que a partir de ahora, si lo deniega, ha de ser motivada, es decir con un razonamiento individualizado, fundado en derecho y controlable judicialmente, si bien, como establece el párrafo tercero el gobierno puede excepcional y temporalmente eximir de la necesidad de motivación la denegación de los solicitados por nacionales de determinados países o procedentes de una zona geográfica, falta de motivación que, hay que entender, dificulta pero no impide su control judicial.

Por último es importante señalar que de la combinación de los preceptos de esta Ley con la 30/1992, y en particular con su artículo 43, puede defenderse con sólido fundamento que el transcurso de tres meses desde la solicitud del visado sin respuesta de la Administración tiene los efectos del silencio positivo.

En su conjunto este precepto significa sin duda una nueva concepción del procedimiento de concesión y denegación de visados que deberá ir acompañado, para su correcta aplicación, de una profunda reestructuración de nuestros servicios consulares que en la actualidad no parecen encontrarse en situación de cumplir las obligaciones que les son impuestas. Quizá éste sea de los aspectos más necesitados de atención urgente por parte del Gobierno, ya que no parece posible defender que pueda retrotraerse la obligación de la motivación de los visados a la redacción del futuro reglamento.

b) Situaciones de los extranjeros

El artículo 27 define las situaciones legales de los extranjeros en España, calificando como tales la de estancia, residencia temporal y residencia permanente que desarrolla en los artículos 28 a 30. Con relación a la estancia únicamente merece destacarse su duración hasta ciento ochenta días, frente a los noventa de la Ley anterior.

La residencia temporal es la que autoriza la permanencia en España entre los noventa días y los cinco años. Para lograrla es preciso, alternativamente, acreditar medios de vida o solicitar una licencia o permiso para realizar actividades económicas por cuenta propia o contar con una oferta de trabajo, o ser beneficiario del derecho de reagrupación familiar. Hay que hacer constar que se ha eliminado la necesidad de contar con seguro médico, para los residentes que no realizan actividades lucrativas, por la extensión que del derecho a la asistencia sanitaria realiza el artículo 12 de esta misma Ley. Además es preciso que carezca de antecedentes penales en España o en sus países de residencia anteriores, y no figurar como rechazable en el Sistema de Información Schengen (SIS), sin embargo la Ley parece ser más generosa cuando se refiere a delitos cometidos en España, ya que establece que no será obstáculo y podrá obtener o renovar la residencia, haber cometido el delito en España si ha cumplido la condena, ha sido indultado o está en situación de remisión condicional.

Pero sin duda el aspecto más llamativo de la regulación de la residencia es el apartado 3 del artículo 29 que abre una especie de proceso permanente e individual de regularización para todos los extranjeros que acrediten una estancia ininterrumpida de dos años en territorio español, figuren empadronados en un municipio en el momento en que realice la petición y cuenten con medios económicos para su subsistencia.

Se trata de un procedimiento para obtener permiso de residencia y de trabajo (36.1) extremadamente simple, que genera una especie de regularización automática y en condiciones ventajosas para todos los que lleven dos años en España y desarrollen algún tipo de actividad por la que obtengan ingresos. Se asegura por tanto a todos los extranjeros que el plazo máximo de su situación irregular va a ser de dos años, lo que unido a la imposibilidad legal de expulsión del país por mera residencia ilegal, constituye una de las novedades fundamentales de la Ley. Es, además, de aplicación directa, surge como derecho para los extranjeros que cumplan los requisitos exigidos desde la entrada en vigor de la Ley, sin que la administración pueda hacerlo depender en su reconocimiento de desarrollo reglamentario alguno.

La residencia permanente (artículo 30) no es por el contrario una novedad de la Ley, sino que se introdujo en nuestro ordenamiento por el Real Decreto 155/1996, en aplicación de la Resolución de 4 de marzo de 1996 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea. Las principales diferencias con la regulación del reglamento es la necesidad de un período menor de residencia para obtenerla, la eliminación como supuestos expresos de vinculación especial con España para los nacionales de determinados países, problema este al que ya nos hemos referido, y, sobre todo el hecho de que la concesión de este tipo de residencia supone poder trabajar “en igualdad de condiciones que los españoles”, lo que parece exigir el reconocimiento a la documentación que acredite esta residencia también de efectos laborales.

El artículo 31 por su parte regula dos situaciones especiales de residencia, la de los refugiados y la de los apátridas. Sin duda lo más llamativo es que contiene una definición de

apátrida, al que se identifica con indocumentado, que no se corresponde con la existente en derecho internacional, tal como la realiza la Convención sobre el Estatuto de Apátridas de 1954, en la que un apátrida es claramente el que carece de nacionalidad. Se trata sin duda de uno de los (numerosos) defectos técnicos de esta norma que eventualmente puede generar problemas de aplicación en el futuro.

La última de las situaciones de los extranjeros es la residencia de menores (art. 32), que aunque aparentemente se trata de una novedad en la medida en que la Ley 7/1985 ni siquiera previó la situación de menores no acompañados, entonces inexistente como práctica migratoria, en realidad no lo es en absoluto si atendemos al Real Decreto 155/1996 y a la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

c) Permiso de trabajo y regímenes especiales

El artículo 33 establece la necesidad de contar con una autorización para la realización de actividades laborales. Entre las novedades de la Ley puede citarse la distinción, entre permiso de trabajo y autorización administrativa para trabajar, con lo que parece quererse hacer referencia a las actividades por cuenta ajena y por cuenta propia, y sobre todo el hecho de que el apartado 3 parece introducir una incomprensible autorización administrativa previa para que el empresario pueda contratar a un trabajador extranjero, aparentemente un nuevo requisito añadido al permiso de trabajo que debe obtener para el extranjero que pretende contratar, especialmente incoherente si el contratado va a ser un residente permanente. La correcta interpretación de este artículo sólo puede hacerse al hilo de la lectura del texto aprobado por el Senado, que especificaba que se refería exclusivamente a la contratación de trabajadores extranjeros no autorizados. Hay que concluir que nos encontramos ante otro de los preceptos manifiestamente mejorables de la Ley, al menos en cuanto a su técnica normativa.

El artículo 34 está dedicado a regular la autorización administrativa para trabajar (por cuenta propia). Presenta el problema interpretativo, en absoluto fácil de resolver, de si estos trabajadores deben solicitar autorización administrativa para la realización de la actividad económica cumpliendo los requisitos previstos legalmente, y simplemente con ella pueden iniciar su actividad, como parece sugerir la interpretación literal del precepto, o por el contrario han de lograr la autorización con

SE CALIFICAN COMO SITUACIONES LEGALES DE LOS EXTRANJEROS LA ESTANCIA, LA RESIDENCIA TEMPORAL Y LA PERMANENTE. EL ASPECTO MÁS LLAMATIVO DE LA REGULACIÓN DE LA RESIDENCIA ES LA APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO PARA OBTENER PERMISO DE RESIDENCIA Y DE TRABAJO QUE GENERA UNA REGULARIZACIÓN AUTOMÁTICA PARA LOS QUE LLEVEN DOS AÑOS EN ESPAÑA Y DESARROLLEN ACTIVIDAD POR LA QUE OBTENGAN INGRESOS, SIEMPRE QUE ESTÉN EMPADRONADOS EN UN MUNICIPIO EN EL MOMENTO DE LA PETICIÓN

carácter previo. El problema se acrecienta porque de acuerdo a la Ley 7/1985 ahora derogada era efectivamente precisa tal autorización previa y con la lectura de otros preceptos de la nueva Ley, como el art. 49.b) que tipifica como falta el ejercicio de la actividad sin haber solicitado la autorización administrativa, pero no lo hace por no haberla obtenido. En definitiva si ésta es la interpretación que prevalece, y existen elementos de consideración para ello, no hay ninguna duda que se estaría simplificando al máximo la posibilidad de que los extranjeros obtuvieran una autorización administrativa para trabajar en calidad de comerciante, industrial, agricultor o artesano, y si no es éste el punto de vista que adopta la administración surgirá, sin duda, un importante número de conflictos jurídicos.

El artículo 35 regula el permiso de trabajo por cuenta ajena. Uno de sus apartados más llamativos es la inexistencia de categorías de extranjeros con preferencia para la obtención de este tipo de permisos, lo que afecta a una serie de colectivos anteriormente previstos en los apartados e), f), g) y h) del artículo 18.3 de la LO 7/1985, fundamentalmente en la práctica, y como ya hemos hecho referencia, a los ciudadanos iberoamericanos. También tiene importancia la supresión de alguno de los criterios que pueden ser valorados a la hora de la concesión inicial, y en particular el régimen de reciprocidad en el país de origen del extranjero con los trabajadores españoles, que no puede ser tenido en cuenta porque no puede incluirse en “la situación nacional de empleo”. Es también novedoso que solamente el permiso inicial pero no las renovaciones puede contener limitaciones territoriales o por sectores de actividad. Por último hay que indicar que transcurridos cinco años el permiso “adquirirá carácter permanente”, expresión que parece indicar un absoluto automatismo.

Bajo la expresión “permisos especiales” el artículo 36 establece una serie de permisos de trabajo para los que no es necesario el cumplimiento de los requisitos del artículo 35, aunque en realidad el primer apartado contiene un único supuesto de obtención, y el segundo se refiere a renovaciones de esos permisos.

El régimen especial de obtención del permiso de trabajo es para aquellas personas que han obtenido la residencia en los términos del artículo 29.3, es decir, por una estancia “irregular” de dos años, lo que en la práctica, y dada la redacción del precepto implicará que todos los “regularizados” por este procedimiento van a tener derecho a obtener un permiso de trabajo con independencia de que realicen o vayan a realizar efectivamente algún tipo de actividad laboral.

El párrafo segundo, por su parte, exceptúa de la necesidad de presentar oferta de trabajo para proceder a la renovación del permiso, para aquellos extranjeros que gozan de una prestación por desempleo, o, en términos notablemente más amplios e imprecisos, que sin duda harán surgir dudas interpretativas, para aquellos que sean beneficiarios de una prestación económico-asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral, que, por la amplitud de su enunciado, incluiría por ejemplo, cualquier tipo de curso de formación destinado a la búsqueda de empleo.

El artículo 37 convierte en mandato legal la fijación de un contingente anual de trabajadores extranjeros, que hasta ahora era una mera posibilidad iniciada en 1993 y que había adquirido rango reglamentario en 1996. Además de su formalización en una ley orgánica, y de su carácter anual obligatorio, sea por tanto cual sea la situación del mercado laboral español, sin duda la diferencia más trascendente con el contingente que conocíamos hasta ahora es que la Ley lo dirige de manera terminante a trabajadores que no se encuentren en España. Va a dejar por tanto de ser utilizado como mecanismo de regularización de situaciones “irregulares” de los extranjeros en nuestro país, que tendrán ahora la vía del artículo 29.3, y se convierte en un instrumento de canalización de flujos exteriores hacia el mercado laboral español, de gran trascendencia en el futuro. En cualquier caso parece claro que el tenor literal del precepto impide beneficiarse de él a los extranjeros que estén en nuestro país, y es de desear que el desarrollo reglamentario de este precepto no introduzca ambigüedad alguna al respecto.

Una vez sentado que el contingente será el procedimiento ordinario para la contratación de trabajadores extranjeros, el artículo 38 establece una serie de excepciones en forma de supuestos no sujetos a la disponibilidad de plazas anuales, entre las que se incluyen algunas de las antiguas categorías que el artículo 18.3 de la Ley 7/1985 consideraba como supuestos de preferencia para la obtención de un permiso de trabajo (puestos de confianza, cónyuge o hijos de extranjeros residentes,...) Alguno de los supuestos presenta, sin embargo, una vez más, problemas interpretativos de consideración. Así, por ejemplo, no se alcanza a entender el sentido de considerar la renovación como un supuesto de excepción del contingente, ya que por definición el contingente es para la concesión inicial de un permiso de trabajo y residencia para alguien que se encuentra fuera del territorio español y que no tiene nada que renovar. Aún mayores problemas presenta la nueva redacción del apartado e) que exime a todos los que hubieran gozado de la condición de refugiado, con una amplitud que incluye, por ejemplo, y en un supuesto ciertamente extremo, que se otorgaría este trato a una persona reconocida como refugiado por cualquier país del mundo a la que se le ha revocado el asilo por descubrirse, con posterioridad, que era autor de crímenes contra la humanidad que excluyen el estatuto, por lo que era evidentemente mucho más adecuada la regulación de la Ley 7/1985, y del texto aprobado por el Senado, que limitaba este supuesto al cambio de las circunstancias de su país de origen, que ya no justificaban, por tanto, que se le siguiese considerando refugiado.

El artículo 39 se refiere a las excepciones al permiso de trabajo y recoge, en buena medida, la regulación de la LO 7/1985. Como novedades puede apuntarse, en su párrafo primero, la desaparición de una categoría: los originarios de Gibraltar, y la aparición de una nueva: los representantes de los sindicatos homologados internacionalmente para el desempeño de sus funciones. Además el párrafo segundo contiene cinco categorías de las que cuatro eran con anterioridad supuestos de preferencia de la LO 7/1985 y la quinta se refiere a los residentes permanentes, para los que la Ley en realidad reconoce (art. 30) que son titulares del derecho de trabajo en las mismas condiciones que los españoles.

Este capítulo culmina estableciendo tres regímenes especiales para estudiantes, trabajadores de temporada y trabajadores transfronterizos. Con relación a los estudiantes, el artículo 40 presenta el problema de que aparentemente rompe la concepción de que los estu-

diantes eran personas autorizadas a permanecer, pero no a residir, e incluye elementos suficientes para hacer defendible la interpretación de que se está estableciendo un nuevo tipo de residencia, con todas las implicaciones que ello supone, por ejemplo, a efectos de lograr la residencia permanente. Si ésta es la interpretación que termina por imponerse no hay duda que se estaría abriendo una vía muy fácil para la residencia en España, ya que el único requisito exigible sería haber sido admitido a un centro docente, público o privado oficialmente reconocido, habiéndose eliminado, por ejemplo, el requisito de contar con medios económicos, e incluso permitiendo el ejercicio de actividades remuneradas “a tiempo parcial” o en régimen de “au pair”.

En cuanto a los trabajadores transfronterizos (art. 42), supuesto que en la actualidad sólo puede darse con Andorra y Marruecos, presenta la novedad fundamental de permitir que el regreso a su país de residencia se produzca una vez a la semana y no diariamente como se venía haciendo hasta ahora, lo que puede tener especiales repercusiones en las ciudades de Ceuta y Melilla.

d) Tasas

Los artículos 43 a 46 están destinados a regular las tasas por autorizaciones administrativas para trabajar en España. Son dos los aspectos de su regulación que conviene destacar. En primer lugar la derogación de la exoneración de tasas para los iberoamericanos y nacionales de otros países con relaciones históricas con España, prevista en el artículo 23 de la LO 7/1985, problema este al que ya nos hemos referido con carácter general. Por otra parte un curioso problema interpretativo que puede generar conflictividad: el hecho de que no esté claro si esta regulación deroga las existentes, por ejemplo, para la expedición de visados o los permisos de residencia, reguladas en su propia normativa, lo que implicaría, de ser ésa la interpretación que termine por prevalecer, un mejor trato de los extranjeros no ya con relación a los comunitarios, sino también a los propios nacionales que sí pagan tasas por su documentación.

4. INFRACCIONES EN MATERIA DE EXTRANJERÍA Y SU RÉGIMEN SANCIONADOR

El Título III, está dedicado a la regulación de las infracciones y sanciones en materia de extranjería y su régimen sancionador. Se inicia con el reconocimiento (art. 46) de que esta materia está sometida a la Ley 30/1992, y que se complementa con la recepción, en varios de sus artículos de los principios que rigen la actividad sancionadora de la administración, de acuerdo a la normativa general (principio de legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad). Además, lo que resulta ciertamente llamativo, no contiene norma alguna específica referida al procedimiento sancionador, por lo que hay que entender que será de aplicación, además de la Ley 30/1992, el Real Decreto 1398/1993, y, en la medida en que no haya sido derogado, el Real Decreto 155/1996 de desarrollo de la LO 7/1985.

Una de las novedades que es preciso señalar es que establece una clasificación de las infracciones, como reflejo del principio de tipicidad del artículo 134 de la Ley 30/1992, en leves, graves y muy graves, clasificación inexistente en la LO 7/1985, aunque es cierto que el Real Decreto 155/1996 sí contenía a efectos prácticos esta división, al establecerse sanciones y plazos de prescripción distintos según los tipos de conducta. Pero es ahora cuando por primera vez existe una clasificación sistemática del rango normativo adecuado entre los diferentes tipos de infracciones y sanciones, regulando las leves en el artículo 48, las graves en el 49, las muy graves en el 50, y las correspondientes sanciones en el 51, cuyo aspecto más llamativo es el tratamiento absolutamente restringido y excepcional que realiza de la sanción hasta ahora más característica de la extranjería, la expulsión, que no podrá ser aplicada por el incumplimiento de las normas de trabajo y residencia. Este tratamiento se muestra en los siguientes aspectos.

En primer lugar el artículo 48.c) que considera una infracción leve, castigada con una multa de hasta 50.000 pesetas, el hecho de trabajar sin permiso de trabajo si se cuenta con una residencia temporal o simplemente si se ha solicitado, lo que constituye un cambio drástico con relación al art. 26.1.b) de la LO 7/1985 que permitía la expulsión de todo aquel extranjero que trabajase sin permiso de trabajo aunque tuviera permiso de residencia.

Se tipifica como grave en el artículo 49.a) la estancia ahora calificada como “irregular” y anteriormente definida como “ilegal”, a la que se llega desde una situación de entrada regular por no ser renovada o prorrogada o por incumplir una salida obligatoria, pero ahora esa estancia no puede ser sancionada con la expulsión, salvo cuando exista reincidencia, sino con una multa que oscila entre 50.001 y un millón de pesetas. La misma calificación merece según el artículo 49.b) trabajar sin haber solicitado permiso de trabajo y sin contar con residencia válida, pero se impone, al igual que en el caso anterior, una sanción puramente económica, y además no será de aplicación simplemente con que el extranjero haya solicitado el permiso de trabajo.

Por el contrario, la infracción de entrada ilegal, prevista en el artículo 49.d), entendiéndose como tal la realizada sin la documentación o los requisitos exigibles, por lugares no habilitados o contraviniendo prohibiciones de entrada, que es una pura aplicación del Acuerdo de Schengen, sí puede ser sancionada con la expulsión.

PARA LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES LABORALES LA LEY DISTINGUE ENTRE PERMISO DE TRABAJO Y AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA TRABAJAR, SEGÚN SE TRATE DE ACTIVIDAD POR CUENTA AJENA O POR CUENTA PROPIA, RESPECTIVAMENTE. COMO EXCEPCIONES AL PERMISO DE TRABAJO DESAPARECE LA CATEGORÍA DE LOS ORIGINARIOS DE GIBRALTAR, APARECIENDO LA DE LOS REPRESENTANTES DE LOS SINDICATOS HOMOLOGADOS INTERNACIONALMENTE Y EXTRANJEROS CON AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA PERMANENTE

También puede ser causa de expulsión, e incluso de internamiento para su realización, la infracción grave prevista en el párrafo g), la participación en actividades ilegales, y que ha venido a sustituir, con una redacción claramente restrictiva, a la causa más frecuente de esta sanción hasta la actualidad, que era la prevista en el antiguo art. 26.1.f) “carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad, o desarrollar actividades ilegales”, precepto en el que, por ejemplo, se incardinaba el ejercicio de la prostitución, que hoy no puede ser considerada actividad ilegal y que por tanto no podrá ser causa de expulsión.

La Ley adopta además un punto de vista muy restrictivo de las conductas que pueden ser definidas como muy graves y que son las que normalmente pueden provocar la expulsión del territorio nacional. Se describen en el artículo 50 conductas como el participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado, o fomentar organizadamente y con ánimo de lucro la inmigración clandestina, o realizar conductas discriminatorias, cuya aplicación tiene, además, el problema fundamental de la posible conculcación del principio del *non bis in idem* al tratarse de conductas tipificadas penalmente y como infracciones a la normativa de extranjería, con respecto a las cuales hay que entender que la sanción administrativa cedería ante la penal.

Es preciso referirse también a una infracción que ha sido suprimida: la comisión de delitos sancionados con pena privativa de libertad superior a un año, por lo que hay que entender que no puede ya aplicarse la práctica absolutamente habitual hasta ahora en nuestro país de proceder a la expulsión del extranjero en el momento mismo en que era puesto en libertad una vez cumplida su condena penal, si bien es cierto que es preciso tener en cuenta el artículo 53.d) que permite al juez en determinados supuestos acordar la expulsión con relación a extranjeros encartados o condenados.

Por último adquiere una importancia extraordinaria en esta tendencia limitativa de los supuestos de expulsión, los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 53 que en síntesis suponen:

- Que existen extranjeros, los nacidos en España y que hayan residido legalmente en nuestro país durante cinco años y los que hayan sido españoles de origen que sólo pueden ser expulsados si reinciden en la comisión de infracciones muy graves.
- Otro grupo de extranjeros, entre los que se incluyen los residentes permanentes, los beneficiarios de una incapacidad permanente por accidente de trabajo o enfermedad profesional o una pensión por desempleo o una prestación asistencial pública para su reinserción social o laboral que sólo pueden ser expulsados si incurren en algunas de las infracciones muy graves o reinciden en otras.
- Un tercer grupo, especialmente protegido, que no pueden ser expulsados en ningún caso, en el que se incluyen los cónyuges, ascendientes e hijos menores o incapacitados a cargo de los extranjeros que se encuentren en algunas de las situaciones señaladas anteriormente y que hayan residido legalmente en España durante más de dos años y las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre.

Por otra parte hay que hacer referencia a los supuestos de colaboración contra las redes organizadas, previsto en el art. 55 que supone no sólo la no expulsión, sino el que se otorgan permisos de trabajo, residencia y facilidades para su integración social a aquellos extranjeros que en situación irregular colaboran contra las redes organizadas de tráfico de inmigrantes.

Otro de los aspectos más llamativos de la Ley es la inexistencia de un procedimiento administrativo para realizar las expulsiones, a pesar del enunciado del artículo 54, lo que conllevará toda suerte de problemas. En efecto, a diferencia de la normativa anterior, en la que existía un procedimiento urgente o sumario que permitía la detención preventiva y se aplicaba a los apartados a), c) y f) del artículo 26.1 y un procedimiento ordinario que se utilizaba en los demás supuestos, la Ley 4/2000, ni ninguna otra en la actualidad, contienen normas procedimentales para la realización de las expulsiones, lo que no puede sino ser interpretado como la necesidad de acudir a las normas generales reguladoras del procedimiento administrativo, y en concreto a la tramitación de urgencia prevista en el art. 50 de la Ley 30/1992, y las medidas cautelares de internamiento a que se refiere el art. 58 de esta Ley, lo que en ocasiones hará sumamente difícil culminar un expediente de expulsión en el plazo de cuarenta días que puede durar un internamiento, aunque es cierto que, con carácter excepcional puede acordarse por la administración la obligación de presentación periódica prevista en el artículo 57 para solventar algunas de las consecuencias más graves que pudieran derivarse de esta carencia de procedimiento. También es posible, en virtud del mismo artículo, acordar la retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, aspecto este al que ya nos hemos referido al hilo del comentario al artículo 4.

Una figura distinta de la expulsión es la regulada en los apartados 2 a 4 del art. 53 y ahora denominada “retorno” y que, en sus líneas generales coincide con lo que anteriormente conocíamos como “devolución”, si bien el término es también utilizado en el art. 56 en sentido de “rechazo en frontera”, e incluso en un supuesto, en el 26.3 la Ley utiliza el anterior término “devolución”. Al margen de estas imprecisiones terminológicas, lo esencial es que nos encontramos ante supuestos en los que no es preciso la instrucción de un expediente de expulsión, y se aplica a los que ya han sido expulsados previamente y contravienen la prohibición impuesta, y a los que son sorprendidos en el momento en que pretenden entrar ilegalmente en nuestro país, salvo en el supuesto de solicitantes de asilo. Las novedades procedimentales más importantes con respecto a estos supuestos son que va a contar con la preceptiva asistencia letrada, que significa el reinicio del plazo de prohibición de entrada acordado en la expulsión y que en el supuesto de que no pueda realizarse en el plazo de setenta y dos horas puede solicitarse el internamiento a la autoridad judicial.

El artículo 58 señala los casos en los que es posible el ingreso en centros de internamiento desde una óptica claramente restrictiva. Si ya eran supuestos muy tasados los que podían provocar la expulsión de un extranjero en la nueva normativa lo son aun más aquellos en los que pueden solicitarse la medida de internamiento, ya que sólo podrá hacerse cuando se compromete la seguridad exterior del Estado o del orden público, o de colaboración en la inmigración clandestina o de participación en actividades ilegales, casos cier-

tamente residuales, por lo que en realidad de ahora en adelante estos centros van a ser más, en la práctica, centros de retorno que centros de expulsión.

La regulación de las infracciones y sanciones se cierra con un artículo 59 en el que, tras volver a resaltar el régimen de recursos y el de ejecutividad de las sanciones es el previsto en la Ley 30/1992, de manera que hay que entender que las sanciones en materia de extranjería ponen fin, a falta de previsión expresa, a la vía administrativa, sin perjuicio del recurso potestativo de reposición, siendo el órgano judicial competente para su revisión los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, y sus sentencias recurribles en apelación ante las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia en los casos que proceda según el artículo 81 de la Ley 29/1998.

Por último hay que indicar que puede plantear problemas prácticos el apartado segundo de este artículo que faculta al extranjero para cursar los recursos tanto administrativos como jurisdiccionales a través de las representaciones diplomáticas o consulares, ya que si bien es cierto que son lugares habilitados para la presentación de recursos administrativos, en virtud de la Ley 30/1992, no lo son para la recepción de recursos judiciales, como se deduce del artículo 268 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que puede provocar la extemporaneidad del recurso judicial interpuesto por quien confíe en esta aparente facilidad de la Ley de extranjería.

5. COORDINACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS

La Ley regula en su Título IV de manera absolutamente asistemática la coordinación de los poderes públicos en materia de inmigración. Una lectura atenta de los artículos 60 a 63 permite obtener las siguientes conclusiones.

En primer lugar hay un silencio patente y llamativo a la hora de determinar los órganos de la Administración central que se van a encargar de la aplicación de esta norma. Éste es un fenómeno perceptible a lo largo de todo el texto: así, por ejemplo, no se dice en el artículo 33 quién es la autoridad que otorga los permisos de trabajo, o se evita señalar que es la policía la encargada de autorizar la entrada en España en el 23.4. A ellos se une uno aún más clamoroso en este artículo, no establece ningún mecanismo de coordinación de la propia Administración Central del Estado, cuyas competencias en materia de extranjería están repartidas, en ocasiones confusamente, al menos entre tres Ministerios, y ni siquiera hace referencia a la existencia de la Comisión interministerial de extranjería, creada por Real Decreto 511/1992, y que era, hasta la actualidad, el organismo fundamental para la coordinación de las dispersas competencias en la materia, que afectan, de manera central a los Ministerios de Interior, Trabajo y Asuntos Sociales, Exteriores y Justicia.

Todo ello parece indicar una opción en absoluto explicitada en la Ley por una nueva estructura gubernativa de la gestión de la extranjería en la que las dispersas competencias actuales sean centralizadas en un único centro directivo con el rango político-administrativo ade-

cuado, tal como se recomendó en su momento al Gobierno en el Acuerdo del Pleno del Congreso de junio de 1998, y que desde luego, a la vista de la situación actual y de la magnitud política que está alcanzando el problema resulta sumamente aconsejable. Pero, insisto, nada de ello se dice en la Ley, que por el contrario y a falta de desarrollo en este aspecto presenta un llamativo silencio sobre la responsabilidad de las distintas competencias administrativas, e incluso puede plantear problemas, si es que no lo está haciendo ya, en el día a día de la acción administrativa y del desarrollo reglamentario de esta norma.

Existe por el contrario una proliferación, con competencias confusas y que probablemente acabarán superponiéndose de distintos órganos colegiados. Así al ya existente Foro de la Integración Social (artículo 63), que curiosamente pasa ahora a denominarse en un sentido diametralmente opuesto al cambio de denominación de la propia Ley, Foro para la Inmigración, y que pretende ser un punto de encuentro permanente entre todos los sectores sociales que actúan en materia de inmigración, se suma ahora un Consejo Superior de Política de Inmigración (artículo 61), en principio destinado a ser un órgano de coordinación entre las Administraciones públicas con competencia en integración de los inmigrantes, pero que incluye, además, a los agentes sociales y económicos, por lo que tiende a confundirse con el anterior. También parece que el artículo 60.3 otorga directamente al gobierno, y no a ninguno de los organismos citados, la competencia del Observatorio Permanente de la Inmigración, previsto en el Plan para la Integración Social de los Inmigrantes de 1994, y por último el artículo 62 parece destinado a asegurar una importante participación de las Organizaciones No Gubernamentales en esta materia.

El panorama descrito es sin duda desolador, y sin embargo es absolutamente esencial que ese reparto de competencias y funciones sea realizado cuanto antes y de la manera más eficaz posible para asegurar una adecuada aplicación de la Ley.

6. ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES DE LA PARTE FINAL DE LA LEY

a) Plazo de tres meses y silencio positivo para la renovación de residencia y trabajo

La Disposición Adicional Única constituye si duda una de las innovaciones más relevantes de la Ley y de mayor trascenden-

**EN MATERIA SANCIONADORA
ADQUIERE UNA GRAN
IMPORTANCIA LA
TENDENCIA LIMITATIVA DE
LOS SUPUESTOS DE
EXPULSIÓN, AUNQUE ES
LLAMATIVA LA INEXISTENCIA
DE UN PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO PARA
LLEVARLA A CABO. POR
OTRO LADO ES PRECISO
REFERIRSE A UNA
INFRACCIÓN QUE HA SIDO
SUPRIMIDA: LA COMISIÓN
DE DELITOS SANCIONADOS
CON PENA PRIVATIVA DE
LIBERTAD SUPERIOR
A UN AÑO**

cia para simplificar los trámites burocráticos a que deben someterse los extranjeros. Supone que a partir de la concesión del permiso inicial de residencia o trabajo todas las renovaciones han de ser tramitadas en un plazo inferior a tres meses con efectos de silencio positivo. Del tenor literal de la norma parece que ese mecanismo no podrá aplicarse a la concesión de la residencia permanente prevista en el artículo 30, ya que ésta no puede considerarse una prórroga de la situación de residencia temporal.

Es, al mismo tiempo, uno de los máximos retos que asumen las Administraciones Públicas con la aprobación de esta Ley, ya que la situación actual dista mucho de ser la aquí prevista, y en la práctica, de no cambiar drásticamente las condiciones de los medios materiales y personales dedicados a esta tarea, el precepto va a suponer una renovación automática de prácticamente todas las solicitudes, con independencia de que cumplan o no los requisitos exigibles.

Por otra parte hay que hacer constar, e imputarlo a otra de las imperfecciones técnicas de la norma, que este precepto contiene una regla distinta a la de la Ley 30/1992 para el cómputo del tiempo en que ha de dictarse la resolución ya que se refiere a tres meses desde el día siguiente de la solicitud y no a la de entrada en el registro del órgano competente.

b) Normativa aplicable a los procedimientos en curso

La Disposición Transitoria Tercera prevé la posibilidad de que los interesados que tienen procedimientos administrativos en trámite, puedan pedir la aplicación de la presente Ley, lo que en la mayoría de los supuestos, por ejemplo de manera patente en las prórrogas de residencia y renovaciones de permisos de trabajo, les resultará más beneficioso. Hay que hacer constar que la interposición de un recurso supone la iniciación de un nuevo procedimiento, por lo que también con relación a ellos será de aplicación, y que en lo que se refiere a los expedientes sancionadores se ha de entender que la Administración tiene la obligación de aplicar de oficio este criterio, oyendo para ello al interesado.

c) Proceso de regularización

La Disposición Transitoria Primera obliga al Gobierno a establecer un proceso de regularización para todos aquellos extranjeros que se encuentren en España con anterioridad al 1 de junio de 1999 y que acrediten haber solicitado o haber tenido permiso de residencia o de trabajo en los últimos tres años.

Se continúa con ello una tendencia a realizar periódicamente procesos de regularización, coincidiendo o con ocasión de las reformas normativas. Así el primero de ellos se introdujo en la Disposición Transitoria Segunda de la L0 7/1985, el segundo, regulado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 7 de junio de 1991, se justificó como una necesi-

Estudio Introductorio a la Ley de Extranjería

dad de complementarlo, el tercero se reguló en la Disposición Transitoria Tercera del Reglamento aprobado por el RD 155/1996, y el cuarto, que habrá de ser regulado mediante Real Decreto, lo que es en sí mismo una novedad, es consecuencia de la aprobación de la Ley.

El Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2000 tiene previsto aprobar el mencionado Real Decreto, resolviendo en un sentido amplio la interpretación del plazo final para haber solicitado permiso de trabajo o residencia, que parecía evidente que se refería a la entrada en vigor de la Ley, es decir, hasta el 1 de febrero, y que, al parecer, según referencias de prensa, va a ser “ampliada” hasta el 31 de marzo, fecha cuyo fundamento objetivo es muy difícil determinar.

I. DERECHO COMUNITARIO

Sumario:

1. Introducción. 2. Principios generales. 3. Recursos. A) Recurso por omisión (inactividad) y recurso de anulación. B) Recurso por incumplimiento y recurso por responsabilidad extracontractual. C) Responsabilidad del Estado miembro. D) Cuestiones prejudiciales. E) Medidas cautelares.

1. INTRODUCCIÓN

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

2. PRINCIPIOS GENERALES

En aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, la importante **STJCE de 11 de enero de 2000 (asunto C-285/98)** ha declarado contraria al Derecho comunitario la prohibición establecida por la Constitución alemana de que las mujeres presten servicios de armas en el ejército.

La **STJCE de 11 de enero de 2000** resolvió la cuestión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Hannover (Tribunal Administrativo de Hannover), con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente, artículo 234 CE), sobre la interpretación 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 (DO L 39, pág. 40; EE 05/02, pág. 70; en lo sucesivo, “Directiva”), en particular de su artículo 2. La cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre la Sra. Kreil y la República Federal de Alemania, con motivo de la denegación de la solicitud de alistamiento de la interesada en la Bundeswehr (Ejército Federal) para ocupar un empleo en el servicio de mantenimiento (electromecánica de armas).

El TJCE ya había reconocido que el sexo puede ser una condición determinante para trabajos como los de los vigilantes y vigilantes jefes de prisiones (Sentencia de 30 de junio

de 1988, Comisión/Francia, 318/86, Rec. pág. 3559, apartados 11 a 18), para determinadas actividades como las de policía ejercidas en una situación de graves disturbios internos (Sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston, 222/84, apartados 36 y 37) o también para el servicio en determinadas unidades de combate especiales (Sentencia de 26 de octubre de 1999, Sirdar, C-273/97, apartados 29 a 31). Un Estado miembro puede, pues, reservar a los hombres o a las mujeres, según los casos, esas tareas así como la formación profesional correspondiente.

Pero, como recordó el Tribunal de Justicia en el apartado 38 de la Sentencia Johnston y en el apartado 26 de la Sentencia Sirdar, antes citadas, al determinar el alcance de cualquier excepción a un derecho fundamental, como el de igualdad de trato entre hombres y mujeres, hay que respetar el principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario. Este principio exige que las excepciones no sobrepasen los límites de lo adecuado y necesario para conseguir el objetivo propuesto y exige conciliar, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias de seguridad pública determinantes de las condiciones de ejercicio de la actividad de que se trate.

La negativa de alistar a la demandante en el litigio principal en el servicio de la Bundeswehr en que ella quería hacerlo se basó en las disposiciones del Derecho alemán que prevén la exclusión total de las mujeres de los empleos militares que impliquen el uso de armas y que sólo permiten su acceso a las unidades sanitarias y a las formaciones de música militar. Pues bien, para el Alto Tribunal europeo, teniendo en cuenta su alcance, tal exclusión, que se aplica casi a la totalidad de los empleos militares de la Bundeswehr, no puede considerarse como una excepción justificada por la naturaleza específica de los empleos de que se trata o por las condiciones especiales de su ejercicio. Además, razona el Tribunal en su Sentencia, “habida cuenta de la propia naturaleza de las fuerzas armadas, el hecho de que las personas que sirven en ellas puedan tener que utilizar armas no justifica por sí solo que las mujeres queden excluidas del acceso a los empleos militares” (apartado 28).

En tales circunstancias, incluso teniendo en cuenta el margen de apreciación de que disponen en cuanto a la posibilidad de mantener la exclusión de que se trata, “las autoridades nacionales no han podido considerar de modo general, sin vulnerar el principio de proporcionalidad, que la composición de todas las unidades armadas de la Bundeswehr debía seguir siendo exclusivamente masculina” (apartado 29).

Por otra parte, se pronuncia el Tribunal en su Sentencia sobre la posible aplicación del artículo 2, apartado 3 de la Directiva, precepto invocado por el Gobierno alemán para justificar su actuación. Sin embargo, dicha disposición, como señaló el Tribunal de Justicia en el apartado 44 de la Sentencia Johnston, pretende garantizar, por un lado, la protección de la condición biológica de la mujer y, por otro, las especiales relaciones entre la mujer y su hijo. Así pues, dicha disposición no permite excluir a las mujeres de un empleo basándose en que deberían estar más protegidas que los hombres contra riesgos que son distintos

de unas necesidades de protección específicas de la mujer como las expresamente mencionadas. De ello se desprende que la exclusión total de las mujeres de cualquier empleo militar que implique el uso de armas no está comprendida entre las diferencias de trato permitidas por el artículo 2, apartado 3, de la Directiva en aras de la protección de la mujer.

En fin, el TJCE respondió a la cuestión prejudicial planteada declarando que la Directiva 76/207/CEE se opone a la aplicación de disposiciones nacionales, como las del Derecho alemán, que, de manera general, excluyen a las mujeres de los empleos militares que impliquen el uso de armas y que sólo autorizan su acceso a las unidades sanitarias y a las formaciones de música militar.

3. RECURSOS

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

En la presente crónica se continúa con el número creciente de sentencias recaídas en recursos de anulación y de omisión. Así hay que destacar el asunto C-89/96, donde el Tribunal de Justicia determinó que “no puede permitirse a una Institución de la Comunidad que ha adoptado un acto sin ser competente para ello, derogarlo cuando su legalidad es impugnada ante el Tribunal de Justicia, manteniendo, esencialmente, los efectos que éste ha producido para lograr con ello, pese a la derogación del acto ilegal, el objetivo que quería lograr al adoptarlo” (FJ 13º). Es importante reseñar el **asunto C-149/96** por medio del cual el Tribunal de Justicia ha señalado que habida cuenta de su naturaleza y de su sistema, los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio no se incluyen, en principio, entre las normas con respecto a las cuales el Tribunal de Justicia controla la legalidad de los actos de las instituciones comunitarias. Tan sólo en el supuesto de que la Comunidad tenga el propósito de cumplir una obligación particular asumida en el marco de la OMC, o, cuando el acto comunitario se remita expresamente a disposiciones precisas de la OMC, corresponde a este Tribunal de Justicia controlar la legalidad del acto comunitario de que se trate en relación con las normas de la OMC (FFJJ 47º a 49º).

El Tribunal de Primera Instancia señaló en el asunto T-158/96 que “en el ejercicio de su competencia para conocer de los recursos de anulación formulados contra las decisiones y recomendaciones de la Comisión, el examen del Juez comunitario no puede, en virtud del artículo 33, párrafo primero, segunda frase, del Tratado CECA, referirse a la apreciación de la situación resultante de hechos o circunstancias económicas en consideración a la cual se hubieren tomado tales decisiones o formulado tales recomendaciones, excepto cuando se acuse a la Comisión de haber incurrido en desviación de poder o de haber ignorado manifiestamente las disposiciones del Tratado o cualquier otra norma jurídica relativa a su ejecución”. Hay que señalar tal y como lo dispuso el Tribunal de Justicia en el asunto C-308/95 el hecho que “una simple manifestación de opinión escrita no puede constituir una decisión que pueda ser objeto de un recurso de anulación, por cuanto no puede producir efectos jurídicos y tampoco está destinada a producir tales efectos” (FJ 27º). En el asunto C-106/97, el Tribunal de Justicia señaló que los intercambios comerciales entre los

PTU y la Comunidad no pueden acogerse necesariamente a un régimen idéntico al que rige los intercambios entre los Estados miembros, en la medida en que, aunque la asociación de los PTU a la Comunidad obedezca a un régimen especial, no es menos cierto que se trata de un régimen de asociación que debe alcanzarse mediante un proceso dinámico y progresivo. Así la existencia de un régimen-proceso de este tipo, desprovisto de automatismo, implica una diferencia fundamental entre el régimen que regula los intercambios de los PTU con la Comunidad y el establecido por el Tratado para los intercambios entre los Estados miembros. En efecto, tales intercambios constituyen operaciones efectuadas en el marco del mercado interior, a diferencia de los intercambios entre los PTU y la Comunidad, que están comprendidos en el régimen de las importaciones (FJ 38°).

En el **asunto C-44/97**, el Tribunal de Justicia reiteró la jurisprudencia existente respecto al reparto de la carga de la prueba en el marco del recurso de anulación interpuesto por un Estado miembro contra una decisión de la Comisión en materia de liquidación de cuentas del Feoga. Así expone en su fundamento jurídico 28° que “cuando la Comisión se niega poner a cargo del Feoga determinados gastos, porque fueron provocados por infracciones a la normativa comunitaria imputables a un Estado miembro, incumbe a dicho Estado demostrar que se reúnen los requisitos para obtener la financiación denegada por la Comisión (véanse las Sentencias de 24 de marzo de 1988, Reino Unido/Comisión, 347/85, Rec. pág. 1749, apartado 14, y de 10 de noviembre de 1993, Países Bajos/Comisión, C-48/91, Rec. pág. I-5611, apartado 16). La Comisión tiene la obligación no de demostrar de forma exhaustiva la irregularidad de los datos transmitidos por los Estados miembros, sino de aportar un elemento de prueba de la duda seria y razonable que alberga con respecto a las cifras comunicadas por las Administraciones nacionales. Esta atenuación de la carga de la prueba en favor de la Comisión se explica por el hecho de que el Estado se encuentra en mejor situación para recoger y comprobar los datos necesarios para la liquidación de cuentas del Feoga y, en consecuencia, le incumbe probar detallada y completamente la realidad de sus cifras y, en su caso, la inexactitud de los cálculos de la Comisión (Sentencia de 10 de noviembre de 1993, Países Bajos/Comisión, antes citada, apartado 17). En caso de oposición, incumbe a la Comisión probar la existencia de una infracción de las normas de la organización común de los mercados agrícolas y, una vez, lo haya probado, el Estado miembro debe demostrar, en su caso, que la Comisión cometió un error en cuanto las consecuencias financieras que deben deducirse de dicha infracción (Sentencias de 19 de febrero de 1991, Italia/Comisión, C-281/89, Rec. pág. I-347, apartado 19; de 10 de noviembre de 1993, Países Bajos/Comisión, antes citada, apartado 18, y de 18 de marzo de 1999, Italia/Comisión, C-59/97, Rec. pág. I-1683, apartados 54 y 55)”. Finalmente, hay que destacar por su importancia el **asunto C-310/97 P**, en el cual el Tribunal de Justicia determinó que si bien el artículo 176 del Tratado exige a la Institución interesada evitar que todo acto destinado a sustituir el acto anulado adolezca de irregularidades idénticas a las detectadas en la sentencia de anulación, esta disposición no implica, en cambio, contrariamente a lo estimado por el Tribunal de Primera Instancia T-227/95 (Rec. pág. II-1185), en los apartados 9, 72 y 85, que tenga la obligación de revisar, a instancia de los interesados, decisiones idénticas o similares, supuestamente afectadas por la misma irregularidad, dirigidas a destinatarios distintos del demandante. Es más,

I. Derecho Comunitario

el Tribunal reitera la línea jurisprudencial establecida según la cual una decisión que no haya sido impugnada por su destinatario dentro de los plazos establecidos por el artículo 173 del Tratado adquiere firmeza frente a aquél (FFJJ 56° a 57°). En definitiva, el principio de seguridad jurídica se opone a que en el supuesto de que se hayan adoptado en el marco de un procedimiento común varias decisiones individuales similares por las que se imponen multas y sólo algunos de sus destinatarios hayan solicitado y obtenido la anulación en vía judicial de las decisiones que les afecten, la institución de la que emana deba revisar, a instancia de otros destinatarios, la legalidad de las decisiones no impugnadas a la luz de los fundamentos de la sentencia de anulación y apreciar si, a raíz de dicho examen, procede devolver las multas pagadas (FJ 63°).

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

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

D) Cuestiones prejudiciales

Numerosas han sido las cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia durante este período. En todos los casos, éste se ha limitado a confirmar algunas de las líneas jurisprudenciales ya asentadas en esta materia.

Así ocurre en cuanto a la vigencia del principio antiformalista en el momento de la presentación o la resolución de las cuestiones prejudiciales, las **Sentencias de 10 de febrero de 2000, as. Shröder, C-50/ 96, as. ac. Vick, C-234/ 96 y C-235/ 96, y as. Sievers, C-270 y C-271, respectivamente, son un claro ejemplo de ello.**

Por otro lado, respecto de la autolimitación competencial del TJCE al mero análisis interpretativo del Derecho comunitario, y no de las normas internas o de las consecuencias que puedan derivarse de sus decisiones, **Sentencia de 5 de octubre de 1999, as. ac., C-175 y C-177 de 1998.**

Para terminar y en esta misma línea de continuidad, podríamos incluir aquí todas aquellas sentencias referidas: a) al concepto de órgano jurisdiccional comunitario, **Sentencia de 18 de noviembre de 1999, as. Unitron Scandinavia y 3- S, C-275/ 98;** b) a los requisitos necesarios para el planteamiento de cualquier cuestión prejudicial **Sentencia de 18 de noviembre de 1999, as. X y Y, C-200/ 98** (a la que nos referiremos a continuación); o c) a los presupuestos de admisibilidad, **Sentencia de 18 de noviembre de 1999, as. Van Coile, C-442/ 97, Sentencias de 28 de octubre de 1999, as. Alcatel Austria y otros, C-81/ 98, y as. Pfennigmann, C-193/ 98, y Sentencias de 21 de octubre de 1999, as. Lensing & Brockhausen, C-233/ 98, y as. Jägerskiöld, C-97/ 98.**

En cualquier caso, y aun a riesgo de parecer demasiado escuetos, nos detendremos, únicamente, en el estudio de la **Sentencia de 18 de noviembre de 1999, as. X y Y, C-200/98.**

Tal elección no resulta en modo alguno caprichosa. A lo largo del contenido de esta Sentencia se abordan, de forma simultánea, diferentes cuestiones de gran interés y relacionadas todas ellas con el mecanismo prejudicial, así por ejemplo: el concepto comunitario de órgano jurisdiccional y el examen previo acerca de la necesidad o no de plantear la cuestión prejudicial y la cuestión hipotética.

Comenzando por el concepto de órgano jurisdiccional, el TJCE reafirma la naturaleza comunitaria del mismo, así como los requisitos que debe aglutinar cualquier órgano nacional para merecer tal calificación:

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

Por lo que respecta a quien corresponde estimar tanto la necesidad, como la pertinencia del planteamiento de la cuestión prejudicial, el TJCE nos recuerda que:

“(…) corresponde únicamente al órgano jurisdiccional nacional que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse apreciar, en vista de las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder emitir su fallo, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia”.

Para concluir con las cuestiones prejudiciales, cabe realizar dos puntualizaciones de interés. De una parte y desde una perspectiva cuantitativa, la diferencia entre las cuestiones prejudiciales interpretativas y las cuestiones prejudiciales de validez planteadas, continúa siendo notable (así y entre un total de cincuenta y dos sentencias evaluadas, cincuenta pertenecen a la primera categoría, mientras que tan sólo dos quedan encuadradas en la segunda). De otra y desde una perspectiva llamemos “regional”, hay que reseñar que durante el período considerado los órganos jurisdiccionales españoles han sometido al parecer del Tribunal dos cuestiones prejudiciales interpretativas resueltas mediante **Sentencias de 3 de febrero de 2000, as. Amengual Far, C-12/ 98 y as. Egeda, C-293/98**, en ambos supuestos de escaso interés.

E) Medidas cautelares

En cuanto a las medidas cautelares y como viene siendo habitual, no han sido muchas las sentencias del Tribunal que han abordado esta compleja cuestión. Sin embargo, y precisamente por ello, resulta de particular interés la **Sentencia de 8 de febrero de 2000, as. Emesa Sugar, en el asunto C-17/ 98**.

I. Derecho Comunitario

Se solicita en este caso del Tribunal, que dilucide si es conforme con el Derecho comunitario que un órgano jurisdiccional nacional, al que se ha sometido una demanda de medidas cautelares, decreta tales medidas, en relación con una autoridad no comunitaria, en el supuesto de infracción inminente del Derecho comunitario.

El Tribunal, recordando la conocida Sentencia de 21 de febrero de 1991, as. Zuckerfabrik, as. ac., C-143/ 88 y C-92/ 89, aprovecha el planteamiento de esta cuestión para recordar los presupuestos que son necesarios para que un órgano jurisdiccional nacional pueda adoptar este tipo de medidas, a saber: a) que dicho órgano albergue serias dudas acerca de la validez de las disposiciones comunitarias; b) que exista una situación tal, que legitime la adopción urgente de esta medida, sobre la base de los perjuicios, graves e irreparables, que pueda sufrir el demandante; y c) que se tenga debidamente en cuenta, el interés de la Comunidad. En otras palabras, cuando concurren en el caso *fumus boni iuris*, *periculum in mora*, y lo que podríamos llamar, *rex publica* comunitaria.

Apreciada la concurrencia de tales requisitos en el supuesto concreto, el Tribunal concluye en el fundamento número 73º de la citada sentencia:

“procede responder a la undécima cuestión que un órgano jurisdiccional nacional sólo puede ordenar medidas cautelares frente a una autoridad no comunitaria en caso de infracción inminente del Derecho comunitario:

- cuando dicho órgano jurisdiccional tenga serias dudas acerca de la validez de las disposiciones comunitarias aplicadas por esa autoridad y cuando, en el supuesto en que no se haya ya sometido al Tribunal de Justicia la cuestión de la validez de las disposiciones impugnadas en el procedimiento principal, la plantee él mismo;
- cuando sea urgente y el demandante pueda sufrir un perjuicio grave e irreparable, y
- cuando dicho órgano jurisdiccional tenga debidamente en cuenta el interés de la Comunidad.

El hecho de que tales medidas cautelares sean ordenadas respecto a una autoridad de un país territorio de Ultramar por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, conforme a las disposiciones de su ordenamiento jurídico interno, no permite modificar las condiciones en las que debe garantizarse la tutela cautelar de los particulares ante los órganos jurisdiccionales nacionales cuando la impugnación se basa en el Derecho comunitario”.

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ
JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA
LUIS F. MAESO SECO
FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ
JUANI MORCILLO MORENO
JESÚS PUNZÓN MORALEDA

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL**Sumario:**

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

a) Las actuaciones judiciales posteriores a la presentación de la demanda por dilaciones indebidas no alteran el objeto del proceso de amparo. b) La exigencia de agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1.a) LOTC] se refiere a los recursos que sean procedentes y útiles para la reparación de los derechos lesionados. c) Alcance del fallo en las sentencias estimatorias de amparo por lesión al derecho al juez imparcial. B) Control de constitucionalidad de normas con rango de Ley. a) La derogación de una norma impugnada mediante cuestión de inconstitucionalidad no elimina el objeto del proceso constitucional. **3. Controversias competenciales en virtud de recursos y conflictos.**

A) La modificación de la Ley impugnada no produce la pérdida sobrevinida del objeto cuando subsiste la discusión competencial. B) Efectos de la sentencia de conflicto positivo de competencia (art. 66 de la LOTC); la declaración de falta de titularidad de la competencia puede hacerse sin anular los preceptos. C) Objeto del recurso de inconstitucionalidad (art. 33 de la LOTC): el deber de precisar los preceptos impugnados incluye la preceptiva fundamentación del recurso. D) Nulidad diferida de las normas estatales hasta que se pongan en marcha mecanismos de conexión entre el Estado y las CCAA; consiguiente prolongación de la situación anómala –ejercicio estatal de las competencias autonómicas– para evitar la desprotección de un interés constitucionalmente relevante. **4. Criterios de distribución de competencias.** A) Seguridad pública (art. 149.1.29ª CE), alcance de las competencias de ejecución estatales y del País Vasco: el complejo criterio de la dimensión intra o extracomunitaria de la medida: los libros de registro de ciertos establecimientos localizados en el País Vasco son competencia autonómica. B) Concesión de exenciones y beneficios fiscales por leyes autonómicas: inexistencia de la obligación de introducir en ellas cláusulas de salvaguardia de las competencias estatales. C) Subvenciones: el deslinde entre materias “industria”, “recon-

versión industrial” e “investigación científica y técnica” a tales efectos.

D) Turismo: subvenciones estatales, bases en la materia y competencias autonómicas.

Requisitos formales de las bases: la ausencia de Ley se subsana con la previa intervención del Congreso de los Diputados instando al Gobierno a la elaboración de un Plan.

E) Derechos de tanteo y retracto a favor de las Administraciones públicas: la facultad de constituirlos puede pertenecer a la competencia estatal para dictar la legislación civil

(art. 149.1.8ª CE) o a las CCAA con competencias en las materias –medio ambiente,

urbanismo– en las cuales esos derechos reales se incardinan. F) La facultad disciplinaria

sobre notarios y registradores no se encuadra en la competencia autonómica sobre

urbanismo y vivienda ni en las facultades sancionadoras de ellas derivadas sino en las

competencias estatales para la ordenación de los registros e instrumentos públicos (art.

149.1.8ª CE) y para regular las bases del régimen estatutario de los funcionarios públi-

cos (art. 149.1.18ª CE). G) Deslinde de las competencias ejecutivas en la materia

“defensa de la competencia”: “bases y coordinación de la planificación general de la

economía” (art. 149.1.13ª CE) y “comercio interior” (art. 10.1 EAPV y art. 12.1 EAC).

H) Autonomía local y haciendas locales: competencias compartidas entre el Estado y las

Comunidades Autónomas. Alcance de las competencias estatales, respectivamente, sobre

bases de las Administraciones públicas (art. 149.1.18ª CE), y regulación de la Hacienda

General (art. 149.1.14ª CE). Principio de legalidad y reserva de Ley en materia tributa-

ria (art. 133.2 CE). Principio de igualdad y prestaciones personales (art. 31.3 CE).

I) Bases de la ordenación del crédito, banca y seguros: alcance de las facultades estatales

de ejecución, y habilitación al Gobierno para fijar bases en reglamentos; límite territo-

rial de las competencias autonómicas.

1. INTRODUCCIÓN

Se analizan las Sentencias correspondientes al intervalo entre la STC 150/1999, de 14 de septiembre y la STC 242/1999, de 21 de diciembre. De este período destaca la prolífica jurisprudencia del TC en materia de distribución de competencias (en especial, la Ley de Haciendas Locales), algunas resoluciones importantes en amparo y sólo una referida al control de constitucionalidad.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de amparo constitucional

a) Las actuaciones judiciales posteriores a la presentación de la demanda de amparo por dilaciones indebidas no alteran el objeto del proceso de amparo

En la STC 223/1999, de 29 de noviembre, se declara que en los procesos de amparo por dilaciones indebidas no desaparece el objeto del proceso como consecuencia de que se dicte una sentencia tardía, porque la vulneración del derecho puede existir desde el momento de interposición de la demanda de amparo. Tal lesión no puede considerarse reparada mediante una resolución tardía del pleito. Sí tendrá relevancia tal decisión judicial en la determinación del alcance de la sentencia de amparo. En parecido sentido, la STC 231/1999, de 13 de diciembre.

b) La exigencia de agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1.a) LOTC] se refiere a los recursos que sean procedentes y útiles para la reparación de los derechos lesionados

Durante este trimestre se han dictado varias sentencias que han tenido que resolver sobre el requisito contenido en el art. 44.1.a) LOTC, especialmente en lo referido a la exigibilidad del recurso de casación. Así en las SSTC 169/1999, de 27 de septiembre, 172/1999, de 27 de septiembre, 173/1999, de 27 de septiembre, 201/1999, de 8 de noviembre, 227/1999, de 8 de noviembre, 228/1999, de 8 de noviembre, 211/1999, de 29 de noviembre, 240/1999, de 20 de diciembre, se ha recordado la jurisprudencia según la cual el recurso de casación sólo debe interponerse cuando su procedencia se desprende de modo claro y terminante a tenor de las previsiones legales y cuando, dada su naturaleza y finalidad, sea adecuado para reparar la lesión. De este modo, *sensu contrario*, cuando el demandante reconozca expresamente la procedencia y utilidad del recurso de casación para la reparación del derecho lesionado, podrá entenderse que no ha agotado todos los recursos y, por tanto, que la demanda de amparo no es pertinente (STC 211/1999, de 29 de noviembre).

La no exigencia del recurso se reitera respecto a la personación en la ejecución de sentencia y la audiencia al rebelde cuando no son, por las circunstancias del caso, capaces de producir la reparación del derecho lesionado (STC 152/1999, de 14 de septiembre) y respecto al incidente de nulidad de actuaciones del art. 240.3 LOPJ cuando aparezcan otros motivos de impugnación distintos de la incongruencia (STC 206/1999, de 8 de noviembre).

Por el contrario, se establece la exigencia de la impugnación en los casos de recurso de súplica frente al auto de inadmisión del recurso ante la Sala del TS en el recurso preferente y sumario del procedimiento contencioso-administrativo militar (STC 159/1999, de 14 de septiembre) y el incidente de recusación cuando se alega lesión del derecho a juez imparcial (STC 162/1999, de 8 de noviembre). En ambos casos se entiende que tanto el recurso como incidente de recusación son instrumentos procedentes y útiles para evitar o reparar la lesión del derecho.

c) Alcance del fallo en las sentencias estimatorias de amparo por lesión al derecho al juez imparcial

En el ATC 232/1999, de 11 de octubre, se aclara la STC 162/1999, respecto al alcance del fallo: la nulidad de la sentencia de instancia por lesión del derecho a juez imparcial es parcial, afectando sólo al recurrente y no al resto de las partes del proceso.

B) Control de constitucionalidad de normas con rango de Ley

a) La derogación de una norma impugnada mediante cuestión de inconstitucionalidad no elimina el objeto del proceso constitucional

En la STC 234/1999, de 16 de diciembre, el Tribunal declara la pervivencia del objeto del proceso puesto que la decisión del TC se realiza en conexión con un proceso concreto y con la normativa que en el mismo debe aplicar el juez por lo que no se ve alterado el objeto del proceso constitucional por la posterior derogación del precepto afectado.

3. CONTROVERSIAS COMPETENCIALES EN VIRTUD DE RECURSOS Y CONFLICTOS

A) La modificación de la Ley impugnada no produce la pérdida sobrevinida del objeto cuando subsiste la discusión competencial

La STC 207/1999, de 11 de noviembre, vuelve a aplicar esa conocida e importante línea de jurisprudencia a los recursos de inconstitucionalidad frente a leyes que encubren verdaderos conflictos de competencia legislativa, lo que les aproxima a los conflictos positivos frente a reglamentos administrativos.

En el mismo sentido, la STC 186/1999, de 14 de octubre, en un conflicto positivo.

Y con mayor afán de reconstrucción argumental de la jurisprudencia sobre el cambio legislativo sobrevinido, la STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 3º, respecto de la Ley de Haciendas Locales, diferenciando entre recurso y cuestión, e impugnaciones por motivos competenciales y sustantivos.

B) Efectos de la sentencia de conflicto positivo de competencia (art. 66 de la LOTC): la declaración de falta de titularidad de la competencia puede hacerse sin anular los preceptos

La STC 186/1999, de 14 de octubre, revisa la constitucionalidad de una Orden del Ministerio de Industria sobre subvenciones en relación con el plan de promoción del diseño industrial. Ciertos preceptos son declarados viciados de incompetencia. Pero el TC (FJ 12º) no anula dicha orden, puesto que ya ha agotado sus efectos, y para preservar la “situaciones jurídicas consolidadas” al amparo de la misma. La pretensión de la

II. Justicia Constitucional

Generalidad de Cataluña –se afirma– puede estimarse satisfecha simplemente mediante la declaración de la titularidad de la competencia controvertida.

Análogos son los efectos (FJ 21º) de la STC 242/1999, de 21 de diciembre, que analiza diversas órdenes y resoluciones del Ministerio de Turismo reguladoras de subvenciones, incardinadas en el Plan Marco de Competitividad del Turismo Español.

C) Objeto del recurso de inconstitucionalidad (art. 33 de la LOTC): el deber de precisar los preceptos impugnados incluye la preceptiva fundamentación del recurso

La STC 233/1999, de 16 de diciembre, enjuicia la Ley de Haciendas Locales de 1998 en virtud de sendos recursos presentados por la Generalidad de Cataluña y una minoría parlamentaria y de varias cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas. El TC advierte discordancias entre los preceptos citados en el suplico y los invocados en la demanda y, pese a recordar que el suplico es la parte decisiva, defiende una interpretación del art. 33 de la LOTC alejada de rigorismos formales. No obstante, recuerda que no basta con una mera invocación de los preceptos impugnados es menester que vaya acompañada de una argumentación específica que permita desvirtuar la presunción de constitucionalidad; reitera que “no corresponde a este Tribunal reconstruir de oficio las demandas” (FJ 2º). Razones por las que excluye de su estudio diversos artículos.

D) Nulidad diferida de las normas estatales hasta que se pongan en marcha mecanismos de conexión entre el Estado y las CCAA; consiguiente prolongación de la situación anómala –ejercicio estatal de las competencias autonómicas– para evitar la desprotección de un interés constitucionalmente relevante

En la STC 208/1999, de 11 de noviembre, se produce un segundo caso de nulidad diferida. Se reconoce parcialmente la competencia ejecutiva autonómica en materia de defensa de la competencia, pero no se anulan con carácter inmediato los preceptos de la ley estatal que atribuyen a órganos centrales esas competencias que debían ejercer las CCAA. La razón de este proceder radica en la necesidad de mantener la protección del interés constitucionalmente relevante hasta que se creen los mecanismos de conexión entre la acción estatal y la autonómica; mientras tanto, el Estado seguirá ejerciendo las competencias que en realidad corresponden a las CCAA para evitar el vacío y la consiguiente desprotección del interés constitucional –mantener el mercado libre de estorbos a la competencia–. Esta situación anómala debe ser subsanada por el Estado cuanto antes (FJ 8º).

4. CRITERIOS DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

A) Seguridad pública (art. 149.1.29ª CE), alcance de las competencias de ejecución estatales y del País Vasco: el complejo criterio de la dimensión *intra* o extracomunitaria de la medida: los libros de registro de ciertos establecimientos localizados en el País Vasco son competencia autonómica

La STC 175/1999, de 30 de septiembre, enjuicia una Orden del Ministerio del Interior, relativa a la elaboración de libros de registro y otros instrumentos de control obligatorio

en ciertos establecimientos, impugnada por el Gobierno Vasco en 1990 –advírtase el lapso de nueve años entre la impugnación y la resolución–.

El Ministerio del Interior reguló la obligación de ciertos establecimientos (Montes de piedad, casas de empeño, alquiler de turismos sin conductor, etc.) de llevar un libro de registro debidamente sellado por la Jefatura Superior de policía o, en su defecto, ante el puesto de la Guardia civil, y luego dar noticia periódica de lo cumplimentado.

Tanto el Estado como el País Vasco admiten que la regulación se ubica en la materia de seguridad pública (art. 149.1.29ª CE) en la que la competencia estatal tiene como límite lo dispuesto en el art. 17 del Estatuto vasco, y que estos controles tienen una naturaleza estrictamente policial pues están encaminados a la obtención de información. Discrepan sobre a quién corresponde esta facultad de ejecución.

El TC se inclina por considerar competente a la CA recurrente al concluir en la dimensión intracomunitaria de la verificación y registro de establecimientos localizados en un ámbito territorial determinado. El Tribunal rechaza que las conexiones extracomunitarias de la medida permitan desplazar la competencia vasca –éste es el aspecto con mayor interés constitucional de esta decisión técnicamente muy adecuada– subrayando que estas labores no se puedan equiparar *v. gr.*, a la vigilancia de la entrada y salida del territorio español, al tráfico aduanero o a las armas y explosivos, entre otras secciones de materia de la seguridad pública. Aunque el TC reitera los deberes de información y cooperación de la CA con el Estado para evitar “un vacío informativo del Estado” (FJ 7º).

Un voto particular, firmado por tres magistrados, discrepa de la tesis de la mayoría. La localización en la Comunidad Autónoma de los establecimientos no es canon suficiente de la competencia autonómica, dada la dimensión supracomunitaria del control policial. Y se razona, en especial, acerca de la dimensión supraautonómica de algunos establecimientos (*v. gr.*, un coche desguazado en Bilbao con el que se cometió un crimen en Sevilla) en casos de comisión de delitos y su relevancia para asegurar la seguridad ciudadana en toda la Nación de forma unitaria.

B) Concesión de exenciones y beneficios fiscales por leyes autonómicas: inexistencia de la obligación de introducir en ellas cláusulas de salvaguardia de las competencias estatales

La STC 176/1999, de 30 septiembre, enjuicia el precepto de la ley catalana de creación del Instituto de Desarrollo de las comarcas del Ebro que concede a dicho Instituto las exenciones y beneficios fiscales que corresponden a la Generalidad. El Estado invoca el ámbito de su potestad sancionadora y concreta la inconstitucionalidad en la supuesta aplicación de esta medida a los tributos estatales y locales. El TC dicta una muy razonable sentencia interpretativa de rechazo y desestima el recurso: basta con interpretar el precepto de modo natural y no forzado.

II. Justicia Constitucional

La Generalidad tiene competencia para regular sus propios tributos y, por consiguiente, para establecer beneficios y exenciones fiscales según el Estatuto catalán y la LOFCA. No es aceptable (FJ 41º) la alegación del Estado de que la ley autonómica debió distinguir expresamente entre tributos propios y estatales y locales, salvaguardando las competencias estatales; ni el Estado ni las CCAA vienen obligadas a usar esas cláusulas de salvaguardia, según reiterada jurisprudencia; y por idénticas razones: “es contrario al principio de conservación de las normas entender que una norma rebasa el ámbito propio de competencia de quien la dicta si nada más se dice en ella sobre el particular (...)”.

C) Subvenciones: el deslinde entre materias “industria”, “reconversión industrial” e “investigación científica y técnica” a tales efectos

La STC 186/1999, de 14 de octubre, revisa la constitucionalidad de una orden del Ministerio de Industria, impugnada por la Generalidad de Cataluña. En concreto, se discute la concentración en la Sociedad Estatal para el Desarrollo del diseño Industrial de la práctica totalidad del procedimiento de concesión de las subvenciones y de la atribución de la potestad normativa para regular el procedimiento.

Las partes coinciden en que se trata de medidas de apoyo a la pequeña y mediana empresa industrial. Pero discrepan acerca de cuál sea la materia donde ubicar tales ayudas: industria y planificación de la actividad económica, para Cataluña, y para el Estado, reestructuración de sectores industriales o, subsidiariamente, comercio exterior e investigación científica y técnica.

Recuerda el TC que la legitimidad constitucional de las subvenciones depende de las competencias que el Estado posea en la materia, ya que la subvención no es concepto delimitador de competencias. Añade (FJ 5º) que el título más específico es “industria”, pues el citado plan trata de adaptar las empresas a la evolución de los mercados mediante la innovación tecnológica, la formación de nuevos profesionales y medidas de promoción, entre los empresarios, de las nuevas tecnologías. No se trata, por tanto, de una extraordinaria “reconversión industrial” (FJ 7º) que justifique la ordenación estatal sino una simple “ordenación de sectores industriales”.

Algunas subvenciones estatales pueden, sin embargo, incardinarse en la materia fomento y coordinación general de la investigación científica; en estos casos, se acudirá a criterios interpretativos distintos de la regla más específica. No es legítima, concluye el TC, la controvertida gestión centralizada en manos del Estado de las subvenciones a la industria pero sí lo son aquellas ayudas atinentes a la actividad científica e investigadora.

D) Turismo: subvenciones estatales, bases en la materia y competencias autonómicas. Requisitos formales de las bases: la ausencia de Ley se subsana con la previa intervención del Congreso de los Diputados instando al Gobierno a la elaboración de un Plan

La STC 242/1999, de 21 de diciembre, enjuicia diversas órdenes y resoluciones del Ministerio de Turismo, acumuladas e impugnadas por la Generalidad de Cataluña, que

establecen subvenciones incardinadas en el Plan Marco de competitividad del Turismo Español (plan FUTURES). La Sentencia es parcialmente estimatoria.

Vuelve a resumirse y a aplicar la jurisprudencia sobre subvenciones reguladas en los Presupuestos Generales del Estado, recogida en la importante STC 13/1992. El Tribunal rechaza el excesivo grado de concreción de las normas básicas reguladoras de subvenciones y la práctica centralización del procedimiento de concesión, y estima bastantes de los preceptos impugnados lesivos de las competencias autonómicas.

Tiene interés lo razonado sobre los requisitos formales de las bases: la ausencia de ley en la determinación de las bases es subsanada (FJ 8º) con la previa intervención directa del Congreso de los Diputados (Dictamen de la Comisión de Industria) instando al Gobierno a la elaboración de un plan.

E) Derechos de tanteo y retracto a favor de las Administraciones públicas: la facultad de constituirlos puede pertenecer a la competencia estatal para dictar la legislación civil (art. 149.1.8ª CE) o a las CCAA con competencias en las materias –medio ambiente, urbanismo– en las cuales esos derechos reales se incardinan

La STC 207/1999, de 11 de noviembre, enjuicia una ley foral de Navarra de medidas de intervención sobre suelo y vivienda. El TC reconoce (FJ 5º) que los derechos de tanteo y retracto a favor de las Administraciones públicas, como derechos de adquisición preferente, pertenecen al ámbito de las relaciones jurídico-privadas y normalmente su regulación es competencia exclusiva del Estado en cuanto integrante de la legislación civil (art. 149.1.8ª CE); a salvo las peculiaridades de los derechos forales o especiales como es el caso de Navarra. Pero ello no excluye que puedan también estar naturalmente insertados en las concretas materias en que las CCAA ostenten competencias y en la que dichos derechos reales se incardinan. Así en materia de medio ambiente, con la finalidad de proteger espacios naturales, o en urbanismo y vivienda con la plausible finalidad de combatir la especulación y favorecer la construcción de viviendas de protección pública.

F) La facultad disciplinaria sobre notarios y registradores no se encuadra en la competencia autonómica sobre urbanismo y vivienda ni en las facultades sancionadoras de ellas derivadas sino en las competencias estatales para la ordenación de los registros e instrumentos públicos (art. 149.1.8ª CE) y para regular las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos (art. 149.1.18ª CE)

La citada STC 207/1999, de 11 de noviembre, referida a una ley foral de Navarra de medidas de intervención sobre suelo y vivienda resuelve un conflicto entre, de un lado, los títulos competenciales del Estado para la ordenación de los registros e instrumentos públicos (art. 149.1.8ª CE) y regular las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos (art. 149.1.18ª CE), y, de otro, la competencia autonómica sobre urbanismo y vivienda.

II. Justicia Constitucional

El problema atañe a la configuración de unas infracciones e ilícitos urbanísticos y de las correspondientes sanciones y, en concreto, el incumplimiento del deber de notarios y registradores de la propiedad de denegar la formalización en escritura pública de toda transmisión de suelo y vivienda en la que no se acredite la previa notificación a la Administración foral de la transmisión, a los efectos de ejercer los derechos de tanteo y retracto respecto de ciertas zonas previamente determinadas, suelo destinado a viviendas de protección oficial y esas propias viviendas.

El TC —a nuestro juicio muy correctamente— estima (FFJJ 8º y 9º) que tal disciplina autonómica no se deriva de un hecho inmediatamente lesivo de la infracción urbanística sino del genérico incumplimiento de los deberes de tales profesionales, específicamente el deber de vigilancia de la legalidad, y que en consecuencia tal facultad desborda el ámbito de la competencia autonómica.

G) Deslinde de las competencias ejecutivas en la materia “defensa de la competencia”: “bases y coordinación de la planificación general de la economía” (art. 149.1.13ª CE) y “comercio interior” (art. 10.1 EAPV y art. 12.1 EAC)

En una tardía decisión, en la **STC 208/1999, de 11 de noviembre**, el Tribunal resuelve sendos recursos, acumulados, interpuestos respectivamente por el Gobierno vasco y por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña. La controversia competencial gira en torno a la supuesta exlimitación de la ley estatal de Defensa de la Competencia, aprobada en 1989, por atribuir a órganos centrales —Servicio de Defensa de la Competencia y Tribunal de Defensa de la Competencia— facultades ejecutivas. Esta atribución deja sin ámbito a las CCAA al llevar a cabo una práctica centralización.

El TC acepta, en parte, los argumentos de los recurrentes quienes, por lo demás, reconocen al Estado posibilidades de ejercer, en la materia, facultades ejecutivas; considera el Tribunal que las funciones ejecutivas estatales tienen la cobertura del art. 149.1.13ª CE. Aunque no hay una expresa atribución al Estado de competencia ejecutiva en materia “defensa de la competencia” —los estatutos se refieren sólo a la legislación estatal en esta materia y nada establece la Constitución— la misma se encuadra con naturalidad en la competencia genérica citada.

Pero las CCAA tienen razón al argüir que la defensa de la competencia encaja en la materia autonómica exclusiva “comercio interior” cuyo ejercicio, según establecen sus estatutos se despliega “sin perjuicio” de la legislación estatal sobre defensa de la competencia. De la interpretación sistemática del bloque de la constitucionalidad —y sin que pueda considerarse el Derecho comunitario como canon de constitucionalidad— se deduce la competencia ejecutiva del Estado; pero éste no puede ignorar —como hace la ley atribuyendo a órganos centrales la práctica totalidad de las funciones ejecutivas— la competencia autonómica en comercio interior.

Dos votos particulares: uno, firmado por tres magistrados, discrepa del fallo, al entender que las CCAA carecen de competencia expresa en la materia, pues los Estatutos se refieren a la legislación estatal, y sin que pueda cobijarse la competencia autonómica bajo la rúbrica

ca “comercio interior”. La competencia ejecutiva estatal provendría de la cláusula residual (art. 149.3 CE). El otro voto particular, firmado por un magistrado discrepa únicamente de alguno de los argumentos de la mayoría pero se suma al fallo.

H) Autonomía local y haciendas locales: competencias compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Alcance de las competencias estatales, respectivamente, sobre bases de las Administraciones públicas (art. 149.1.18ª CE), y regulación de la Hacienda General (art. 149.1.14ª CE). Principio de legalidad y reserva de ley en materia tributaria (art. 133.2 CE). Principio de igualdad y prestaciones personales (art. 31.3 CE)

Muy importante es la ya aludida STC 233/1999, de 16 de diciembre; enjuicia la Ley de Haciendas Locales (en adelante LHL) de 1988. Sorprende y resulta inadmisibles el largo tiempo transcurrido, casi doce años para dictar sentencia; también choca la desmesurada extensión de la Sentencia (ochenta páginas del BOE). Un mayor esfuerzo de síntesis hubiera sido de gran utilidad para la comunidad jurídica y para la misma delimitación del concepto de autonomía local en su vertiente financiera.

Se interpreta el alcance del título competencial del Estado sobre Hacienda general (art. 149.1.14ª CE) respecto de las haciendas locales, arrancando del precedente que supone la STC 179/1985. Prevalece la competencia compartida con las CCAA ex art. 149.1.18ª CE, las cuales ostentan potestades legislativas y reglamentarias en materia de haciendas locales, sobre la exclusiva del Estado respecto de la hacienda general. La competencia estatal se despliega (FJ 4º) únicamente sobre la regulación de las instituciones comunes a las distintas haciendas, o sobre medidas de coordinación entre éstas, o sobre la suficiencia financiera de las entidades locales como “presupuesto indispensable de la autonomía local constitucionalmente reconocida”. Este matizado planteamiento competencial permite el rechazo de la impugnación global de la ley, aunque se declaren inconstitucionales algunos de sus preceptos.

Un examen más pormenorizado se hará en la crónica de Derecho Administrativo Económico, pero es interesante subrayar lo siguiente: el debate sobre la suficiencia financiera de las entidades locales y el alcance de la autonomía local se traduce, en parte, en una controversia competencial acerca del alcance de ambos títulos del Estado. Se entrecruzan, en toda la Sentencia, aspectos competenciales y sustantivos de difícil deslinde. Así, por ejemplo, vuelven a revisarse las exigencias formales en la determinación de lo básico (FJ 5º). Desde una óptica más sustantiva, se analiza *in extenso* el principio de legalidad y la reserva de ley en materia tributaria (FFJJ 7º y ss.) y el sentido del art. 133.2 CE, o el principio de igualdad y la posibilidad de redención en metálico de las prestaciones personales (FFJJ 32º a 35º); discrepan en este extremo de la mayoría dos votos particulares.

II. Justicia Constitucional

l) Bases de la ordenación del crédito, banca y seguros: alcance de las facultades estatales de ejecución, y habilitación al Gobierno para fijar bases en reglamentos; límite territorial de las competencias autonómicas

La STC 235/1999, de 16 de diciembre, resuelve una impugnación hecha por la Generalidad de Cataluña de la Ley de 1994 de transposición al ordenamiento español de la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria; un instrumento para la consecución del mercado interior en este sector y, en concreto, para implantar una autorización administrativa válida en todo el territorio de la Unión Europea que asegure la solidez financiera de las entidades de crédito.

Sin perjuicio de lo que se indique con detalle en la crónica de Derecho Administrativo Económico, la Sentencia dilucida, primero, la posible cobertura de las bases estatales sobre la ordenación del crédito, banca y seguros para atribuir facultades de ejecución al Banco de España y al Ministerio de Economía y Hacienda, y, en segundo lugar, la posibilidad de habilitar por ley al Gobierno para fijar bases en normas reglamentarias. No hay doctrina nueva, tampoco lo son los problemas, pero conviene subrayar la complejidad técnica de los supuestos: la apertura de sucursales por Cajas de Ahorro con sede en Cataluña en otros Estados miembros se somete a la autorización del Banco de España; la previa información al Banco de España de la adquisición de las llamadas “participaciones significativas” del capital, etc. Los hechos permiten evidenciar las grandes dificultades prácticas en la aplicación, caso a caso, de ambas reglas generales —la excepcionalidad de las potestades de ejecución y de la intervención del reglamento— y la determinación de sus numerosas excepciones, dada la misma confusión de partida e indeterminación de criterio. La excepcionalidad de ambas técnicas se justifica en la preservación de un mínimo uniforme y en asegurar el adecuado funcionamiento de las entidades de crédito. Respecto de las sucursales en los Estados miembros, el TC invoca, además, la extraterritorialidad de la medida para justificar su carácter básico (FJ 6°).

Dos votos particulares: uno para reforzar la motivación que admite las facultades ejecutivas del Banco de España para autorizar la apertura de sucursales, y otro, para disentir del fallo.

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) Privación de libertad de los recurrentes, presuntos miembros de una secta (art. 5.1). C) Función pública y obligaciones de carácter civil (art. 6.1). D) Interposición de recurso contra cosa juzgada en un caso de derecho de propiedad y nacionalizaciones (art. 6.1). E) Patria potestad y no discriminación por orientación sexual (arts. 8 y 14). F) Intromisión estatal en comunidades religiosas (art. 9). G) Un grado de apasionamiento es inherente a la libertad de expresión (art. 10). H) Injerencias indebidas en la libertad de expresión por parte del Jefe del Estado (arts. 10 y 13).

3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. A) Tutela judicial efectiva. a) Tutela judicial efectiva y cómputo de plazos. b) La imparcialidad al Juez le impone un específico deber de reserva. c) Tutela judicial efectiva e irrazonabilidad de las Sentencias. B) Dilaciones indebidas: la duración de un proceso debe de ser apreciada mediante la aplicación a las circunstancias del caso de criterios objetivos. C) Excepcionalidad de la inadmisión laminar del *habeas corpus*. D) El acoso sexual es lesivo del derecho a la intimidad. E) Autodeterminación informativa: fichero informático con diagnósticos médicos del trabajador sin su consentimiento. F) Prohibición judicial de emitir un programa de televisión y censura previa. G) Alcance de la inhabilitación especial para “todo cargo público electivo”. H) La exclusión de los votos nulos ni es discriminatorio ni desfigura la representación política.

4. Jurisprudencia del Tribunal

Supremo. A) Dilaciones indebidas y plazo razonable: dos años. B) Tutela judicial efectiva y filiación: la pasividad del órgano judicial en la práctica de prueba biológica genera indefensión. C) Derecho al honor y a la libertad de información y expresión. D) Derecho a la educación. Limitaciones al derecho a elegir centro docente. E) Extranjeros y medidas cautelares.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En esta crónica se analiza: la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos entre el 1 de octubre y 31 de diciembre de 1999, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional correspondiente a los núms. 150/1999, de 14 de septiembre a 242/1999, de 21 de diciembre y la del Tribunal Supremo, Salas Primera y Tercera, entre junio y octubre de 1999.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Introducción

Siguiendo, como es habitual, el orden de los artículos del Convenio, consideramos de interés referenciar las siguientes Sentencias:

Un caso de vulneración del artículo 5.1 del Convenio, en cuanto que se trata de una detención carente de base legal, condenándose a España por una interpretación del TC formalista al inadmitir el amparo por no haberse agotado la vía previa del *habeas corpus*: **Riera Blume y otros contra España, de 14 de octubre de 1999.**

En las fechas referidas el TEDH ha dictado un total de cuarenta y cuatro Sentencias sobre dilaciones estructurales (artículo 6.1 del Convenio). La mayoría de ellas contra la República Italiana (treinta y dos), cinco contra Francia, cinco contra Portugal y dos contra Austria. Ante la imposibilidad de reproducirlas todas, simplemente comentar en esta Introducción (sin desarrollarlas posteriormente) que el Tribunal consolida con este amplio elenco de Sentencias su Jurisprudencia sobre la incapacidad de prestar justicia en tiempo, incidiendo en todas ellas en la determinación de un *standard* Europeo mucho más estricto, que hace que la mayoría de las jurisdicciones, entre ellas la española, encuentren, ante la cuantía de las condenas, previsiblemente, dificultades para adaptarse a los cánones de rapidez que exige el Tribunal. Destacar, en este sentido, la Sentencia **Calor Sud contra Italia, de 26 de octubre de 1999**, donde en la resolución de un contrato de reparación que empieza el 23 de junio de 1987, tiene fijada la audiencia para el 10 de mayo de 2000. Igualmente, la Sentencia **GMN contra Italia, de 2 de noviembre de 1999**, sobre reparación de daños y perjuicios por accidente de tráfico iniciado el 5 de noviembre de 1979 y finalizado el 19 de noviembre de 1997.

Igualmente, en referencia al artículo 6.1 del Convenio, en lo que concierne a la excepción de garantías entre litigios del Estado y sus agentes funcionarios públicos, la Sentencia **Pellegrin contra Francia, de 8 de diciembre de 1999.**

Sobre interposición de recurso contra cosa juzgada, también contrario al artículo 6.1 del Convenio: la Sentencia **Brumarescu contra Rumanía, de 28 de octubre de 1999.**

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Destacamos un supuesto de violación del artículo 8 del Convenio en combinación con el artículo 14 referido a la patria potestad y a la no discriminación por orientación sexual: *Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal*, de 21 de diciembre de 1999.

En la Sentencia *Serif contra Grecia*, de 14 de diciembre de 1999, se plantea un problema de intromisión estatal en una comunidad religiosa que afecta al artículo 9 del convenio.

Un supuesto de libertad de expresión (artículo 10 del Convenio): *Nilsen y Johnsen contra Noruega*, de 25 de noviembre de 1999.

Finalmente, un supuesto también de vulneración del artículo 10 además del artículo 13 del Convenio (derecho a un recurso efectivo): *Wille contra Liechtenstein*, de 28 de octubre de 1999.

B) Privación de libertad de los recurrentes, presuntos miembros de una secta (art. 5.1)

En *Riera Blume y otros contra España*, de 14 de octubre de 1999, el Tribunal se enfrenta a un supuesto de privación de libertad de los recurrentes, presuntos miembros de una secta (CEIS), durante diez días, como consecuencia de una investigación preliminar realizada por el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Barcelona. La Generalidad de Cataluña somete a un proceso de desprogramación durante diez días a los miembros de una secta en un hotel con atención psicológica y psiquiátrica, y el consentimiento de sus familias, tras la puesta en libertad de los detenidos por el Juez que recomienda su internamiento voluntario. Cuando salen, inician un proceso penal por detención ilegal. La Audiencia Provincial de Barcelona y el Tribunal Supremo consideran que por su finalidad no puede considerarse una detención ilegal. El amparo es inadmitido por Auto, al no haber utilizado la vía previa del *habeas corpus*. El Tribunal considera que se ha producido vulneración del artículo 5.1 en cuanto se trata de una detención carente de base legal.

Alegan también que los actos de desprogramación son contrarios al artículo 9 del Convenio (libertad de pensamiento, conciencia y religión), pero el Tribunal, citando el precedente de *Tsirilis et Kouloumpas contra Grecia*, de 29 de mayo de 1997, no considera necesario el examen separado de este motivo habiendo apreciado la vulneración del artículo 5.

C) Función pública y obligaciones de carácter civil (art. 6.1)

El caso *Pellegrin contra Francia*, de 8 de diciembre de 1999, es un asunto de no renovación de un cooperante francés en el extranjero. Tiene cierta importancia porque trata una vez más de hasta que punto las vicisitudes de las carreras funcionariales son controlables por el TEDH, porque, en los supuestos de Estados en los que hay una distinción entre funcionarios y salarios de derecho privado, la Corte ha defendido, por ejemplo en *Massa contra Italia*, de 24 de agosto de 1993, que “las discusiones que conciernen al reclutamiento, carrera y cese de las actividades de los funcionarios, escapan, como regla general al campo de aplicación de la Convención”; doctrina que admite sin embargo matices a esa doctrina general, por ejemplo en el propio asunto *Massa*. Hay varias decisiones que afirman que el art. 6.1 se aplica cuando se trata de un asunto puramente patrimonial,

como por ejemplo *De Santa contra Italia*, *Lapalorcia contra Italia* y *Abenavoli contra Italia*, de 2 de septiembre de 1997, o “esencialmente patrimonial” (*Nicodemo contra Italia*, de 2 de septiembre de 1997), y no cuando afecta principalmente a prerrogativas discrecionales de la administración *Benkessiouer contra Francia*, de 24 de agosto de 1998, *Couez contra Francia*, de 24 de agosto de 1998.

La Corte reconoce expresamente que su jurisprudencia crea una cierta incertidumbre sobre la aplicación de las garantías del artículo 6.1 a los litigios entre el Estado y sus agentes. Y afirma que desea poner fin a esa incertidumbre. Para ello comienza por rechazar que pueda ser un criterio adecuado el distinguir entre funcionarios, que se regirían por el derecho público, y personal contratado al servicio del Estado, que lo haría por el privado, porque en la práctica ambos ejercen en la actualidad funciones equivalentes o similares, por lo que ambos deben tener igual protección en los términos del art. 6.1 de la Convención.

Crea para ello lo que expresamente califica de “nuevo criterio aplicable”, que ha de estar basado en las funciones y responsabilidades ejercidas por el agente y no en su carácter de funcionario o contratado, lo que implica realizar una interpretación restrictiva de excepciones a las garantías del artículo 6.1. Afirma que los únicos litigios sustraídos al campo de aplicación del artículo 6.1 son los de los agentes públicos cuyo empleo es característico de actividades específicas de la administración pública en la medida en que actúa como detentador de un poder público encargado de la salvaguardia de los intereses generales del Estado.

Por tanto, la totalidad de los litigios que oponen a la administración con los agentes que ocupen empleos que impliquen una participación en el ejercicio del poder público escapan al campo de aplicación del artículo 6.1, pero los litigios en materia de pensiones sí entran en este campo, porque el agente ha roto esa especial condición que le unía al Estado, y se encuentra, ya, en una situación comparable a la de un asalariado de derecho privado.

D) Interposición de recurso contra cosa juzgada en un caso de derecho de propiedad y nacionalizaciones (art. 6.1)

El asunto *Brumarescu contra Rumanía*, de 28 de octubre de 1999, es un caso de derecho de propiedad sobre un inmueble en Bucarest, “nacionalizado” en 1950. Se inicia en 1993 un pleito contra la nulidad de la nacionalización, que es ganado en primera instancia. Esta decisión no es recurrida y se convierte en firme, pero en virtud de un recurso de anulación interpuesto mucho después por el Fiscal General, es anulado por la Corte Suprema de Justicia en 1995. El TEDH considera que este tipo de recurso (que puede ser interpuesto por el fiscal sin plazo alguno) va contra la cosa juzgada y es por tanto contrario al 6.1, produciéndose también una violación del art. 1 del protocolo 1 (propiedad).

E) Patria potestad y no discriminación por orientación sexual (arts. 8 y 14)

En *Salgueiro da Silva Mouta*, de 21 de diciembre de 1999, el recurrente, separado, con una hija, mantiene desde 1990 una relación de convivencia estable homosexual. Según su

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

acuerdo de divorcio, comparte la patria potestad sobre la niña y tiene derecho de visita el cual no ha sido respetado por su ex cónyuge. Como consecuencia de ello, interpone una demanda solicitando la patria potestad que gana en primera instancia, razonando el juzgado que el recurrente ha demostrado ser capaz de dar a la niña una “vida equilibrada y tranquila (...) de transmitirle unas condiciones de equilibrio que la niña necesita (...) y de respetar los derechos de visita de la madre”. Esta decisión, anulada por el Tribunal de Apelación, razona al respecto que el padre de la niña, que se proclama homosexual, quiera vivir con otro hombre es una realidad que es preciso aceptar, sin embargo no puede sostenerse que un ambiente de esa naturaleza sea el más sano y adecuado para el desarrollo moral social y mental de un niño. El niño debe vivir en el seno de una familia, de una familia tradicional portuguesa, que no es ciertamente la que el padre ha decidido constituir, puesto que vive con otro hombre como si fueran marido y mujer. No es éste el lugar de investigar si la homosexualidad es o no una enfermedad, o si es una orientación sexual. En ambos casos nos encontramos en presencia de una anormalidad, y un niño no debe crecer a la sombra de situaciones anormales.

El recurrente alega vulneración del artículo 8 de la Convención, tanto aisladamente considerado como combinado con el 14, porque se la ha negado la patria potestad de su hija exclusivamente por su orientación sexual. La Corte analiza el asunto desde la óptica del artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) combinado con el 14, que impide un trato diferente en el disfrute de los derechos y libertades reconocidos por la Convención que no tenga una justificación objetiva y razonable, y que en este caso es preciso concluir que ha existido una diferencia de trato entre el requirente y su ex mujer que se basa en la orientación sexual del recurrente, aspecto este incluido en el artículo 14 de la Convención, cuyo listado tiene carácter indicativo y no limitativo.

El siguiente paso consiste en dilucidar si nos encontramos ante una diferencia de trato discriminatoria, es decir que carece de justificación objetiva y razonable, partiendo del hecho de que la decisión está adoptada con la finalidad legítima de proteger los derechos de la niña. Para ello el TEDH comienza por reafirmar que la homosexualidad del recurrente ha sido determinante en la decisión final, es decir, que ha realizado una distinción de trato fundada en la orientación sexual lo que no puede tolerarse en términos de la Convención, y decide, por unanimidad que ha existido vulneración del artículo 8 combinado con el 14.

F) Intromisión estatal en comunidades religiosas (art. 9)

Serif contra Grecia, de 14 de diciembre de 1999. Al parecer, en Grecia el Estado organiza elecciones para Mufti (según el Diccionario de la Real Academia, jurisconsulto musulmán con autoridad pública cuyas decisiones son consideradas como leyes que no sólo tienen competencias religiosas, sino, por ejemplo, que puede resolver disputas entre musulmanes, adjudicar herencias...). Frente a esa facultad del Estado, que celebró esas elecciones, los miembros de la mezquita eligieron en paralelo al ahora recurrente, que fue acusado por usurpar las funciones de un ministro de una religión reconocida, siendo condenado a seis meses de prisión, conmutadas por una multa. Alega vulneración del artículo 9 del Convenio, libertad de manifestar su religión. La Corte considera que castigar penalmente a una persona por el mero hecho de actuar como líder de una comunidad religiosa de un

grupo que ha querido consagrarlo como tal, es difícilmente compatible con las exigencias del pluralismo religioso en una sociedad democrática, por lo que no considera que en las sociedades democráticas los Estados necesiten adoptar medidas para asegurar que las comunidades religiosas permanezcan bajo un liderato unificado, ya que, por el contrario, las posibles tensiones que se puedan crear en situaciones de divisiones entre comunidades religiosas son una consecuencia inevitable del pluralismo, y que el único papel del Estado en esas situaciones es, de acuerdo a la doctrina sentada en *Ärzte für das Leben* contra Austria, de 21 de junio de 1988, asegurar que los grupos competidores se toleren entre sí, por lo que considera que no existe justificación para la aplicación de los artículos 175 y 176 del Código Penal, ya que se ha producido vulneración del artículo 9 de la Convención.

G) Un grado de apasionamiento es inherente a la libertad de expresión (art. 10)

En *Nilsen y Johnsen contra Noruega*, de 25 de noviembre de 1999, los recurrentes eran, en el momento de los hechos, Presidente y Secretario de una asociación de policías noruegos, siendo condenados con una sanción económica por una serie de declaraciones realizadas en su condición de tales con relación a unos informes que se habían hecho públicos sobre brutalidad policial, por estimar la Corte Suprema Noruega que eran difamatorias sobre el autor del informe, al que acusaban de falsedad deliberada, motivaciones indignas, de inventarse alegaciones de brutalidad policial,... La Corte noruega considera que a pesar de tratarse de un debate de gran interés público, y de ser representantes de asociaciones profesionales, sin embargo, los recurrentes habían sobrepasado los límites de la crítica admisible.

El TEDH no comparte sin embargo ese razonamiento y considera que en el contexto de un debate público apasionado, en el que estaba en juego la reputación de los miembros de la asociación, “debe tolerarse una cierta exageración”, por lo que estas declaraciones no sobrepasan los límites de la crítica admisible, entendiéndolo, por doce votos frente a cinco, que redactan además votos particulares, que se ha vulnerado el artículo 10 de la Convención.

H) Injerencias indebidas en la libertad de expresión por parte del Jefe del Estado (arts. 10 y 13)

Wille contra Liechtenstein, de 28 de octubre de 1999. En este supuesto, el recurrente era Presidente del Tribunal Administrativo de Liechtenstein, el cual pronunció una conferencia en un instituto sobre la naturaleza y funciones de la Corte constitucional, en la que defendía su competencia para resolver los conflictos de interpretación de la Constitución entre el Príncipe y el Parlamento, y por tanto de imponerse al Príncipe. Esta opinión fue recogida por la prensa. El propio Príncipe le contestó, mediante una carta privada, en la que niega esa competencia, y le acusó de no respetar la Constitución y, por tanto, no estar en condiciones de desempeñar una función pública. Al agotarse su mandato como Juez, el Parlamento propone su reelección, que es rechazada por el Príncipe, explicando éste que no podía nombrar para ninguna función pública a alguien que no se sentía obligado por la Constitución de Liechtenstein.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

El Tribunal comienza por analizar la alegación del Gobierno de que el acceso a la función pública no está garantizado por el Convenio, sino que ha sido deliberadamente omitido. El Tribunal considera que esto es cierto, pero que no significa que no se apliquen esos artículos a los funcionarios, y que su carácter de tal no le priva de la protección del artículo 10.

El siguiente paso consiste en dilucidar si se trata de una injerencia en la libertad de expresión, entendiendo como tal una “formalidad, condición, restricción o sanción”, o por el contrario hay que situarla en el campo del derecho de acceso a la función pública, que no está garantizado por el Convenio. Con base a la jurisprudencia sentada en *Glasek* y *Kosiek* contra Alemania, de 28 agosto de 1986, y *Vogt* contra Alemania, de 26 de septiembre de 1995, que se trata de una injerencia en la libertad de expresión que no puede considerarse “necesaria en una sociedad democrática”, y que incluso admitiendo un cierto margen de apreciación, la reacción del Príncipe no puede considerarse proporcionada, por lo que se ha producido vulneración del artículo 10 del Convenio.

Vulneración a la que hay que añadir la del artículo 13, ya que no hay dispuesto en su país de ningún tipo de recurso efectivo ni judicial ni de ningún otro tipo frente a la decisión del Príncipe.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Tutela judicial efectiva

a) Tutela judicial efectiva y cómputo de plazos

La STC 167/1999, de 27 de septiembre, Sala Segunda, estima el amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura que inadmitió un recurso sobre multa por infracción de juego por error notorio en el cómputo de plazos para la interposición del recurso (el último día de plazo era domingo), ya que “está claro que se ha incurrido en una equivocación inmediatamente verificable a partir de las mismas actuaciones judiciales, desde el cual se llega a una solución contraria a la misma realidad que impone la fuerza de los hechos, con el resultado de menoscabar así la efectividad de la tutela judicial en perjuicio flagrante del agraviado” (FJ 3°).

Por su parte, la STC 205/1999, de 8 de noviembre, Sala Primera, igualmente estimatoria, plantea el mismo problema, pues la extemporaneidad es apreciada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, a pesar de que el recurso había sido presentado dentro de plazo en una oficina de correos. Así, el TC recuerda (FJ 7°) la reiterada doctrina sobre el principio *pro actione* de tal manera que éste “impone la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican”.

b) La imparcialidad al Juez le impone un específico deber de reserva

En la STC 162/1999, de 27 de septiembre, Sala Segunda, estimatoria del amparo interpuesto por el Sr. Hormaechea contra las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria por vulneración del derecho al juez imparcial por declaraciones del juez del caso a los medios de comunicación, que permiten fundar una sospecha legítima de parcialidad, el TC, reiterando jurisprudencia propia y del TEDH, considera que en este caso cabe deducir, por una actividad extraprocesal del juez, que “aunque las manifestaciones controvertidas tenían como objetivo básico defender el prestigio del Tribunal llamado a juzgar al recurrente, el mismo medio en que se expresaron las sospechas, el tenor, contundencia y radicalidad de la descalificación del recurrente que contenían permite fundar una sospecha legítima de parcialidad” (FJ 9º).

c) Tutela judicial efectiva e irrazonabilidad de las Sentencias

En la STC 214/1999, de 28 de noviembre, Sala Segunda, se otorga el amparo interpuesto contra las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional que deniegan la indemnización a un centro educativo porque la suspensión cautelar de la ejecución de un acto administrativo declarado nulo no impide que antes se hayan causado daños. Para el TC (FJ 4º), los problemas de interpretación y aplicación de los preceptos legales que regulan la indemnización por daños y perjuicios derivadas de la no suspensión inmediata del acuerdo de rescisión de un concierto educativo, no afecta, en principio a ninguno de los contenidos del derecho fundamental del art. 24.1, pues éste “no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales (...) tan sólo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido sean tan manifiestas y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento”. Lo que ocurre en este caso, pues la razonabilidad de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en su respuesta a la petición de indemnización fue inexistente.

B) Dilaciones indebidas: la duración de un proceso debe de ser apreciada mediante la aplicación a las circunstancias del caso de criterios objetivos

En las SSTC 198/1999, de 25 de octubre, Sala Primera y 223/1999, de 29 de noviembre, Sala Segunda, sendos recursos de amparo, estimatorios, respecto de la tramitación por la Sala Tercera del Tribunal Supremo de recursos de casación alegando vulneración a un proceso sin dilaciones indebidas, el TC, en sintonía con su reiterada jurisprudencia, considera que la duración de un proceso debe ser apreciado mediante la aplicación a las circunstancias del caso concreto de los criterios objetivos consistentes, esencialmente, en

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

la complejidad del litigio, la duración normal de procesos similares, el comportamiento de los litigantes y el del órgano judicial actuante.

Estos criterios que permiten entender el concepto jurídico indeterminado de “plazo razonable” sirven para desestimar, por el contrario, el amparo respecto de la tramitación por la Sala Tercera del Tribunal Supremo de un recurso de casación, en la **STC 231/1999, de 13 de diciembre**, Sala Segunda. El TC considera que no es excesivo el transcurso del plazo entre la denuncia de la dilación y la interposición del amparo. “El contenido constitucionalmente garantizado del derecho invocado no llega tan lejos como para que en cualquier momento y mucho después de que en el propio proceso hayan existido dilaciones mucho más significativas (...) sea poco menos que inmediatamente accesible la tutela de este Tribunal; no al menos, sin que previamente se haya dado a la jurisdicción ordinaria la posibilidad de que, en plazo razonable, sea remediada la denunciada dilación” (FJ 3º).

C) Excepcionalidad de la inadmisión liminar del *habeas corpus*

STC 232/1999, de 13 de diciembre, Sala Segunda. Se reitera la doctrina acerca del alcance del *habeas corpus*. Al tratarse de un medio de defensa de los derechos sustantivos establecidos en el art. 17 CE, este instituto tiene como finalidad verificar las condiciones de la detención; por ello su inadmisión liminar es excepcional —sólo por incumplimiento de los requisitos formales—; debe llegarse al enjuiciamiento de la detención en el juicio de fondo, pues tal enjuiciamiento constituye el núcleo de la garantía.

En este caso, al recurrente le fue impuesta una sanción disciplinaria militar de arresto que impugnó alegando que ya no era militar —según su interpretación del silencio administrativo—. El Juez togado militar inadmitió el *habeas corpus* por entender que el peticionario no ofreció elementos suficientes para justificar ninguna actuación ilegal en la decisión de arrestarle. El TC en cambio opina que, sin entrar en cuál hubiera sido la decisión del proceso, debió entrarse en el fondo a la vista de la alegada pérdida de la condición de militar del peticionario.

D) El acoso sexual es lesivo del derecho a la intimidad

STC 224/1999, de 13 de diciembre, Sala Segunda. Se resuelve, otorgándolo, un recurso de amparo y se anula la sentencia que revocó una anterior reconocedora de la existencia de un acoso sexual. El TC comienza por centrar el objeto del amparo en el derecho a la intimidad en conexión con la dignidad, si bien el recurso no invocaba el derecho constitucional afectado, tal posible afectación se deduce con claridad de la demanda. El TC discrepa de la interpretación hecha por el último tribunal ordinario en pronunciarse, para quien no hubo rechazo tajante e inequívoco de la recurrente ante la conducta libidinosa de su jefe laboral; si bien el comportamiento de este último constituyó objetivamente un acoso.

Para el TC, sin embargo, de los hechos probados sí que se deduce la incomodidad de la víctima y se demuestra que ésta rechazó los reiterados ofrecimientos del acosador. El TC invoca la práctica judicial extranjera y asimismo una resolución del Consejo de las Comunidades Europeas, de 29 de mayo de 1990 y una recomendación de la Comisión,

de 27 de noviembre de 1991, para concluir que el artículo 18.1 CE protege frente a comportamientos libidinosos no asumidos por la víctima sin que sea exigible a ésta una reacción inmediata y contundente. La sensibilidad de la víctima, siendo importante, no es el único elemento a tener en cuenta; deben apreciarse también las circunstancias del caso. En suma, para que haya acoso deben concurrir: primero, una conducta libidinosa; segundo, que tal conducta sea indeseable por la víctima (quedan así fuera la relaciones libremente asumidas); y, tercero, que sea grave y cree un clima odioso e ingrato en el trabajo.

E) Autodeterminación informativa: fichero informático con diagnósticos médicos del trabajador sin su consentimiento

STC 202/1999, de 8 de noviembre, Sala Primera. El recurrente impugna resoluciones judiciales que no atendieron su pretensión de hacer desaparecer sus datos del fichero “absentismo con baja médica” del Banco Central Hispano.

El TC reitera su jurisprudencia acerca de la intimidad constitucionalmente protegida (art. 18.1 CE) y de la garantía regulada en el art. 18.4 CE. A propósito de la primera, recuerda que se halla protegida la esfera privada incluyendo la integridad corporal. Los hechos relativos a las relaciones sociales o profesionales, aunque no pertenezcan a la esfera privada, permiten, cuando son analizados con detalle, acceder a información atinente a la intimidad de los sujetos.

También recuerda el TC el doble carácter de la garantía establecida en el art. 18.4 CE, pues opera como instrumento de protección del honor y de la intimidad y, asimismo, como derecho fundamental en sí. De la aplicación de la doctrina al caso planteado resulta la superación del juicio de proporcionalidad en tanto que el fichero, nutrido sin consentimiento de quienes en él figuraban –con fechas y diagnósticos médicos justificantes de la bajas– no contribuía al interés general sino a controlar el absentismo laboral. Las facultades del empresario no le permiten adoptar medidas inidóneas y desproporcionadas que pongan en peligro derechos fundamentales.

F) Prohibición judicial de emitir un programa de televisión y censura previa

STC 187/1999, de 25 de octubre, Sala Segunda. Las resoluciones judiciales impugnadas en el amparo concurren en una misma decisión: prohibir la emisión de un programa de televisión, aún en fase de realización, para evitar incrementar el daño moral de aquellos que ya habían imputado un delito de injurias a quien iba a protagonizar tal programa; éste podría interferir en la investigación judicial abriendo un “juicio paralelo”.

Los recurrentes entienden que las actuaciones judiciales, verificando previamente el contenido del programa, son una modalidad singular de censura judicial. El TC hace un excursus en la historia de la censura en España, para concluir que se trata de una censura gubernativa en la que no se encuadra la posibilidad de que un órgano judicial, debidamente habilitado por la ley, adopte medidas restrictivas de las libertades de expresión e información. La propia

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Constitución (art. 20.5) contempla esa posibilidad. Aunque tales medidas –secuestro judicial u otras por razones de urgencia– “sólo podrán adoptarse en el curso de un proceso judicial en el que se pretendan hacer valer o defender, precisamente, los derechos y bienes jurídicos que sean límite de tales libertades (FJ 6º) y con estricta observancia de las garantías formales y siempre que la medida sea proporcional a la tutela que ha de dispensarse.

La singularidad de este caso radica en que se trata de una medida cautelar para evitar que el daño al honor sea irreversible; no se trata pues de asegurar, como es lo habitual en medidas de este tipo, la existencia de determinadas piezas de convicción. De las medidas posibles –el secuestro o la prohibición de emitir– era la segunda la que atendía a la finalidad perseguida.

El TC analiza la ponderación entre los derechos en conflicto realizada por el juez para adoptar las resoluciones impugnadas, y lleva a cabo el juicio de proporcionalidad entre la medida restrictiva y las libertades limitadas. A la vista de las anteriores declaraciones de la invitada al programa, de las cuñas publicitarias que lo anunciaban y de las demás circunstancias del caso el órgano judicial, entiende el TC, llega a una decisión ponderada y proporcional, para proteger el honor de un menor y evitar que se ejerciera el descartado por la jurisprudencia del TC derecho al insulto.

G) Alcance de la inhabilitación especial para “todo cargo público electivo”

La STC 151/1999, de 14 de septiembre, resuelve, desestimando el amparo, un recurso por supuesta vulneración del derecho reconocido en el art. 23.2 CE cuyo supuesto de hecho no había sido planteado anteriormente. El recurrente, Alcalde de Melilla y aspirante a Senador, sostiene que la inhabilitación para todo cargo público y no sólo para el de Alcalde o análogos lesiona su derecho a la igualdad y su derecho a acceder a cargo público representativo. Lo que se ventila aquí es si la interpretación dada por el órgano judicial del art. 36 del Código Penal anterior (básicamente coincidente con el art. 44 del nuevo Código) según el cual la inhabilitación produciría “la incapacidad para obtener otros (cargos) análogos durante el tiempo de la condena”, es legítima a la luz de los derechos constitucionales en juego o si, por el contrario, la ampliación a todos los cargos representativos sin excepción conlleva una extensión desmedida y limitadora de derecho.

La mayoría de la Sala entiende que, si bien el juez es libre a la hora de interpretar y aplicar la legalidad y los hechos del caso, el TC puede analizar la incidencia de las decisiones judiciales en el contenido de los derechos constitucionales. En este caso, la interpretación judicial resulta de una exégesis razonable y guarda aparente proporción toda vez que un cargo público representativo que escamotea documentos a su rival político faltando así a las mínimas reglas democráticas no merece la confianza para ser Senador.

El voto particular de Vives Antón discrepa de la mayoría porque, a su entender, la expresión normativa “otros análogos” es justamente eso, cargos representativos parecidos, lo que según la propia jurisprudencia del TC (SSTC 80/1987, 154/1993 y 49/1999) supone no reconocer analogía entre todos los cargos representativos existentes sino entre aquellos que efectivamente la guardan. Se habría debido otorgar el amparo.

H) La exclusión de los votos nulos ni es discriminatorio ni desfigura la representación política

STC 185/1999, de 11 de octubre, Sala Segunda. Se resuelve desestimándolo un recurso de amparo interpuesto por la *Federació d'Independents de Catalunya* contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Cataluña, confirmatoria de una resolución de la Junta Electoral de Tarragona.

Entienden los recurrentes que debieron contarse todos los votos emitidos, no sólo los válidos, incluyendo pues, los nulos a la hora de repartir los puestos en el Consejo Comarcal.

El TC considera razonable la interpretación del art. 20.5 de la Ley de Cataluña 6/1987, hecha por los órganos judiciales que se pronunciaron, pues la fórmula legal “total de votos válidos emitidos en la comarca” permite esa interpretación ajustada al principio general de ineficacia de los actos nulos y se apoya en la LOREG la cual descarta expresamente para las elecciones municipales la contabilización de los votos nulos; lo anterior encaja con la interpretación judicial controvertida, pues sería un contrasentido aplicar para dos elecciones sucesivas criterios distintos.

Más allá de la razonabilidad de la interpretación realizada, el TC se plantea, en una indagación sustantiva, si ha habido discriminación; y llega a la conclusión de que no; tampoco considera que se haya desfigurado la representación política porque la participación popular, directa o indirecta, está siempre sometida a inexorables exigencias en la manifestación del voto popular cuyo incumplimiento conduce a la nulidad del voto y a su consiguiente pérdida de efecto, sin que esto suponga menoscabo ninguno del sentido y función de la representación.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**A) Dilaciones indebidas y plazo razonable: dos años**

STS de la Sala Tercera, Sección Sexta, de 28 de junio de 1999. La Sala, ante un retraso en la tramitación durante más de dos años de un recurso contencioso-administrativo por la Audiencia Nacional, reitera la doctrina del TC sobre la necesaria valoración de diversos elementos, como la existencia de causas objetivas que comportan un retraso estructural, la complejidad del proceso y la conducta de la parte. El incumplimiento de los plazos procesales no comporta por sí una anomalía funcional que genere responsabilidad y sí lo constituye una tardanza que sea reconocida por la conciencia social y jurídica como impropia de un Estado, que propugna como uno de sus valores superiores la justicia y reconoce el derecho a la tutela judicial eficaz. La tardanza de más de dos años en la tramitación no debe considerarse alejado de los estándares normales en la Administración de Justicia, atendiendo al elevado número de asuntos y no constando que el recurso en cuestión revistiera especial urgencia ni que el interesado dirigiera requerimiento para denunciar los retrasos indebidos.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

B) Tutela judicial efectiva y filiación: la pasividad del órgano judicial en la práctica de prueba biológica genera indefensión

STS, Sala Primera, de 21 de septiembre de 1999. Renuncia de la madre antes del nacimiento de su hija, ante la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, con consignación de su voluntad de hacer oculta su identidad, tanto a los efectos registrales civiles (art. 167 RRC), como en el procedimiento de acogimiento y adopción. Nulidad de la normativa del Registro Civil, que ampara la ocultación de los datos de filiación materna.

Existencia de vulneración constitucional derivada de la actuación del órgano judicial que se aquieta ante la negativa de la Consejería a contestar a su requerimiento de que facilitara la identificación de la menor, requerimiento que no es atendido por la Administración Autonómica, que sólo hace constar que asumió la tutela desde su nacimiento. Dada la relevancia de los derechos en juego (arts. 14, 24.1 y 39 CE), la falta de colaboración de la citada Administración con el Poder Judicial infringe el art. 118 CE, y no presenta una justificación válida, pues no son de recibo ni la renuncia de la madre, anticipada al nacimiento, ni interpretaciones anticonstitucionales del Reglamento del Registro Civil. La actitud pasiva del órgano judicial que no práctica, ni como diligencia para mejor proveer, la prueba biológica admitida, que resultaba esencial, ya que no existía otro medio para el esclarecimiento de la verdadera filiación debatida, implica un claro incumplimiento del deber constitucional de prestar tutela efectiva, y de remover los obstáculos que se oponían a la efectividad de tal medio de prueba, que era imprescindible, y que causa indefensión a la parte.

C) Derecho al honor y a la libertad de información y expresión

La STS, Sala Primera, de 24 de septiembre de 1999, en relación a una entrevista radiofónica en la que un recluta relata la sodomización de que había sido objeto por oficiales del centro militar, acusaciones que fueron declaradas judicialmente falsas, se plantea la vulneración del derecho al honor de los presuntos agresores por parte de la locutora del programa que no observó la mínima diligencia exigible en el contraste de los hechos denunciados. Se reconoce el derecho de los dos oficiales a ser indemnizados en igual cuantía, con independencia de su graduación (Coronel y Capitán), pues el derecho a ser respetado en el propio honor es igual para ambos.

En la STS, Sala Primera, de 25 de octubre de 1999, se plantea un supuesto de existencia de intromisión ilegítima del derecho al honor del afectado por la divulgación a través de un periódico de que contaba con antecedentes penales por una violación acaecida hacía doce años por la que fue arrestado, información que no era cierta. Dados los términos de la noticia publicada, referida a su no participación en determinados hechos, a la que se añade la tenencia de antecedentes penales, además de no ser veraz, era innecesaria y superflua y tal extremo afectó a la reputación y dignidad personal del demandante al que se reconoce su derecho a ser indemnizado.

Igualmente, en la STS, Sala Primera, de 28 de octubre de 1999, se plantea un caso acerca de la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor de los recurrentes por la publicación en un periódico de un comunicado en el que se informa de las verdaderas personas que dirigen una sociedad titular de diversos medios de información, su situación económica y la existencia de irregularidades en su gestión. La intromisión es inexistente, pues se trata de una información debidamente contrastada y comprobada, siendo, además, la noticia de indudable relevancia pública.

D) Derecho a la educación. Limitaciones al derecho a elegir centro docente

En la STS, Sala Tercera, Sección Tercera, de 5 de octubre de 1999, el origen del supuesto está en la impugnación de la decisión administrativa de limitar el número máximo de alumnos en un curso de EGB. El derecho a la elección de centro docente es una consecuencia de la libertad de enseñanza y de creación de centros docentes, reconocidos en el art. 27 CE, que consiste en el derecho de los padres a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos o, en otras palabras, la libertad de los padres de escoger para sus hijos escuelas distintas a las creadas por las autoridades públicas. No se vulnera el art. 27 CE por la redistribución de alumnos acordada por la Comisión de Escolarización por la insuficiencia de plazas escolares en un determinado ámbito territorial. La administración ha establecido un criterio de reparto de alumnos entre diversos centros de forma objetiva, igualitaria y conforme con la finalidad establecida en la propia Ley Orgánica reguladora de esta materia y no cabe afirmar que haya desconocido el derecho de los padres a elegir centro, sino que se ha limitado a hacerlo compatible con la finalidad del interés público de que los alumnos se distribuyan en las aulas disponibles, conforme a la tendencia numérica ideal establecida por el legislador.

E) Extranjeros y medidas cautelares

STS, Sala Tercera, Sección Sexta, de 28 de septiembre de 1999. La suspensión de la obligación de abandonar el territorio nacional no se trata de un acto negativo, sino que tal obligación reviste la naturaleza de acto positivo, susceptible, por tanto, de suspensión jurisdiccional. Procedencia de la suspensión de la ejecución del acto impugnado, la salida del territorio nacional del recurrente, de nacionalidad china, conforme reiterada jurisprudencia del TS, ya que atiende al buen fin del proceso la no afectación de los intereses públicos y la necesidad de mantener la unidad familiar.

JAVIER GARCÍA ROCA
ISABEL PERELLÓ
PABLO SANTOLAYA

RAÚL CANOSA
ALFREDO ALLUÉ
RAFAEL BUSTOS

IV. FUENTES DEL DERECHO

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Ley. A) Reserva de ley en materia de regulación de actividades profesionales (art. 36 CE). B) Deslegalización: se admite en materias no reservadas a la ley. **3. Reglamento.** A) Concepto: carácter discrecional de la potestad reglamentaria. B) Titularidad de la potestad reglamentaria: el Gobierno es competente para dictar reglamentos ejecutivos de ley y los Ministros pueden dictar reglamentos independientes *ad intra*, organizativos o relativos a relaciones de sujeción especial. C) Principio de inderogabilidad singular de reglamentos. D) Tipos de reglamentos. a) Reglamento ejecutivo: complemento indispensable de la ley. b) Reglamento independiente: complemento del reglamento ejecutivo en la regulación de la materia que carece de cobertura legal. c) Reglamentos básicos: deben dejar libre un ámbito para el desarrollo por parte del Estado y de las Comunidades Autónomas. E) Procedimiento de elaboración. a) Audiencia obligatoria a las entidades interesadas que ostenten por ley la representación legal de un sector de actividad. b) La audiencia no es exigible cuando se tramita la elaboración de reglamentos organizativos. c) El carácter urgente de un reglamento permite reducir el plazo para concurrir al trámite de audiencia. d) El dictamen del Consejo de Estado es obligatorio en el procedimiento de elaboración de reglamentos ejecutivos de las Comunidades Autónomas que no se hayan dotado de Consejo Consultivo. e) Infracciones procedimentales inexistentes: modificación sin motivación suficiente del borrador inicial y utilización de conceptos jurídicos indeterminados; falta de rigor técnico en la elaboración de la norma e irregularidades irrelevantes. f) La modificación de una Ordenanza municipal está sujeta a los mismos trámites que su aprobación. F) Eficacia retroactiva de las normas sancionadoras más favorables. G) Control de los Reglamentos. a) Legitimación: no está legitimado el Consejo General de un Colegio Profesional para impugnar un reglamento organizativo que no le afecta directamente. b) La nulidad de un reglamento sólo determina la nulidad de los actos firmes dictados a su amparo. c) Impugnación directa de disposiciones de carácter general: falta de objeto por derogación sobrevenida de la norma. d) Impugnación indirecta

de disposiciones de carácter general: sólo legitima la inaplicación de la norma y no la declaración de ilegalidad; impugnación indirecta de disposiciones de carácter general: requiere un contenido suficiente de la pretensión en tal sentido. e) La pretensión de inconstitucionalidad de una Orden Ministerial desconoce la extensión y límites de la jurisdicción contencioso-administrativa en el control de la potestad reglamentaria: incompetencia de los Tribunales Superiores de Justicia. **4. Instrucciones y órdenes de servicio: no son normas, ni actos administrativos, sino mandatos emanados de la potestad autoorganizativa de la Administración. 5. Principios Generales: la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La jurisprudencia constitucional, que ha sido analizada hasta el BOE de 28 de diciembre de 1999, no aporta referencias de interés para el tema de las fuentes del Derecho.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia contencioso-administrativa, que ha sido analizada hasta el cuaderno núm. 33 (1999) del Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi, se observa que permanece la postura mayoritaria tradicional relativa a los tipos de reglamentos admisibles en nuestro ordenamiento, así como respecto a la cuestión de la titularidad de la potestad reglamentaria. En este sentido, el Gobierno es competente para dictar reglamentos ejecutivos de ley y los Ministros sólo pueden dictar reglamentos *ad intra*, esto es, en materias organizativas o para regular las relaciones especiales de sujeción.

Sin embargo, junto a esta postura tradicional, el Tribunal Supremo reconoce en ocasiones la admisibilidad de una potestad reglamentaria independiente con efectos *ad extra*, aunque a través de una compleja construcción que califica como reglamento independiente en el seno de un reglamento ejecutivo de ley aquella parte del mismo que carece de cobertura legal: la parte del reglamento que complementa la ley (reglamento *intra legem*) se califica como reglamento independiente.

Aparte, y por primera vez, se ha analizado en este apartado la jurisprudencia contencioso-administrativa de los Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y Audiencia Nacional. Concretamente, se ha analizado el Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi correspondiente al año 1999 y el cuaderno núm. 16 correspondiente a enero del año 2000. A este respecto añadir que la jurisprudencia de los Tribunales mencionados no añade cuestiones nuevas.

IV. Fuentes del Derecho

2. LEY

A) Reserva de ley en materia de regulación de actividades profesionales (art. 36 CE)

La norma que impone que las fórmulas magistrales veterinarias sólo se elaborarán y expedirán por los farmacéuticos cuando en las oficinas de farmacia tengan medios suficientes para ello, no infringe la reserva del art. 36 CE, dado que no implica en modo alguno una prohibición a los farmacéuticos para elaborar fórmulas magistrales, “prohibición hipotética respecto a la que quizás podía plantearse fundadamente la necesidad de una norma con rango de ley” (STS de 11 de junio de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Cuarta, Ar. 6395).

B) Deslegalización: se admite en materias no reservadas a la ley

El art. 73.c) de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, no realiza ninguna deslegalización al autorizar al Gobierno para regular sus formas de financiación distintas de la participación en su capital, pudiendo, en particular, limitar las modalidades y plazos en que podrán obtener recursos del público en forma de depósitos, préstamos, cesiones temporales de activos u otras operaciones análogas. La deslegalización no se produce dado que no existe reserva de ley para las funciones cuya regulación se remite a la potestad reglamentaria del Gobierno (STS de 17 de julio de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Segunda, Ar. 6381).

3. REGLAMENTO

A) Concepto: carácter discrecional de la potestad reglamentaria

La configuración de la Comisión prevista en el Real Decreto para la investigación técnica de los accidentes e incidentes de aviación civil constituye, dentro del respeto a los principios de reserva de ley y de jerarquía normativa, “una cuestión de mera oportunidad, respecto de la cual la Administración dispone de una amplia libertad para tomar la decisión que considere más idónea”. Se trata de “una decisión tomada en el libre ejercicio de la potestad autoorganizatoria de la Administración”, que “no incide en la falta de racionalidad determinante de arbitrariedad que los demandantes afirman” (STS de 14 de junio de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera, Ar. 6019).

B) Titularidad de la potestad reglamentaria: el Gobierno es competente para dictar reglamentos ejecutivos de ley y los Ministros pueden dictar reglamentos independientes *ad intra*, organizativos o relativos a relaciones de sujeción especial

La posición actual de la jurisprudencia sobre esta cuestión puede sintetizarse en los siguientes puntos: 1) la potestad para dictar Reglamentos ejecutivos corresponde en

exclusiva al Gobierno, no a los Ministros; 2) los Ministros pueden dictar Reglamentos independientes *ad intra*, esto es, con fines puramente organizativos o respecto de relaciones de sujeción especial, sin que puedan afectar a derechos y obligaciones de los administrados en aspectos básicos o de carácter general. En este sentido, la competencia atribuida por Real Decreto al Ministerio de Economía y Hacienda para fijar la medida y los límites de las Sociedades y Agencias de Valores se mueve en ese ámbito doméstico de la Administración (STS de 17 de julio de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Segunda, Ar. 6381).

El desarrollo reglamentario realizado por Orden Ministerial ha de cohererse y superarse, en virtud del principio de jerarquía normativa, con el contenido de la norma reglamentaria que habilite al Ministro para su desarrollo (STSJ del País Vasco de 4 de marzo de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Ar. 561).

C) Principio de inderogabilidad singular de reglamentos

La eventual autorización de apertura de un establecimiento mercantil los domingos, en contra de lo dispuesto por el Decreto 58/1996 de la Comunidad Autónoma de La Rioja, sobre regulación de los horarios comerciales en el ámbito territorial de la mencionada Comunidad, con base en el carácter familiar de la sociedad y en la circunstancia de que todos sus socios son miembros de la Iglesia Cristiana Adventista del Séptimo Día, cuyo preceptivo día de descanso semanal es el sábado, supondría, no sólo una vulneración del mencionado Decreto, sino también del “incondicionado principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos, que derivado del principio de legalidad de la Administración en cuanto que, sometida a todo el ordenamiento jurídico, lo está también a sus propios reglamentos” (STSJ de La Rioja de 18 de marzo de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Ar. 547).

D) Tipos de reglamentos

a) Reglamento ejecutivo: complemento indispensable de la ley

El Reglamento ejecutivo constituye un “complemento indispensable” de la Ley, según la jurisprudencia. Esto significa que el reglamento ejecutivo debe incluir todo lo indispensable y sólo lo indispensable para asegurar la correcta aplicación y la plena efectividad de la ley (STS de 11 de mayo de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Sexta, Ar. 6146).

El Reglamento dictado en ejecución de una ley, complementa a ésta; puede explicitar reglas que en la ley estén enunciadas y puede aclarar conceptos de la ley que sean imprecisos: el reglamento puede ir más allá de ser puro ejecutor de la ley, a condición de que el comportamiento de la Administración sea acorde con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico (STS de 9 de junio de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera, Ar. 6298).

IV. Fuentes del Derecho

La remisión por la Ley al Ejecutivo y a las Comunidades Autónomas para desarrollar en vía reglamentaria algún precepto concreto, supone que la Administración respete el contenido esencial del precepto que desarrolle. Es criterio jurisprudencial consolidado que los reglamentos como complemento de la ley, deben contener normas precisas que expliquen, aclaren o pongan en práctica los preceptos de la ley que desarrollen. Pero lo que no puede el reglamento es ampliar el contenido de la ley (STS de 17 de junio de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera, Ar. 6302).

El desarrollo por Decreto 68/1989 de la Generalidad Valenciana de los arts. 41 a 43 de la LODE se adapta al espíritu y finalidad de la misma, lo que confirma el hecho de que haya establecido una fórmula idéntica a la adoptada por la Administración del Estado en el Real Decreto 2376/1985. (STS de 22 de junio de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera, Ar. 6304).

b) Reglamento independiente: complemento del reglamento ejecutivo en la regulación de la materia que carece de cobertura legal

Los arts. 39 y 81 del Reglamento sobre Medicamentos Veterinarios aprobado por RD 109/1995, de 27 de enero, no tienen cobertura en la Ley del Medicamento: dicha ley no contempla la materia en sus artículos 43 a 50 relativos a los medicamentos veterinarios pero tampoco contiene ningún mandato ni regla en contrario. Para el Tribunal Supremo, esta regulación puede calificarse como “el ejercicio por el Consejo de Ministros de una potestad reglamentaria independiente cuyo resultado se incorpora a un reglamento ejecutivo de ley”. El Tribunal añade que “ello no es por sí contrario al ordenamiento jurídico, tanto más cuanto se trata de regular situaciones de excepcionalidad” (STS de 11 de junio de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Cuarta, Ar. 6395).

c) Reglamentos básicos: deben dejar libre un ámbito para el desarrollo por parte del Estado y de las Comunidades Autónomas

Las posibles omisiones del RD 109/1995, de 27 de enero, sobre Medicamentos Veterinarios, relativas a la especificación de los deberes existentes sobre ciertas materias (Director Técnico de los laboratorios y almacenes de productos veterinarios) no suponen una ilegalidad, dado que se trata de una norma básica de las aludidas en los arts. 148 y 149 de la Constitución, por lo que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en la materia pueden y deben dictar normas para su desarrollo (STS de 11 de junio de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Cuarta, Ar. 6395).

E) Procedimiento de elaboración

a) Audiencia obligatoria a las entidades interesadas que ostenten por ley la representación legal de un sector de actividad

No es exigible la audiencia a la Federación Empresarial de Farmacéuticos en el procedimiento de elaboración de una Orden Ministerial de recetas médicas, sobre modelos ofi-

ciales de las utilizadas para la prestación farmacéutica en el Sistema Nacional de Salud, ya que se trata de una asociación de carácter voluntario y además, había sido oído el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, que ostenta la representación legal de los farmacéuticos titulares de las farmacias; la omisión de dicha audiencia no genera la nulidad de la disposición como había estimado el Tribunal de instancia (STS de 6 de julio de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Cuarta, Ar. 5920). En el mismo sentido, STS de 14 de junio de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera, Ar. 6019.

El Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española impugna el Real Decreto 1611/1987, de 23 de diciembre, que regula las atribuciones y condiciones para la obtención de los títulos profesionales de mecánicos navales de buques pesqueros. El Tribunal Supremo considera que, en la medida en que esta norma afecta a este cuerpo de oficiales, legitima activamente al Colegio que representa sus intereses corporativos para impugnar la norma, pero en ningún modo ello puede suponer que fuera preceptivo para la elaboración del Real Decreto el solicitar informe o el trámite de audiencia al mencionado Colegio, pues, tal norma “para nada se refiere a las atribuciones y condiciones de los Oficiales de la Marina Mercante” (STS de 20 de julio de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Cuarta, Ar. 6872).

En atención a que la finalidad primordial de la Asociación de Empresarios de Transportes de la provincia de Santa Cruz de Tenerife así como de la Federación de Trabajadores Autónomos de Auto-Turismos y Auto Taxis de Canarias es la defensa de los intereses individuales y colectivos dentro del sector de transporte terrestre en la provincia de Tenerife, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Tenerife considera que “gozaban las Asociaciones recurrentes del derecho a ser oídas en la elaboración del mentado Decreto 158/1996 (de la Consejería de Turismo y Transportes, de 4 de julio, sobre otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones de transporte terrestre), al representar unos intereses de carácter general afectados de forma especial y directa” (STSJ de Canarias de 11 de enero de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo con sede en Santa Cruz de Tenerife, Ar. 923).

b) La audiencia no es exigible cuando se tramita la elaboración de reglamentos organizativos

El Reglamento por el que se regula la investigación de los accidentes de aviación civil, aprobado por RD 3897/1998, de 13 de marzo, tiene carácter organizativo y no incide en el ámbito de la defensa de los intereses profesionales por lo que no se considera preceptiva en su tramitación la audiencia al Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos Aeronáuticos (STS de 14 de junio de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera, Ar. 6019) En el mismo sentido STS de 12 de julio de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Cuarta, Ar. 6756.

IV. Fuentes del Derecho

c) El carácter urgente de un reglamento permite reducir el plazo para concurrir al trámite de audiencia

La Unión de Consumidores y Usuarios tuvo audiencia en el procedimiento de elaboración del RD 1268/1997, relativo al etiquetado de productos alimenticios salvo en lo relativo al art. 2, que fue introducido en virtud de un acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados. El Tribunal Supremo entiende que la omisión de este trámite no es relevante dado que las alegaciones que pretendía presentar la Unión de Consumidores coincidían con las que ya había hecho el Instituto Nacional de Consumo, que por razones de urgencia —el Congreso ordenó que la norma se aprobara en tres meses— se justificó la disminución del plazo del trámite de audiencia, suficiente para haber presentado alegaciones y porque en su caso, su presentación no hubiera alterado la regulación del Real Decreto (STS de 13 de julio de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Cuarta, Ar. 6619).

d) El dictamen del Consejo de Estado es obligatorio en el procedimiento de elaboración de reglamentos ejecutivos de las Comunidades Autónomas que no se hayan dotado de Consejo Consultivo

En consonancia con las Sentencias del Tribunal Constitucional 56/1990, de 29 de marzo y 204/1992, de 26 de diciembre, el Tribunal Supremo confirma el carácter preceptivo del dictamen del Consejo de Estado en la elaboración del Decreto 81/1992, de 5 de noviembre, del Gobierno Balear, que desarrolla la Ley 12/1991, de 20 de diciembre, que crea el impuesto sobre instalaciones que incidan sobre el medio ambiente, en la medida en que la Comunidad de las Islas Baleares no se ha dotado de un Consejo Consultivo en virtud de su potestad de autoorganización (STS de 30 de septiembre de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Segunda, Ar. 7121).

Con base en las SSTS de 18 y 26 de diciembre de 1997 (Ar. 517 y 1354) y de 25 de febrero y de 3 de junio de 1998 (Ar. 1810 y 5520) afirma el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja “la procedencia de requerir el dictamen del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración por las Comunidades Autónomas de reglamentos ejecutivos si ellas mismas no se han dotado, en virtud de su potestad de autoorganización de un órgano consultivo semejante”. Ahora bien, habiendo creado la Comunidad de La Rioja un Consejo Consultivo por Ley 3/1995, de 8 de marzo, y siendo preceptivo su dictamen en la elaboración de los reglamentos que haya de dictar el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma en ejecución o desarrollo de leyes estatales y autonómicas [art 8.4.C) del Decreto autonómico 33/1996, que aprueba el reglamento del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de La Rioja], concluye el Tribunal que la ausencia del dictamen provoca la nulidad de la disposición aprobada (STSJ de La Rioja de 22 de febrero de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Ar. 219). En el mismo sentido la STSJ de La Rioja de 25 de marzo de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Ar. 548.

e) Infracciones procedimentales inexistentes: modificación sin motivación suficiente del borrador inicial y utilización de conceptos jurídicos indeterminados; falta de rigor técnico en la elaboración de la norma e irregularidades irrelevantes

Ante el hecho de que la redacción inicial del proyecto de Decreto no coincide con la redacción final del Decreto impugnado, el Tribunal Superior de Justicia de Baleares afirma que tal argumento es totalmente irrelevante, pues, “los borradores no están sino para ser modificados en aquellos extremos que se entiendan perfeccionables y como toda disposición general no precisa de motivación como no lo sea la exposición de motivos del mismo”. Por su parte, contra la alegación relativa a la ilegalidad del Decreto por el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, confirma el Tribunal la legalidad del precepto cuestionado, a pesar de criticar el escaso acierto de su utilización, afirmando que esta técnica “no contraviene precepto legal alguno y la inclusión de conceptos jurídicos indeterminados es propio de disposiciones de carácter general para atemperarlas al caso concreto” (STSJ de Baleares de 9 de abril de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Ar. 875).

Falta de rigor técnico en la elaboración de la norma e irregularidades irrelevantes: no constituyen una infracción jurídica que tenga trascendencia. (STS de 20 de julio de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Cuarta, Ar. 6872)

f) La modificación de una Ordenanza municipal está sujeta a los mismos trámites que su aprobación

El Acuerdo del Pleno de un Ayuntamiento no es requisito procedimental suficiente para la modificación de un precepto de una Ordenanza municipal declarado nulo por sentencia firme. La modificación de las Ordenanzas municipales está sujeta a lo dispuesto por los arts. 49 de la Ley de Bases de Régimen Local y 56 del Texto Refundido de Régimen Local de 1986, esto es, a los mismos trámites que para su aprobación: aprobación inicial por el Pleno, información pública y audiencia de los interesados; resolución de las reclamaciones; y aprobación definitiva por el Pleno (STSJ del País Vasco de 15 de febrero de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Ar. 384).

F) Eficacia retroactiva de las normas sancionadoras más favorables

Conforme a los principios del derecho sancionador, y, en particular, a la eficacia retroactiva de la norma en lo que resulta favorable, no cabría mantener la procedencia de una sanción respecto de una conducta que en todo caso ha devenido lícita como consecuencia de la modificación de la norma sancionadora o de aquella que constituyó el fundamento de la sanción (STS de 28 de junio de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Cuarta, Ar. 6407).

IV. Fuentes del Derecho

G) Control de los Reglamentos

a) Legitimación: no está legitimado el Consejo General de un Colegio Profesional para impugnar un reglamento organizativo que no le afecta directamente

El Consejo General de Colegios Farmacéuticos no está legitimado para impugnar la atribución reglamentaria de determinadas competencias al Ministerio de Agricultura y Alimentación alegando que deben corresponder al Ministerio de Sanidad y Consumo, ya que no se trata de la defensa de un derecho o interés de la Corporación, sino del uso por el Consejo de Ministros de su potestad organizatoria para atribuir competencias a unos órganos u otros (STS de 11 de junio de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Cuarta, Ar. 6395).

b) La nulidad de un reglamento sólo determina la nulidad de los actos firmes dictados a su amparo

Las liquidaciones tributarias practicadas antes de que se declare la nulidad de la norma en cuya virtud se efectuaran, puede decirse que corresponden a ingresos indebidos pero pueden ser impugnadas para que no se conviertan en firmes o consentidas, lo mismo en vía administrativa que en vía jurisdiccional. En cambio, las practicadas después de anulada la disposición general pasan a ser ingresos indebidos, provenientes de liquidaciones nulas de pleno derecho con nulidad radical que debe ser apreciada por cualquier órgano administrativo o judicial ante el que se pretenda que surtan efectos (STS de 19 de julio de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Segunda, Ar. 6382).

c) Impugnación directa de disposiciones de carácter general: falta de objeto por derogación sobrevinida de la norma

En el caso de impugnación directa de una disposición de carácter general, y no de sus actos de aplicación, y pretendiéndose la declaración de nulidad de la norma, la derogación sobrevinida de la disposición priva al conflicto jurídico de su objeto. Esta doctrina del Tribunal Supremo sigue la jurisprudencia que mantiene el Tribunal Constitucional en las Sentencias 111/1983, 199/1987 y 385/1993 (STS de 14 de octubre de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera, Ar. 7664).

d) Impugnación indirecta de disposiciones de carácter general: sólo legitima la inaplicación de la norma y no la declaración de ilegalidad; impugnación indirecta de disposiciones de carácter general: requiere un contenido suficiente de la pretensión en tal sentido

La impugnación indirecta “no faculta (para) hacer una declaración de ilegalidad de la disposición, sino únicamente en cuanto a su aplicación, pues la pretensión de nulidad de la disposición en cuanto tal únicamente cabe ejercitarla en el supuesto de impugnación directa de la misma” (STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de febrero de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Ar. 208).

La impugnación indirecta de disposiciones de carácter general requiere que dicha pretensión se halle “suficientemente planteada y constituya la base esencial de la pretensión articulada”, no siendo suficiente “la mera cita o referencia genérica y circunstancial de la disposición a lo largo de la fundamentación genérica que sirve de soporte a las pretensiones ejercitadas” (STSJ de Canarias de 6 de mayo de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, Ar. 1422).

e) La pretensión de inconstitucionalidad de una Orden Ministerial desconoce la extensión y límites de la jurisdicción contencioso-administrativa en el control de la potestad reglamentaria: incompetencia de los Tribunales Superiores de Justicia

Ante la pretensión de la declaración de inconstitucionalidad de la Orden Ministerial de 11 de abril de 1996, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco declara que dicha pretensión desconoce la extensión y límites de la jurisdicción contencioso-administrativa en el control de la potestad reglamentaria. El Tribunal basa su decisión en dos argumentos: en primer lugar, porque el control de validez de una Orden Ministerial es competencia de la Audiencia Nacional y, en segundo lugar, porque “la pretensión de que se declare la inconstitucionalidad y se publique en el Boletín Oficial del Estado no se halla expresamente prevista por el ordenamiento jurídico que la limitan a las leyes y atribuye el conocimiento de las mismas al Tribunal Constitucional” (STSJ del País Vasco de 4 de marzo de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Ar. 561).

4. INSTRUCCIONES Y ÓRDENES DE SERVICIO: NO SON NORMAS, NI ACTOS ADMINISTRATIVOS, SINO MANDATOS EMANADOS DE LA POTESTAD AUTOORGANIZATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN

Las instrucciones y órdenes de servicio se caracterizan por los siguientes elementos: 1º) el elemento jerárquico, pues, instrucciones y órdenes de servicio contienen directivas emitidas por los órganos superiores y que obligan exclusivamente a sus órganos subordinados; 2º) se trata de reglas que tienen eficacia interna o *ad intra*; 3º) están sometidas al ordenamiento jurídico con base en el principio constitucional de sometimiento de la Administración pública a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Las instrucciones y órdenes de servicio no tienen eficacia normativa, ni constituyen actos administrativos, sino que se trata de “simples mandatos emanados de la potestad de autoorganización de la Administración” (STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de abril de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Ar. 886). Reiterando la naturaleza no normativa de instrucciones y órdenes de servicio, la STSJ de Andalucía de 27 de septiembre de 1999, con sede en Granada, Sala de lo Contencioso-administrativo, Ar. 2755.

Por vía de instrucciones de servicio “no se puede innovar el ordenamiento jurídico (...), atribuyéndose potestades reglamentarias de las que carece la Dirección Gerencia del SAS” (STSJ de Andalucía de 9 de junio de 1999, con sede en Granada, Sala de lo Contencioso-administrativo, Ar. 1467).

IV. Fuentes del Derecho

Una circular no tiene más valor y obligatoriedad que en el ámbito interno de la Administración. Por esta razón, no cabe aplicar el principio previsto en el art. 6 del Código Civil que dispone que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento “dado que precisamente se refiere a esas leyes, pero no es posible extenderlo a una norma con un ámbito interno” (STSJ de Canarias de 24 de mayo de 1999, con sede en Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Contencioso-administrativo, Ar. 1477).

5. PRINCIPIOS GENERALES: LA IGNORANCIA DE LAS LEYES NO EXCUSA SU CUMPLIMIENTO

El principio general de que la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento regulado en el art. 6.1 del Código Civil no constituye una presunción *iuris tantum* contra la cual quepa aducir prueba en contrario (STS de 11 de mayo de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Sexta, Ar. 6146).

ANA DE MARCOS FERNÁNDEZ
JAVIER BERMÚDEZ SÁNCHEZ

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

Actos y Procedimiento Administrativos

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Clases de actos. A) Actos reiterables. 3. Discrecionalidad.

A) Control jurisdiccional de la potestad discrecional de delimitación de polígonos.

4. Procedimiento Administrativo. Iniciación, tramitación y finalización. A) Falta de legiti-

mación del denunciante en un procedimiento disciplinario. B) Debe procederse al archivo de las actuaciones si en la solicitud de apertura de farmacia no se adjunta el título de licen-

ciada en farmacia. La no presentación de una póliza de préstamo en la solicitud de subsi-

diación de intereses no obliga a la Administración a requerir su subsanación. C) La inexis-

tencia de propuesta de resolución en un expediente sancionador supone la vulneración del art. 24.2 CE, salvo que el imputado haya tenido conocimiento anterior de la acusación for-

mulada en su contra. D) El silencio en materia de licencias de urbanismo sólo tiene carácter

positivo si lo solicitado es ajustado a Derecho. E) Los plazos de caducidad para iniciar

determinados procedimientos pueden ser interrumpidos por causas ajenas a la voluntad del

solicitante. 5. Eficacia y ejecución forzosa. A) La indicación de los recursos procedentes

debe contenerse en la notificación de la resolución administrativa, no siendo necesario que

se incluyan en ésta. B) La notificación puede realizarse a través de acta notarial. Pero no

cabe realizarla mediante la introducción de la resolución por debajo de la puerta del domi-

cilio del destinatario. C) La notificación efectuada a persona distinta del destinatario de la

resolución debe contener la identificación del receptor. 6. Invalidez del acto administrativo.

A) La falta de comunicación de la propuesta de resolución en un expediente administrativo

sancionador ocasiona la nulidad de pleno derecho de la sanción por vulnerar el contenido

esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Excepcionalmente aquel trá-

mite podrá dejar de ser imprescindible si en un trámite anterior se notificó aquel pronun-

ciamiento preciso. B) Nulidad de actuaciones por falta total y absoluta de los requisitos

esenciales que definen un procedimiento sancionador. C) Nulidad de pleno derecho de un acto dictado por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia.

D) La falta de licencia de apertura no determina por sí misma la nulidad de la licencia de obras. **7. Eliminación del acto administrativo.** A) Es un supuesto de revocación con indemnización (art. 16.3 RSCL) la revocación de una licencia para instalación de carteleras publicitarias por modificación de la normativa urbanística.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre noviembre de 1999 y enero de 2000 (marginales 5751 a 8200 respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y marginales 1577 a 3086 respecto de la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia), no habiéndose detectado ninguna novedad reseñable.

2. CLASES DE ACTOS

A) Actos reiterables

La STS de 23 de septiembre de 1999, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 6591 (FJ 5º), sostiene:

“(…) que si bien la jurisprudencia de esta Sala tiene reiteradamente declarado que las peticiones de licencia son reiterables (...), es lo cierto que la reiteración sólo es posible cuando cambia alguno de los elementos subjetivos, objetivos o normativos de la solicitud, pero no cuando éstos sean los mismos, pues en tal caso razones de seguridad jurídica, que es un valor consagrado en la CE (art. 9.3), avalan la imposibilidad de posteriores solicitudes idénticas, que podrían reproducirse de contrario indefinidamente (...)”.

3. DISCRECIONALIDAD

A) Control jurisdiccional de la potestad discrecional de delimitación de polígonos

La STS de 30 de octubre de 1999, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 7981 (FJ 2º), reitera una consolidada doctrina del Tribunal Supremo, y declara que:

“(…) El Ayuntamiento de Elche afirma en su primer motivo que ha habido un ‘exceso’ de jurisdicción (...), en el que habría incurrido la sentencia al invadir un ámbito de ejercicio de la potestad urbanística municipal que –dice– le corresponde en exclusiva, por ser cues-

V. Actos, Procedimiento y Contratos

tión técnica y de mera oportunidad de elección entre una actuación aislada en suelo urbano o la delimitación de una unidad de actuación. El principio de sometimiento a la ley de todos los poderes públicos y, por ello, de la propia Administración pública es connatural al Estado de Derecho, siendo su complemento necesario la garantía jurisdiccional prevista en los artículos 106.1 y 24 de la Constitución. De ahí resulta la susceptibilidad universal de control jurisdiccional de las disposiciones y resoluciones administrativas, al menos en sus elementos reglados, lo que afirma una jurisprudencia constante cuya cita resulta, por lo conocida innecesaria. No es, desde luego, excepción a esta posibilidad de control jurisdiccional la potestad discrecional de delimitación de polígonos, sujetos a los requisitos del art. 117.2 del TRLS de 1976, ni tampoco las delimitaciones de unidades de actuación en suelo urbano que aquí se discute, ya que las mismas son pertinentes donde no procedan las actuaciones aisladas y deben permitir, al menos, la distribución justa entre los propietarios de beneficios y cargas derivados del planeamiento, como expresamente recuerda el art. 117.3 del mismo Texto Refundido. Es lo que ha controlado jurisdiccionalmente la sentencia recurrida, en un ejercicio típico e impecable de los poderes que la Ley encomienda a este orden de jurisdicción, por lo que el motivo de ‘exceso’ en el ejercicio de la misma decae por inconsistencia (...).”

4. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. INICIACIÓN, TRAMITACIÓN Y FINALIZACIÓN

A) Falta de legitimación del denunciante en un procedimiento disciplinario

Las SSTs de 2 de junio de 1999, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 5752 (FJ 3º); 2 de julio de 1999, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 6829 (FJ 3º); 6 de julio de 1999, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 6832 (FJ 5º), reiteran la doctrina que considera, con carácter general, no legitimado al denunciante de un procedimiento disciplinario de Jueces y Magistrados, al no existir un interés legítimo en aquél (cfr. Crónica de Jurisprudencia núm. 6, V.4.A).

B) Debe procederse al archivo de las actuaciones si en la solicitud de apertura de farmacia no se adjunta el título de licenciada en farmacia. La no presentación de una póliza de préstamo en la solicitud de subsidiación de intereses no obliga a la Administración a requerir su subsanación

Resulta conforme a derecho el archivo de la solicitud de apertura de farmacia al no haber incorporado el interesado en su solicitud el título de licenciado en farmacia que exige la normativa reguladora, ni haber subsanado esa deficiencia en el plazo otorgado al efecto, de conformidad con el art. 71.1 LRJ-PAC, STS de 6 de julio de 1999, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 5921 (FJ 3º). Igualmente se considera correcta, aunque con una argumentación harto discutible, la denegación de la subsidiación de los intereses de un préstamo al no haber aportado el particular junto con su solicitud la póliza del préstamo suscrito, puesto que la Administración no está obligada a conceder un plazo de 10 días para subsanar tal deficiencia, art. 71 LRJ-PAC, porque la petición de subsidiación “(...) no es una solicitud de iniciación de expediente alguno, ni tampoco se trata de la cumplimentación

de un trámite procedimental a cargo del interesado, sino del incumplimiento de una condición imprescindible para tener derecho a la prestación gratuita ofrecida por la Administración (...)”, STSJ de Andalucía de 9 de junio de 1999, Sala de Granada, Ar. 1584 (FJ 3°).

C) La inexistencia de propuesta de resolución en un expediente sancionador supone la vulneración del art. 24.2 CE, salvo que el imputado haya tenido conocimiento anterior de la acusación formulada en su contra

Reiterando la doctrina de las SSTs de 21 de abril de 1997, y 2 de junio de 1997, las SSTs de 16 de julio de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 6029; 5 de julio de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 6307 (FJ 3°); 19 de julio de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 6316 (FJ 4°); 21 de julio de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 6318 (FJ 3°); 15 de septiembre de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 6749 (FJ 3°); 27 de septiembre de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 6637 (FJ 2°), consideran vulnerado el derecho a ser informado de la acusación si no se notifica la propuesta de resolución, salvo si en un trámite anterior del procedimiento (por ejemplo, el pliego de cargos) ya se informó al sujeto imputado de la conducta presuntamente infractora y su subsunción en un tipo determinado, con indicación de la consecuencia punitiva.

D) El silencio en materia de licencias de urbanismo sólo tiene carácter positivo si lo solicitado es ajustado a Derecho

Se reitera la doctrina que afirma la inexistencia de silencio positivo si lo solicitado en materia de licencia urbanística no es conforme a Derecho, SSTs de 6 de julio de 1999, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 5885 (FJ 3°), y 29 de junio de 1999, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 6278 (FJ 3°).

E) Los plazos de caducidad para iniciar determinados procedimientos pueden ser interrumpidos por causas ajenas a la voluntad del solicitante

Como afirma la STS de 8 de julio de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 6188 (FJ 2°), siguiendo la doctrina de las SSTs de 14 de octubre y 20 de julio de 1998 (cfr. Crónica de Jurisprudencia núm. 4, V.4.A), si bien los plazos de caducidad no admiten interrupciones, ello debe excepcionarse “(...) cuando se da una situación de fuerza mayor o cualquier otra causa independiente de la voluntad de los interesados, siempre que el procedimiento se haya iniciado dentro de plazo (...)”. En su virtud, considera correctamente realizada la petición de inscripción en el Registro de Aguas de aprovechamiento de aguas públicas bajo la cobertura de la Disposición Transitoria Primera. 2, de la Ley de Aguas aún cuando el interesado no ha aportado el Acta de notoriedad, puesto que el solicitante ha acreditado que la misma se está tramitando en ese momento.

5. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

A) La indicación de los recursos procedentes debe contenerse en la notificación de la resolución administrativa, no siendo necesario que se incluyan en ésta

La STS de 14 de julio de 1999, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 5882 (FJ 2º), interpretando el art. 79 LPA considera correctamente efectuada la notificación, en documento aparte, si ésta contiene los recursos procedentes contra la resolución, aun cuando en el texto de la misma no se haga referencia a tales extremos, al considerar que “(...) el texto de la resolución no tiene por qué contener las circunstancias que son exigibles en el acto de notificación de la misma, no se apoya en precepto legal alguno (...)”. La misma solución debería adoptarse ante la aplicación del art. 89.3 LRJ-PAC, puesto que, si bien aquí ya hay precepto expreso que obliga a incluir en el texto de la resolución los recursos procedentes, su omisión no situaría al particular en una situación de indefensión si en el acto de la notificación se incluyen estos extremos, art. 58.2 LRJ-PAC.

B) La notificación puede realizarse a través de acta notarial. Pero no cabe realizarla mediante la introducción de la resolución por debajo de la puerta del domicilio del destinatario

La notificación de los actos de la Administración, que aparece configurada como un requisito de eficacia de los mismos, STS de 3 de junio de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 6296 (FJ 3º), puede realizarse a través de un acta notarial, en la medida en que el art. 80 LPA hace referencia a cualquier medio que permita tener constancia de su recepción, como reconoce la STS de 16 de junio de 1999, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 6397 (FJ 2º). Lo que no es admisible, puesto que coloca al ciudadano en una clara situación de indefensión, es realizar la notificación mediante la introducción de una copia de la resolución por debajo de la puerta de su domicilio, aún en presencia de dos testigos, a tenor de la STS de 8 de junio de 1999, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 7281 (FJ 3º).

C) La notificación efectuada a persona distinta del destinatario de la resolución debe contener la identificación del receptor

La carga de probar la corrección de la notificación efectuada recae sobre la Administración cuando en el acuse de recibo no se identifica a la persona que se hizo cargo de la notificación, apareciendo únicamente una firma ilegible, no coincidente con la del destinatario de la resolución. Ahora bien, si el destinatario es un Abogado, sobre él recae “(...) el deber de tomar conocimiento a tiempo de las notificaciones que puedan ser hechas a su despacho profesional (...)”, STS de 28 de septiembre de 1999, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 7882 (FJ 3º).

6. INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) La falta de comunicación de la propuesta de resolución en un expediente administrativo sancionador ocasiona la nulidad de pleno derecho de la sanción por vulnerar el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Excepcionalmente aquel trámite podrá dejar de ser imprescindible si en un trámite anterior se notificó aquel pronunciamiento preciso

La STS de 16 de julio de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 6029 (FJ 3º), afirma que:

“(…) En conclusión, cabe afirmar que el derecho a ser informado de la acusación, que con la categoría de fundamental se garantiza en el art. 24.2 de la Constitución, se satisface normalmente en el procedimiento administrativo sancionador a través de la notificación de la propuesta de resolución, pues en ésta es donde se contiene un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad que se imputa, integrado, cuando menos, por la definición de la conducta infractora que se aprecia, y su subsunción en un concreto tipo infractor, y, por la consecuencia punitiva que a aquélla se liga en el caso de que se trata. Excepcionalmente aquel trámite podrá dejar de ser imprescindible, desde la óptica de la plena satisfacción del derecho fundamental citado, si en un trámite anterior se notificó aquel pronunciamiento preciso. La aplicación al caso enjuiciado de la doctrina que acabamos de exponer impone la estimación del recurso, pues en los expedientes administrativos sancionadores no se ha notificado la propuesta de resolución, careciendo por otra parte el pliego de cargos de los requisitos imprescindibles para satisfacer la satisfacción del derecho fundamental a ser informado de la acusación, al limitarse a la identificación del hecho imputado y del precepto en que se tipifica, y la indicación de la sanción que en abstracto cabía imponer a las infracciones muy graves, sin contener, por tanto, un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada. Esto comporta acoger la pretensión aducida y declarar la nulidad del acto administrativo impugnado (...)”.

En el mismo sentido, téngase en cuenta la STS de 27 de septiembre de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 6637 (FJ 2º).

B) Nulidad de actuaciones por falta total y absoluta de los requisitos esenciales que definen un procedimiento sancionador

La STS de 19 de julio de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 6316 (FJ 4º), declara la nulidad de pleno derecho de un procedimiento sancionador en virtud del art. 62.1.e) LRJ-PAC,

“(…) con retroactividad del expediente (...). Porque, en efecto, no se trata de que se hayan omitido tales o cuales trámites, más o menos importantes, o se hayan advertido defectos de forma, más o menos subsanables. Es que hay una falta total y absoluta de los requisitos esenciales que definen un procedimiento sancionador. La imposición de las sanciones se

V. Actos, Procedimiento y Contratos

ha producido sin más actuaciones previas que el acuerdo de incoación y un pliego de cargos, a todas las luces defectuoso, que ni siquiera determina los hechos en que pretende basarse. Ni una sola diligencia de instrucción o de prueba, y por si fuera poco, ausencia total de una propuesta de resolución, mínimamente razonada y notificada en debida forma. La indefensión es de toda evidencia”.

Téngase también en cuenta la STS de 28 de septiembre de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 6638 (FJ 7º).

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

La STS de 23 de septiembre de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 6517 (FJ 2º), reitera la doctrina que viene manteniendo nuestro Alto Tribunal y declara nulo de pleno derecho un acto dictado por la Administración del Estado cuando la competente es la Comunidad Autónoma por incurrir en el supuesto de nulidad de pleno derecho recogido en el art. 62.1.b) 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:

“(…) La STC 149/ 1991, de 4 de julio, al referirse al art. 26.1 de la LC, que atribuye al Estado la autorización de los ‘usos permitidos en la zona de servidumbre de protección’, señala que ‘la previsión debe reputarse contraria al orden constitucional de distribución de competencias, pues se trata de una competencia de carácter ejecutivo ajena a las constitucionalmente reservadas al Estado y que se engloba, por su contenido, en la ejecución de la normativa sobre protección del medio ambiente o en la ordenación del territorio y/o urbanismo de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. Corresponderá, pues, ejercitar esa potestad de autorización a los pertinentes órganos de las Comunidades Autónomas o, en su caso, a los Ayuntamientos, que, como es obvio, deberán ajustarse a la normativa estatal, incluida la que se dicte para la protección de determinados tramos de costa prevista en el art. 22 de la Ley, así como a la que, en su caso, resulte de la legislación autonómica y de los correspondientes instrumentos de ordenación, cuya infracción podrá ser eventualmente corregida por la jurisdicción correspondiente. El Estatuto de Autonomía de Baleares (...), en su art. 10.3, otorga a esta Comunidad Autónoma competencia exclusiva en lo referente a ‘ordenación del territorio, incluido el litoral, urbanismo y vivienda’. Por tanto, en la fecha en que se dictó el acto impugnado eran los órganos de dicha Comunidad los encargados de velar por el cumplimiento de las normas reguladoras de las obras en la zona de servidumbre de protección que se contienen en la Ley de Costas, sin perjuicio de las potestades que corresponden a la Administración del Estado en defensa de la integridad del demanio y de las servidumbres de tránsito y acceso al mar, como se preocupa de matizar la sentencia constitucional mencionada al resolver sobre los arts. 90 y 91 de dicha Ley. En consecuencia, el acto que es objeto de este recurso no podía ser adoptado por órgano independiente de la Administración del Estado, pues éste debió limitarse a

remitir a la Comunidad Autónoma las solicitudes de autorización. Al no hacerlo así incurrió en incompetencia, produciéndose la nulidad del acto impugnado; como así lo ha entendido esta Sala para casos semejantes al presente en su Sentencia de 10 de marzo de 1995, y en otras que se han dictado con posterioridad (Sentencias de 7 de mayo y de 20 de julio de 1999 (...)).”

D) La falta de licencia de apertura no determina por sí misma la nulidad de la licencia de obras

La STS de 9 de junio de 1999, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 6271 (FJ 4º), declara que la concesión de licencia de obras sin el debido otorgamiento previo de licencia de apertura, si fuere procedente –como así lo establece el art. 22.3 del Real Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales–, “(...) no determina por sí misma la nulidad de la licencia de obras (Sentencias de 2 de octubre de 1995 y de 18 de junio de 1990)”.

7. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Es un supuesto de revocación con indemnización (art. 16.3 RSCL) la revocación de una licencia para instalación de carteleras publicitarias por modificación de la normativa urbanística

La STS de 22 de septiembre de 1999, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 6589 (FJ 6º), establece que la Administración municipal debe indemnizar por revocación fundada en adopción de nuevos criterios de apreciación (art. 16.3 del Real Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales), cuando se revoque una licencia para instalación de carteleras publicitarias por modificación de la normativa urbanística:

“(...) Así que no puede negarse que el supuesto aplicable es el de revocación por adopción de nuevos criterios de apreciación (a saber, los de las Normas del Plan que prohibían la colocación de carteleras en el casco histórico, por cierto, dejando a salvo los derechos adquiridos). No puede decirse que los cambios de la normativa urbanística entrañen un cambio de las circunstancias que habiliten para revocar las licencias sin indemnización, ya que aquellas modificaciones normativas a lo que conducen es a que las edificaciones o los usos o actividades disconformes queden fuera de ordenación (art. 60.1 TRLS) pero no a que puedan revocarse sin indemnización las licencias que lo amparan. Dicho de otra forma: las simples modificaciones de la normativa urbanística no pueden considerarse cambio de circunstancias a los efectos del art. 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, pues de otra forma quedarán trastocados los cimientos mismos del Derecho urbanístico (...).”

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 de compraventa de un inmueble destinado a finalidades sociales. B) Naturaleza administrativa de contrato para la construcción de viviendas de protección oficial celebrado por un Organismo Autónomo. C) Naturaleza privada de contrato celebrado por colegio profesional. D) Contratos celebrados por RTVE. 3. Actos pre-

paratorios y requisitos de los contratos. A) Capacidad de los contratistas. a) La capacidad y las prohibiciones para contratar constituyen materia reservada a la Ley. b) Denegación improcedente de clasificación como empresa consultora y de servicios. c) No necesidad de contratar con titulados para la impartición de clases de enseñanzas no regladas.

d) Inexistencia de derechos de exclusividad de los productores nacionales. e) Interpretación del art. 24 LCAP 13/1995. B) Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas. a) Modificación del Pliego de Condiciones. b) El incumplimiento de la obligación previa de presentar un proyecto técnico a la convocatoria de un concurso para la adjudicación de un contrato de gestión de servicio público es causa de nulidad de la adjudicación.

C) Formalización del contrato. a) La existencia de un contrato válido y eficaz impide el surgimiento del enriquecimiento injusto. 4. Formas de adjudicación. A) Concurso.

a) Uso de facultades discrecionales en la adjudicación de concurso. b) No existencia de discriminación por excluir de la adjudicación a una empresa con domicilio en otra ciudad. c) Adjudicación improcedente por admitir fuera de plazo mejoras en la oferta.

d) La expresión "orden decreciente" en los Pliegos de Condiciones no significa orden de prioridades. e) No existe trato de favor por excluir el pago de impuesto del precio ofertado.

5. Régimen jurídico de los contratos administrativos. A) Las prerrogativas de la

Administración. a) Interpretación unilateral del contrato. B) Técnicas de garantía del equi-

librio financiero. a) Indemnización por ejercicio de la facultad de modificación.

C) Ejecución de los contratos administrativos. a) Devengo de intereses de demora.

b) Intereses sobre intereses de demora. D) Extinción de los contratos administrativos.

a) Por incumplimiento de la Administración. b) Por incumplimiento del contratista.

6. Los contratos administrativos típicos. Especialidades. A) Contrato de obra. a) Acción resarcitoria por vicios en la construcción de viviendas de protección oficial. b) Relación entre contrato de obra pública y Plan Especial. Convenios urbanísticos. c) Realización de obras no incluidas en el proyecto. d) Naturaleza de las certificaciones de obra. B) Contrato de servicio público. C) Contrato de suministro. a) La facultad de suspensión del contrato por falta de pago no puede ser ejercida en aquellos supuestos en los que el contrato de suministro está íntimamente ligado al desenvolvimiento regular de un servicio público; y, por el contrario, sí que puede llevarse a cabo si no existe esa vinculación al desenvolvimiento de un servicio público. D) Contrato de consultoría y asistencia técnica. a) Cambio de calificación del contrato: de asistencia técnica a suministro.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre julio y principios de octubre de 1999. Entre las sentencias reseñadas las más significativas son aquellas que se refieren a la naturaleza de los contratos —en las que continúa la tendencia favorable a su calificación como administrativos— y las que aplican la doctrina de los actos separables a RTVE. También resulta de especial interés la doctrina del TS sobre la prohibición de suspender el suministro de energía eléctrica por impago a las Administraciones públicas cuando se trata de un contrato vinculado al desenvolvimiento de un servicio público, aclarando expresamente que este privilegio no se extiende a otro tipo de instalaciones públicas no afectadas a un servicio público. En los Tribunales Superiores de Justicia ya hay sentencias que aplican o toman como referencia —aunque no sea aplicable aún al caso— la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, en concreto, los preceptos relativos a la capacidad de los contratistas, al incumplimiento contractual o al contrato de gestión de servicio público.

2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS

A) Naturaleza administrativa de contrato de compraventa de un inmueble destinado a finalidades sociales

El contrato de compraventa hace referencia a unos inmuebles adquiridos por el Ayuntamiento a propuesta de la Regidora de Bienestar Social. La STSJ de Cataluña de 7 de julio de 1999, Ar. 2534, sostiene que es la finalidad del contrato lo que, fundamentalmente, determina la naturaleza de éste y, concretamente, la “especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato” (citando a la STS de 11 de junio de 1996, Ar. 6123). En el presente caso, el que los bienes se destinen a una finalidad pública, como es el “Casal d’Avis”, conectado claramente con el área de Bienestar Social del Ayuntamiento en cuestión, es lo que le lleva al TSJ de Cataluña a considerar que la naturaleza del mismo es administrativa.

B) Naturaleza administrativa de contrato para la construcción de viviendas de protección oficial celebrado por un Organismo Autónomo

La STS de 6 de octubre de 1999, Ar. 7439, afirma el carácter indiscutiblemente administrativo del contrato que celebra el Instituto Catalán del Suelo, organismo autónomo de la Generalidad de Cataluña, con una entidad mercantil para la adquisición y promoción social de viviendas en diferentes municipios de la Comunidad Autónoma.

El TS considera que “el interés general que representa el mantenimiento de las viviendas de protección oficial en estado adecuado de utilización por los adjudicatarios de las mismas y la naturaleza de Administración Pública que dicho Instituto Catalán tiene, son elementos suficientes para considerar que el campo en que se desarrolla la actividad está sujeto al Derecho Público y, por tanto, ajeno a los Juzgados y Tribunales civiles” (FJ 3°).

En esta misma línea, la STS de 1 de junio de 1999, Ar. 5849, reconoce el carácter administrativo de un contrato cuyo objeto es la realización de una obra pública a cargo de una entidad local (FJ 3°).

C) Naturaleza privada de contrato celebrado por colegio profesional

La STSJ de Cantabria de 17 de septiembre de 1999, Ar. 3061, se pronuncia sobre la naturaleza de un contrato celebrado por el Colegio Oficial de Enfermería de Cantabria para la obtención de publicidad para la revista colegial.

La Sentencia parte de afirmar la “condición bifronte” de los Colegios Profesionales, en tanto que Administración Corporativa, de una parte, cuando actúan potestades administrativas por ministerio de la ley o por delegación de la Administración Pública, y corporación de base privada para la defensa de los intereses profesionales de sus miembros. A

partir de aquí, el Tribunal ubica el contrato que está conociendo dentro del segundo de los ámbitos expuestos. Esta conclusión la obtiene directamente de la naturaleza del contrato, recogiendo la doctrina del TS, sobre el objeto o visión finalista del negocio. Para el Tribunal, dado que el contrato es relativo a la obtención de publicidad para la revista del Colegio Oficial de Enfermería.

D) Contratos celebrados por RTVE

Las SSTS de 22 de junio de 1999, Ar. 7729 y Ar. 7730 recogen la doctrina jurisprudencial sobre la contratación del Ente Público RTVE, que ha establecido que “en lo que atañe a los contratos y adquisiciones patrimoniales que realice el Ente Público RTVE como titular de los servicios públicos de radiodifusión y televisión se regirá por las normas de Derecho Administrativo”. Continúan las sentencias recordando que, conforme a la interpretación jurisprudencial del artículo 5.2 del Estatuto de Radiodifusión y Televisión (Ley 4/1980, de 10 de enero), los acuerdos de convocatoria y adjudicación de los concursos de contratación tienen la condición de “actos separables” sometidos a las normas de contratación administrativa.

Pero, todo ello no determina que, por haber considerado la Administración, con anterioridad a la expresada doctrina jurisprudencial, que el concurso se regía por las normas del Derecho privado, ello suponga que se haya prescindido absolutamente del procedimiento establecido para la contratación. En el caso, la contratación ha tenido lugar mediante concurso, anunciándose públicamente el mismo y cumpliéndose en su tramitación las reglas básicas de procedimiento aplicables a la contratación administrativa (FJ 3º).

Vid. números 5 y 6 de Justicia Administrativa.

3. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

A) Capacidad de los contratistas

a) La capacidad y las prohibiciones para contratar constituyen materia reservada a la Ley

La STS de 15 de junio de 1999, Ar. 5855, afirma que es doctrina reiterada de la Sala que la capacidad y las prohibiciones para contratar constituyen materia reservada a la Ley. Vid. número 6 de Justicia Administrativa.

b) Denegación improcedente de clasificación como empresa consultora y de servicios

Según la STSJ de Madrid de 21 de julio de 1999, Ar. 2167, el hecho de que el art. 26.1 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, no exija clasificación

V. Actos, Procedimiento y Contratos

a las personas físicas con titularidad académica de enseñanza universitaria para celebrar contratos de consultoría y asistencia relativos al objeto de su titulación, no obsta para que pueda solicitarse y obtenerse dicha clasificación, siempre que concurren los requisitos exigidos. El art. 25 de la misma Ley, al establecer el requisito de la clasificación, habla simplemente de empresario (persona física o jurídica). Luego, aunque a una persona física, por su titulación, pueda dispensársele de tal requisito, ello no supone la imposibilidad legal de obtener tal clasificación (FJ 2º).

La misma Sentencia declara la improcedencia de la denegación de clasificación por carecer de una organización con elementos personales y materiales para la debida ejecución de los contratos. En primer lugar, este requisito del art. 198.1 de la Ley 13/1995 es referible a la adjudicación del contrato, no a la clasificación como empresas consultoras y de servicios. Además, para el Tribunal, la denegación genérica y sin especificar las razones por las que se considera que se carece de la organización necesaria, impide que la denegación tenga “virtualidad justificativa” (FJ 2º).

c) No necesidad de contratar con titulados para la impartición de clases de enseñanzas no regladas

El Ayuntamiento de Pamplona aprueba el Pliego de Condiciones que regula la impartición de clases de gimnasia a la Policía Municipal como complemento a la necesaria buena condición física de los agentes y a las enseñanzas que en su día fueron impartidas en el curso de acceso al puesto de agente municipal. En dichos Pliegos en ningún momento se requiera que el adjudicatario posea titulación oficial alguna. Para la **STSJ de Navarra de 2 de julio de 1999**, Ar. 2543, puesto que no se trata de dar unos cursos en los que se pretenda un nivel de exigencia y perfeccionamiento determinados y de los que dependa la evaluación o cualificación de los receptores de las enseñanzas gimnásticas, no es necesario que la Administración contrate necesariamente con titulados (FJ 5º).

d) Inexistencia de derechos de exclusividad de los productores nacionales

La **STS de 22 de junio de 1999**, Ar. 7730, reitera la falta de vigencia de la Ley de 24 de noviembre de 1939 y la Orden Ministerial de 11 de septiembre de 1956, protectoras de la industria nacional. Vid. números 1 y 6 de *Justicia Administrativa*.

e) Interpretación del art. 24 LCAP 13/1995

Cuando el art. 24 LCAP, 13/1995, dice que la Administración “podrá contratar con uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto” no tiene un contenido imperativo sino que establece una facultad de la Administración. Esta afirmación se contiene en la **STSJ de Murcia de 23 de junio de 1999**, Ar. 1586, en la que además se declara que “no cabe entender que este precepto se circunscriba a la figura de las UTE (uniones temporales de empresas) reguladas en la Ley 18/1982, sino que debe entenderse asimismo referido a la otra figura asociativa subsistente, Agrupación de Interés económico (AIE), regulada en la Ley 12/1991, al referirse de forma amplia a las ‘uniones de empresarios’, que abarca ambas figuras”.

B) Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas**a) Modificación del Pliego de Condiciones**

La STS de 15 de junio de 1999, Ar. 6449, sostiene que la regla general de la *lex contractus* no excluye que se introduzcan modificaciones respecto de lo consignado en el Pliego (FJ 2°).

b) El incumplimiento de la obligación previa de presentar un proyecto técnico a la convocatoria de un concurso para la adjudicación de un contrato de gestión de servicio público es causa de nulidad de la adjudicación

Así lo entiende la STSJ de Baleares de 30 de junio de 1999, Ar. 1625, que sigue en este punto reiterada jurisprudencia del TS que ha reconocido la necesidad de exigir el proyecto técnico previamente a la convocatoria de licitación. Se cita la Sentencia de 30 de junio de 1980, Ar. 3367, la cual menciona que el incumplimiento de la formalidad indispensable:

“de la previa aprobación de un proyecto técnico del servicio objeto de concesión, la consecuencia necesaria de esta omisión será la nulidad de la adjudicación efectuada y del procedimiento seguido, cuya declaración procede incluso de oficio, (...) siendo así que los artículos 113 a 122 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales distinguen claramente el proyecto técnico previo elaborado por iniciativa particular –art. 117– o por los técnicos de la corporación –art. 118– que incluso puede ser objeto de un concurso de proyecto –arts. 119 y 120– que habrá de servir de base a la concesión, por lo que deberá fijar las circunstancias fundamentales en que el servicio habrá de ser prestado, que es totalmente independiente de aquellos otros proyectos o propuestas que voluntariamente pueden presentar los concursantes estableciendo mejoras sobre las condiciones básicas ya establecidas, pero lo que no cabe es relegar a la oferta de los concursantes esas condiciones básicas reservando la Administración un total arbitrio para su apreciación (...) Tampoco puede admitirse que el pliego de condiciones equivalga al proyecto técnico”.

C) Formalización del contrato**a) La existencia de un contrato válido y eficaz impide el surgimiento del enriquecimiento injusto**

El TS, en su Sentencia de 8 de junio de 1999, Ar. 1617, sostiene, recogiendo jurisprudencia anterior, que no concurre enriquecimiento injusto por parte de la Administración ya que la existencia de un contrato válido y eficaz impide el surgimiento de tal institución al tener la atribución patrimonial un carácter jurídico y no concurrir así el requisito de falta de causa que necesariamente se exige para la aparición de dicho enriquecimiento.

4. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

A) Concurso

a) Uso de facultades discrecionales en la adjudicación de concurso

Las SSTs de 22 de junio de 1999, Ar. 6878, de 29 de junio de 1999, Ar. 6909, de 9 de julio de 1999, Ar. 6882, y de 6 de julio de 1999, Ar. 6911, recogen la doctrina según la cual la Administración, en la adjudicación de los concursos, dispone de un margen de discrecionalidad.

Por el contrario, la STS de 7 de junio de 1999, Ar. 6821, recoge otra línea jurisprudencial según la cual la referencia que la Ley de Contratos realiza a la “proposición más ventajosa” no encaja en la discrecionalidad, sino que se trata de un concepto jurídico indeterminado (FJ 3º).

b) No existencia de discriminación por excluir de la adjudicación a una empresa con domicilio en otra ciudad

El TS, en su Sentencia de 22 de junio de 1999, Ar. 6878, sostiene que no cabe hablar de discriminación por el hecho de tener la empresa excluida de la adjudicación su sede social domiciliada en otra ciudad, ya que concurrieron un conjunto de factores que, en un uso razonable de las facultades discrecionales que las normas de contratación otorgan a la Corporación Municipal, propiciaron la adjudicación a otras empresas.

c) Adjudicación improcedente por admitir fuera de plazo mejoras en la oferta

El TS, en la Sentencia de 21 de junio de 1999, Ar. 6824, acepta la argumentación de la sala de instancia conforme a la cual, la introducción de mejoras en la propuesta inicial de una de las litigantes que, a la postre resultó adjudicataria precisamente por haberlas introducido, ha de considerarse como “nueva oferta”. El tribunal considera que “la adjudicación del contrato en esas circunstancias ha vulnerado los principios jurídicos que deben informar todo tipo de licitación –y en concreto el concurso–, como son los de publicidad, competencia, contradicción e igualdad de oportunidades, por haberse admitido una mejora de la oferta de uno de los litigantes fuera de plazo sin permitir a los demás litigantes mejorar las suyas. A este defecto sustancial deben añadirse (...) la existencia de otros defectos en el procedimiento de adjudicación, como son la inexistencia de la sociedad adjudicataria al tiempo de la adjudicación, y la carencia de informes técnicos y jurídicos previos al acto de adjudicación del contrato. Por todo ello, se anula la adjudicación del contrato impugnada (...)”.

d) La expresión “orden decreciente” en los Pliegos de Condiciones no significa orden de prioridades

La expresión “orden decreciente”, contenida en una cláusula del Pliego de Condiciones, no significa un orden de prioridades para la adjudicación, y en términos tales que la con-

currencia de los primeros criterios sea excluyente de la posibilidad de ponderación de los demás criterios que les sigan en importancia en ese “orden decreciente”. La expresión lo que viene a indicar es que han de ponderarse para la adjudicación los tres criterios, si bien atribuyéndoles mayor o menor importancia según su posición en ese “orden decreciente” (STS de 29 de junio de 1999, Ar. 6909).

e) No existe trato de favor por excluir el pago de impuesto del precio ofertado

Las SSTs de 22 de junio de 1999, Ar. 7729 y Ar. 7730, recogen jurisprudencia anterior en relación con la posibilidad de que en los Pliegos de Cláusulas Particulares del concurso se establezca que, si los materiales ofrecidos fueran objeto de importación, los derechos e impuestos no se incluirán en el precio ofertado. El TS sostiene que no toda diferenciación de régimen jurídico es contraria al principio de igualdad, ya que ésta sólo se viola si está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada. Dado que, en el supuesto, la diferenciación en el trato fiscal deriva de una previsión que al respecto contiene una norma (la Sentencia no indica de qué norma se trata), la falta de justificación no sería reprochable a la cláusula de la convocatoria del concurso, sino a la norma que estableció la exención a que se acoge el Ente Público (RTVE).

5. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A) Las prerrogativas de la Administración

a) Interpretación unilateral del contrato

Como pone de manifiesto la STS de 15 de junio de 1999, Ar. 6449, el ejercicio de la prerrogativa de interpretación de los contratos por parte de la Administración puede ser revisado por órgano jurisdiccional atendiendo a las reglas de la sana crítica. (Sobre esta cuestión vid. *Justicia Administrativa* núm. 5, págs. 112 y 113, y núm. 6, pág. 111.)

B) Técnicas de garantía del equilibrio financiero

a) Indemnización por ejercicio de la facultad de modificación

El principio de enriquecimiento injusto se constituye en fuente autónoma de obligaciones para la Administración, de forma que legitima el resarcimiento patrimonial del afectado en los casos en que no existe otra causa que ampare la obligación

Esto afirma la STSJ de Extremadura de 19 de julio de 1999, Ar. 2539.

Flexibilización del principio de inalterabilidad contractual por la jurisprudencia ante la existencia de un enriquecimiento injusto

V. Actos, Procedimiento y Contratos

Frente al principio común de la contratación administrativa y particularmente, en la esfera local, de que los contratos se entienden convenidos a riesgo y ventura del contratista, la STS de 15 de junio de 1999, Ar. 6449, pone de relieve su quiebra no sólo en los casos de fuerza mayor recogidos en la legislación de contratos, sino también cuando la Administración produce una modificación en la ejecución del contrato. En este sentido, la mencionada sentencia, citando jurisprudencia del TS –Sentencias de 15 de marzo de 1978, Ar. 1164, de 21 de noviembre de 1981, Ar. 5267 y 20 de diciembre de 1983, Ar. 6354, declara que es posible una interpretación flexible de los arts. 53 y 54 del Reglamento de Contratos, de modo que se reconozca que se produce una modificación en un contrato de obras aunque no se trate de una alteración sustancial del proyecto de obras. Esta interpretación posibilita que se admita con mayor flexibilidad la existencia de una modificación contractual y como consecuencia de ello que la Administración acepte las reclamaciones indemnizatorias del contratista. Esta solución jurisprudencial se basa en la existencia de un enriquecimiento injusto. El TS en esta Sentencia enumera los requisitos que han de concurrir para que exista un enriquecimiento injusto: a) Aumento del patrimonio del enriquecido. b) Correlativo empobrecimiento de la parte actora, representado por un daño emergente o por un lucro cesante. c) Falta de causa que justifique el enriquecimiento y d) Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio.

La misma doctrina jurisprudencial se sigue en la STS de 21 de septiembre de 1999, Ar.7074, en la que, sin embargo, se llega a la conclusión, en el FJ 4º, de que no concurren los requisitos del enriquecimiento injusto. (Sobre la doctrina del enriquecimiento injusto, vid. las sentencias reseñadas en *Justicia Administrativa* núm. 5, pág. 115.)

Los vicios existentes en las órdenes de la Administración de modificación de un proyecto de obras no pueden oponerse al contratista e impedir que éste perciba una indemnización por el importe de lo modificado

En la citada STS de 15 de junio de 1999, Ar. 6449, en su FJ 4º se mantiene:

“(…) que la aplicación del principio que veda un enriquecimiento injusto posibilita el reconocimiento en los contratos de obras de reclamaciones por exceso sobre el proyecto que hubiese sido efectivamente ejecutado como consecuencia de las órdenes de la Administración, por entender que, en algunos casos, no se producía una alteración sustancial del proyecto, pero llegando a afirmar que si efectivamente fueron ordenadas las obras como se ha producido y probado en el caso examinado, los vicios existentes en dichas órdenes como consecuencia de los requisitos de competencia o procedimiento que no son imputables al contratista, no pueden oponerse a él para que éste pueda percibir su importe, puesto que consta acreditado que las órdenes se dieron por quienes para el contratista tenían la apariencia suficiente de ostentar la efectiva potestad en la contratación administrativa”.

La misma doctrina se sienta en la STSJ de Extremadura de 19 de julio de 1999, Ar. 2539, en la que se exige que:

“exista al menos una mínima apariencia de que la ejecución de dichas prestaciones se realizó al amparo de una orden de quien para el contratista tuviese ‘apariencia efectiva de potestad’. Se ha estimado, por ejemplo, el abono de las obras ejecutadas al amparo de modificaciones dictadas por órganos incompetentes o sin la debida consignación presupuestaria: órdenes dictadas por el Alcalde cuando correspondía al Pleno –STTS 16 de diciembre de 1974, Ar. 5218 y 11 de mayo de 1989, Ar. 4488, o dadas por el Rector verbalmente – STS de 29 de septiembre de 1989, Ar. 6096–. Y, asimismo, las dictadas por los órganos responsables de la dirección de las obras, como son el Arquitecto o Ingeniero director de las mismas, SSTTS de 12 de noviembre de 1981, Ar. 5267, y 19 de noviembre de 1992, Ar. 9207, y de 5 de abril de 1981, Ar. 4143”.

C) Ejecución de los contratos administrativos

a) Devengo de intereses de demora

Las SSTTS de 7 de junio de 1999, Ar. 5777, y de 22 de septiembre de 1999, Ar. 6321, así como la STSJ de Cataluña de 8 de septiembre de 1999, Ar. 2775, recogen la jurisprudencia más reciente sobre el cómputo de los intereses de demora. Vid. núm. 6 de Justicia Administrativa.

b) Intereses sobre intereses de demora

La STS de 8 de julio de 1999, Ar. 7733, reitera jurisprudencia anterior sobre la necesidad de que los intereses sobre intereses de demora (anatocismo) sean líquidos. También STSJ de Cataluña de 8 de septiembre de 1999, Ar. 2775. Vid. núm. 6 de Justicia Administrativa.

D) Extinción de los contratos administrativos

a) Por incumplimiento de la Administración

Para proceder a la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual se exige que el que pretende hacer efectivo tal derecho acredite la existencia real y efectiva de daños

Esto exige la STS de 21 de septiembre de 1999, Ar. 7075, en la que se afirma, –en relación a la resolución de un Consorcio otorgado sobre finca particular con el Patrimonio Forestal del Estado, para repoblación forestal, por incumplimiento por parte de la Administración de la obligación, que figuraba en el Pliego de condiciones que regía el contrato, de la rendición de cuentas–, que sólo podrían ser tomados en consideración aquellos perjuicios sufridos que estén suficientemente demostrados por cálculos obtenidos de datos fundados en valores reales y no meramente en criterios hipotéticos de resul-

V. Actos, Procedimiento y Contratos

tados posibles pero no seguros, lo que supone, según jurisprudencia de este Tribunal, que se excluyan las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, y que se excluya, igualmente, la posibilidad de que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto.

b) Por incumplimiento del contratista

Necesidad de que el incumplimiento del contratista sea doloso cuando se trata de responsabilidad derivada de vicios ocultos

Este requisito, previsto en la Ley de Contratos del Estado (art. 56) y en el Reglamento General de Contratación (art. 175) ha sido suprimido en la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 149) que dispone que la responsabilidad por vicios ocultos únicamente requiere incumplimiento del contrato por parte del contratista. De este cambio se hace eco la STSJ de Baleares de 20 de julio de 1999, Ar. 2580, en la que se comenta al respecto:

“El requisito de que el incumplimiento del contratista sea doloso para que pueda exigirse –durante quince años y a partir de la recepción– responsabilidad de los daños y perjuicios producidos por vicios ocultos de la construcción no cabe duda que constituía un trato de favor para quien contrata con la Administración respecto de quien lo hace con un particular, de manera que la supresión de tal requisito por la Ley 13/1995 restablece en ese aspecto el equilibrio entre una y otra contratación.”

6. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS. ESPECIALIDADES

A) Contrato de obra

a) Acción resarcitoria por vicios en la construcción de viviendas de protección oficial

La STS de 6 de octubre de 1999, Ar. 7439, conoce de un supuesto en el que la empresa mercantil adjudicataria de un contrato administrativo para la construcción de viviendas de protección oficial llega al acuerdo, con la Caja de Pensiones para la Vejez y de Ahorro de Cataluña y Baleares, de subrogarse en los derechos y obligaciones derivados del contrato. En dicha Sentencia se suscita la cuestión de si es posible que la Administración exija, en vía administrativa, las reparaciones a persona que no es la promotora de las viviendas de protección oficial y que, por tanto, no fue la que incurrió en los vicios constructivos.

Para el TS, el art. 111 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial no excluye que la acción resarcitoria en él prevista por defectos o vicios en la construcción pueda dirigirse contra aquella persona que le haya sucedido, bien por transmisión *inter vivos*, como sucede en este supuesto, o *mortis causa*, ya que al ser una acción resarcitoria de contenido patrimonial, es lógico que se transfiera a aquellos que han adquirido los derechos y obligaciones que el promotor, en su calidad de tal, tiene con respecto a terceros en relación con las cosas transmitidas.

b) Relación entre contrato de obra pública y Plan Especial. Convenios urbanísticos

El Ayuntamiento de Zaragoza decide no aprobar un Plan Especial y no adjudicar a una empresa la concesión de la explotación de un Parque. Se trata de una obra pública para cuya realización se otorga el correspondiente contrato y cuya realización requiere el instrumento urbanístico pertinente, en este caso el Plan Especial. Para la **STS de 23 de julio de 1999**, Ar. 5893, la cuestión se circunscribe a decidir si la correlación real evidente entre obra pública y Plan Especial, se mantiene en el plano jurídico o, por el contrario, el Plan Especial goza de total independencia respecto de los antecedentes, convenios y contratos que le preceden, incluso en el plano temporal. Según el TS, a pesar de que ha existido una correlación fáctica y lógica entre la obra pública contratada, la concesión otorgada y la decisión urbanística, no se puede exigir la aprobación de un instrumento de planeamiento contra la voluntad del ente que es titular de esa potestad urbanística. Los incumplimientos que en el desarrollo de los acontecimientos se hayan producido no pueden obligar a adoptar una decisión urbanística contra la voluntad del ente autor del planeamiento. Los eventuales incumplimientos de los “convenios urbanísticos” han de ser exigidos en el ámbito contractual en que acaecieron, no pudiendo desplazarse al urbanístico.

c) Realización de obras no incluidas en el proyecto

La **STSJ de Extremadura de 19 de julio de 1999**, Ar. 2539, recoge la doctrina jurisprudencial en relación con los supuestos en los que en la ejecución de la obra el contratista se ve obligado a realizar obras no incluidas en el correspondiente proyecto. En estos casos, la Administración debe resarcirle con el fin de que no se le produzca un injusto empobrecimiento. Sobre la doctrina del enriquecimiento injusto *vid. Justicia Administrativa*, V.5.B.a.

d) Naturaleza de las certificaciones de obra

Conforme a la **STS de 15 de junio de 1999**, Ar. 6449, la naturaleza de las certificaciones de obra no es otra que la deducible del art. 47 de la Ley de Contratos del Estado y la aplicación conjunta de los artículos 142 y 144 del Reglamento de Contratación del Estado, en virtud de los cuales se constata que constituyen un título de crédito a favor del contratista por la realización de las obras realmente ejecutadas a cambio de un precio.

B) Contrato de servicio público

De la conjunción de los artículos 155.2 y 157 LCAP, 13/1995, que enumeran los modos de gestión indirecta de los servicios públicos, se extrae la consecuencia de que la prestación de un servicio público mediante una sociedad de derecho privado en la que la entidad local sea mayoritariamente propietaria de las acciones es un modo de gestión directa

V. Actos, Procedimiento y Contratos

Esto se pone de relieve en la STSJ de Murcia de 23 de junio de 1999, Ar. 1586, en la que, consecuentemente se afirma que sólo cabría hablar de gestión indirecta cuando la Administración, en este caso, el Ayuntamiento, participara de forma minoritaria en la sociedad de economía mixta constituida. En este sentido, el Tribunal entiende modificados los artículos 85.3.c) y 4 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases de régimen local, así como los artículos 104 y 105 del TRRL 781/1986. No obstante, este TSJ admite que en el supuesto enjuiciado, —en el que el Ayuntamiento aprobó de forma definitiva el pliego de cláusulas particulares que debía regir el concurso convocado para seleccionar un socio privado para la constitución de una Sociedad de Economía Mixta para la gestión de ciertos servicios municipales—, no era aplicable esta regulación, por cuanto no se trataba “a juicio del Tribunal” de celebrar un contrato de gestión de servicios públicos con una sociedad privada creada al efecto en cuyo capital fuera mayoritaria la participación del Ayuntamiento.

No obstante, cualquier precisión en este sentido resulta ya innecesaria, toda vez que la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, ha variado la redacción del art. 155 LCAP, de modo que ahora cuando la gestión del servicio público se atribuya a una sociedad de derecho privado sólo cabe entender que es gestión directa del servicio cuando sea exclusiva la participación de la Administración. Es decir, se ha vuelto a la originaria redacción de estos preceptos en la Ley de Contratos del Estado, por lo que no hay que considerar afectados, por esta cuestión, los citados preceptos de la legislación local.

C) Contrato de suministro

a) La facultad de suspensión del contrato por falta de pago no puede ser ejercida en aquellos supuestos en los que el contrato de suministro está íntimamente ligado al desenvolvimiento regular de un servicio público; y por el contrario, sí que puede llevarse a cabo si no existe esa vinculación al desenvolvimiento de un servicio público

Esta doctrina jurisprudencial (a la que en parte se refieren las sentencias del TS reseñadas en *Justicia Administrativa* núm. 6, pág. 120) se aplica tanto si el abonado moroso es la propia Administración titular del servicio, como si lo es otra persona o entidad, pública o privada, que tiene a su cargo la gestión del mismo. Así lo declara la STS de 19 de julio de 1999, Ar. 7431, en el caso del impago del suministro de energía eléctrica por parte de RENFE, que gestiona los servicios de transporte por ferrocarril, de evidente interés público y preferente. Entiende el Tribunal que este privilegio se extiende al suministro de energía eléctrica a todos los elementos e instalaciones auxiliares anejos necesarios para su normal desarrollo, como pueden ser los talleres y almacenes, oficinas e incluso viviendas asignadas a determinado personal vinculado al servicio, pero no a bienes que, como el caso de la antigua estación de Delicias (museo ferroviario y agencia turística), se encontraban desafectados del servicio público ferroviario, y sin ninguna conexión con su normal funcionamiento.

D) Contrato de consultoría y asistencia técnica**a) Cambio de calificación del contrato: de asistencia técnica a suministro**

El cambio de calificación jurídica del concurso, pasando de ser de asistencia técnica a de suministro, no es una cuestión poco sustancial. Ese cambio supone una indefensión para aquellas entidades que, de haberse considerado desde el principio como suministros, hubieran podido concursar, dándose la circunstancia de que una vez modificada aquella calificación, la Administración no ha articulado los medios necesarios a fin de que optaran al concurso aquellas empresas que lo desearan. Considera el Tribunal que la Administración debió proceder a señalar un nuevo período de presentación de ofertas por empresas que desearan licitar (STS de 15 de septiembre de 1999, Ar. 2762).

JULIA ORTEGA BERNARDO
MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Administración local. A) Entidades locales: Régimen lingüístico. B) Impugnación de los actos de las Corporaciones locales. a) Por la Comunidad Autónoma. Plazos de impugnación. b) Por Concejales que votaron en contra. Plazos de impugnación. **3. Universidades.** A) Límites de la autonomía universitaria. Requisitos de los miembros de las Comisiones de Doctorado. **4. Profesiones.** A) Distribución de competencias entre Arquitectos y Arquitectos Técnicos. B) Competencia de los Ingenieros Industriales en la elaboración de proyectos de pabellones polideportivos. C) Regulación del certificado profesional de electricista de edificios.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

De las sentencias sobre organización administrativa dictadas por el Tribunal Supremo en los últimos meses, hemos seleccionado algunas que introducen algún matiz interesante en la doctrina jurisprudencial acerca de la impugnación de acuerdos de las Entidades Locales, régimen lingüístico de los Ayuntamientos, límites de la autonomía universitaria y profesiones.

2. ADMINISTRACIÓN LOCAL**A) Entidades locales: Régimen lingüístico**

La STS de 23 de julio de 1999, Ar. 6766, Sala Tercera, Sección Cuarta, desestima el recurso de casación interpuesto por la Junta de Galicia contra la Sentencia de 29 de septiembre de 1993 del Tribunal Superior de Galicia que anula el acuerdo del Ayuntamiento de Castro de Rei que declaró el gallego como el idioma oficial de la Corporación en todos sus ámbitos. La Sentencia objeto del recurso contencioso-administrativo señaló en su fundamento primero que del tenor literal del texto aprobado en el acuerdo recurrido no cabía deducir que su alcance se limitase a declarar la utilización del gallego por la Corporación municipal, sino que excluía como idioma oficial el castellano, lo que por

infringir la cooficialidad reconocida en el art. 5 del Estatuto de Autonomía de Galicia, en el art. 4 de la Ley de Normalización Lingüística de dicha Comunidad y el art. 1 de la Ley sobre el Uso del Gallego como Lengua Oficial de Galicia por las Entidades Locales, originaba la desestimación del recurso.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo confirma la Sentencia impugnada ya que considera que si el acuerdo anulado excluía como idioma oficial el castellano la Sentencia aplicó correctamente los preceptos citados, pues el art. 5 del Estatuto de Autonomía de Galicia reconoce la cooficialidad del gallego y el castellano en Galicia y el art. 3 de la Constitución declara el castellano como lengua oficial del Estado, que se organiza territorialmente en municipios, ex art. 137 de la Constitución. Además, la Sala reitera con esta Sentencia la doctrina jurisprudencial establecida en las Sentencias de 24 de mayo de 1999 (Ar. 6393) y 22 de junio de 1999 (Ar. 6401), que desestimaron recursos interpuestos contra sentencias que anulaban otros acuerdos de distintos Ayuntamientos, que aprobaban en forma similar mociones sobre el uso del vasco, discriminando al castellano y a los derechos de los no vascoparlantes.

B) Impugnación de los actos de las Corporaciones locales

a) Por la Comunidad Autónoma. Plazos de impugnación

La STS de 7 de junio de 1999, Ar. 6268, Sala Tercera, Sección Quinta, desestima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Madrid contra la Sentencia de 20 de noviembre de 1992 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que declaró inadmisibile el recurso contencioso-administrativo interpuesto por dicha Comunidad contra los Acuerdos del Ayuntamiento de Algete (Madrid) de 25 de julio de 1989 y 16 de enero de 1990 sobre la aprobación del proyecto de urbanización y otorgamiento de licencias para la construcción de viviendas familiares en dicho término municipal.

Argumenta el Letrado de esta Comunidad que se ha infringido el art. 65 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local en relación con los arts. 56 y 64 del mismo Cuerpo Legal, alegando que si bien la comunicación a la Administración autónoma de los actos impugnados por parte del Ayuntamiento de Algete se produjo, ésta no fue suficiente para percatarse de su ilegalidad, por lo que solicita que el plazo para su impugnación comience en la fecha en la que la Comunidad Autónoma dispuso de los expedientes completos y, por tanto, de la información necesaria para impugnarlos. Invoca además en su favor, una STS de 17 de mayo de 1991, que propugna una interpretación amplia del art. 65.2 de la Ley 7/1985.

Frente a estos argumentos, la Sentencia recurrida afirma que el motivo enunciado no puede prosperar pues los Acuerdos del Ayuntamiento de Algete fueron remitidos a la Administración autonómica en plazo, por lo que el recurso interpuesto por la Comunidad Autónoma de Madrid, transcurrido más de un año desde la notificación de los acuerdos,

VI. Organización Administrativa

resulta extemporáneo al exceder de los dos meses que establece el art. 58 de la Ley Jurisdiccional.

Respecto a la STS de 17 de mayo de 1991 que alega el recurrente, dice este Tribunal que se debe confirmar la interpretación de la fecha de determinación del “dies a quo” que estableció la Sentencia recurrida, por cuanto no ha resultado demostrado que haya existido una comunicación fragmentaria o insuficiente, lo que es acorde con la Jurisprudencia que viene estableciendo esta Sala con fundamento evidente en los principios de seguridad jurídica y de protección de la autonomía municipal.

b) Por Concejales que votaron en contra. Plazos de impugnación

La STS de 5 de julio de 1999, Ar. 6280, Sala Tercera, Sección Quinta, desestima el recurso de casación interpuesto por un Concejales contra sendos Autos de la Sección Segunda de la Sala correspondiente del TSJ del País Vasco de 7 de junio y 19 de julio de 1996, que declaran inadmisibles el recurso contencioso-administrativo interpuesto por éste contra el Acuerdo del Ayuntamiento de San Sebastián de 28 de febrero de 1994, adoptado con su voto en contra, por el que se aprueba definitivamente un Proyecto de parcelación en esta ciudad.

El recurrente alega en su favor, por una parte el art. 63.1.b) de la Ley 7/1985, que permite impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales a los miembros de dichas Corporaciones que hubieran votado en contra de los mismos y, por otra, el art. 304.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, que reconoce una acción pública a cualquier persona para exigir la observancia del ordenamiento urbanístico, sin necesidad de ser titular de un derecho subjetivo ni de un interés, que no sea el de la mera defensa de la legalidad.

El TS dice respecto del primero de los motivos alegados, que el art. 211.3 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales de 28 de noviembre de 1986, es taxativo al afirmar que el plazo para interponer recurso de reposición por los Concejales se contará desde la fecha de la sesión en que se hubiera votado el mismo, es decir, el 28 de febrero de 1994, por eso el recurso contencioso-administrativo que no se interpuso hasta el 24 de mayo de 1994, fue inadmitido por extemporáneo, en contra de la pretensión del Concejales que, aún reconociendo que dicho plazo es de dos meses, quería que comenzase a contar desde el 24 de marzo de 1994, fecha en la que se publicó en el Boletín Oficial de Guipúzcoa el acuerdo de aprobación definitivo del Proyecto, amparándose en la legitimación de la acción pública.

Respecto del segundo de los motivos, dice el TS, que el recurso de la acción pública del Texto Refundido de 1992 no puede modificar la conclusión a la que se acaba de llegar. Ello es debido, a que la acción pública está concebida para que cualquiera pueda incoar el proceso contencioso-administrativo, pero no, en principio, para quien ha sido notificado debidamente del acto que se impugna, que es el caso de este Concejales.

3. UNIVERSIDADES

A) Límites de la autonomía universitaria. Requisitos de los miembros de las Comisiones de Doctorado

La STS de 9 de junio de 1999, Ar. 6298, desestima el recurso interpuesto contra el RD 778/1998, de 30 de abril, que regula el tercer ciclo de estudios universitarios y la obtención y expedición del título de Doctor y otros estudios posgraduados.

La Universidad Politécnica considera que no es ajustado a Derecho y vulnera el principio de autonomía universitaria el art. 4.1 del Real Decreto citado al exigirse que “los miembros de la Comisión de Doctorado tengan reconocidos, al menos, un sexenio de investigación”.

El TS rechaza tales alegaciones y hace un estudio de la autonomía universitaria y su regulación legal para desestimar el recurso. Si bien la autonomía universitaria está reconocida en el art. 27.10 de la Constitución, ello debe entenderse en conexión al art. 149.1.30 de la Constitución Española que atribuye al Estado competencia exclusiva para regular las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del art. 27.

La Ley Orgánica 11/1983, de Reforma Universitaria establece un reparto de competencias en materia de enseñanza universitaria entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las propias Universidades.

Entre las materias integradas en la autonomía universitaria (destaca la Sentencia estudiada) están: la libertad académica, la gestión y administración de sus recursos, la selección y capacitación de su profesorado, etc. Pero la autonomía universitaria queda limitada por las competencias que con arreglo al citado art. 149.1.30^a de la Constitución Española quedan reservadas, en exclusiva, al Estado. Entre las competencias exclusivas del Estado, están las relativas a la estructura y al procedimiento del tercer ciclo de estudios universitarios o estudios del Doctorado (art. 30 de la Ley Orgánica 11/1983); ello es así porque es necesario que la estructura y el procedimiento referidos a dicho ciclo de enseñanza, respondan a una misma directriz del Estado para que así se posibilite, al máximo, la labor docente e investigadora, que son aspectos específicos del tercer ciclo de estudios universitarios.

Asimismo la Sentencia estudiada establece que la exigencia de un sexenio de investigación a quien corresponda desempeñar funciones en las Comisiones de Doctorado no va en contra de la autonomía de la Universidad recurrente, sino por el contrario es garantía de objetividad y calidad exigida por la sociedad para quienes aspiren a seguir los estudios del tercer ciclo universitario y obtener el título de Doctor.

4. PROFESIONES

A) Distribución de competencias entre Arquitectos y Arquitectos Técnicos

Las STS de 17 de julio, 27 y 29 de septiembre de 1999, Ar. 6072, 6596 y 6597, vienen a plantear ante la Sala del Tribunal Supremo el tema ciertamente polémico de la delimitación de competencias entre los Arquitectos Técnicos y los Arquitectos Superiores.

En la primera, el TS confirma la Sentencia del TSJ de Navarra, contra acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Cintruenigo (Navarra), en virtud de recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Colegio de Arquitectos Vasco-navarro, sobre el otorgamiento de licencia de construcción de nave industrial, dedicada a fábrica de alabastros; en la segunda Sentencia el TS confirma, asimismo, la Sentencia de la Sala del TSJ de Navarra, en virtud de recurso contencioso-administrativo interpuesto por el mismo Colegio contra Resolución de la Alcaldía de Bermeo, que otorgó licencia de construcción de nave industrial para almacén de vinos.

En la tercera Sentencia del TS aludida, el Alto Tribunal estima la Sentencia de la Sala del TSJ de Castilla y León, en virtud de recurso contencioso-administrativo, interpuesto contra acuerdo del Ayuntamiento de Navalmanzano (Segovia), que otorgó licencia de ampliación de nave de explotación porcina, estando, asimismo, esta Sentencia como las anteriores en la competencia del técnico autor del proyecto.

En los tres supuestos planteados, los Colegios de Arquitectos a los que nos referimos, rebaten jurídicamente la titularidad profesional de los Aparejadores actuantes en cada caso concreto, para la elaboración de los proyectos aludidos, siendo estimadas las pretensiones del Colegio en primera instancia y recurrida por los interesados ante el TS.

Existe, al respecto, una doctrina jurisprudencial consolidada de relación entre las atribuciones permitidas a los Arquitectos Técnicos y la naturaleza o entidad de los estudios realizados y superados para obtener su titulación. La Sala, al respecto, hace un estudio de cada caso concreto, contemplado en una muy extensa y repetida doctrina plasmada en diversas Sentencias; entre ellas citamos las siguientes: la Sentencia de la Sala de Revisión del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1991 y 6 de marzo de 1992, donde se declaró la improcedencia de que los Arquitectos Técnicos proyecten la construcción de nueva planta de una nave con finalidad agropecuaria que requiera obras de cimentación o forjado, así como la de esta Sala de 23 de mayo de 1992, que llega a la misma conclusión respecto a la construcción de una nave industrial sobre superficie de 400 m² en una sola planta, y de 23 de marzo de 1992, la cual expresa que la construcción de una nave de almacén de nueva planta compete a un Arquitecto Superior porque los Arquitectos Técnicos carecen de la facultad de elaboración de proyectos de obras relativos a la construcción de edificios, sea cual fuese su destino, que impliquen la cimentación con hormigón; la de 6 de mayo de 1992, referida a la construcción de una nave industrial declara la incompetencia de un Arquitecto Técnico para tal cometido, reiterando las de 10 de abril de 1990, 29 de enero y 26 de febrero de 1991 y 8 de abril de 1992, e insistiendo la de 7 de mayo de 1992 en negar competencia a los Arquitectos Técnicos para la construcción de una nave industrial.

En los tres supuestos estudiados el TS confirma las Sentencias de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, anulando los acuerdos municipales, al adjudicar proyectos a Aparejadores no habilitados para la elaboración de los mismos. A este respecto debe tenerse en cuenta en la actualidad lo dispuesto en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (arts. 10, 12 y 13).

B) Competencia de los Ingenieros Industriales en la elaboración de proyectos de pabellones polideportivos

La STS de 15 de julio de 1999, Ar. 6522, viene a confirmar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Rioja de 18 de septiembre de 1993 y desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Colegio Oficial de Arquitectos contra la validez del acuerdo del Ayuntamiento de Calahorra en el que se aprobaba un proyecto de construcción de un Pabellón Polideportivo autorizado por un Ingeniero Industrial.

La Sentencia estudiada reconoce la competencia profesional del Ingeniero Industrial para redactar el proyecto y para ejecutarlo.

El Colegio de Arquitectos esgrimió como motivos de casación la infracción del art. 1 del Decreto de 18 de septiembre de 1935 al no regular dicho Decreto, en su opinión, la competencia profesional de los Ingenieros Industriales para elaborar proyectos para la construcción del Pabellón aludido, así como infracción de doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo sobre limitación de las competencias profesionales de Arquitectos e Ingenieros.

Con respecto a la primera alegación, es rechazada de plano por el TS al considerar que el art. 1 del Decreto de 18 de septiembre de 1935 atribuye a los Ingenieros Industriales las “construcciones hidráulicas y civiles” y, es más, la Orden de 2 de septiembre de 1932 (que se considera complementaria del Decreto anterior), atribuye a dicho colectivo competencia para dirigir la construcción de toda clase de edificios industriales entre los que se incluyen las “casas para obreros y demás construcciones análogas”. El mismo Tribunal considera que si con posterioridad la doctrina y la jurisprudencia han evolucionado, perfilando como campo de actividad exclusiva de los Arquitectos la construcción de edificaciones destinadas a vivienda humana, no significa que al reconocer competencia a los Ingenieros Industriales para concurrir en la redacción, ejecución y dirección de proyectos de edificios destinados a polideportivos se estén quebrantando los preceptos del Decreto de 18 de septiembre de 1935, que en modo alguno veta la intervención exclusiva de estos profesionales en las actividades constructivas de determinadas especialidades.

Asimismo, el motivo segundo alegado por el Colegio es rechazado recordando el Alto Tribunal que no se puede admitir un monopolio de proyección en todo tipo de construcciones (cualquiera que sea su finalidad o destino y con la excepción de la vivienda humana) a favor de una profesión, ya que dicha competencia no aparece atribuida espe-

VI. Organización Administrativa

cíficamente a nadie, añadiéndose que “es sabido que la doctrina jurisprudencial ha rechazado el monopolio competencial a favor de una profesión técnica determinada”.

C) Regulación del certificado profesional de electricista de edificios

La STS de 13 de julio de 1999, Ar. 6519, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales contra el RD 940/1997, de 20 de junio, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en virtud del cual se establece el certificado de profesionalidad de electricistas de edificios.

Se alega por el Colegio Oficial la vulneración del art. 36 de la Constitución Española, que establece el principio de reserva de Ley y, asimismo, se alega en contra de la validez legal de dicha Norma que el Real Decreto recurrido establece competencias atribuidas a los electricistas de edificación que son propias de los Ingenieros Técnicos Industriales.

El TS rechaza tales argumentaciones y pone de relieve que el art. 36 de la Constitución Española establece el principio de reserva de Ley para el ejercicio de profesiones tituladas y siendo profesión titulada aquella para cuyo ejercicio se requiere título, entiendo por tales la posesión de estudios superiores y debiéndose excluir la sujeción a determinadas condiciones o el cumplimiento de ciertos requisitos para poder ejercer una determinada actividad laboral o profesional (Sentencia del Tribunal Constitucional 118/1996, de 27 de junio), es claro que, en el supuesto estudiado, no cabe la exigencia del principio de reserva de ley que para el ejercicio de profesiones tituladas establece el art. 36 citado; es más, un atento estudio del RD 940/1997, de 20 de junio, impugnado, viene a diferenciar no ya sólo en su exposición de motivos, sino en todo el contenido del texto el certificado de profesionalidad de la ocupación de electricista de edificios con las características y exigencias de la profesión titulada.

En otro orden de cosas, el Colegio recurrente considera que las competencias atribuidas a los electricistas de edificios son propias de los Ingenieros Técnicos Industriales; esta consideración, asimismo, es rechazada por la Sala ya que en ningún caso se atribuye a los electricistas de edificios la redacción y firma de proyectos y la dirección de actividades objeto de los proyectos.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

LUIS CESTEROS DAPENA

EVA NIETO GARRIDO

PEDRO ANTONIO MARTÍN PÉREZ

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**Sumario:**

1. Concepto de sanción. A) Actos administrativos de gravamen que no constituyen sanción. B) Penas y sanciones administrativas. **2. Reserva de ley y tipicidad.** A) Remisiones en blanco a los Reglamentos para definir infracciones y sanciones. B) Tipificación de todos los incumplimientos de una Ley y disposiciones que la desarrollen. C) La reserva de Ley “reducida a su mínima expresión” en relaciones especiales de sujeción. D) Ordenanzas locales. E) Normas de los Colegios Profesionales. F) Prohibición de interpretaciones extensivas. **3. Retroactividad de la norma más favorable.** **4. Culpabilidad.** A) Culpabilidad por falta de los controles exigibles. B) Inexistencia de culpabilidad por interpretación razonable de la norma. **5. Sujetos responsables.** A) Responsabilidad individual y personal de cada uno de los que realiza la acción típica. B) No siempre el empresario responde por la conducta de sus empleados. **6. Concurrencia de infracciones y prohibición de doble sanción.** A) Concurso ideal de infracciones: aplicación del art. 77 del Código Penal. B) Cede la preferencia de la sentencia penal ante una sanción administrativa firme. **7. Procedimiento sancionador.** A) La información previa. B) El procedimiento ha de entenderse directamente con el imputado. C) Legitimados para pedir sanciones, incluso de jueces. D) Notificación de la propuesta de resolución y audiencia: indefensión real. E) No hay caducidad en los procedimientos disciplinarios. **8. Prueba y presunción de inocencia.** A) Presunción de inocencia. Significado general y carga de la prueba. B) Valor de las actas de inspección, denuncias y otra documentación administrativa. C) Valor probatorio de las diligencias preliminares. D) Denegación motivada de prueba. En especial, de la prueba testifical. **9. Vinculación a lo declarado en la jurisdicción penal y social.** A) Vinculación en cuanto a los hechos a lo declarado por la jurisdicción penal. B) Vinculación a lo declarado en sentencias de la jurisdicción social. **10. La resolución del procedimiento sancionador.** A) Necesidad de firma. B) Posibilidad de que la resolución se aparte de la propuesta de resolución. C) Identificación de la norma sancionadora aplicada. D) Contenido de la resolución en

caso de prescripción o caducidad. E) Resolución de recursos administrativos y prohibición de *reformatio in peius*. **11. Extensión de la sanción.** A) Proporcionalidad y necesidad de motivar específicamente la extensión de la sanción. B) Agravantes de reincidencia y reiteración. **12. Extinción de la responsabilidad por prescripción. 13. Ejecutividad o suspensión de las sanciones recurridas. 14. Control contencioso-administrativo.**

A) Impugnación de los fundamentos de la resolución con independencia de su parte dispositiva. B) Sentencias que cambian la infracción o fijan directamente la sanción.

C) Anulación de sanción por desviación de poder.

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

A) Actos administrativos de gravamen que no constituyen sanción

En muchos casos, los recursos se basan en la supuesta violación de reglas específicas del Derecho Administrativo sancionador y los Tribunales se ven obligados a decidir con carácter previo si realmente el acto impugnado tiene o no carácter sancionador. La negación de tal carácter comporta, según los casos, la inaplicación de las exigencias del principio de culpabilidad (STS de 11 de mayo de 1999, Sección Séptima, Ar. 5032), de la prescripción de las infracciones (STS de 16 de junio de 1999, Sección Cuarta, Ar. 5154), de la presunción de inocencia (STS de 5 de octubre de 1999, Sección Tercera, Ar. 7437), o de la necesidad de procedimiento sancionador. A este último respecto es esclarecedora la STS de 5 de julio de 1999, Sección Quinta, Ar. 6058. Se alegaba que en la propuesta de resolución sólo se hacía mención a la imposición de una multa, pero no a la demolición, que sí se acordó en la resolución. Pero “la orden de demolición es una medida de restablecimiento del orden urbanístico que no tiene carácter sancionador y cuya adopción no tiene que ir precedida (...) de un pliego de cargos y luego de una propuesta de resolución. El Ayuntamiento ha plasmado en un mismo acto el acuerdo requiriendo la demolición de lo construido sin licencia, y la imposición de la multa correspondiente a la infracción urbanística (...), pero los trámites esenciales de cada uno de esos expedientes son distintos (...) y todos ellos se han observado”. En esa tarea, y durante el período analizado, se ha negado carácter sancionador a: 1º) El interés de demora mínimo por ingresos tributarios espontáneos fuera de plazo sin requerimiento previo (SSTS de 1, 16 y 24 de julio de 1999, Sección Segunda, Ar. 5135, 5144 y 6385); 2º) Las medidas de restauración del ordenamiento jurídico conculcado previstas en la legislación urbanística (SSTS de 5 de julio de 1999, Sección Quinta, Ar. 6057 y 6058 y STSJ de Andalucía/Sevilla de 5 de mayo de 1999, Ar. 1406); 3º) Las multas coercitivas (STSJ de Castilla y León/Valladolid de 20 de mayo de 1999, Ar. 1429); 4º) El requerimiento de rectificación de actos contables erróneos a una Mutua Patronal de Accidentes del Trabajo, como consecuencia de un procedimiento de auditoría (SSTS de 25 de mayo y 16 y 29 de junio de 1999, Sección Cuarta,

VII. Derecho Administrativo Sancionador

Ar. 4884, 5154 y 6409); 5º) La imposición de la obligación de reparar los daños causados al dominio público hidráulico (STS de 30 de junio de 1999, Sección Tercera, Ar. 5487); 6º) La orden de retirada de unos vertidos ilegales (STS de 20 de octubre, Sección Tercera, Ar. 7446); 7º) La imposición de obras de reparación a un contratista de la Administración (STS de 5 de octubre de 1999, Sección Tercera, Ar. 7437); 8º) Las penalidades contractuales (STS de 11 de mayo de 1999, Sección Séptima, Ar. 5032).

B) Penas y sanciones administrativas

La STS de 9 de diciembre de 1999, Sala de lo Penal, absuelve del delito previsto en el art. 380 CP (negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia) por no mostrar el sujeto ningún indicio de conducir bajo los efectos de bebidas alcohólicas y afirma que los hechos sólo podrían ser merecedores de sanción administrativa. De su confusa argumentación pudiera deducirse un intento de establecer una frontera entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador en función de la antijuridicidad material, de manera que si no hay ninguna lesión o puesta en peligro efectivo de los bienes jurídicos protegidos el hecho no puede ser delito sino sólo infracción administrativa. La idea, sin embargo, es discutible tanto se entienda como negación de la posible existencia de delitos de mero peligro abstracto como si significa la admisión, lo que sería aún peor, de infracciones que no pongan de ninguna forma en peligro los bienes jurídicos.

2. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) Remisiones en blanco a los Reglamentos para definir infracciones y sanciones

Según la STS de 5 de mayo de 1999, Sección Tercera, Ar. 3687, la Disposición Final de la Ley 4/1980, de 10 de enero, que aprobó el Estatuto de Radiodifusión y Televisión (“se autoriza al Gobierno, previa audiencia del Consejo de Estado, a dictar las disposiciones reglamentarias precisas para el desarrollo de lo previsto en este Estatuto”) es una “remisión en blanco, insuficiente a todas luces para habilitar la colaboración reglamentaria en la definición de las conductas infractoras y sus sanciones”. Por el contrario –razona la STS de 19 de julio de 1999, Sección Tercera, Ar. 5489– no se infringe la reserva de Ley si una norma con tal rango tipifica “el incumplimiento de las condiciones esenciales de la concesión o autorización administrativa, limitándose la norma reglamentaria a precisar o concretar cuáles son las condiciones que a esos efectos han de tenerse por esenciales en los distintos ámbitos y modalidades de la intervención administrativa en el transporte”.

B) Tipificación de todos los incumplimientos de una Ley y disposiciones que la desarrollen

El principio de tipicidad queda en poca cosa cuando la STSJ de Baleares de 11 de junio de 1999, Ar. 1621, admite la tipificación contenida en el último apartado del art. 34 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (“En general, el incum-

plimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidos en esta Ley y disposiciones que la desarrollen”) y su integración con el incumplimiento de uno de los deberes formales de información establecidos en la Ley 26/1991, de protección de los consumidores en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil.

C) La reserva de Ley “reducida a su mínima expresión” en relaciones especiales de sujeción

La STSJ de Navarra de 30 de julio de 1999, Ar. 2548 –aunque reconoce que hay sentencias para las que el Reglamento del Cuerpo Nacional de Policía aprobado por Real Decreto 888/1989 carece de cobertura legal suficiente– afirma que existe también una “Adoctrina muy atemperadora del principio de reserva de ley en el ámbito de las relaciones de sujeción especial –la de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad es señaladamente de esta índole– (...), no habiéndose por otra parte producido la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, concretamente de su art. 27, punto 4, según el cual las faltas graves y leves se determinarán reglamentariamente, y en cuya habilitación genérica o en blanco se ampara la tipificación de esas sanciones en el Real Decreto 884/1989, de 14 de julio. Reducida a su mínima expresión el principio de reserva de ley en ese ámbito de relaciones (...), tal garantía formal queda satisfecha con la tipificación de las infracciones muy graves en cuanto que mediante ésta se marca el límite de las infracciones graves y de las leves, tipificando reglamentariamente de conformidad con la habilitación concedida por la misma Ley Orgánica”. Planteamiento similar puede verse en la SAN de 27 de septiembre de 1999, Ar. 2794, sobre sanción a un Inspector de Finanzas del Estado, por una infracción tipificada en el Real Decreto 33/1986, que aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario.

D) Ordenanzas locales

En la STS de 22 de septiembre de 1999, Sección Cuarta, Ar. 6728, se acepta una sanción impuesta en aplicación de la Ordenanza municipal Limitadora del Aparcamiento que tipificaba el estacionamiento en lugar temporalmente limitado careciendo de ticket. El TS, recordando la claridad posteriormente introducida por la reforma de la Ley de Seguridad Vial de 1997 –no aplicable todavía al supuesto–, admite la posibilidad de que estas Ordenanzas municipales tipificaran tal infracción. En el mismo sentido, STSJ de Baleares de 20 de julio de 1999, Ar. 2583.

E) Normas de los Colegios Profesionales

Por lo que se refiere a las infracciones deontológicas y las correspondientes sanciones colegiales, como ya es habitual, no sólo es que la reserva de ley se flexibilice notablemente sino que también las exigencias de tipicidad se suavizan. Ejemplo ahora de ello es la STS de 17 de mayo de 1999, Sección Cuarta, Ar. 4880, según la cual Reglamentos o

VII. Derecho Administrativo Sancionador

acuerdos colegiales pueden perfeccionar el tipo de las infracciones disciplinarias sin contravenir el art. 25.1 de la Constitución, siempre que se trate de infracciones contra la deontología profesional. Igualmente, la STS de 24 de mayo de 1999, Sección Sexta, Ar. 7257, mantiene que “la tipificación por incumplimiento de las normas deontológicas y de las reglas éticas que gobiernan la actuación profesional de los Abogados constituye una predeterminación normativa con certeza más que suficiente (...)”.

F) Prohibición de interpretaciones extensivas

Según la STSJ de Asturias de 29 de junio de 1999, Ar. 1936, “no resulta posible efectuar una interpretación extensiva en el ámbito del derecho administrativo sancionador porque ello vulneraría, sin duda, los arts. 24 y 25.1 de la Constitución” y, al considerar que tal interpretación se había acogido por la Administración, anula la sanción.

3. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA MÁS FAVORABLE

La STSJ de Castilla y León/Valladolid de 6 de mayo de 1999, Ar. 1394, aplica la jurisprudencia según la cual en el Derecho administrativo sancionador ha de darse retroactividad a la ley más favorable y mantiene que “ha de jugar también cuando lo que se modifica no es la norma sancionadora, en sí misma, sino la que aporta el complemento que viene a rellenar el tipo en blanco por aquella dibujado”, pues “el complemento que proporciona la norma sancionadora es siempre parte integrante del tipo”. Similar es la STS de 15 de julio de 1999, Sección Segunda, Ar. 5143.

Además, ello puede aplicarse al resolver el recurso jurisdiccional aunque la norma más favorable se haya aprobado con posterioridad a la resolución administrativa y sin que el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa lo impida (STSJ de Extremadura de 31 de mayo de 1999, Ar. 854). Ciertas modificaciones en la legislación sancionadora tributaria, hacen frecuente la aplicación de esta retroactividad en vía jurisdiccional, para una calificación y gradación más favorable de la sanción (entre otras, STS de 18 de septiembre de 1999, Sección Segunda, Ar. 6724; STSJ de Andalucía/Granada de 26 de julio de 1999, Ar. 1413).

4. CULPABILIDAD

A) Culpabilidad por falta de los controles exigibles

En la STS de 17 de septiembre de 1999, Sección Cuarta, Ar. 7348, se enjuiciaba una sanción por venta de aceites con exceso en ácidos grasos: “No es relevante para excluir la debatida responsabilidad administrativa que la recurrente envasara el producto previamente adquirido” de otro, porque hubo “al menos, falta de controles o de precauciones exigibles de la actividad de que se trata, por lo que no puede excluirse la presencia del necesario elemento subjetivo de la responsabilidad”.

B) Inexistencia de culpabilidad por interpretación razonable de la norma

Como en sentencias anteriores, la interpretación razonable, aunque errónea, de normas tributarias exime de responsabilidad por faltar la culpabilidad según se declara ahora en STS de 17 de mayo de 1999, Sección Segunda, Ar. 5756 y STSJ de Madrid de 29 de marzo de 1999, Ar. 918.

5. SUJETOS RESPONSABLES**A) Responsabilidad individual y personal de cada uno de los que realiza la acción típica**

La STSJ de Asturias de 26 de mayo de 1999, Ar. 1388, considera que cada uno de los recurrentes responde de los hechos sancionados (vertidos de tierras y lodos en carretera), pues “han sido ellos, conduciendo sus camiones, los que han efectuado los vertidos, sin que exista jurídicamente, en el caso, la posibilidad, de articular una responsabilidad por hecho ajeno, y por tanto si cada uno realizó la conducta típica de ella responde, pues a ello no obsta el que las tierras procediesen de una explanación que realizaba otra empresa, o la alegación de que la limpieza la haría dicha empresa, extremo por otra parte no cumplido, pues en cualquier caso el enlodamiento y vertido lo realizan personalmente los recurrentes con sus propios camiones”.

B) No siempre el empresario responde por la conducta de sus empleados

En el supuesto enjuiciado en la STSJ de Andalucía/Sevilla de 7 de mayo de 1999, Ar. 1408, se había sancionado a un empresario por obstrucción a la Inspección de Trabajo porque una empujada negó el acceso alegando que su jefe no estaba presente y que ella tiene órdenes de no dejar pasar a nadie. El Tribunal considera que “para que el tipo sea imputable al empresario es preciso acreditar que el empresario ha dirigido órdenes a su representante o persona de su ámbito organizativo, expresamente dirigidas a impedir la entrada de la Inspección en el centro de trabajo, lo que claramente no es nuestro caso (...). Por lo demás, tal decisión de obstrucción del empresario, queda contradicha por el hecho de que pocos días después se desarrollase la visita sin mayor problema (...). Por todo ello, no acreditada en términos suficientes una conducta reprochable al aquí actor en los términos que hemos dicho, habrá que estar a la presunción de inocencia que consagra el art. 24 de la Constitución”.

6. CONCURRENCIA DE INFRACCIONES Y PROHIBICIÓN DE DOBLE SANCIÓN**A) Concurso ideal de infracciones: aplicación del art. 77 del Código Penal**

Se había sancionado a una empresa por dos infracciones (una, consistente en la realización de horas extraordinarias por menores de 18 años; y otra, en someterlos a condiciones de

VII. Derecho Administrativo Sancionador

trabajo nocivas para su salud). La sentencia recurrida consideró que se había vulnerado el principio del *non bis in idem*, pues las dos sanciones impuestas se basan en la infracción de una norma única, que es el art. 6 del ET. La STS de 9 de junio de 1999, Sección Cuarta, Ar. 6394, entiende, por el contrario, que se han cometido dos infracciones. No obstante, no acepta una pura acumulación de las dos sanciones correspondientes, tal y como había hecho la Administración al imponer dos multas, cada una de 10.000.000 ptas.: tras invocar el *non bis in idem* y el principio de proporcionalidad, afirma que “en ausencia de norma específica en contra dentro del ordenamiento sancionador administrativo en la materia o del común administrativo, es adecuado a Derecho aplicar como norma subsidiaria de segundo grado (...) para la determinación de la sanción la norma del art. 77 CP, cuando los hechos, que constituyen unidad, en este caso, sociológica, constituyan dos o más delitos (...) por lo que aplicando conforme a este criterio la sanción resultante es la única de quince millones de pesetas y no dos de diez millones (...)”.

Sugerente, al menos, es la STSJ de Navarra de 10 de junio de 1999, Ar. 1656, que, frente a la resolución administrativa que subsumió un mismo y único hecho —cazar en período de veda con un perro fuera de la zona de adiestramiento— en dos infracciones distintas, niega la existencia de un concurso de infracciones (“cazar en época de veda” y utilizar “perros con fines cinegéticos en terrenos donde por razón de especie o lugar esté prohibido hacerlo”) y sanciona únicamente una infracción.

B) Cede la preferencia de la sentencia penal ante una sanción administrativa firme

Cierto revuelo ha producido la STC 177/1999, de 11 de octubre, en la que podría verse un cambio en la jurisprudencia constitucional que proclama la preferencia absoluta de la jurisdicción penal sobre la potestad sancionadora administrativa en los casos en que sólo uno de los castigos puede imponerse. Aquí, por el contrario, acaba manteniéndose la sanción administrativa y anulándose la condena penal: se considera que es ésta, por ser posterior, la que vulnera el derecho a no ser sancionado dos veces por los mismos hechos. Las circunstancias del caso son, sin embargo, algo peculiares y aconsejan extremar la prudencia antes de sacar conclusiones generales.

Se recurría en amparo una sentencia penal que condenaba al recurrente por un delito contra la salud pública y el medio ambiente pese a que la empresa de la que éste era Consejero Delegado ya había sido sancionada administrativamente por carecer de autorización para llevar a cabo vertidos contaminantes y por superar los límites máximos previstos por la Ley de Aguas. El propio Tribunal penal, en ejecución de sentencia, había compensado la multa impuesta en la sentencia con la sanción económica previamente acordada por la Administración. La STC acepta, por una parte, que efectivamente hay identidad de sujetos, hechos y fundamento jurídico entre la sanción administrativa y la penal, identidad que incluso reconoce el órgano judicial. Por otra parte entiende que, como el objeto del recurso de amparo es exclusivamente a la sentencia penal, no puede servir para “poner en cuestión la validez de la resolución administrativa sancionadora (...) que adquirió firmeza”. Esto es determinante de su solución. Con esos presupuestos, se trata de “determinar si los Tribunales penales, al tener constancia de la sanción administrativa por los mismos hechos que estaban enjuiciando, debieron absolver al acusado para no incurrir en el *ne bis in idem*,

o entendiendo que su primacía judicial no podía ser cedida, actuar de la manera condenatoria reflejada más arriba”. Para el TC “la interdicción del *bis in idem* no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del poder punitivo y sancionador del Estado (...), lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental. Así las cosas, la perspectiva que en sus Sentencias condenatorias han considerado los órganos judiciales ha sido la meramente procedimental en que cristaliza la vertiente procesal del *ne bis in idem*, desatendiendo a su primordial enfoque sustantivo o material, que es el que cumple la función garantizadora”. Con esta base argumental, estima el amparo y declara la nulidad de la sentencia penal porque:

“irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento. Es este núcleo esencial el que ha de ser respetado en el ámbito de la potestad punitiva genéricamente considerada, para evitar que una única conducta infractora reciba un doble reproche aflictivo”.

En parte, los comentarios que se pudieran hacer a esta sentencia aparecen ya en el voto particular: “dar preferencia a la primera sanción que deviene firme, aun cuando sea administrativa, en vez de dar preferencia a la sanción penal pronunciada por un Tribunal después de un proceso con todas las garantías, es una solución ajena a la norma constitucional”; la sentencia conduce a “impedir la actuación de la jurisdicción penal, desde el momento mismo en que se impone una sanción administrativa. Al blindar ante la ley penal a los ciudadanos que sufren una multa por parte de una Administración pública, se resuelve en favor de las autoridades administrativas la posible colisión que pudiera producirse entre sus actividades y la de los órganos de la justicia penal”.

7. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) La información previa

Alegada indefensión por no darse al sancionado intervención en la información administrativa previa, la STS de 17 de mayo de 1999, Sección Cuarta, Ar. 4880, rechaza el argumento pues “contradice de plano la finalidad de esa información previa que es por naturaleza reservada”.

B) El procedimiento ha de entenderse directamente con el imputado

La STSJ de Navarra de 21 de mayo de 1999, Ar. 1439, anula la sanción impuesta a un jugador por agresión a un árbitro, pues en ningún momento la tramitación del expe-

VII. Derecho Administrativo Sancionador

diente sancionador se le notificó al jugador, sino únicamente a su club, que aunque ha impugnado en vía federativa y jurisdiccional dicha sanción, no consta que tenga conferida la representación del jugador y además tiene un interés propio en el procedimiento, cual es el mantener al jugador en su plantilla.

C) Legitimados para pedir sanciones, incluso de jueces

Especial mención merece la **STS de 8 de junio de 1999**, Sección Séptima, Ar. 5494, que encuentra por fin un legitimado para recurrir el archivo de expedientes disciplinarios contra jueces realizado por el CGPJ. Manteniendo su doctrina –“la clave (...) debe situarse en el dato de si la imposición de una sanción al Juez puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante”–, la Sala cree que tal legitimación la tiene un recluso que denunció el retraso del juez de vigilancia penitenciaria porque resolvía los recursos con retraso y no ejecutaba sus resoluciones: “resulta perfectamente ligado al interés legítimo de la parte denunciante que se afirme la competencia del Consejo para pronunciarse en las denuncias sobre retrasos en la Administración de Justicia en los procesos en que aquél sea parte, porque en estos casos su interés en el proceso se ve afectado claramente por el eventual retraso en su resolución”. Igualmente, la **STS de 13 de mayo de 1999**, Sección Sexta, Ar. 6148, en relación con el procedimiento disciplinario seguido contra un abogado por incumplimiento del secreto profesional y trato descortés, reconoce la condición de interesada a la denunciante. Incluso, el TS va más allá y admite que, de acuerdo con la más reciente jurisprudencia constitucional –STC 34/1994–, cabría incluso considerar interesada a la Asociación Española de mujeres separadas y divorciadas.

D) Notificación de la propuesta de resolución y audiencia: indefensión real

Siguiendo jurisprudencia ya consolidada y de la que se ha dado noticia en anteriores crónicas, dos **SSTS de 6 de mayo de 1999**, Sección Tercera, Ar. 3689 y 3690, anulan las sanciones por falta de notificación de la propuesta de resolución, pues “el derecho a ser informado de la acusación (...) se satisface normalmente en el procedimiento administrativo sancionador a través de la notificación de la propuesta de resolución (...). Excepcionalmente, aquel trámite podrá dejar de ser imprescindible, desde la óptica de la plena satisfacción del derecho fundamental citado, si en un trámite anterior se notificó aquel pronunciamiento preciso”. Pero no cumple esa función el pliego de cargos si no informaba de la concreta sanción procedente, sino sólo, en abstracto, de la correspondiente al tipo. En los mismos términos, las **SSTS de 22, Ar. 5108 y 5109, y 30 de junio de 1999**, Ar. 5112; **5, 16 y 21 de julio y de 27 de septiembre de 1999**, Sección Tercera, Ar. 6307, 6029, 6318 y 6637; **STSJ de Baleares de 11 de mayo de 1999**, Ar. 1383.

La **STSJ de Cataluña de 1 de julio de 1999**, Ar. 2159, reitera la doctrina jurisprudencial conforme a la que “la omisión de requisitos formales en el trámite procedimental administrativo, incluso del esencial representado por el trámite de audiencia, sólo producirá el radical efecto de anular las actuaciones cuando se haya ocasionado la efectiva indefensión del interesado, que no se observa en el caso concreto”. Por el contrario, sí se aprecia tal indefensión en la **STSJ de Murcia de 15 de septiembre de 1999**, Ar. 3081, por no

haberse notificado la denuncia: se produce “indefensión real cuando se priva al interesado de la facultad de introducir en el expediente algún elemento fáctico o jurídico de oposición que la Administración deba tener en cuenta antes de producir el acto definitivo; y, por el contrario, se descarta la estimación de indefensión cuando el interesado ha intervenido en las actuaciones, entendiéndose por indefensión del administrado en un procedimiento administrativo la situación del particular que se ve imposibilitado de obtener o ejercer los medios legales para su defensa, sin que pueda tal defecto subsanarse en ulteriores recursos”, incluido el jurisdiccional.

E) No hay caducidad en los procedimientos disciplinarios

Según la STS de 24 de abril de 1999, Sección Séptima, Ar. 5194, dictada en recurso de casación en interés de la ley, no cabe la caducidad en los procedimientos disciplinarios. Para llegar a esa sorprendente conclusión, el TS —sin citar ni el art. 43.4 de la Ley 30/1992 en su redacción originaria, ni el art. 44.2 tras la reforma de la Ley 4/1999, que regulan la caducidad en los procedimientos iniciados de oficio— dice que la caducidad sólo se produce por causas imputables al administrado y sólo en los procedimientos iniciados a instancia del interesado. Fuera de esos casos, es de aplicación el art. 63.3 de la citada Ley (la actuación fuera de plazo es, por regla general, irregularidad no invalidante). Citando sentencias anteriores “niega el carácter de plazo de caducidad al señalado en la ley para la duración del expediente disciplinario; de modo que, aunque ese plazo se haya rebasado (...) la irregularidad alegada no puede ser por sí sola causante de la nulidad del acuerdo final sancionador por supuesta caducidad del expediente sancionador”. Esa caducidad o figura similar “ni siquiera se ha entendido aplicable (...) al incumplimiento de los plazos de resolución de los procesos penales”.

8. PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) Presunción de inocencia. Significado general y carga de la prueba

La presunción de inocencia “significa que el ciudadano no puede ser considerado responsable de una infracción administrativa hasta que haya concluido el expediente con una resolución sancionadora, y materialmente que la Administración no puede sancionar sin pruebas, de modo que ha de probar los hechos que imputa al presunto culpable y ha de realizar una prueba de cargo capaz de destruir dicha presunción, no gozando de ninguna facultad discrecional en la evaluación y valoración de las pruebas, en la expresión del juicio de certeza, que motive una resolución sancionadora” (STSJ de Murcia de 30 de septiembre de 1999, Ar. 2785). Ello afecta directamente a la carga de la prueba como se ve con claridad en la STSJ de Murcia de 21 de julio de 1999, Ar. 2171. La Administración había sancionado a un centro comercial por publicidad engañosa consistente en ofertar unos productos a precio de costo cuando en realidad era superior al precio por el que los había adquirido. La sancionada alega que hay que añadir el coste del transporte, descarga, personal, mantenimiento de instalaciones, etc. La Administración, sin negarlo, considera

VII. Derecho Administrativo Sancionador

que esto debe ser probado por la entidad, pues “quien alega un hecho ha de probar su existencia”. La Sala entiende que “dicho principio, basado en el art. 1214 del Código Civil, no puede regir, sin más, en materia sancionadora donde, justamente, es la Administración la que ha de acreditar todos y cada uno de los hechos que constituyen el supuesto tipificado como infracción administrativa”. Supuesto similar es el de la **STSJ de Madrid de 21 de julio de 1999**, Ar. 2168, relativo también a publicidad engañosa: “anunciar y distribuir” productos con supuestas características terapéuticas: “la inspección no pudo determinar que los productos examinados carecieran de las características terapéuticas anunciadas, puesto que ello era materia a dictaminar por peritos”; “la acusación no ha podido demostrar, ni siquiera por las actas de la Inspección que los productos anunciados no dieran los resultados ofertados, habiendo partido, en consecuencia, de simples presunciones”, insuficientes para desvirtuar la presunción de inocencia. Pero, aunque lo sancionador tiene reglas distintas sobre la prueba, quizá habría que tener en cuenta que, además de que hay limitaciones a la atribución publicitaria de propiedades terapéuticas, la Ley General de la Publicidad permite al juez civil considerar inexactos los datos publicitarios cuando no se aporten los elementos de prueba, ya que lo contrario obliga a una prueba casi imposible.

B) Valor de las actas de inspección, denuncias y otra documentación administrativa

Normalmente se reitera el valor probatorio e incluso la presunción de veracidad de las actas de inspección (así, la **STSJ de Cataluña de 2 de junio de 1999**, Ar. 914, que en materia tributaria invoca con ese fin el art. 1218 del Código Civil). También se admite el valor probatorio de las actuaciones policiales. Así lo hace la **STS de 14 de mayo de 1999**, Ar. 5198, Sección Séptima, en cuanto a las relativas a la realización de actividades contrarias al orden público como causa de expulsión de extranjeros: “no tienen la consideración de una simple denuncia, sino que son susceptibles de valorarse como prueba en la vía judicial contencioso-administrativa, pudiendo servir para destruir la presunción de inocencia, sin necesidad de reiterar en dicha vía la actividad probatoria practicada en el expediente administrativo (...)”.

Menor valor se otorga a las denuncias de los agentes de la autoridad en la **STSJ de Cataluña de 3 de mayo de 1999**, Ar. 1261, que anula una sanción impuesta sobre la base de un boletín de denuncia de los agentes de la guardia urbana que se limitaba a afirmar que dos menores consumían en un local una bebida alcohólica de más de 231, sin identificar la bebida consumida ni precisar la graduación alcohólica: negados estos hechos tanto por el recurrente como por los propios consumidores, tal boletín debería haber sido, al menos, ratificado, aclarado o precisado en cuanto a este extremo por los agentes.

En dirección contraria, la **STS de 22 de septiembre de 1999**, Sección Cuarta, Ar. 6728, admite que las denuncias de los controladores de la ORA, que no son agentes de la autoridad, pueden llegar a tener valor probatorio: “no es admisible el criterio de reputar carente de todo valor la denuncia efectuada por un Controlador de Tráfico a los efectos de acreditar una infracción de este tipo (...). La denuncia de quien tuviere ese conocimiento será siempre un elemento probatorio a tener en cuenta, conjugándolo con el

resto de las circunstancias que puedan dar o negar verosimilitud a la misma y constituyendo un elemento de valoración discrecional –aunque razonablemente apreciada– por parte del órgano administrativo (...), valoración en todo caso revisable por el Tribunal”. En el caso se aprecia vulneración de la presunción de inocencia porque el sancionado había negado los hechos y en el expediente no había prueba complementaria, ni siquiera la mera ratificación del Controlador denunciante. En la misma línea, las **SSTSJ de Baleares de 20 de julio de 1999**, Ar. 2583 y de **Murcia de 30 de septiembre de 1999**, Ar. 2785, añaden que “debe entenderse que, mientras la simple denuncia carece de fuerza suficiente para acreditar el hecho denunciado, la ratificación del denunciante, efectuada tras las alegaciones del demandado, constituye prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia”.

C) Valor probatorio de las diligencias preliminares

La **STSJ de Cataluña de 28 de junio de 1999**, Ar. 1647, considera que la práctica de determinadas diligencias –fundamentalmente, las declaraciones testificales– sin la asistencia del sancionado, puesto que se llevaron a cabo por el instructor del expediente disciplinario antes de la formulación del pliego de cargos, “podría comportar lesión de los derechos fundamentales invocados si en las pruebas a su cobijo practicadas hallara su único soporte el acto sancionador”. Pero tal circunstancia no concurre en el supuesto enjuiciado ya que las manifestaciones de los testigos fueron recogidas en lo esencial en el pliego de cargos, dándose a los expedientados la oportunidad de proponer en su descargo cuantas pruebas entendieran oportunas, entre las cuales nuevas testificales”. En similares términos, la **SAN de 14 de septiembre de 1999**, Ar. 3042.

D) Denegación motivada de prueba. En especial, de la prueba testifical

La **STSJ de Cataluña de 26 de julio de 1999**, Ar. 2533, analiza el rechazo por el instructor de la prueba testifical propuesta por el recurrente: “La no admisión de parte de la prueba testifical propuesta por la expedientada no se produjo de plano, ni inmotivadamente. Antes bien, al condicionarse por la instructora del expediente la admisión de aquella prueba testifical a la presentación del interrogatorio de preguntas que, en su caso, se había de formular a cada uno de los testigos propuestos se hizo razonadamente ‘para poder valorar la procedencia o no de la precitada prueba’. Argumento este en principio razonable”.

9. VINCULACIÓN A LO DECLARADO EN LA JURISDICCIÓN PENAL Y SOCIAL

A) Vinculación en cuanto a los hechos a lo declarado por la jurisdicción penal

Con encomiable claridad, la **STS de 19 de abril de 1999**, Sección Cuarta, Ar. 3507, contiene esta síntesis sobre la vinculación de la Administración a lo declarado por la jurisdicción penal:

VII. Derecho Administrativo Sancionador

“a) si el Tribunal penal declara inexistente los hechos, no puede la Administración imponer por ellos sanción alguna; b) si el Tribunal declara la existencia de los hechos pero absuelve por otras causas, la Administración debe tenerlos en cuenta y, valorándolos desde la perspectiva del ilícito administrativo, distinta de lo penal, imponer la sanción que corresponda conforme al ordenamiento administrativo; y c) si el Tribunal constata simplemente que los hechos no se han probado, la Administración puede acreditarlos en el expediente administrativo y, si así fuera, sancionarlos administrativamente”.

Sin embargo, en ocasiones, la jurisprudencia no es tan clara en relación con estos tres criterios, especialmente con el último. Al respecto, la STS de 22 de julio de 1999, Sección Tercera, Ar. 6195.

B) Vinculación a lo declarado en sentencias de la jurisdicción social

La STC 190/1999, de 25 de octubre, estima el recurso de amparo planteado contra unas sanciones administrativas –y su confirmación contencioso-administrativa– impuestas por conductas consideradas constitutivas de infracción pese a que se habían realizado de conformidad con lo declarado por dos sentencias del orden social: se ha vulnerado el derecho a la intangibilidad de los resultados procesales; más que de una contradicción entre sentencias de distintos órdenes –que es lo que alega el recurrente–, lo que hay es “un desconocimiento por la Administración de las Sentencias del orden social, competente en la materia sustantiva cuestionada”.

10. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) Necesidad de firma

En la línea ya recogida en otras crónicas, la STSJ de Extremadura de 14 de julio de 1999, Ar. 2115, declara que “la firma del titular del órgano de la competencia es esencial para la existencia del acto. Sin firma la resolución no existe y lo que no existe no puede ser sanado ni convalidado (...). No está firmada cuando aparece estampillado simplemente el órgano llamado a asumir la responsabilidad, pero sin intervención directa de la persona titular del mismo”.

B) Posibilidad de que la resolución se aparte de la propuesta de resolución

La STS de 17 de septiembre de 1999, Sección Cuarta, Ar. 7348, reitera que no hay ningún vicio si en la resolución “se acogen los presupuestos fácticos y jurídicos que sustentan la instrucción alterándose (sólo) la cuantía de la sanción pecuniaria propuesta dentro de las previsiones normativas establecidas para la infracción de que se trata”. Algo más lejos va la STSJ de Navarra de 30 de julio de 1999, Ar. 2548. Se impuso una sanción por la comisión de la falta grave tipificada por el RD 33/1986, mientras que en la propuesta de sanción se citaba el RD 884/1989: “lo que la norma prohíbe no es la diferente valoración jurídica de los hechos, sino la aceptación de hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento (art. 138.2 Ley 30/1992)”.

C) Identificación de la norma sancionadora aplicada

Junto con otros, como por ejemplo, los relativos a la justificación de la concreta sanción impuesta (vid. 11.A), la motivación necesaria incluye esta identificación de la norma sancionadora. La STSJ de Andalucía/Granada, de 9 de junio de 1999, Ar. 1582, afirma que “el deber de motivación de las resoluciones administrativas se traduce, en el caso del derecho sancionador, en la necesidad de identificar sin lugar a duda la norma administrativa que describe como ilícito administrativo sancionable la conducta en cuestión”. No obstante, su omisión no siempre es vicio invalidante. Así, en la STSJ de Navarra de 10 de junio de 1999, Ar. 1656: la omisión no ha generado indefensión, pues el interesado se ha defendido sin trabas ni incertidumbres respecto a las infracciones imputadas.

D) Contenido de la resolución en caso de prescripción o caducidad

Según la STS de 4 de octubre de 1999, Sección Tercera, Ar. 7458, producida la caducidad, la “Administración ha de limitarse a declararla, sin que pueda hacer legalmente declaraciones que atribuyan a una persona la comisión de una infracción”. La misma regla se aplica a la prescripción. No obstante, no es una regla absoluta pues a veces es necesario realizar una calificación de la infracción para decidir cuál sea el plazo de prescripción u otros elementos de la resolución. En estos casos lo correcto es formularla en “términos hipotéticos, refiriéndose a la eventual infracción”, no “de modo terminante y como hecho probado”. En este caso, el expedientado podría recurrirla pese a ser absolutoria (vid. 14.A).

E) Resolución de recursos administrativos y prohibición de *reformatio in peius*

Según la STSJ de Navarra de 19 de junio de 1999, Ar. 1018, al resolver un recurso contra una sanción se incurre en la prohibida *reformatio in peius* “tanto por el incremento o alteración de la sanción impuesta, como por referirse a cargos o hechos nuevos imputados al interesado”.

11. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN**A) Proporcionalidad y necesidad de motivar específicamente la extensión de la sanción**

Son numerosas las sentencias que, ante una deficiente motivación de la cuantía de la sanción o por directa aplicación del principio de proporcionalidad, anulan la impuesta (por ejemplo, la sanción añadida de suspensión del permiso de conducir, “sin dejarse constancia ni colegirse por dato alguno, de cualquier otra circunstancia relativa a personas, tiempo o lugar que revelen una agravación de la conducta infractora, ya de por sí calificada legalmente como grave”, STSJ de La Rioja de 5 de mayo de 1999, Ar. 1270; STSJ de Murcia de 30 de septiembre de 1999, Ar. 2786), reduce su cuantía (STS de 17 de septiembre de 1999, Sección Cuarta, Ar. 7348; STSJ de Cataluña de 21 de septiembre de 1999, Ar. 3071) o incluso la sustituyen por otra (expulsiones de ciudadanos extran-

VII. Derecho Administrativo Sancionador

jeros sustituidas por sanciones económicas, vid. SSTSJ de Cataluña de 22 de junio y de 3 de julio de 1999, Ar. 1950 y Ar. 2162).

B) Agravantes de reincidencia y reiteración

La STSJ de Baleares de 11 de junio de 1999, Ar. 1621, afirma que para poder apreciar la reincidencia o la reiteración como agravantes es preciso que la resolución administrativa sancionadora anterior sea firme en vía administrativa y señala esta diferencia entre ambas figuras:

“En el marco del Derecho Administrativo sancionador, la reiteración se distingue de la reincidencia, únicamente en que aquélla comprende infracciones cometidas incluso con una diferencia temporal superior a un año y es también independiente de que dichas infracciones participen o no de la naturaleza de la considerada en la que se quieren hacer valer los efectos agravatorios.”

12. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN

En relación con la prescripción de las infracciones, el problema más frecuente es el de determinar el momento a partir del cual comienza el cómputo del plazo. Ello exige fundamentalmente precisar qué acción o acciones constituyen la infracción. Es esto lo que se plantea con claridad en la STSJ de Asturias de 12 de julio de 1999, Ar. 2575. Se sancionó a un arquitecto por haber firmado como suyo un proyecto elaborado por un estudio de delineantes. La sentencia considera prescrita la infracción porque habían pasado más de cuatro años desde el visado colegial hasta la iniciación del procedimiento sancionador y rechaza la tesis del Consejo Superior que entendía que debía contarse el plazo de prescripción desde la terminación de las obras “dado que la conducta antideontológica (...) se prolonga hasta la finalización de las obras, al consistir aquélla no sólo en copiar un proyecto sino también en aprovecharse de un trabajo dirigiendo las obras”.

Los mayores problemas se suscitan en relación con las infracciones continuadas y las permanentes. Aunque late la aplicación del mismo régimen consagrado en el art. 132.1 CP (en la continuada, el plazo se cuenta desde el día en que se realizó la última infracción; en la permanente, desde que se eliminó la situación ilícita), se suele llamar a todas ellas infracciones continuadas. Pero lo más interesante es analizar cuándo entiende que se está ante una de estas infracciones por considerar que la acción típica no terminó con un acto inicial. A este respecto son significativas dos SSTS de 17 de mayo de 1999, Sección Séptima, Ar. 5191 y 5192. Existía un acuerdo entre varias compañías para no contratar seguros de deceso por debajo de cierta cantidad, acuerdo que efectivamente cumplieron durante un largo período. No hay duda de que los hechos constituyen una infracción contra la libre competencia. La cuestión está en si el plazo de prescripción comenzó a correr desde aquel acuerdo colusorio o sólo podría contarse desde que las entidades infractoras dejaron de actuar conforme a él. Ésta es la solución que acoge el TS hasta afirmar que “nunca operaría la prescripción respecto de conductas que se han continuado realizando durante la sustanciación del procedimiento sancionador, ya que este instituto no puede aplicarse a actividades que permanecen en el tiem-

po”, como era en este caso no contratar. Igual doctrina refleja la **STS de 4 de mayo de 1999**, Sección Sexta, Ar. 4793. Se había sancionado a un abogado porque entre 1978, fecha en la que sus clientes empezaron a hacer entrega de provisiones de fondos, hasta 1988, en la que el sancionado efectuó liquidación definitiva, no les fueron presentadas liquidaciones provisionales ni recibieron ningún tipo de información o justificante del destino que iban recibiendo esas cantidades. Alegada la prescripción, el TS la rechaza pues “la infracción se está produciendo hasta el momento en que se efectúa la correspondiente liquidación (...), y es a partir de esta fecha cuando puede empezar a computarse el plazo de prescripción”. Algún interés tiene también la **STS de 23 de junio de 1999**, Sección Cuarta, Ar. 6402, según la cual es infracción continuada la realización de un trabajo al mismo tiempo que se percibe una prestación por desempleo y mientras concurren ambas circunstancias; y la **STSJ de Cataluña de 3 de julio de 1999**, Ar. 2162: “Habida cuenta que las causas tenidas en cuenta (...) para decretar la expulsión, (...) relativas a la estancia ilegal y carecer de medios lícitos de vida, se mantienen en el tiempo de forma que sólo terminan cuando se obtiene el permiso de residencia o los medios lícitos de vida por contar con permiso de trabajo; dado su carácter continuado el mecanismo de la prescripción no puede actuar”.

13. EJECUTIVIDAD O SUSPENSIÓN DE LAS SANCIONES RECURRIDAS

Entre los pronunciamientos sobre suspensión, dos de ellos merecen destacada atención. Aunque relativos a dos ámbitos muy diferentes (infracciones de jueces e infracciones de seguros), su cuidadosa justificación ofrece aspectos comunes y de gran relevancia.

– Ante la multa de 100.000 pesetas impuesta a un magistrado por falta grave consistente en retraso en dictar sentencias, el **ATS de 27 de abril de 1999**, Sección Séptima, Ar. 5195, declara que no procede acordar la suspensión porque el pago no hace perder su finalidad legítima al recurso (se satisfaría con la anulación del acto y la devolución de la cantidad) y porque “existe la necesidad social” o “interés público” en que “la comisión de faltas graves (...) por quienes tienen a su cargo la noble función de la administración de justicia tenga una respuesta inmediata y efectiva”. Afirma:

“El interés general (...) estriba en la restauración de los valores y principios ínsitos en el buen funcionamiento de las instituciones judiciales (...) Son precisamente los intereses generales de la sociedad los que reclaman la inmediata ejecutividad cuando se ha sancionado al titular de un órgano jurisdiccional (...) Entendemos que el interés general en la ejecutividad inmediata de la sanción, por la ejemplaridad que ello comporta, debe prevalecer sobre el interés particular del recurrente, consistente en que la sanción no se ejecute hasta que se resuelva el proceso.”

Por otra parte, frente a la alegación de que “la no suspensión de la ejecución supondría el asentamiento de la sanción en el expediente personal”, contesta: “La anotación de la sanción en el expediente personal del sancionado no es una consecuencia de la ejecución de la sanción sino de su imposición”.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

– La STS de 13 de octubre de 1999, Sección Tercera, Ar. 7463, deniega la suspensión de las sanciones (separación del cargo e inhabilitación para ejercer cargos de administración en aseguradoras durante cuatro y ocho años) impuestas a los administradores de una compañía de seguros por la comisión de cuatro infracciones muy graves. Por lo pronto, frente a la alegación de que la ejecución de la sanción supondría lesión del derecho al trabajo y al de libre elección de profesión, con daños de imposible o difícil reparación, el TS, sin negarlo, responde: “La limitación o privación del derecho es inmanente a la sanción, y a ello tiende directamente ésta. Se trata, por tanto, no de admitir o rechazar la realidad del daño, sino de determinar en qué medida puede prevalecer sobre los intereses públicos en juego”. En consecuencia, hay que decidir si los intereses públicos exigen la ejecución inmediata, aunque produzca un daño de imposible o difícil reparación e incluso una lesión de derechos constitucionales. Ya en ese terreno, los Autos de la AN recurridos habían denegado la suspensión con una motivación digna de reseñar: “no se trata del simple efecto ejemplificador e intimidador de las sanciones ahora en cuestión (fines de prevención general y prevención especial” sino de que la “protección del interés público exige la no suspensión de su ejecutividad, pues dejando a un lado los fines de prevención general y prevención especial de la sanción, se estima necesario mantener por ahora los resultados de una inspección pública a unas entidades que, como las de seguros, captan recursos entre un público muy amplio. Éste carece (...) de los datos necesarios para proceder a la evaluación de la situación y posible evolución de la entidad, por lo que la inspección pública y posterior sanción están destinadas a paliar esta carencia y a facilitar en definitiva la confianza en tales entidades, condición imprescindible para su buen funcionamiento y de interés esencial, no ya sólo para la clientela, sino para el conjunto de la economía”. Al confirmar la decisión de la AN, el TS añade que “la ponderación que ha realizado la Sala a quo” al dar “valor preferente (...) al interés general de protección de los ciudadanos, clientes de las entidades aseguradoras” es correcta y “debe mantenerse (...), pues sin duda la confianza en el tráfico mercantil, propio de estas entidades aseguradoras, es un elemento de gran relevancia que resultaría gravemente menoscabado si la suspensión se llevase a cabo”.

14. CONTROL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Impugnación de los fundamentos de la resolución con independencia de su parte dispositiva

La resolución declaró cometida una infracción por determinada persona, pese a lo cual no sancionó por estimarla prescrita. Recurre el absuelto al que se había imputado la infracción. Según la sentencia de instancia, las consideraciones que aparecen en la fundamentación de la resolución “son cuestiones de carácter genérico y conceptual que no legitiman al actor para impugnar una resolución que le es favorable, máxime teniendo en cuenta la ausencia de vida propia de los fundamentos jurídicos de una resolución con independencia de su parte dispositiva. Desde esta perspectiva, las afirmaciones (...), al no imponerse sanción alguna, no consuman efectivamente una lesión al recurrente, ni afectan por tanto a su presunción de inocencia, por lo que procede la desestimación del recurso”. La STS de 4 de octubre de 1999, Sección Tercera, Ar. 7458, admite que la regla general es que “sólo son susceptibles de impugnación los procedimientos de las resoluciones y no los razonamientos en que éstas se fundan. Pero este criterio, de carácter rigu-

rosamente general, puede encontrar alguna *excepción*: aunque el aquí recurrente no haya de sufrir ningún perjuicio material como consecuencia del acto recurrido, sí puede padecerlo en el orden moral y profesional, en cuanto que la motivación del acto impugnado le imputa una falta grave. Hay que entender por tanto que existe un interés legítimo suficiente para abrir el cauce procesal —art. 24 CE— y que de cerrarse esta vía se produciría una indefensión incompatible con la cláusula general de pleno control judicial de la actuación administrativa que consagra el art. 106 de la Constitución”.

B) Sentencias que cambian la infracción o fijan directamente la sanción procedente

Con normalidad, las sentencias sustituyen la sanción impuesta administrativamente por otra menor. En el período analizado se observa ello, por ejemplo, en la **STSJ de Cataluña de 13 de julio de 1999**, Ar. 2536, y en la **STSJ de Navarra de 19 de junio de 1999**, Ar. 1018, que incluso cambian el tipo y gravedad de la infracción en el que subsumen los hechos. Incluso fijan la sanción correspondiente sin mayor razonamiento. Lo ejemplifica la **STS de 4 de octubre de 1999**, Ar. 7436, Sección Tercera: Según el RD 1945/1983 es infracción grave “la negativa reiterada a facilitar información (...) a los servicios de inspección”. Como sólo había habido un requerimiento para que se facilitase la documentación, no hay reiteración y la infracción debe ser calificada como leve. A las leves corresponde multa de hasta 500.000 pesetas. El TS la impone en 250.000 pesetas sin ninguna justificación. Sólo dice: “cantidad que, a juicio de esta Sala, y ponderando las circunstancias concomitantes, debe cifrarse en 250.000 pesetas”. Al menos, la **STSJ de Castilla y León/Burgos de 28 de junio de 1999**, Ar. 1334, después de considerar que no se trataba de una infracción grave —como la había calificado la Administración—, sino de una infracción simple, explica la razón por la que descarta remitir la fijación de la sanción a la Administración:

“se cierne ahora el problema de señalar la sanción procedente, pues esta Sala considera que razones de eficacia y economía procesal lo imponen y aconsejan, solución esta que se considera mejor que la de anular la sanción y dejar a la Administración que imponga la sanción que corresponda, siempre por infracción simple”.

C) Anulación de sanción por desviación de poder

La **STSJ de Navarra de 29 de septiembre de 1999**, Ar. 3084, anula la sanción impuesta a la Secretaria de un Ayuntamiento porque lo pretendido realmente no era castigar una conducta reprochable sino rescindir una relación laboral nula.

MANUEL IZQUIERDO CARRASCO

MANUEL REBOLLO PUIG

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR

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

A) Causa y objeto de la expropiación: alcance del derecho a una “indemnización completa” a la luz del Protocolo Adicional Primero al CEDH. **3. Legitimación.**

A) Legitimación activa derivada de la titularidad de bienes expropiados cuyo destino puede resultar afectado de la declaración de nulidad del acto. B) Requisitos y efectos de la representación de parte en la suscripción del mutuo acuerdo. **4. Procedimiento**

expropiatorio. A) Desistimiento de la Administración: doctrina jurisprudencial.

B) Improcedencia de la preclusión en la vigencia de las hojas de aprecio de la

Administración. **5. Criterios de la determinación del justiprecio.** A) Determinación de los intereses de demora en la fase de ejecución de la sentencia. B) Cómputo de expectativas urbanísticas en suelo no urbanizable tras la Ley del Suelo 6/1998. C) Justiprecio en terrenos carentes de aprovechamiento lucrativo. D) Valoración de los bienes expropiados cuando el expediente expropiatorio se inició con anterioridad a la Ley 8/1990, pero la pieza separada de justiprecio se incoa y tramita bajo su vigencia. E) Valor mínimo garantizado y deducción de las plusvalías a los efectos de la expropiación urbanística.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En la presente crónica se comenta la jurisprudencia más sobresaliente de los setenta pronunciamientos producidos a lo largo del tercer y cuarto trimestre de 1999. Destaca la inclusión, por primera vez en esta sección, de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el alcance de la garantía patrimonial por las privaciones expropiatorias del derecho de propiedad consagrado en el art. 1 del Protocolo Primero Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Asimismo, dentro del apartado relativo a la determinación del justiprecio –que esta vez es el más sustancioso–, destacan los pronunciamientos que se ocupan de la determinación del Derecho aplicable para las valoraciones urbanísticas a efectos expropiatorios tras la STC 61/1997 que declaró la

inconstitucionalidad de la mayor parte del TRLS de 1992 y de los criterios de valoración de la Ley 8/1990.

2. NATURALEZA Y ALCANCE DE LA GARANTÍA PATRIMONIAL

A) Causa y objeto de la expropiación: alcance del derecho a una “indemnización completa” a la luz del Protocolo Adicional Primero al CEDH

La aparentemente modesta jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los Estados firmantes del Convenio de Roma de 1950 aceptaron despreocupadamente por entender que no iba a adicionar garantías a las previstas en sus respectivas Constituciones, se ha revelado como un formidable instrumento para incrementar el nivel de protección de los derechos fundamentales en toda Europa. Partiendo de un texto particularmente atemperado y limitado, el TEDH ha extremado de forma incisiva y resuelta la interpretación *pro libertate* de los derechos consagrados en el Convenio y en sus Protocolos Adicionales, haciendo de estos instrumentos un cuerpo vivo, evolutivo y rico en matices que han revelado nuevas garantías que escapaban a las jurisdicciones nacionales.

Buen ejemplo de lo dicho es la doctrina del TEDH sobre la protección del derecho de propiedad frente a la potestad expropiatoria en el marco del art. 1 del Protocolo Adicional al Convenio, según el cual, el reconocimiento del derecho al respeto de los bienes y la prohibición de las privaciones de la propiedad que no estén justificadas “por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas en la Ley”, ha de entenderse “sin perjuicio del derecho que poseen los Estados a dictar las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general”.

El TEDH viene declarando que el respeto de los bienes al que se refiere este precepto debe procurar un “justo equilibrio” entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de la protección de los derechos fundamentales del individuo. Las referencias utilizadas por el TEDH para apreciar si la medida cuestionada por el particular respeta ese equilibrio y no hace recaer sobre el demandante una carga desproporcionada son, como no podía ser de otro modo, las modalidades indemnizatorias previstas por la legislación nacional. A este respecto, el TEDH entiende que el art. 1 del Protocolo Adicional Primero garantiza el derecho a una compensación “proporcionada y completa”, es decir, “a una suma que esté razonablemente en relación con el valor del bien en el mercado”. Lo que no quiere decir que la compensación justa haya de ser la integridad del valor del bien según criterios de mercado, ya que el Estado dispone de un cierto “margen de apreciación” para determinar el justiprecio, en cuya fijación puede esgrimir objetivos legítimos “de utilidad pública” que justifiquen “un pago inferior al del valor total de mercado” (por ejemplo, STEDH “Los Santos Monasterios contra Grecia”, de 9 de diciembre de 1994).

VIII. Expropiación Forzosa

En este contexto interpretativo, la STEDH de 25 de marzo de 1999 (Ar. TC núm. 14), recaída en el asunto “Papachelas contra Grecia”, examina la adecuación al mencionado art.1 del Protocolo de una compensación expropiatoria acordada de conformidad con la Ley griega sobre las obligaciones de los propietarios vecinos en materia de construcción de carreteras nacionales. Esta Ley establece una presunción *iuris et de iure* para el expropiado titular de terrenos colindantes con una carretera que se vaya a construir: dado que la construcción de la carretera representa un beneficio para los colindantes, la indemnización expropiatoria no se calculará sobre el total de los terrenos afectados, sino por una parte proporcional, quedando compensados con el beneficio indicado los terrenos no computados a los efectos de la valoración.

Al analizar la proporcionalidad de esta medida, el TEDH concluye que el automatismo y la excesiva rigidez del sistema compensatorio previsto en la Ley examinada ignora la diversidad de las situaciones que pueden darse en función de la naturaleza de las obras y de la configuración que el terreno tenga en cada caso, imponiendo “una carga especial y excesiva” a los propietarios, a quienes se les impide defender ante los Tribunales nacionales “su derecho a una indemnización completa por la pérdida de su propiedad”, por lo que el TEDH estima que la presunción irrefutable que establece la Ley griega viola el art. 1 del Protocolo Adicional Primero.

3. LEGITIMACIÓN

A) Legitimación activa derivada de la titularidad de bienes expropiados cuyo destino puede resultar afectado de la declaración de nulidad del acto

Como es sabido, la jurisprudencia tiene declarado que la legitimación activa es un presupuesto procesal que implica una relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de forma que de la anulación del acto o disposición impugnada produzca automáticamente un perjuicio o un beneficio, actual o futuro, pero cierto, en la esfera del interesado. Esta circunstancia ha de ser tenida especialmente en cuenta en los supuestos de legitimación indirecta en los que la propiedad expropiada ha sido transmitida a título de herencia o por cualquier otro título, de suerte que la acreditación de dicha transmisión debe ser estudiada con carácter previo al pronunciamiento de fondo.

Cuando la legitimación deriva de la titularidad de bienes cuyo destino puede resultar afectado por la nulidad del acto impugnado por el particular, el Tribunal Supremo entiende bastante, en la mayoría de los casos, la justificación inicial de dicha titularidad, precisando que el examen de la prueba plena de la misma ha de realizarse de manera inseparable del fondo del asunto. Tal es la doctrina seguida para dirimir la admisibilidad de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, para lo que (como declaró la STS de 9 de febrero de 1999, Ar. 1978) no es menester acreditar la plena titularidad del bien o del interés dañado, bastando con la afirmación o inicial justificación de haber sufrido el quebranto, sin perjuicio de que la titularidad de los bienes afectados pueda ser objeto de alegación y prueba plena en relación con el fondo del asunto.

Frente a ello, en aquellos otros casos en los que la determinación de la legitimación activa es susceptible de ser separada del fondo del asunto, como sucede en los supuestos de expropiación forzosa, dicha legitimación constituye un requisito de admisibilidad del proceso que, según sostiene la **STS de 1 de junio de 1999**, Ar. 5638,

“Habrá de afirmarse y justificarse en el momento de la iniciación del mismo, sin perjuicio de que, en el caso de existir dudas, pueda acordarse su tramitación con la posibilidad de realizar alegaciones y prueba sobre este punto, el cual no por ello pierde su condición de presupuesto de admisibilidad cuya existencia deberá ser apreciada en la sentencia.”

Sentado lo anterior, la citada sentencia declara la falta de acreditación de la titularidad hereditaria como fundamento de la legitimación del recurrente en instancia, ya que el supuesto interesado no aporta prueba documental alguna, mientras que de los Registros pertinentes –con los titulares de cuyos asientos debe entenderse el procedimiento expropiatorio– no se deduce la titularidad invocada. Por ello, el Tribunal Supremo casa y revoca la sentencia de instancia que había fundado el título de propiedad del reclamante en la no resolución expresa del recurso de reposición planteado inicialmente por aquél, entendiéndose que el silencio equivalía al reconocimiento por la Administración de la legitimación activa del recurrente, siendo esta interpretación contraria a la doctrina del Tribunal Supremo según la cual del silencio administrativo no pueden resultar facultades o derechos que el particular afectado no hubiera podido adquirir por no pertenecer a su esfera patrimonial o jurídica.

B) Requisitos y efectos de la representación de parte en la suscripción del mutuo acuerdo

De conformidad con las normas que regulan la representación en Derecho Administrativo, y con arreglo a las reglas generales del Código Civil, el apoderamiento que confiere la representación para la suscripción de un acta de mutuo acuerdo por el expropiado no está sujeto a ningún condicionamiento de solemnidad formal. Así, siendo dicho acuerdo un negocio jurídico bilateral, la representación puede ser escrita o verbal, expresa o tácita, siempre que sea cierta. Por lo tanto, tal y como declara la **STS de 13 de julio de 1999**, Ar. 6614, la certeza del apoderamiento y su vigencia en el momento de suscripción del acta son, en este sentido, los elementos decisivos para la validez de un acta de mutuo acuerdo firmada por medio de representante, de modo que una actuación efectuada con representación suficiente no puede ser desvirtuada por un desapoderamiento posterior al mutuo acuerdo al que pretende darse eficacia retroactiva en perjuicio de tercero. Esta manifestación de desapoderamiento –continúa argumentando la sentencia– habrá de ser tenida en consideración en los sucesivos trámites del expediente, pero en modo alguno puede determinar retroactivamente la invalidez y la plena eficacia de los actos y trámites efectuados con anterioridad.

4. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

A) Desistimiento de la Administración: doctrina jurisprudencial

La STS de 8 de junio de 1999, Ar. 5702, recuerda la doctrina del Tribunal Supremo sobre el desistimiento de la Administración en el ejercicio de la potestad expropiatoria, según la cual una vez iniciado el expediente de justiprecio, la Administración expropiante puede desistir expresa o tácitamente de la expropiación siempre que no se haya producido la ocupación material de los bienes. En todo caso, de producirse un desistimiento tal, la Administración (o, en su caso, el beneficiario) está obligada a indemnizar los daños y perjuicios causados a los que iban a ser expropiados. Por el contrario, no es posible el desistimiento cuando la expropiación ya está consumada por haberse producido la ocupación o por haberse fijado el justiprecio, ya que entonces prevalece el derecho nacido en el patrimonio del expropiado a recibir el justo precio, que no puede quedar vulnerado por el desistimiento de la Administración o del beneficiario, que en este último caso conculcaría, además, lo dispuesto en el art. 6.2 del CC, que proclama la nulidad de la renuncia a los derechos reconocidos en las leyes cuando contraría el interés o el orden público o perjudica a terceros.

B) Improcedencia de la preclusión en la vigencia de las hojas de aprecio de la Administración

La STS de 7 de junio de 1999, Ar. 6328, conoce de la alegación de un expropiado según la cual cuando la Administración no presenta en tiempo y forma su hoja de aprecio en los términos del art. 30.1 de la LEF, rechazando en el plazo de 20 días la presentada por los expropiados, ésta ha de entenderse implícitamente aceptada, de modo que ante el silencio se produciría una suerte de avenimiento de la Administración que concluiría el expediente de justiprecio e invalidaría la valoración extemporánea de la Administración y cualquier resolución posterior del Jurado.

Frente a lo expuesto, es doctrina consolidada del Tribunal Supremo que de la demora de la Administración en la presentación de su hoja de aprecio no puede derivarse la aceptación de la del expropiado ni entender precluido, por el transcurso del plazo legalmente fijado para ello, el derecho de la Administración a disentir de la valoración efectuada por aquél. No cabe, en efecto, desprender esta presunción de la dicción literal ni del espíritu del art. 30 de la LEF. Y, por lo tanto —en palabras de la sentencia comentada—, “de ninguna manera se admite la preclusión en la vigencia de las hojas de aprecio de la Administración”.

Lo contrario supondría, además, desconocer la doctrina del propio Tribunal sobre la validez y eficacia de los acuerdos del Jurado, ya que, una vez producida la valoración por el Jurado ésta goza de una presunción *iuris tantum* de acierto y legalidad, sin que pueda pretenderse su destrucción por el mero hecho de que la Administración disintiese extemporáneamente de la hoja de aprecio del expropiado.

5. CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO

A) Determinación de los intereses de demora en la fase de ejecución de la sentencia

Es doctrina consolidada del Tribunal Supremo que la obligación legal de satisfacer intereses por la demora en la tramitación y el pago del justiprecio de los arts. 56 y 57 de la LEF existe con independencia de que así se hubiese declarado o no por el acuerdo del Jurado Provincial o por la sentencia que revise tal acuerdo, de manera que aun sin pronunciamiento administrativo o judicial expreso que imponga el pago de los referidos intereses, la obligación legal de abonarlos es exigible en el trámite de ejecución de sentencia, pues como sostuvo la STC 167/1985, de 10 de diciembre, “ni hace falta pedir lo que la Ley manda ni comete incongruencia el Juez que silencia un *petitum* de tal naturaleza”. Por tanto, si los mencionados intereses se devengan *ope legis* no es imprescindible que exista pronunciamiento expreso sobre los mismos para que pueda pedirse su liquidación y abono en el período de ejecución de la sentencia. Y esto es así, como han precisado las SSTs de 16 y 21 de septiembre de 1999, Ar. 7928 y 7858, respectivamente, incluso cuando en los fundamentos de la sentencia del Tribunal que acoja la reclamación del expropiado no se haya estimado expresamente la pretensión accesorias sobre el reconocimiento de los intereses ni determinado su cuantía, bastando que de la sentencia se deduzca claramente un pronunciamiento favorable sobre la reclamación de los intereses (por fijarse, por ejemplo, la fecha a partir de la que deben computarse), al entender que en este caso,

“estaríamos en presencia de una mera omisión material, susceptible de ser subsanada en cualquier momento al amparo del art. 267 de la LOPJ”.

Por su parte, la STS de 1 de junio de 1999, Ar. 5636, confirma la corrección de la doctrina sobre la determinación de los intereses en fase de ejecución de sentencia en el sentido que hemos reseñado, desechando alguna desviación interpretativa que el propio Tribunal Supremo había sostenido anteriormente. Pero lo más destacable de esta sentencia es la importante consideración con la que apostilla la doctrina general sobre la materia, declarando que si bien es cierto que los arts. 56, 121.1 y 123 de la LEF reconocen la competencia de la Administración expropiante, o en su caso del beneficiario, para cuantificar los intereses de demora, el principio de tutela judicial efectiva y la evitación de dilaciones indebidas en el procedimiento obligan a entender que cuando la cuestión de la determinación y pago de los intereses se suscita en fase de ejecución de sentencia:

“no sólo la resolución administrativa existente es plenamente fiscalizable, sino también que incluso cuando exista cuestión sobre quién debe hacerse cargo de los intereses de demora en la fijación del justiprecio como responsable del retraso, la falta de decisión administrativa en punto al reconocimiento o fijación de la obligación de abonar intereses, debe ser suplida por el Tribunal, al menos si tiene suficientes elementos de juicio para ello, pues el principio de acto previo no puede ser llevado a exigir un previo pronunciamiento sobre una obligación surgida *ope legis*, ni el principio de jurisdicción revisora puede impe-

VIII. Expropiación Forzosa

dir que los Tribunales declaren directamente la existencia de este tipo de obligaciones, habida cuenta de que la omisión de la declaración administrativa de su existencia implica su reconocimiento implícito”.

No es obstáculo para ello –añade la sentencia–, la necesidad de dirimir el sujeto al que corresponde la responsabilidad del pago de los intereses por demora en la fijación del justiprecio, ya que, por analogía,

“existe idéntica razón para determinar la responsabilidad de un concesionario de servicio público en sentido estricto que para declarar la del beneficiario de la expropiación, que no es sino un concesionario de ésta al asumir el protagonismo material y jurídico de la misma naturaleza que el concesionario de servicios públicos, según se deduce de las facultades que le atribuye el art. 5 del REF, por lo que es procedente (...) aplicar igual régimen jurídico que para los concesionarios (...)”.

En consecuencia, la Administración puede pronunciarse, a la vista de las actuaciones practicadas y de las alegaciones presentadas, sobre la obligación del beneficiario de pagar los intereses de demora si no existe pronunciamiento por parte del Jurado, con la consiguiente facultad del Tribunal “de revisar o sustituir la ausencia del debido pronunciamiento”. La sola excepción a esta posibilidad que tiene el Tribunal es la que resulta del art. 72.1 del REF, que prevé un específico pronunciamiento del Jurado sobre la imputación de responsabilidad por demora al beneficiario y sobre la cuantía de los intereses en este caso, ya que la decisión de Jurado sobre estos extremos:

“constituye una decisión en sentido propio (como pronunciamiento definitivo) de este órgano sobre la existencia de responsabilidad y sobre su cuantía, y en este caso el acto administrativo, de no ser impugnado en tiempo por los interesados, deviene firme y consentido”.

Aunque de no pronunciarse el Jurado en el marco del art. 72.1 del REF respecto a la posible responsabilidad del beneficiario tal excepción no concurriría y cabría entender, por tanto, que renace la posibilidad de que el Tribunal dirima el asunto.

B) Cómputo de expectativas urbanísticas en suelo no urbanizable tras la Ley del Suelo 6/1998

Como indicábamos en el núm. 1 de esta Revista (pág. 137), bajo la vigencia de la Ley del Suelo de 1956 y del Texto Refundido del 1976, el Tribunal Supremo sostuvo en reiteradas ocasiones que en las expropiaciones no urbanísticas de terrenos no urbanizables el cómputo de las expectativas urbanísticas de los terrenos expropiados era uno de los elementos que debían tenerse en cuenta para valorar los bienes con arreglo al principio de libertad estimativa plasmado en el art. 43 de la LEF. Dicho criterio jurisprudencial quebró, sin embargo, bajo la vigencia de la Ley 8/1990, de valoraciones y del Texto refundido de la Ley del Suelo de 1992, habida cuenta que éstas disposiciones contenían normas unificadas para la valoración del suelo a efectos expropiatorios que se aplicaban con independencia del carácter urbanístico o no de la expropiación, disponiendo que el valor

de los terrenos no urbanizables sería el inicial o rústico, sin consideración alguna de las expectativas derivadas de su posible utilización urbanística.

No obstante, tal y como resalta la **STS de 22 de junio de 1999, Ar. 5737**, con la aprobación de la nueva Ley estatal del Suelo 6/1998 se ha restablecido el criterio de valoración inicial, con la salvedad de que ahora se aplica a todo tipo de expropiaciones, urbanísticas o no, ya que según el art. 26 de dicha Ley el valor del suelo no urbanizable se calculará por el método de comparación a partir de valores de fincas análogas, “sin hacer reserva alguna en relación con la imposibilidad de tener en cuenta las expectativas urbanísticas” que, por lo tanto, habrán de computarse a los efectos de determinar el justiprecio, siempre que se trate, como tenía declarado la jurisprudencia anterior a la Ley 8/1990, de expectativas debidamente probadas en relación con las características físicas del terreno, su proximidad inmediata al suelo urbano, la existencia de algunos servicios urbanísticos y las circunstancias de toda índole concurrentes en el mismo.

C) Justiprecio en terrenos carentes de aprovechamiento lucrativo

Es criterio jurisprudencial que el suelo destinado a dotaciones públicas locales, a sistemas generales o a usos de interés social ha de valorarse a los efectos de su ejecución por el sistema de expropiación como si de suelo urbanizable se tratase y pese a que pueda estar clasificado de no urbanizable, pues de lo contrario se estaría incumpliendo la obligación de equidistribución de los beneficios y cargas derivadas del planeamiento. La **STS de 29 de mayo de 1999, Ar. 7277**, analiza una valoración expropiatoria de terrenos carentes de aprovechamiento lucrativo por estar afectos a una dotación pública que fue calculada atendiendo al valor rústico o inicial de los terrenos, sin consideración de su valor o aprovechamiento urbanístico, que hubiera exigido tener en cuenta el porcentaje aplicable de la media ponderada de los aprovechamientos del área de reparto correspondiente, que pretende garantizar a los propietarios un mínimo de aprovechamiento urbanístico en aplicación del principio de equidistribución.

Una vez declarada la procedencia de aplicar el valor urbanístico referido a efectos expropiatorios, el problema al que se enfrenta la citada sentencia es el de determinar el Derecho aplicable, toda vez que, en razón del momento en que se expropió, las reglas de valoración aplicables eran las de los arts. 58 a 61 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 relativas a la valoración expropiatoria de los terrenos destinados a dotaciones y sistemas generales; preceptos que en el momento de resolver el Tribunal Supremo habían sido declarados inconstitucionales en virtud de la STC 61/1997, por invadir las competencias autonómicas sobre la materia. Como resultado de ello, y en aplicación de la polémica interpretación sentada por este trascendental pronunciamiento del Tribunal Constitucional, la sentencia comentada declara la procedencia de aplicar los criterios de valoración que para tales terrenos contemplaba el art. 105.2 del Texto Refundido de 1976, precisando *obiter dicta* que, a la postre, no existe contradicción entre el método de valora-

VIII. Expropiación Forzosa

ción contemplado en los preceptos anulados del TRLS de 1992 y los que en el caso se aplican del TRLS de 1976 y del Reglamento de Gestión Urbanística de 1978, ya que:

“el cálculo del valor urbanístico y, por consiguiente, del justiprecio de los terrenos expropiados en el nuevo y en el antiguo Texto Refundido es equivalente, pues mientras en el de 1992 se hace con referencia a un porcentaje determinado del aprovechamiento tipo del área de reparto o del Plan General (75 por ciento en suelo urbano y 50 por ciento en suelo urbanizable programado), en el de 1976 se lleva a cabo con referencia al aprovechamiento una vez deducidos los terrenos de cesión obligatoria y los costes de urbanización, de cuya operación, en definitiva, han de resultar valores análogos a los que se obtendrían si fuese aplicable el sistema establecido por aquellos preceptos anulados del Texto Refundido de 1992”.

D) Valoración de los bienes expropiados cuando el expediente expropiatorio se inició con anterioridad a la Ley 8/1990, pero la pieza separada de justiprecio se incoa y tramita bajo su vigencia

También afronta un problema de Derecho aplicable en materia de valoración de expropiaciones la STS de 10 de mayo de 1999, Ar. 7276, que se pronuncia sobre la eficacia de los criterios de valoración establecidos por la Ley 8/1990. Básicamente, la cuestión planteada se reduce a saber si las valoraciones contenidas en la citada Ley 8/1990 resultan o no aplicables a los expedientes expropiatorios iniciados antes de su vigencia pero en los que el expediente de justiprecio se incoa después de haber entrado en vigor dicha disposición.

La propia Ley 8/1990 contenía, en su Disposición Transitoria Primera.³, una regla para determinar el aprovechamiento aplicable a los efectos de la valoración según la fase procedimental en que se encontrase la expropiación, siendo el momento decisivo al que referir la valoración el de la aprobación de la relación de propietarios y descripción de bienes en la que está implícita la necesidad de ocupación que inicia cabalmente el expediente expropiatorio a tenor de los arts. 20 y 17.2 de la LEF, y no el de iniciación de la pieza separada de justiprecio. El problema estriba, como señala el Tribunal, en que la Disposición Transitoria mencionada ha de reputarse inconstitucional tras la STC 61/1997, que anuló la Disposición Transitoria Primera.⁴ del TRLS de 1992 que reproducía la anterior. No obstante, el aludido régimen transitorio, aun cuando haya de considerarse inconstitucional por invadir la competencia autonómica, hace patente la voluntad del legislador de no dar a sus preceptos eficacia retroactiva en los expedientes expropiatorios incoados con anterioridad a su propia vigencia, y esta intención del legislador va a ser tenida muy en cuenta por el Tribunal Supremo a la hora de resolver.

En efecto, la Sentencia sostiene que aunque el art. 36.1 de la LEF establezca que las tasaciones se efectuarán con arreglo al valor que tengan los bienes expropiados al tiempo de iniciarse el expediente de justiprecio no puede obviarse la necesaria distinción entre cuáles hayan de ser los criterios aplicables para valorar y el momento al que debe referirse la valoración, de manera que el art. 36.1 de la LEF fija tan sólo el momento de la tasación, que no es otro que el de la iniciación del expediente de justiprecio, pero –y esto es lo definitivo– no determina cuáles sean los criterios legales de valoración, que serán:

“los que rigiesen al tiempo de incoarse el expediente expropiatorio, los cuales vendrán impuestos por la legislación aplicable al cálculo del justiprecio según la expropiación de que se trate”.

Sentado lo anterior, y teniendo en cuenta que los criterios de valoración no pueden quedar al arbitrio de la Administración expropiante (y así sería si se aplicase la Ley 8/1990, vigente al tiempo de iniciarse la pieza de justiprecio), el Tribunal concluye que el trámite procedimental más cierto y seguro para aplicar uno u otro procedimiento valorativo (el de la LEF o el de la Ley 8/1990) es de la incoación del expediente expropiatorio pues, si no es aplicable el régimen transitorio que contenía la propia Ley 8/1990 y el TRLS de 1992, sí lo es el art. 2.3 del CC que proscribe la retroactividad de las leyes salvo que en ellas se disponga lo contrario, lo que conlleva a afirmar la aplicación de la legalidad vigente en el momento de acordarse la necesidad de ocupación. Por lo tanto,

“como en este caso (...) no se había publicado ni entrado en vigor la Ley 8/1990, de 25 de julio, cuando se inicia el expediente expropiatorio, teniendo en cuenta que la expropiación no es urbanística, deben ser los establecidos por la Ley de Expropiación Forzosa, y concretamente el contemplado en el artículo 43 de ésta (...)”.

La Sentencia cuenta con un extenso y sólidamente argumentado voto particular del Magistrado Xiol Rius en el que, dicho sea sintéticamente, se sostiene la aplicabilidad al caso debatido de los criterios de valoración de la Ley 8/1990, por entender que esta norma contiene otras disposiciones transitorias distintas a las referidas por la Sentencia que, aparte de no haber quedado afectadas por la STC 61/1997, sustentarían un fallo diametralmente opuesto al sostenido por la mayoría de la Sala. En efecto, a juicio de este Magistrado, la Disposición Transitoria Primera.1 de la Ley 8/1990 establece que a partir de la entrada en vigor de dicha Ley el valor urbanístico de todo terreno será el correspondiente “al grado de adquisición de las facultades urbanísticas que en la misma se definen y regulan”, precepto que al ser conectado con el art. 47 del TRLS de 1992, con arreglo al cual las valoraciones se entenderán referidas, cuando se aplique la expropiación forzosa, al momento de iniciación del expediente de justiprecio individualizado (precepto que tampoco ha sido anulado por la STC 61/1997),

“no deja la menor duda sobre el hecho de que la voluntad del legislador es referir al momento de iniciación del expediente de justiprecio no sólo la consideración de los parámetros económicos para la valoración, sino también la determinación del régimen transitorio”.

La doctrina seguida por esta importante Sentencia ha sido refrendada por la STS de 2 de julio de 1999, Ar. 7639, y otra posterior STS de 21 de septiembre de 1999, Ar. 7858, de la que —por cierto— es ponente el Magistrado Xiol Rius, y que siguen a la primera por elemental aplicación de los principios de unidad de doctrina, seguridad jurídica e igualdad de trato.

VIII. Expropiación Forzosa

E) Valor mínimo garantizado y deducción de las plusvalías a los efectos de la expropiación urbanística

La STS de 19 de junio de 1999, Ar. 7290, conoce en casación de una sentencia que, siguiendo el criterio fijado por el Jurado de Expropiación, consideró que el precio de adjudicación por subasta pública de unas fincas situadas en la misma unidad de actuación y colindantes con las expropiadas constituía una “estimación pública” a los efectos del art. 143.1 del Reglamento de Gestión urbanística que debía prevalecer sobre el valor inicial y sobre el urbanístico, ya que, según dicho precepto, cuando el valor inicial o urbanístico “sea inferior al que constara en valoraciones catastrales, índices municipales u otras estimaciones públicas aprobadas, prevalecerá la más alta de las que concurren sobre el terreno”, siendo así que la referida subasta de las fincas colindantes a las expropiadas, que fue acordada por el propio Ayuntamiento que ahora es beneficiario de la expropiación, es el valor más alto de los que concurren y que, por lo tanto, debe aplicarse como justiprecio garantizado para el expropiado.

Frente a esta interpretación, el Tribunal Supremo da la razón al Ayuntamiento recurrente, sosteniendo:

“tal interpretación del Jurado y del Tribunal *a quo* no sólo es contraria a la literalidad del precepto contenido en el art. 143.2 del Reglamento de Gestión Urbanística, que fija en sus cuatro apartados las estimaciones públicas que han de tenerse en cuenta a tal efecto, sino a la finalidad y espíritu de lo establecido por los indicados preceptos (arts. 143 y 144 del RGU) que tratan de impedir que el valor urbanístico resulte inferior al que la Administración haya señalado al suelo a efectos fiscales o en función de los rendimientos o aprovechamientos rústicos del mismo, entre los que no cabe entender incluido el precio obtenido en una subasta pública de terrenos urbanizados y transformados en solares en ejecución del planeamiento urbanístico, que lógicamente tienen incorporadas las plusvalías derivadas de la acción de los entes públicos en el proceso urbanizador y que, por consiguiente, constituye un auténtico valor de mercado”.

Por otra parte, la Sentencia declara que el Tribunal *a quo* infringe igualmente el art. 36 de la LEF, pues del precio de la subasta que acepta la Sala de instancia no se han deducido correctamente las plusvalías que genera la acción urbanística sobre los terrenos, y ello a pesar de haberse corregido el precio de la subasta con el IPC y de haberse restado los costes de urbanización de los terrenos subastados. Pero, a juicio del Tribunal Supremo, estas minoraciones no bastan:

“porque la plusvalía no viene representada exclusivamente por los costes de urbanización y el incremento de los precios sino por las consecuencias de la propia obra urbanizadora, determinante de que, una vez satisfechos los costes de urbanización y llevadas a cabo las cesiones legales obligatorias, el terreno experimente una revalorización que no cabe confundir con el incremento del índice de precios al consumo entre el año en que se inició el expediente de justiprecio y aquel en que se enajenaron los solares en pública subasta, sino que (...) se corresponde con las expectativas que la indicada obra urbanizadora proporciona al suelo en el mercado inmobiliario, de manera que el Jurado, si bien ha restado

del precio de adjudicación en subasta pública los costes de urbanización y el incremento de los precios según el índice de precios al consumo, no ha deducido correctamente la plusvalía”.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Delimitación del campo de la responsabilidad administrativa. A) Naturaleza de la indemnización a víctimas del terrorismo. B) Naturaleza de las ayudas al estudio universitario **3. Carácter objetivo del sistema de responsabilidad y relación de causalidad.** A) Responsabilidad derivada de acto político: indemnización por pérdida de negocio como consecuencia del cierre de la frontera con Gibraltar. B) Aplicación de la LGDCU por el orden civil a los supuestos de responsabilidad por daños sanitarios cuando derivan de la aplicación de productos defectuosos.

4. Antijuridicidad del daño y obligación de soportarlo. A) Cláusula del estado de los conocimientos y de la técnica y contagio del virus de la hepatitis C a través de transfusión sanguínea: confrontación de las soluciones administrativa y civil. B) Potestades discrecionales, conceptos jurídicos indeterminados y responsabilidad. Aparente rechazo de la teoría del “margen de tolerancia” **5. Daño. Rechazo de la indemnización de gastos futuros eventuales 6. Acción de responsabilidad y procedimiento. Dies a quo en el caso de daños sanitarios: fecha del diagnóstico definitivo. 7. Principio de unidad jurisdiccional. Competencia general y exclusiva del orden contencioso-administrativo.**

8. Responsabilidad del Poder Judicial. A) Error judicial: reconocimiento de responsabilidad. B) Prisión preventiva: criterio del auténtico significado de la resolución pronunciada por la jurisdicción penal para determinar la inexistencia objetiva o subjetiva, por encima de la calificación formal realizada por el juez penal. C) Indemnización por retraso en la tramitación de un proceso penal.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta Crónica, se abordan algunos aspectos fundamentales del rico cuestionario de problemas siempre vivos que es consustancial al tema de la responsabilidad.

Cabe destacar en esta breve presentación la indagación habida sobre la naturaleza y alcance de la indemnización a título de responsabilidad extracontractual, y su identidad, o por

el contrario diferencia, con la compensación asistencial que puede operar eventualmente como medio alternativo de reparación. Asimismo, el problema de la aplicabilidad de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, incluso para el ámbito sanitario público, que amén de su vertiente sustantiva —también existen Sentencias que declaran preferente en todo caso el sistema de la Ley 30/1992— parece dejar aún a la jurisdicción civil un portillo abierto en el hermético principio de unidad jurisdiccional a favor de lo contencioso recientemente consagrado.

Pero sobre todo hay que resaltar la aparición de la primera Sentencia que, ya a la vista del nuevo art. 141.1 de la Ley 30/1992 (con la redacción de la Ley reformadora 4/1999) discurre sobre la causa de exoneración de la responsabilidad por los llamados “riesgos del progreso”, situando el problema, diríamos que con fortuna y por fin, en su terreno propio, es decir, considerando a dicho precepto como delimitador de la esfera de la anti-juridicidad objetiva, o dicho de otro modo, de los daños que constituyen o no lesión resarcible, cuestión que ha de situarse en la antesala del propio sistema de responsabilidad objetiva, que así revela su carácter no absoluto por propia decisión de la Ley.

2. DELIMITACIÓN DEL CAMPO DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

A) Naturaleza de la indemnización a víctimas del terrorismo

En la STS de 1 de junio de 1999, Ar. 5637 (Ponente: Xiol Ríos), la persona que convivía con un policía nacional fallecido en acto terrorista reclama su derecho a una indemnización con fundamento en el RD 336/1986, de 24 de enero. Ahora bien, dicha disposición, en su art. 2, no prevé que el conviviente tenga derecho a indemnización, salvo cuando existe descendencia común con el fallecido. Para la demandante, tal diferenciación respecto al cónyuge es contraria al principio de no discriminación. Fuera de la óptica del principio de igualdad, lo interesante, en lo que a la institución de la responsabilidad respecta, es el análisis acerca de la naturaleza de estas indemnizaciones, ya que de acuerdo con la doctrina constitucional, el legislador tiene un margen de libertad para establecer prioridades acerca de los sujetos que pueden ser beneficiarios de *ayudas sociales*; por el contrario, cuando las compensaciones no se basan en la solidaridad social sino en la indemnización por daños, una diferenciación entre los sujetos por razón de la existencia o no de vínculo formal resulta contraria a la lógica de la responsabilidad, dado que, evidentemente, el daño moral no conoce de formalidades. A la vista de las consideraciones antecedentes, resulta crucial determinar en este caso cuál sea la naturaleza de las indemnizaciones a las víctimas del terrorismo.

El TS se mueve “entre dos aguas”:

– De una parte, parece reconocer que las indemnizaciones a víctimas del terrorismo (o sus causahabientes) son ayudas públicas, inspiradas en el principio de solidaridad; no,

IX. Responsabilidad Administrativa

por tanto, indemnizaciones por responsabilidad extracontractual, dado que ésta corresponde en estas hipótesis al Estado, en línea con lo que proclama la Ley 35/1995, sobre asistencia a las víctimas de delitos dolosos y violentos.

– Pero sin embargo afirma que la indemnización por responsabilidad y la compensación a las víctimas del terrorismo,

“(…) tienen su causa jurídica en un concepto criminológico común, el de víctima del delito, y en consecuencia deben ser contempladas, en sus aspectos sustanciales o de principio, desde la perspectiva del resarcimiento del daño que la presencia del concepto de víctima impone (...). En el caso controvertido, no se trata propiamente de la fijación de una prestación o ayuda de carácter social, sino que el propósito de la indemnización fijada es resarcitorio de los daños morales y perjuicios patrimoniales derivados del daño corporal originado por el acto terrorista (...)” (FJ 4º).

En realidad, dos consideraciones –aparte la “humanitaria”– parecen pesar en la decisión: que la diferenciación entre cónyuges y parejas de hecho no la lleva a cabo la LO 9/1984, de 26 de diciembre, sino su Reglamento; y que la normativa actualmente vigente (RD 1211/1997, de 18 de junio, de Ayudas y Resarcimiento a las Víctimas de Delitos de Terrorismo) sí reconoce en estos supuestos el derecho a indemnización del conviviente.

La Sentencia cuenta con un Voto Particular (formulado por los Magistrados Pérez Morate, Hernando Santiago y Mateos García) que expresa la “total discrepancia” (sic) en la afirmación de que las prestaciones previstas en la LO 9/1984, de 26 de diciembre, a favor de las víctimas del terrorismo constituyen, en lugar de ayudas públicas, indemnizaciones resarcitorias. El Estado no puede asumir sustitutoriamente las indemnizaciones debidas por el culpable, ni abarcar el daño moral provocado por el delito; tales ayudas, por el contrario, se inspiran en el principio de solidaridad. Además, la solución acogida en la Sentencia se aparta de la jurisprudencia preexistente.

“Con el mayor respeto a la opinión mayoritaria, su tesis se apoya en una inexactitud al considerar como causa jurídica de ambas obligaciones el concepto común de víctima del delito, cuando ésta es, meramente, el sujeto de la obligación o titular del derecho a la prestación, pero nunca la causa.”

En la indemnización por daños, la causa es la responsabilidad, que se basa en el principio general del derecho, según el cual cada uno debe responder de sus propios actos; en el caso de las ayudas, la causa es la solidaridad, que sólo existe cuando la ley la establece y con los criterios que la propia ley determina. Una de las consecuencias de esta diferenciación es que las ayudas son compatibles con la indemnización por responsabilidad. Otro elemento diferencial radica en que la responsabilidad exige reparación integral; por contraste, la solidaridad permite moderar o aminorar la prestación reparatoria y limitar los titulares con derecho a la misma. En definitiva,

“Las ayudas estatales a las víctimas del terrorismo, como a las de cualquier otro delito, aunque la ley las denomine indemnizaciones, no pierden por ello su genuino significado de prestaciones basadas en el principio de solidaridad y no en el de responsabilidad, salvo que se desnaturalice el actual sistema jurídico de la reparación, arraigado en los principios de la responsabilidad personal y de la autonomía de la voluntad, para sustituirlo por otro determinista y de responsabilidad social universal, en que la sociedad asumiría todos los riesgos generados en su seno y el Estado se constituiría en su asegurador.”

B) Naturaleza de las ayudas al estudio universitario

En la STS de 20 de mayo de 1999, Ar. 6151, unos jóvenes universitarios, cuya residencia familiar se encuentra en zonas rurales, solicitan indemnización por los gastos desembolsados por sus padres para costearles los estudios en otras localidades. La mayoría de ellos no llegó a solicitar las becas públicas de residencia, pues su renta familiar excedía de los topes previstos; no obstante, argumentan que se debió a que la legislación fiscal no permite descontar los gastos por estudios de los hijos. El TS parte argumentalmente de reconocer que la normativa universitaria prevé una política de compensación de desequilibrios territoriales y de becas al estudio; ahora bien, lo hace de forma programática y condicionada al gasto público disponible. En este sentido, es indudable que se han adoptado una serie de medidas (entre ellas, el establecimiento de la UNED); ahora bien, el juicio sobre su suficiencia es una cuestión que sale de la órbita de la responsabilidad, y se enmarca en la política legislativa.

3. CARÁCTER OBJETIVO DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD Y RELACIÓN DE CAUSALIDAD

A) Responsabilidad derivada de acto político: indemnización por pérdida de negocio como consecuencia del cierre de la frontera con Gibraltar

El cierre de la frontera con Gibraltar decretado por el Gobierno el 6 de junio de 1969 supuso para determinados ciudadanos españoles residentes fuera de esta colonia la imposibilidad de seguir regentando sus negocios. Algunos de ellos interpusieron reclamaciones a partir de 1970 de forma reiterada. Sólo en 1995 se desestimaron expresamente estas reclamaciones, y ello a pesar de que el Consejo de Estado se había mostrado favorable a la indemnización. Nada menos que treinta años después, en 1999, el TS ha podido pronunciarse sobre las acciones de responsabilidad entabladas por algunos perjudicados, en las SSTS de 7 de julio, Ar. 7148; de 15 de julio, Ar. 7480; de 17 de julio, Ar. 7481; de 19 de julio, Ar. 6549; de 20 de julio, Ar. 6553; y de 24 de julio, Ar. 7482. En todas ellas se reitera la solución acogida en la STS de 19 de diciembre de 1997, Ar. 9423: el Estado es responsable de los daños derivados del cierre de negocios al que condujo el acto político en cuestión. La responsabilidad deriva del carácter objetivo del sistema, que

IX. Responsabilidad Administrativa

prevé expresamente la indemnización de los perjuicios derivados de actos no fiscalizables en la vía contenciosa [antes en los arts. 40 LRJAE y 2.b) de la LJCA de 1956 y hoy en el art. 2.a) de la LJCA]. No enerva el derecho a indemnización el que no figurasen formalmente los propietarios de negocios como tales, y hubieran interpuesto un titular fiduciario para eludir las restricciones que imponía la normativa gibraltareña. Respecto del *quantum* indemnizatorio, al no haberse concedido el recibimiento a prueba solicitado en su momento por los afectados, se aceptan las cantidades reclamadas. Eso sí, se detrae un porcentaje (diferente según el tipo de negocio) en concepto de bienes materiales no perecederos e instalaciones, que no perdieron su valor por la imposibilidad de regentar personalmente los negocios. Se actualiza la cantidad con el IPC desde la fecha de la primera reclamación administrativa en 1970. No se reconoce, por el contrario, el aumento, acumulativo, con el interés legal, dado que ambas vías son alternativas, bastan cada una de ellas para actualizar la deuda.

B) Aplicación de la LGDCU por el orden civil a los supuestos de responsabilidad por daños sanitarios cuando derivan de la aplicación de productos defectuosos

La Sala de lo Civil del TS parece favorable a admitir la aplicación de la LGDCU en los supuestos de responsabilidad por daños sanitarios provocados por la utilización de medicamentos y productos sanitarios defectuosos. Así lo hace en la STS de 5 de octubre de 1999, Ar. 7853, en un caso de transfusión de plasma contaminado del virus de la hepatitis C, que enseguida reseñaremos. Igualmente, en la STS de 24 de septiembre de 1999, Ar. 7272. En este caso, se trata del embarazo no deseado de una mujer a la que se colocó un DIU defectuoso en un hospital público. Se condena solidariamente a la Administración y a la empresa fabricante, por aplicación de la LGDCU.

“La aplicación de la normativa de defensa de los consumidores en cuestiones de servicios sanitarios resulta procedente, y así lo ha entendido esta Sala de Casación y con especial referencia al artículo 28, párrafo segundo, presumiéndose *iuris et de iure* que los referidos servicios incluyen las garantías a las que se refiere el párrafo primero del artículo (...)” (FJ 4°).

El TS no admite el argumento de la Administración según el cual el producto anticonceptivo había sido homologado y se presentaba por tanto como idóneo. Precisa, además, que la responsabilidad del fabricante no excluye la concurrente de la Administración:

“(…) la responsabilidad del comerciante resulta extensiva a los terceros que, con respecto al producto defectuoso, han tenido intervención decisiva en la producción del daño, por lo que éste se debe a una actividad conjunta del fabricante y del tercero, conforme a la previsión del artículo 8 de la Directiva Comunitaria de 25 de julio de 1985, cuya adaptación a nuestro derecho la produjo la Ley de 6 de julio de 1994, sin derogar los artículos 25 a 29 de la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios, que también prevé la posibilidad de la responsabilidad de terceros (artículo 8), si bien la disposición adicional única, en cuanto se refiere al suministrador, está contemplando una actuación dolosa imputable a los mismos” (FJ 5°).

4. ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO Y OBLIGACIÓN DE SOPORTARLO

A) Cláusula del estado de los conocimientos y de la técnica y contagio del virus de la hepatitis C a través de transfusión sanguínea: confrontación de las soluciones administrativa y civil

En el período de esta Crónica se ha dictado una Sentencia de sumo interés sobre el significado de la “cláusula del estado de los conocimientos” contenida en el nuevo art. 141.1 LPC: nos referimos a la **STS de 31 de mayo de 1999**, Ar. 6154 (Ponente: González Navarro). Se trata del ya tan clásico como triste tema del contagio del virus de la hepatitis C a través de transfusiones sanguíneas que ha dado origen a numerosas sentencias en los órdenes administrativo, civil y laboral. En este caso, la inoculación tuvo lugar en 1975, mucho antes de que el virus fuese aislado y, consecuentemente, de que existieran medios para detectar su presencia en el plasma utilizado para las transfusiones. Como es usual en estos supuestos, viene a discutirse si se trata de un caso fortuito determinante de responsabilidad administrativa o, por el contrario, de fuerza mayor; y si existe o no obligación para el perjudicado de soportar el daño. La Sentencia remarca con particular énfasis tal distinción, lo que le servirá a la postre para extraer la solución para el caso, no sin antes considerar la cuestión de si se da o no antijuricidad que el lesionado no deba soportar. Así,

“En el caso fortuito hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (...); interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización.” “En la fuerza mayor, en cambio, hay determinación irresistible y exterioridad; indeterminación (sic, parece contradictorio con lo afirmado, por lo que debe tratarse de una errata) absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio” (FJ 5°).

Como puede apreciarse, la Sentencia maneja esa distinción de carácter doctrinal con toda decisión y, concretamente, el rasgo de la *interioridad* del evento dañoso para el caso fortuito, como algo generado dentro del servicio; y de la *exterioridad* para la fuerza mayor; distinción, por cierto, abandonada por la relevante STS de 22 de diciembre de 1997, de la Sala de lo Social, que admite como *hechos externos* al servicio, aunque hubiesen acaecido dentro del mismo, aquellos que no se pueden incardinar en la forma ordinaria de producirse las cosas o los acontecimientos por no poder preverse en el curso normal de la vida.

La Sentencia comentada descarta en este caso que se trate de fuerza mayor, pero enfoca después la cuestión desde otro ángulo, esto es, a la luz del nuevo 141.1 LPC y de la cláusula del “estado de los conocimientos” que contempla. Aunque el nuevo precepto no es aplicable a este asunto por razones temporales, para el TS procede “simplemente constatar que lo que hace es positivizar (...) un principio que ya estaba latente (...) en la regu-

IX. Responsabilidad Administrativa

lación anterior” (sic), con lo cual acoge de modo constructivo la innovación legislativa. Así, la Sentencia viene a decir que hay veces que la causación de un daño viene determinada por la necesidad de evitar un mal mayor. En estas hipótesis no cabe hablar de responsabilidad aunque el sistema sea objetivo, y ello, no por una ampliación del concepto de caso fortuito, sino porque el resultado no es ilícito, es decir, la lesión no es antijurídica porque concurre una causa de justificación. De este modo, el paciente viene obligado a soportar el daño. Tras una serie de consideraciones generales acerca del alcance de dicha cláusula y de las dificultades que entraña su interpretación y aplicación, descarta que la Administración, a la que corresponde la prueba, haya acreditado que el daño era imposible de evitar según el estado de los conocimientos existente en el momento de la transfusión; razón por la que la Sentencia considera que al no poder apreciarse causa de exclusión de la antijuricidad, el supuesto cae de lleno en la categoría del caso fortuito.

La Sentencia cuenta con un importante voto particular suscrito por dos magistrados. Parte de que en un caso como el presente no se trata de dirimir si nos encontramos ante un supuesto de fuerza mayor, puesto que falta la nota de ajenidad o exterioridad. Ahora bien, esto no significa necesariamente que se trate de un caso fortuito del que responde la Administración. El voto pone el asunto en el terreno de la antijuricidad, es decir, en el lugar técnicamente correcto, con lo cual supera la propia dicción de la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999 de reforma de la Ley 30/1992, que a influjo del dictamen emitido en su día el Consejo de Estado sobre el Proyecto de dicha Ley calificó –incorrectamente a nuestro juicio– la innovación introducida en el art. 141.1 como una especificación de la fuerza mayor. El voto particular dice con absoluta precisión:

“La redacción dada por Ley 4/1999, de 13 de enero, al artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (...) no modifica los criterios jurisprudenciales acerca de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cuya naturaleza de objetiva venía configurada legalmente y definida jurisprudencialmente, sino que ha incorporado la doctrina jurisprudencial relativa a la antijuridicidad del daño, que no existe cuando el perjudicado tiene el deber de soportarlo, por lo que el mencionado Texto Legal ha introducido la nueva precisión al determinar los perjuicios indemnizables (...) nos parece evidente que los daños derivados de una legítima actuación administrativa, 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, son un riesgo que el perjudicado debe soportar, pues lo contrario sería convertir a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales, lo que no resulta acorde con el significado de la responsabilidad extracontractual aunque sea objetiva o por resultado (...).”

Hasta aquí, no hay disenso con la Sentencia. La discrepancia llega a la hora de valorar en el caso concreto si ha quedado acreditado que el estado de conocimientos en el momento de efectuarse la transfusión (1975) hacía que el daño fuera imprevisible o inevitable.

“Se afirma en la sentencia que sobre la Administración pesa la carga de probar cuál sea el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica, y en ello coincidimos salvo cuan-

do tal situación sea notoria o se deduzca de los propios hechos admitidos por quien pretende la declaración de la responsabilidad patrimonial de aquélla, y esto es lo que consideramos que sucede en este caso (...) Pues bien, si cuando se le diagnostica la mencionada hepatitis (no A no B) aún no se había aislado el virus de la hepatitis C (...), resultaba imposible, según el estado de la ciencia y la técnica conocer al momento de la transfusión si la sangre estaba contaminada por el virus de la indicada hepatitis C, de manera que su posible contagio era un riesgo que debía soportar el propio paciente sometido a la intervención quirúrgica, en la que fue necesario llevar a cabo la transfusión (...), razón por la que no debe imponérsele a la Administración demandada, como se hace en la sentencia que respetuosamente no compartimos, la carga de probar un hecho evidente (...).”

Por nuestra parte, cabe recordar que, conforme admite como hechos probados jurisprudencia anterior, el virus de la hepatitis C no fue aislado e identificado hasta finales de 1988. Hasta entonces, la sintomatología peculiar asociada llevaba a calificar esta patología como de hepatitis no A no B. En España, la obligatoriedad de las pruebas se impone desde octubre de 1990.

Esta Sentencia debe contrastarse con otra pronunciada recientemente, esta vez en el orden civil: la **STS de 5 de octubre de 1999**, Ar. 7853. De nuevo demanda una persona a la que se inoculó el virus de la hepatitis C en una transfusión sanguínea. El elemento distintivo es que se dirige, no contra la Administración, sino contra el laboratorio que comercializó el plasma. Esta diferencia en el legitimado pasivo posibilita una excepcional oportunidad de confrontación con la solución de la Sentencia antes comentada, pues la Sala de lo Civil no aplica el régimen objetivo administrativo, sino la normativa civil. Precisamente, determinar cuál es la legislación civil aplicable es la cuestión crucial. En las dos instancias anteriores, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial habían aplicado el art. 1902 CC, desechando la existencia de culpa; no habían acudido, contra las pretensiones del demandante, a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Como recuerda el TS, esta norma, en su art. 28, establece un sistema de responsabilidad objetiva frente a la víctima-consumidor, que no admite excepciones en la hipótesis de que el daño traiga causa del consumo de productos farmacéuticos. En palabras del TS, se trata de un precedente de la responsabilidad objetiva que explícitamente proclama la Directiva del Consejo 85/374/CEE, de 25 de julio, posteriormente desarrollada por la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. Por nuestra parte, podemos precisar que, efectivamente, el art. 6.3 de dicha Ley establece la responsabilidad objetiva absoluta en el caso de medicamentos, ya que se excluye incluso la aplicación de la cláusula de exención basada en el estado de los conocimientos científicos y técnicos. La Ley de 1994 es inaplicable *ratio temporis* al supuesto de autos, pero sí lo es la LGDCU. Con base en este último texto legal, se declara la responsabilidad de la empresa, con independencia de la existencia o inexistencia de culpa.

B) Potestades discrecionales, conceptos jurídicos indeterminados y responsabilidad. Aparente rechazo de la teoría del “margen de tolerancia”

En el número 4 de esta Revista, tuvimos ocasión de destacar la doctrina en torno a las peculiaridades de los supuestos de responsabilidad por daños derivados de actos posteriormente anulados, al hilo del análisis de la STS de 29 de octubre de 1998, Ar. 8422. En las SSTs de 28 de junio de 1999, Ar. 7143, y de 16 de septiembre de 1999, Ar. 7746, se reitera la doctrina jurisprudencial que en su momento reproducimos y que puede sintetizarse en los siguientes términos: la anulación de un acto administrativo ni presupone ni excluye el derecho a indemnización, que está condicionado a la concurrencia de los requisitos propios de la responsabilidad administrativa. Dicha concurrencia, “si se quiere, ha de ser examinada con mayor rigor en los supuestos de anulación de actos o resoluciones que en los de mero funcionamiento de los servicios públicos”. En concreto, la peculiaridad se encuentra en el análisis de la obligación de soportar el daño. Si el acto del que deriva el daño fue dictado en el ejercicio de una potestad discrecional o en la apreciación de un concepto jurídico indeterminado, existe la obligación de soportar el daño cuando la decisión administrativa, amén de respetar los elementos reglados, es razonada y se mantiene en los márgenes de lo razonable. “Lo contrario –se afirma en el FJ 1º de la STS de 29 de septiembre de 1999– podría incluso generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de sus resoluciones.”

En la Sentencia citada de 1998, existía responsabilidad en ausencia de margen de apreciación. En las de 1999 que ahora comentamos se resuelve del siguiente modo:

– En la STS de 28 de junio de 1999, el daño deriva de la prohibición administrativa, posteriormente anulada, de exhibir una película con su título original, por haberse previamente autorizado la distribución de otra con el mismo nombre a otra compañía cinematográfica. El TS toma en consideración que la denegación de inscripción anulada se justifica en que preexistía una inscripción en el Registro de la propiedad industrial a nombre de otra empresa, que resultaba eficaz en el momento en que la Administración debió ejercer sus facultades de autorización. Por ello, entiende que no existe causalidad y deniega la indemnización de unos daños que, por lo demás, no entiende acreditados.

– Por su parte, en la STS de 16 de septiembre de 1999, el perjuicio tiene su origen en el cierre preventivo de un establecimiento, siendo así que la sanción posteriormente impuesta sería anulada judicialmente por entender prescrita la infracción. Se estima que existe responsabilidad administrativa.

Lo cierto es que esta doctrina jurisprudencial se intenta compatibilizar con un rechazo expreso de la teoría del margen de tolerancia, pues “tal tesis, que pudiere ser aplicada en casos extremos, pugna con la declaración constitucional del artículo 106 (...)”. Esto es, el sistema es objetivo, luego no puede tomarse en consideración lo “disculpable” del actuar administrativo, lo que sería propio de un sistema basado en la culpa. Ahora bien, sí se indaga lo “razonable” del ejercicio de facultades discrecionales o de la apreciación

de conceptos jurídicos indeterminados, si bien que en conexión –en el razonamiento del TS– no ya con la conducta de la Administración, sino con el concepto de lesión antijurídica.

Esta doctrina resulta digna de reflexión. A pesar del rechazo expreso, las consideraciones acerca de lo “razonable” apenas encubren un juicio sobre lo “excusable” o “negligente” del actuar administrativo. Además, parece un tanto confusa, pues si el ejercicio de una facultad discrecional o la apreciación de un concepto jurídico indeterminado se mueve en los límites de lo razonable, ¿acaso el acto no es, sin más, legal, por lo que el administrado debe en todo caso soportar los daños que puedan derivarse? Aún más, no debe dejar de subrayarse que el TS rechaza la tesis del margen de tolerancia, si bien admitiendo que “pudiere ser aplicada en casos extremos”.

Observados de cerca, los asuntos analizados tal vez podrían haberse resuelto en idéntico sentido manejando las claves generales del sistema. En el caso del cierre temporal por una infracción prescrita, hay un funcionamiento anormal del que deriva la responsabilidad administrativa. En el de autorización de la inscripción de una película, la Administración actuó legalmente conforme a lo que figuraba en el Registro; la responsabilidad, en su caso, sólo podía derivar de la previa inscripción en el Registro por parte de otra empresa, pero no de la denegación posterior, hasta tanto no se hubiera anulado la anterior inscripción.

5. DAÑO. RECHAZO DE LA INDEMNIZACIÓN DE GASTOS FUTUROS EVENTUALES

La STS de 18 de octubre de 1999, Ar. 7615, Sala de lo Civil, contempla el siguiente presupuesto: en unas colonias organizadas por un Colegio Público, un alumno que practica un juego peligroso con sus condiscípulos sufre una grave lesión, con el resultado de pérdida del globo ocular. Resulta curioso anotar los diferentes conceptos en que se desglosa el importe total reclamado: pensión vitalicia; pago de gastos médicos; y “que se declare la obligación (...) de resarcir (...) los gastos que en el futuro pudieran generarse en el supuesto de que se hiciera un avance científico en que fuera posible la recuperación del ojo perdido, en cualquier parte del mundo, siempre que dicho evento pudiera probarse en ejecución de sentencia, y fuera viable con resultado positivo, dándose los resultados positivos para recuperar la visión”. El Juzgado de primera instancia condena a la Administración al pago de cantidades por los conceptos de gastos médicos, secuelas y las cantidades que se determinen necesarias en ejecución de sentencia para lograr la sanidad y recuperación del ojo perdido. La Audiencia Provincial une estos dos conceptos en uno solo, en el que incluye las secuelas físicas y psíquicas y los defectos estéticos. Los representantes del menor alegan que la Audiencia ha prescindido ilegalmente del concepto de pago de gastos futuros de curación, con inclusión de las operaciones que puedan ser posibles en virtud de los avances de las nuevas técnicas. El TS argumenta que:

IX. Responsabilidad Administrativa

“(…) en materia resarcitoria no cabe especular con las expectativas o posibilidades futuras, sin una base científica actual, de los avances que pueda alcanzar la ciencia médica, lo cual no es conforme con la seguridad jurídica” (FJ 5°).

6. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD Y PROCEDIMIENTO. *DIES A QUO* EN EL CASO DE DAÑOS SANITARIOS: FECHA DEL DIAGNÓSTICO DEFINITIVO

La STS de 31 de mayo de 1999, Ar. 6154 (que ya fue comentada en cuanto a la aplicación de la cláusula del “estado de los conocimientos”) estima que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de la acción de responsabilidad no es la fecha de la Sentencia que declara la invalidez permanente total del afectado para el ejercicio su profesión habitual, sino la posterior en que se le diagnostica definitivamente que padece de hepatitis C y se reconoce que la causa es la transfusión sanguínea que se le practicó años atrás.

7. PRINCIPIO DE UNIDAD JURISDICCIONAL. COMPETENCIA GENERAL Y EXCLUSIVA DEL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Destacamos el ATS de 18 de junio de 1999, Ar. 6963, Sala de Conflictos de Competencia, no tanto por la solución favorable a la competencia del orden contencioso-administrativo en un caso de responsabilidad sanitaria —ya suficientemente asentada— como por su fundamentación en la normativa más reciente. En efecto, el TS afirma que la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha resuelto todas las dudas que pudieran haber existido bajo el imperio de la normativa anteriormente vigente, al establecer su art. 2 apartado e) la competencia general y exclusiva del orden administrativo en materia de responsabilidad. Precisa el TS que no era necesario modificar a su vez el art. 9 LOPJ, ya que el ATC de 22 de julio de 1997 ha declarado que el legislador puede concretar las materias específicas objeto de conocimiento de los diferentes órdenes jurisdiccionales, a lo que ya procedió en el art. 142.6 de la Ley 30/1992. No obstante, el nuevo art. 9.4 precisa aún más esta cuestión, aclarando además que se extiende también a supuestos en los que puedan concurrir sujetos privados.

8. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL

A) Error judicial: reconocimiento de responsabilidad

En números anteriores de esta Crónica, se ha destacado la apreciación (necesariamente) restrictiva de la noción de “error judicial” en la jurisprudencia del TS. Traemos a este número uno de los excepcionales pronunciamientos en que el TS estima la responsabilidad por error judicial: la STS de 13 de julio de 1999, Ar. 7164, Sala de lo Social. El supuesto puede sintetizarse así: una trabajadora cobra una indemnización por despido objetivo,

haciendo constar expresamente que ello no supone conformidad alguna sobre la procedencia del despido y, por ende, sobre la cuantía de la indemnización. Posteriormente, obtiene un pronunciamiento judicial que declara la improcedencia del despido. La empresa opta por no readmitirla, pero se niega a pagar la diferencia entre lo cobrado y la superior indemnización por despido improcedente. El TSJ del País Vasco deniega su pretensión, por interpretar que la recepción en su día de la indemnización supuso aceptar la procedencia del despido. Pues bien, una interpretación tal es directamente contraria a la literalidad del art. 53 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que se reconoce la existencia de error judicial craso o palmario.

B) Prisión preventiva: criterio del auténtico significado de la resolución pronunciada por la jurisdicción penal para determinar la inexistencia objetiva o subjetiva, por encima de la calificación formal realizada por el juez penal

En las reclamaciones por prisión preventiva, el dato de la privación de libertad sufrida no es controvertido; lo que el TS tiene que resolver es si se concurre el presupuesto al que se condiciona la responsabilidad estatal, esto es, el sobreseimiento libre o absolucón por inexistencia del hecho imputado o por no ser constitutivo de infracción punible (inexistencia objetiva), o por acreditación de la falta de participación en el delito (inexistencia subjetiva). Pues bien, como señala la **STS de 28 de septiembre de 1999**, Ar. 7931, en expresión de un principio firmemente asentado,

“(...) para decidir si se está ante los supuestos que generan derecho a indemnización por haber sufrido prisión preventiva, según lo establecido por el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la jurisprudencia que lo interpreta, se ha de atender al auténtico significado de la resolución pronunciada por la jurisdicción penal, sin que para ello resulten decisivas las expresiones, más o menos acertadas, de la Sentencia absolutoria o del auto de sobreseimiento libre, pues es necesario deducirlo del relato de hechos probados y de la valoración de las pruebas realizada por el Juez o Tribunal Penal (...)” (FJ 4º).

El período analizado ha sido pródigo en sentencias sobre la materia, lo que permite comprobar la aplicación de esta teoría general, que a menudo resulta de cierta complejidad:

– En la **STS de 29 de mayo de 1999**, Ar. 7259, el Ministerio Fiscal retira la acusación contra un sujeto, no obstante lo cual no se pone fin a la prisión provisional hasta transcurridos ocho meses, en que se declara el “sobreseimiento provisional”. Se estima que en realidad se trata de un supuesto de inexistencia subjetiva.

– En la **STS de 5 de junio de 1999**, Ar. 7278, una persona aborda por la calle a tres mujeres jóvenes, conminándolas a entregarles su dinero y amenazándolas con un cuchillo. Un acompañante permanece a una corta distancia, y da un paso cuando una de las víctimas del robo conmina a las otras a la huida. La acompañante es absuelta. El TS entiende que se trata de una absolucón por falta de pruebas, basada en la presunción de inocencia.

IX. Responsabilidad Administrativa

Para el Voto Particular, por el contrario, debe entenderse que quedó en evidencia la ausencia de participación, por lo que procede la indemnización.

– En la **STS de 12 de junio de 1999**, Ar. 7283, un individuo es acusado de un delito por unos testigos, que luego no comparecen en el juicio penal. El Tribunal de este orden no accede a la suspensión solicitada por el Ministerio Fiscal, y lo absuelve. El TS entiende que se trata de una absolución en virtud del principio de presunción de inocencia, no equiparable a la acreditación de ausencia de participación; en consecuencia, deniega la indemnización.

– En la **STS de 30 de junio de 1999**, Ar. 6336, una persona sufre prisión preventiva, tras ser detenido portando una bolsa con una sustancia que en principio se reputa como droga, aunque posteriores análisis lo desmienten. Se decreta “sobreseimiento provisional”. El TS, por el contrario, entiende que “lo que en realidad se dictó fue un auto de sobreseimiento libre, entre otras razones, porque no podía dictarse otra resolución”. Concede, pues, indemnización.

– Por último, la **STS de 28 de septiembre de 1999**, Ar. 7931, analiza la relación entre el derecho a indemnización por prisión preventiva; la declaración por parte del TC (al conocer de un recurso de amparo) de la existencia de una vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia; y el derecho reconocido en el art. 6.2 CEDH. Al respecto, sienta nítidamente la autonomía de los presupuestos de la responsabilidad por prisión preventiva. En el caso de autos, el TC había estimado existente la vulneración del principio de presunción de inocencia. Pues bien, una declaración tal no implica necesariamente la existencia de responsabilidad por prisión preventiva, que se condiciona a la concurrencia de los requisitos propios de este tipo de responsabilidad (inexistencia objetiva o subjetiva). En este supuesto, no existe inexistencia subjetiva, puesto que el acusado, posteriormente absuelto, había reconocido su participación en el delito en el atestado policial, aunque después no se ratificara en el juicio oral y fuera absuelto.

C) Indemnización por retraso en la tramitación de un proceso penal

En la **STS de 12 de junio de 1999**, Ar. 7283, antes citada, a la reclamación por prisión provisional se une otra fundada en el anormal funcionamiento que supone la duración de diez años en la tramitación de una causa penal que, en palabras del TS, carecía de una especial complicación. Para el TS:

“(…) el insólito retraso en la tramitación de un proceso penal, sin que la conducta del procesado hubiese entorpecido su desarrollo o conclusión, constituye por sí mismo un perjuicio moral, independientemente de la naturaleza de su compensación o de la cuantía económica de éstas” (FJ 4º).

De la duración se deduce que el plazo de tramitación puede considerarse normal y ordinario. Su determinación se hace en función de las circunstancias del caso concreto:

“(puesto que) la investigación sumarial no fue singularmente compleja al tratarse de un

hecho concreto cometido en un momento determinado y con los presuntos autores puestos a disposición judicial de inmediato, el tiempo máximo de duración hemos de estimarlo en tres años”.

Por último, para el cálculo de la indemnización se acude a un método progresivo, similar al que ya tuvimos ocasión de relatar en el número anterior de esta Crónica.

EMILIO GUICHOT REINA

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. **2. Provisión de puestos de trabajo.** A) Concurso de méritos. Revocación de oficio de la convocatoria y del consiguiente derecho de quienes figuraban en la lista de admitidos que no puede ampararse en la potestad administrativa de autoorganización. B) Es válido el Convenio que establece el traspaso de personal a un ente local segregado, siempre que se respeten los derechos adquiridos del personal traspasado. **3. Situaciones administrativas.** A) Determinación de la edad del paso a situación de segunda actividad. Funcionarios del cuerpo Nacional de Policía. No forma parte del contenido posible de las Leyes de Presupuestos del Estado. B) Excedencia voluntaria para cuidado de hijos. La negativa a declarar el paso a esta situación de una funcionaria interina que viene desempeñando su puesto de trabajo durante más de cinco años y ofrece pruebas estadísticas sobre los supuestos en los que suele darse esta solicitud, supone vulneración de su derecho a no ser discriminada por razón de sexo.

4. Derechos económicos. A) Retribuciones del personal de las entidades locales. Límites. B) Trienios. a) Trienios del personal militar. b) Reconocimiento de los servicios prestados en las Administraciones de países comunitarios. c) Fecha de efectos de su reconocimiento. C) Complemento específico. a) Atribución reglada, que no excluye cierto margen de discrecionalidad. b) Méritos docentes. Evaluación de la actividad investigadora. D) Complemento de productividad. Su reconocimiento no puede regirse por un sistema objetivo rotatorio. **5. Derechos colectivos.** A) Ámbito de la negociación colectiva. B) Cláusulas de condiciones más beneficiosas, de compensación y de absorción. **6. Otros derechos.** A) Derecho de certificación. **7. Régimen disciplinario.** A) Infracciones disciplinarias. Su apreciación exige la concurrencia de todos los elementos del tipo. B) Tipificación de infracciones y sanciones de Notarios y Registradores de la Propiedad en normas reguladoras de urbanismo y vivienda. Forman parte del régimen estatutario de los funcionarios públicos y, por tanto, su regulación es competencia exclusiva del Estado.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

A continuación se exponen los comentarios de una serie de resoluciones de distintos órganos judiciales. Las sentencias comentadas se pronuncian sobre diversos aspectos relativos a la provisión de puestos de trabajo, las situaciones administrativas, los derechos económicos, los derechos colectivos y el régimen disciplinario del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

2. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

A) Concurso de méritos. Revocación de oficio de la convocatoria y del consiguiente derecho de quienes figuraban en la lista de admitidos, que no puede ampararse en la potestad administrativa de autoorganización

La STSJ de Navarra de 9 de septiembre de 1999, Ar. 2761, declara la nulidad de la Resolución del Director General de Función Pública y Organización por la que se dejó sin efecto la convocatoria para la provisión mediante concurso de méritos de la Jefatura de la Sección de Producción y Sanidad Vegetal del Servicio de Agricultura, Ganadería y Montes como consecuencia de la modificación de la estructura orgánica de ese Departamento aprobada por Decreto Foral 92/1996, de 29 de enero, que creó la Sección de Producciones y Mercados Agrícolas en lugar de la antedicha Sección de Producción.

En la misma Resolución se cita la disposición adicional tercera del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra (Texto Refundido aprobado por Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto), en cuyo párrafo 3º señala “que lo dispuesto anteriormente (se refiere a la provisión de la Jefatura y a su desempeño durante un período de seis años), no afectará a la potestad del gobierno y, en su caso, de los Consejeros para establecer y modificar la estructura orgánica de la Administración de la Comunidad Foral. En consecuencia, cualquier modificación de dicha estructura que suponga la supresión de determinadas unidades orgánicas llevará consigo el cese en la Jefatura de las mismas de los funcionarios que las desempeñen con la consiguiente pérdida de las retribuciones complementarias correspondientes”.

La STSJ de Navarra de 9 de septiembre de 1999 declara que:

“Lo que no prevé esa norma ni ninguna otra es que la supresión de la unidad orgánica (y más que discutible es que en el presente caso se haya producido la supresión y no sólo una reestructuración de la sección de cuya Jefatura se trata) comporte automáticamente la revocación de la convocatoria para la provisión del puesto mediante concurso de méritos.

El recurrente figuraba en la lista de aspirantes admitidos, por lo tanto ya había adquirido el derecho –no mera expectativa– a acceder al puesto en condiciones de igualdad con los demás admitidos.

La potestad administrativa de autoorganización, o sea, de establecer y modificar la estructura de sus órganos no lleva aparejada la facultad de revisar cualquier acto declarativo de derechos y sí únicamente los previstos por la norma (la disposición adicional antes citada), no en vano es norma general que las Administraciones Públicas no pueden revocar los actos declarativos de derechos sino a través de los procedimientos legalmente establecidos (arts. 102, 103 y 105 de la Ley 30/1992), y en el presente caso la demandada prescindiendo por completo de esos procedimientos –en concreto el de declaración de lesividad– ha revocado la convocatoria para la provisión de la Jefatura en perjuicio de un derecho ya adquirido por el recurrente.”

B) Traspaso de personal a un ente local segregado de nueva constitución. Validez del Convenio que así lo establece, si respeta los derechos adquiridos del funcionario traspasado

La STSJ de Navarra de 26 de junio de 1999, Ar. 1593, desestima el recurso interpuesto contra el Acuerdo de 10 de noviembre de 1995, del Pleno del Ayuntamiento de Larraun, por el que se comunicaba a la recurrente que a partir del 1 de enero de 1996 debía prestar sus servicios en el Ayuntamiento de Lekumberri. El citado Acuerdo trae causa de un Convenio de segregación suscrito con anterioridad, el 18 de julio de 1994, en cuya virtud: “La actual Auxiliar (Oficial) Administrativa, doña Idoia O. E., quedará a partir de la segregación adscrita al futuro Ayuntamiento de Lekumberri el cual se hará cargo del total coste de sus servicios”. Posteriormente, el Decreto Foral 50/1995, de 20 de febrero, aprobó la segregación del Concejo de Lekumberri perteneciente al término municipal del Ayuntamiento del Valle de Larraun para constituirse en municipio independiente.

Tras precisar que “No estamos ante un caso de transferencia de personal como el previsto y regulado por la Ley 12/1983, entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pues en el presente caso la adscripción de un funcionario (la recurrente) se ha hecho no a una Administración ya constituida, sino a una entidad local de nueva constitución a resultas de un proceso de segregación”, la Sentencia comentada se pronuncia en los siguientes términos:

“Ciertamente es que la normativa sobre el régimen local (ni la Ley Foral 6/1990, ni la legislación común anterior a esa Ley, y de aplicación cuando se inició el proceso de segregación) no regulan específicamente la ‘transferencia’ del personal entre la entidad originaria y la de nueva constitución, pero aprobada la transferencia de la funcionaria por acuerdo de los órganos municipales competentes en el curso del procedimiento de segregación y constitución del nuevo ente, aprobada también ésta por el órgano competente de la Administración autonómica, nada se puede objetar a la legalidad del acuerdo recurrido, toda vez que respetando el mismo los derechos adquiridos por la recurrente, su transferencia era necesaria para que el nuevo Ayuntamiento cuente con el personal necesario para el ejercicio de sus competencias y atención de sus servicios sin merma de las que venía prestando el otro ente, lo cual es condición de la creación de un nuevo Municipio (artículos 6 y siguientes del Real Decreto Legislativo 781/1986 y artículos 14 y siguientes de la Ley Foral 6/1990).”

3. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

A) Paso a situación de segunda actividad. Funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía. No forma parte del contenido posible de las Leyes de Presupuestos del Estado

La STC 234/1999, de 16 de diciembre, BOE de 20 de enero de 2000 (cuestión de inconstitucionalidad) resuelve la cuestión planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, sobre la disposición adicional vigésima de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales del Estado para 1989. El motivo de la cuestión de inconstitucionalidad viene determinado por la posible contradicción de la citada disposición adicional, que fija la edad determinante del pase a la situación administrativa de segunda actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía (Escalas Superior y Ejecutiva), con el art. 134.2 CE, que establece los límites materiales de las Leyes aprobatorias de los Presupuestos Generales del Estado.

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre los límites materiales de las Leyes de Presupuestos ha distinguido entre un contenido mínimo, necesario e indisponible, determinado por la expresión cifrada de la previsión de ingresos y la habilitación de gastos y un contenido posible, no necesario o eventual (SSTC 63/1986, 65/1987, 126/1987, 134/1987, 65/1990, 66/1990, 67/1990, 76/1992, 237/1992, 83/1993, 178/1994, 195/1994, 61/1997, 203/1998 y 131/1999). La Ley de Presupuestos no es únicamente un conjunto de previsiones contables, sino que es también un instrumento de dirección y orientación de la política económica del Gobierno, lo que justifica ese contenido posible que excede de las meras previsiones contables. Esto último no significa que, dentro de ese contenido no necesario o eventual, las Leyes de Presupuestos puedan regular cualquier materia. Por el contrario, dicho contenido eventual sólo resulta legítimo si la materia regulada guarda relación directa con los ingresos y gastos que integran el Presupuesto y su inclusión supone un complemento de los criterios de política económica de la que ese Presupuesto es instrumento. Por otro lado, es preciso que el contenido adicional resulte un complemento necesario para la mayor inteligencia y la mejor ejecución del Presupuesto y de la política económica del Gobierno (SSTC 27/1981, 65/1987, 76/1992, 195/1994 y 203/1998). La regulación por la Ley de Presupuestos de otras materias sin sujeción a los requisitos expuestos resulta contraria a la Constitución, porque supone una restricción ilegítima de las competencias del poder legislativo y por afectar al principio de seguridad jurídica, dada la incertidumbre que una regulación ajena a la función propia del Presupuesto puede originar (SSTC 65/1990, 76/1992, 178/1994, 195/1994 y 203/1998).

El examen, a la luz de la doctrina expuesta, de la disposición adicional vigésima de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, lleva al Tribunal Constitucional a sostener, consecuentemente, que,

“(…) sin perjuicio de las posibles consecuencias mediatas que de una medida de este tipo hayan de derivarse en la esfera del gasto público, su adopción responde al propósito de

X. Función Pública

homogeneizar las reglas de acceso a la situación administrativa de segunda actividad de los funcionarios pertenecientes al Cuerpo Nacional de Policía, evitándose con ello las distorsiones a que pudiera dar lugar la dualidad resultante de lo establecido en el apartado primero de la disposición transitoria cuarta LOFCS. Por lo demás, el mantenimiento del régimen sustantivo de la situación administrativa de segunda actividad, vigente al momento de aprobarse la Ley 37/1988 y contenido en el Real Decreto 230/1982, donde se contempla el destino exclusivo de dichos funcionarios al desempeño de actividades de carácter administrativo o auxiliar, pone de manifiesto la prevalente atención prestada a la organización de los medios personales al servicio de la Administración sobre los efectos económicos, que en todo caso son el lógico resultado de la diferencia de conceptos retributivos que aquéllos tienen derecho a percibir en su nueva situación.

Por todo ello, debemos concluir que nos hallamos ante un precepto regulador de una materia perteneciente al régimen estatutario de los funcionarios integrados en el Cuerpo Nacional de Policía, y respecto del que no es posible apreciar la existencia de una relación directa con la previsión de ingresos o habilitación de gastos públicos que definen la política económica general del Gobierno, so pena de que adopte un criterio excesivamente abierto y, por ende, inoperante, de los instrumentos directamente relacionados con los criterios que definen la política económica de aquél (SSTC 195/1994, FJ 3º y 203/1998, FJ 5º)”.

B) Excedencia voluntaria para cuidado de hijos. La negativa a declarar el paso a esta situación de una funcionaria interina que viene desempeñando su puesto durante más de cinco años y ofrece pruebas estadísticas sobre los supuestos en los que suele darse esta solicitud, supone vulnerar su derecho a no ser discriminada por razón del sexo

La STC 240/1999, de 20 de diciembre, BOE de 20 de enero de 2000 (recurso de amparo) resuelve otorgar el amparo solicitado contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 27 de junio de 1995, que desestimó el recurso contencioso-administrativo planteado por la recurrente contra la Resolución de 2 de enero de 1995, de la Secretaría General de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social de la Junta de Castilla y León, que denegó a la actora la solicitud de excedencia voluntaria para cuidado de una hija, por entender que, dado que la necesidad o urgencia de la prestación del servicio es la causa del nombramiento de un interino para el desempeño de un puesto de trabajo, la interrupción de la prestación del servicio hace desaparecer la causa que justificó el nombramiento, determinando la ruptura de la relación del interino con la Administración. En la medida en que la denegación de la excedencia se basa únicamente en la condición de interinidad de la solicitante, las Resoluciones citadas no aprecian discriminación por razón de sexo.

Para resolver la cuestión planteada, el Tribunal Constitucional comienza recordando la reiterada jurisprudencia que, a partir de la STC 7/1984, se ha pronunciado sobre la diversidad de Cuerpos y categorías funcionariales, legalmente configuradas como estructuras diferenciadas, con características propias, entre las que, con carácter general, no puede exigirse un tratamiento igualitario.

Ahora bien, a juicio del Tribunal Constitucional, dadas las características del caso concreto, concurren dos circunstancias que permiten concluir que la diferencia de trato entre funcionarios interinos y funcionarios de carrera resulta contraria a las exigencias del art. 14 CE.

Por un lado, sin negar que el interés público de la prestación urgente del servicio puede justificar la denegación de una solicitud de excedencia a quienes ocupan interinamente plazas de plantilla, aunque sea para atender a bienes o valores constitucionalmente relevantes como son el cuidado de los hijos y la protección de la familia, en el supuesto objeto de la Sentencia que se comenta, el Tribunal entiende que:

“(…) no existe justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del art. 14 CE para, en orden al disfrute de un derecho legal relacionado con un bien constitucionalmente relevante como el del cuidado de los hijos, dispensar, a un funcionario interino que lleva más de cinco años ocupando una plaza, un tratamiento jurídico diferente y perjudicial respecto del dispensado a los funcionarios de carrera, con el único argumento de que legalmente su relación con la Administración es provisional ‘en tanto no se provea por funcionarios de carrera’. Con ello no se trata de afirmar que ante situaciones de interinidad de larga duración las diferencias de trato resulten en todo caso injustificadas desde la perspectiva del art. 14 CE, sino de destacar que pueden serlo en atención a las circunstancias del caso y, muy especialmente, a la trascendencia constitucional del derecho que recibe un tratamiento desigual”.

Es más, por otro lado, en el presente caso, continúa señalando el Tribunal Constitucional, la vulneración del derecho a la igualdad supone, además, un quebrantamiento del derecho a no ser discriminado por razón de sexo:

“En efecto, queda dicho, para la recurrente el no reconocimiento de la posibilidad de obtener esa excedencia por parte de los interinos produce en la práctica unos perjuicios en el ámbito familiar y sobre todo en el laboral que afectan mayoritariamente a las mujeres que se hallan en esta situación de interinidad. Concretamente, en el ámbito laboral la denegación de esta posibilidad supone un obstáculo muy importante a la permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo. Ello es así, no porque la legislación vigente conceda esta posibilidad sólo a los varones, sino por un dato extraído de la realidad social imperante, que sin duda debe tenerse en cuenta al interpretar y aplicar las reglas jurídicas, a saber: que, hoy por hoy, son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias para el cuidado de los hijos y, en consecuencia, de serles denegado, prácticamente sólo las mujeres se ven obligadas a abandonar sus puestos de trabajo y a salir del mercado laboral por este motivo. Ello produce una discriminación por razón de sexo cuya corroboración, por sus mismas características, no requiere aportar como término de comparación la existencia de unos concretos varones a los que sí se haya otorgado esa excedencia para el cuidado de los hijos.”

4. DERECHOS ECONÓMICOS

A) Retribuciones del personal local: límites. El incremento de retribuciones que prevean las entidades locales debe respetar el límite máximo previsto por el Estado en el presupuesto

La STSJ del País Vasco de 16 de septiembre de 1999, Ar.2767, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente al acuerdo del Ayuntamiento de Vitoria-Gazteiz de adherirse al Acuerdo Institucional-Sindical regulador de las condiciones de empleo del personal de la Administración Foral y Local de Euskadi para 1996, por el que se establecía que las retribuciones se incrementarían en cómputo global un 4 por ciento, superando el límite máximo del 3'5 por ciento fijado por el Estado en los presupuestos para ese año. El Tribunal rechaza el argumento de la demandada de que la autonomía municipal garantizada por el art. 140 de la Constitución “implique la plena disponibilidad de los entes locales para poder ejercer competencias propias” en esta materia y afirma que, de acuerdo con el art. 93 de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local, con el art. 154.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de disposiciones vigentes en materia de régimen local y con el Real Decreto 861/1986, sobre régimen de retribuciones de los funcionarios de la Administración Local, las entidades locales deben atenerse a los límites máximos de incremento de retribuciones previstos por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado. Esta limitación no vulnera la autonomía local y se justifica, como explicó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 96/1990, por las competencias que corresponde al Estado para regular las bases del régimen estatutario de los funcionarios y para dirigir la actividad económica general.

B) Trienios

a) Trienios del personal militar

La STSJ de Murcia de 2 de junio de 1999, Ar.1961, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra los actos desestimatorios de las solicitudes formuladas por los recurrentes en las que pedían que los trienios que tenían perfeccionados en el empleo de Subteniente en fechas anteriores a la entrada en vigor del RD 359/1989, cuando ese empleo se incluía en el nivel 6, les fueran reconocidos y abonados no en el grupo de clasificación C como viene haciendo la Administración, sino en el grupo de clasificación B, al que corresponde ese empleo tras su reclasificación e inclusión en el nivel 8. Las resoluciones desestimatorias se habían apoyado, en primer lugar, en la disposición adicional décima del Real Decreto 359/1989, de retribuciones del personal de las Fuerzas Armadas, que establecía que los trienios perfeccionados en el nivel 6 no resultarían afectados en su cuantía por la nueva clasificación, y en la STS, Sala Tercera, de 14 de junio de 1996 que declaró que el abono de los trienios devengados por los militares ha de realizarse en función de la cuantía que corresponda a cada trienio en el momento en que fueron perfeccionados y no atendiendo al empleo o graduación que ostente el perceptor en el momento de recibirlos. Sin embargo, el Tribunal considera que la cuestión debe resolverse aplicando el vigente Reglamento General de Retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas, aprobado por RD 1494/1991, de 11 de octubre, que ha derogado expresamente el RD 359/1989 y que

no contiene disposición alguna equivalente a la anterior disposición adicional décima del Real Decreto 359/1989. En consecuencia, reconoce el derecho de los actores a percibir los trienios que tienen perfeccionados en el empleo de Subteniente en la cuantía correspondiente al Grupo B con carácter retroactivo, tal y como habían solicitado los recurrentes, referido a los cinco años anteriores a las respectivas solicitudes.

b) Para el reconocimiento de trienios debe computarse el período de tiempo en que se han prestado servicios en una Administración Pública de otro Estado miembro de la Comunidad Europea

La STSJ de Murcia de 7 de julio de 1999, Ar.2170, anula la resolución por la que se denegó al recurrente el derecho a que se computara, a efectos de trienios, el período de tiempo que trabajó en el “Lycée Michel-Montaigne” de Burdeos (Francia) tras haber sido seleccionado para ello por la Administración Pública Española. La Administración denegó el reconocimiento de estos servicios previos aduciendo que éstos no cumplían el requisito establecido en el art. 1 de la Ley 70/1978, pues habían sido prestados en un centro que no forma parte de la Administración Pública española. El TSJ de Murcia afirma, por el contrario, que la legislación española ha de ser aplicada de conformidad con el Derecho comunitario y que éste obliga a computar, a efectos de trienios, los servicios prestados en las Administraciones Públicas de cualquier Estado miembro de la Unión. En este sentido recuerda el caso sustancialmente idéntico resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de 12 de marzo de 1998, en la que afirma que la negativa a computar los períodos de tiempo en que se han prestado servicios en las Administraciones Públicas de otros Estados constituye, por un lado, una vulneración del principio de no discriminación puesto que perjudica a los trabajadores migrantes y, por otro, un obstáculo a la libre circulación de los trabajadores.

c) El reconocimiento de trienios produce efectos económicos desde su perfeccionamiento y no desde su solicitud

La STSJ de Murcia de 2 de junio de 1999, Ar.1962, anula una resolución que atribuía efectos económicos a los trienios reconocidos a la recurrente desde la fecha de presentación de la solicitud. La Administración demandada argumentaba que hasta que los interesados no solicitan el reconocimiento de los servicios descritos en el art.1.1 de la Ley 70/1978 no puede hablarse de derechos económicos en sentido estricto y que éstos se perfeccionan una vez que el órgano administrativo competente dicta el acto por el que se reconocen los servicios solicitados por el interesado. El TSJ de Murcia rechaza esta tesis y afirma que:

“reconocido por acto administrativo que el interesado ha adquirido el derecho retributivo al trienio, los efectos del derecho así reconocido, esto es, las percepciones económicas, han de desplegarse a partir del día 1 del mes siguiente al que se perfeccionó el trienio. La solicitud del interesado no tiene ni puede tener otra virtualidad que la de originar el ini-

cio del procedimiento del reconocimiento de trienios. Es más, la interpretación sustentada por la Administración, que origina que casi nunca coincida la fecha de la solicitud con la de efectos económicos del trienio, prima a quien presente rápidamente la instancia, en detrimento de aquel que haya obtenido con dificultades especiales las imprescindibles certificaciones de servicios computables”.

C) Complemento específico

a) La atribución del complemento específico es una actuación reglada, aunque la Administración cuenta con un amplio margen de apreciación dada la configuración de su ejecución a través de conceptos jurídicos indeterminados

En la STSJ de Navarra de 6 de abril de 1999, Ar. 1072, se ha pronunciado la Sala sobre la impugnación de una Resolución de la Dirección General de Policía por la que se le asignaba a un funcionario un complemento específico inferior al recibido por el resto de compañeros de igual categoría y que desempeñaban puestos de trabajo similares. La Sala ha entendido que, al ser el complemento específico una modalidad retributiva que se vincula objetivamente al puesto de trabajo efectivamente desarrollado, su devengo exige la concurrencia de dos requisitos entrelazados: su efectivo desempeño y que éste tenga asignado el complemento correspondiente en las relaciones de puestos de trabajo.

Ahora bien, aun no teniendo reconocido en el catálogo de puestos de trabajo un complemento específico un determinado puesto, si el puesto que sí lo tiene reconocido es de contenido idéntico a aquel que no lo tiene reconocido expresamente, no existiendo diferencia funcional alguna entre ambos ni distinción en relación a las circunstancias concurrentes en los mismos, debe extenderse el reconocimiento de dicho complemento salarial en aras al respeto al principio de igualdad, pues dicha retribución, por su propia naturaleza, únicamente se hace depender del puesto de trabajo cuando en él concurren determinadas condiciones particulares. De modo que no existe discrecionalidad alguna de la Administración para atribuir en esas circunstancias a un determinado puesto de trabajo el complemento retributivo referido.

b) Complemento específico por méritos docentes y productividad: para la evaluación de la actividad investigadora no es preciso que hayan transcurrido dos años desde el acceso al cuerpo docente universitario en condición de funcionario de carrera

La STSJ de Murcia de 29 de septiembre de 1999, Ar.2783, anula la Resolución de la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora que estimaba que no era posible evaluar los méritos investigadores del actor por no haber transcurrido dos años desde su acceso a una plaza con derecho a evaluación. Habían transcurrido dos años desde que el actor accedió a la plaza de Titular interino, pero la Comisión entendió que el derecho a evaluación surge cuando se accede a una plaza del cuerpo docente universitario en condición de funcionario de carrera. El Tribunal rechaza esta interpretación del RD 1086/1989, sobre retribuciones del profesorado universitario, apoyándose en las siguientes razones: 1) que la Universidad ha de valorar los méritos que concurren en el

actor por el desarrollo de la actividad investigadora encomendada a su puesto de trabajo, 2) que el período de dos años exigido por el art. 2.5.1 se refiere “al acceso a cualquier plaza del correspondiente Cuerpo docente y no al acceso al Cuerpo” y a las plazas puede accederse como titular o como interino, 3) que el propio RD 1086/1989 dispone que el período de actividad desarrollada en situación distinta a la de funcionario de carrera se asimile a efectos económicos al prestado en el Cuerpo en que hubiera ingresado como funcionario de carrera y 4) que el requisito de dos años al que hace referencia el art. 2.5.1 alcanza únicamente al cómputo de sexenios.

D) El reconocimiento de un complemento de productividad no puede regirse por un sistema objetivo rotatorio

La STSJ de Cantabria de 7 de septiembre de 1999, Ar. 2756, estima el recurso interpuesto contra la denegación del reconocimiento de un complemento de productividad justificada en la aplicación de un sistema rotatorio en la percepción del complemento entre los agentes que tuvieran un especial rendimiento o una dedicación extraordinaria. El Tribunal parte de la diferencia entre el complemento de productividad y los complementos de destino y específico, que radica en que estos últimos son de naturaleza objetiva y están relacionados con las características del puesto de trabajo (dificultad técnica, responsabilidad, peligrosidad, etc.), mientras que el complemento de productividad tiene un carácter subjetivo y está en función del rendimiento personal y de la actividad extraordinaria desarrollada por el titular del puesto de trabajo. El establecimiento de un sistema rotatorio en la percepción de este tipo de complemento supone, como afirma esta sentencia, la introducción de “criterios objetivos de asignación del complemento que provocan su desnaturalización”.

5. DERECHOS COLECTIVOS

A) La ordenación estatutaria de los funcionarios públicos no puede ser promulgada de nuevo por una Corporación Local

En el presente caso un funcionario de la Administración Local había presentado un recurso ante el TSJ de Canarias solicitando que le fuera reconocido el derecho a disfrutar de ocho días de licencia previstos en el Acuerdo del Personal del Ayuntamiento para el que prestaba sus servicios.

La STSJ de Canarias de 21 de mayo de 1999, Ar. 1424, recupera la jurisprudencia del TS plasmada, entre otras muchas, en su Sentencia de 22 de octubre de 1993, Ar. 2116, a tenor de la cual, no se puede entender que el ámbito de negociación colectiva empiece donde acaba la reserva de ley, que así operaría como “mínimo” de derecho accesorio, al igual que ocurre en el ámbito laboral. A partir de ahí, y tras analizar la normativa estatal sobre permisos y licencias, llega finalmente la Sala a la conclusión de que “esta normativa de carácter general no puede ser modificada por Acuerdo alguno alcanzado en un Ayuntamiento, aunque sea más beneficiosa para el funcionario, instaurando una suerte

X. Función Pública

de vacaciones y permisos que no se contemplan en aquella normativa, pues la ordenación estatutaria de los funcionarios públicos no puede ser promulgada de nuevo por una Corporación Local”. El ámbito de la negociación colectiva para los funcionarios públicos, aplicado a su regulación estatutaria, no puede afectar a materias reguladas por leyes o por reglamentos ejecutivos de leyes y que sean de la exclusiva competencia del Estado excediéndose de la competencia municipal.

B) Negociación colectiva: las cláusulas de condiciones más beneficiosas y de compensación y absorción exceden del objeto de la negociación colectiva en el ámbito de la función pública

La STS (Sala Tercera) de 25 de junio de 1999, Ar. 5511, se pronuncia, entre otras cuestiones, sobre la conformidad a Derecho del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Gernika-Lumo por el que se otorga eficacia como Reglamento de Personal del Ayuntamiento a las disposiciones recogidas en el texto denominado IX ARCEPAFE (IX Acuerdo Regulador de las Condiciones de Empleo del Personal de la Administración Local y Foral de Euskadi correspondiente al año 1989). Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo, en Sentencia de 7 de octubre de 1992, el TSJ del País Vasco anuló varios Títulos, Capítulos y artículos del IX ARCEPAFE, pero consideró conformes a Derecho los art. 10 y 11 del mismo que extendían al personal funcionario del Ayuntamiento las cláusulas de condiciones más beneficiosas y de compensación y absorción. El Tribunal Supremo entiende, por el contrario, que estas previsiones infringen los art. 32 y 35 de la Ley 9/1987 y reitera la doctrina contenida en las SSTs de 22 de octubre de 1993, 5 de mayo de 1994 y 7 de noviembre y 22 de diciembre de 1995, según la cual “las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario funcional, emanado de la legislación básica del Estado, y, en su caso, de la legislación de las Comunidades Autónomas, no permiten que por analogía con el sistema de relaciones laborales, tal bloque normativo sea catalogable como plataforma de mínimos, sobre la que puedan actuar las diferentes unidades negociadoras”. En definitiva, el TS considera que “las cláusulas de condición más beneficiosa y de compensación y absorción, aplicables en el ámbito laboral, exceden de las materias que puedan ser objeto de negociación en el de la función pública”.

6. OTROS DERECHOS

A) Derecho a la certificación de las funciones realizadas por el personal de la Administración: derecho a la especificación de las tareas desarrolladas cuando ello consta en informes de los que dispone la Administración

La STSJ de Andalucía/Granada de 28 de junio de 1999, Ar.1585, anula la Resolución de la Jefatura del Servicio de Personal de la Universidad de Granada que contestando a la petición de la recurrente certificaba que ésta había realizado “las funciones propias de la categoría de auxiliar administrativo” y estima parcialmente la pretensión de la actora de condena a la Administración a expedir una nueva certificación en la que se especificaran las funciones desempeñadas por la recurrente. La recurrente había solicitado que constara que realizó funciones de Secretaria de Dirección del Decano de la Facultad de Derecho

y en el Fondo Social Europeo, y que su labor principal había consistido en el manejo de ordenadores con el sistema operativo MS/DOS y la atención al público. La prueba practicada en el proceso no permitió acreditar el contenido de la tarea que desarrolló como auxiliar administrativo en el Decanato de la Facultad de Derecho, pero un informe del entonces Coordinador del Programa del Fondo Social Europeo de la Universidad sí demostró que la recurrente había utilizado en su trabajo bases de datos y procesador de textos bajo el sistema operativo MS/DOS y que había atendido demandas de información de profesorado y alumnos. El Tribunal condena a la Administración a emitir nueva certificación en la que consten los datos contenidos en el referido informe, pues éste “por ser incorporable a su expediente personal puede ser objeto de la certificación solicitada, en cuanto manifestación del derecho de todo ciudadano de acceder a los archivos administrativos, en las condiciones que detalla el art. 37 de la Ley 30/1992”.

7. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

A) Infracciones disciplinarias. Su apreciación exige la concurrencia de todos los elementos del tipo disciplinario

La SAN de 27 de septiembre de 1999, Ar. 2794, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el actor, funcionario del Cuerpo Superior de Inspectores de Finanzas del Estado, contra la Resolución por la que se le impuso una sanción de suspensión de funciones, por considerar que las actuaciones inspectoras realizadas por él, plasmadas en las correspondientes actas, eran incorrectas y constitutivas de un falta grave de “emisión de informes y adopción de acuerdos manifiestamente ilegales cuando causen perjuicio a la Administración o a los ciudadanos y no constituyan falta muy grave” [art. 7.1.h) del Reglamento de Régimen Disciplinario]. Las mencionadas actas fueron dejadas después sin efecto por el Inspector Regional.

Así pues, señala la SAN de 27 de septiembre de 1999:

“(…) las referidas actas que, efectivamente, de haber desplegado efectos jurídicos podían causar un perjuicio a la Administración, pues impedían la percepción de una importante cantidad de dinero por parte de la Hacienda Pública y la persecución de un posible delito fiscal, al ser dejadas sin efecto por el Inspector Regional, no desplegaron eficacia alguna, ni impidieron la persecución del presunto delito, por lo que el potencial perjuicio a la Administración o a los ciudadanos no llegó a consumarse. Si bien de lo actuado se infiere una conducta irregular por parte del recurrente, siendo su actuación profesional digna de reproche, e incluso susceptible de ser tipificada como constitutiva de infracción disciplinaria, la ausencia de uno de los elementos constitutivos del tipo por el que ha sido sancionado determina la estimación del motivo examinado y, en consecuencia, del recurso, pues, entiende la Sala, no cabe acudir de manera genérica a la vulneración de deberes de los funcionarios públicos o a la constatación de conductas contrarias a la ética profesional para derivar de ello la producción de un perjuicio que se exige como requisito del tipo de forma independiente de la conducta en sí misma, como se infiere de la letra del precepto

X. Función Pública

sancionador, pues en caso contrario se sancionaría la mera emisión de informes o adopción de acuerdos manifiestamente ilegales, prescindiendo de la producción de un perjuicio a la Administración o a los ciudadanos, más allá del que está implícito en la conducta contraria a la ética de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones”.

B) Tipificación de infracciones y sanciones de Notarios y Registradores de la Propiedad en normas reguladoras de urbanismo y vivienda. Forman parte del régimen estatutario de los funcionarios públicos y, por tanto, su regulación es competencia exclusiva del Estado

La STC 207/1999, de 11 de noviembre, BOE de 16 de diciembre (recurso de inconstitucionalidad) estima, en parte, el recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra los arts. 47 y 48 de la Ley Foral de Navarra 7/1989, de 8 de junio, de Medidas de Intervención sobre el Suelo y Vivienda, por invadir las competencias exclusivas del Estado en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos (art. 149.1.8ª CE) y de las bases del régimen estatutario de sus funcionarios (art. 149.1.18ª CE). El primero de los preceptos citados, con el fin de garantizar la eficacia de los derechos de adquisición preferente que la Ley Foral 7/1989 otorga a la Administración Foral, tipifica y sanciona el incumplimiento de la obligación de Notarios y Registradores de la Propiedad de denegar la formalización en escritura pública o la inscripción en el Registro de toda transmisión de suelo o vivienda en la que no se acredite la observancia de la obligación del transmitente o adquirente de notificar a la Administración Foral las condiciones esenciales de la transmisión. El segundo precepto mencionado, establece las reglas de competencia para la imposición de las sanciones previstas.

La cuestión se centra, entonces, en determinar si el título competencial que habilita a la Comunidad Foral de Navarra para la regulación de las materias de urbanismo y vivienda, le permite también establecer las infracciones o ilícitos urbanísticos entre los que se comprenden el incumplimiento de los deberes de Notarios y Registradores de la Propiedad de denegar las inscripciones o autorizaciones en las que no se hayan respetado los derechos de tanteo y retracto de la Comunidad Foral o, si por el contrario, la tipificación de tales ilícitos administrativos excede de la competencia exclusiva sobre urbanismo y vivienda y, tratándose de una materia propia del estatuto profesional de Notarios y Registradores, la regulación de su régimen disciplinario, pertenece a la competencia exclusiva del Estado en virtud de los arts. 149.1.8ª y 149.1.18ª CE.

Al respecto, el Tribunal Constitucional entiende que la infracción regulada por el art. 47.3 de la Ley Foral 7/1989, no hace descansar la ilicitud de la conducta que sanciona en un hecho lesivo de la ordenación urbanística, sino en el incumplimiento de los deberes que, como garantes de la legalidad, incumben a Notarios y Registradores de la Propiedad. Se trata, pues, de una infracción disciplinaria y no de una infracción urbanística, aunque de ella puedan derivarse daños de tipo urbanístico.

Así, la Sentencia comentada señala que:

“La controversia competencial ha de dirimirse teniendo en consideración que la infracción y sanción establecidas por la Ley Foral 7/1989, en el precepto impugnado, incide en el

incumplimiento de deberes, de Notarios y Registradores de la Propiedad, integrantes del régimen estatutario de quienes ejercen la función pública registral y la notarial, incardiándose así en el ámbito de la responsabilidad administrativa o disciplinaria de aquéllos, y que es exigible, en régimen de uniformidad, por la correspondiente legislación estatal. La competencia estatal encuentra apoyo en la competencia exclusiva sobre la ordenación de los registros e instrumentos públicos (art. 149.1.8ª CE), sin olvidar la que ostenta sobre las bases del régimen estatutario funcional (art. 149.1.18ª CE), dado que como ha establecido la STC 120/1992, fundamento jurídico 4º, esta competencia reguladora, por otra parte, deriva también del carácter de funcionarios públicos del Estado que tienen los Notarios y su integración en un Cuerpo único nacional. Como hemos dicho en la STC 87/1989, la descentralización del Notariado por la vía de sus diferentes Colegios ni altera el carácter único del Cuerpo en toda España ni priva al Estado de las competencias que le atribuye el art. 149.1.18ª de la Constitución, que, por estar integrados dentro de su propia Administración, ha de ejercer con toda amplitud, tanto en lo relativo a la ordenación de la función pública que desempeñan, que, en parte, se canaliza a través de los Colegios Notariales, cuanto en lo concerniente al régimen estatutario de sus funcionarios” (FJ 4º).

“Ha de concluirse, por tanto, que el precepto legal objeto del conflicto competencial ahora enjuiciado se sustenta sobre un ilícito administrativo que, como hemos razonado, no se inserta en el ámbito de la regulación sobre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, en el que la Comunidad Foral de Navarra ostenta competencia exclusiva, en virtud del art. 44.1 LORAFNA, sino que pertenece a esfera diversa de la urbanística y a sus instrumentos o técnicas propios, como es la de las correcciones gubernativas o disciplinarias que puedan imponerse a Notarios y Registradores de la Propiedad cuando éstos incurran en incumplimiento de sus deberes profesionales y, específicamente, del deber de vigilancia de la legalidad aplicable al autorizar instrumentos públicos y al permitir su acceso, mediante la correspondiente inscripción, en el Registro inmobiliario, función disciplinaria que no puede ser asumida por la Comunidad Autónoma en cuyo territorio realicen sus funciones dichos profesionales, al carecer, según se ha razonado, de título competencial habilitante sobre dicha materia, integrante del estatuto regulador de dichos ejercientes de funciones públicas.”

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
EVA DESDENTADO DAROCA
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ
BELÉN MARINA JALVO

XI. URBANISMO**Sumario:**

1. Régimen del suelo rústico: una gasolinera puede autorizarse como instalación vinculada al servicio de una carretera, pero no como instalación de utilidad pública.

2. Planeamiento urbanístico. A) Sobre el deber de notificación personal a los propietarios afectados por Planes de iniciativa particular. B) Competencias de la Comunidad Autónoma: calificación de suelo industrial en zonas de urgente reindustrialización y aprobación de un Plan Especial al que se remite en blanco un PGOU. C) Los convenios no vinculan la potestad administrativa de planeamiento urbanístico, aunque pueden generar responsabilidad contractual. **3. Valoración en expropiaciones urbanísticas:**

momento y criterios. A) Determinación del justiprecio: la fecha a la que debe referirse es a la del inicio del expediente de justiprecio a instancia del afectado, ex art. 69 TRLS de 1976. B) Inaplicación del art. 43 LEF al tratarse de expropiaciones urbanísticas. C) El criterio estimativo para calcular el valor urbanístico de terrenos carentes de aprovechamiento en el planeamiento debe atender al valor de las parcelas próximas más representativas. D) El destino efectivo del suelo determinante en la valoración del justiprecio. E) El valor urbanístico del suelo urbano: la preferencia por el criterio fiscal requiere una correspondencia entre las bases de valoración impositiva y el planeamiento. F) La fuerza vinculante de los Convenios entre la Administración y los expropiados: la Administración no puede desligarse del Convenio ni revocarlo más que declarándolo lesivo para el interés público e impugnándolo ante la jurisdicción.

4. Ejecución del planeamiento. A) Sistemas de actuación. a) Sistema de Compensación: titularidades dudosas. b) Sistema de Cooperación: trámite de información pública y audiencia de los interesados con citación personal. B) Polígonos y Unidades de Actuación. **5. Licencias de obras.** A) Solicitud: reiteración de licencias. B) Otorgamiento: en suelo no urbanizable. **6. Intervención en la edificación y uso del suelo.**

A) Legalización de las obras: plazo. B) Actuaciones tendentes a la restauración del orden urbanístico infringido.

1. RÉGIMEN DEL SUELO RÚSTICO: UNA GASOLINERA PUEDE AUTORIZARSE COMO INSTALACIÓN VINCULADA AL SERVICIO DE UNA CARRETERA, PERO NO COMO INSTALACIÓN DE UTILIDAD PÚBLICA

La Administración regional había autorizado una gasolinera, al amparo del art. 85.1.20, párrafo segundo, TRLS de 1976, considerándola una “instalación de utilidad pública o interés social que ha de emplazarse en el medio rural”.

La STS de 15 de julio de 1999, Ar. 5306, anula dicha licencia urbanística, entendiendo que la utilidad y comodidad de los vecinos no justifica que la gasolinera haya de instalarse en el medio rural. Recuerda que, según la doctrina de la Sala, las estaciones de servicio tienen la consideración de “instalaciones vinculadas al entretenimiento y servicio de una obra pública” (las carreteras) y que, en consecuencia, su autorización podría haberse tramitado al amparo del párrafo primero del mismo precepto antes citado. Moraleja: la licencia es anulada por haber elegido un camino procedimental errado.

2. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

A) Sobre el deber de notificación personal a los propietarios afectados por Planes de iniciativa particular

La STS de 14 de julio de 1999, Ar. 6068, ratifica la anulación del Estudio de Detalle, por la falta de notificación personal a la entidad recurrente que ocasiona indefensión a los afectados:

“La falta de notificación personal al propietario exigida por los citados preceptos [art. 54 TRLS de 1976, que establece un deber genérico de citación personal a los propietarios de terrenos comprendidos en los Planes y proyectos en tramitación, completado por el art. 140.3 RP para los Estudios de Detalle específicamente], no puede ser suplida en modo alguno, cuando consta el domicilio del afectado, por la publicación del proyecto o del trámite de información pública en los boletines oficiales provinciales o estatales y en los periódicos de mayor circulación.”

Este parecer se inspira declaradamente en la doctrina constitucional derivada del art. 24 CE. La STS de 8 de octubre de 1999 (Ar. 7205), completa la anterior, señalando que dicha exigencia legal debe cumplirse únicamente para la elaboración de los planes parciales u otros de iniciativa particular y no para las “modificaciones” que sobre los mismos pueda conllevar la elaboración de un PGOU.

B) Competencias de la Comunidad Autónoma: calificación de suelo industrial en zonas de urgente reindustrialización y aprobación de un Plan Especial al que se remite en blanco un PGOU

El carácter bifronte o bifásico del urbanismo en España plantea constantes disputas competenciales entre autoridades municipales y regionales a la hora de decidir aspectos discrecionales del contenido de los planes.

XI. Urbanismo

En la STS de 5 de octubre de 1999, Ar. 7202, se atribuye a la Generalidad de Cataluña el control sobre la modificación del uso industrial de unos terrenos al uso residencial en el Plan General Metropolitano de Barcelona. Estima el Tribunal que ello incide en intereses supralocales, a tenor de la normativa sobre Zonas de Urgente Reindustrialización.

Otras controversias versan sobre la competencia para aprobar con carácter definitivo determinados planes. En el supuesto visto por la STS de 7 de octubre de 1999, Ar. 6987, el pleno del Ayuntamiento de Zaragoza había aprobado un Plan Especial de Implantación de Puntos de Venta de Carburantes en Sistema Viario Público, amparándose en el art. 5.1 RD-L 16/1981, de 16 de octubre (revivido, por cierto, merced a la STC 61/1997, que anuló la disposición derogatoria del TRLS de 1992), que confiere a los Ayuntamientos de capitales de provincia y ciudades de más de 50.000 habitantes la competencia para la aprobación definitiva de Planes Parciales y Especiales que desarrollen y se ajusten a las determinaciones del Plan General. Pero según el TS:

“(…) para que el precepto entre en juego es preciso que el Plan General contenga determinaciones que desarrollar, es decir, que el Plan Especial no sea un Plan autónomo, sino que se funde y se base en determinaciones sustantivas del propio Plan General, de suerte que desarrolle normas urbanísticas aprobadas previamente por la Comunidad Autónoma”.

Las Normas del PGOU de Zaragoza se limitaban a prever la existencia de un futuro Plan Especial, pero sin fijar condiciones, líneas maestras o principios informadores algunos que atender o desarrollar, siendo por ello el Plan Especial completamente autónomo en su regulación. En consecuencia, el TS considera que la letra y el espíritu del citado precepto imponían la aprobación por la Comunidad Autónoma.

C) Los convenios no vinculan la potestad administrativa de planeamiento urbanístico, aunque su incumplimiento puede generar responsabilidad contractual

La STS de 23 de julio de 1999, Ar. 5893, nos recuerda la doctrina consolidada respecto de los convenios urbanísticos y su relación con la potestad de planeamiento.

El Tribunal de instancia había condenado al Ayuntamiento de Zaragoza a la aprobación definitiva de un Plan Especial, en cumplimiento de una exigencia contractual. Revocando dicha decisión, el TS dice:

“A pesar de que ha existido una correlación fáctica y lógica entre la obra pública contratada, la concesión otorgada y la decisión urbanística, no se puede exigir la aprobación de un instrumento de planeamiento contra la voluntad del ente que es titular de esa potestad urbanística (...) Los eventuales incumplimientos de los convenios, por parte de los Ayuntamientos, son susceptibles de generar responsabilidad contractual, pero no son susceptibles de generar efecto urbanístico alguno, en tanto no sean asumidos por el Plan.”

Para esta doctrina, la aprobación definitiva de los planes es un acto esencialmente discrecional.

3. VALORACIÓN EN EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS: MOMENTO Y CRITERIOS

A) Determinación del justiprecio: la fecha a la que debe referirse es a la del inicio del expediente de justiprecio a instancia del afectado, ex art. 69 TRLS de 1976

En este sentido destacamos la STS de 5 de junio de 1999, Ar. 7280 (FJ 3º), y, asimismo, la STS de 14 de junio de 1999, Ar. 6232, cuyo FJ 3º concreta el momento de la determinación del justiprecio cuando la expropiación se inicia al amparo del art. 69 de la Ley del Suelo de 1976, estableciendo:

“El art. 69 (...) intenta paliar el inconveniente que para el titular de los bienes afectados por una expropiación urbanística supone la pasividad de la Administración, apoderándole para que, una vez transcurrido cinco años desde la entrada en vigor del planeamiento que legitima la operación expropiatoria pueda advertir a la Administración competente de su propósito de iniciar el expediente de justiprecio, ‘que podrá llevarse a cabo por ministerio de la ley’ si transcurrieren otros dos años desde el momento de efectuar la advertencia. Esto no quiere decir que la apertura de la pieza de justiprecio se produzca *ope legis*, por el mero transcurso de los plazos señalados en el art. 69, sino que efectuada la advertencia prevista en él sin resultado positivo, el titular de los bienes afectados puede por su propia voluntad iniciar el expediente de justiprecio, mediante la presentación de la correspondiente hoja de aprecio ante la Administración como dispone el apartadado 1, párrafo segundo, de dicho artículo, a cuyo momento, que es el comienzo del citado expediente, debe referirse la valoración (...)”

B) Inaplicación del art. 43 LEF al tratarse de expropiaciones urbanísticas

V. gr. STS de 8 de junio de 1999, (FJ 2º) Ar. 6709, STS de 3 de junio de 1999, (FJ 2º) Ar. 7650, y STS de 17 de julio de 1999, (FJ 2º) Ar. 7645.

C) El criterio estimativo para calcular el valor urbanístico de terrenos carentes de aprovechamiento en el planeamiento debe atender al valor de las parcelas próximas más representativas

Tampoco es novedoso, por lo cual huelga mayor comentario. Doctrina reproducida en la STS de 8 de junio de 1999, (FJ 2º) Ar. 6709, y STS de 17 de junio de 1999, (FJ 2º) Ar. 7142.

D) El destino efectivo del suelo determinante en la valoración del justiprecio

La STS de 29 de mayo de 1999, (FFJJ 1º y 3º) Ar. 7277, reitera doctrina jurisprudencial que determina que:

“el justiprecio del suelo ha de atender a la finalidad urbanística del mismo, por lo que no cabe valorar como no urbanizable aquel cuyo destino es el de ser urbanizado”.

XI. Urbanismo

E) El valor urbanístico del suelo urbano: la preferencia por el criterio fiscal requiere una correspondencia entre las bases de valoración impositiva y el planeamiento

Doctrina que recuerdan la STS de 19 de junio de 1999, (FJ 3º) Ar. 7290, y la STS de 16 de junio de 1999, (FJ 2º) Ar. 7141, que añade que:

“cuando no concurren estos requisitos,(...) el valor urbanístico ha de calcularse en función del aprovechamiento del suelo en la forma prescrita por los artículos 105 del Texto Refundido de 1976 y 146 del Reglamento de Gestión, si bien en relación con este segundo criterio, el suelo urbano tiene como límite de tasación el valor inicial, que prevalecerá sobre el urbanístico, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 143 del Reglamento de Gestión Urbanística y los artículos 104.5 y 108 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, cuando éste es inferior al que constare en valoraciones catastrales, índices municipales u otras estimaciones públicas”.

En idéntico sentido a esta última, la STS de 19 de junio de 1999, (FJ 1º) Ar. 7288.

F) La fuerza vinculante de los Convenios entre la Administración y los expropiados: la Administración no puede desligarse del Convenio ni revocarlo más que declarándolo lesivo para el interés público e impugnándolo ante la jurisdicción

Una vez más es puesta de relieve por la Sentencia del TS de 11 de marzo de 1999, (FJ 2º) Ar. 7648.

4. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

A) Sistemas de actuación

a) Sistema de Compensación: titularidades dudosas

El TS va a dilucidar en su Sentencia de 6 de julio de 1999, Ar. 5886, un problema de titularidades dudosas de terrenos afectados por una Unidad de Actuación. Para ello, en aplicación del art. 103.4 RGU de 1979, va a indicar que dicho precepto:

“significa que cuando las titularidades implicadas se plantean como dudosas, esa declaración es la que debe formular la Administración, reservando a las partes el derecho a acudir ante la jurisdicción competente, absteniéndose de discutir o negar las titularidades dudosas, cuya representación y defensa corresponde a la Administración”. Ante esa titularidad dudosa, sigue la sentencia citada: “la Administración ha de formular ese pronunciamiento, el cual determinará el alcance y extensión de la duda, resolución que, en lo que atañe a la duda, será susceptible de control jurisdiccional. No es función de la Administración decidir, con ocasión de la Aprobación de Bases y Estatutos de una Unidad de Actuación, la persona que resulte titular de terrenos comprendidos en la unidad de Actuación. Del mismo modo, no es competencia de los Tribunales contencioso-administrativos decidir sobre la existencia de titularidades dominicales en el ámbito de la Unidad de Actuación, pronunciamiento que es de la exclusiva incumbencia de los tribunales civiles” (FJ 3º).

b) Sistema de Cooperación: trámite de información pública y audiencia de los interesados con citación personal

También resulta interesante el estudio que el TS realiza en su **Sentencia de 14 de octubre de 1999**, Ar. 6990, sobre el trámite de información pública y audiencia de los interesados con citación personal que se debe abrir una vez aprobado inicialmente el proyecto de reparcelación, tal y como se indica en el art. 108.1 RGU de 1979. En concreto, el problema es delimitar el alcance de la dicción “con citación personal”, lo cual tampoco queda resuelto en el art. 98, último párrafo, del TRLS de 1976, que se refiere a “citación personal de los interesados”.

Por ello, el TS acude al art. 76 RGU de 1979, donde se “aclara a la perfección el concepto de interesados que recogen los arts. 98 y 108.1 ya mencionados,” pues del mismo se deduce que “se tendrá como parte en los expedientes de regulación a los propietarios de terrenos, a los titulares de derechos reales, a los arrendatarios rústicos y urbanos y a cualesquiera otros interesados que comparezcan y justifiquen su derecho o interés legítimo” (FJ 3º), lo que permite concluir al Tribunal que a los titulares de derechos reales y arrendaticios se les ha de citar personalmente, y al resto de interesados, sólo se les tendrá como parte cuando comparezcan y justifiquen su derecho o interés.

B) Polígonos y Unidades de Actuación

La **STS de 23 de julio de 1999**, Ar. 6076, se ocupa en su Fundamento Jurídico 4º, párrafo segundo, de determinar la naturaleza jurídica de la delimitación de la Unidad de Actuación. Para ello, el Tribunal asimila esta delimitación a un supuesto similar, como es la determinación del sistema de actuación, lo que permite concluir que dicha delimitación no es una norma jurídica, sino sólo una concreción de las normas aplicables que carece de la aplicación sucesiva y reiterada que caracteriza a las normas jurídicas. Es, por tanto, un acto que surte sus efectos una sola y exclusiva vez.

Esta naturaleza de simple acto administrativo es lo que permite exigir para su establecimiento la audiencia a todos los interesados, según se indica en el art. 38.1, apartado b, RGU de 1979, al que se remite el art. 155.1 del mismo texto legal, lo que resultaría insólito si se tratara de una disposición de carácter general.

5. LICENCIAS DE OBRAS

A) Solicitud: reiteración de licencias

El TS va a incidir en su **Sentencia de 23 de septiembre de 1999**, Ar. 6591 en la argumentación de que las peticiones de licencia son reiterables, si bien que establece limitaciones a dicha reiteración, indicando que la misma:

“sólo es posible cuando cambia alguno de los elementos subjetivos, objetivos o normativos de la solicitud, pero no cuando éstos son los mismos, pues en tal caso razones de segu-

XI. Urbanismo

ridad jurídica, que es un valor consagrado en la Constitución Española (...) (art. 9.3), avallan la imposibilidad de posteriores solicitudes idénticas, que podrían reproducirse de lo contrario indefinidamente” (FJ 5º).

En el caso concreto de que se ocupa la sentencia antes citada, dicha argumentación es aplicada para deducir la identidad de dos peticiones de licencia, señalando que la diferencia entre ambas se encontraba en la distinta argumentación de la segunda, y entendiéndose que una argumentación nueva no hace distinta a la solicitud si lo pedido es lo mismo, como lo es en el presente caso, lo que concluyó en la desestimación del recurso de casación.

B) Otorgamiento: en suelo no urbanizable

Son varias las sentencias del TS dictadas en el período de tiempo objeto de esta crónica que se ocupan del problema del otorgamiento de licencias para edificaciones o instalaciones de utilidad pública o interés social en suelo no urbanizable, según lo dispuesto en el art. 85 TRLS de 1976 en relación con el art. 86 del mismo texto legal.

Según la **STS de 3 de noviembre de 1999**, Ar. 7695, la tramitación de toda solicitud de licencia sobre edificaciones o instalaciones de utilidad pública o interés social en suelo no urbanizable, tal y como indican los preceptos antes apuntados, lleva consigo la obligación de someterse al procedimiento previsto en el art. 43.3 TRLS de 1976 (desarrollado en el art. 44 RGU de 1979), donde se exige como requisito previo y necesario al trámite propiamente dicho de solicitud de la licencia urbanística, la autorización del órgano competente tras valorar la existencia de utilidad pública o interés social de la edificación o instalación. Además, el TS ha entendido que, si se produce la denegación de dicha autorización, tal denegación tiene un carácter vinculante para la Administración municipal a los efectos del expediente de concesión de la solicitada licencia.

La inexistencia o denegación de dicha autorización, es lo que justifica que el Tribunal no admita la posibilidad de que la licencia se pueda entender adquirida por silencio administrativo positivo, sin que ello suponga, según la sentencia citada, una

“infracción del art. 178.3 LS 1976, que se refiere al procedimiento para otorgar licencias, que no ha podido tener lugar al ser denegado el requisito previo y necesario para ello, de la autorización por utilidad pública o interés social” (FJ 2º).

6. INTERVENCIÓN EN LA EDIFICACIÓN Y USO DEL SUELO

A) Legalización de las obras: plazo

El TS debe de resolver en su **Sentencia de 20 de octubre de 1999**, Ar. 7684, una argumentación vertida por la parte recurrente en la que se duda que el plazo de dos meses para la legalización de las obras que se recoge en el art. 184 TRLS de 1976 sea improrrogable.

Al respecto, al Tribunal indica que:

“tal precepto, taxativamente determina, que en el plazo de dos meses, desde la notificación, el interesado habrá de solicitar la oportuna licencia y transcurrido dicho plazo sin haberse instado la expresada licencia, el Ayuntamiento acordará la demolición de las obras, lo que es también explicitado con la misma claridad y rotundidad por el art. 29.4 del Reglamento de Disciplina Urbanística” (FJ 3°).

Pero el TS quiere esclarecer todavía más esta cuestión, y así señala que:

“el mero transcurso de ese plazo, sin solicitar la licencia, determina la procedencia de demolición del edificio u obra realizada sin licencia. La demolición, pues, es una consecuencia legalmente insoslayable, cuando transcurre el plazo de dos meses sin atender al requerimiento de legalización, sin que en modo alguno pueda equipararse la simple solicitud de una prórroga en el plazo para solicitar la licencia, con la real y efectiva formulación del petición de tal licencia, al no estar permitida prórroga alguna al efecto, conforme a lo establecido imperativamente en dichos preceptos, máxime cuando tal legalización no es posible al estar ubicada la construcción en suelo clasificado como no urbanizable (Protección de Recursos Hidráulicos)” (FJ 3°).

B) Actuaciones tendentes a la restauración del orden urbanístico infringido

Bastante interesante resulta la matización del TS en su Sentencia de 6 de octubre de 1999 (Ar. 6983), donde indica que la conocida tesis de que el planificador debe de clasificar indefectiblemente un suelo como urbano por el mero hecho de contar con los servicios urbanísticos necesarios, debe estar limitada por el origen ilícito de la urbanización, pues lo que corresponde en tal caso es que la Administración adopte las medidas oportunas para la restauración de la legalidad urbanística, y no elevar ese hecho a categoría jurídica:

“y sólo cuando por pasividad de la Administración hayan caducado sus facultades para reaccionar contra la ilegalidad, el planificador habrá de clasificar el suelo como urbano, aunque con libertad de dejarlo fuera de ordenación si conviene dotarlo de una ordenación distinta a la consumada por los hechos” (FJ 5°).

Por otro lado, también profundiza en el régimen de fuera de ordenación, al señalar que éste requiere que las edificaciones o construcciones se hayan erigido legalmente y que hayan pasado a ser disconformes con el ordenamiento por una variación de éste, según se deduce del art. 60 TRLS de 1976, lo que no sucede, como en el caso de autos, cuando las edificaciones se realizaron sin licencia y, además, no eran legalizables atendiendo al planeamiento aplicable al supuesto concreto.

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 públicos. A) Desafectación de los bienes públicos. Desafectación de las viviendas destinadas a casa-habitación de los maestros. B) Enajenación de bienes. Interpretación de las cláusulas de reversión en el caso de incumplimiento de los fines que motivaron la venta. C) Enajenación de bienes. Permutas. D) Utilización de bienes de dominio público. Uso común especial. E) Utilización de bienes de dominio público. Uso privativo. Obligación de motivar el otorgamiento de la concesión. F) Potestades. Recuperación de oficio. **3. Aguas continentales.** A) Administración hidráulica. B) Aprovechamientos hidroeléctricos. C) Deslinde. D) Infracciones. E) Inscripción de aprovechamientos adquiridos por prescripción. F) Régimen económico-financiero. G) Riegos. H) Servicios de las Corporaciones Locales: abastecimiento a poblaciones. **4. Aguas marítimas.** A) Extensión del demanio marítimo. B) Deslinde. C) Régimen sancionador. D) Los usos del dominio público marítimo-terrestre. E) Titularidad y competencias sobre el demanio marítimo. F) Puertos. G) Pesca marítima y cultivos marinos. **5. Carreteras. Infracciones y sanciones. 6. Minas.** A) Aprovechamiento de cantera municipal: condiciones establecidas en el contrato. B) Diversas cuestiones relativas a permisos de investigación. **7. Montes. 8. Patrimonio cultural.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia ordinaria aparecida en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde el núm. 5251 a la última incluida en el cuadernillo 30 del Repertorio Aranzadi y la constitucional aparecida hasta finales de diciembre de 1999 desde la entrega anterior.

2. BIENES PÚBLICOS

A) Desafectación de los bienes públicos. Desafectación de las viviendas destinadas a casa-habitación de los maestros

En la STS de 10 de mayo de 1999, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 5149, siguiendo una jurisprudencia anterior, se afirma que es precisa una autorización del Estado o, en su

caso, de la Comunidad Autónoma para desafectar las viviendas de maestros, de conformidad con la legislación educativa y de régimen local que se cita. En el caso objeto de discusión se había desafectado el bien, no ya sin autorización, sino que se adoptó el acuerdo a pesar de que el Director provincial del Ministerio de Educación y Ciencia le había denegado la autorización al efecto solicitada, por lo que el acto administrativo municipal no resultaba ajustado a Derecho y procedía anularlo.

B) Enajenación de bienes. Interpretación de las cláusulas de reversión en el caso de incumplimiento de los fines que motivaron la venta

Las enajenaciones de parcelas en polígonos industriales pueden someterse al cumplimiento de determinadas condiciones previstas en los pliegos de condiciones con la intención de obtener ciertas finalidades. En caso de que no se respeten procederá la reversión al Municipio del bien vendido. A estos efectos no se tendrán en cuenta las condiciones que pretenda fijar el Ayuntamiento con posterioridad a la venta. En el caso concreto, se había enajenado una parcela de un polígono industrial a una persona a la que no se le exigieron requisitos especiales. La finca enajenada es adjudicada después en subasta judicial a otra, que no reúne la condición de industrial. El Ayuntamiento pretende resolver la venta realizada por no ser el nuevo adquirente industrial, que fuese a cumplir y pudiese cumplir con el resto del condicionado y, sobre todo, con la finalidad de la adjudicación de las parcelas del polígono industrial, y pretende abonarle exclusivamente las cantidades abonadas en la subasta judicial. El Tribunal rechaza la actuación de la Corporación porque el adquirente en la subasta se ha subrogado en la posición de la persona que compró la parcela y a aquél no se le exigieron tales requisitos, por lo que la indemnización es la prevista en el propio pliego de condiciones para los casos en que la resolución no es por causa imputable al comprador. STS de 25 de junio de 1999, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 6452.

C) Enajenación de bienes. Permutas

La regla general para la enajenación de bienes patrimoniales establecida en la legislación de régimen local consistente en que se realice por subasta pública, se exceptúa en el caso de enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario. Permuta que exige previo expediente en el que se acredite la necesidad de efectuarla y que la diferencia de valor entre los bienes que se traten de permutar no sea superior al 40 por ciento del que lo tenga mayor. El cauce de la permuta puede resultar compatible también con la satisfacción de pretensiones de responsabilidad patrimonial deducidas contra la Administración. Ello se debe a que la necesidad causal de la permuta es la de obtener un bien a cambio de otro, pero no debe excluirse la posibilidad de que se añada la de cumplir una obligación de reparación económica a que se encuentre obligado el Ayuntamiento, si éste recibe a cambio un bien inferior en menos de un 40 por ciento al que él aporta y esa diferencia de valor corresponde a dicha obligación de resarcimiento. En todo caso debe existir una valoración de los bienes objeto de permuta y las compensaciones pertinentes, que no existe en el supuesto objeto de pronunciamiento judicial. Esa ausencia determina la anulación de la compensación. STS de 25 de mayo de 1999, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 5927.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

D) Utilización de bienes de dominio público. Uso común especial

El uso de caminos municipales por camiones constituye un uso común especial de bienes de dominio público sujeto a licencia y regulado en los arts. 77 y ss. del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986. Su exigencia no supone la creación de impuesto, tasa o exacción por razón de rodaje de vehículos, sino de especial utilización de bienes dominiales. En consecuencia, no procede la aplicación del art. 371 de la Ley de Régimen Local de 1986, en el que se indica que el Impuesto de circulación de vehículos sustituye todos los impuestos, arbitrios, tasas y exacciones de carácter municipal sobre circulación en la vía pública. STS de 15 de julio de 1999, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 5883.

E) Utilización de bienes de dominio público. Uso privativo. Obligación de motivar el otorgamiento de la concesión

El otorgamiento de la concesión de un Kiosco sobre la vía pública requiere concesión administrativa. La Corporación tiene amplias facultades para la adjudicación del concurso sin estar condicionado a atender exclusivamente los factores económicos, por lo que primero realiza la elección y después la adjudicación, teniendo en cuenta todos los datos obrantes en el expediente y tomando en consideración todas las ofertas presentadas, siendo la resolución consecuencia de todo cuanto aparece acreditado en el expediente. Esas facultades obligan a motivar a la Administración y no resulta suficiente para cumplir esta exigencia la referencia genérica a que determinada oferta se considera la más adecuada para los fines que se pretenden. Requerimiento que aparece en la legislación de procedimiento administrativo y cuyos defectos o ausencia generan indefensión y provocan el efecto anulatorio de los acuerdos impugnados. La motivación, en definitiva, garantiza que se ha actuado racionalmente y no arbitrariamente y permite un adecuado control, al exigir un apoyo en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios esenciales fundamentales de la decisión, según ha señalado la STC 14/ 1991. STS de 1 de junio de 1999, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 5745.

F) Potestades. Recuperación de oficio

El Ayuntamiento puede recuperar un camino de uso inmemorial y ordenar la retirada de la puerta de cierre. Dicha recuperación se ha realizado por un acto administrativo dictado por la Comisión de Gobierno, que obra por delegación. En la Sentencia recurrida en casación se declara correcta dicha actuación, dados los documentos obrantes en autos, la abundante prueba testifical y dictámenes técnicos emitidos; en casación no puede discutirse esta apreciación de los hechos más que si se aduce y demuestra que el Tribunal a quo ha vulnerado o ignorado las reglas procesales sobre la valoración de la prueba tasada. Por otra parte, el debate sobre la utilización pública del camino debe considerarse como de cuantía indeterminada, por lo que cabe recurso de casación, si concurren las demás exigencias. STS de 7 de julio de 1999, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 5925.

Pero para que proceda la recuperación debe probarse la existencia del bien municipal. En la STS de 26 de mayo de 1999, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4887, se anula el requerimiento de retirada de puertas de acceso a un aparcamiento que fue realizado por un Ayuntamiento, al considerar que se había constituido una servidumbre de uso público

hacia unos años durante el proceso de legalización de unas obras. No se ha probado por la Corporación la existencia de dicha servidumbre, que no acepta la empresa propietaria de la parcela, ni consta que hubiera sido aceptada la adquisición de la servidumbre por la Corporación municipal, ni hay plasmación documental, ni acceso al Registro de la Propiedad, y existen informes jurídicos adversos a su constitución; tampoco puede alegarse el otorgamiento de una licencia de construcción para afirmar su existencia, puesto que dicha actuación tiene como referente la legalidad urbanística.

3. AGUAS CONTINENTALES

A) Administración hidráulica

Se pretende por la CHE la anulación de un Acuerdo de 1988 de la Junta de Aguas de Cataluña por el que se constituía la Comisión de Gobierno de este último ente, pero el **TS en Sentencia de 22 de febrero de 1999**, Ar. 6947, estima válido dicho Acuerdo por cuanto del art. 12.3 del Decreto Legislativo de Cataluña 1/1988, de 28 de enero, resultaba que la representación de los usuarios del agua ha de formarse por vocales elegidos en las cuencas y demarcaciones que preveía el art. 8 de esta norma. Por tanto, la CHE no consigue probar el carácter básico del art. 7. 1.b) y 3 del RAPA, ni que no quepa que en el órgano hidráulico antes referido pueda incluirse una representación de usuarios de aguas intercomunitarias (demarcaciones).

La asignación de determinadas funciones a la Administración de la Generalitat respecto de cuencas compartidas con otras CCAA por el art. 6.1.b) del Decreto Legislativo 1/1988, justifica la participación de estos usuarios en la Comisión de Gobierno, respetándose así el art. 13.1 Lag. estatal de 1985. (Téngase en cuenta que en la actualidad la Junta de Aguas se ha sustituido por la Agencia Catalana del Agua, siendo de interés a estos efectos: arts. 15 a 21 Ley 25/1998, de 31 de diciembre, DOGC de 31 de diciembre; Decreto 125/1999, de 4 de mayo, DOGC de 11 de mayo; Ley 6/1999, de 12 de julio, DOGC de 22 de julio.)

B) Aprovechamientos hidroeléctricos

En la **STS de 17 de junio de 1999**, Ar. 5481, el TS confirmando la STSJ de Aragón impugnada, considera válida la Resolución administrativa de la CHE que acordó el archivo del expediente de solicitud de aprovechamiento hidroeléctrico de la empresa IANSA, debido a que la concreta ubicación de éste impediría la posterior utilización de la Presa estatal de los Mártires para fines hidroeléctricos. Así, dado que el art. 132 RDPH permite usar el sistema de concurso público, cabe el archivo de aquella y de otras instancias para posibilitar la convocatoria de la correspondiente licitación en el momento en que la Administración lo estime oportuno, sin que a esa decisión quepa oponer el hecho de que el PHC no estuviese aprobado o que con ella no se respeten los principios de máxima utilidad general y óptima utilización del agua.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Por otro lado, la STS de 8 de junio de 1999, Ar. 6864, entiende acertada la Resolución de la CH del Júcar que denegó el derecho de la entidad titular de la Central Los Frailes a incluir algún representante en el Censo electoral para formar la correspondiente Junta de Explotación, debido a que se trataba de un aprovechamiento en desuso e improductivo, a pesar de que no hubiese sido objeto de una formal declaración de caducidad. De ahí que el TS subraye que no cabe otra solución si se tiene en cuenta lo previsto en la normativa aplicable, de la que se deduce que para participar en las Juntas de Explotación es imprescindible realizar un servicio a la Comunidad (art. 30 Lag.), y tener instalados un número concreto de Kw si se trata de aprovechamientos hidroeléctricos [art. 41.g) y h) RAPA].

C) Deslinde

No puede entenderse que una Resolución sobre deslinde es incorrecta si no aparece probado que en su tramitación concurrieran infracciones procedimentales, o bien que a través de dicho deslinde se calificasen como de dominio público hidráulico terrenos de propiedad de particulares. Ésta es la conclusión a la que se llega en la STS de 8 de octubre de 1999, Ar. 6755.

D) Infracciones

Rellenar una laguna artificial a partir de la detracción de aguas de un cauce sin la correspondiente habilitación administrativa constituye una infracción tipificada en el art. 108.b) Lag. En la STS de 29 de septiembre de 1999, Ar. 6640, se considera válida una Resolución del MOP que condenaba a la empresa que realizó el hecho descrito a abonar una multa por infracción grave, a indemnizar en concepto de daños y perjuicios, debido a la relación de causalidad entre las detracciones ilegales de aguas del río Cigüela y las negativas consecuencias en la regeneración hídrica de las Tablas de Daimiel y, además, al restablecimiento del cauce a su situación primitiva a través de la eliminación de las obras ilegales. No obstante, el TS entiende que debe reducirse la partida correspondiente a la indemnización de daños y perjuicios, ya que del expediente se deducían contradicciones en cuanto a la cantidad de agua detraída. Una STS que resuelve un caso parecido es la de 27 de julio de 1999, Ar. 6950.

E) Inscripción de aprovechamientos adquiridos por prescripción

Las SSTS de 24 de junio de 1999, Ar. 5486, y de 8 de julio de 1999, Ar. 6188, llegan a la conclusión de que la Administración hidráulica está obligada a tramitar la solicitud de legalización de aprovechamientos adquiridos por prescripción, siempre que el interesado hubiese presentado dentro de plazo (antes del 1 de enero de 1989) certificado de la tramitación del acta notarial a que hace referencia la DT 1.2 de la Lag. El plazo de caducidad se detiene cuando el particular habiendo demostrado suficiente diligencia al pedir la expedición de dicho documento, no lo presenta a tiempo por causas ajenas a su voluntad, como por ejemplo, por un defectuoso funcionamiento del servicio de Notaría (véanse en similar sentido las SSTS de 20 de julio de 1998, Ar. 6906 y de 14 de octubre de 1998, Ar. 8526, crónica XII.3.E del núm. 3 de esta Revista y las SSTS de 29 de abril de 1999, Ar. 5184 y de 31 de mayo de 1999, Ar. 5014, crónica XII.3.E del núm. 6 de Justicia Administrativa).

F) Régimen económico-financiero

El TS en la **Sentencia de 17 de septiembre de 1999**, Ar. 6721, estima correcta la liquidación practicada por la CH del Segura en concepto de canon de regulación para un concreto período, desestimando por tanto la pretensión de la Junta de Hacendados de la Huerta de Murcia. En efecto, dado que los recurrentes se benefician de determinadas obras de regulación, deben abonar la exacción controvertida, no siendo un motivo de exención el que se trate de regadíos tradicionales. Del art. 5 del Decreto de 25 de abril de 1953 no se deduce que queden liberados de lo preceptuado en el Decreto 144/1960 en relación al canon de regulación.

Partiendo de doctrina jurisprudencial anterior, la **STS de 18 de septiembre de 1999**, Ar. 7115, entiende no conforme a derecho la aprobación llevada a cabo por la DGOH de las tarifas de riego del subsistema Benagéber-Loriguilla para 1985 y reconoce que el Sindicato de Regulación de Aguas del río Turia no debe abonar el concepto contenido en el art. 4.a) del Decreto 133/1960 (aportación de los usuarios al coste de las obras específicas del sistema de regadío y al de las obras de regulación) no porque haya prescrito el deber de exigir esas cantidades, sino debido a que en relación al pantano de Benagéber dicha partida no podía ser abonada después de 1970, por el transcurso de los 20 años a que se refiere el art. 4.2 de la Ley de 1911 y respecto al embalse de Loriguilla porque éste se ejecutó en virtud del procedimiento previsto en el art. 12 de la Ley de 1911 (Ejecución por cuenta exclusiva del Estado) y en el pto. 4 de la Orden de 30 de mayo de 1955.

Sobre una cuestión similar, véanse las SSTS de 19 de mayo de 1998, Ar. 4469, 17 de junio de 1998, Ar. 6014, 18 de junio de 1998, Ar. 6018, 19 de junio de 1998, Ar. 6019 y 27 de junio de 1998, Ar. 6021, (crónica XII.3.F, núm. 3 de *Justicia Administrativa*).

G) Riegos

Conforme a la DT Sexta de la Lag. de 1985 hasta tanto sea aprobado el PHC, las concesiones se otorgarán atendiendo a la existencia de caudales suficientes y de acuerdo con lo contenido en el art. 58.3 y 4 Lag. El TS en la **Sentencia de 11 de mayo de 1999**, Ar. 6294, como en otras ocasiones en las que se debatían supuestos similares (así, STS de 17 de marzo de 1998, Ar. 3168, crónica XII.3.D del núm. 2 de esta Revista) parte de la existencia de ese precepto para resolver la cuestión discutida. No se considera probado el hecho de que no existan caudales sobrantes aguas abajo del pantano de Alarcón, como aducían los recurrentes. Por tanto, se reconoce el derecho del interesado a que se tramite su concesión de riego de acuerdo con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, sin que sea un obstáculo el que en el momento de su solicitud no estuviese aprobado el PHC.

En la **STS de 12 de julio de 1999**, Ar. 6952, no se consideran probados los motivos de casación aducidos por los recurrentes y, por el contrario, se estima conforme a derecho la Resolución del Ministerio de Agricultura sobre aprobación del proyecto de calificación

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

de tierras de la zona regable de Las Bárdenas (Aragón). La argumentación acerca de que dicha Resolución infringe diversas normas del ordenamiento jurídico, así arts. 97, 104, 105, 109, 111 de la LRYDA de 1973, y arts. 9 y 24 CE, defendida por diversos particulares no puede acogerse según el TS.

H) Servicios de las Corporaciones Locales: abastecimiento a poblaciones

Entre las formas de gestión indirecta para llevar a cabo los servicios públicos municipales se encuentra el concierto [art. 85.4.c) LBRL], respecto del cual, el art. 144 RSCL de 1955 dispone que su duración no podrá exceder de diez años y que quedará automáticamente sin efecto desde el momento en que la Corporación interesada tuviere instalado y en disposición de funcionar un servicio análogo al concertado. En la **STS de 11 de mayo de 1999**, Ar. 5755, se resuelve precisamente un caso en el que el beneficiario de un concierto que realizaba el suministro de agua a una urbanización reclama una indemnización, debido a que el Ayuntamiento decide asumir la prestación de ese servicio. El TS confirmando la Sentencia de instancia entiende que, en virtud del ordenamiento aplicable y del convenio existente, el recurrente no tiene derecho a percibir una contraprestación económica por tal motivo.

Por otro lado, la **STS de 21 de junio de 1999**, Ar. 5375, entiende no conforme a derecho la Resolución de un Ayuntamiento, por la que éste se estimaba incompetente para autorizar el corte de suministro de agua a los vecinos de una urbanización privada. El hecho de que no se trate de un servicio concedido, y que por el contrario la empresa suministradora gestione el servicio a través de una autorización dada por la Corporación Local (art. 17 RSCL), no impide que dicha empresa deba obtener la correspondiente habilitación administrativa municipal cuando vaya a proceder al corte de suministro de agua a los usuarios por motivo de impago de éstos.

Se impugna en la **STS de 20 de julio de 1999**, Ar. 6317, una Resolución administrativa que otorgaba a la Corporación Metropolitana de Barcelona un determinado caudal de aguas para ampliación de los abastecimientos de su ámbito territorial, y que condicionaba la utilización de un caudal superior a que la Estación de Tratamiento de Abrera alcanzase una determinada capacidad. Pero a juicio del TS, el problema estriba por un lado, en que los recurrentes en este proceso son quienes quedaron excluidos del trámite de competencia de proyectos cuando se procedió al otorgamiento de la concesión de abastecimiento aquí impugnada y, por otro, que no consiguió probarse que en el caso concurriese desviación de poder.

4. AGUAS MARÍTIMAS

A) Extensión del demanio marítimo

Las dependencias integrantes del demanio marítimo se enumeran en los arts. 3 a 6 de la actual Ley de Costas de 1988, habiendo de entenderse comprendidos dentro de las mismas (art. 4.8) los terrenos colindantes con la ribera del mar que se adquieran para su

incorporación al dominio público marítimo-terrestre, sin que nada obste a que dicha entrada se produzca como resultado del ejercicio de la potestad expropiatoria pública. Así lo recuerda la STS 19 de julio de 1999, Ar. 6718, FJ 6°.

B) Deslinde

El procedimiento de deslinde —manifestación práctica de una potestad administrativa estatal inherente a la naturaleza demanial de los bienes a los que se refiere— tiene como objetivo la fijación de los límites del dominio público marítimo-terrestre y su acotación frente a otros que carezcan de tal consideración. Sólo, por tanto, previa realización del mismo, cabe que la Administración pública predique tal naturaleza de las zonas así categorizadas a su consecuencia, lo que, sin embargo, no ha de significar óbice alguno al posible planteamiento, con carácter previo a aquél, de proyectos de obras que conlleven la declaración de urgencia a efectos de la expropiación forzosa de los bienes sobre los que aquéllas pretendan asentarse, pero cuya realización efectiva, por el contrario, sí ha de requerir la expresa y antecedente prosecución y finalización del procedimiento *ad hoc* (STS de 19 de julio de 1999, Ar. 6718, FJ 5°).

C) Régimen sancionador

De acuerdo con lo establecido en el art. 119 de la Ley de Costas, los actos y acuerdos que infrinjan la misma o las normas aprobadas a su derivación, serán susceptibles de impugnación ante los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pudiendo solicitarse expresamente ante éstos —en el ámbito de aquel recurso— la suspensión de aquéllos, sobre la que deberán pronunciarse en el primer trámite siguiente a tal petición. La adopción de esta medida cautelar, de evidente finalidad protectora, sin embargo, no ha de entenderse automáticamente operativa, estando por el contrario en directa dependencia de la real potencialidad lesiva de esos actos respecto del dominio marítimo, y sin que, en el otro lado de la moneda, ello deba entenderse como la exigencia de la demostración evidente y palmaria de aquel peligro de daño. Así lo destaca la STS de 5 de julio de 1999, Ar. 5884.

D) Los usos del dominio público marítimo-terrestre

Como establece el art. 42.1 de la Ley de Costas, para que la Administración competente resuelva sobre la ocupación o utilización del dominio público marítimo-terrestre a los efectos de realizar obras en su superficie, habrá de formularse previamente el correspondiente proyecto básico en el que, entre otras cuestiones, se determinará la extensión de la zona a ocupar o utilizar. Este proyecto deberá ser sometido a información pública con el fin de que los posibles afectados por el mismo puedan presentar en debido tiempo y forma sus alegaciones, entendiéndose garantizada con este trámite la defensa de los intereses legítimos de aquéllos, y sin que en ningún momento se derive de ninguna norma, y con esta finalidad garantizadora, la obligación de notificación individual de la aprobación del proyecto (STS de 19 de julio de 1999, Ar. 6718, FJ 3°).

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

E) Titularidad y competencias sobre el demanio marítimo

Como es comúnmente conocido, la titularidad estatal sobre el demanio marítimo reconocida en el art. 132 de la Constitución no ha de identificarse con la atribución a este nivel público de competencias sobre aquél, bien que el mismo, y precisamente en su atención, pueda ostentar importantes facultades y obligaciones en su relación. De hecho, las instancias autonómicas, en virtud de títulos diversos –singularmente, por su intensa trascendencia práctica, los de ordenación del territorio y ejecución de la normativa básica sobre medio ambiente– ostentan efectivamente competencias sobre el mismo, que les habilitan, por ejemplo –y siempre respetando, eso sí, las potestades estatales en defensa de la integridad del demanio y de las servidumbres reconocidas en el art. 110.c) de la Ley de Costas–, para otorgar la autorización de realización de obras e instalaciones en la zona de servidumbre de protección (SSTS de 20 de julio de 1999, Ar. 5491 y 23 de septiembre de 1999, Ar. 6517) y para ordenar la demolición de las obras irregularmente realizadas en la servidumbre de tránsito (STS de 28 de julio de 1999, Ar. 6320).

F) Puertos

El Estado es, de acuerdo con lo establecido en el art. 132 de la Constitución, titular del demanio marítimo sobre el que se sitúan las instalaciones portuarias. Sobre el fundamento que supone tal circunstancia, el Estado ostenta importantes atribuciones sobre aquéllas, para cuyo ejercicio dispone, obviamente, de una serie de potestades, entre las cuales –en lugar destacado, además– se sitúa la potestad tarifaria, que le habilita para el establecimiento de tarifas como pago por la prestación de los servicios que los tienen por base. Con carácter general, y hasta tiempos bien recientes, cualquiera de las tarifas comunes devengadas como contraprestación por aquéllos venía teniendo la indiscutida consideración de precios públicos, de acuerdo con la categorización que de los mismos llevaba a cabo el art. 24 de la Ley de Tasas y Precios Públicos, lo que las excluía de la exigencia de reserva de ley para su regulación, aplicable en exclusiva, ex art. 31.3 de la Constitución, a las prestaciones patrimoniales de carácter público, de cuya naturaleza no participaban. Sin embargo, la importante Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 de diciembre, recaída sobre la misma altera el concepto de precio público, siendo hecho cierto que, tras la misma, hay que entender simplemente por tales las contraprestaciones pecuniarias que se satisfagan por la prestación de servicios efectuados en régimen de Derecho Público, siempre que no sean de solicitud o recepción obligatoria por los administrados y sean prestados por el sector privado; concepto nuevo en el que, de manera clara, ya no encajan las tarifas portuarias –singularmente la G3, de embarque, desembarque y transbordo de mercancías de pasajeros– al corresponderse con servicios prestados directamente por la Administración y de obligatoria recepción, so pena de abstención de la realización de la actividad anudada a la utilización del demanio. Ello lleva como consecuencia su inmediato encuadre en otra de las categorías tributarias existentes en la actualidad –concretamente en la de tasas–, condicionada sin posibilidad de elusión dada su naturaleza de prestaciones patrimoniales de carácter público por el principio de reserva de ley, que obliga a que todos los elementos esenciales de las tarifas portuarias –incluidos los elementos mínimos de cuantificación– deban estar establecidos en una norma con rango legal. Este aspecto no concurre en las tarifas actualmente devengadas, cuya cuantificación venía realizándose a través de Orden Ministerial, lo que lleva –caso de ser soli-

citada— a declarar la nulidad de las liquidaciones de las tarifas portuarias realizadas bajo su amparo. En este sentido, a la extensa serie jurisprudencial referida en los números 5 y 6 de esta Revista, añádase la STS de 9 de septiembre de 1999, Ar. 6363.

G) Pesca marítima y cultivos marinos

Son muchas las cuestiones que, en relación con la pesca y los cultivos marinos, pueden plantearse, siendo quizás una de las más importantes la relativa a la propia realización de tales actividades y a su consideración como usos del demanio marítimo. En este sentido es de destacar que la instalación de bateas para el cultivo del mejillón ha de categorizarse, en función de su intensidad y de que la misma determine o no la exclusión del uso por terceros, como un uso privativo o como un uso común especial del demanio marítimo, lo que significará que, en aplicación de la teoría general de aquéllos, la misma habrá de quedar supeditada a la obtención de la preceptiva concesión o autorización administrativa. Concesión que, en los casos en que es precisa, y de acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencial, requiere para entenderse caducada la previa instrucción de un procedimiento con trámite de audiencia al interesado y, por ende, de una resolución expresa que le ponga fin en la que habrá de adoptarse tal determinación, sin que, en ningún caso, quepa automatismo alguno derivado del mero incumplimiento de sus condiciones. Así lo recuerda la STS de 30 de junio de 1999, Ar. 5382.

Por su parte, y siendo como es innegable la trascendencia de la actividad pesquera en cuanto que sector económico de importancia sustancial para el desarrollo de un país con la extensión litoral de que dispone el nuestro, no puede extrañar la intervención pública sobre la misma a través del establecimiento de medidas de fomento que superen los obstáculos que, en su derredor, se pueden plantear. Medidas que, traducidas preferentemente en el otorgamiento de ayudas, nunca deberán resultar incompatibles con los principios reguladores del Mercado Común Europeo (según disponen los arts. 92 y 93 del Tratado de Roma), planteándose en evitación de la mencionada inadecuación la necesidad de previa comunicación a la Comisión de las Comunidades Europeas de la norma en que las mismas se contemplan, so pena de nulidad. Así sucedió, efectivamente, en el supuesto resuelto por la STS de 24 de noviembre de 1998 —comentada en el número 4 de esta Revista— y, asimismo, acontence en el que analiza la STS de 15 de julio de 1999, Ar. 6871.

Consecuente con la importancia que presenta la actividad pesquera, la intervención pública, además de en lo anterior, va a manifestarse también en la exigencia de titulaciones académicas específicas para el ejercicio profesional de algunas tareas integradas en la misma, cual es el caso de los Mecánicos Navales de buques pesqueros. A este fin, se aprobó el RD 1611/1987, de 23 de diciembre, en el que fijan las condiciones para la obtención de ese título profesional; Reglamento que fue recurrido por los Colegios Oficiales de la Marina Mercante Española y por el Sindicato Español de la Marina Mercante, al entender que violaba las instrucciones comunes del procedimiento de aprobación de las disposiciones de carácter general, por omisión del trámite de audiencia a las entidades o corporaciones representativas de intereses afectados por la norma a apro-

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

bar. Estas alegaciones fueron rechazadas por el órgano jurisdiccional, que apreció inafectación de los intereses defendidos por éstos, declarando por ello conforme a Derecho esta norma reglamentaria en la STS de 20 de julio de 1999, Ar. 6872.

5. CARRETERAS. INFRACCIONES Y SANCIONES

En la STS de 19 de julio de 1999, Ar. 6191, el Tribunal Supremo revoca la Sentencia de instancia, que declaró el derecho de una empresa a obtener una autorización para instalar unos carteles informativos en el margen de una carretera. En este caso se aplicó el art. 74 de la entonces vigente Ley de Carreteras de 1974, que hacía referencia a las reglas para la instalación de carteles informativos en los márgenes de las carreteras. No se aplica pues la prohibición del art. 36 de la citada Ley, de instalación de publicidad, que corresponde a una situación distinta.

En concreto, los carteles objeto de controversia no se encuentran instalados sobre el edificio de la empresa, sino en terrenos circundantes de la carretera, por lo que su colocación es ilegal (art. 74.1 de la Ley); y, además, aun siendo informativos, se infringiría también el art. 75.1, por no referirse los carteles a información sobre servicios útiles para el usuario de la vía, lugares de interés turístico o urbanizaciones privadas fuera de poblados, con acceso particular desde la carretera. Por último, no cabe invocar el art. 74.4, pues la actividad no se desarrolla en el terreno donde se han instalado los carteles, sino en los edificios de la empresa.

Por otra parte, en la STS de 19 de julio de 1999, Ar. 6193, se estima el recurso interpuesto por una empresa contra una sanción impuesta por el Consejo de Ministros. En este caso, el motivo de la sanción había sido la supuesta instalación de publicidad en un lugar visible desde la zona de dominio público, aspecto que se encuentra prohibido por el art. 24 de la Ley de Carreteras de 1988, y cuyo art. 31.4.g) tipifica como infracción muy grave, y el art. 33.1, en su regulación vigente en el momento de suceder los hechos (1993) establecía en estos casos una sanción de 1 a 25 millones de pesetas (en este caso se impuso una de 1,5 millones).

El motivo de la anulación de la sanción es en esta ocasión la concurrencia de una causa de nulidad del art. 62.1.e) de la Ley 30/1992, al haber sido impuesta aquella sin la intervención en el procedimiento por parte del sancionado, pues la notificación fue defectuosa (no se practicó en el domicilio social de la empresa, y quien la firmó no constaba su relación con la empresa). Se estima por ello que existió indefensión, al infringirse el procedimiento sancionador del art. 135 de la Ley 30/1992. No se admite, sin embargo, el argumento relativo a la supuesta prescripción de la infracción, pues no ha transcurrido el plazo de 4 años que establece el art. 35 de la Ley de Carreteras para las infracciones muy graves.

Finalmente, la STS de 14 de julio de 1999, Ar. 6870, revoca la Sentencia del Tribunal de instancia y da la razón a una Diputación Provincial, que impuso una sanción a una Comunidad de Regantes por causar daños a una carretera provincial, como consecuencia de la realización de unas obras de limpieza de una acequia. Se cometió en este caso

una infracción tipificada en el art. 111.1.c) del Reglamento de carreteras de 1977, que aquí resulta aplicable al no existir en aquel momento una normativa autonómica sobre carreteras que regulara las vías provinciales. Y como las obras que causaron el daño en la carretera fueron realizadas por la empresa contratista, previa consulta con un miembro de la Comunidad de Regantes que estaba allí presente (y que tenía autorización—aunque no escrita—de los demás comuneros para actuar), es a esta última a quien se debe imputar la producción de los daños. Por eso, la sanción y la obligación de indemnización de los daños impuestos por la Administración se consideran correctos.

6. MINAS

A) Aprovechamiento de cantera municipal: condiciones establecidas en el contrato

Confirmando la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la **STS de 5 de julio de 1999**, Ar. 6310, da la razón a un Ayuntamiento frente a una empresa, en una decisión relativa a la revisión de material extraído de una cantera municipal. En este caso existía un contrato entre la empresa y el ente local por el que ésta podía aprovechar una cantera de grava y arena de titularidad municipal, donde debía pagar una cantidad anual y se establecía una cantidad máxima de material a extraer. La discrepancia se refiere en este caso a la determinación del material extraído, donde la empresa discrepa de la valoración realizada por un ingeniero de minas a instancias del Ayuntamiento. Las normas invocadas en este caso son las cláusulas del contrato, que se refieren a la manera de proceder cuando se produzca un exceso de extracción y también a las medidas que la Administración puede adoptar en relación con el control e inspección de las instalaciones y las actividades extractivas realizadas.

B) Diversas cuestiones relativas a permisos de investigación

En la **STS de 6 de julio de 1999**, Ar. 5628, se confirma la decisión de instancia de declarar válido el permiso de investigación otorgado por la Administración minera a una empresa, frente a las pretensiones de otro particular que también había solicitado el permiso. En primer lugar, no se entiende infringido el art. 72 del Reglamento de Minas de 1978, en relación con la posible existencia de un vicio de procedimiento, pues la petición de un informe del Jefe de Servicio de Minas por la Mesa que falló el concurso no está prohibido en la citada norma. En este informe se apreciaba que la empresa autorizada presentaba unas condiciones más ventajosas (que se detallan, razonadamente, en el FJ 2º). La prueba pericial practicada por el Tribunal también coincide con la valoración realizada por la Administración.

En definitiva, no se infringe el mandato contenido en el art. 53.2 de la Ley de Minas, que exige que entre las ofertas recibidas se elija la que presente las mejores condiciones técnicas, científicas y las mayores ventajas económicas y sociales.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

También sobre permisos de investigación, pero resolviendo un problema diferente, la **STS de 28 de junio de 1999**, Ar. 6187, considera adecuada a Derecho la cancelación por la Administración minera castellano-leonesa de la inscripción de una solicitud de permiso de investigación para recursos de la Sección C de la Ley de Minas de 1973. El Tribunal estima en primer lugar que sí ha existido motivación de la decisión administrativa, pues según los arts. 82 de la Ley de Minas y 105.1.g) de su Reglamento, junto con los arts. 37.2 de la Ley y 58.2 del Reglamento, es necesario que los terrenos para los que se soliciten los permisos de investigación sean francos y registrables. Y como en este caso se trata de un terreno ya demarcado para un permiso de exploración de recursos de la Sección D, el terreno no debe entenderse como franco.

Por otra parte, la previsión de la Ley 54/1980, que modifica la Ley de Minas y entre otros extremos entiende que los preceptos de ésta aplicables a la Sección C lo son también a la D, no es aplicable en este caso. Ello es así porque la Ley de 1980 también establece que las superficies comprendidas dentro de perímetros correspondientes a permisos de explotación, permisos de investigación o concesiones de explotación solicitados u otorgados para recursos de la Sección C serán consideradas francas para los recursos de la Sección D, pero no al contrario. Por eso, a pesar de que el informe pericial demuestra que en la práctica sí son compatibles el permiso de investigación con el de exploración, desde un punto de vista jurídico el terreno para el que se solicita el permiso no era franco, por lo que fue procedente la cancelación de la inscripción practicada.

7. MONTES

Sobre esta materia, es preciso hacer referencia a la **STS de 5 de julio de 1999**, Ar. 6310, ya comentada en el apartado anterior, relativo a las Minas, en donde el aprovechamiento de la cantera tiene lugar en montes catalogados, aspecto que, sin embargo, no es destacado como argumento principal en la Sentencia, por lo que nos limitamos en este lugar a mencionar la relación de este pronunciamiento con el régimen jurídico de los montes.

8. PATRIMONIO CULTURAL

En este apartado cabe mencionar, en primer lugar, la **STS de 7 de julio de 1999**, Ar. 5924, que estima en parte el recurso de casación interpuesto contra una sentencia del TSJ de Cataluña en un supuesto donde éste dio la razón a los directores de unas excavaciones romanas en Tarragona, frente a dos decretos municipales que denegaban a aquéllos documentación y materiales relativos a las excavaciones realizadas.

En este caso se emplearon argumentos relativos al reparto de competencias entre las Comunidades Autónomas y los Municipios en materia de patrimonio histórico; al derecho de los directores de las excavaciones a la propiedad intelectual de la obra de investigación realizada; o a la propiedad sobre los restos arqueológicos encontrados, donde se aplican la Ley de Patrimonio Histórico de 1985, la Ley de Bases de Régimen local y la legislación local catalana, así como, la normativa autonómica entonces vigente en materia de patrimonio histórico (constituida entonces por el Decreto de 11 de junio de 1981 y por la Orden de 7 de mayo de 1986).

El Tribunal Supremo llega aquí a la conclusión de que la exigencia municipal de que la entrega de los restos arqueológicos hallados se realice en las condiciones que señala el Decreto impugnado no es contraria a Derecho, pues el Municipio tiene competencia para cooperar en la conservación y custodia de los bienes (FJ 5º). Por otra parte, en cuanto a la documentación obrante en el Ayuntamiento y referida a las excavaciones, la decisión municipal de entregarla a los demandantes sólo si existe acuerdo entre los autores, el Ayuntamiento y la Administración autonómica, se estima también conforme a Derecho. Ello, con independencia de lo que los Tribunales del orden competente determinen en relación con los derechos de propiedad intelectual aquí existentes.

Por otra parte, la **STS de 22 de julio de 1999**, Ar. 6195, confirma la Sentencia del TSJ de Canarias, que anuló unas sanciones dictadas por la Administración autonómica a unos particulares por causar daños en zona arqueológica protegida, en vía de declaración de Bien de Interés Cultural. Aquél se basó para la anulación en que existía una sentencia penal firme que absolvía a los aquí sancionados por los mismos hechos, aplicando el art. 415.2 y 3 de la LOPJ. Sin embargo, la Administración consideró que los hechos sancionados por ella eran diferentes de los investigados en la vía penal. No existen pruebas que justifiquen la acción administrativa, como tampoco las había en la vía penal, y como es un principio que los hechos declarados probados por sentencia penal firme vinculan a la Administración en los procedimientos incoados por los mismos hechos, se confirma la anulación de las sanciones impuestas.

Por último, en la **STS de 19 de julio de 1999**, Ar. 6315, se confirma la Sentencia del TSJ de Valencia y se estima válida la decisión de la Administración autonómica de denegar la autorización para la demolición total de un edificio situado en un conjunto histórico-artístico y declarado ruinoso por la Administración municipal. El informe autonómico obligaba a preservar la fachada principal, el zaguán y la escalera, antes de proceder a la demolición del resto del edificio. Además, el acuerdo municipal de declaración de ruina ya fue anulado por el TSJ y confirmado por la STS de 22 de noviembre de 1984, Ar. 8519, por lo que al ser la revisión de dicho acuerdo el único objeto de este recurso, ha perdido toda su virtualidad. Pero, no obstante, el TS entra aquí de nuevo en el fondo del asunto y declara correcta la actuación de la Administración autonómica competente en materia de patrimonio histórico, que no vulneró ningún precepto al adoptar su decisión.

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. Incumplimientos de Estado en determinadas Directivas

3. Actividades clasificadas. A) Sometimiento de los Ayuntamientos al Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (RAC). B) La actividad de empaquetado calificada como actividad fabril a los efectos de su emplazamiento. C) La falta de notificación personal y la ausencia de los informes municipales. D) Denegación de licencia de actividad para bar con la finalidad de reducir el consumo de alcohol. E) Prelación de la licencia de actividades sobre la de obras: art. 22.3 del RSCL. **4. Residuos.**

5. Especies protegidas. Caza. 6) Aguas continentales. A) Delito ecológico: jurisprudencia del TC y del TS. B) Vertidos. **7. Minas: protección de espacios naturales afectados por actividades extractivas.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia comunitaria aparecida en noviembre y diciembre de 1999, la ordinaria publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi entre los núms. 5251 y 7200 de 1999 y la jurisprudencia constitucional publicada hasta el BOE de 20 de enero de 2000 desde la comentada en el anterior número (6) de Justicia Administrativa.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. INCUMPLIMIENTOS DE ESTADO EN DETERMINADAS DIRECTIVAS

Tres Sentencias del Tribunal de Justicia se traen a este lugar con el fondo común de plantearse en todas incumplimientos de Estado en relación a las prescripciones de determinadas Directivas Comunitarias.

En la Sentencia de 9 de noviembre de 1999, asunto C-365/97, se conoce de un pleito de la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Italiana. La pretensión

de la Comisión es que se declare el incumplimiento de varias prescripciones de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativas a los residuos en su versión modificada por la Directiva 91/156/CEE del Consejo, de 18 de marzo de 1991. El incumplimiento se habría producido en relación a diversos vertidos al arroyo de San Rocco en las cercanías de Nápoles. En relación al fondo del asunto se realizan diversas constataciones de interés en la Sentencia. Por ejemplo, que el art. 169 del TCEE no fija un límite territorial mínimo para cuestionar los incumplimientos a la normativa comunitaria, por lo que nada debe deducirse para evitar el pronunciamiento judicial de que nos encontremos ante un simple arroyo. El Tribunal, fundándose en la prueba practicada, considera acreditado que durante mucho tiempo han tenido lugar vertidos al arroyo que suponían un peligro para la salud humana y el medio ambiente sin que el Gobierno italiano adoptara medidas que lo evitaran. En particular, se señala que no se ha intentado en ningún momento que el titular de una cantera enviara sus residuos a un recolector privado o público o a una empresa de eliminación. Esta actitud supone una violación de los arts. 4, párrafo primero y 8, primer guión, de la Directiva citada.

La Sentencia de 11 de noviembre de 1999, recaída en el asunto C-184/97, opone a la Comisión Europea como demandante y a la República Federal de Alemania. La cuestión debatida es el incumplimiento por Alemania de lo previsto en el art. 7 de la Directiva 76/464/CEE del Consejo, de 4 de mayo de 1976, relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad. El Tribunal falla a favor de la Comisión considerando que Alemania no ha establecido programas que incluyeran objetivos de calidad con el fin de reducir la contaminación causada por las 99 sustancias comprendidas en la lista I del Anexo de esta Directiva. Frente a las alegaciones de Alemania de que se había excedido, incluso, en el cumplimiento de la Directiva, el Tribunal indica que fijar límites de emisión o someter el vertido a autorizaciones administrativas previas que es lo que ha hecho Alemania, no es suficiente si no se establecen los programas citados. Estos programas serían necesarios para cubrir los casos de contaminación por sustancias procedentes de fuentes difusas. Por otra parte, lo que justifica esta obligación de los Estados miembros es que existan vertidos de esas sustancias en el medio acuático, no que exista una contaminación efectiva de las aguas al margen de que inevitablemente, dice el Tribunal, un vertido prolongado llevará a la contaminación del receptor. (De forma semejante pero relativa a Bélgica vid. la Sentencia de 21 de enero de 1999, crónica XIII.2 en el número 5 de esta Revista.)

Por fin, la **Sentencia de 25 de noviembre de 1999, recaída en el asunto C-96/98**, opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa. La Comisión pretende la declaración del incumplimiento por Francia de las obligaciones que le incumben en virtud del art. 4 de la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres porque no habría adoptado en un determinado lugar (el Marais poitevin) las medidas necesarias para la conservación de los hábitats de las aves en ese lugar ni para evitar el deterioro de dichos hábitats. El Tribunal reconocerá la culpabilidad de la República Francesa al no haber clasificado una suficiente superficie (como Zona de Protección Especial, ZPE) dentro del plazo marcado por la directiva. Igualmente se constata que para el territorio clasificado no existe

un suficiente régimen jurídico de protección pese a que se han adoptado unos Decretos con posterioridad al plazo fijado en el Dictamen motivado con que la Comisión inició el procedimiento. El punto de referencia para la constatación de los incumplimientos de Estado, dice el Tribunal conforme a su jurisprudencia tradicional, es el final del plazo que ha fijado este Dictamen. Igualmente se falla en contra de Francia porque este país no ha adoptado medidas de conservación y de evitación de deterioro. Pese a que Francia arguye que la Política Agraria Comunitaria es la que conduce de forma natural a la desecación y a la explotación de la tierra existiendo incoherencia de esta política con la medio ambiental (el argumento es bastante interesante) el Tribunal rechaza la oposición considerando de forma aislada las obligaciones de los Estados dentro de la Directiva examinada. Por fin, se acepta la argumentación francesa de que una parte de terreno que fue desclasificado de su inclusión en la ZEP para posibilitar la construcción de una autopista, fue una simple consecuencia de un error producido en la primitiva clasificación. En concreto los estudios y declaración de utilidad pública de la autopista eran anteriores a los propósitos de declaración de la ZEP y ya había sido tenido en cuenta este propósito a la hora de proyectar el trazado de la autopista. Es evidente, por tanto, el error.

3. ACTIVIDADES CLASIFICADAS

A) Sometimiento de los Ayuntamientos al Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (RAC)

Recordando anteriores sentencias de la Sala, el TS reitera que los Ayuntamientos también están sometidos al RAC en aplicación del art. 1 del mismo cuando, como se contempla en la STS de 15 de junio de 1999, Ar. 6274, pretendan construir instalaciones que puedan resultar molestas, insalubres, nocivas o peligrosas como los urinarios públicos, las fosas sépticas o un bar-cafetería.

B) El empaquetado es una actividad fabril a la que es de aplicación el art. 4 del RAC a la hora de determinar su emplazamiento

La STS de 18 de junio de 1999, Ar. 5543, tras un análisis de los términos industria y fabril, donde el primero es el sustantivo y el segundo el adjetivo, va a entender que debe calificarse como industria fabril la que desarrolla, entre otras, la actividad de empaquetamiento de diversos productos en balas de metros cúbicos. Tras dicha conclusión considera aplicable a la misma la exigencia de su emplazamiento a dos mil metros de un núcleo de población agrupada en aplicación del art. 4 del RAC.

C) La falta de notificación personal y la ausencia de los informes municipales constituyen infracciones de procedimiento en el trámite de concesión de la licencia de actividad clasificada

El TS declara haber lugar al recurso de casación al estimar en la Sentencia de 7 de julio de 1999, Ar. 5299, que constituyen infracción de normas procedimentales de ineludible

observancia tanto la falta de notificación personal a los vecinos próximos al lugar del emplazamiento de dos granjas avícolas, como la ausencia de los informes municipales sobre la compatibilidad urbanística del emplazamiento de éstas con las Ordenanzas Locales y sobre los posibles efectos aditivos de las mismas que vienen exigidos por el art. 30 del RAC. Infracciones que conducen, junto a otras, a la retroacción del procedimiento para ser practicadas.

Llama la atención en esta sentencia, respecto a otras en las que el TS ha tratado sobre los efectos de la falta de notificación personal a los vecinos inmediatos del lugar, como exactamente se exige en el art. 30 del RAC, el que el Alto Tribunal se refiera en este caso a la necesidad de notificación personal de la solicitud de la licencia por razón de la proximidad de la instalación solicitada. Término el de proximidad más amplio que el de inmediato y que abundaría en una extensión de la obligación de notificar a un mayor número de vecinos en la medida en que los efectos perjudiciales de la actividad puedan alcanzarles, en línea con lo que hemos propugnado en otros lugares.

D) No cabe la denegación de licencia de actividad para bar con la finalidad de reducir el consumo de alcohol en zonas declaradas saturadas

El Ayuntamiento de Pasajes promulgó una Ordenanza con la que pretendía no dar trámite en determinados distritos del término municipal, que consideraba saturados de bares y establecimientos similares, a solicitudes de nuevas instalaciones de dichos establecimientos mientras permaneciera dicha situación, con la finalidad explícita de controlar e incluso erradicar el consumo de alcohol por los jóvenes. Con base en dicha ordenanza procedió a denegar la tramitación de una licencia, solicitada conforme al RAC, para la instalación de un bar en un salón de juegos recreativos.

El TS, tras considerar que la intervención municipal mediante las ordenanzas debe garantizar el respeto a la libertad individual y no contravenir lo estatuido en otros órdenes superiores que exceden de las competencias propias del Ente local, rechazará en su **Sentencia de 7 de julio de 1999**, Ar. 6869, el recurso interpuesto contra la sentencia de instancia, que estimó el previo contencioso interpuesto, ordenando la tramitación del procedimiento prescrito en el RAC. Entiende el Tribunal (FJ 2º) que no cabe denegar el otorgamiento de una licencia de actividad, y mucho menos la tramitación de su solicitud, con base en finalidades ajenas al bien jurídico protegido por el RAC claramente explicitado en el art. 1, cual es evitar que las actividades clasificadas produzcan incomodidades, alteren las condiciones normales de salubridad e higiene del medio ambiente y ocasionen daños a la riqueza pública o privada, o impliquen riesgos graves para las personas y bienes. Sin perjuicio de que sea loable la finalidad pretendida.

E) Prelación existente de la licencia de actividades sobre 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 prelación de la licencia de actividades sobre la de obras que prescribe el art. 22.3 del RSCL.

XIII. Medio Ambiente

En esta ocasión son cinco las sentencias recogidas en las que el TS que reitera y matiza anteriores posiciones y de las que muy escuetamente se desprende la siguiente doctrina:

1º. La previa concesión de la licencia de obras no condiciona (STS de 25 de octubre de 1999, Ar. 6993) ni vincula a la de actividades (STS de 19 de julio de 1999, Ar. 6341).

2º. El otorgamiento de la licencia de obras con anterioridad a la de actividades no provoca la nulidad de la primera, en cuanto el orden de prelación se proyecta sobre una hipotética responsabilidad administrativa en interés del particular afectado y para evitar deseconomías, según la STS de 21 de junio de 1999, Ar. 5279, en línea jurisprudencial con otras sentencias comentadas en el número 4 de esta Revista.

3º. La falta de la licencia de actividades no determina por sí sola la nulidad de la de obras previamente concedida, aunque impediría la ejecución de la misma (STS de 9 de junio de 1999, Ar. 6271).

4º. La anulación de la licencia de actividades por defectos de procedimiento no constituye por sí sola causa de nulidad de la licencia de obras, como destaca la STS de 7 de julio de 1999, Ar. 5299.

4. RESIDUOS: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA POR VERTIDOS DE TIERRAS QUE PROVOCAN LA MUERTE DE TRUCHAS DE PISCIFACTORÍA

La Sala de lo Civil del TS en Sentencia de 30 de julio de 1999, Ar. 6095, conociendo del recurso de casación interpuesto contra la sentencia desestimatoria de primera instancia, declara haber lugar al mismo y proclama la responsabilidad solidaria del Director de las obras y de la Xunta de Galicia como copartícipes en el desprendimiento de tierras con alto índice de elementos bituminosos y arcillosos, derivados de la construcción de una carretera, y su caída al río en el que se encontraba una piscifactoría de truchas provocando la muerte de numerosas de ellas.

El TS llega a dicho pronunciamiento tras reconocer que se dan los tres requisitos determinantes de la responsabilidad extracontractual acogida en los arts. 1902 y 1903 del CC: a) acción fuera de las normas de cautela y previsión establecidas en el ordenamiento jurídico y socialmente aceptadas, b) producción de un resultado dañoso o perjudicial para algo o para alguien, y c) el adecuado y necesario nexo causal entre dicha actuación y dicho resultado.

5. ESPECIES PROTEGIDAS. CAZA

Siguen apareciendo sentencias del TS que vienen a corregir el fallo de las correspondientes sentencias de los TSJ dictadas con anterioridad a la publicación de la STC 102/1995, de 26 de junio, en la que se resolvieron los recursos de inconstitucionalidad interpues-

tos contra la Ley 4/1989, de 26 de junio, de conservación de la naturaleza y de la flora y fauna silvestres, 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.

Este cometido viene a cumplir la **STS de 30 de julio de 1999**, Ar. 6643, siguiendo la doctrina sentada en la de 23 de junio de 1998, Ar. 5664, citada en el FJ 8º, que fue comentada en el núm. 4 de esta Revista y a la que nos remitimos para un comentario más completo.

En la sentencia ahora reseñada se consideran ajustados a derecho los arts. 12.2.c) y 19 de la Orden de 17 de septiembre de 1990, de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Montes de la Junta de Galicia por la que se fijaban los períodos hábiles de caza y vedas especiales para determinadas especies para la temporada gallega 1990-1991, por cuanto su contenido entra dentro de las competencias de la CA relativas a la caza y respeta las competencias básicas del Estado conforme a la doctrina constitucional contenida en la Sentencia 102/1995 citada, al permitir la captura o retención controlada y en pequeñas cantidades y previa autorización según los casos de especies como las aves canoras u otros mustélidos.

6. AGUAS CONTINENTALES

A) Delito ecológico: jurisprudencia del TC y del TS

Como es sabido, el principio *non bis in idem* derivado del art. 25.1 CE, y previsto en el art. 133 Ley 30/1992, impide que unos mismos hechos sean doblemente sancionados cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. A este principio apela el TC en la **Sentencia 177/1999, de 11 de octubre** (BOE de 18 de noviembre) para estimar el amparo solicitado, y considerar nulas las Sentencias del orden penal, que condenaban al Director de una empresa como autor del delito ecológico previsto en el art. 347 bis del CP (actual art. 325 según LO 10/1995, de 23 de noviembre).

Así, debido a que la realización de vertidos de aguas residuales no autorizados a la cuenca del río Congost por la empresa fueron ya objeto de una sanción administrativa (impuesta por la Junta de Aguas de Cataluña), antes incluso de la apertura del proceso penal, no puede admitirse —según el TC— la validez de las Sentencias condenatorias, ya que se vulneraría el derecho fundamental a no ser doblemente castigado por unos mismos hechos (art. 25.1 CE).

No obstante, ha de resaltarse el voto particular suscrito por dos Magistrados, que discrepando de este fallo, parte de que la prioridad de la jurisdicción penal sobre el órgano administrativo en el ámbito sancionatorio, que se deduce del art. 112 Lag. y de diversa jurisprudencia, lleva a que no pueda admitirse que la imposición de una sanción administrativa implique que se impida la actuación de la jurisdicción penal.

Desde esta última perspectiva, se resalta que las Sentencias penales controvertidas serían válidas, debido a que no se han sancionado supuestos idénticos, la sanción administrativa y penal serían distintas porque a pesar de que concurre el mismo sujeto, y el mismo hecho, su fundamento no es igual. En efecto, en un caso se impone una multa administrativa por vertido no autorizado [infracción menos grave, art. 108.f) Lag., art. 316.g) RDPH, Orden de 2 de mayo de 1988, sobre calidad de las aguas superficiales destinadas a producir agua potable], y en el segundo se castiga además con arresto mayor de dos meses por un delito contra el medio ambiente, consistente en contaminar las aguas con grave peligro para la salud de las personas.

También en la **STS de 17 de septiembre de 1999**, Ar. 6751, se utiliza el principio *non bis in idem* para resolver el asunto debatido. El hecho de que un particular vertiera escombros en la Laguna del Prado (relevante zona húmeda para las aves), y cercara con un vallado el espacio inundado sin autorización fue objeto de una doble sanción, administrativa y penal, que ha de calificarse de inadmisibles según el TS. En efecto, la sustanciación de un proceso penal, que daría lugar después a la condena de aquél como autor de un delito contra el medio ambiente previsto en ese momento en el art. 347 bis del CP, debió provocar que la Administración suspendiese la tramitación del expediente administrativo sancionador dada la simultaneidad temporal entre uno y otro.

B) Vertidos

Según resulta del art. 110 Lag., con independencia de las sanciones que les sean impuestas, los infractores podrán ser obligados a reparar los daños y perjuicios ocasionados al dominio público hidráulico, así como a reponer las cosas a su estado anterior, fijándose para ello las correspondientes indemnizaciones. Precisamente, en la **STS de 30 de junio de 1999**, Ar. 5487, se recuerda la existencia de esta previsión legal para llegar a la conclusión de que en el caso examinado no se estaba ante un procedimiento sancionador, sino ante una actuación de la CH del Júcar como órgano de vigilancia y control, por la cual se reclama a la Asociación de Usuarios de un Polígono Industrial una determinada cantidad económica. A pesar de todo, al no haber conseguido probar la CH cuál era el contenido contaminante de los vertidos, debe anularse –según el TS– la indemnización exigida con base en el art. 1902 CC.

De otro lado, la **STS de 21 de julio de 1999**, Ar. 6949, considera no conforme a derecho el Acuerdo de la Junta de Residuos de Cataluña que autorizaba a una empresa para llevar a cabo la actividad de tratamiento de residuos industriales especiales, y da la razón al Ayuntamiento de Tarragona que había observado defectos en la tramitación del expediente y la falta de garantías del proyecto para la protección de un acuífero vital para los habitantes del municipio, accesible por infiltración. Entre la documentación no se encontraba un estudio hidrogeológico, de carácter indispensable, ni se contaba con la previa autorización de vertido, cuya exigencia se deducía del art. 11 del Reglamento de Policía de Aguas de 1958, y del actual art. 95 Lag.

7. MINAS: PROTECCIÓN DE ESPACIOS NATURALES AFECTADOS POR ACTIVIDADES EXTRACTIVAS

En la STS de 22 de julio de 1999, Ar. 6319, se resuelve un recurso interpuesto por una empresa contra el acuerdo de la Administración autonómica murciana de aprobación definitiva de un Plan Especial de Protección en un espacio natural protegido. En primer lugar, se pretende la aplicación aquí de la doctrina establecida en la STC 64/1982, que anuló algunos artículos de una Ley catalana de 1981 que establecía normas adicionales de protección en espacios de especial interés natural afectados por actividades extractivas.

Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que no es aplicable la citada doctrina, pues no se trata en este caso de un conflicto competencial entre el Gobierno de la Nación y la Comunidad Autónoma, sino entre esta última y una empresa. Y los aspectos que podrían afectar a lo tratado en la STC 64/1982 no fueron considerados inconstitucionales: en concreto, la imposición de requisitos y cargas para el otorgamiento de autorizaciones y permisos para concesiones mineras con la finalidad de protección del medio ambiente no es contraria a ningún precepto constitucional. La resolución aquí impugnada no incurre tampoco en infracción de ningún precepto constitucional.

Por otra parte, tampoco se acredita la falta de respeto de derechos adquiridos sobre concesiones mineras existentes, pues entre otros aspectos la existencia de aquéllos no ha quedado probada. Además, con independencia de lo anterior, la empresa demandante, cuando adquirió las concesiones de su anterior titular, debió conocer que un año antes se había aprobado el Plan Especial de Protección del espacio natural donde se ubicaban las explotaciones. Se trataba además de concesiones que habían permanecido inactivas, por no ser explotadas (sólo se realizaron labores de exploración), de modo que si se pretendiese una explotación futura, sería necesaria una autorización administrativa para iniciar la explotación, pero respetando lo dispuesto en el Plan de protección del espacio natural.

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

JAVIER DOMPER FERRANDO

BEATRIZ SETUAÍN MENDÍA

ANTONIO EMBID IRUJO

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**Sumario:**

1. Introducción. **2. Agricultura.** A) Competencias estatales y autonómicas. B) Calificación de tierras de zona regable. **3. Ayudas públicas.** A) Concepto de ayuda. B) Incompatibilidad con el mercado común. C) Autorización de ayudas del Estado. **4. Crédito.** **5. Defensa de la competencia.** **6. Energía eléctrica.** A) Régimen tarifario transitorio. B) Facturaciones. C) Suministro. a) Corte de suministro. b) Derecho de acometida. c) Obligación de formalizar el contrato de suministro a quien aparece con título bastante para ocupar la vivienda. d) Potestad de intervención administrativa sobre la relación concesionario-usuario. **7. Exenciones y beneficios fiscales.** **8. Ganadería.** **9. Industria.** A) Plan de promoción de diseño industrial. Competencia autónoma. B) Seguridad industrial. Ascensores. C) Inspección Técnica de Vehículos. D) Fomento de Grandes Áreas de Expansión Industrial. **10. Libertad de empresa.** **11. Pesca.** **12. Precios.** A) Precios públicos y reserva de Ley. B) Control de precios. Tarifas y tasas. **13. Servicios de interés económico general.** A) La aplicación del art. 10 en relación con el art. 81 TCE. B) La aplicación del art. 90.1 en relación con el art. 82 TCE. **14. Transportes.** A) Servicio regular de viajeros. Preselección de concursantes. B) Transporte aéreo. Regulación de la investigación de los accidentes de aviación civil. **15. Tribunal de Defensa de la Competencia.** A) Abuso de la posición de dominio. Posición de dominio. B) Abuso de posición de dominio. Imposición de condiciones comerciales y de servicio no equitativas. Desistimiento del denunciante. C) Servicios funerarios. Acuerdo de turno de guardia. D) Competencia desleal. Abuso de posición de dominio. Sentencia civil previa. Resolución administrativa previa. Cruz Roja. Distribución eléctrica. **16. Turismo.**

1. INTRODUCCIÓN

En el presente número se recogen Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del año 1999, las del Tribunal Constitucional de julio a diciembre de 1999, y las del Tribunal Supremo y del Tribunal de Defensa de la Competencia de julio a septiembre de 1999.

Debemos advertir que en el presente capítulo, dedicado al Derecho Administrativo Económico, las referencias a la doctrina jurisprudencial comunitaria aparecieran anualmente. Este número contiene la doctrina más relevante contenida en las Sentencias del Tribunal comunitario del año 1999 en la materia de Derecho Económico.

2. AGRICULTURA

A) Competencias estatales y autonómicas

El RD 1887/1991, de 30 de diciembre, dictado en ejecución del Reglamento (CEE) 2328/91, estableció el sistema de ayudas para la mejora de las estructuras agrarias. En él se restringe la aportación económica del Estado y se implica correlativamente a las Comunidades Autónomas en la financiación de las ayudas. La **STC 128/1999, de 1 de julio**, establece al respecto que el Estado no puede condicionar su aportación a las ayudas estructurales que decida libremente establecer al hecho de que las Comunidades Autónomas se obliguen a cofinanciar con sus recursos propios esas mismas acciones estatales. El Estado puede priorizar y escoger objetivos e incluso solicitar la cooperación voluntaria de las Comunidades Autónomas; pero no se puede utilizar la figura de los convenios de colaboración, como quería el RD impugnado, para incluir en ellos tanto la aportación estatal a que tendrá derecho cada Comunidad Autónoma como una aportación obligatoria de ésta. La autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, en relación con las competencias en materia de agricultura y ganadería, debe permitirles decidir sus propios objetivos ya que no están obligadas a aportar una financiación complementaria a las ayudas que el Estado pueda establecer en virtud de su competencia de dirección económica del sector agrario.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional insiste en que los criterios y condiciones que señala el Real Decreto para tener derecho a acceder a las ayudas son válidas para las de financiación estatal, pero no para las que libremente puedan decidir las Comunidades Autónomas, aunque éstas estarán sujetas igualmente a la normativa europea.

Nótese que el RD objeto del conflicto de competencias resuelto por esta Sentencia fue derogado y sustituido por el RD 204/1996, de 9 de febrero, cuyo contenido coincide en parte con el anterior, por lo que cabe extender al mismo las consideraciones efectuadas por el Tribunal, aunque no haya sido formalmente cuestionado.

B) Calificación de tierras de zona regable

Aprobado un proyecto de calificación de tierras de zona regable en las Bárdenas, un particular afectado interpuso recurso al entender que el mismo vulneraba diversos preceptos del Texto Refundido de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. El **TS, en la Sentencia de 12 de julio de 1999, Ar. 6952**, rechaza todos los argumentos del recurrente y le condena en costas.

Los argumentos del recurrente que incidían en aspectos procedimentales se rechazan por diversos motivos. Así, frente a la alegada publicación extemporánea del Plan General de Transformación de la Zona regable, se afirma que tal vicio carece de fuerza anulatoria. El hecho de que la iniciación tardía del expediente de expropiación pudiera suponer que las tierras afectadas pasaran a ser calificadas de tierras reservadas no afecta, según el Tribunal Supremo, al objeto del proceso, pues el mismo versa sobre unos actos administrativos previos, la calificación de las tierras. Las consecuencias del retraso en la expropiación podrán valorarse en otro momento.

Por lo que respecta a cuestiones de fondo, la alegación de falta de objeto y vulneración de la seguridad jurídica se rechaza por entender que constituye una mera invocación retórica de preceptos constitucionales y legales. Así mismo, se rechaza que en las tierras afectadas existiera un riego permanente, no eventual, inmemorial y anterior a la declaración de utilidad nacional de la transformación. El Tribunal Supremo recuerda que las cuestiones de hecho ya acreditadas en primera instancia no pueden revisarse en vía casacional. Por último, el recurrente sostiene que procedía la declaración de tierras reservables en favor de los propietarios cultivadores de una parte de su propiedad comprensiva, al menos, de veinte hectáreas por cada uno de los hijos. El Tribunal rechaza la alegación por estimar que el número de hectáreas por hijo no es acumulativo a otras reservas también reconocidas y aplicadas.

3. AYUDAS PÚBLICAS

A) Concepto de ayuda

Como es conocido, con el objeto de prevenir la estrategia de los Estados miembros de camuflar intervenciones que tienen un efecto anticompetitivo mediante la utilización de diversas técnicas jurídicas de formalización, el Tribunal utiliza un concepto de ayuda de Estado extraordinariamente amplio, aplicando tal calificación a todo tipo de ventaja o intervención que otorgue a determinadas empresas una ventaja competitiva artificial.

En relación con el tipo de intervenciones o medidas susceptibles de ser consideradas ayudas, el Tribunal considera que por tales hay que entender no sólo las prestaciones positivas que se concreten en subvenciones públicas, sino también las intervenciones que, adoptando diversas formas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, a pesar de no ser subvenciones en sentido estricto, tienen la misma naturaleza e idénticos efectos (SSTJCE de 1 de diciembre de 1998, *Ecotrade*, asunto C-200/97; de 19 de mayo de 1999, *Italia c. Comisión*, asunto C-6/97; de 17 de junio de 1999, *Bélgica c. Comisión*, asunto C-75/97 y de 5 de octubre de 1999, *Francia c. Comisión*, asunto C-251/97). Un supuesto especialmente problemático, en relación con el cual ha tenido el Tribunal la ocasión de pronunciarse varias veces en 1999, es el relativo a disposiciones generales de los Estados miembros que incorporan tratamientos fiscales favorables para determinadas empresas.

En la STJCE de 19 de mayo de 1999, **Italia c. Comisión, asunto C-6/97**, el Tribunal se pronuncia sobre el régimen fiscal establecido por el legislador italiano en favor de los transportistas por carretera por cuenta ajena de esa nacionalidad, a quienes otorga deducciones en la cuota de diversos impuestos por el coste derivado del consumo de carburantes en sus trayectos en territorio italiano. Las deducciones y exenciones tributarias, aunque no impliquen una transferencia de Fondos estatales, constituyen ayudas si otorgan a sus beneficiarios una ventaja competitiva específica.

En las SSTJCE de 17 de junio de 1999, **Bélgica c. Comisión, asunto C-75/97** y de 5 de octubre de 1999, **Francia c. Comisión, asunto C-251/97**, el Tribunal atribuye la misma calificación al establecimiento de regímenes de reducción incrementada de las cotizaciones de la Seguridad Social de determinadas empresas. En el primer caso, se trata de un régimen de reducción de cotizaciones sociales en función del número de trabajadores manuales contratados, que incorpora reducciones incrementadas para las empresas que desarrollen su actividad en determinados sectores que, como la industria química o la metalurgia, y según reconoce expresamente el Gobierno belga, se encuentran más expuestos a la competencia internacional. En el supuesto de la segunda sentencia la intervención responde a un esquema más complejo. Por un lado, se adoptan diversos Convenios marco entre el Estado y las asociaciones empresariales de los sectores textil, de la confección, del cuero y el calzado, en los que se establecen obligaciones en favor de los trabajadores en materia de reducción del tiempo de trabajo, fomento de la contratación a tiempo parcial y reducción del desempleo juvenil, previamente pactadas para cada sector en acuerdos colectivos sectoriales, producto de la negociación colectiva. De otra parte, se otorgan reducciones, incrementadas con respecto a una previa reducción general, para aquellas empresas que, adhiriéndose a un Convenio marco, celebren a su vez convenios con el Estado, concretando (y en su caso ampliando) compromisos específicos en materia de fomento del empleo y de reorganización y reducción del tiempo de trabajo.

En todo caso, para poder apreciar que la medida constituye una ayuda en el sentido del art. 87.1 TCE, es preciso que la carga corresponda normalmente a la empresa beneficiaria, en el sentido de que suponga un coste que, por su naturaleza, recaiga sobre el presupuesto de esta última. Este requisito no parece plantear problema alguno en el caso de deducciones fiscales, o de reducciones de las cotizaciones a la Seguridad Social. Sin embargo, en el caso resuelto por la STJCE de 5 de octubre de 1999, **Francia c. Comisión, asunto C-251/97**, el Gobierno francés rechaza su aplicabilidad en ese supuesto, por cuanto las reducciones incrementadas se conceden como contrapartida de los costes derivados de acciones facultativas en favor de los trabajadores, de modo que, al no estar ninguna empresa obligada a realizarlas, no puede considerarse que hubieran debido ser normalmente soportadas por ellas. Sin embargo, el Tribunal considera que los costes que se derivan de esas obligaciones corresponden normalmente a la empresa beneficiaria de la ayuda, ya que en último término resultan de Convenios marco, producto de la negociación colectiva entre los empresarios y los sindicatos, que las empresas están obligadas a respetar. Al igual que ocurre con la forma, tampoco las causas o los fines de la medida

XIV. Derecho Administrativo Económico

suponen un obstáculo a su consideración como ayuda, ya que el supuesto de hecho del art. 87.1 TCE no se delimita en función de las causas o los objetivos de la intervención pública, sino de sus efectos. En particular, resulta irrelevante que las reducciones de las cotizaciones sociales en favor de determinadas empresas se otorguen con el objeto de fomentar la contratación de determinados trabajadores, o la creación de empleo en general. El Tribunal mantiene aquí su jurisprudencia anterior, en el sentido de que el carácter social de una medida no impide considerarla como ayuda (**SSTJCE de 17 de junio de 1999, Bélgica c. Comisión, asunto C-75/97**; y de 5 de octubre de 1999, Francia c. Comisión, asunto C-251/97). Efectivamente, una cuestión distinta es la de si esas ayudas pueden, en el marco del procedimiento previsto en el art. 88 TCE, ser autorizadas en base a alguno de los supuestos previstos en los apartados 2 y 3 del art. 87 TCE. En el caso resuelto por la **STJCE de 19 de mayo de 1999, Italia c. Comisión, asunto C-6/97**, el Gobierno italiano sostiene que las deducciones a los transportistas italianos por cuenta ajena no constituyen una ayuda, por cuanto persiguen equilibrar una situación de desventaja competitiva, derivada del hecho de que la presión fiscal de los transportistas italianos era antes de la medida la más elevada de toda la Comunidad. Sin embargo, el Tribunal considera, en idéntico sentido, que el hecho de que la medida responda a la finalidad de un Estado miembro de aproximar las condiciones de competencia en un sector económico respecto a las existentes en otros Estados miembros no permite sustraer a las mismas su carácter de ayudas.

En efecto, tal y como se ha adelantado, el criterio fundamental que utiliza el Tribunal para identificar en el caso concreto la existencia de una ayuda es el que se refiere a sus efectos (**STJCE de 17 de junio de 1999, Bélgica c. Comisión, asunto C-75/97**) y, en concreto, que la medida otorgue a determinadas empresas una ventaja competitiva.

La primera cuestión hace referencia al carácter selectivo de la ayuda (criterio de especificidad), y plantea el problema de la diferencia entre las ayudas y lo que el Tribunal denomina “medidas generales”, especialmente complejo debido a la inexistencia de criterios generales aplicados con una cierta uniformidad. En la **STJCE de 17 de junio de 1999, Bélgica c. Comisión, asunto C-75/97**, la parte demandante presenta su legislación como una medida general de política económica vinculada al fomento del empleo de trabajadores sin cualificación. Según el Tribunal, una exención de las cargas que se derivan de la aplicación normal del régimen de previsión social sólo puede dejar de ser considerada como una ayuda si está justificada por la naturaleza o el sistema del régimen general de Seguridad Social. Tal podría ser el caso si la medida enjuiciada pudiera vincularse al objetivo de mantener un alto nivel de empleo de los trabajadores manuales, objetivo de política de empleo que los Estados miembros pueden válidamente perseguir a través de la regulación de sus sistemas de Seguridad Social. Sin embargo, el Tribunal considera que no es posible considerar la intervención como una medida general, por cuanto la reducción incrementada se aplica sólo a las empresas que desarrollan su actividad en determinados sectores (y no en otros en los que también se emplean trabajadores manuales), resultando además que aquéllos se identifican por ser los más expuestos a la competencia internacional.

La segunda cuestión se refiere a la atribución de una ventaja competitiva, que a su vez plantea el problema de las ventajas condicionadas a la realización por parte de su beneficiario de algún tipo de contraprestación. En estos casos es posible que los costes derivados de ésta última determinen que la medida sea financieramente neutra. La cuestión se plantea en la **STJCE de 5 de octubre de 1999, Francia c. Comisión, asunto C-251/97**, puesto que el derecho a la reducción de las cotizaciones sociales surge con la celebración de un acuerdo entre la Administración y cada empresa concreta, en el que ésta asume determinados compromisos en materia de fomento del empleo. El Gobierno francés alega que el cumplimiento de los mismos equilibra el ahorro derivado de la reducción, de modo que la medida resulta neutra desde un punto de vista financiero, sin que pueda afirmarse por ello que atribuya ventaja competitiva alguna. El Tribunal rechaza el argumento en función de una doble consideración: primero, es evidente que la reestructuración laboral y la reorganización del tiempo de trabajo mejoran la competitividad de las empresas beneficiarias en relación con otros competidores que acuerdan esas adaptaciones sin una reducción similar de las cotizaciones; y, segundo, es imposible cuantificar el coste que para las empresas implica la ejecución del acuerdo. Más clara es la cuestión en la **STJCE de 19 de mayo de 1999, Italia c. Comisión, asunto C-6/97**, donde el Tribunal se limita a constatar que la deducción fiscal tiene como consecuencia directa reducir la carga fiscal de los transportistas italianos por cuenta ajena en perjuicio de sus competidores, ya sean éstos transportistas italianos por cuenta propia o nacionales de otros Estados miembros. Por otro lado, a pesar de que el régimen italiano preveía en principio un sistema de compensación para transportistas establecidos en otros Estados miembros, que hubiera podido, en su caso, impedir la apreciación del requisito en cuestión en relación con sus beneficiarios, éste nunca se llegó a desarrollar.

A estos efectos el criterio relevante no es tanto el ente o sujeto que otorga la ventaja, cuanto que la ayuda se realice con cargo a Fondos públicos. En este sentido, una ventaja debe ser considerada concedida con cargo a los mismos si implica un incremento del gasto o una reducción de los ingresos del Presupuesto de un Estado miembro o de cualquier ente público. Su concurrencia en el caso de los supuestos comentados no plantea problema alguno, ya que las exenciones y deducciones tributarias, así como las reducciones de las cotizaciones de la Seguridad Social, implican evidentemente una reducción de ingresos para la Hacienda pública.

B) Incompatibilidad con el mercado común

En el caso de intervenciones que, de acuerdo con lo anterior, constituyan ayudas públicas, debe poder afirmarse la concurrencia de dos circunstancias para que, además, puedan ser consideradas incompatibles con el mercado común. De un lado, deben tener como efecto el falseamiento (real o potencial) de la libre competencia, lo cual suele presumir el Tribunal desde el momento en que de la aplicación del concepto de ayuda se deriva ya que la medida implica la concesión de una ventaja competitiva de carácter selectivo, y de la cual, por tanto, no se benefician los competidores del beneficiario. De otro lado, la ayuda pública debe afectar a los intercambios intracomunitarios, alterando,

quiera sea potencialmente, la estructura de los flujos de intercambio entre diversos Estados miembros. El requisito presupone que en el mercado de referencia efectivamente se desarrolla algún tipo de competencia entre empresas de diversos Estados miembros. En este sentido, en la **STJCE de 17 de junio de 1999, Bélgica c. Comisión, asunto C-75/97**, el Tribunal ha establecido que no es necesario que la empresa beneficiaria realice operaciones de exportación. Si la empresa compite en su mercado nacional con empresas de otros Estados miembros, una ayuda pública puede permitirle mantener o aumentar artificialmente su producción dificultando las exportaciones de empresas competidoras de otros Estados miembros.

C) Autorización de ayudas de Estado

Como es conocido, el Tratado establece un sistema que, a pesar de descansar en el principio general de incompatibilidad de las ayudas públicas con el mercado común, permite su autorización en el caso concreto si concurre alguno de los supuestos previstos en los apartados 2 y 3 del art. 87. En este sentido hay que destacar el previsto en el art. 87.3.c) CE, que establece que “podrán considerarse compatibles con el mercado común (...) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común”. La **STJCE de 17 de junio de 1999, Bélgica c. Comisión, asunto C-75/97**, se refiere a este precepto, recordando que en su aplicación la Comisión debe realizar valoraciones de tipo económico y social, para las que dispone de una amplia facultad discrecional. En la **STPI de 17 de junio de 1999, ARAP y otros c. Comisión, asunto T-82/96**, el Tribunal afirma que en el marco de un control de legalidad el juez comunitario debe limitarse a examinar si la Comisión sobrepasó los límites de esa facultad, mediante un error manifiesto de apreciación o a causa de una desviación de poder. En el supuesto de la **STJCE de 17 de junio de 1999, Bélgica c. Comisión, asunto C-75/97**, la Decisión de la Comisión recurrida por el Gobierno belga no declara compatible la medida, debido a que las ayudas se otorgan sin ninguna contrapartida social o económica directa de creación de empleo por parte de las empresas beneficiarias. El Tribunal sostiene que la parte demandante no aporta pruebas suficientes que permitan llegar a la conclusión contraria, de modo que no podría afirmarse que la Comisión haya superado los límites de su potestad discrecional.

4. CRÉDITO

La Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria fue objeto de impugnación por la Generalidad de Cataluña por motivos competenciales. La **STC 235/1999, de 16 de diciembre**, incide así en una materia que en buena parte había sido objeto de decisión en la **STC 96/1996**, relativa la Ley de Disciplina e Intervención sobre las Entidades de Crédito, a la que se remite la aquí impugnada. En este sentido declara que la falta de reconocimiento de cualquier tipo de competencia sancionadora a las Comunidades Autónomas es contraria al bloque de constitucionalidad, ya que la recu-

rente tiene atribuidas por el Estatuto competencias de ejecución en la materia. El Tribunal Constitucional es muy contundente en recordar que ya su anterior STC 96/1996 así lo había establecido, y había advertido al legislador que debía reaccionar “dentro de un plazo de tiempo razonable”, cosa que no ha hecho. Por lo que ahora apela a la lealtad constitucional para impulsar al Estado a que modifique la legislación en cuanto al régimen sancionador sobre las entidades de crédito, demorando una vez más la anulación de la norma legal.

Por otro lado, la citada Sentencia 235/1999 admite que la actividad autorizatoria del Banco de España para la apertura de sucursales de entidades de crédito españolas en otros países miembros de la Comunidad Europea tiene carácter de básica, por su incidencia en el tratamiento uniforme de las entidades de crédito y en la estabilidad del sistema financiero, por lo que es correcto mantenerla en manos del Estado. Asimismo, lo es atribuir al Gobierno la competencia para desarrollar reglamentariamente la regulación del régimen aplicable a los establecimientos financieros de crédito.

5. DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La Ley de Defensa de la Competencia de 1989, recientemente sustituida, había sido impugnada por motivos competenciales por el País Vasco y Cataluña. La **STC 208/1999, de 11 de noviembre**, establece que la defensa de la competencia queda incluida, al menos en parte, dentro del título competencial “comercio interior”, que corresponde a las Comunidades Autónomas, por lo que éstas deben tener algún tipo de participación. La Ley, al atribuir la totalidad de las competencias ejecutivas al Estado —el Tribunal y el Servicio de Defensa de la Competencia— es inconstitucional en varios de sus preceptos. Pero la nulidad de los mismos queda demorada hasta que el Estado establezca normativamente los criterios de conexión que permitan a las Comunidades Autónomas ejercer sus competencias ejecutivas. El Tribunal Constitucional apela a la lealtad constitucional que en este caso —dice— obliga especialmente al Estado, que debe poner fin en el plazo más breve posible a esta situación provisional. La Sentencia contó con cuatro votos particulares. A pesar de todo, lo cierto es que la nueva Ley 52/1999, de Defensa de la Competencia, que en ese momento estaba en tramitación parlamentaria, no recoge la contundente indicación del Tribunal Constitucional, por lo que deja la situación como estaba en el aspecto debatido y se remite a un ulterior proyecto que deberá presentar el Gobierno.

6. ENERGÍA ELÉCTRICA

A) Régimen tarifario transitorio

La Ley 54/1997, del Sector Eléctrico estableció en su disposición transitoria undécima que un reglamento ulterior fijaría un régimen tarifario singular para determinados dis-

tribuidores. Fijado este régimen en el RD 2016/1997, de 26 de diciembre, la norma fue impugnada por diversas empresas distribuidoras, ya que según las mismas algunos de sus elementos fueron fijados de forma arbitraria y con discriminación en relación a otras empresas del sector.

El **Tribunal Supremo**, en la **Sentencia de 27 de octubre de 1999**, Ar. 7469, rechazó el recurso al entender que la Ley concedía al reglamento un amplio margen de libertad. Los límites de la potestad reglamentaria eran sólo los principios inspiradores de la ley, que se estima se respetan, así como los principios generales que condicionan el ejercicio de la potestad reglamentaria, que también se entienden respetados por no ser la norma arbitraria y estar basada en argumentos razonables.

La alegación de discriminación también se rechaza por no haberse acreditado la igualdad de situación con relación a las empresas que sirven de punto de referencia para sostener que existe trato desigual.

B) Facturaciones

Impugnadas las facturaciones de los años 1977 a 1986, al entender el recurrente que no se aplicaron correctamente las tarifas reducidas para suministro de energía eléctrica en Alta Tensión para uso de riegos agrícolas, el Tribunal de primera instancia rechazó el recurso por problemas de prueba, fundamentalmente por falta de acreditación de los diferentes tipos de consumo.

El **Tribunal Supremo**, en la **Sentencia de 20 de octubre de 1999**, Ar. 7466, estima el recurso de apelación, manifestando que ya debió estimarse probado en primera instancia lo alegado por el recurrente, en particular teniendo en consideración que incumbía a la empresa suministradora facilitar toda la información necesaria sobre las diversas tarifas aplicables. Precisamente a esta obligación de asesoramiento por parte de la empresa vincula el Tribunal Supremo el derecho a la refacturación, obligación que extiende a la disposición de instrumentos técnicos que permitieran diferenciar los tipos de suministro.

La **STS de 21 de septiembre de 1999**, Ar. 6866, se plantea de nuevo la interpretación del art. 46 del Reglamento de Verificaciones Eléctricas en relación a la determinación del límite temporal relativo a las reclamaciones de refacturación. El Tribunal, a partir de lo dispuesto en las Sentencias de 29 de noviembre de 1985, Ar. 5602, y 22 de julio de 1987, Ar. 5874, sostiene que:

“ si el período de facturación retroactiva del suministro de energía eléctrica (tanto a favor como en contra de la empresa suministradora) se ha limitado, por razones de seguridad jurídica, a un máximo de seis meses desde la comprobación del error, su cómputo debe hacerse contando hacia atrás a partir del momento en que se produce y se descubre dicho error de medición. La referencia que hace el tan citado artículo 46.3 al momento de la última verificación oficial precedente —o de la instalación del contador defectuoso— sirve para fijar el otro término del cómputo, de modo que: a) si entre cualquiera de esas dos fechas

y la de comprobación del error no han transcurrido aún seis meses, se facturará por la diferencia correspondiente al tiempo efectivamente transcurrido; b) si, por el contrario –como ocurre en este caso–, entre cualquiera de aquellas fechas (de instalación o de última verificación) y la de comprobación del error han transcurrido más de seis meses, el decreto no permite facturar retroactivamente más que las diferencias de consumo correspondientes a dichos seis meses”.

C) Suministro

a) Corte de suministro

La STS de 19 de julio de 1999, Ar. 7431, reitera una doctrina ya constante sobre la facultad de las empresas suministradoras para suspender el suministro cuando los abonados no satisfagan con la debida puntualidad el importe del servicio (SSTS de 2 de octubre de 1997, Ar. 7414 y 21 de mayo de 1999, Ar. 5011, entre otras).

La facultad de suspender no podrá ejercitarse cuando el contrato de suministro de energía eléctrica esté íntimamente ligado al desenvolvimiento regular de otro servicio público de interés preferente, tanto si el abonado moroso es la propia Administración titular del servicio como si lo es otra persona o entidad pública o privada que tiene a su cargo la gestión del servicio.

La citada sentencia recuerda, en primer lugar, que al ser RENFE la entidad morosa es aplicable la excepción a la facultad de suspender el suministro, por ser RENFE titular de servicios de transporte de interés público preferente, excepción extensible a los elementos e instalaciones auxiliares y anejos necesarios para su normal desarrollo. Pero a continuación se añade que, como en el caso enjuiciado se efectuó el corte de suministro en la antigua estación de Delicias, destinada al museo ferroviario y oficinas de viajes, no era aplicable la doctrina de referencia. El corte de suministro afectó a bienes patrimoniales, desafectados del servicio público ferroviario, no conexos con el normal funcionamiento del mismo. Afirmación extensible a la agencia de viajes, ya que no se trataba de oficina del despacho de billetes, sino de agencia turística. Por tanto, procedía el corte de suministro.

b) Derecho de acometida

La STS de 8 de julio de 1999, Ar. 6312, reitera también una abundante jurisprudencia anterior relativa a los derechos de acometida que corresponden a la empresa suministradora en casos de suministros de baja tensión, interpretando el contenido de los arts. 87 y 89 del Reglamento de verificaciones eléctricas. La interpretación tiene como fin establecer que no puede recaer sobre el particular solicitante de una acometida individual el coste de instalaciones que benefician a la colectividad en su conjunto y que por imperativo del mencionado precepto debe sufragar la empresa distribuidora.

c) Obligación de formalizar el contrato de suministro a quien aparece con título bastante para ocupar la vivienda

En el caso de compraventa de un inmueble, si con posterioridad surge una situación conflictiva entre el comprador y el vendedor, el suministro al nuevo propietario con título en apariencia bastante para ocupar la vivienda no puede condicionarse a la aceptación del anterior titular. Así lo establece el **Tribunal Supremo** en la **Sentencia de 24 de septiembre de 1999**, Ar. 6322. Por ello, debe suscribirse una nueva póliza de abono sin que su validez pueda quedar condicionada o subordinada a la no oposición o conformidad de quien era con anterioridad el titular del suministro.

d) Potestad de intervención administrativa sobre la relación concesionario-usuario

Una empresa suministradora de energía eléctrica impugnó unos actos de intervención de la Administración en protección de los usuarios del servicio al entender que esta intervención se había producido en virtud de unos preceptos derogados. El **Tribunal Supremo**, en la **Sentencia de 15 de julio de 1999**, Ar. 6314, analiza la evolución normativa en la materia, y concluye confirmando la legalidad del actuar administrativo con una consideración de alcance general. Para el Tribunal Supremo la intervención administrativa en garantía de la correcta prestación de un servicio público puede ser realizada por la administración cualquiera que sea la legislación vigente en cada momento, al actuar funciones de intervención administrativa que le corresponden como titular del servicio.

7. EXENCIONES Y BENEFICIOS FISCALES

La Ley catalana 12/1993, de 4 de noviembre, crea un organismo autónomo denominado Instituto para el Desarrollo de las Comarcas del Ebro, integrado en la Administración Institucional de la Generalitat de Cataluña. El art. 10 establece que “el Instituto goza de las exenciones y beneficios fiscales que corresponden a la Generalidad”. Recurrido el precepto por el Presidente del Gobierno, la **STC 176/1999, de 30 de septiembre**, desestima el recurso. El Tribunal considera que es posible una interpretación constitucional del precepto en el sentido de que dicho Instituto gozará de las exenciones y beneficios fiscales que corresponde conceder a la Generalitat respecto de sus propios tributos, y que nada se dice en relación a los tributos estatales y locales, por lo que no se invaden competencias del Estado. En cambio, en dos votos particulares se aboga por la conveniencia de haber dictado una sentencia interpretativa. Ya que el precepto impugnado equipara 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.

8. GANADERÍA

El Decreto 186/1989, de 27 de julio, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, relativo al registro de explotaciones ganaderas de reses de lidia y espectáculos taurinos y regis-

tro de nacimiento de reses de lidia, fue impugnado por el Abogado del Estado al entender que la norma autonómica vulneraba la normativa estatal dictada para trasponer la normativa comunitaria en la materia.

Para el Abogado del Estado la normativa comunitaria atribuía la creación y llevanza de los registros a las organizaciones o asociaciones de ganaderos reconocidas oficialmente. Dicho mandato se recogió en el Real Decreto estatal 420/1987. El Decreto vasco volvería a la situación anterior al atribuir a la Administración vasca unas funciones que no le corresponden.

El **Tribunal Supremo** en la **Sentencia de 28 de julio de 1999**, Ar. 6620, desestima el recurso, al entender que el Real Decreto estatal que se dice vulnerado por el recurrente atiende a una finalidad diferente y contempla una organización registral distinta de la que corresponde al Decreto vasco impugnado. Doctrina ya sostenida en las Sentencias de 11 y 15 de febrero de 1999, Ar. 1792 y 1644 (vid. *Justicia Administrativa* núm. 5, XIV.7.A), y que se concreta en la STS de 28 de julio de 1999 en relación a la raza bovina de lidia. El criterio general es que la normativa comunitaria confiaba a las organizaciones o asociaciones de ganaderos la llevanza de los libros genealógicos para la selección y reproducción de ganado bovino de razas puras, otorgando al mismo tiempo una importante intervención administrativa de inspección y control de dicha gestión a los órganos de la Administración territorial competente con la finalidad reproductiva y para propiciar la interrelación y otorgamiento de validez recíproca a los asientos de los libros de la correspondiente raza, orientada a los intercambios comunitarios europeos.

9. INDUSTRIA

A) Plan de promoción de diseño industrial. Competencia autonómica

La **STC 186/1999**, de 14 de octubre, establece que la actividad pública de promoción de la innovación tecnológica aplicada al diseño recae dentro de la materia de “industria” y no en el ámbito de la “reconversión de sectores industriales”, por lo que la competencia es atribuible en principio a las Comunidades Autónomas, de forma que la gestión de las subvenciones correspondientes debe territorializarse, aun siendo con cargo a los presupuestos del Estado (doctrina establecida a partir de la STC 13/1992). Al Estado le corresponden, no obstante, poderes de coordinación, así como la competencia sobre aquellas ayudas que se dirigen a fomentar la actividad investigadora de los centros de promoción, ya que puede operar entonces el título estatal “fomento y coordinación general de la actividad científica”.

B) Seguridad industrial. Ascensores

El régimen de intervención administrativa en materia de seguridad industrial se encuentra regulado de forma genérica en la Ley de Industria 21/1992, de 16 de julio. Por lo

XIV. Derecho Administrativo Económico

que hace referencia a los ascensores se aprobó la Directiva 95/16/CE, la cual fue traspuesta por el Real Decreto 1314/1997, de 1 de agosto.

Dicho Real Decreto fue impugnado por el Consejo General de Colegios Oficiales de Peritos Ingenieros Técnicos Industriales, al estimar que la norma no exigía determinados requisitos en la fase de fabricación y comercialización de los ascensores. La entidad recurrente solicita además que se imponga la intervención del técnico titulado competente visado por el colegio profesional para la fabricación, instalación y puesta en funcionamiento de los ascensores.

El **Tribunal Supremo**, en la **Sentencia de 28 de abril de 1999**, Ar. 5183, desestimó el recurso, al entender que el Real Decreto impugnado es una transposición fiel de la Directiva, la cual había definido un régimen diverso en garantía de la seguridad de los ascensores, trasladando la responsabilidad inicial a las personas físicas o jurídicas que asuman la responsabilidad del diseño, fabricación y comercialización, correspondiendo a las Comunidades Autónomas el control ulterior.

Por lo que hace referencia a la solicitud de que se dicte una norma que imponga la intervención de técnico competente con visado colegial, el Tribunal rechaza tal petición por no corresponder al poder judicial atender este tipo de pretensiones.

C) Inspección Técnica de Vehículos

La naturaleza de la actividad de inspección técnica de vehículos a través de entidades colaboradoras es objeto de análisis en la **STS de 7 de mayo de 1999**, Ar. 5615. El conflicto se plantea por el hecho de que la Comunidad Autónoma Valenciana, mediante normas reglamentarias, modificó el anterior régimen autorizador por un nuevo régimen concesional. La entidad recurrente, que actuaba como entidad autorizatoria, impugna la nueva regulación al estimar que se había producido una *publicatio* encubierta de una actividad económica privada, *publicatio* realizada, además, por simples normas reglamentarias.

El Tribunal Supremo desestimará esta alegación afirmando que la ITV se ha configurado desde sus orígenes como ejercicio de una potestad pública, manifestación de la policía administrativa, y concretada en medidas limitativas justificadas por razones de interés público. Por ello, el ejercicio de la actividad de Inspección Técnica de Vehículos:

“ En ningún caso se trata de una actividad que las empresas privadas tengan derecho a realizar, por estar sometida al principio de libertad de empresa, sin otro requisito que una simple autorización (en sentido propio) de la Administración. La utilización del término autorización no ha podido alterar la verdadera configuración de la Inspección Técnica de Vehículos en el ordenamiento, que, si se desempeña en ciertos aspectos por empresas privadas, es en concepto de Entidades Colaboradoras de la Administración que ejercen funciones delegadas por la misma sujetas a su estricto control. Por tanto, cuando el Real Decreto 1987/1985 y el Decreto de la Generalidad Valenciana sujetan al régimen de con-

cesión el ejercicio de estas actividades por parte de las empresas privadas no hacen sino ajustar su régimen jurídico a su verdadera naturaleza, sin verificar una publicación de una actividad que antes tenía el carácter de privada, limitándose a exigir de las Entidades Colaboradoras la legítima adaptación al nuevo régimen jurídico.”

No existe, por tanto, infracción del art. 38 CE al no configurarse la ITV como una actividad sujeta al principio de libertad de empresa. Tampoco es aplicable el art. 128 CE, por no establecerse la reserva de un sector de actividad económica a favor del sector público, ya que la norma se limita a regular el ejercicio de facultades de policía sobre una actividad privada.

La Sentencia citada también debe hacer frente a la alegación de que el Decreto impugnado vulnera la Ley de Defensa de la Competencia al atribuir a una empresa pública el ejercicio de la misma actividad que desarrollan otras empresas privadas, permitiendo que la primera actúe en condiciones excepcionales frente a las empresas privadas competidoras. El Tribunal rechaza el argumento, reiterando que no se trata de un ámbito de libre actuación privada, sino del ejercicio de potestades públicas, admitiéndose la participación de entidades privadas como entidades colaboradoras.

Por último, hay que señalar que la Sentencia se ocupa también del alcance de las competencias autonómicas en la materia, reconociendo a la Generalidad Valenciana la facultad de autoorganizar sus servicios de inspección en ejercicio de sus competencias ejecutivas.

D) Fomento de Grandes Áreas de Expansión Industrial

La actividad administrativa de control de la actividad desarrollada por entes subvencionados, con el fin de fomentar la actividad económica en Grandes Áreas de Expansión Industrial, continúa dando lugar a un número importante de pronunciamientos jurisprudenciales.

La STS de 19 de octubre de 1999, Ar. 7465, desestima el recurso por el que se acordó la caducidad parcial y total de algunas ayudas concedidas en el Gran Área de Expansión Industrial de Castilla y León. El Tribunal reitera la doctrina según la cual cualquier incumplimiento de las condiciones de inversión y creación de empleo habilita a la Administración a declarar la caducidad de la ayuda y la devolución de lo percibido. Así mismo se reitera la interpretación según la cual la creación de empleo alcanza al mantenimiento de los puestos comprometidos durante el plazo en el que se deben cumplir las condiciones, ya que el compromiso comprometido debe tener una cierta continuidad en el tiempo.

También desestiman los recursos frente a declaraciones de caducidad por incumplimiento de condiciones las SSTS de 4 y 25 de octubre de 1999, Ar. 7435 y 7670.

XIV. Derecho Administrativo Económico

Por el contrario, estiman los recursos las SSTS 14, 18 y 28 de junio y 11 de octubre de 1999, Ar. 6020, 6303, 6024 y 7441 al entender prescrita la acción de caducidad por parte de la Administración. También en este caso se sigue una doctrina ya consolidada (a partir de la STS de 13 de abril de 1998, Ar. 3323) para entender que había prescrito el derecho de la Administración a reclamar las cantidades entregadas, al haber transcurrido más de cinco años desde el momento en que debieron quedar cumplidas las condiciones.

10. LIBERTAD DE EMPRESA

El alcance del principio constitucional de libertad de empresa ha sido objeto de diversos pronunciamientos constitucionales y del Tribunal Supremo. En la STS de 3 de julio de 1999, Ar. 7641, se reitera una doctrina ya formada en la resolución de recursos anteriores que tuvieron un mismo objeto (SSTS de 3 de junio, 13 de julio, 25 de noviembre de 1996, Ar. 4729, 6187 y 8069, y 25 de octubre de 1997, Ar. 7943).

La Sentencia de primera instancia, recurrida en casación por el Abogado del Estado, estimó que para resolver el concurso de adjudicación de Casinos no podían tenerse en consideración los criterios de viabilidad económica, rentabilidad y generación de empleo, en la medida en que tal consideración vulneraba el principio de libertad de empresa consagrado en el art. 38 de la CE.

El Tribunal, en la Sentencia de 3 de julio de 1999 reitera su interpretación sobre el contenido del citado art. 38 CE, recordando que el citado precepto, junto a su vertiente subjetiva, posee otra objetiva e institucional. Esta segunda permite limitar el ejercicio de la libertad de empresa en aras de la protección de otros valores. En el caso analizado la intervención administrativa se justifica por tratarse de juegos de azar y por el interés en proteger los intereses de los usuarios del Casino. Por esta razón se exige una autorización operativa, basada en criterios que se discuten, que no coarta la libertad empresarial, porque “tanto su iniciación como su sostenimiento, dirigiendo y planificando la actividad, serán decididos libremente por el empresario”.

11. PESCA

La STS de 15 de julio de 1999, Ar. 6871, tiene como objeto la impugnación, en casación, de la Sentencia del TSJ de Galicia que declaró la nulidad de la Orden de la Consejería de Pesca, marisquearía y acuicultura de la Junta de Galicia de 3 de enero de 1992, por la que se regula la concesión de ayudas para modernización y renovación de la flota pesquera para 1992 (la citada Sentencia tiene relación directa con la de 24 de noviembre de 1998, en la que se confirmó la nulidad de una Orden dictada por el mismo órgano autonómico de similar contenido).

El Tribunal Supremo, sin entrar a analizar todos los aspectos del contenido de la Orden impugnada, estima que lo dispuesto en su art. 3.2 (posibilidad de otorgar ayudas a las

embarcaciones de menos de cinco metros de eslora) requería la remisión del proyecto de Orden a la Comisión Europea. La falta de esta preceptiva remisión comporta la nulidad radical de la Orden, por lo que se desestima el recurso de casación confirmando la sentencia impugnada.

12. PRECIOS

A) Precios públicos y reserva de Ley

El régimen de los precios públicos y su relación con la reserva de Ley había sido ya matizado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 185/1995, al considerar que algunos de ellos, al configurarse como verdaderas prestaciones patrimoniales de carácter obligatorio o coactivo estaban especialmente sujetos a la reserva de Ley tributaria. Como era ya de esperar, esa doctrina se ha trasladado ahora al campo específico de los precios públicos que establecen las entidades locales, mediante la **STC 233/1999, de 16 de diciembre**. Dicha Sentencia declara la inconstitucionalidad del art. 45.1 de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, que dispone que “el importe de los precios públicos por prestación de servicios o realización de actividades deberá cubrir, como mínimo, el coste del servicio prestado o de la actividad realizada”. Según el Tribunal, esta precisión de la Ley sólo prevé un límite mínimo a la cuantificación del precio, pero no establece ningún límite máximo, por lo que se produce una indeterminación que es contraria al principio de reserva legal. Ahora bien, la inconstitucionalidad del precepto queda circunscrita, según el FJ 19, sólo en la medida en que el mismo resulta aplicable a los precios públicos que tienen una naturaleza tributaria, esto es, aquellos que son exigibles como contraprestación por servicios o actividades de solicitud o recepción obligatoria, o que tienen un carácter de indispensables para la vida o bien que se prestan en régimen de monopolio.

B) Control de precios. Tarifas y tasas

El ámbito de la potestad administrativa de control de los precios establecidos para la prestación de determinados servicios ha sido objeto de reciente atención por la doctrina del Tribunal Supremo (pueden consultarse los números 3 y 6 de esta Revista, XIV.4.A y 10.A). El núcleo central del debate se centraba en determinar si el alcance de esta potestad de control de precios se debía limitar a los precios de las prestaciones efectuadas por concesionarios (tarifas), o también podía alcanzar a los precios exigidos en caso de gestión directa del servicio (tasas).

El **Tribunal Supremo**, en la **Sentencia de 2 de julio de 1999**, Ar. 7094, reitera su doctrina más reciente al respecto (STS de 6 de febrero de 1998, Ar. 1670 y confirma la validez de la aprobación provisional de una Ordenanza municipal sobre abastecimiento de agua, al entender que no debió someterse al control de precios autonómico, por tratarse de un servicio de gestión directa que se financiaría por tasas y no por tarifas.

XIV. Derecho Administrativo Económico

El Tribunal entiende que el Ayuntamiento actuó correctamente al apreciar que el precio del suministro del agua era una tasa, por lo que no correspondía someter la aprobación de la tasa a la Comisión Regional de Precios. Por esta razón, casa la Sentencia del TSJ de Canarias, que anuló el Proyecto de Ordenanza, que según dice el Alto Tribunal no supo distinguir entre la tarifa de un servicio prestado por concesionario (precio privado sometido a control de precios) y la tarifa de un servicio prestado directamente por el Ayuntamiento (tasa no sujeta a control de precios).

13. SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

Han sido pocas las sentencias dictadas durante 1999 en las que el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre los problemas jurídicos que normalmente suelen rodear a la categoría de los servicios de interés económico general (remisión a crónicas anteriores). Por su interés merece la pena destacar, no obstante, la **STJCE de 21 de septiembre de 1999, Albany International, asunto C-67/96**, en la que el Tribunal da respuesta a tres cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal holandés, relacionadas con un Fondo sectorial de pensiones de afiliación obligatoria. En el litigio principal Albany International, empresa textil holandesa a la que el Fondo ha denegado una solicitud de declaración de exención singular de afiliación, sostiene que el régimen holandés contraviene diversas normas del TCE, y en particular las prohibiciones que para los Estados miembros se derivan de los arts. 10, en relación con el art. 81, de una parte, y 90.1 en relación con el art. 82 TCE. A continuación, se reseñan los elementos más relevantes del contenido de la resolución.

A) La aplicación del art. 10 en relación con el art. 81 TCE

A pesar de que la prohibición de las prácticas colusorias contenidas en el art. 81 TCE se refiere únicamente a las que consistan en conductas de empresas, y no a medidas legislativas o reglamentarias adoptadas por los Estados miembros, el Tribunal ha establecido que de una interpretación sistemática del citado precepto en relación con el art. 10 TCE, se deriva una prohibición general de los Estados miembros de adoptar o mantener en vigor medidas que puedan eliminar el efecto útil de las normas de competencia aplicables a las empresas. Tal sería el caso si un Estado miembro impusiera, favoreciera o reforzara los efectos de acuerdos de empresas de los prohibidos por el art. 81 TCE. Según Albany esto es lo que ocurre si un Estado miembro accede a la petición realizada por los representantes de trabajadores y empresarios a través de un acuerdo producto de la negociación colectiva, en el sentido de que se declare la afiliación obligatoria a un Fondo sectorial de pensiones.

El Tribunal considera, no obstante, que de una interpretación útil y coherente de las disposiciones del Tratado en su conjunto, se desprende que los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales no deben considerarse comprendidos en el ámbito de aplicación del art. 81.1 TCE si, en razón de su naturaleza

y de su objeto, se vinculan a la consecución de determinados objetivos de política social que, como los de consecución de un alto nivel de empleo y de protección social, o el fomento de la negociación colectiva en el ámbito comunitario, han sido ya incorporados al Derecho comunitario europeo (arts. 2, 117 y ss. TCE, arts. 1 y 4 del Acuerdo sobre la política social), ya que, en caso contrario, dichos objetivos se verían gravemente comprometidos. El acuerdo controvertido constituye un convenio colectivo, resultado de una negociación colectiva entre empresarios y trabajadores, cuyo contenido pretende garantizar un determinado nivel de pensiones a todos los trabajadores del sector y contribuye a la mejora de sus condiciones laborales (apartados 62 y 63). Por esta razón, el convenio no está comprendido, en razón de su naturaleza y objeto, en el supuesto de hecho prohibido por el art. 81.1 TCE (apartado 64).

Al no representar el citado convenio colectivo un pacto colusorio prohibido, la decisión del Estado neerlandés de acceder a la pretensión en él contenida estableciendo la obligatoriedad de la afiliación al Fondo sectorial de pensiones no vulnera la prohibición del art. 10 en relación con el art. 81 TCE.

B) La aplicación del art. 90.1 en relación con el art. 82 TCE

Otra cuestión planteada en la **STJCE de 21 de septiembre de 1999, Albany International, asunto C-67/96**, es la de si la declaración de la obligatoriedad de la afiliación al Fondo sectorial implica la atribución a una empresa de un derecho exclusivo cuyo ejercicio determina necesariamente la explotación abusiva de una posición de dominio, constituyendo por ello una medida contraria a las obligaciones que para los Estados miembros se derivan del art. 86.1 en relación con el art. 82 TCE y si, en caso afirmativo, procede aplicar o no la excepción prevista en el apartado 2 del art. 86 TCE.

Presupuesto común de la aplicabilidad de los dos primeros apartados del art. 90 TCE es la posibilidad de considerar que el Fondo sectorial de pensiones sea una empresa. A este respecto, el Tribunal mantiene su ya consolidada jurisprudencia en el sentido de que, en el contexto del Derecho de la competencia, el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (apartado 77). La cuestión es, por tanto, determinar si la actividad que desarrolla el Fondo es o no una actividad económica, y, en particular, si se trata de un servicio de solidaridad. En el caso de entidades encargadas de la gestión de regímenes de pensiones el Tribunal ha adoptado una respuesta matizada. En función de la mayor o menor presencia en el régimen de funcionamiento del Fondo de elementos de articulación del principio de solidaridad se entenderá que la actividad que éste desarrolla es o no una actividad económica, y el Fondo, por tanto, una empresa o una entidad gestora de un servicios de solidaridad. A la primera conclusión llega la STJCE de 17 de febrero de 1993, Poucet y Pistre, asuntos acumulados C-159/91 y 160/91, por cuanto las prestaciones eran proporcionales a los rendimientos obtenidos, la financiación de las pensiones de jubilación corría a cargo de los trabajadores en activo, y los derechos de pensión, fijados por ley, no eran proporcionales a las cuotas abonadas, de modo que

XIV. Derecho Administrativo Económico

los elementos de solidaridad implicaban necesariamente que los diferentes regímenes fueran gestionados por una entidad única y que la afiliación a dichos regímenes tuviera carácter obligatorio. Sin embargo, la STJCE de 16 de noviembre de 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance y otros*, asunto C-244/94, llega al resultado contrario debido a que, a pesar de que la entidad no presentaba ánimo de lucro y perseguía una finalidad social, la afiliación era facultativa, se aplicaba el principio de capitalización, y las prestaciones dependían exclusivamente del importe de las cotizaciones abonadas por los beneficiarios. En la STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany International*, asunto C-67/96, el Tribunal alcanza esta misma conclusión en relación con el Fondo de pensiones del sector textil en Holanda. A pesar de su vinculación a la consecución de un fin social y de la falta de ánimo de lucro, y a diferencia de lo que ocurría en el asunto *Poucet y Pistre* “el importe de las prestaciones servidas por el Fondo depende de los resultados financieros de las inversiones que realiza”, y éste “está sujeto, al igual que una compañía de seguros, al control de la Cámara de Seguros” (apartado 82). Además, en determinados supuestos tiene la obligación de conceder exenciones a la obligación de afiliación a las empresas del sector, que procuren a sus trabajadores derechos equivalentes a través de otros Fondos (apartado 83). Por ello, un Fondo de estas características constituye una empresa a los efectos de la aplicación de las normas de competencia, sin perjuicio de la posibilidad de considerar, en un momento lógicamente posterior, aplicable el art. 86.2 TCE.

Sentada la aplicabilidad al Fondo sectorial de las normas de competencia, y en particular, de la prohibición del abuso de posición dominante, el Tribunal pasa a analizar si la declaración de obligatoriedad de la afiliación al Fondo implica la atribución a éste de un derecho exclusivo, y si tal medida resulta prohibida por el art. 90.1, en relación con el art. 86.1 TCE.

En primer lugar, el establecimiento de la afiliación obligatoria supone, según el Tribunal, la atribución al Fondo del derecho exclusivo de recaudar y gestionar las cotizaciones abonadas para la constitución de los derechos a pensión. Por ello, y a pesar de que, tal y como alegaba el Gobierno neerlandés, la medida no excluye a terceros del ámbito de las pensiones complementarias, un Fondo de esta naturaleza debe ser considerado como una empresa a la que las autoridades públicas han concedido derechos exclusivos, en el sentido del art. 86.1 TCE.

Por otro lado, la declaración de la obligatoriedad de la afiliación al Fondo implica conceder al mismo una posición de monopolio, y por ello dominante, en una parte sustancial del mercado común, ya que gracias a ella disfruta del derecho exclusivo de gestionar un régimen de pensiones complementarias en un sector industrial como el textil, en todo el territorio de un Estado miembro. Sin embargo, el art. 90.1, interpretado en relación con el art. 82 TCE, prohíbe a los Estados miembros la adopción de medidas que no sólo impliquen la creación de una posición de dominio, sino que además determinen que “la empresa de que se trata es inducida, por el simple ejercicio de los derechos exclusivos que le han sido conferidos, a explotar su posición dominante de manera abusiva o cuando esos derechos puedan crear una situación en la que dicha empresa sea inducida a cometer tales abusos”.

Esto es lo que a juicio del Tribunal ocurre en el presente supuesto, ya que, al igual que en el caso de la STJCE de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser, asunto C-41/90, el Fondo titular del derecho exclusivo no se encuentra en condiciones de satisfacer toda la demanda de ese tipo de servicios que está presente en el mercado, de modo que infringe el art. 82 TCE por el mero ejercicio del derecho exclusivo. Efectivamente, existen empresas que, como Albany, estarían interesadas en procurar a sus trabajadores derechos de pensión superiores a los del Fondo. Al no poder hacerlo contratando con un único operador, se estaría produciendo una restricción de la competencia. Como es conocido, el Tratado pretende alcanzar un equilibrio entre el interés de los Estados miembros en utilizar determinadas empresas como instrumento de política económica o social, con el de la Comunidad en la observancia de las normas de competencia del Tratado y en el mantenimiento de la unidad del mercado interior. A tal efecto, el Tratado permite, a través de su art. 86.2, y con carácter excepcional, la inaplicación de sus normas a las empresas encargadas de la gestión de interés económico general en aquellos supuestos en los que sea necesario para garantizar el cumplimiento de la misión específica a ellas encomendada, y siempre que no se afecte el desarrollo de los intercambios de forma contraria al interés de la Comunidad.

En la STJCE de 21 de septiembre de 1999, Albany International, asunto C-67/96, el Tribunal considera que el Fondo es una empresa de las previstas en el art. 86.2 TCE, a la que el Estado neerlandés ha impuesto válidamente determinadas obligaciones y exigencias en función de objetivos propios de su política nacional, y que el régimen de pensiones complementarias neerlandés cumple en ese Estado una función social esencial, reconocida además por el propio legislador comunitario, debido al reducido importe de la pensión legal mínima, calculada en base al salario mínimo legal. Ni el Tribunal ni la propia Albany ponen en cuestión que las “obligaciones y exigencias” que se imponen al Fondo constituyen una misión general específica en el sentido del precepto, que guardan relación con el objeto del servicio de interés económico general de que se trata, y que además tienen como objetivo directo contribuir a satisfacer ese interés (STJCE de 23 de octubre de 1997, Comisión c. Francia, asunto C-159/94).

Sin embargo, el Tribunal sí se detiene en la cuestión de la necesidad del derecho exclusivo, y con él de la inaplicación del art. 90.1, en relación con el art. 82 TCE. Por un lado, recuerda la doctrina presente ya en la STJCE de 19 de mayo de 1993, Corbeau, asunto C-320/91, en el sentido de que el juicio de necesidad no debe vincularse con la garantía del equilibrio financiero o la viabilidad económica de la empresa. Bastaría con que la aplicación de la norma impida el cumplimiento de las obligaciones y exigencias que constituyen la misión específica, “o que el mantenimiento de tales derechos sea necesario para permitir a su titular el cumplimiento, en condiciones económicamente aceptables, de las misiones de interés económico general que le hayan sido confiadas”. En el caso controvertido, el Fondo está sometido a un conjunto de obligaciones que hacen que su servicio sea menos competitivo que el de otras aseguradoras, de modo que de no contar con el derecho exclusivo se produciría un fenómeno de baja progresiva de los asegurados con riesgos más favorables (que estarían en condiciones de obtener mejores

XIV. Derecho Administrativo Económico

condiciones de otras compañías), provocando un aumento del coste de las pensiones de los trabajadores con riesgos menos favorables, a cuyos empleadores “el Fondo no podría ya proponer pensiones a un coste aceptable”, e imposibilitando en general el cumplimiento de las obligaciones impuestas al Fondo por razones de solidaridad.

Por otro lado, en relación con la necesidad del derecho exclusivo el Tribunal sostiene que, en atención a la función social del régimen neerlandés de pensiones complementarias, y del margen de apreciación que corresponde a los Estados miembros en la ordenación de sus sistemas de Seguridad Social, corresponde a ellos valorar si otras técnicas de intervención alternativas, como puede ser la señalada por Albany, consistente en el establecimiento de un sistema de exigencias mínimas, permitiría ofrecer el mismo nivel de pensiones que el alcanzado gracias a la declaración de la obligatoriedad de la afiliación. Quizá por ello en la sentencia no se plantea la cuestión de quién debe justificar la necesidad del derecho exclusivo, que se ha revelado absolutamente determinante en relación con derechos exclusivos otorgados en otros sectores de actividad administrativa, como las telecomunicaciones, la electricidad o la gestión de residuos peligrosos. El Tribunal no considera en ningún momento que la carga de la argumentación de la concurrencia del requisito de necesidad recaiga sobre el Estado miembro, con lo cual la doctrina recientemente reproducida en la STJCE de 25 de junio de 1998, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV y otros*, asunto C-203/96, en la que se afirma que corresponde al Estado demostrar que, de no existir la medida controvertida, no podría cumplirse la misión específica por otros medios. Y esto a pesar de tratarse en ambos casos de una cuestión prejudicial, y no de un recurso por incumplimiento, en el que, debido a la estructura del proceso, dicha carga recae sobre la Comisión y no sobre el Estado (STJCE de 23 de octubre de 1997, *Comisión c. Francia*, asunto C-159/94).

En la STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany International*, asunto C-67/96, se plantea, en fin, una última cuestión relacionada con el criterio de necesidad, cual es la relativa a la extensión del derecho exclusivo otorgado al Fondo del ejercicio de la potestad de concesión de exenciones singulares del deber de afiliación. En contra de lo sostenido por Albany, el Tribunal afirma que en el caso del Fondo controvertido no puede aplicarse la doctrina establecida por la STJCE de 13 de diciembre de 1991, *GB-Inno-BM*, asunto C-18/88, en virtud de la cual el ejercicio de funciones de normalización y verificación por parte de la sociedad explotadora de la red pública de telecomunicaciones es incompatible con los arts. 3, 82 y 86 TCE. El argumento utilizado por el Tribunal es doble: por un lado, en los supuestos en los que el Fondo está obligado a declarar la exención, precisamente debido a esa vinculación “no cabe considerar que pueda dar lugar a que el Fondo abuse de esa facultad”, lo cual parece implicar que el carácter reglado de la potestad impide la explotación abusiva de una posición de dominio cuya existencia ha sido reconocida ya por el Tribunal; y segundo, en los supuestos en los que el Fondo está facultado, pero no obligado a otorgar la exención, el ejercicio de la potestad implica la realización de complejas valoraciones acerca de si la exención pone o no en peligro el equilibrio financiero del Fondo (y con ello el cumplimiento de la misión de interés general) que precisan el reconocimiento de un amplio margen de apreciación, y justifican que un Estado miembro decida que su ejercicio no debe atribuirse a una entidad distinta.

14. TRANSPORTES

A) Servicio regular de viajeros. Preselección de concursantes

La STS de 25 de mayo de 1999, Ar. 5620, examina el Pliego de Condiciones relativo a un concurso para la preselección de concursantes para el servicio regular de viajeros y concluye que el mismo se adecua a la legislación aplicable. A continuación desestima las alegaciones de falta de proporcionalidad, arbitrariedad en la aplicación del Pliego, existencia de baja temeraria en la fijación de tarifas y desviación de poder.

B) Transporte aéreo. Regulación de la investigación de los accidentes de aviación civil

Aprobado el RD 389/1998, de 13 de marzo, por el que se regula la investigación de los accidentes e incidentes de aviación civil, el mismo fue impugnado por el Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos Aeronáuticos y la Asociación ITA, siendo el núcleo del recurso la demanda de participación de los Ingenieros Técnicos Aeronáuticos en la Comisión para la investigación de accidentes e incidentes de aviación civil.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 14 de junio de 1999, Ar. 6019, desestima el recurso, al entender que la norma impugnada no vulnera la normativa comunitaria (Directiva 94/56/CE, de 21 de diciembre), ni la normativa interna sobre atribuciones profesionales de los Ingenieros Técnicos Aeronáuticos, siendo la presencia de un vocal representante de la ITA en la Comisión una cuestión de oportunidad.

También se desestima el recurso en lo relativo a los defectos procedimentales alegados, ya que no se considera preceptiva la audiencia del Colegio y la Asociación en el procedimiento de elaboración del Reglamento.

15. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

a) Abuso de la posición de dominio. Posición de dominio

El TDC, en su Resolución de 30 de septiembre de 1999, se ha pronunciado sobre la noción de posición de dominio en unos términos que resultan de extremo interés. La Resolución desestima el recurso interpuesto por PR Larios contra el acuerdo del Servicio de sobreseer el expediente iniciado por su denuncia contra Bacardí por vulneración de los arts. 6 y 7 de la LDC y art. 86 del TCE, esencialmente por publicidad engañosa.

La Resolución atiende, en primer lugar, a la cuestión de la competencia desleal. El TDC afirma:

“que no se ha probado falseamiento sensible de la libre competencia con afectación del interés público, porque no ha resultado acreditado que la actuación de Bacardí haya anu-

XIV. Derecho Administrativo Económico

lado o perjudicado la capacidad de competir de la marca de ron Havana Club. El criterio del Tribunal es que el estudio de mercado aportado por la denunciante con el recurso no es concluyente a los efectos de demostrar la tesis contraria y que los datos aportados al expediente más bien señalan que la información sobre el origen del ron no es determinante de la elección del consumidor español entre una y otra marca de esta bebida”.

La cuestión clave de la Resolución es el análisis de si existe abuso de posición de dominio. Sin embargo, a diferencia de lo que entendía el Servicio, el Tribunal pone de relieve que no existe posición dominante, de modo que lógicamente no podrá ya concurrir abuso de la misma. Por ello afirma el Tribunal que:

“la cuestión decisiva no es aquí resolver si el mercado relevante es el del ron o el de las bebidas alcohólicas combinables, discusión en la que se han enzarzado las partes y sobre la que se ha pronunciado el Servicio adoptando una posición tan discutible como la contraria con los elementos de juicio que se han manejado en el expediente. La cuestión decisiva es que, incluso si el mercado relevante fuera el del ron, como quiere la denunciante y admite el Servicio, el tener alrededor de un 70 por ciento de la cuota de mercado, como ostenta Bacardí en el mercado español, no constituye base suficiente para atribuir a esta marca una posición de dominio, porque la cuota de mercado no es en el presente expediente factor que determine una posición dominante”.

Es decir, el TDC admite que aun existiendo cuotas de mercado del 70 por ciento podría no existir una posición de dominio. Esencialmente, la posición dominante deriva, como ha establecido con reiteración el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por ejemplo en la Sentencia de 14 de febrero de 1978, de la capacidad de la empresa de adoptar comportamientos independientes sin que pueda verse afectada por la respuesta del mercado. En términos generales, uno de los elementos clave para la determinación de la posición dominante es una elevada cuota de mercado de la empresa analizada. Cuanto mayor es la cuota de mercado menos relevancia deberían tener otros elementos que también deben ser apreciados para determinar la existencia de posición de dominio.

En la Resolución analizada dice el Tribunal que:

“Una elevada cuota de mercado de una empresa no determina necesariamente una posición de dominio para la misma. Es únicamente un factor que sólo con el concurso de otros puede procurar tal posición dominante. En el presente caso, una cuota de mercado tan elevada como la que ostenta Ron Bacardí en el mercado español llama la atención y obliga a esmerar la investigación para averiguar si hay una posición de dominio, pero no puede servir para declarar ésta sin más.”

Del resto de elementos analizados, la Resolución deriva que pese a que se disponga de una cuota de mercado del 70 por ciento no existe posición de dominio:

“En el presente caso, no hay prueba alguna en el expediente, ni razonables indicios, de que la denunciada tenga independencia de comportamiento, ni respecto de los consumidores

ni tampoco de los competidores. Más bien el expediente evidencia lo contrario; es decir, que entre los principales competidores, que pertenecen a grupos empresariales de similar importancia, se da una fuerte interdependencia, lo que les obliga a estar en todo momento atentos a sus recíprocos movimientos. Y, precisamente, eso favorece que no haya posición de dominio alguna en el mercado. Es de resaltar que en ninguno de los citados factores de la estructura de la empresa y de la situación competencia del mercado, la posición de la denunciada es hegemónica, salvo en el referente a su cuota de mercado. Particular interés tiene que en el mercado de referencia no hay barreras de entrada significativas desde hace más de trece años, cuando España se adhirió a las Comunidades Europeas, y que se trata de un mercado altamente contestable, como lo evidencia el que diversas marcas de ron estén penetrando en los últimos tiempos y, particularmente, la marca propia del grupo empresarial denunciante, careciendo todas ellas, en este mercado, de una independencia de comportamiento relativa suficiente como para poder imponer precios u otras condiciones a los clientes en beneficio propio.”

Es singular que esta interpretación va más allá de lo manifestado por la empresa denunciada, que fundamentaba su argumentación de no existencia de posición de dominio por la definición de un mercado relevante que implicaba la reducción de su cuota de mercado. En cuotas de mercado tan elevadas, superiores al 70 por ciento, por lo general parecería que deberían concurrir circunstancias muy singulares para no admitir la presencia de posición de dominio, máxime en resoluciones no sancionadoras sino simplemente incidentales.

Habrá que observar si el TDC confirma esta interpretación en futuras resoluciones. De hacerlo así ello podría suponer una restricción en la aplicación del art. 6 de la LDC, ya que se tendería a reducir aquellos supuestos en que el operador económico analizado ostenta posición de dominio.

B) Abuso de posición de dominio. Imposición de condiciones comerciales y de servicio no equitativas. Desistimiento del denunciante

La Resolución del TDC de 27 de julio de 1999 declara que Telefónica de España, SA, ha incurrido en una conducta tipificada en el art. 6 LDC, consistente en la imposición de condiciones comerciales y de servicio no equitativas, y le impone una multa de 20 millones de pesetas.

El conflicto se inicia cuanto Telefónica comunica a una empresa, con la que se había suscrito un contrato para ser considerado centro servidor del servicio de valor añadido IBERTEX explotado por la propia Telefónica, su intención de no prorrogar el contrato al vencimiento de la prórroga vigente y le ofrece la posibilidad de firmar un nuevo contrato con nuevas condiciones: la modificación del sistema de fijación de precios, la creación de un fondo de garantía del cobro de las tarifas telefónicas, la prórroga del contrato por meses en lugar de por años y una serie de prohibiciones y obligaciones a cargo

XIV. Derecho Administrativo Económico

del centro servidor que permitían a Telefónica controlar su actividad y, en su caso, resolver unilateralmente el contrato.

El mercado relevante en este caso se configura como el de mercado de servicios a través del sistema IBERTEX:

“La falta de indiferencia supone que una empresa que hubiese realizado importantes inversiones en desarrollar la prestación de servicios a través de IBERTEX podría ver frustrados sus esfuerzos si resultara obligada a emigrar hacia otros sistemas con características diferentes desde el punto de vista comercial. Por ello, el Tribunal estima, que aunque los costes puramente técnicos de la migración desde el sistema IBERTEX a las otras alternativas propuestas sean escasos, la existencia de características comerciales propias tiende a diferencia al mercado de servicios a través del sistema IBERTEX, que debe, por tanto, considerarse como mercado relevante a los efectos del caso.”

Telefónica ostenta posición de dominio ya que el servicio IBERTEX requiere el soporte físico de las instalaciones de la empresa, ha de realizar en conformidad con los contratos-tipo previstos por la empresa y ha de cobrarse a través de sus recibos.

El TDC analiza la conducta de la empresa y pone de relieve que la empresa ha abusado de posición de dominio. Además, en este expediente el denunciante procedió a presentar un escrito por el que desistía de la denunciada formulada. No obstante, el TDC consideró conveniente continuar el expediente. Afirma la Resolución que:

“por motivos históricos, y como consecuencia de sus instalaciones, la compañía Telefónica disfruta de una situación privilegiada frente a una gama muy amplia de clientes, en un sector, como es el de servicios de telefonía, cuya importancia para la economía del país no es necesario resaltar. En consecuencia, la correcta actuación de Telefónica frente a sus clientes constituye una materia de interés general a la que las autoridades de defensa de la competencia deben prestar atención adecuada, consideración esta que es especialmente relevante en relación con los servicios en proceso de liberalización, como es el caso de los que son objeto de esta Resolución, ya que una incorrecta actuación por parte de la empresa que históricamente ha disfrutado de una posición de monopolio podría invalidar los objetivos que se persiguen mediante esa política liberalizadora”.

C) Servicios funerarios. Acuerdo de turno de guardia

La Resolución del TDC de 28 de septiembre de 1999 resuelve la controversia generada por el acuerdo entre la Asociación de empresas de pompas fúnebres, el Hospital Clínico de Tenerife y empresas de Santa Cruz de Tenerife y La Laguna por el cual la agencia funeraria de turno asumía la gestión exclusiva de los servicios funerarios correspondientes a los fallecimientos ocurridos en dicho centro hospitalario desde las 14 horas del lunes hasta la misma hora del lunes siguiente.

Estos acuerdos como dice el TDC:

“dan lugar a un mercado cautivo en el que cada empresa, en el turno que le corresponde, puede actuar como monopolista, con un funcionamiento al margen y con exclusión de toda competencia, en una proporción significativa del mercado total, aunque no ha sido evaluada en este caso, de la prestación de los servicios funerarios de Santa Cruz de Tenerife. Y ello es así porque los turnos de este expediente no son verdaderos turnos de guardia del modo que éstos se entienden en el caso de las oficinas de farmacia, es decir, funcionamiento durante las horas residuales nocturnas y del fin de semana y días festivos, sino que abarcan a la totalidad de las jornadas de cada semana, desde las 14 horas de los lunes hasta la misma hora del lunes siguiente, lo que supone un claro reparto del mercado”.

Los turnos suponen por tanto la creación de mercados cautivos donde el operador actúa como monopolista, que al derivar del acuerdo entre operadores económicos constituye una infracción de las prohibiciones del art. 1 de la LDC.

D) Competencia desleal. Abuso de posición de dominio. Sentencia civil previa. Resolución administrativa previa. Cruz Roja. Distribución eléctrica

La Resolución del TDC de 29 de julio de 1999 declara que no se ha acreditado en el expediente tramitado las infracciones del art. 7 LDC imputadas a Cruz Roja Española.

Una primera cuestión a atender es que el pronunciamiento del TDC se produce cuando respecto a los mismos hechos existe ya una sentencia firme de la jurisdicción civil que declara no acreditada la existencia de conductas infractoras de la Ley de competencia desleal. Ello es especialmente relevante por cuanto en este caso la denuncia versa únicamente sobre un posible incumplimiento del art. 7 de la LDC, que como es sabido pretende la traslación al conocimiento del TDC de conductas desleales.

En esta cuestión, la Resolución pone de relieve la doctrina del TDC:

“La doctrina establecida viene configurada por los siguientes elementos: a) La apreciación de si se ha infringido o no la LDC corresponde al órgano específico que la propia Ley prevé, que es el TDC. b) La LDC sólo condiciona la actuación de este Tribunal cuando los hechos son objeto de un procedimiento comunitario (art. 44) o de un proceso penal (art. 55). c) Una sentencia dictada en un proceso civil en el que el TDC no ha tenido intervención no puede impedir a éste el ejercicio de la competencia que tiene atribuida por la Ley 16/1989 y que es irrenunciable (art. 6 LPA hoy art. 12.1 Ley 30/1992). A estas consideraciones no es ajeno el hecho de que la justicia civil es una justicia rogada, que se inspira esencialmente en el principio dispositivo, en cuanto dirigido a la satisfacción de pretensiones privadas; mientras que la justicia administrativa, que arranca del TDC y culmina en el ámbito de la jurisdicción contenciosa que revisa sus decisiones, busca el esclarecimiento de la verdad material, con el objetivo de mantener el orden público económico.”

XIV. Derecho Administrativo Económico

Por ello, la resolución de la jurisdicción civil sobre las conductas analizadas de competencia desleal en un expediente de defensa de la competencia no puede ser considerada cosa juzgada. El TDC ostenta plena capacidad para resolver, incluso en sentido contrario a lo declarado en la jurisdicción civil.

En el expediente que culmina con la Resolución objeto de comentario se denuncia infracción del art. 7 al considerar que Cruz Roja realiza actos que constituyen competencia desleal por infracción de normas. Recordemos que el art. 15 de la Ley de Competencia Desleal tipifica como conducta desleal el prevalecerse en el mercado con una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes, aunque el mismo artículo indica que la ventaja ha de ser significativa.

El TDC, después de analizar las alegaciones de la denuncia, la conducta de Cruz Roja y la normativa reguladora concluye que no puede apreciarse infracción del art. 15 de la Ley de Competencia Desleal.

La cuestión relativa a la posible actuación del TDC cuando ha habido ya una resolución judicial es analizada en la **Resolución de 7 de julio de 1999**, que declara la existencia de infracción del art. 6 de la LDC por parte de Hidroeléctrica Ribagorzana, SA. Esta Resolución, como otras ya recaídas durante el año 1999, atiende a la controversia entre grandes y pequeños operadores en el sector de la distribución eléctrica. Especialmente, por la necesidad de muchos pequeños operadores de mantener relaciones comerciales con los grandes operadores a fin de que les suministren energía. En este caso, el conflicto se origina por peticiones de aumento de potencia que formula Electra Avellana, que es una empresa distribuidora de energía eléctrica en una zona de la provincia de Girona que abarca a siete municipios.

Evidentemente, en esta Resolución de 7 de julio de 1999 se confirma de nuevo la capacidad del TDC de resolver expedientes sobre conductas que anteriormente ya habían sido analizadas y enjuiciadas en la jurisdicción civil.

En esta Resolución se cuestiona también si el TDC puede resolver cuando sobre las conductas se han pronunciado ya órganos administrativos competentes por razón de la materia. El TDC es rotundo al afirmar que él es el único competente para examinar si determinada conducta vulnera la LDC que todos los operadores deben respetar, cualquiera que sea el sector en el que operen y que esta competencia no puede quedar mediatizada por anteriores resoluciones administrativas de otros órganos.

16. TURISMO

La actividad de fomento a la promoción de la oferta turística española articulada a través de los sucesivos Planes Marco “FUTURES” ha sido reiteradamente impugnada por la Comunidad Autónoma de Cataluña. En la **STC 242/1999, de 21 de diciembre**, se resuelven los conflictos acumulados, y en gran medida se estima que las normas estatales regu-

ladoras de dicha actuación vulneran las competencias de la Generalidad, a pesar de que la actividad turística tenga una indudable dimensión supracomunitaria, puesto que de lo contrario se vaciarían de competencias los títulos estatutarios en materia de turismo. Se exceptúan aquellas ayudas que van dirigidas a promover la instalación de empresas o asociaciones de empresas turísticas en los mercados exteriores o proyectos de I+D, sobre los que recaería la competencia estatal de “fomento y coordinación general de la actividad científica”, lo que acaso pueda parecer desproporcionado. Asimismo, se salva la atribución a Turespaña de la competencia para prestar servicios o asistencia técnica, ya que se prevén mecanismos de acción conjunta con otras administraciones.

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) Venta ambulante y prohibición de restricciones entre los Estados miembros de la Unión Europea. **2. Deporte.** A) ¿El Presidente de una Federación española puede ser funcionario público a efectos penales? **3. Educación.** A) Universitaria. a) El Real Decreto de Doctorado no es ilegal ni contrario a la autonomía universitaria. b) Ilegalidad de una denegación de traslado de expediente académico por insuficiencia de motivación. B) No universitaria. a) El derecho a elegir centro docente se encuentra contenido en el Derecho Fundamental a la educación. **4. Espectáculos públicos.** A) Falta de cobertura legal para sancionar del RD 2816/1982. **5. Extranjeros.** A) Es incompatible con el Derecho Comunitario una normativa de un Estado que, para reconocer personalidad jurídica a una asociación, exija que en sus órganos de administración figure un miembro nacional de dicho Estado o que la asociación cuente con un número mínimo de nacionales. B) El requisito de la “buena conducta cívica” para la obtención de la nacionalidad española es un concepto jurídico indeterminado; y la nacionalidad es un auténtico estado civil, con un aspecto público y otro privado. **6. Juego.** A) Con el control de la rentabilidad del proyecto de instalación de un nuevo Casino de Juego no se conculca el Derecho a la libertad de empresa. **7. Sanidad.** A) Reglamento orgánico de hospital que, en desviación de poder, no contempla la unidad de urgencias.

1. CONSUMO**A) Venta ambulante y prohibición de restricciones entre los Estados miembros de la Unión Europea**

En Austria el Código de Comercio e Industria de 1994 determina que los panaderos, carniceros y comerciantes de productos alimenticios sólo están autorizados a vender de forma ambulante, cuando en una determinada circunscripción administrativa (“Verwaltungsbezirk”), o en sus municipios limítrofes, ejerzan idéntica venta en un establecimiento fijo. La cuestión que se plantea desde la perspectiva del Derecho Comunitario es si esta normativa nacional tiene efecto únicamente en el interior del

Estado miembro o si, por el contrario, constituye un obstáculo potencial al comercio intercomunitario, ya que el empresario de otro Estado miembro que quiera practicar la venta ambulante, estaría obligado a crear y a explotar, asimismo, un establecimiento fijo en las mismas condiciones que los comerciantes austriacos.

La **STJCE de 13 de enero de 2000** (asunto C-254/98) ante la cuestión prejudicial planteada responde que el art. 30 del Tratado de la Comunidad Europea (actualmente art. 28 tras su modificación numérica) se opone a una normativa nacional que establezca que los panaderos, carniceros y comerciantes de productos alimenticios sólo puedan practicar la venta ambulante en una determinada circunscripción administrativa, si ejercen también su actividad comercial en un establecimiento fijo, en el que ofrezcan además las mercancías que vendan de forma ambulante.

2. DEPORTE

A) ¿El Presidente de una Federación española puede ser funcionario público a efectos penales?

La **STS de 31 de mayo de 1999**, Ar. 5270, contiene muchos de los elementos que atestiguan la confusión que existe entre lo público y lo privado en el Derecho Deportivo.

El recurso de casación lo interpone el Presidente de la Federación de Pelota contra la Sentencia que lo condenó por malversación de caudales públicos. Entre los hechos probados destacan los siguientes:

(...) “El procesado (...) Presidente de la Federación Española, entidad pública, que goza de personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, (...) cobraba en su propio beneficio talones librados al portador y que debía entregar a terceros. Para justificar ante la propia Federación el gasto realizado, y, en su día, ante el Consejo Superior de Deportes el destino dado al dinero que recibía de éste en concepto de subvención, elaboraba facturas y recibos supuestamente extendidos por proveedores y encargados de clubes deportivos en los que se hacía constar que habían recibido determinadas cantidades de dinero de la Federación simulando la firma de estas personas y en muchos casos los sellos estampados en las mismas”.

La primera paradoja de esta Sentencia reside en que se considera a las Federaciones como “entidades públicas” y, sin embargo, el art. 30.1 de la Ley estatal del Deporte las califica como “entidades privadas”. La segunda radica en que –contrariamente a la Sentencia apelada– entiende que es de dudosa aplicación la cualidad de funcionario público al Presidente de la Federación, dado que no considera que participe en el ejercicio de funciones públicas (art. 24.2 del Código Penal vigente). No obstante, la vigente normativa de Federaciones deportivas españolas atribuye a estas entidades privadas el ejercicio de

numerosas funciones públicas entre las que destaca, por ejemplo, la coordinación para la promoción general de sus modalidades deportivas en todo el territorio nacional [art. 3.1.b) del RD 1835/1991]

Por último, la Sentencia comentada pone en cuestión el carácter público de los fondos federativos apropiados por el Presidente de la Federación, puesto que parecen proceder “de cuotas de asociados, clubes provinciales y agrupaciones deportivas y otros ingresos no identificados”. Es claro que si fuesen fruto de subvenciones tendrían la naturaleza de fondos públicos, pero al tratarse según se dice de pagos por licencias federativas parecen recursos propios de la Federación; aunque el Tribunal no examina la naturaleza de las licencias federativas que, sin duda, a nuestro juicio, con el ordenamiento jurídico actual tienen naturaleza administrativa.

3. EDUCACIÓN

A) Universitaria

a) El Real Decreto de Doctorado no es ilegal ni contrario a la autonomía universitaria

Ante un recurso directo interpuesto por la Universidad Politécnica de Madrid contra el RD 778/1998, de 30 de abril, por el que se regula el tercer ciclo de estudios universitarios, la obtención y expedición del título de Doctor y otros estudios de posgrado, el **Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de junio de 1999**, Ar. 6298, resolverá, en primer lugar, que la necesaria existencia de una Comisión de Doctorado en cada Universidad no es contraria a la Ley Orgánica de Reforma Universitaria, sino que la complementa, y, en segundo lugar, que el requisito de que en su composición los profesores doctores de los cuerpos docentes universitarios tengan reconocido al menos un sexenio de investigación no atenta contra la autonomía de la Universidad recurrente, sino que, por el contrario, es garantía de objetividad y calidad.

b) Ilegalidad de una denegación de traslado de expediente académico por insuficiencia de motivación

En breve y contundente resolución, la **STS de 15 de julio de 1999**, Ar. 6190, considera que la negativa del Decano de una Facultad de Medicina al rechazar una petición de traslado de expediente para el 4º curso de la carrera, argumentando las necesidades de la Facultad y su limitada capacidad para evitar masificaciones es radicalmente insuficiente, produce indefensión y, en consecuencia, debe ser anulada. El Tribunal Supremo, revocando la primera Sentencia, acogerá la pretensión del apelante considerando que:

“no se puede hablar de masificación como pretexto sin dar unos datos lógicos y veraces que le permitan al solicitante comprobar que se le deniega el traslado por falta de espacio ante el número de alumnos matriculados y la capacidad de las aulas, lo que no ha sucedido en el caso de autos y en cambio en la sentencia apelada se pretende exigir al recurrente

te la prueba de que no es cierta la masificación alegada por la Administración, prueba diabólica para él, cuando para la Universidad hubiese sido facilísimo aportar una certificación que acreditase el número de alumnos matriculados o la cabida de sus aulas y laboratorios, con lo cual hubiese justificado la razón de su negativa sin obligar al interesado a proporcionar al Tribunal unas pruebas difícilísimas de obtener si no le son facilitadas por la Universidad”.

Bienvenida sea esta decidida toma de postura del Alto Tribunal sobre el requisito de la motivación de los actos denegatorios, sobre la indefensión y, en definitiva, sobre la presunción de legalidad de los actos administrativos; pero no deja de resultar frustrante que tal sentencia se produzca once cursos académicos después de presentada la solicitud. Éste es un caso paradigmático de lo oportuna que hubiese resultado una medida cautelar positiva de exigencia de adecuada justificación (con la que muy probablemente se hubiese finalizado la disputa planteada).

B) No universitaria

a) El derecho a elegir centro docente se encuentra contenido en el Derecho Fundamental a la educación

En la STS de 5 de octubre de 1999, Ar. 7459, recordando otras anteriores (de 24 de enero de 1985, Ar. 250 y de 26 de abril de 1990, Ar. 3566) y discrepando de la apelada, se afirma que, aunque no viene expresamente enunciado en el art. 27 CE, el derecho de los padres a elegir centro docente para sus hijos, sí forma parte del Derecho Fundamental a la educación por aparecer así recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en diversos tratados y acuerdos internacionales ratificados por España que, por imperativo del art. 10.2 CE, deben ser tenidos en cuenta. Ahora bien, el establecimiento de unos criterios objetivos y su aplicación en el supuesto de que haya más solicitudes que plazas (como era el caso) no implica conculcación de tal derecho.

4. ESPECTÁCULOS PÚBLICOS

A) Falta de cobertura legal para sancionar del RD 2816/1982

La STS de 15 de junio de 1999, Ar. 7285, reitera la doctrina de la STS de 19 de diciembre de 1995, Ar. 9414, dictada en aplicación del principio de unidad de doctrina, en la que se dispone que las sanciones impuestas al amparo del Reglamento General de Policía de Espectáculos carecen de la cobertura legal necesaria y exigible por el art. 25.1 de la Constitución.

5. EXTRANJEROS

A) Es incompatible con el Derecho Comunitario una normativa de un Estado que, para reconocer personalidad jurídica a una asociación, exija que en sus órganos de administración figure un miembro nacional de dicho Estado o que la asociación cuente con un número mínimo de nacionales

La STJCE de 29 de junio de 1999, As. Comisión contra Reino de Bélgica (C-172/98), declara contraria al art. 6 TCE (actualmente, tras su modificación, art. 12 CE) —que prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado, una Ley que exige para conceder la personalidad civil a un asociación internacional que de su órgano de administración forme parte, al menos, un nacional (en el caso, una Ley belga de 1919, para asociaciones internacionales que persigan fines filantrópicos, religiosos, científicos, artísticos o pedagógicos); o una Ley que disponga que una asociación no podrá invocar frente a terceros su personalidad jurídica si la mayoría de sus miembros no son nacionales (en el caso, una Ley belga de 1921 para asociaciones sin fines lucrativos y entidades de utilidad pública).

B) El requisito de la “buena conducta cívica” para la obtención de la nacionalidad española es un concepto jurídico indeterminado; y la nacionalidad es un auténtico estado civil, con un aspecto público y otro privado

En sus SS de 5 y 19 de junio de 1999, Ar. 7279 y 7291, el Tribunal Supremo reitera su doctrina respecto del requisito de la “buena conducta cívica”, recogido en el art. 22 CC para la concesión de la nacionalidad española, en el sentido de que se trata de un concepto jurídico indeterminado que no habilita a la Administración para actuar discrecionalmente. Además, reitera también que la inclusión de la nacionalidad en el Código Civil no es arbitraria, ya que se trata de un auténtico estado civil, si bien con una doble dimensión: pública, al ser un título para formar parte de la organización del Estado, y privada, al ser una cualidad de la persona como perteneciente a la comunidad.

6. JUEGO

A) Con el control de la rentabilidad del proyecto de instalación de un nuevo Casino de Juego no se conculca el Derecho a la libertad de empresa

El art. 38 de la Constitución condiciona el ejercicio de la libertad de empresa a las exigencias de la economía general y de la planificación, de suerte que se ejerza dentro de un marco general configurado por reglas que ordenan la economía de mercado, entre ellas las que tutelan los derechos de los consumidores u ordenan un sector como el de los juegos de azar, en el que las potestades administrativas de intervención y control están sobradamente justificadas por los intereses en liza. En resumen, de acuerdo con la jurisprudencia asentada en esta materia, la intervención de la Administración en la instalación de los Casinos de Juego no es sino una técnica administrativa, impuesta por razones de policía, que se corresponde con el carácter de las autorizaciones llamadas “operativas”, por contraposición a las simples, y que presentan como rasgo peculiar el que el acto

administrativo no se agota con su emisión, sino que se proyecta en una función de vigilancia respecto de la actividad autorizada a lo largo del tiempo.

A este propósito la **STS de 3 de julio de 1999**, Ar. 7641, decide que con el control de la rentabilidad del proyecto de instalación de un nuevo Casino de Juego no se conculca el Derecho a la libertad de empresa, porque sólo conlleva un control externo de la actividad empresarial con el fin de comprobar que se dan los requisitos para su ejercicio, previstos en la convocatoria del concurso conforme a lo reglamentariamente dispuesto, lo que no supone más que una manifestación de la actividad administrativa de policía con el fin de proteger los intereses de los usuarios del Casino, y que no coarta la libertad empresarial para llevar a cabo tal actividad económica en el territorio de una Comunidad Autónoma, porque tanto su iniciación como su sostenimiento, dirigiendo y planificando su actividad, serán decididos libremente por el empresario, todo ello en condiciones de igualdad, pero con sujeción a las normas sobre autorizaciones administrativas para la instalación de Casinos de Juegos, lo que abunda en la procedencia de estimar el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado.

Es cierto que la Administración debió explicar de forma singular las concretas condiciones, requisitos o circunstancias que concurrían o no en unas y otras solicitudes, en lugar de hacerlo de forma general y no personalizada, pero lo que no puede negarse a la Administración, en contra del parecer del Tribunal a quo, es la potestad de controlar si, en cuanto a localización, calidad de inmuebles, tecnología, rentabilidad o seguridad, las solicitudes presentadas cubren o no las condiciones exigibles según la convocatoria.

7. SANIDAD

A) Reglamento orgánico de hospital que, en desviación de poder, no contempla la unidad de urgencias

La **STS de 12 de julio de 1999**, Ar. 6756, se enfrenta con un recurso contra el Reglamento de Régimen Interior de un determinado hospital (aprobado por la Diputación Provincial correspondiente); impugnación fundamentada en que tal disposición omitió ilegalmente en su organigrama la previsión de una unidad de urgencias. El Tribunal Supremo, tras unas consideraciones generales sobre la *potestad organizatoria* y su sujeción a Derecho (alguna de ellas ciertamente discutible, como es la referida a la negación de legitimación procesal al personal al servicio de la Administración para recurrir normas organizatorias que afecten a sus intereses), anulará la Sentencia apelada por estimar probado que tal omisión se debía a la espúrea finalidad de amortizar la plaza de Jefe de Servicio de Urgencias (que, en un intento anterior, ya había sido rechazada por el propio Tribunal Supremo, que apreció desviación de poder también en aquella ocasión).

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA

EDORTA COBREROS

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES**Sumario:**

Introducción. 1. Recurso Contencioso-administrativo. A) Competencia. a) La Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial no puede acordar la nulidad de actuaciones judiciales. b) No le corresponde controlar los actos políticos. c) No puede decidir sobre las infracciones procesales ocurridas en otra jurisdicción. B) Sujetos. a) Legitimación. a') Cuando la determinación de la legitimación es susceptible de ser separada de la cuestión de fondo, constituye un requisito de admisibilidad del proceso. b') Requisitos de la legitimación de las personas jurídicas: la afectación de derechos e intereses legítimos. C) Procedimiento. a) Derecho a un proceso sin dilaciones: un retraso de más de dos años está dentro del estándar normal de la Administración de Justicia. b) El art. 144 de la LPA de 1958 es análogicamente aplicable a la reclamación administrativa que precede al recurso contencioso-administrativo: basta dicha reclamación previa respecto a los posteriores actos periódicos. c) Plazo de interposición: la desestimación presunta del recurso de reposición es equivalente a una notificación defectuosa, por lo que se amplía el plazo del recurso contencioso-administrativo en seis meses. d) La falta de certificación de un acto presunto es un defecto subsanable. e) El cambio de Ponente sólo es relevante si tiene una concreta incidencia material. f) Acumulación: procede aunque la causa de pedir sea diferente. g) Emplazamiento de las partes. a') El realizado por edictos tiene un carácter excepcional. b') El art. 44.1.a) LOTC no exige la audiencia al rebelde en todo caso. h) Prueba. a') No usar las diligencias para mejor proveer no infringe el art. 24 CE. i) Escrito de conclusiones: no se puede denunciar que el expediente está incompleto. j) Suspensión del acto administrativo o disposición recurrida. a') Alcance del art. 119 de la Ley de Costas: es suficiente que la actividad sea potencialmente apta para producir lesión. b') Actos tributarios: la caución no es un título para obtener la suspensión, sino su consecuencia indeclinable. D) Recurso contencioso-electoral. a) Objeto: los partidos políticos no pueden impugnar las irregularidades en el censo. **2. Recurso de casación ordinario.** A) Objeto. a) Son recurribles los autos de ejecución provisional de la sentencia. b) No cabe, en principio,

contra autos resolutorios de súplica. B) Preparación. a) Contenido: debe señalarse la legitimación y la temporaneidad. b) Un defecto en el poder no determina la inadmisibilidad si pudo ser subsanado de haberse dado la oportunidad para ello.

C) Inadmisibilidad. a) Cuantía. a') Viene determinada, no por el valor catastral del inmueble, sino por la cuota del IBI impugnada. b) Personal. a') La falta de permanencia en la relación de servicios determina la inadmisibilidad del recurso de casación.

b') La prestación de servicio derivada de un contrato administrativo es cuestión de personal. c') El inicio del procedimiento de evaluación de incapacidad para el trabajo de un funcionario no se refiere a la extinción de la relación de servicio. d') La relación de protección del Régimen Especial de la Seguridad Social de los funcionarios de la Administración Local no es cuestión de personal. c) Falta de fundamento. a') La falta de cita de los motivos casacionales es un defecto superable si la parte recurrida no lo objeta. b') Cuestión nueva. a'') No se pueden invocar nuevas pretensiones ni modular las existentes, pero sí argumentar las ya invocadas. b'') Es inadmisibile el recurso de casación en el que se denuncia la infracción de un precepto no aplicado por la sentencia cuando su contenido es idéntico a otro sí aplicado por ella. D) Motivos.

a) Art. 95.1.3 LJCA de 1956: no produce indefensión la demora en la notificación del auto resolutorio de la súplica contra la providencia que declara conclusas las actuaciones. b) No se puede fundar en la pretendida infracción que comete una Sentencia del Tribunal Constitucional invocada por la sentencia recurrida. c) Responsabilidad patrimonial: la relación de causalidad es revisable en casación. E) Costas: son debidas las producidas por el escrito del Abogado del Estado personándose como parte recurrida.

3. Recurso de casación en interés de ley. A) Motivos. a) No basta la mera posibilidad de reiteración de efectos, sino que es necesaria una fundada probabilidad. B) Requisitos.

a) Se debe fijar la doctrina legal que debe sustituir a la errónea. C) Legitimación. a) No la tienen los Sindicatos ni las Organizaciones Empresariales. **4. Conflictos de**

Jurisdicción y de Competencia. A) Competencia de la Administración Pública.

a) Responsabilidad patrimonial derivada de un accidente por mal estado de una carretera. b) El conflicto entre la Hacienda Pública y la Jurisdicción Civil se resuelve según la prioridad en el tiempo. B) Competencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. a) Es competencia de la Jurisdicción Civil el conocimiento de la autorización de

entrada para ejecutar un acto administrativo si el procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de la Ley 29/1998 y de la Ley de reforma de la LOPJ.

INTRODUCCIÓN

Todavía no se ha producido, de forma continuada y mayoritaria, una doctrina de interés sobre la nueva Ley Jurisdiccional Contencioso-administrativa, por lo que habrá que esperar a futuros pronunciamientos del Tribunal Supremo. Por ello, la presente crónica, que recoge la jurisprudencia constitucional aparecida hasta septiembre de 1999 y la ordinaria recogida en el período de octubre a diciembre del mismo año en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, queda referida básicamente a pronunciamientos que versan sobre la ya 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.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Competencia

a) La Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial no puede acordar la nulidad de actuaciones judiciales

En aplicación del art. 176.2 LOPJ, que previene que la interpretación y aplicación de las leyes hechas por los Jueces y Tribunales, cuando administran Justicia, no podrán ser objeto de aprobación, censura o corrección con ocasión o a consecuencia de actos de inspección, sendas SSTs de 2 de julio de 1999, Ar. 6830 y 6831, han afirmado que la competencia de la Comisión Disciplinaria del CGPJ se centra en la instrucción de expedientes disciplinarios y en la aplicación de las sanciones que correspondan, pero no se extiende a acordar la nulidad de actuaciones jurisdiccionales, ni puede intervenir en una actuación exclusivamente jurisdiccional, pues ello supondría atribuir a un órgano gubernativo facultades para anular decisiones judiciales, en contra de los principios de independencia de los Juzgados y Tribunales y exclusividad del ejercicio de la potestad jurisdiccional.

b) No le corresponde controlar los actos políticos

La STS de 26 de octubre de 1999, Ar. 7449, ha reiterado la doctrina, aplicable también a las relaciones entre los ejecutivos autonómicos y las correspondientes Asambleas Legislativas, que establece que el control de la iniciativa legislativa, al tratarse de una acti-

vidad política, no puede residenciarse en la Jurisdicción Contencioso-administrativa, pues tal iniciativa no es el simple producto de un actuar de la Administración, sino del ejercicio de unas funciones específicas que la Constitución encomienda al Gobierno en cuanto que en el Consejo de Ministros concurre la doble naturaleza de órgano superior de la Administración Pública y de órgano que realiza unas actividades en las que predominan los principios de conveniencia y de oportunidad política.

c) No puede decidir sobre las infracciones procesales ocurridas en otra jurisdicción

En los casos de responsabilidad patrimonial del Estado, las SSTS de 29 de mayo y 26 de junio de 1999, Ar. 7259 y 7638, han declarado que no corresponde a la Jurisdicción Contencioso-administrativa decidir acerca de si las infracciones procesales denunciadas en la sustanciación de un juicio seguido ante otra jurisdicción, conculcan o no cualquier derecho fundamental, sino sólo resolver acerca de la acción de resarcimiento frente al Estado.

B) Sujetos

a) Legitimación

a') Cuando la determinación de la legitimación es susceptible de ser separada de la cuestión de fondo, constituye un requisito de admisibilidad del proceso

Cuando la legitimación deriva de la titularidad de bienes cuyo destino puede resultar afectado por la declaración de nulidad del acto administrativo recurrido, normalmente basta con la justificación inicial de dicha titularidad, mientras que el examen de la prueba plena de la misma no puede realizarse sino de manera inseparable respecto del fondo del asunto. Así, la STS de 9 de febrero de 1999, Ar. 1978, declara que para que en el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial contra la Administración pueda considerarse concurrente la condición de legitimado no es menester acreditar la plena titularidad del bien o interés dañado, sino que basta, por lo general, con la afirmación o inicial justificación de la condición de perjudicado, sin perjuicio de que la titularidad de los bienes respecto de los que se acreditan daños y perjuicios pueda ser objeto de alegación y prueba plena en relación con el fondo.

Sin embargo, la STS de 1 de junio de 1999, Ar. 5638, nos recuerda que, en aquellos casos en que la determinación de la legitimación es susceptible de ser separada de la cuestión de fondo, constituye un requisito de admisibilidad del proceso que habrá de afirmarse y justificarse en el momento de la iniciación del mismo, sin perjuicio de que, en el caso de existir dudas, pueda acordarse su tramitación con la posibilidad de realizar alegaciones y prueba sobre este punto, el cual no por ello pierde su condición de presupuesto de admisibilidad cuya existencia deberá ser apreciada en la sentencia.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

b) Requisitos de la legitimación de las personas jurídicas: la afectación de derechos e intereses legítimos

La STS de 8 de junio de 1999, Ar. 5851, ha recordado, a efectos de su legitimación, que las entidades que ostentan la representación y defensa de intereses generales o corporativos de las personas físicas que la integran precisan, además del acuerdo corporativo, que los actos y disposiciones impugnados afecten sustancial y directamente a estas últimas en sus derechos e intereses legítimos, dándose una relación directa entre aquéllos y los actos o disposiciones referidos.

C) Procedimiento

a) Derecho a un proceso sin dilaciones: un retraso de más de dos años está dentro del estándar normal de la Administración de Justicia

La jurisprudencia constitucional, desde sus primeros pronunciamientos, ha tomado en consideración, como elementos para valorar la existencia de una infracción del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, la existencia de causas objetivas que comporten un retraso estructural. También la complejidad del proceso y la conducta de la parte que pueda haber ocasionado el retraso de que luego se lamenta. El TS, por su parte, tiene declarado que la valoración de la existencia o no de un retraso constitutivo de anormalidad en el funcionamiento de la Administración de Justicia debe partir de una apreciación razonable de los niveles de exigencia que, desde el punto de vista de la eficacia, aquélla debe cumplir según las necesidades de la sociedad actual, por lo que, el simple incumplimiento de los plazos procesales constituye una irregularidad procesal que no comporta, por sí misma, una anormalidad funcional que genere responsabilidad. Sí constituye anormalidad, en cambio, una tardanza, tomando en cuenta la duración del proceso en sus distintas fases, que sea reconocida por la conciencia jurídica y social como impropia de un Estado que propugna como uno de sus valores superiores la justicia y reconoce el derecho a una tutela judicial eficaz.

Partiendo de estas premisas, la STS de 28 de junio de 1999, Ar. 6331, considera que una tardanza de algo más de dos años en la tramitación de un recurso contencioso-administrativo en única instancia ante la Audiencia Nacional, teniendo en cuenta la razonable duración del proceso, el elevado número de asuntos que atiende este órgano, y sin que conste que el asunto revistiese especial urgencia, ni que el interesado dirigiera solicitud o requerimiento alguno para poner de manifiesto el retraso, debe considerarse como no alejado de los estándares normales en la Administración de Justicia en el momento actual.

b) El art. 144 de la LPA de 1958 es analógicamente aplicable a la reclamación administrativa que precede al recurso contencioso-administrativo: basta dicha reclamación previa respecto a los posteriores actos periódicos

El art. 144 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, contenido en la Sección dedicada a las reclamaciones previas a la vía judicial civil, estableció que

en las reclamaciones cuyo objeto sea el cumplimiento de contratos u obligaciones que determinen vencimientos periódicos, los interesados sólo estarían obligados a promover una reclamación administrativa previa y que sería suficiente la justificación de haberlo efectuado si hubiesen de plantear posteriores demandas.

Aunque este precepto es aplicable estrictamente a las reclamaciones previas a la interposición de una demanda civil, la STS de 28 de mayo de 1999, Ar. 5623, entiende que tiene también vigencia para los casos de reclamaciones administrativas que precedan a la interposición de un recurso contencioso-administrativo, ya que no existe norma equivalente en este segundo supuesto y entre los dos casos se produce la identidad de razón que requiere el art. 4.1 del Código Civil para la aplicación análogica de las normas, consintiendo dicha razón en la necesidad de evitar sucesivas reclamaciones, bien para reclamar cantidades de vencimiento periódico, bien para formular nuevos recursos contencioso-administrativos o demandas civiles contra la Administración.

c) Plazo de interposición: la desestimación presunta del recurso de reposición es equivalente a una notificación defectuosa, por lo que se amplía el plazo del recurso contencioso-administrativo en seis meses

El TS no ha mantenido un criterio sostenido y uniforme respecto de la cuestión del plazo computable, en el supuesto del silencio administrativo, desde la presentación del recurso de reposición hasta la válida interposición del recurso contencioso. En no escasos supuestos, se ha venido exigiendo, sin objeción ni matización alguna, la presentación del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo en el estricto plazo de un año literalmente previsto en el art. 58 LJCA de 1956, en los casos de desestimación presunta del recurso de reposición. En otros supuestos, se ha incrementado dicho plazo en tres meses, cuando se trataba de la denegación presunta del recurso de alzada. También se ha sostenido la rehabilitación del plazo de impugnación hasta que la Administración cumpla su obligación de resolver expresamente el recurso ante ella deducido.

La STS de 28 de septiembre de 1999, Ar. 6973, asume, al respecto, la interpretación mantenida por las SSTS de 16 de octubre de 1987, 28 de noviembre de 1989 y 14 de octubre de 1992, Ar. 7317, 8359 y 8260, al considerar, basándose en la doctrina del TC, que en los casos de silencio negativo el interesado conoce el texto del acto administrativo denegado por silencio, pero no los demás extremos que deben constar en toda notificación, por lo que debe entenderse como defectuosamente notificado tal acto o resolución de acuerdo con el art. 79 de la LPA de 1958, que sólo surtirá efecto a partir de la fecha en que se haga manifestación expresa en tal sentido por el interesado o se interponga el recurso pertinente, o por el transcurso de seis meses, concluyendo, por tanto, que puede calificarse de razonable la interpretación que computa el plazo para recurrir contra la desestimación presunta como si se hubiese producido una notificación defectuosa.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

d) La falta de certificación de un acto presunto es un defecto subsanable

La omisión de la solicitud de certificación de acto presunto que estableciera con carácter inexcusable el art. 44 LRJ-PAC es un vicio puramente formal que no puede llevar aparejada la inadmisión del recurso contencioso-administrativo ya que, como ha recordado el ATS de 17 de mayo de 1999, Ar. 6052, la apreciación de los defectos procesales debe conectarse con la finalidad del requisito incumplido, de modo que no se produzca el efecto radical del cierre del proceso por el hecho de haber tenido lugar un defecto, como el observado, fácilmente subsanable.

e) El cambio de Ponente sólo es relevante si tiene una concreta incidencia material

La indefensión producida por la sustitución del Magistrado Ponente sin haberlo notificado a las partes sólo reviste trascendencia, según la STS de 26 de junio de 1999, Ar. 7295, cuando se alegue algún hecho demostrativo de la falta de imparcialidad de aquél, en otras palabras, cuando suponga o represente una incidencia material concreta que se pueda proyectar en el derecho a un proceso con todas las garantías.

f) Acumulación: procede aunque la causa de pedir sea diferente

La STS de 29 de mayo de 1999, Ar. 7277, ha considerado que es procedente la acumulación, en un sólo proceso, de aquellos en los que se impugna un mismo objeto –en este caso un acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación–, siempre que, aun siendo la *causa petendi* en uno y en otro diferente, las sentencias que se pronuncien en ellos no hayan de ser incompatibles –supuesto que, en este caso, sólo se produciría si en una se declarase que procede elevar el justiprecio y en otra se redujese el mismo–.

g) Emplazamiento de las partes

a) El realizado por edictos tiene un carácter excepcional

Las SSTC 72/1999, de 26 de abril y 126/1999, de 28 de junio, han recordado que la citación por edictos presenta un carácter supletorio y excepcional, por lo que sólo cabrá acudir a ella cuando se agoten las restantes modalidades que aseguren más eficazmente el emplazamiento personal y directo. Es decir, sin negar su validez constitucional, se debe ser particularmente riguroso con los requisitos para su aplicación. Por este motivo se viene sosteniendo la necesidad de emplazamiento personal de todos los interesados siempre que ello sea factible, como sucede cuando sean conocidos e identificables a partir de los datos que se deduzcan del escrito de interposición o incluso del expediente.

b) El art. 44.1.a) LOTC no exige la audiencia al rebelde en todo caso

La personación en ejecución de sentencia ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional como una facultad del no emplazado en la substanciación del proceso, por lo que, en abstracto, puede resultar una vía idónea para la reparación de defectos procesales causantes de

indefensión. De igual manera, la audiencia al rebelde constituye, también en principio, un cauce adecuado para obtener la reparación, en sede judicial, de las situaciones de indefensión contrarias al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, como ha señalado la **STC 152/1999, de 14 de septiembre**, ello no implica que, por exigencias del art. 44.1.a) LOTC, antes de acudir a la vía del amparo constitucional sea preciso, en todo caso, utilizar esta vía excepcional de rescisión de cosa juzgada, pues no lo será cuando ello no sea viable con arreglo a las normas procesales concretamente aplicables.

h) Prueba

a) No usar las diligencias para mejor proveer no infringe el art. 24 CE

La **STS de 8 de julio de 1999, Ar. 6715**, ha reiterado la jurisprudencia que considera que la falta de uso de la facultad otorgada al Tribunal por el art. 75 LJCA de 1956, no supone lesión alguna del derecho a la prueba ni, por tanto, infracción del art. 24 de la Constitución.

i) Escrito de conclusiones: no se puede denunciar que el expediente está incompleto

A la vista de lo dispuesto en el art. 70 LJCA de 1956, la **STS de 19 de julio de 1999, Ar. 6718**, ha señalado que no es procesalmente admisible la utilización del escrito de conclusiones para denunciar la falta de complitud del expediente administrativo.

j) Suspensión del acto administrativo o disposición recurrida

a) Alcance del art. 119 de la Ley de Costas: es suficiente que la actividad sea potencialmente apta para producir lesión

El art. 119 de la Ley de Costas prevé un mecanismo procesal de protección del dominio público al disponer que “se declaran contrarios al interés general los actos y acuerdos que infrinjan la presente Ley o las normas aprobadas conforme a la misma, y podrán ser impugnados directamente por la Administración del Estado, autonómica o local, ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo con petición expresa de suspensión. El Tribunal se pronunciará sobre dicha suspensión en el primer trámite siguiente a la petición de la misma”. En relación con esa suspensión, la **STS de 5 de julio de 1999, Ar. 5884**, ha interpretado que el referido precepto de la Ley de Costas trata de preservar no sólo las infracciones groseras, ostensibles y manifiestas, sino cualquier actividad que sea potencialmente apta para producir una lesión del dominio marítimo-terrestre.

b) Actos tributarios: la caución no es un título para obtener la suspensión, sino su consecuencia indeclinable

Es línea jurisprudencia consolidada la que sostiene la procedencia de la suspensión del acto administrativo de gestión o de recaudación tributaria recurrido siempre que,

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

habiendo sido suspendido en vía administrativa, se solicite en la jurisdiccional y se garantice el pago de la deuda tributaria con la amplitud señalada en el art. 58 LGT. No obstante, las SSTs de 10 de abril y 5 de julio de 1999, Ar. 2973 y 6374, han aclarado el sentido de esta solución, al señalar que la suspensión en vía jurisdiccional no se confunde con la que pueda obtenerse en vía administrativa, pues no existe un derecho indiscriminado a obtener la suspensión simplemente por la prestación u ofrecimiento de caución, sino sólo por el reconocimiento de que la ejecución inmediata puede causar daños o perjuicios de difícil reparación. La caución, por tanto, no es el título para obtener la suspensión, sino su consecuencia indeclinable.

D) Recurso contencioso-electoral

a) Objeto: los partidos políticos no pueden impugnar las irregularidades en el censo

La Ley Orgánica del Régimen Electoral General contiene una laguna legal al no establecer los cauces legales idóneos para que los actores políticos puedan impugnar con eficacia durante el período electoral las posibles irregularidades en el censo, que pueden ser determinantes de los resultados electorales, ya que el proceso contencioso-electoral sólo cabe por los motivos impugnatorios que tengan que ver con la regularidad del procedimiento electoral y con las competencias atribuidas a las Juntas Electorales para controlarlo, pero no con los vicios en el censo de electores. El único medio de reacción contra estas irregularidades será, en opinión de las SSTC 148/1999 y 149/1999, ambas de 4 de agosto, la acción penal por delito, aunque por ella no pueda producirse la rectificación eficaz de las irregularidades producidas.

2. RECURSO DE CASACIÓN ORDINARIO

A) Objeto

a) Son recurribles los autos de ejecución provisional de la sentencia

La STS de 25 de mayo de 1999, Ar. 5621, reconoce que el recurso de casación es procedente contra los autos que acuerden simplemente ejecutar de forma provisional la sentencia, ya que el art. 94.1.c) de la LJCA de 1956 abre la vía de este recurso no sólo cuando el Tribunal se extralimita, excede o contradice la sentencia, sino cuando ordena ejecutarla a pesar de que carece de fuerza ejecutiva por no haber integrado los requisitos del art. 1722 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no cabiendo mayor extralimitación en una sentencia que disponer su ejecución cuando no es posible sin el cumplimiento de los presupuestos señalados.

b) No cabe, en principio, contra autos resolutorios de súplica

El art. 94.1.b) LJCA de 1956, que considera susceptibles de recurso de casación “los autos que pongan término a la pieza separada de suspensión”, debe ser interpretado, como

recuerda la STS de 17 de septiembre de 1999, Ar. 6722, en el sentido de conferir esa condición de concluir la pieza a los que acuerdan dicha suspensión o la deniegan, y no a los que resuelven el recurso de súplica contra aquellos cuyo trámite se configura como requisito de procedibilidad para el acceso a la casación, que sólo cabe contra los primeros.

Sin embargo, la STS de 2 de octubre de 1999, Ar. 7123, ha matizado que cabe la casación contra el auto resolutorio de la súplica cuando es revocatorio del anterior o, al menos, introduce alguna variación.

B) Preparación

a) Contenido: debe señalarse la legitimación y la temporaneidad

Si bien en el escrito de preparación del recurso de casación no es necesario, con carácter general, aludir al motivo o motivos que van a servir de base al recurso, que sólo han de expresarse en el escrito de interposición, sí debe exponerse, tal y como reconocen las SSTs de 27 de septiembre, y de 1 y 4 de octubre de 1999, Ar. 6971, 6977 y 6980, en aplicación del art. 96 LJCA de 1956, la concurrencia de los requisitos de legitimación del recurrente y la temporaneidad de la preparación.

b) Un defecto en el poder no determina la inadmisibilidad si pudo ser subsanado de haberse dado la oportunidad para ello

La STS de 5 de julio de 1999, Ar. 7651, realiza una interpretación del art. 129.1 LJCA de 1956 conforme al principio de tutela judicial efectiva al desestimar el motivo de oposición consistente en la falta de poder bastante y suficiente de Procurador, pues este vicio o defecto podría haber sido subsanado por la parte recurrente en el supuesto de que se le hubiera concedido plazo y, como ello no se produjo, de admitirse este defecto procesal, se le causaría indefensión.

Por otra parte, el ATS de 17 de septiembre de 1999, Ar. 7505, viene a matizar el alcance del art. 129.1 LJCA de 1956, al señalar que éste no es indiscriminado y que sólo permite sanar defectos formales, pero no vicios sustanciales que afecten al contenido mismo del escrito de preparación del recurso de casación.

C) Inadmisibilidad

a) Cuantía

a) Viene determinada, no por el valor catastral del inmueble, sino por la cuota del IBI impugnada

En los casos en que el acto administrativo impugnado sea la valoración catastral de un inmueble y, como consecuencia, la posterior liquidación en concepto de Impuesto sobre

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

Bienes Inmuebles, el ATS de 13 de abril de 1999, Ar. 4448, y la STS de 16 de abril de 1999, Ar. 7128, han señalado que el valor de la pretensión no se ha de fijar en la suma correspondiente a la valoración del Centro de Gestión Catastral, que no es más que la base imponible del impuesto, sino en la cuota resultante fijada en las liquidaciones posteriores también impugnadas.

b) Personal

a') La falta de permanencia en la relación de servicios determina la inadmisibilidad del recurso de casación

La STS de 21 de mayo de 1999, Ar. 5590, ha señalado que la extinción de la relación con la Administración Militar de militares de empleo, por conclusión del compromiso, no está contemplada en la excepción prevista en el art. 93.2.a) de la LJCA de 1956, inequívocamente referida a los funcionarios de carrera y no a los de empleo, eventuales o interinos, al faltarles la nota de permanencia. De esta forma, en el pase a la situación de reserva de un Cabo 1º, por cumplimiento de los compromisos, si bien se rompe la relación de aquél con la Administración Militar según la legislación específica, el determinante elemento de la falta de permanencia en quien tenía la condición de militar de empleo determina la inviabilidad del recurso de casación.

b') La prestación de servicio derivada de un contrato administrativo es cuestión de personal

La STS de 21 de junio de 1999, Ar. 5503, inadmite el recurso de casación interpuesto contra diversas resoluciones relativas al régimen jurídico de una relación de empleo establecida, en virtud de un contrato administrativo, entre una Corporación municipal y una persona para prestar servicios personales (en concreto, defensa forense en vía contencioso-administrativa y asesoramiento municipal), ya que considera que se trata de un asunto o cuestión de personal.

c') El inicio del procedimiento de evaluación de incapacidad para el trabajo de un funcionario no se refiere a la extinción de la relación de servicio

El ATS de 4 de junio de 1999, Ar. 6245, ha inadmitido el recurso de casación cuya materia controvertida es el inicio del procedimiento de evaluación de incapacidad para el trabajo de un funcionario, al considerar que se trata de una cuestión de personal que no afecta a la extinción de la relación de servicio.

d') La relación de protección del Régimen Especial de la Seguridad Social de los funcionarios de la Administración Local no es cuestión de personal

El ATS de 6 de julio de 1999, Ar. 6792, ha admitido un recurso de casación referente al reconocimiento de una prestación del régimen de previsión establecido para los empleados de la Administración Local, al considerar que se trata de una relación de protección

completamente diferente de la relación de servicios de la que surgen las cuestiones que dan lugar a los procedimientos especiales en materia de personal.

c) Falta de fundamento

a') La falta de cita de los motivos casacionales es un defecto superable si la parte recurrida no lo objeta

A pesar de que ni en el escrito de preparación, ni en el de interposición, se citan los motivos a cuyo amparo se formula el recurso de casación, la STS de 14 de junio de 1999, Ar. 6232, lo ha admitido, además de por entender que es el número 4 del art. 95 LJCA de 1956 el que le da cobertura, en atención al hecho de que los recurridos no han objetado este defecto formal.

b') Cuestión nueva

a'') No se pueden invocar nuevas pretensiones ni modular las existentes, pero sí argumentar sobre las ya invocadas

El art. 69.1 de la LJCA de 1956 dispone que “en los escritos de demanda y contestación se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, aunque no se hubieran expuesto en el previo recurso de reposición o con anterioridad a éste”. En interpretación de este precepto la jurisprudencia ha venido señalando, y la STS de 21 de mayo de 1999, Ar. 5591, se encarga de recordarlo, que lo que está vedado normativamente es la posibilidad de introducir en vía jurisdiccional nuevos hechos o cambios sustanciales de los ya expuestos, capaces de individualizar histórica y jurídicamente nuevas pretensiones o de modular las previamente esgrimidas, ya que únicamente cabe aducir nuevos motivos o meras alegaciones, en su sentido propio de simples argumentaciones, respecto de las peticiones deducidas en el recurso de reposición.

b'') Es inadmisibles el recurso de casación en el que se denuncia la infracción de un precepto no aplicado por la sentencia cuando su contenido es idéntico a otro sí aplicado por ella

Es evidente que en casación no existe la posibilidad de examinar infracciones del ordenamiento jurídico distintas de las específicamente planteadas por la parte. Por este motivo, la STS de 23 de julio de 1999, Ar. 5890, desestima el motivo en el que se denuncia la infracción de un precepto no aplicado por la resolución administrativa impugnada ni por la sentencia recurrida, ya que éstas aplicaron normas con idéntico contenido que, sin embargo, no fueron invocadas como infringidas.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

D) Motivos

a) **Art. 95.1.3 LJCA de 1956: no produce indefensión la demora en la notificación del auto resolutorio de la súplica contra la providencia que declara conclusas las actuaciones**

La notificación del auto resolutorio del recurso de súplica interpuesto contra la providencia que declara conclusos los autos, en fecha posterior a la de la sentencia es, ciertamente, como ha señalado la STS de 28 de septiembre de 1999, Ar. 6974, una irregularidad formal, pero no puede admitirse que el recurrente haya sufrido por ello indefensión alguna desde el momento en que contra el citado auto no cabía recurso alguno.

b) **No se puede fundar en la pretendida infracción que comete una Sentencia del Tribunal Constitucional invocada por la sentencia recurrida**

La STS de 4 de octubre de 1999, Ar. 7124, ha considerado jurídicamente inviable, tanto procesal como materialmente, postular en casación la anulación de la sentencia recurrida, expresamente fundada en la doctrina sentada sobre la materia por el Tribunal Constitucional, basándose en las supuestas infracciones constitucionales en que se afirma haber incurrido dicho Tribunal.

c) **Responsabilidad patrimonial: la relación de causalidad es revisable en casación**

La STS de 24 de mayo de 1999, Ar. 7256, recuerda la doctrina sentada en anteriores pronunciamientos de que, si bien la apreciación de la relación de causalidad 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 en la forma permitida en casación por haberse infringido normas, jurisprudencia o principios generales del derecho al valorarse las pruebas o por haber procedido dicha Sala, al hacer la indicada valoración, de forma ilógica, irracional o arbitraria.

E) **Costas: son debidas las producidas por el escrito del Abogado del Estado personándose como parte recurrida**

La cuestión de si es debida o indebida la minutación por parte del Abogado del Estado del escrito de personación como parte recurrida es materia cuya reiterada resolución recuerdan ahora las SSTS de 7 y 9 de julio de 1999, Ar. 6558 y 6561, al considerar que el criterio de la Sala primera del TS, consistente en que, al exceptuar el art. 10.4 LECiv la firma del Abogado en el escrito de personación, ello implica que los honorarios del Letrado, si lo hubiese firmado, no pueden considerarse como costas procesales obligatorias, no resulta aplicable al supuesto de intervención de los Abogados del Estado, ya que éstos tienen encomendada la representación y defensa del Estado y de sus Organismos Autónomos, de manera que el escrito de personación en los recursos de casación en los

que es parte el Estado debe ser firmado por aquéllos y declararse debida la minutación en tal concepto. Por la misma razón, las SSTs de 7 y 12 de julio de 1999, Ar. 6559 y 6564, han declarado indebidas las costas derivadas de la suscripción, por parte del Letrado del particular, del escrito de personación ante la Sala.

3. RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LEY

A) Motivos

a) No basta la mera posibilidad de reiteración de efectos, sino que es necesaria una fundada probabilidad

Como ha señalado la STS de 10 de junio de 1999, Ar. 5781, el recurso de casación en interés de ley constituye un remedio extraordinario y último de las Administraciones Públicas para evitar que sentencias que se estiman erróneas y dañosas para el interés general, más allá del caso concreto resuelto definitivamente con fuerza de cosa juzgada, perpetúen o multipliquen sus negativos efectos en el futuro, dada la fundada probabilidad de reiteración o repetición de su desviada doctrina.

B) Requisitos

a) Se debe fijar la doctrina legal que debe sustituir a la errónea

En el escrito de interposición del recurso de casación en interés de ley deben concurrir dos requisitos perfectamente delimitados en la STS de 14 de junio de 1999, Ar. 5854. En primer lugar, una precisa, explícita y concreta fijación de la doctrina legal que se pretende señalar para el futuro y, en segundo lugar, una suficiente explicación de las razones por las que la sentencia recurrida es efectivamente dañosa para el interés general.

C) Legitimación

a) No la tienen los Sindicatos ni las Organizaciones Empresariales

El art. 102.b) de la LJCA de 1956 reserva la legitimación para interponer el recurso de casación en interés de ley, además de al Abogado del Estado, a los entes públicos que encarnan el interés general, en concreto, a las entidades o corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo y tuvieren interés legítimo en el asunto, sin poder extenderse a los sujetos privados, individuales o colectivos, cualquiera que fuese la forma asociativa que adopten, por lo que, como ha reconocido la STS de 15 de junio de 1999, Ar. 5856, carecen de ella los Sindicatos y las Organizaciones Empresariales que sólo contribuyen a la defensa y promoción de los intereses sociales y económicos de naturaleza privada que les son propios.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

4. CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN Y DE COMPETENCIA

A) Competencia de la Administración Pública

a) Responsabilidad patrimonial derivada de un accidente por mal estado de una carretera

La Sentencia de 22 de marzo de 1999, Ar. 5870, Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, ha considerado que, en los casos en los que los daños producidos tienen su causa en el funcionamiento de los servicios públicos, al existir en la vía pública de titularidad municipal un socavón profundo sin señalizar, no estamos ante un supuesto de la acción de resarcimiento de carácter civil vinculada a una culpa o negligencia del conductor del vehículo, sino que la competencia corresponde a la Administración Local.

b) El conflicto entre la Hacienda Pública y la Jurisdicción Civil se resuelve según la prioridad en el tiempo

La insolvencia de una empresa puede convertirse en una situación jurídica bien definida si se declara judicialmente en quiebra, que es un procedimiento de ejecución colectiva que tiende a satisfacer a todos los acreedores en igual medida, con todo el patrimonio del deudor. En el caso de que concurra este procedimiento concursal con el procedimiento administrativo de apremio, el art. 95 del Reglamento General de Recaudación dispone que la preferencia para la continuación en la tramitación del procedimiento vendrá determinada por la prioridad en el tiempo de los mismos (fecha de la providencia de embargo y fecha de la declaración de la quiebra). Si no existe la certeza de que los créditos tributarios han sido devengados con posterioridad a la fecha de declaración de quiebra, y dado que la carga de la prueba corresponde a la Administración, la **Sentencia de 18 de junio de 1999 (Ar. 5872), Tribunal de Conflictos de Jurisdicción**, considera que la competencia corresponde al Juez de la quiebra.

B) Competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

a) Es competencia de la Jurisdicción Civil el conocimiento de la autorización de entrada para ejecutar un acto administrativo si el procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de la Ley 29/1998 y de la Ley de reforma de la LOPJ

Si bien el art. 87.2 LOPJ atribuyó a los Juzgados de Instrucción la competencia para autorizar la entrada en domicilios y demás lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular, en orden a la ejecución forzosa de actos administrativos, la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa encomienda esa competencia a los Juzgados de este Orden Jurisdiccional, por lo que la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la LOPJ, realizó las modificaciones oportunas. Al haber entrado en vigor ambas leyes al mismo tiempo, la irretroactividad general de la Ley consagrada en el art. 2.3 del Código Civil, exige, en principio, y como ha señalado el ATS de 23 de junio de 1999, Ar. 5978, Sala Especial de Conflictos, que

la competencia asumida por un órgano respecto a un concreto proceso, en virtud de normas vigentes al tiempo de formularse la pretensión, no se pierda por la posterior modificación de la norma competencial —aplicable a los nuevos procesos que se inicien después— y que se mantenga la *perpetuatio jurisdictionis*. Por este motivo, aunque la norma transitoria primera de la LJCA de 1998 no contemple expresamente el problema de los procedimientos que, siendo antes competencia de los Juzgados de Instrucción, han pasado a los nuevos Juzgados de lo Contencioso, la solución de derecho intemporal ha de ser, para estos casos, la misma que en ella se contempla, esto es, que los procedimientos continúen tramitándose ante los órganos que de ellos venían conociendo hasta su conclusión, sea por aplicación analógica, sea por aplicación directa del referido principio general que la inspira.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

ELISEO AJA

El estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales

[Alianza Editoriales-Ciencias Sociales, Madrid, 1999, 293 páginas]

ALFREDO ALLUÉ BUIZA

En un reciente artículo de prensa, el Profesor SOLÉ TURA se lamentaba, en su condición de parlamentario, de que los operadores políticos no admitieran los elementos federales que impregnan nuestro Estado de las Autonomías, referenciando la obra del Profesor AJA, que ahora comentamos, que llega, oportuna, en un momento marcado por una ofensiva deslegitimadora del Estado autonómico por parte del nacionalismo gobernante (Declaración de Barcelona, soberanismo, rechazo del Estatuto de Guernica, etc.) Igualmente oportuno es, desde el constitucionalismo, un análisis que pretenda ir creando parámetros que elaboren una teoría constitucional consolidada acerca de nuestro modelo, que sea a un tiempo “descriptiva y prescriptiva” a fin de poder conocer las grandes orientaciones a seguir.

En el primer capítulo, el Profesor AJA procede a distinguir, con gran pedagogía, entre los Estados unitarios y federales y otras formas “aparentemente distintas” de descentralización política. Desde el rechazo al nominalismo, en el caso del federalismo occidental, se hacen una serie de puntualizaciones que son criterios constitucionales mínimos para entender la idea federal: reconocimiento constitucional, el sistema competencial concurrente y la resolución jurisdiccional de conflictos, entre otros.

Para el autor, el Estado autonómico español comparte ya, los rasgos esenciales del federalismo (Capítulo III), pues goza de los criterios referidos. En lo que respecta a la resolución jurisdiccional de conflictos, la labor

modeladora del Tribunal Constitucional tiene los límites inherentes a su función y, aunque relevante, no ha sido tan decisiva a la hora de determinar una teoría constitucional general que nos defina el modelo de descentralización. Es necesaria la búsqueda de criterios políticos basados en la participación, para definir, por ejemplo, qué es lo básico, en un marco institucional nuevo con un Senado inspirado en el federalismo alemán (entre otras cosas, el criterio político tiene su justificación pues “no hay teoría constitucional si sus líneas maestras no son asumidas por las fuerzas políticas y sociales y las instituciones”).

En el Capítulo IV se aborda la característica que más nos aleja de la idea federal como es el reconocimiento de hechos diferenciales. El autor hace una catalogación exhaustiva de los mismos, analizando con complitud, uno por uno, los que están reconocidos constitucional y estatutariamente, que dotan de peculiaridades diferenciadas a determinadas CCAA.

Finalmente, los dos últimos capítulos están referidos, respectivamente, a la articulación y consolidación del Estado autonómico. El estudio lleva a concluir que es necesaria la introducción de la dinámica de las relaciones intergubernamentales, el sistema de convenios, las conferencias sectoriales así como la necesidad de reformar constitucionalmente el Senado, pues la reforma reglamentaria se ha mostrado a todas luces insuficiente. La participación, tan precaria en España, como fórmula consolidada en el federalismo, ha de sustituir al bilateralismo, enquistado en nuestro modelo, que, sin duda, margina a la mayoría de las CCAA.

Para defender la apuesta de definir a nuestro sistema de descentralización como un sistema federal con hechos diferenciales, el profesor AJA reflexiona sobre las posiciones alternativas a esta idea, refutando las propuestas de la fragmentación (reinterpretación de la Disposición Adicional primera) u otras más “exóticas” como el Pacto con la Corona. En el análisis del derecho a la autodeterminación, el autor pone como límite el orden que asegura la Constitución para mantener una posición crítica, que aplaudimos. Finalmente, decir que es, a los efectos formales, una obra que socava la idea de que el derecho ha de ser

notas bibliográficas

una disciplina árida, pues se lee de “un tirón”; y rigurosa, siendo un arma de gran utilidad para pasar del análisis doctrinal “a corto y medio plazo” a una teoría general del sistema autonómico de la que todavía estamos huérfanos.

J.I. NAVARRO MÉNDEZ

Partidos políticos y democracia interna

[Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, 555 páginas]

Pocos temas poseen más importancia para la construcción de la relación de representación y la configuración democrática de la voluntad del Estado (ese Estado constitucional que hoy llamamos Estado de partidos) que la satisfacción de las exigencias constitucionales de democracia interna de los partidos políticos (art. 6 CE). Unas muy específicas modalidades del derecho de asociación (art. 22 CE) que cumplen decisivas y crecientes finalidades públicas, pues no sólo canalizan y forman la opinión pública sino que condicionan sensiblemente las potestades de dirección política de los órganos constitucionales.

El autor analiza el mismo concepto de “democracia interna” de esas entidades con profundidad y distanciamiento teóricos, para luego analizar con detalle, primero, el régimen jurídico previsto en el ordenamiento español y, luego, lo que llama el “marco real”. Es decir, un concienzudo, bien documentado y reflexivo estudio de cómo han entendido los propios partidos en la realidad esas exigencias constitucionales en muy sustantivos aspectos cuales son: sus organigramas internos y órganos de gobierno, sus conexiones con la sociedad, la equiparación entre sexos, la financiación, el tratamiento de las corrientes o fracciones, el status de derechos de los afiliados, los mecanismos internos de selección de los candidatos —las llamadas “primarias”— y de los dirigentes, etc.

Una obra, en suma, de gran interés que se ocupa con rigor de cuestiones de candente actualidad para el Derecho Público y la vida del Estado.

FILIP TUYTSCHAEVER

Differentiation in European Union Law

[Hart publishing, Oxford, 1999, 297 páginas]

Este libro tiene su origen en la Tesis Doctoral defendida por el autor en el Law Department of the European University Institute (“EUI”) de Florencia, en Italia. El estudio analiza el papel que desempeña la integración diferenciada en el proceso de integración europea y los cambios que este papel está sufriendo.

Dentro del término “diferenciación”, según el autor, se pueden constatar dos significados. Así, se puede definir en sentido amplio como los casos donde los Estados miembros no están sujetos a un régimen legal uniforme, incluso aunque éstos conciernan a asuntos que caen dentro del ámbito de aplicación del TCE. En sentido estricto, la diferenciación hace referencia a los casos donde el derecho comunitario primario o secundario distingue entre sus destinatarios, esto es, donde algunos Estados miembros son excluidos de la aplicación de derecho primario o secundario o donde los derechos y obligaciones impuestos por el derecho primario o secundario sobre algunos Estados miembros son diferentes de aquellas impuestas sobre otros. A este respecto, es preciso indicar que el estudio aborda ambas sentidos del concepto “diferenciación” —desde la perspectiva del derecho comunitario— si bien, ya que fue el sentido estricto el que fue central en la conferencia intergubernamental de 1996, se enfatiza en este último.

A continuación, se ofrece una perspectiva histórica de la integración diferenciada. Mediante la misma, se pone de manifiesto cómo el hecho de la integración diferenciada, en cualquiera de sus dos sentidos, no es un fenómeno reciente. Para este fin, se traen

JAVIER GARCÍA ROCA

ISABEL GALLIGO CÓRCOLES

a colación los más directos ejemplos de integración diferenciada desde el Tratado de Roma al TUE, pasando por el Acta Única Europea.

Posteriormente, se analizan los desarrollos recientes, en especial la discusión sobre la integración diferenciada antes y durante la Conferencia Intergubernamental de 1996 y el resultado de la misma, el Tratado de Amsterdam. Con relación al mismo, se presta especial atención a las disposiciones que posibilitan autorizar cooperación más estrecha entre un número limitado de Estados miembros en el TCE y en el título VI del TUE, a las varias exenciones del nuevo título III.A del TCE sobre “visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”, al constructivo mecanismo de abstención en el título V del TUE y a la integración del acervo de Shengen dentro del marco de la Unión Europea.

Si esto concierne al derecho primario, el autor no descuida el análisis de la integración diferenciada en el derecho derivado, lo que se hace por medio de la discusión de los grandes principios de diferenciación permisible en el derecho comunitario secundario que pueden encontrarse en la jurisprudencia del TJCE sobre el principio de no discriminación.

Tras este análisis del material básico sobre la integración diferenciada, se realiza una categorización global de las posibles formas de integración diferenciada en el Derecho comunitario. Para este fin, en primer lugar, se identifican y discuten los parámetros que se consideran relevantes a tal categorización. Consecuentemente, se reorganiza este material básico en las categorías propuestas, lo que permite visualizar de un modo más completo las técnicas legales de integración diferenciada.

Posteriormente se discuten el origen, significado y la presencia en el Derecho comunitario de las tres técnicas de integración que han tenido mayor protagonismo en el debate doctrinal y político sobre la integración diferenciada: integración a varias velocidades, integración a la carta y la geometría variable. En este capítulo se presta especial atención a dos materias: la integración dife-

renciada y las relaciones externas de la Comunidad Europea y la política de la Unión Europea en el campo de la investigación y el desarrollo tecnológico.

El libro termina ofreciendo una panorámica de la integración diferenciada, con el fin de situar el contenido de los otros capítulos en una perspectiva más amplia y descubrir algunos de los principios generales que existen en el debate de la diferenciación. De este modo, se ofrecen las causas, los objetivos y las consecuencias de la integración diferenciada.

BARRY J. RODGER and ANGUS MACCULLOCH

Competition law and policy in the European Community and United Kingdom

[Cavendish publishing Limited, London, 1999, 315 págs.]

Este libro conjunto proporciona una guía útil de las principales disposiciones del Derecho de la competencia comunitario y del Reino Unido, y de las políticas generales que hay tras ellas.

Como ya se ha anticipado, el libro analiza los desarrollos del Derecho de la competencia tanto comunitario como del Reino Unido. El mayor énfasis se presta al primero debido a su importancia en la creciente jurisprudencia. Sin embargo, ningún texto de Derecho de la competencia en el contexto del Reino Unido estaría completo sin el estudio de la política de competencia de Reino Unido y sus provisiones legales, lo que es especialmente importante después de la reciente aprobación de la *Competition Act 1998*.

El libro comienza con una introducción a la política y práctica de la competencia. De este modo, se analizan los conceptos más básicos del Derecho de la competencia –monopolio, cárter, fusión, competencia desleal, y ayudas

estatales—. Por otro lado, se estudian los objetivos políticos que se pretenden mediante el Derecho de la competencia, la política norteamericana *anti-trust*, el desarrollo del Derecho comunitario y británico del Derecho de la competencia. Asimismo, se comparan los objetivos del Derecho de la competencia bajo las políticas comunitaria y británica. Por último, se exponen las dificultades que el Derecho de la competencia tiene al tratar con los complejos problemas económicos del oligopolio y con la consideración de la competencia desleal y su conexión con el debate político sobre las reglas tradicionales de la competencia.

A continuación, se estudia el grado cumplimiento de esta rama del derecho. El punto de partida es la revisión del marco administrativo para la ejecución en cada sistema. Así, se exponen los organismos encargados del cumplimiento, las principales reglas y procedimientos para la investigación, toma de decisiones, y revisión jurisdiccional. Posteriormente se examina la relación entre el cumplimiento de las reglas comunitario y británico de la competencia, en particular la doctrina de la supremacía del derecho comunitario. No descuidan los autores tratar la posible aplicación extraterritorial de las reglas de la competencia, así como los esfuerzos hacia una cooperación internacional en el cumplimiento del Derecho de la competencia. También se cubren varios desarrollos recientes en el cumplimiento del derecho de la competencia, particularmente en el nivel comunitario.

Posteriormente, se analiza el art. 86 del TCE, que prohíbe el abuso de posición dominante. Paralelamente, se estudia el control de la posición dominante en el Derecho del Reino Unido, esto es, se traen a colación la *Fair Trading Act 1973*, la *Competition Act 1980*, la reforma de las leyes británicas antimonopolio y la *Competition Act 1998*. De modo similar se estudia el control de los acuerdos anticompetitivos en el Derecho comunitario —art. 85 del TC— y del Reino Unido.

Las restricciones verticales son tratadas en el siguiente capítulo, siguiendo la misma perspectiva de su estudio primero en Derecho comunitario y en Derecho británi-

co después. Del mismo modo se analiza el control de fusiones: tras una referencia a los antecedentes históricos al control comunitario se analiza el Reglamento 4064/89; asimismo, se estudian los antecedentes en el Reino Unido y la *Fair Trading Act 1973*.

A continuación, se tratan las ayudas estatales. Tras el análisis del art. 92 del Tratado de Roma se analizan los desarrollos recientes y futuros y las medidas adoptadas por los Estados.

Finalmente, la obra concluye con una panorámica de ciertos tópicos políticos e implicaciones prácticas, mediante la referencia a debates actuales y problemas, y a probables desarrollos próximos.

La intención de los autores es que el libro sea una introducción al Derecho de la competencia. Prueba de ello es la inclusión de un glosario de términos útiles, así como abundantes referencias bibliográficas al final de cada capítulo.

VICENTE ESCUIN PALOP

Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa

[Civitas, 1ª Edición, Madrid, 1999, 814 páginas]

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

En un sector en el que la colisión entre los intereses públicos y los privados es paradigmática, la dilatada y prolija labor de los Tribunales hace imprescindible el manejo de la doctrina jurisprudencial que ha avanzado soluciones y ha introducido importantes precisiones sobre todos y cada uno de los preceptos de una Ley de Expropiación Forzosa que cuenta ya con casi cuarenta y cinco años de vigencia; hasta el punto de poder afirmar que en esta materia, más que en ninguna otra, el texto desnudo de la Ley carece de sentido si no se acompaña de su interpretación jurisprudencial.

Consciente de esta realidad, la obra constituye un riguroso análisis sistemático a la Ley de Expropiación Forzosa que, junto a un exhaustivo comentario doctrinal a cada uno de sus preceptos, incorpora la jurisprudencia más actualizada sobre la materia (destacando, en este sentido, el índice sistemático que aparece al final de la obra), al tiempo que recoge puntualmente las modificaciones normativas más recientes que han reformado algunos de sus aspectos más importantes.

JOSÉ BERMEJO VERA

Expropiación, justiprecio y control judicial

[Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 97, enero-marzo 1998, páginas 85 a 89]

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

En este comentario de jurisprudencia el autor da noticia de la STS de 11 de junio de 1997 (Ar. 4644) que declaró la inconstitucionalidad del art. 126.2 de la Ley de Expropiación Forzosa, según el cual, el expropiado sólo podrá argumentar lesión en su derecho de resarcimiento “cuando la cantidad fijada como justo precio sea inferior o superior en más de una sexta parte al que en tal concepto se haya alegado por el recurrente o en trámite oportuno”. La sentencia comentada fundamenta la inconstitucionalidad de la mencionada limitación de acceso a la tutela judicial argumentando que el único fin al que atiende el art. 126.2 de la LEF es evitar que los Tribunales tengan que resolver conflictos de escasa cuantía, lo que resulta a todas luces incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el art. 24 de la Constitución. Además, esta anacrónica manifestación del *minimus non curat praetor* resulta aún más impropio si se tiene en cuenta que no siempre es coincidente el derecho o interés subjetivo que pueda albergar el expropiado

con la obtención de una determinada cantidad económica, pues aquél puede invocar también al impugnar el justiprecio causas de nulidad del expediente cuya apreciación comporta consecuencias de más hondo calado que las meramente resarcitorias; sin que tampoco quepa olvidar, por otra parte, que asuntos de escasa o insignificante cuantía pueden acarrear consecuencias crematísticas de mayor porte por la acumulación de los intereses de demora.

El profesor BERMEJO se felicita de lo acertado del pronunciamiento, que —no sin cierta tardanza— pone fin a la anterior timidez del Tribunal Supremo, confirmando definitivamente la desaparición de una restricción absolutamente injustificada y que el propio comentarista venía denunciado desde hacía tiempo por su incompatibilidad con los arts. 24 y 33 de la CE (pues, como certeramente señala el autor, el 126.2 de la LEF no sólo es incompatible con el derecho a la tutela judicial sino también con el derecho a indemnización que garantiza el art. 33). Se trata, por tanto, de un importante fallo que ha tenido refrendo en pronunciamientos posteriores del propio Tribunal Supremo, entre los que destaca su Sentencia de 31 de marzo de 1998 (Ar. 2903).

EDUARDO MÍGUEZ BEN

Nueva doctrina sobre los intereses de demora en la expropiación forzosa

[Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 99, julio-septiembre 1998, páginas 413 a 425]

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

En este trabajo se comentan las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1997 (Ar. 1196), de 11 de marzo de 1997 (Ar. 1896) y de 19 de enero de 1998 (Ar. 347), que han sentado una nueva doctrina sobre los intereses de demora en materia expropiatoria o, más precisamente, sobre la naturaleza de deuda líquida y determinada que tienen los intereses devengados por la demora en la determinación y pago del justiprecio.

Apartándose expresamente de su doctrina anterior, el Tribunal Supremo reconoce en estas sentencias que la cantidad debida como intereses por la demora en la fijación y pago del justiprecio es tan líquida como aquéllas cuya cuantía está perfectamente determinada, de forma que de no abonarse dicha cantidad en el momento de satisfacer el justiprecio la indemnización por este perjuicio ha de consistir en el interés legal; sin que para ello resulte óbice lo establecido por el art. 73.2 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa (que establece el devengo de los intereses sobre el justiprecio fijado en sentencia firme, liquidándose con efectos retroactivos desde la fecha legal de iniciación de la mora hasta la determinación del justiprecio en vía administrativa) ni pueda considerarse un caso de anatocismo (acumulación de los intereses devengados al crédito principal para generar nuevos intereses). Antes al contrario, aquí estamos –según el Tribunal Supremo– ante un crédito accesorio del justiprecio que, dado que su montante puede ser determinado mediante una simple operación aritmética, constituye una obligación líquida, por lo que habrá de estarse a lo dispuesto en el art. 1101 del CC, que impone la indemnización de los daños y perjuicios a quienes incurrir en mora en el cumplimiento de sus obligaciones; indemnización que consistirá, como expresa el art. 1108 del CC, en el pago del interés legal. Junto a esta consecuencia principal, las Sentencias comentadas afirman que se incurre en mora en el pago del justiprecio desde que el acreedor exija su abono, de forma que el expropiado siempre podrá exigir que se le liquiden los intereses de demora cuando éstos no le hubiesen sido abonados con el justiprecio o los satisfechos no hubiesen sido correctamente liquidados, siendo el plazo para ello el de prescripción de las deudas de la Hacienda pública (los cuatro años que establece la Ley de 26 de febrero de 1998 de Garantías de los contribuyentes), y no el plazo de un año que rige en materia de responsabilidad patrimonial.

Se trata en definitiva, como señala el autor, de una importante y novedosa doctrina con la que el Tribunal Supremo ha querido compensar algunas de

las deficiencias del sistema legal de responsabilidad por demora y de los trastornos que en muchas ocasiones produce la insuficiencia compensatoria de los intereses en materia expropiatoria.

J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ

A. CALONGE VELÁZQUEZ

La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos

[Marcial Pons, Madrid, 1999, 537 páginas]

EMILIO GUCHOT REINA

La obra recoge las ponencias y comunicaciones del III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, celebrado en Valladolid en octubre de 1997, en el que se abordaron los diversos ámbitos del instituto de la responsabilidad patrimonial, tanto de las autoridades nacionales españolas y portuguesas como de las comunitarias. Los autores son profesores universitarios especialistas de la materia.

Se estructura en dos partes, subdivididas en capítulos y responde al siguiente esquema. La primera parte aborda aspectos generales, entre los que se encuentran la responsabilidad de la Administración pública; la responsabilidad de los poderes legislativo y judicial; la responsabilidad por infracción del Derecho comunitario, tanto por parte de las Instituciones comunitarias como de las autoridades nacionales; y un análisis de las vías procesales. La segunda parte se dedica al estudio de cuestiones especiales, como son la responsabilidad por inactividad; la responsabilidad en el gestión indirecta de obras y servicios públicos; la responsabilidad en materia de urbanismo y medio ambiente, y la responsabilidad de autoridades, funcionarios y agentes públicos.

Como puede comprobarse, se trata de un trabajo con pretensiones omnicomprendivas de los múltiples aspectos de la garantía indemnizatoria del particular. El reconocido prestigio de los autores, y su propia actualidad —las ponencias españolas se encuentran adaptadas a la vista de las modificaciones introducidas por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LPAC— hacen de esta obra un material imprescindible para acercarse a cualquiera de los plurales aspectos que presenta el instituto de la responsabilidad patrimonial.

FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ LECHUGA

La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el Derecho español. Una visión de conjunto

[Marcial Pons, Madrid, 1999, 474 páginas]

EMILIO GUJICHOT REINA

La mayor singularidad de esta obra consiste precisamente en lo que expresa su subtítulo: se trata de una visión de conjunto del instituto de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en Derecho español. Constituye la tesis doctoral de su autor, dirigida por el profesor ROCA ROCA, y se encuentra prologada por el profesor GALLEGO ANABITARTE, que contiene una interesante anotación de Derecho histórico sobre la materia.

La estructura muestra a las claras la confesada voluntad del autor de ofrecer una “visión panorámica y de conjunto de la institución”. De sus cuatro capítulos, aparte el introductorio, el primero se dedica a la responsabilidad del Estado legislador. Para el autor, que se manifiesta muy crítico

con la previsión contenida en el artículo 139.3, no puede afirmarse hoy por hoy la existencia de un subsistema de responsabilidad del Estado legislador. El capítulo segundo, se consagra a la responsabilidad del Estado-juez, y también aquí JIMÉNEZ LECHUGA adopta una actitud radicalmente contraria a la carrera de obstáculos en que, en su opinión, se traducen los procedimientos para exigir responsabilidad por error judicial o por prisión provisional. Los dos capítulos siguientes se centran en el análisis de la responsabilidad administrativa. Por una parte, se analizan en el capítulo tercero los fundamentos del sistema, así como los conceptos de funcionamiento normal y anormal, causalidad, antijuridicidad, o daño. Se trata, puede decirse, del estudio del régimen sustantivo de la responsabilidad. Por otra parte, en el cuarto y último capítulo se diseccionan los aspectos procesales del instituto de la responsabilidad administrativa, entendiéndolos en sentido amplio, que abarca los sujetos, el plazo, la jurisdicción competente o el procedimiento para la exigencia de responsabilidad, así como los casos de responsabilidad concurrente. El autor se muestra favorable al principio de unidad jurisdiccional y a la introducción del procedimiento abreviado, pero una vez más se manifiesta críticamente en relación a la redacción dada por la LPAC a estas materias. El capítulo se cierra con el estudio de las especialidades que plantea la responsabilidad de las Comunidades Autónomas, de las Entidades locales y de la Administración institucional, así como con una reflexión acerca de la responsabilidad extracontractual de la Corona. Unas consideraciones finales ponen broche a esta obra, que está dotada de un aparato jurisprudencial y bibliográfico y de un epílogo a cargo del profesor ROCA ROCA.

La obra, que se enriquece del análisis de Derecho comparado, es por tanto ambiciosa, en cuanto pretende abarcar las diferentes caras del poliedro de la responsabilidad.

LORENZO PÉREZ CONEJO

Las costas marítimas: régimen jurídico y competencias administrativas

[Comares, Granada, 1999, 434 páginas]

BEATRIZ SETUÁN MENDÍA

La obra de la que ahora se da noticia supone, en lo que nos consta, la última aportación al panorama editorial español de un trabajo monográfico que tiene como objeto reflexionar en torno al demanio marítimo; situación esta habitual en los últimos tiempos, en los que la aparición de trabajos semejantes parece haber cobrado bríos renovados tras un señalado tiempo de silencio. No tiene el lector, a los efectos de comprobar la certeza de esta afirmación, sino repasar la presente sección de esta Revista, en la que, prácticamente desde sus inicios, se ha venido incluyendo la noticia de alguno de ellos. No ha de identificarse, sin embargo, esta proliferación postrera con la reiteración en el tratamiento de los temas. Es cierto, y esto es un hecho innegable, que el sector material del que se parte es el que es, y que la problemática que en torno al mismo se plantea presenta reiteradamente —no podía ser menos— una identificación de cuestiones muy determinadas, que deben ser contempladas en todos ellos. Sin embargo, no lo es menos el hecho de que el tratamiento que a las mismas puede dársele es diverso, tanto en lo que hace a su intensidad como en relación con el prisma desde el que se contemplan; rasgo este que permite revestir a cada uno de ellos de una singularidad que los hace dignos de interés.

En el caso de la monografía de PÉREZ CONEJO, es concretamente en la cuestión competencial sobre la que se incide con preferencia, sin que ello sea, no obstante, óbice para la existencia previa en la misma de sucintas pero clarificadoras referencias a la extensión, sistemas de protección, posibles usos y régi-

men sancionador en relación con el demanio marítimo. Sin embargo, como decimos, la compleja problemática que la concurrencia de atribuciones de tres niveles públicos —Estado, Comunidades Autónomas y entidades locales— sobre aquél presenta y las situaciones de conflicto a que la misma da lugar, explica la mayor detención en ella, siendo, dentro de la misma, el aspecto singular de la ordenación territorial del espacio costero como supuesto paradigmático en el que la coexistencia simultánea de competencias se manifiesta con mayor virulencia, objeto de especial y detenido tratamiento.

A. EMBID IRUJO

Planificación hidrológica y política hidráulica (El Libro Blanco del Agua)

[Civitas, Madrid, 1999, 327 páginas]

MARÍA VICTORIA CARPI ABAD

Además de haberse aprobado un buen número de Planes Hidrológicos de Cuenca (los intercomunitarios y el de las cuencas internas de Cataluña) en 1999, existe actualmente a debate un documento denominado “Libro Blanco del Agua” que pretende sentar las bases para la aprobación consensuada del Plan Hidrológico Nacional previsto en la Lag. de 1985. Este volumen recoge precisamente las ponencias y comunicaciones que se pronunciaron en la Universidad de Zaragoza al hilo de las ya “IX Jornadas de Derecho del Agua”. Es por ello que puede hablarse de un libro de lectura obligada para todo aquel que desee conocer por dónde discurre exactamente el debate actual en materia de gestión del recurso hídrico en los albores del siglo XXI.

**P. SALA SÁNCHEZ, J.A. XIOL RÍOS,
R. FERNÁNDEZ MONTALVO**

Práctica Procesal Contencioso-Administrativa

[Bosch,SA, Barcelona, 1999]

HERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

Estos tres autores, Magistrados del Tribunal Supremo y especialistas de lo Contencioso-Administrativo, han unido sus profundos conocimientos para ofrecer una obra de enorme envergadura sobre la nueva Ley 29/1998, de 13 de julio.

Sobre la base de la teoría jurídico-procesal, abordan, en once tomos, un exhaustivo comentario de su articulado, en el que destaca, entre otras trascendentes cuestiones, las referentes a la creación de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo; el alcance práctico de la potestad jurisdiccional de control sobre la actuación administrativa, con un especial énfasis sobre los temas de competencia y las potestades políticas del Gobierno; el tratamiento constitucional de la legitimación en el proceso; la nueva regulación de los recursos contra la inactividad y las vías de hecho de la Administración; el procedimiento abreviado y la tramitación en serie de los recursos contra actos-masa; las nuevas formas de extensión a terceros de los efectos de las sentencias firmes; el novedoso recurso de apelación; y el recurso de casación, cuyo tratamiento especial es reflejo de la profunda comprensión de los autores sobre de su significado.

La vertiente práctica de la obra, que se hace patente con la inclusión de unos completos formularios sobre los distintos procedimientos —que se proporcionan en CD-rom—, extractos de innumerables referencias jurisprudenciales y una abundante referencia bibliográfica, hace que esté llamada a convertirse en referencia obligada para todo aquel que desarrolle su labor en este ámbito.

J.F. PÉREZ GÁLVEZ

El sistema Funerario en el Derecho Español

[Aranzadi, Pamplona, 1997, 443 páginas]

JOSÉ M. ARISTÓTELES MAGÁN PERALES

El libro tiene su origen en la Tesis Doctoral del autor, defendida en la Universidad de Almería y dirigida por los Profesores Francisco GONZÁLEZ NAVARRO e Íñigo DEL GUALLO CASTIELLA. Estamos ante una parcela del derecho Administrativo a la que podríamos calificar como “Derecho Mortuario” y que a pesar de lo que pudiera pensarse, no es un sector aislado dada la existencia de varias obras como la reciente “Liberalización de la actividad funeraria”, de José Antonio GARCÍA DE COCA (Universidad de Valladolid, 1998, 161 págs.), sino tal vez poco conocido, y que de vez en cuando cobra relevancia en prensa debido principalmente a los aspectos económicos del mismo (adjudicación del servicio funerario en grandes ciudades, por ejemplo).

Del libro podemos decir que estamos ante una obra multisectorial que abarca muchos campos, no solamente el estudio de la regulación legal del sistema funerario, ya que podemos encontrar en el mismo análisis del Derecho Canónico y descripciones biológicas sobre el proceso de la muerte. En este sentido resulta especialmente interesante y curioso para el profano el Capítulo I, en el que se contiene un análisis de la ciudad como sistema biológico, como un organismo vivo, que denota la influencia del actor por las llamadas teorías organicistas de la ciudad. El análisis jurídico propiamente dicho comienza, a modo de *zoom* descendente, por el derecho Internacional, Derecho Comunitario, Derecho Español y dado el tema objeto de estudio, el Derecho Eclesiástico del Estado, tanto el Derecho Canónico, como el de otras confesiones diferentes a la Iglesia Católica.

El libro prosigue con el estudio de la muerte como hecho, tanto físico como jurídico. Es preciso reseñar el estudio (quizá en la actualidad se halle suficientemente analizado), de la ya veterana, aunque en su

notas bibliográficas

momento innovadora, Ley de Trasplantes 30/1979, de 27 de octubre.

La tercera parte de la obra se centra en el estudio del Sistema Funerario propiamente dicho (Empresas de servicios funerarios y transportes funerarios). En la cuarta parte, y bajo el sugerente título de “Una ciudad detenida en el tiempo: cementerios y columbarios”, el autor analiza todo el tema del urbanismo funerario. El libro finaliza con el no menos sugerente título de “El tiempo de los yacentes”, donde el autor vuelve a salir del análisis puramente jurídico para hablarnos de los enterramientos y la cremación. No hubiera estado de más, dado lo curioso del tema, una referencia a los procesos de criogenización, aunque por sí sola la obra es de lo más interesante.

F. LÓPEZ RAMÓN

La Función militar en el actual Ordenamiento constitucional español

[Trotta, Valladolid, 1995, 646 páginas]

— JOSÉ M. ARISTÓTELES MAGÁN PERALES

Al igual que en la anterior Revista, he decidido proseguir con la recensión de esta obra, que como las de Pedro T. NEVADO MORENO o El Estatuto de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de la Guardia Civil, ya comentadas en el número anterior, forman el “Derecho Administrativo Militar”, parcela en pleno proceso de renovación jurídica.

Se trata de un libro de autor colectivo, dirigido por Fernando LÓPEZ RAMÓN y coordinado por Javier FERNÁNDEZ LÓPEZ. El libro es fruto del “Seminario sobre la Función Pública Militar”, cuyas ponencias fueron defendidas a lo largo del curso 1993-94 en la Academia General Militar de Zaragoza. En este libro se recogen los problemas planteados por la aplicación de la Ley del Personal Militar Profesional de 1989. Al igual que sucede con otras obras sobre Derecho Militar ya comentadas, este libro tiene la virtualidad de recoger y plantear algunos de los problemas que provocó la aplicación de dicha Ley, y que hoy han tratado de resolverse con la promulgación

de la reciente Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas.

El libro contiene un total de veintidós ponencias, las cuales no es posible comentar pormenorizadamente dada la brevedad impuesta por estas “notas bibliográficas”. Sin embargo, sí me voy a permitir destacar algunas de las mismas. Como no podía ser de otra manera, el libro se abre con la ponencia (casi obligada tratándose del tema) del profesor Ramón PARADA VÁZQUEZ, sin olvidar la de otros maestros como los profesores Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO-BAQUER, Fernando LÓPEZ RAMÓN, corriendo el resto de las ponencias a cargo en su mayoría de mandos militares.

Lo único criticable de esta obra es el criterio con el que las ponencias han sido ordenadas para su publicación, que tal vez no sea el más adecuado, pues tan pronto se analiza el concepto de “militar profesional” (ponencia de MILLÁN GARRIDO) como se regresa, a modo de *flashback* al estudio de los antecedentes legislativos de la Ley 17/1989 (que aparecen en décimo lugar, cuando sistemáticamente deberían estar al principio), o se hacen dos análisis de la Ley 17/1989 en dos puntos diferentes del libro. Es preciso destacar también las ponencias que abordan el siempre delicado tema del régimen de ascensos (autora: M^a Luz POZUELO ANTONI) o las situaciones administrativas en la Ley 17/1989 (autor: Antonio CORFAS RUIZ).

A. JIMÉNEZ BLANCO y J. JUAY RINCÓN

Derecho Administrativo Práctico

[Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 1999]

— JOSÉ M. ARISTÓTELES MAGÁN PERALES

Comentar este libro, que ya llega a su segunda edición, supone para mí un doble motivo de satisfacción. En primer lugar por el conocimiento personal que tengo de algunos de sus coautores, y en segundo lugar porque se trata de uno de esos libros eminentemente prácticos con los cuales hasta ahora el estudiante de Derecho Administrativo no contaba, con la salvedad hecha de determinadas obras muy puntuales y ya algo desfasadas con respecto a la evolución legislativa sufrida por el derecho Administrativo en los años 90. El resultado

es un libro hecho por colaboración entre 23 autores de distintas Universidades españolas. Y la virtualidad del mismo es hallar un punto de equilibrio, un libro válido para cualquier asignatura de Derecho Administrativo, independientemente del Plan de Estudios seguido, pues los primeros once capítulos del libro equivalen a la llamada “Parte General” de la asignatura, siendo los once restantes los correspondientes a “Parte Especial”. La única observación, inevitable dado el número de autores, es el esquematismo seguido en cada capítulo: 5 o 6 casos, independientemente de la materia considerada, lo cual no se corresponde muy bien con la extensión que dicho capítulo pueda tener en la práctica o con la litigiosidad que las mismas materias plantean en la realidad (piénsese en el número de contenciosos generados solamente por el personal al servicio de las Administraciones Públicas).

Por último, debo destacar el carácter absolutamente didáctico y de auténtico libro de trabajo de esta obra, pues al alumno se le plantea el caso, pero no se le da la solución, sino las diferentes herramientas en las que basarse para llegar a la misma (doctrina científica, legislación vigente, jurisprudencia –tanto a nivel del TS como de TSJ– y bibliografía). Es éste uno de los aspectos más acertados de la obra, que supone un salto cualitativo respecto de las publicadas hasta ahora, y que es preciso destacar.

ÓSCAR SALAZAR BENÍTEZ

El candidato en el actual sistema de democracia representativa

[Comares, Granada, 1999, 447 páginas]

Esta tesis doctoral leída en la Universidad de Córdoba se ocupa del derecho fundamental al sufragio pasivo (art. 23.2 CE), es decir, del derecho a acceder en condiciones de igualdad, según los requisitos que señalan las leyes, a los cargos públicos representativos. Tras acometer un análisis de nuestro constitucionalismo histórico y un breve esbozo de delimitación conceptual de este derecho democrático de participación, se estudian con detalle las condiciones negati-

vas del sufragio pasivo –inelegibilidades e incompatibilidades–, las garantías judiciales (recurso contencioso-electoral y amparo constitucional), los requisitos para la presentación de las candidaturas en los procedimientos electorales; y, por último, los mecanismos internos o intrapartidistas de designación de los candidatos, cuestión de franca actualidad.

La mayoría de estos temas distan de estar definitivamente resueltos de forma convincente, pese a las dos décadas de experiencia democrática ya transcurridas y a la numerosísima jurisprudencia recaída, y atañen a algo tan importante como es el proceso democrático de formación de la voluntad del Estado. No es, pues, ocioso continuar insistiendo en ellos.

IGNACIO PEMÁN GAVÍN

Dificultades para una delimitación sustantiva del concepto de sanción. Pautas para un replanteamiento de la cuestión

[Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 14, 1999, páginas. 131 a 202]

MANUEL ZQUIERDO CARRASCO

El punto de partida de este estudio es la constatación de que, en comparación con el Derecho Penal, el Derecho Administrativo sancionador se encuentra en un estado de estructuración teórica y legal claramente deficiente. Sobre esta premisa, el autor da una visión general de la teoría de la sanción en el Derecho Administrativo, para inmediatamente afrontar un análisis más detallado de la distinción entre la sanción y otras medidas administrativas, con la finalidad de aportar los materiales necesarios para un replanteamiento de la posición tradicional en este ámbito, esto es, la existencia de un concepto sustantivo de sanción que permite determinar, más allá del criterio legal, lo que es o no sanción.

La exposición de estas medidas aparece agrupada en dos bloques, según la calificación de éstas como sanción, se ha pretendido establecer a partir de la existencia de unos elementos sustantivos del concepto de sanción –“mal impuesto como consecuen-

cia de la realización de una infracción administrativa”-; o sobre la base de los fines propios de la sanción –retributivo y preventivo-. Con este planteamiento, en el primer grupo se encuadran la ineficacia de la autorización por incumplimiento de las condiciones, la privación de la subvención concedida por incumplimiento de las obligaciones, la extinción del contrato de servicio público y la expropiación-sanción; mientras que en el segundo, lo hacen las medidas de reposición de la realidad afectada, las medidas indemnizatorias por daños, las multas coercitivas y los recargos en materia tributaria.

Un elemento común a todas estas medidas –que queda claramente recogido en el presente trabajo– es la falta de homogeneidad por parte del legislador, la doctrina y la jurisprudencia a la hora de su calificación como sanción. En relación con el primer grupo, PEMÁN GAVÍN concluye que todas ellas tienen una doble explicación conceptual, tanto como sanciones –ese “mal” o pérdida de una situación de ventaja frente a la Administración–, como –al margen del orden sancionador– desde la propia estructura interna de las relaciones donde se insertan estas medidas (autorizaciones, contratos administrativos,...) En cuanto al segundo grupo, las identidades que se encuentran en cuanto al fin, hace que el autor mantenga la imposibilidad de dotar a la finalidad retributiva o preventiva un carácter autónomo e independiente como criterio diferenciador.

Pero no se queda PEMÁN GAVÍN en la mera constatación de esta situación confusa, sino que –sin perder de vista al Derecho Penal– avanza un paso más, proponiendo que la calificación como sanción debería realizarse sobre la base de dos criterios: uno de carácter sustantivo, en función de la mayor proximidad que la concreta medida tenga con las sanciones administrativas o con otras categorías, y cuando una medida pueda responder igualmente a varias categorías, en función del mayor respeto a las garantías del ciudadano; el segundo, de carácter formal, en virtud del cual, cuando puedan responder a varias categorías y a través de las dos quepa garantizar igualmente los derechos mínimos del ciudadano, la elección sea en última instancia competencia del legislador. Y ello, sin perjuicio de que una misma medida, según su concreta configuración en cada supuesto, pudiera incluirse en una categoría u otra.

RICARDO RIVERO ORTEGA

El Estado Vigilante

[Tecnos, Madrid, 2000, 230 páginas]

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR

Sorprendentemente, una actividad administrativa extensa y habitual como la inspectora, tan relevante para los intereses públicos y para garantizar los derechos de los administrados carece en la actualidad de estudios generales. RIVERO afronta por primera vez esta tarea y, pese a adentrarse en caminos casi inexplorados, construye una teoría general armoniosa y equilibrada. Ya sólo el simple hecho de cubrir esa laguna bibliográfica constituye un gran valor.

Estudia RIVERO el concepto de inspección administrativa y las diversas teorías doctrinales existentes, construyendo jurídicamente la función inspectora como una auténtica potestad de protección de los intereses públicos. La inspección es una prerrogativa de la Administración que restringe la libertad de los particulares, pero debe respetar los límites genéricos que contempla nuestro ordenamiento jurídico pues no existen poderes ilimitados.

El autor realiza un análisis minucioso de las finalidades de la función inspectora (preventiva, instructiva, informativa y recaudatoria), destacando ante todo su carácter social. En cuanto a los principios que deben presidir la inspección, cobran especial relevancia el de legalidad y el de respeto de los derechos fundamentales. Por lo que concierne al primero, para RIVERO es lícito atribuir a la Administración funciones inspectoras discrecionales, concediéndole un margen suficiente de apreciación en su ejercicio. En relación con el segundo, la obra recoge la doctrina del TC sobre el respeto del derecho a la intimidad (a no ser observado en determinados supuestos, a no ser investigado), aclarando hasta dónde pueden llegar los poderes públicos y qué tipo de intervenciones suponen un atentado contra este derecho fundamental. No se pueden

desconocer las gravísimas amenazas a la intimidad en una sociedad tecnificada, lo que exige, según el autor, la regulación legal de nuevas técnicas de protección (así, en el tratamiento automatizado de datos personales, la videovigilancia de las vías públicas, los circuitos de televisión en los estadios de fútbol, el acceso a cuentas bancarias,...)

El capítulo tercero aborda la organización de la inspección administrativa, analizando, entre otras, dos cuestiones de interés: 1) la creación de entes administrativos de inspección especializados y autónomos, constituidos como Administración independiente con importantes poderes inspectores (así, el Consejo de Seguridad Nuclear, La Comisión Nacional del Mercado de Valores, La Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, La Agencia Estatal de la Administración Tributaria,...) y 2) la polémica posibilidad de que sean los sujetos privados quienes realicen la labor inspectora, que deberá ser controlada en todo caso rigurosamente por la Administración.

En cuanto al procedimiento de inspección, merece especial atención el análisis realizado del deber de colaboración de los sujetos afectados; un deber que no es ilimitado ni genérico sino que sólo deberá referirse a actuaciones concretas. Problemas como la relación entre el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo y la negativa a prestarse a la prueba de alcoholemia encuentran especial atención en esta obra. RIVERO se ocupa además de la obligación del ciudadano inspeccionado de permitir el acceso al lugar donde debe tener lugar la inspección y su compatibilidad con el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Critica el amplio reconocimiento que se ha producido desde la STC 137/1985 del domicilio de las personas jurídicas y, de acuerdo con el Auto del mismo Tribunal de 17 de abril de 1985, niega el derecho a la intimidad de estas personas, proponiendo que por ley se conceda a la Administración un derecho de acceso al lugar donde se realicen las actividades que deban ser inspeccionadas, sin necesidad de acudir al juez, siempre que no se trate de un auténtico domicilio privado.

En relación con la tramitación del procedimiento de inspección, RIVERO considera su iniciación como una potestad discrecional, que puede ser planificada, abordando además, la polémica en torno a la dura-

ción máxima del procedimiento en el ámbito de la inspección tributaria y la prescripción de las deudas por interrupción de la actuación inspectora.

Se estudia en el capítulo quinto la naturaleza y el valor probatorio de las actas de inspección, consideradas por el TC como documentos públicos que gozan de la presunción *iuris tantum* de veracidad por lo que, por otro lado, nada impide que contra ellas se puedan utilizar los medios de defensa oportunos, siendo necesario, a juicio del autor, un fortalecimiento de las garantías de contradicción en el procedimiento administrativo.

RIVERO se ocupa por último de la responsabilidad administrativa *in vigilando*, abordando la polémica tradicional sobre su régimen objetivo o subjetivo. Se señalan los diferentes criterios de imputación, especialmente la creación de situaciones de riesgo que, además de ser el más importante, fundamenta la doctrina de la responsabilidad objetiva. En virtud de este criterio, la Administración debe responder por los daños causados no por ella misma, sino por terceros, cuando no inspeccione correctamente y en consecuencia actúe con negligencia.

P. TESO GAMELLA

Medidas cautelares y derecho sancionador

[Actualidad Administrativa, núm. 2, enero de 2000, páginas. 59 y ss.]

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR

La Magistrada especialista de lo contencioso-administrativo, Pilar TESO, estudia, por una parte, la posibilidad de suspensión de sanciones ante recursos administrativos y, por otra, ante recursos contencioso-administrativos. Respecto a lo primero analiza, sobre todo, los arts. 138.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 21 del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora. Para las sanciones disciplinarias, al no existir una regulación general, deduce de distintos preceptos un régimen prácticamente idéntico. Considera,

además, que, a falta de previsiones específicas, ese mismo régimen es el aplicable a las sanciones laborales. En cuanto a las sanciones tributarias, se detiene en las previsiones del art. 35 de la Ley sobre Derechos y Garantías de los Contribuyentes que, según concluye, “da un paso más (pues) aplaza la ejecución hasta la decisión judicial sobre la adopción de medidas cautelares”.

Respecto a la suspensión de las sanciones recurridas ante lo contencioso-administrativo, su análisis jurisprudencial le permite concluir que “no existen criterios generales”. Se utilizan reiteradamente los criterios de la ponderación de intereses (interés general en la ejecución e interés del sancionado en la suspensión), del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris* pero, pese a ello, predominan de tal forma la atención a las circunstancias particulares de cada caso –incluso, por ejemplo, según demuestra, la situación económica del sancionado– que es imposible deducir criterios generales. A tal efecto, distingue entre sanciones pecuniarias y las de otra índole, con o sin efectos económicos directos. Pero, ni aun con tales diferenciaciones, se consigue detectar una clara regla general. Quizá lo más destacable es que, para decidir sobre la suspensión o no de sanciones, el TS ha apuntado las finalidades de las sanciones siguiendo las mismas teorías formuladas en el Derecho Penal: retribución, expiación, prevención general y especial,... Con independencia del interés teórico de ello para construir un concepto de sanción administrativa, tales consideraciones suelen servir al TS para justificar la suspensión pues tales finalidades, de ordinario, no se perjudican por el retraso en la ejecución.

Termina el trabajo con la referencia de los dos únicos casos en que el TS ha tenido ocasión de resolver sobre la suspensión de sanciones con aplicación de la nueva Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (AATS de 16 de febrero y 27 de abril de 1999). En ambos casos se ha denegado la suspensión de las sanciones disciplinarias de multa impuestas a jueces por entender que la ejecución no hacía perder su finalidad al recurso y, además, en un caso, porque el interés público reclamaba la inmediata ejecución.

A. MILLÁN GARRIDO

Impuntualidad y ausencia injustificadas en acto de servicio

[Revista General del Derecho, núm. 663, diciembre de 1999, págs. 14.207 y ss.]

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR

El autor, Catedrático de Derecho de la Universidad de Cádiz y Comandante Auditor, realiza en este artículo una exégesis rigurosa del art. 7.9 de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas que tipifica como infracción leve “la falta de puntualidad en los actos de servicio y las ausencias injustificadas de los mismos si no constituyeran infracción más grave”. Tal infracción es igual a la establecida en otras normas para la Guardia Civil y similar a las previstas para el Cuerpo Nacional de Policía y, en menor medida, para los funcionarios en general. Eso hace que su estudio, además del interés en sí de su objeto, lo tenga también por cuanto aporta para la interpretación de esas otras infracciones semejantes. A ello contribuye el método seguido en el que se van considerando, como es habitual en la más depurada técnica de la parte especial del Derecho Penal, el bien jurídico protegido, los sujetos activos y pasivo, y los demás elementos del tipo.

En el precepto hay, en realidad, según explica, dos infracciones distintas y precisamente considera criticable ese tratamiento idéntico de dos conductas de gravedad muy diferente. En cualquier caso, tienen en gran parte aspectos comunes. Así, por lo pronto, el bien jurídico protegido que MILLÁN sitúa en el servicio militar en sentido subjetivo, de manera que esta infracción “tutela los deberes específicos y concretos del servicio”. También los sujetos activos. A este respecto se detiene en la posibilidad de que lo sean los militares profesionales en servicios especiales, en excedencia voluntaria, en reserva,... o los militares de reemplazo.

También es común a ambas infracciones el concepto de acto de servicio (que determina conforme al art. 15 del Código de Justicia Militar), la suficiencia de una sola imputabilidad o inasistencia, y la ausencia de justificación (que con acierto conecta con la concurrencia de alguna de las causas excluyentes de la anti-juridicidad), así como la posible comisión dolosa y culpable porque, como ha dicho el TS, “casi tan reprochable en un militar es la falta de puntualidad consciente y deliberada como aquélla en que incurre por probada dejadez o negligencia”. Ya con referencia a los elementos específicos de cada una de las infracciones, destaca sobre todo la diferenciación que realiza, con cita de sentencias en ese sentido, entre ausencia en acto de servicio y abandono del servicio.

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO

**Servicio público y mercado. Vol I.
Los fundamentos**

[Civitas; 1ª edición, enero de 1998; 324 páginas.]

JOSÉ M.ª A. MAGÁN PERALES

Este libro es el primero de una serie de cuatro volúmenes cuyo objetivo es el análisis de las recientes transformaciones operadas en el ámbito de los servicios públicos económicos. El estudio de las concretas parcelas de las diferentes actividades económicas (telecomunicaciones, televisión, electricidad, etc.) se lleva a cabo en los tres volúmenes siguientes, por lo que la obra cuya recensión nos ocupa es la “parte general” de este derecho de los Servicios Públicos en constante cambio.

Ante la crisis sufrida por el concepto tradicional de servicio público nacido al calor de la noción de Estado y poder político, y la postura más extrema de quienes sostienen la más o menos próxima liquidación de dicho concepto, MUÑOZ MACHADO realiza un análisis exhaustivo del mismo comenzando por su estudio histórico (Revolución Francesa, Constitucionalismo liberal) para seguidamente realizar el estu-

dio de la asunción del mismo en las Constituciones vigentes. De la parte histórica me permito destacar por su interés la recepción de los principios liberales franceses en la España de principios del XIX, así como el estudio de la creación de diferentes servicios: ferrocarriles, Correos, teléfonos, electricidad y televisión.

Sin embargo, la construcción de la doctrina del servicio público en el constitucionalismo parece estar en peligro ante la emergencia del Derecho Comunitario. El problema, tan sólo aparente, viene de la mano de la creación de la Comunidad Europea, y de las diferentes brechas que tanto el propio Derecho Comunitario (principios de neutralidad, igualdad, solidaridad, etc.) como los diferentes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En este sentido es preciso destacar como una de las mayores aportaciones de este libro el profundo análisis que lleva a cabo sobre la más reciente Jurisprudencia en la materia, en particular respecto del concepto de empresa pública, los servicios públicos de autoridad, ayudas públicas a empresas que gestionan servicios públicos, etc. Los diferentes pronunciamientos comunitarios han ido abriendo en los hasta entonces soberanos Derechos nacionales, principalmente a través de las reglas sobre establecimiento, organización y régimen de los servicios públicos. El desarrollo extraordinario del Derecho Comunitario lleva al autor a inferir el estudio de los diferentes principios existentes en la constitución económica comunitaria, para finalizar con un estudio de la nueva situación creada: las técnicas de regulación y el régimen de los servicios públicos dentro del contexto de amplia liberalización de finales del siglo XX. Sin embargo, y muy al contrario de lo que pudiera pensarse, el autor demuestra cómo la regulación de los Tratados comunitarios no es incompatible con la existencia de servicios públicos. Ello se consigue con unas nuevas reglas de juego: la separación jurídica de actividades y contabilidades, la separación de reguladores (independientes) y operadores, y finalmente la imposición de obligaciones de servicio público a agentes privados, para que las prestaciones de las nuevas empresas tengan unos contenidos mínimos y alcancen a la totalidad de la población. Estas nuevas obligaciones se enmarcan en un concepto próximo al de servicio público, como es la noción de servicio universal.

JOSÉ RAMÓN CHAVES GARCÍA

Los derechos de los ciudadanos ante las administraciones públicas

[Trea Jurídica, 1ª edición, 1999, 222 páginas]

JOSÉ M.ª A. MAGÁN PERALES

Estamos ante un manual eminentemente práctico. Aunque de la lectura del título se pudiera deducir otra cosa, el autor no ha hecho un análisis dogmático de los diferentes derechos de los ciudadanos (o clientes, según se quiera) de las diferentes Administraciones, sino un estudio sistemático de los mismos a la vista de la culminación de la renovación legislativa que ha tenido lugar en el Derecho Administrativo español durante los años noventa: Ley 30/1992, Ley del Gobierno de 1997, LOFAGE de 1997 y LJCA de 1998; el interés del manual es además doble, porque contiene la reforma efectuada a la Ley 30/1992 por la Ley 4/1999, de 13 de enero, siendo enormemente clarificador en todo lo referido a las novedades introducidas en materia de silencio administrativo y de recursos ordinarios. El libro, pues, sobrepasa las pretensiones del título, y se convierte en un estudio sistemático de todo el procedimiento administrativo. El autor huye de las discusiones doctrinales, y respecto a la jurisprudencia, la cita de la misma se restringe a casos muy puntuales. El libro contiene a modo de anexo el texto de la Ley 30/1992 con las modificaciones que introdujo en el mismo la Ley 4/1999; tal vez esta inclusión tuvo su justificación en el momento puntual en el que la obra apareció al mercado, sin embargo en la actualidad las diferentes recopilaciones legislativas recogen ampliamente el texto modificado. Además, ello supone olvidar la existencia de otras leyes a las que el propio autor hace referencia y en las que también se contienen derechos de los ciudadanos frente a las administraciones públicas.

GUSTAVO ZAGREBELSKY

El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia

[Trotta, 3ª edición, 1999, 156 páginas]

JOSÉ M.ª A. MAGÁN PERALES

Estamos ante uno de estos libros cuya lectura debería ser obligatoria para todo jurista. El original fue publicado en Italia en 1992, y la traducción española ha corrido a cargo de la Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha, Marina GASCÓN ABELLÁN.

El libro es obra del Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Turín, profesor Zagrebelsky, sin embargo, el mismo excede y rompe el marco del propio Derecho Constitucional para realizar una visión del Derecho desde el punto de vista de la filosofía del derecho.

El libro, a pesar de su aparente brevedad, se encuentra dividido en siete capítulos. El autor intenta dar en primer lugar varios caracteres definitorios del Derecho Constitucional actual. Una de las primeras notas características del constitucionalismo decimonónico, la soberanía, se encuentra en crisis por cuanto nos encontramos inmersos dentro de un proceso de construcción europea. Por otra parte, la propia idea de Estado se encuentra atacada desde otros flancos, como son centros de poder alternativos cuyos ámbitos de actuación son en muchas ocasiones de dimensiones supraestatales. Sin embargo, ello se está haciendo sin sustituir, sino más bien desplazando las categorías jurídicas tradicionales, como sucede con la soberanía, y en definitiva se camina hacia una visión "abierta" de la Constitución, pudiendo hablarse por ello de ductilidad constitucional. Un Derecho constitucional tal requiere de una dogmática "líquida" o "fluida", capaz de poder aglutinar los elementos heterogéneos del Derecho constitucional actual agrupándolos en una construcción

que necesariamente habrá de ser no rígida. Dentro de este magma el único contenido que permanece sólido es el de la pluralidad de valores y principios.

A continuación ZAGREBELSKY realiza un análisis histórico del Derecho desde el Estado de derecho del siglo XIX al Estado Constitucional actual. A continuación analiza la separación de los derechos respecto a la Ley, con una especial incidencia en los derechos de libertad y de justicia.

Me permito destacar por su interés el último capítulo, referido a la posición de los jueces dentro del Derecho. El autor hace referencia a la concepción positivista de la aplicación judicial del derecho, donde el hecho jurídico (premisa menor) se subsume en la ley (premisa mayor), en un sistema en el que teóricamente el juez carecería de cualquier posibilidad de interpretar la Ley. La jurisprudencia, vista así, no pasaría de ser un mero servicio al legislador y a su voluntad. El pluralismo de métodos es un rasgo esencial de nuestra cultura jurídica, la “Escuela Histórica” enunció como métodos la gramática y la sintaxis, la lógica, la historia y el sistema. A éstos cabe añadir hoy día el análisis económico del Derecho, la analogía, las presunciones, etc. Siendo además todos estos métodos utilizables indistintamente.

El único aspecto que resulta criticable de esta tercera edición es que se ha perdido el “Epílogo” crítico con el que contaba la edición anterior, escrito por el Catedrático de Derecho Constitucional Gregorio PECES BARBA.

ALFREDO MUÑOZ NARANJO

**Responsabilidad civil de los docentes.
Régimen jurídico y jurisprudencia**

[Praxis, Barcelona, 1999, 175 páginas]

JOSÉ LUIS GAMERO ZORITA

Muchos han sido los cambios acaecidos en el servicio público de la educación no universitaria en los últimos años, cambios a los que no han permanecido ajenos los funcionarios docentes y una cuestión de enorme trascendencia para éstos, cual es la exigencia de responsabilidad civil por los actos realizados en el desempeño de sus funciones.

Precisamente la responsabilidad civil de los docentes constituye la materia abordada en la obra que traemos a comentario en estas líneas. La obra posee dos partes bien diferenciadas.

En la primera, el autor realiza una aproximación al concepto de responsabilidad civil con un estudio pormenorizado de cada uno de sus elementos para, posteriormente, adentrarse en la regulación positiva recogida en el Código Civil. Es aquí donde el autor nos aproxima al significado de la reforma producida por la Ley 1/1991, que afectó al último párrafo del artículo 1903 del Código Civil y sus consecuencias sobre los docentes pertenecientes tanto a centros públicos como privados. Por último, el procedimiento judicial y las acciones de regreso contra el docente responsable son aspectos abordados igualmente en esta parte de la obra, así como la responsabilidad civil originada como consecuencia de una sentencia dictada en un proceso penal.

En la segunda parte de la obra, el autor realiza un detallado estudio de la variada jurisprudencia sobre la materia donde nos ofrece una claridad en el planteamiento y la fundamentación de sus reflexiones sobre aquélla.

Tanto el interés que se desprende de esta materia como las interesantes reflexiones recogidas en la obra, nos permiten realizar una valoración positiva de la misma y aconsejar su atenta lectura.

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]

MARÍA 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).

notas bibliográficas

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.

A. SÁNCHEZ LAMELAS

La ordenación jurídica de la pesca marítima

[Aranzadi, Pamplona, 1999, 475 páginas]

Nuevamente en el escaso período de un año y medio, tenemos ocasión de encontrar en nuestro panorama editorial una monografía dedicada en su totalidad al estudio específico de la pesca marítima y su régimen jurídico. De la primera ya dimos cuenta en el número 1 de esta Revista, y de la segunda pretendemos dejar constancia en estos momentos, no sin antes hacer hincapié en lo importante de esta detección de bríos renovados en relación con una materia tradicionalmente abandonada por la doctrina iusadministrativista, pero que, en lo que parece, y a la vista de su esencialidad como sector económico transcendental para el desarrollo de nuestro país y a la influencia que el Derecho Comunitario ha presentado sobre la misma, ha decidido volver a tomar en su consideración.

El trabajo de A. SÁNCHEZ LAMELAS presenta dos partes claramente diferenciadas. En la primera de ellas, la autora desentraña el reparto competencial existente en relación con la actividad pesquera, interrogándose para ello acerca de los títulos competenciales que, Estado y Comunidades Autónomas sobre todo, pero también la Comunidad

Europea, pueden presentar en defensa de su legítima intervención. En este sentido, son el dominio público, el medio ambiente y la economía los especialmente considerados, por su especial operatividad a estos efectos. Por su parte, el segundo bloque de esta monografía se dedica –tras presentar un interesantísimo capítulo dedicado a la evolución histórica de la actividad– a incidir sobre aspectos relevantes del régimen jurídico de la pesca marítima, tales como la incidencia en el ordenamiento preexistente de las nuevas obligaciones derivadas de nuestra entrada en el ámbito comunitario europeo, las condiciones concretas precisas para el ejercicio de la pesca, o los sistemas de control de tal ejercicio, constituidos fundamentalmente por la realización de inspecciones y la imposición de sanciones ante incumplimientos del ordenamiento.

J. LEÓN GROSS

Jornadas sobre Derecho de Aguas

[Aranzadi, Pamplona, 1999, 205 páginas]

Se recogen en este libro las ponencias que destacados profesores (A. SÁNCHEZ BLANCO, A. EMBID IRUJO, C. GONZÁLEZ-ANTÓN, F. SOSA WAGNER) y abogados (A.J. ROCHA MAQUEDA, P. SANZ PEÑA y J. LEÓN GROSS) presentaron a las Jornadas que sobre Derecho de Aguas se celebraron en el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga, y que versaron principalmente sobre la reforma de la Ley de Aguas de 1985, su conexión con el Libro Blanco del Agua y con la Propuesta de Directiva marco sobre recursos hídricos, las competencias que las Administraciones Públicas ostentan en este sector, el régimen jurídico del agua mineral, el servicio de abastecimiento a poblaciones, la relación jurídica entre entidades suministradoras y usuarios y el contrato de suministro.

BEATRIZ SETUAIN MENDÍA

MARÍA VICTORIA CARPIABAD

MARIO P. CHITI

Diritto amministrativo Europeo

[Ed. Giuffrè, Milano, 1999, 491 páginas]

LUIS E. MAESO SECO

El profesor CHITI nos ofrece en ésta, su enésima monografía sobre el Derecho Comunitario, una perspectiva hasta ahora inédita de lo que el autor denomina –no sin cierta audacia–, Derecho administrativo europeo.

La obra se estructura en dos partes claramente diferenciadas. La primera que podríamos calificar de introductoria, en la que se exponen cuestiones relativas tanto al nacimiento de las organizaciones internacionales, como a los diferentes procesos regionales de integración comercial que han constituido el germen de lo que conocemos en la actualidad por Comunidad Europea, con una atención especial, a aquellos rasgos y caracteres que la distinguen y diferencian de otros procesos similares.

La segunda parte, está consagrada a la que sin lugar a dudas, constituye la novedad más importante que nos propone este estudio, la afirmación de la existencia de un Derecho administrativo europeo y de una Administración europea con caracteres propios. En efecto, la elección del título de la obra resulta concluyente en este sentido, “Diritto Amministrativo Europeo”.

No faltando teorías que proclaman la inexistencia de este pretendido Derecho administrativo comunitario, el autor nos obsesiona con una brillante exposición teórica en la que se termina por afirmar la presencia de los elementos necesarios que nos permiten hablar, en puridad, de un Derecho administrativo comunitario.

Se trata de una afirmación no exenta de riesgos, pues ni la conceptualización de un Derecho administrativo más allá de la dimensión jurídico-institucional del Estado, ni el hecho de que en la actualidad se pueda hablar de una verdadera Administración comunitaria, han sido pacíficamente acep-

tados por la doctrina administrativa europea. Se rompe de esta forma, con algunos de los esquemas y estructuras clásicos que podemos encontrar en cualesquiera manuales y monografías acerca del Derecho comunitario.

Así es, junto a aquellas materias y sectores que tradicionalmente forman parte del contenido de los estudios sobre esta disciplina, tienen cabida, por vez primera y de manera detallada, cuestiones hasta ahora relegadas a un segundo plano, como las relativas a los puntos de conexión entre el Derecho administrativo europeo y los derechos administrativos nacionales, la Administración pública europea, la organización administrativa y en particular, una elaborada referencia tanto a los medios financieros, como personales de los que aquélla dispone.

La obra concluye con una práctica tabla de correspondencias entre la numeración anterior y posterior al Tratado de Amsterdam que ha afectado a los diferentes cuerpos normativos comunitarios, así como una completísima referencia bibliográfica.

En definitiva pues, nos encontramos frente a una obra pionera en su campo que se encuadra en la línea de profundización en el estudio del Derecho comunitario que ya iniciaran los trabajos de SCHWARZE Y CASSESE, con una marcada vocación de futuro y en la que se anticipan muchas de las inquietudes que a corto plazo ocuparán gran parte del tiempo y de las energías de los administrativistas del continente.

K.-P. SOMMERMANN

Staatsziele uns Saatszielbestimmungen

[Mohr Siebeck, Serie Jus Publicum, Tübingen, 1997, 592 páginas]

LUIS ARROYO JIMÉNEZ

El título de esta obra, que puede traducirse literalmente como *Fines del Estado y determinaciones de fines estatales*, refleja claramente su propia estructura interna. En la primera parte, el autor desarrolla la categoría de los fines estatales, entendidos como aquéllos a cuya consecución debe orientarse la actuación del Estado, con independencia de que se trate de prescripciones de naturaleza

política, jurídicamente positivizadas, u obtenidas mediante una elaboración teórica. Los primeros capítulos se dedican a glosar la evolución histórica de los mismos, desde su sacralización por el iusnaturalismo teológico hasta nuestros días, pasando por las transformaciones que sufren de la mano del positivismo decimonónico y de los movimientos políticos más relevantes de este siglo. A partir de un análisis constitucional comparado, el autor propone un catálogo de los fines estatales propios de los modernos Estados constitucionales, integrado por la protección y el desarrollo de la dignidad humana y la libertad individual; la justicia social y la mejora de las condiciones de vida; la promoción de la cultura, en un sentido extraordinariamente amplio; la defensa de la paz; y la protección del medio ambiente. SOMMERMANN realiza un ensayo de fundamentación de cada uno de ellos, analiza el proceso de internacionalización que sufren actualmente con motivo de la globalización, y proporciona los elementos teóricos necesarios para su recepción a través de una Teoría de los fines estatales.

La segunda parte del libro está dedicada a las “determinaciones de los fines estatales”, esto es, a un tipo específico de norma jurídico-constitucional que, sin atribuir a los ciudadanos derechos subjetivos, somete a los poderes públicos a la obligación de perseguir determinados fines. Este tipo de normas, característico de Constituciones como la española, se encuentra en menor medida en la Ley Fundamental de Bonn, y de hecho la posible incorporación a ésta última de nuevos “principios rectores” (discutida, por ejemplo, con motivo de la reunificación) no es positivamente valorada por un sector de iuspublicistas alemanes (HÄBERLE, TETTINGER). El autor estudia en primer lugar su estructura normativa y las diferencias que en este sentido presentan estas normas con respecto a los derechos (subjetivos) fundamentales, para desarrollar posteriormente los términos de su carácter jurídico vinculante: el contenido y los destinatarios del mandato que incorporan; su concreción en los procesos de producción normativa y de interpretación (donde cobran una especial relevancia en relación con la discrecionalidad administrativa); su consideración como mandato de optimización y, por tanto, la configuración del juicio de ponderación como instrumento de resolución de sus colisiones; así como la posibilidad de vincular a esta categoría de normas constituciona-

les la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. El libro se cierra, en fin, con la cuestión de la implementación de las determinaciones de fines estatales, donde el problema del reparto de la responsabilidad de su articulación se plantea en un doble sentido: entre el Estado y la sociedad en el contexto del actual Estado cooperativo, de una parte, y entre los diversos poderes del Estado, de otra. En este sentido, se otorga una especial consideración al problema del control de la omisión en su cumplimiento por parte de las jurisdicciones ordinaria y constitucional.

W. HOFFMANN-RIEM y E. SCHMIDT

Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht

[Nomos Verl.-Ges., Baden-Baden, 1998, 276 páginas]

LUIS ARROYO JIMÉNEZ

El presente volumen es ya el quinto de la serie que sobre la *Reforma del Derecho administrativo* dirigen los profesores W. HOFFMANN-RIEM Y E. SCHMIDT, y el tema al que está dedicado es el de *La eficiencia como reto del Derecho administrativo*. En un capítulo introductorio, el primero de los autores citados desarrolla los conceptos de eficacia y eficiencia, y las implicaciones que para el Derecho se derivan de la consideración de ambos (pero sobre todo del segundo) como principios jurídicos. El resto de la obra se dedica precisamente a analizar cómo se concretan las demandas de transformación que sufre en este sentido el Derecho administrativo. Así, siguiendo un orden creciente de generalidad, se plantean primero algunas cuestiones de la parte especial. En el ámbito del Derecho presupuestario, se estudia el poder de aprobación del presupuesto como medio de dirección estatal (H. Dreier), y la posibilidad de utilizar nuevas técnicas que actualmente se desarrollan en aquél como instrumento de lucha contra el déficit (P. Kirchhof). Igualmente, se analizan las exigencias que del principio de eficiencia se

derivan para dos ámbitos de la regulación sectorial: el Derecho administrativo prestacional propio del Estado social (K.-J. Bieback), y el Derecho de la seguridad y el orden público (C. Gusy). En segundo lugar la obra dedica una consideración especial a las relaciones de instrumentalidad entre la eficiencia y la regulación de algunas instituciones de la parte general: primero, las normas en materia de procedimiento administrativo y el régimen de las irregularidades formales (B. Holzengel), y segundo, las teorías de la discrecionalidad y de los conceptos jurídicos indeterminados (H.-J. Papier). El libro finaliza con

un trabajo de E. Schmidt en el que se plantean las consecuencias de la acentuación de la relevancia (también jurídica) del principio de eficiencia sobre el desarrollo del sistema del Derecho administrativo. Puede concluirse, en fin, que la actualidad del mismo no reside tan sólo en su reciente publicación: como vectores que cruzan toda la obra, se encuentran algunos de los elementos más importantes del actual debate alemán acerca de la reforma del Derecho administrativo, como por ejemplo, las ideas de innovación, dirección y sistema, o los conceptos de legitimidad, desregulación y responsabilidad.

N O T A S