



Justicia
Justicia

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

Administrativa
Administrativa

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón

editorial

LEX NOVA

REVISTA

Justicia Administrativa

CONSEJO ASESOR

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

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

SECRETARÍA TÉCNICA

Margarita Beladiez Rojo

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

© LEX NOVA 2000

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

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

Sumario:

DOCTRINA:

- [5] **La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre contratación pública**
MARTÍN M^a RAZQUÍN LIZARRAGA
- [33] **La revisión de oficio de los actos administrativos tras la Ley 4/1999, de 13 de enero**
CONSUELO ALONSO GARCÍA

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

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

[281] **ÍNDICE DE MATERIAS**

DOCUMENTACIÓN:

- [311] **La Comisión de Reclamaciones del Ingreso Aragonés de Inserción**
ÁNGEL GARCÉS SANAGUSTÍN

[319] **NOTAS BIBLIOGRÁFICAS**

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre contratación pública

MARTÍN M^a RAZQUÍN LIZARRAGA

Profesor Titular de Derecho
Administrativo
Universidad Pública de Navarra

Sumario:

I. Introducción. II. La adaptación de las Directivas o su aplicación directa y la responsabilidad del Estado en caso de omisión. III. El ámbito de aplicación subjetiva de las Directivas. IV. El ámbito de aplicación objetiva de las Directivas. V. Procedimiento de adjudicación y selección. VI. Recursos y medidas cautelares. VII. Especial referencia a las Sentencias relativas a España.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es exponer cuál ha sido y es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) sobre los contratos públicos, es decir, sobre la aplicación por parte de los Estados miembros de las Directivas de contratación pública y los problemas interpretativos que de ellas se derivan¹. El TJCE ha dictado un buen número de Sentencias desde la primera en 1976 hasta hoy, que abarcan numerosos ámbitos de la actividad contractual pública de los Estados miembros. No obstante he estimado conveniente centrarme en los que he considerado más importantes con carácter general, haciendo especial hincapié en la última doctrina jurisprudencial.

El TJCE conoce de estas materias, fundamentalmente, a través de dos vías jurisdiccionales. Por un lado, el recurso por incumplimiento, a través del cual la Comisión denuncia a un Estado miembro por un incumplimiento de Derecho Comunitario. Se trata principalmente de la falta de adaptación de las Directivas de contratos públicos y de sus modificaciones, así como de supuestos de infracciones concretas generalmente consistentes en la falta de publicación en el DOCE del anuncio de licitación. Por otra parte el TJCE conoce de las cuestiones prejudiciales que le plantean los Tribunales de los Estados miembros (órganos jurisdiccionales de éstos) para que dictamine la correcta interpretación de una disposición de Derecho Comunitario, en nuestro caso, el Tratado o las Directivas de contratos públicos.

(1) Con carácter general me remito a mi libro *Contratos públicos y Derecho comunitario*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, en cuyas páginas 172 a 208 se efectuaba un análisis temático de la jurisprudencia del TJCE sobre contratación pública. Vid. el análisis cronológico efectuado por J.A. SANTIAS, V. SANTAMARÍA DE PAREDES, y C. LÓPEZ BLANCO, *El Derecho comunitario de la contratación pública*, Ed. Escuela de Hacienda Pública, Madrid, 1991, págs. 141 a 162, y LAURÍA F., *Appalti pubblici e mercato unico europeo*, Ed. UTET, Turín 1991, págs. 313 a 318, y también a C. LÓPEZ BLANCO, "La doctrina del Tribunal de Justicia sobre la contratación pública", en *Noticias CEE*, núm. 21/1986, págs. 127 a 130. Debe recordarse que asimismo se refieren a la jurisprudencia comunitaria, aunque sin efectuar un análisis específico y detallado, las obras o estudios generales sobre el Derecho comunitario de la contratación pública, pudiendo verse al efecto J.A. MORENO MOLINA, *Contratos públicos: Derecho comunitario y derecho español*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996; J.L. PIÑAR MAÑAS, "El Derecho comunitario de la contratación pública. Marco de referencia de la nueva Ley", en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, págs. 21 a 51, y R. SILVA DE LAPUERTA y G. CALVO DÍAZ, "El Derecho comunitario y la Ley de contratos de las Administraciones Públicas", en *Derecho de los contratos públicos. Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Praxis, Barcelona, 1995, págs. 101 a 125.

II. LA ADAPTACIÓN DE LAS DIRECTIVAS O SU APLICACIÓN DIRECTA Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN CASO DE OMISIÓN

a) La adaptación de las Directivas al Derecho interno de los Estados

Uno de los principales problemas de las Directivas sobre contratos públicos es el de su adaptación o transposición al Derecho interno de los Estados miembros. Basta a tal efecto leer el último Informe sobre el cumplimiento del Derecho comunitario (el referido a 1997, publicado en el DOCE, C 250, de 10 de agosto de 1998) para observar la preocupación de la Comisión europea tanto respecto de la falta de incorporación de las Directivas como por la “correcta y completa” adaptación. De ahí que la Comisión se haya planteado en sus informes que lo más importante es cumplir el Derecho Comunitario existente más que crear nuevas normas, y además ha potenciado el seguimiento de los incumplimientos, habiéndose tramitado, en 1997, 215 expedientes de queja y casos detectados de oficio, entre ellos 80 nuevos casos. Basta a tal efecto ver que el TJCE ha dictado 29 Sentencias condenando por incumplimiento a los Estados miembros, 3 de ellas a España, y la mayoría de estas Sentencias lo son por falta de transposición en plazo de las diferentes Directivas de contratos públicos.

Por ello, en relación con la adaptación de las Directivas al Derecho interno el TJCE ha fijado los siguientes principios:

- 1º. Obligatoriedad de adaptación de las Directivas al ordenamiento interno.
- 2º. Obligatoriedad de adaptación en el plazo señalado.
- 3º. Obligación de comunicar a la Comisión la adaptación de las Directivas.
- 4º. Necesidad de que la adaptación se efectúe a través de normas de rango adecuado y no de simples instrucciones o prácticas administrativas.
- 5º. Necesidad de que la adaptación se efectúe de forma completa y correcta, y además que el Derecho interno se interprete conforme a las Directivas.

Ya desde su primera Sentencia en materia de contratos públicos, la Sentencia de 22 de septiembre de 1976 (Asunto 10/76), el TJCE ha declarado “la naturaleza obligatoria de las Directivas”, conforme al art. 189 TCEE (ahora art. 249).

Así también la Sentencia de 2 de mayo de 1996 (Asunto C-253/95) declara que “del tercer párrafo del artículo 189 del Tratado se deduce que la ejecución de las Directivas comunitarias debe realizarse mediante la adopción por los Estados miembros de disposiciones de aplicación adecuadas” (apartado 3).

Por su parte las Sentencias de 17 de septiembre de 1997 (Asunto C-54/96) (apartado 43), de 24 de septiembre de 1998 (Asunto C-76/97) (apartado 25), y de 4 de marzo

La jurisprudencia del TJCE sobre contratación pública

de 1999 (Asunto C-258/97) (apartado 25), han declarado la obligación –y el deber– de todos los Estados miembros (y de todas sus autoridades, también las jurisdiccionales) de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las Directivas.

Además esta adaptación debe hacerse en los plazos marcados en las Directivas. La adaptación posterior a dichos plazos supone un incumplimiento que es condenado por el TJCE. Basta a tal efecto transcribir diversas Sentencias:

– S. de 2 de mayo de 1996 (Asunto C-253/95): “Dado que la adaptación del Derecho interno a la Directiva no se ha realizado dentro del plazo señalado, se debe estimar el recurso interpuesto a este respecto por la Comisión” (apartado 14). Y por ello se condena a Alemania.

– S. de 2 de mayo de 1996 (Asunto 234/95): “Procede, pues, declarar que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del apartado 1 del artículo 44 de la Directiva, al no haber adoptado, dentro del plazo señalado, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para atenerse a dicha Directiva” (apartado 10).

– S. de 2 de mayo de 1996 (Asunto C-311/95): “Procede, pues, declarar que la República Helénica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del apartado 1 del artículo 44 de la Directiva 92/50 al no haber adoptado, dentro del plazo señalado, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva” (apartado 9).

– S. de 19 de septiembre de 1996 (Asunto C-236/95): “En consecuencia, procede declarar que la República Helénica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 5 de la Directiva al no adoptar en el plazo señalado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar pleno cumplimiento a la citada Directiva” (apartado 19).

– S. de 29 de mayo de 1997 (Asunto C-312/96): “Dado que no se ha llevado a cabo la adaptación del Derecho interno a la Directiva 93/36 dentro del plazo señalado en ésta, debe considerarse fundado el recurso interpuesto por la Comisión” (apartado 8). Y por ello se condena a Francia.

– S. de 29 de mayo de 1997 (Asunto C-311/96): “Dado que la adaptación del Derecho interno a la Directiva 93/38 no se ha llevado a cabo dentro del plazo señalado en la misma, debe considerarse fundado el recurso interpuesto por la Comisión” (apartado 8). Y por ello se condena a Francia.

– S. de 17 de julio de 1997 (Asunto C-43/97): “Por no haberse adaptado el Derecho interno a la Directiva 93/36 en el plazo por ésta señalado, procede declarar el incumplimiento invocado por la Comisión” (apartado 7). Y por ello se condena a Italia.

No cabe justificar el retraso en problemas internos de cualquier tipo:

– Por ejemplo la disolución del Parlamento, como en la Sentencia de 17 de febrero de 1981 (Asunto 133/80), que invocaba Italia. A ello el TJCE le responde lo siguiente: “Según una jurisprudencia constante, un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas o situaciones de su orden jurídico interno para justificar su no respeto a las obligaciones derivadas de las directivas comunitarias” (apartado 7).

– O la estructura federal del Estado que requiere el consenso con los Länder, como en la Sentencia de 2 de mayo de 1996 (Asunto C-253/95), que invocaba Alemania. El TJCE reitera su doctrina. “En primer lugar, procede recordar que, según una jurisprudencia reiterada, un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por una Directiva (...)”. Lo mismo ocurre en la Sentencia de 16 de diciembre de 1997 (Asunto C-341/96) en la que el Gobierno alemán alegaba que no había podido efectuar la adaptación en el plazo señalado “debido a la estructura federal de la República Federal de Alemania”, lo que es rechazado de plano por el TJCE.

– En definitiva, no se acepta ninguna razón de derecho interno para obviar la adaptación en plazo de las Directivas, como reitera de nuevo la Sentencia de 19 de septiembre de 1996 (Asunto C-236/95) en su apartado 18: “Por último, por lo que se refiere a las dificultades formales y procedimentales invocadas por la República Helénica para justificar el retraso producido en la adopción de dicho proyecto de Decreto, procede recordar que, como el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente, un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas o situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por una Directiva (...)”.

Los Estados miembros tienen la obligación de comunicar la adaptación que han efectuado de las Directivas comunitarias a la Comisión. Así la Sentencia de 28 de marzo de 1985 (Asunto 274/83) determina que los Estados tienen una obligación de informar a la Comisión, dado el papel relevante que ésta desempeña en el orden comunitario. Y así condena a Italia que no había informado a la Comisión sobre la adaptación de la Directiva 71/305/CEE.

Gran importancia tiene el siguiente principio, que es la adaptación de las Directivas por normas de rango adecuado. La Sentencia de 17 de noviembre de 1993 (Asunto C-71/92), relativa a España, señala que el Derecho comunitario no impone una forma determinada de transposición de las Directivas, siempre que se asegure el cumplimiento efectivo del Derecho comunitario. Y así se afirma por el TJCE:

“(...) la adaptación del Derecho interno a una Directiva no exige necesariamente una reproducción formal y textual de sus disposiciones en una disposición legal y expresa y específica y puede ser suficiente, en función de su contenido, un contexto jurídico general, siempre que este último garantice efectivamente la aplicación de la Directiva de una manera sufi-

La jurisprudencia del TJCE sobre contratación pública

cientemente clara y precisa, para que, si la Directiva tiene como fin crear derechos en favor de los particulares, los beneficiarios estén en condiciones de conocer todos sus derechos y ejercitarlos, en su caso, ante los órganos jurisdiccionales nacionales” (apartado 23).

Es preciso que se efectúe, por lo tanto, a través de disposiciones jurídicas vinculantes, y no de simples disposiciones o instrucciones administrativas. Así la Sentencia de 11 de agosto de 1995 (Asunto C-433/93) condena a Alemania no aceptando que la transposición se haya efectuado a través de disposiciones administrativas dictadas por los Comités alemanes de contratación pública por no ser disposiciones legales vinculantes e invocables ante sus órganos jurisdiccionales (apartado 20). Lo mismo le ocurre a Grecia, condenada en la Sentencia de 2 de mayo de 1996 (Asunto C-311/95), que aducía que el Derecho comunitario ya se aplicaba en virtud de las instrucciones para la ejecución provisional de la Directiva, aprobadas por circular del Ministro de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Obras Públicas y dirigida a todos los organismos competentes del sector público. Esta Sentencia responde a Grecia que “con arreglo a reiterada jurisprudencia, simples prácticas administrativas, por naturaleza modificables a discreción de la Administración y desprovistas de una publicidad adecuada, no pueden ser consideradas como constitutivas de un cumplimiento válido de las obligaciones impuestas por el Tratado” (apartado 7). Así también la Sentencia de 19 de mayo de 1999 (Asunto C-225/97) recuerda la reiterada jurisprudencia del TJCE sobre el deber de los Estados de ejecutar las disposiciones de las Directivas “con indiscutible fuerza imperativa, con la especificidad, precisión y claridad exigidas para cumplir la exigencia de seguridad jurídica” (apartado 37), no aceptando en consecuencia simples encomiendas a organismos especializados o informaciones a los interesados.

Más aun, ni siquiera una práctica jurisprudencial de los Tribunales nacionales basta para entender adaptada la Directiva. El caso de la Sentencia de 19 de septiembre de 1996 (Asunto C-236/95) es elocuente al efecto. Grecia argumentaba, respecto de la aplicación de la Directiva 89/665/CEE que en virtud de la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado se había producido en la práctica la adaptación de la suspensión de la ejecución de un acto administrativo impugnado con motivo de un recurso de anulación fundado en la infracción del Derecho comunitario sobre contratos públicos. Sin embargo el TJCE es contundente al efecto:

“Es cierto que el Consejo de Estado interpreta el artículo 52 del Decreto Presidencial de conformidad con la Directiva y estima que constituye un sistema de protección jurisdiccional provisional en el sentido de la Directiva.

Sin embargo, como resulta de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para cumplir con la exigencia de seguridad jurídica, es especialmente importante que los particulares disfruten de una situación jurídica clara y precisa que les permita conocer la plenitud de sus derechos y ejercitarlos, en su caso, ante los órganos jurisdiccionales nacionales (...)” (apartados 12 y 13).

Por último, como quinto principio, hemos deducido el de adaptación completa e interpretación del Derecho interno conforme al Derecho comunitario originario y derivado.

La adaptación de las Directivas debe ser correcta y completa². De ahí que la Sentencia de 16 de diciembre de 1997 (Asunto C-341/96) condene a Alemania por la falta de adaptación completa de la Directiva 93/36/CEE:

“Dada que la adaptación completa del Derecho interno a la Directiva no se ha realizado dentro del plazo señalado por ésta, se debe estimar el recurso interpuesto a este respecto por la Comisión” (apartado 11).

Lo mismo ocurre en la Sentencia de 17 de julio de 1997 (Asunto C-43/97) en que Italia argumentaba que ya había efectuado una adaptación de la Directiva originaria pero no del texto refundido, es decir, de la Directiva 93/36, lo que no acepta el Tribunal por cuanto que la nueva Directiva 93/36 imponía a los Estados miembros nuevas obligaciones que deben cumplir antes del plazo marcado en la Directiva (apartado 9). En la Sentencia de 19 de septiembre de 1996 (Asunto C-236/95) el TJCE condena a Grecia por cuanto que la adaptación de la Directiva 89/665 de recursos no había sido correcta, indicando la necesidad que las normas nacionales de transposición puedan “garantizar una correcta adaptación del Derecho interno a la Directiva” (apartado 10). La Sentencia de 19 de mayo de 1999 (Asunto C-225/97) condena a Francia por no efectuar una adaptación completa de la Directiva 92/13/CEE, por cuanto que de los cuatro instrumentos de garantía de la aplicación del Derecho comunitario no se han adaptado al ordenamiento francés el sistema de certificados y el procedimiento de conciliación.

Por su parte la Sentencia de 20 de septiembre de 1988 (Asunto 31/87) ha declarado que los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretar el Derecho interno conforme al texto y finalidad de las Directivas comunitarias (apartado 39). De ahí que en numerosas Sentencias el TJCE se haya ocupado de buscar el engarce de las Directivas comunitarias de contratos públicos con los principios y libertades de los Tratados, llegando incluso a la aplicación directa en algún caso del Tratado, o refiriéndose a los objetivos perseguidos por las Directivas como elementos interpretativos de las mismas y de su aplicación dentro del ordenamiento propio de los Estados.

Así respecto de la primera cuestión cabe traer a colación las Sentencias de 3 de junio de 1992 (Asunto C-360/89) y de 22 de junio de 1993 (Asunto C-243/89) de condena a Italia y Dinamarca por vulneración de la Directiva de obras y además del artículo 59 del Tratado, a los que añade la segunda Sentencia citada los artículos 30 y 48 del Tratado. Más curiosa es la de Sentencia 22 de septiembre de 1988 donde la condena se funda solamente en el artículo 30 del Tratado, dado que Irlanda había violado dicho precepto con su cláusula de estandarización de tuberías que suponía la exclusión de la empresa española “Uralita, S.A.”

En lo atinente a la segunda cuestión, el Tribunal se ha ocupado en muchas ocasiones de hacer una didáctica del contenido de las Directivas, explicando cuáles son sus objetivos

(2) A esta aplicación correcta de las Directivas se refiere J.A. MORENO MOLINA, *Contratos públicos*, cit., págs. 242 a 247, donde examina “la necesidad de una adaptación correcta del Derecho interno a lo dispuesto por las Directivas”.

La jurisprudencia del TJCE sobre contratación pública

en orden a que los mismos sean elementos interpretativos en orden a juzgar la adecuación de un determinado supuesto nacional al Derecho comunitario. Y así en las Sentencias de 9 de julio de 1987 (Asuntos acumulados 27-29/86) y de 20 de septiembre de 1988 señala que “para decidir sobre si es compatible dicho límite con la Directiva en su conjunto, hay que plantearse el propósito y objeto de la misma”. Así lo señala la Sentencia de 4 de marzo de 1999 (Asunto C-258/97), reiterando la doctrina ya sostenida en las Sentencias Dorsch Consult y Tögel:

“(…) al aplicar el Derecho nacional, bien se trate de disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacerlo, en todo lo posible, a la luz del tenor literal y de la finalidad de la Directiva para alcanzar el resultado que ésta persigue y cumplir así lo establecido en el párrafo tercero del artículo 189 del Tratado CE (…)” (apartado 25).

b) La aplicación directa de las Directivas

El problema se plantea en qué sucede cuando no se produce la adaptación de las Directivas en plazo al Derecho interno y, en especial, si las mismas son de carácter obligatorio transcurrido el plazo de adaptación y en consecuencia pueden ser invocadas por los particulares en sus relaciones con las Administraciones Públicas y con los Tribunales.

Debe recordarse, en primer término, que esta posible invocación directa por los particulares de las Directivas no puede servir de justificación para que un Estado miembro eluda la adopción de las medidas adecuadas al objetivo de cada Directiva (Sentencia de 4 de marzo de 1999, Asunto C-258/97, apartado 26, que reitera una constante jurisprudencia de la que puede verse también la Sentencia de 11 de agosto de 1995, Asunto C-433/93, apartado 24, y la Sentencia de 2 de mayo de 1996, Asunto C-253/95, apartado 13).

El TJCE, dentro del ámbito de la contratación pública, recogió por vez primera la aplicación directa de las Directivas de contratos públicos en su Sentencia de 20 de septiembre de 1988 (Asunto 31/87) en la que señalaba lo siguiente:

“(…) en todos los casos en que ciertas disposiciones de una Directiva resultan, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, los particulares pueden invocarlas frente al Estado, bien cuando éste se abstiene de adaptar el Derecho interno a la Directiva dentro de plazo, bien cuando hace una adaptación incorrecta” (apartado 40).

Y así esta Sentencia falla que “las disposiciones de los artículos 20, 26 y 29 de la Directiva 71/305 pueden ser invocadas por un particular ante los órganos jurisdiccionales nacionales”.

No obstante será la Sentencia de 22 de junio de 1989 (Asunto 103/88, “Fratelli Costanzo”) la que se ha constituido en paradigma de esta doctrina de la aplicación directa de las Directivas y de su invocabilidad frente al Estado. Así el TJCE sostiene:

“(…) cuando las disposiciones de una Directiva, desde el punto de vista de contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean lo suficientemente precisas, los particulares están

legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando éste no haya adaptado el Derecho nacional a la Directiva dentro del plazo señalado, bien cuando haya procedido a una adaptación incorrecta.

Se debe señalar que si los particulares están legitimados para, en las condiciones arriba apuntadas, invocar lo dispuesto en una directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales, es porque las obligaciones contempladas en la misma se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros” (apartados 29 y 30).

Además añade esta Sentencia que la invocación puede efectuarse tanto frente a los órganos jurisdiccionales como frente a la Administración:

“Sería, por otra parte, contradictorio considerar a los particulares legitimados para invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales, y en contra de la Administración Pública, las disposiciones de una Directiva que respondan a las condiciones arriba mencionadas; y estimar, no obstante, que a la referida Administración Pública no le incumbe la obligación de aplicar la directiva y de inaplicar las disposiciones de Derecho nacional que las infrinjan. De lo dicho se desprende que, cuando se den los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial de este Tribunal para que los particulares puedan invocar las disposiciones de una directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales, todos los órganos de la Administración Pública, incluso los no integrados en la Administración Central, como puede ser el caso de un Municipio, están obligados a aplicar dichas disposiciones” (apartado 31).

Y así concluye que el art. 29.5 de la Directiva 71/305 (procedimiento de verificación de bajas temerarias) puede ser invocado directamente por los particulares frente al Estado.

c) La responsabilidad del Estado por falta de adaptación de las Directivas

El TJCE ha ido perfilando en los últimos tiempos el principio de la responsabilidad del Estado por la falta de adaptación de Directivas³. Se trata de una jurisprudencia adoptada con carácter general y que tiene como punto de partida significativa la Sentencia “Francovich” de 1991, que ha recibido un radical impulso por las Sentencias de 5 de marzo de 1996 (Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93) “Brasserie du Pêcheur” y “Factortame” y de 24 de septiembre de 1998 (Asunto C-319/96) “Brinkmauer Tabakfabriken”.

Interesa resaltar que también en el ámbito de las directivas de contratos se produce esta jurisprudencia sobre la responsabilidad del Estado por falta de transposición de directivas. Puede, a tal efecto, destacarse la importantísima Sentencia de 26 de marzo de 1996 (Asunto C-392/93) “British Telecom”, que ha tenido continuación en las Sentencias de 17 de septiembre de 1997 (Asunto C-54/96), de 24 de septiembre de 1998 (Asunto C-11/97, 24 de septiembre de 1998 (asunto C-76/97) y de 4 de marzo de 1999 (Asunto C-258/97).

(3) Sobre la responsabilidad del Estado véase E., GARCÍA DE ENTERRÍA, “El fin del caso Factortame. La responsabilidad patrimonial final del Reino Unido”, RAP núm. 145/1998, págs. 117 a 144, donde se hace un análisis detallado de este caso, y en especial de su punto final en el TJCE mediante la Sentencia de 5 de marzo de 1996 (Asuntos acumulados C-46/93 y 48/93).

La jurisprudencia del TJCE sobre contratación pública

La Sentencia de 26 de marzo de 1996 citada hacía referencia a un caso de aplicación de la Directiva 90/531 de “sectores excluidos”, en lo relativo a su artículo 8, que permitía a las entidades contratantes de estos sectores, en este caso British Telecom en el sector de telecomunicaciones, excluirse de la aplicación de la Directiva en el caso de que “otras entidades puedan ofrecer libremente los mismos servicios en la misma zona geográfica y en condiciones sustancialmente idénticas”. Pues bien, el Gobierno del Reino Unido había efectuado una adaptación incorrecta de este aspecto de la Directiva, tal como declara el TJCE, al responder a la primera pregunta de la cuestión prejudicial que le había planteado un tribunal británico, por lo que debe entrar a contrastar a la cuarta cuestión sobre el derecho de indemnización por violación del Derecho comunitario. La cuestión era la siguiente:

“Si un Estado miembro ha ejecutado erróneamente el apartado 1 del artículo 8 de la Directiva 90/531/CEE del Consejo, ¿está obligado en virtud del Derecho comunitario a indemnizar a una entidad contratante por los perjuicios sufridos a consecuencia de las pérdidas causadas por dicho error y, si es así, en qué condiciones se produce esa responsabilidad?” (apartado 18).

Así el TJCE, tras recordar que “el principio de la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado” y que “dicho principio es válido para cualquier supuesto de violación del Derecho comunitario por parte de un Estado miembro” reitera los tres requisitos necesarios para que se dé la responsabilidad del Estado (apartado 38). Son los siguientes:

1. Que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares.
2. Que la violación esté suficientemente caracterizada.
3. Que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por los particulares lesionados en sus derechos (apartado 39).

El primer requisito se cumplía claramente en el caso, dado que el art. 8 de la Directiva reconocía derechos a los particulares, a British Telecom.

Vid. también con carácter general E. COBREROS, “Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado”, Ed. IVAP y Civitas, Madrid, 1995; R. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario*, Cuadernos de Estudios Europeos, Ed. Civitas y Fundación Universidad Empresa, Madrid, 1997, y E. GUICHOT, “La responsabilidad de los Estados por infracción del Derecho comunitario: La Jurisprudencia post-Francovich”, en *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 30/1997, págs. 97 a 154.

Dentro de los comentarios sobre sentencias relevantes del TJCE cabe citar J. PALACIO GONZÁLEZ, “Responsabilidad del poder legislativo por causa de incumplimiento de la normativa comunitaria”, en *Comunidad Europea Aranzadi* núm. 10, octubre, 1997, págs. 35 a 45; J.M. FERNÁNDEZ MARTÍN, “El principio de responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados por el incumplimiento de las normas del Derecho Comunitario. Evolución jurisprudencial reciente”, en *Revista de Instituciones Europeas* núm. 23/1996, págs. 505 a 538, y M.M. RAZQUÍN LIZARRAGA, “Derecho comunitario, contratos y responsabilidad del Estado”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 252/1996, págs. 1 a 4.

Respecto del segundo requisito, el TJCE afirma que “una violación es suficientemente caracterizada cuando una Institución o un Estado miembro en el ejercicio de su facultad normativa, vulnera, de manera manifiesta y grave los límites impuestos al ejercicio de sus facultades”, debiendo tenerse en cuenta al efecto el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada (apartado 42). En el presente caso el TJCE consideró que la infracción no era suficientemente caracterizada porque la interpretación efectuada por el Reino Unido lo fue de buena fe, además era compartida por otros Estados miembros y no era manifiestamente contraria al texto de la Directiva ni al objetivo perseguido por ésta, a lo que debía añadirse que no se contaba con ninguna indicación resultante de la jurisprudencia del TJCE ni de la Comisión (apartados 43 y 44).

Por ello el TJCE concluyó que “procede, pues, responder a la cuarta cuestión que el Derecho comunitario no obliga a un Estado miembro, que, al adaptar su Derecho interno a la Directiva, determinó, él mismo, los servicios de una entidad contratante que están excluidos de su ámbito de aplicación de conformidad con el artículo 8 (...) a indemnizar a dicha entidad por los daños sufridos a causa del error cometido al actuar de ese modo” (apartado 46 y fallo apartado 3).

El resto de Sentencias versan sobre la aplicación de las Directivas de recursos 89/665/CEE y 92/13/CEE en el Derecho interno. Es claro, a juicio del TJCE, que de las mismas se deriva un derecho de los justiciables a invocarlas dentro del Derecho interno y a exigir esos procedimientos de recurso específicos en materia contractual, por lo que su no adaptación dará lugar a responsabilidad de los Estados miembros. Pero incluso, frente a la invocación de los Estados miembros, si su derecho interno no puede interpretarse conforme a las Directivas citadas, los justiciables tendrán derecho a ser indemnizados.

Así la Sentencia de 17 de septiembre de 1997 “Dorsch Consult” declaró que “si las disposiciones nacionales no pueden interpretarse de manera conforme a la Directiva 92/50 (que modificó la Directiva 89/665), los interesados pueden solicitar, siguiendo los procedimientos adecuados del Derecho nacional, la reparación de los daños sufridos como consecuencia de la falta de adaptación del Derecho interno a la Directiva dentro del plazo señalado” (apartado 45).

Este mismo texto se recoge en las Sentencias de 24 de septiembre de 1998 y 4 de marzo de 1999.

En el caso de las Sentencias de 17 de diciembre de 1997 (Asunto C-54/96), de 24 de septiembre de 1998 (Asunto C-76/97) y de 4 de marzo de 1999 (Asunto C-258/97) se trataba de la ampliación de la Directiva de recursos en materia de contratos de obras y suministros, a los contratos de servicios efectuada por la Directiva 92/50 que había modificado en este punto la Directiva original 89/665. Se trataba de determinar si los órganos nacionales competentes en materia de recursos sobre obras y suministros podían conocer de los mismos recursos en materia de contratos de servicios. Si la interpretación del Derecho interno permitía esta solución positiva no había problema alguno, pero

La jurisprudencia del TJCE sobre contratación pública

en caso contrario se produciría una violación del Derecho comunitario que daba lugar a una responsabilidad del Estado.

Por el contrario en el caso de la Sentencia de 24 de noviembre de 1998 (Asunto C-11/97) se trataba de la aplicación de la Directiva 92/13 de recursos en materia de contratos de los sectores excluidos. Se planteaba si en estos casos el Derecho interno podía interpretarse mediante el reconocimiento a los justiciables de unas vías de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de estos sectores, lo que ya planteaba mayores problemas dada la naturaleza a veces privada de los entes adjudicadores en estos contratos. Por ello si el Derecho nacional no podía interpretarse en este sentido, el particular podía exigir una responsabilidad al Estado miembro por violación del Derecho comunitario.

Cabe resaltar que el Derecho comunitario reconoce unos derechos importantes a los empresarios que intervienen en la contratación pública: por un lado la aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos dentro del Derecho interno y además les otorgan, en segundo lugar, unos remedios procedimentales para hacer valer sus derechos frente a las violaciones del Derecho comunitario efectuadas por los órganos de contratación o entidades adjudicadoras. Y estas medidas exigen un cuadro de remedios amplio que permita incluso la adopción de medidas cautelares en orden a no vaciar de contenido el derecho al cumplimiento del Derecho comunitario por el paso del tiempo con motivo de la impugnación de las violaciones producidas.

III. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVA DE LAS DIRECTIVAS

Uno de los problemas más interesantes que se ha planteado respecto de la aplicación de las directivas de contratos públicos es el de las personificaciones del Estado, es decir, el recurso a ese fenómeno de la llamada huida del Derecho Administrativo, que, como sabemos, está producido fundamentalmente por la huida de la aplicación de la legislación de contratos⁴. Se trata de que determinados organismos públicos gocen de mayor, o de completa, libertad en materia de contratación administrativa, excluyendo la aplicación de la

(4) Sobre el ámbito subjetivo merecen verse los diversos trabajos existentes sobre los entes instrumentales en el Derecho español y sobre la denominada "huida del Derecho Administrativo". Sobre los primeros y dada su relación con la contratación pública, me remito al estudio de A. PÉREZ MORENO, "La contratación de los entes instrumentales: sociedades mercantiles y demás entidades del sector público", en la obra colectiva *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, págs. 851 a 872, y sobre lo segundo a S. DEL SAZ, "La huida del Derecho Administrativo: últimas novedades. Aplausos y críticas", en RAP núm. 133/1994, págs. 57 a 98. Con carácter general sobre todo este fenómeno vid. S. MARTÍN-RETORTILLO, "Reflexiones sobre las privatizaciones", en RAP núm. 144/1997, págs. 7 a 43. Deben tenerse en cuenta las últimas reformas de la LCAP en este sentido privatizador, que han sido objeto de análisis por la doctrina: J.M. GIMENO FELIÚ, "Una valoración crítica sobre el procedimiento y contenido de las últimas reformas legales en contratación pública", RAP núm. 144/1998, págs. 129 a 168; A. EMBID IRUJO, "Público y privado en la construcción, explotación y mantenimiento de obras hidráulicas", RAP 143/1997, págs. 29 a 74; R. AZOFRA VEGAS, "La financiación privada de infraestructuras públicas", REDA núm. 96/1997, págs. 543 a 584; J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ, "¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? (A propósito de algunas innovaciones de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1997)", RAP núm. 144/1998, págs. 45 a 73; y con carácter específico el libro dirigido por A. EMBID IRUJO, *Gestión del agua y medio ambiente*, Ed. Universidad de Zaragoza, CHE y Civitas, Madrid, 1997. Desde una perspectiva más amplia de la contratación puede verse P. OLIVERA MASSO, "La problemática sobre la delimitación del ámbito subjetivo de las normas internacionales sobre contratación administrativa: la Administración instrumental en las Directivas de la Comunidad Europea y en el Acuerdo de Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio", RAP núm. 145/1998, págs. 445 a 474.

legislación de contratos de las Administraciones Públicas y entrando de lleno en la aplicación del Derecho privado. Lo que hace es que estos organismos, por mor de una simple decisión legal o administrativa relativa a su modo de incardinación dentro de la Administración Pública⁵, se hallen sometidos o no a los procedimientos de adjudicación públicos o tengan libertad por estar sometidos al Derecho privado contractual.

Pues bien, como va a verse, el TJCE ha cerrado sobremanera este intento de escapar del ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública⁶, dando un concepto funcional de Estado. No se fija el TJCE en las formas que cada Estado tiene para organizarse y actuar en el ejercicio de sus competencias, sino lo que busca a través de este concepto funcional —y amplio— de Estado, es que las Directivas se cumplan con independencia de cómo actúe la concreta organización de cada Estado miembro. Otra cosa produciría que la Directiva fuese aplicable en un Estado miembro para una actividad contractual, pero no en otro Estado miembro, por el solo hecho de que este segundo Estado ha creado una singular entidad adjudicataria o ha dotado a la misma de autonomía o un régimen jurídico propio o de Derecho privado.

Así en la mayoría de Sentencias que a continuación se van a exponer, el punto de partida está en el intento de los Estados de escaparse de la aplicación del Derecho comunitario o de oponerse al recurso por incumplimiento presentado por la Comisión con el argumento de que el ente contratante no es parte del Estado *stricto sensu* y por tanto no está sometido a las Directivas sobre contratación pública.

El punto de partida se encuentra en la Sentencia de 20 de septiembre de 1988 “Beentjes” en la que se sienta la siguiente doctrina:

“De acuerdo con la letra b) del artículo 1 de la Directiva (se trataba de la Directiva 71/305/CEE sobre contratos públicos de obras), se consideran como poderes adjudicadores el Estado, las entidades territoriales y las personas jurídicas de Derecho público enumeradas en la lista del anexo I.

El concepto de Estado, en el sentido de esta disposición, debe recibir una interpretación funcional. El fin de la Directiva, tendente a la efectiva realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras, se

(5) GIMENO FELIÚ se ha referido de forma expresiva a que la Administración no puede escaparse de la legislación administrativa de contratos cuando “se vista de paisano”, es decir, que las formas instrumentales privadas no pueden ser un artilugio para huir del Derecho Administrativo y menos de las Directivas comunitarias (cit., págs. 159 a 167, la cita es de la pág. 167).

(6) Ya la doctrina española viene advirtiendo de la influencia del Derecho comunitario sobre el ámbito subjetivo. Así PÉREZ MORENO ha hablado acertadamente del “Derecho comunitario como corrector de la ‘fuga del Derecho Administrativo’ en la contratación pública” (“La contratación...”, cit., pág. 860). G. FERNÁNDEZ FARRERES había advertido que el ordenamiento jurídico español quedaba ampliamente rectificado por el Derecho comunitario, muy a su pesar y tras las condenas del TJCE a España, por lo que el artificio de encomendar funciones a entes institucionales sometidos al Derecho privado había encontrado un importante freno en la LCAP con la obligada adaptación del Derecho comunitario (“Ámbito subjetivo y objetivo de la aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, en *Derecho de los contratos públicos. Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas*, Barcelona 1995, págs. 231 a 241.)

La jurisprudencia del TJCE sobre contratación pública

vería en efecto comprometido si la aplicación del régimen previsto por la Directiva debiera excluirse por el hecho de que un contrato público de obras fuera adjudicado por un organismo que, a pesar de haber sido creado para desempeñar las tareas que la ley confiere, no se halle formalmente integrado en la Administración del Estado.

Por consiguiente, un organismo cuya composición y funciones, como sucede en el caso de autos, están previstas por la ley, y que depende de los poderes públicos tanto en la designación de sus miembros como por la garantía de las obligaciones derivadas de sus actos, como por la financiación de los contratos públicos que está encargado de adjudicar, debe considerarse comprendido en el Estado a los efectos de la disposición citada anteriormente, aunque formalmente no constituya una parte integrante de él” (apartados 10, 11 y 12).

En este caso la Sentencia concluye que la Comisión local de concentración parcelaria, dependiente de una Diputación Provincial holandesa, debía ser considerada como Estado o una de sus colectividades territoriales.

Así pues dentro del concepto funcional de Estado se incluye no sólo a éste, con su Administración, sino también a las entidades locales con su propia Administración. Y así la Sentencia de 22 de septiembre de 1988 (Asunto 45/87) considera como un organismo público al Consejo del Distrito urbano de Dundalk (Irlanda), por estar integrado dentro de la Administración local. Este criterio se confirma en la Sentencia de 22 de junio de 1989 “Fratelli Costanzo” en la que se declara que los órganos de una Administración local (el Ayuntamiento de Milán) tienen la consideración de Estado a los efectos de esta Directiva, aunque no estén integrados en la Administración Central (apartados 31 y 32).

Por su parte la Sentencia de 17 de septiembre de 1998 (Asunto C-323/96) se plantea el problema de la aplicación de las Directivas sobre contratación pública a un órgano legislativo. Y así el TJCE declara respecto del concepto de Estado de las Directivas sobre contratos públicos de obras (Directiva 93/37) lo siguiente:

“El concepto de Estado al que se refiere esta disposición comprende necesariamente todos los órganos que ejercen los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Lo mismo sucede con los órganos que, en un Estado de estructura federal, ejercen estos poderes en la esfera de las entidades federadas” (apartado 27).

Recordando la doctrina de la Sentencia “Beentjes” que había considerado incluido dentro el concepto funcional del Estado a una Comisión local de concentración parcelaria aunque no estuviera formalmente integrada dentro de la Administración del Estado, llega a idéntica conclusión respecto del Vlaamse Raad, afirmando que “un órgano legislativo como el Vlaamse Raad forma parte del Estado y, por tanto, constituye un poder adjudicador” (apartado 29).

Tampoco se discute la aplicación de las Directivas a las Universidades, como puede verse en la Sentencia de 18 de marzo de 1992 (Asunto C-24/91), en la que se condena a España por las obras de construcción de una nueva Facultad por la Universidad Complutense de Madrid.

Los problemas más graves surgirán en torno a la denominada Administración instrumental de las Administraciones territoriales: organismos públicos con o sin personalidad jurídica y utilización incluso de formas privadas.

Por un lado la Sentencia de 11 de julio de 1991 (Asunto C-247/89) afirma que la Empresa pública portuguesa de Aeropuertos y Navegación Aérea es un organismo público por ser una persona jurídica de Derecho público creada por Ley (aunque en este caso no se le aplica en razón del servicio de transporte citado la Directiva 77/62/CEE)⁷.

Así también la Sentencia de 26 de abril de 1994 (Asunto C-272/91) consideró que la Administración Autónoma de los Monopolios del Estado de Italia es un poder adjudicador, puesto que es una unidad administrativa, sin personalidad jurídica autónoma, del Ministerio de Hacienda, de modo que los actos formalmente imputables a la misma dependen, en cuanto al fondo, de la esfera de decisión de dicho Ministerio (apartado 28).

El problema surge con los organismos “públicos” sometidos al Derecho privado o con las empresas “públicas” sometidas al Derecho mercantil. A estos efectos es capital la Sentencia de 15 de enero de 1998 (Asunto C-44/96), que vamos a examinar más detenidamente⁸.

En esta Sentencia se planteaban diversas cuestiones prejudiciales formuladas por un órgano jurisdiccional de Austria respecto de la interpretación de la letra b) del artículo 1 de la Directiva 93/37/CEE, que señala que son poderes adjudicadores: “el Estado, los entes territoriales, los organismos de derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de derecho público” y explica a continuación qué se entiende por organismo de derecho público.

El problema central se planteaba respecto a la consideración como organismo público a los efectos de la aplicación de la Directiva citada de la “Österreichische Staatsdruckerei” (ÖS), es decir, de la Imprenta del Estado austríaco, creada como entidad económica autónoma, con personalidad jurídica y sometida al Derecho mercantil, con la calidad de comerciante a los efectos del Código mercantil y como tal inscrita en el Registro Mercantil. La ÖS tiene como funciones la producción de material impreso de carácter confidencial o sujeto a normas de seguridad, como pasaportes, permisos de conducir, documentos de identidad, el Diario Oficial Federal, las recopilaciones de leyes y decisiones, es decir, una actividad calificada como obligaciones de servicio público y además ejerce otras actividades como la producción de otros impresos, la edición y distribución de libros, periódicos, etc. La ÖS compró la empresa “Strohal Gesellschaft mbH” y fundó SRG dedicada a la producción de impresos según un procedimiento de fabricación de

(7) Sobre el caso español la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 33/96, de 5 de junio de 1996, manifestaba que el ente público “Aeropuertos Nacionales y Navegación Aérea” (AENA) estaba sometido a la Disposición Transitoria Sexta.2 de la LCAP, sin perjuicio del posible efecto directo de la Directiva 93/38/CEE.

(8) Vid. A. BETANCOR, “La definición europea de organismo público. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de enero de 1998”, en *Aranzadi Administrativo* núm. 2/1998.

La jurisprudencia del TJCE sobre contratación pública

rotograbado “heatset”. Para poner en marcha esta nueva empresa era necesario construir sus instalaciones técnicas, a cuyo efecto la Asociación austríaca de empresa de construcción exige que se apliquen los procedimientos públicos de contratación, a lo que se niega tanto SRG como ÖS arguyendo que no existía un contrato público de obras. Y así se sustancia un litigio a nivel federal de Austria en el que se exige la aplicación de las disposiciones comunitarias sobre contratación pública en este caso, por lo que el órgano jurisdiccional austríaco formula siete cuestiones prejudiciales al TJCE.

La primera y sexta cuestión plantean si la ÖS debe ser considerado un organismo de derecho público y en tal sentido un poder adjudicador a los efectos de la Directiva 93/37.

En primer lugar el TJCE señala que conforme a la Directiva citada “un organismo de Derecho público es cualquier organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica, y cuya actividad depende estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público” (apartado 20).

Y el TJCE se dedica a examinar si los tres requisitos enunciados en la Directiva se dan en la ÖS para concluir en consecuencia si puede ser considerada como organismo de derecho público:

– Organismo creado para cumplir funciones de interés general: el TJCE señala que este requisito supone el que la actividad esté constituida por la satisfacción de intereses generales (en este caso documentos vinculados al orden público y al funcionamiento institucional), siendo indiferente que además de ello cumpla otro tipo de funciones que sean de carácter mercantil o industrial. Lo importante es que cumple funciones de interés general, aunque sea parcialmente. Y ello es así en aras a la seguridad jurídica, puesto que en otro caso la aplicación de la Directiva variaría en función de la parte relativa, más o menos extensa, de la actividad de interés general o mercantil.

– Personalidad jurídica: la ÖS tiene personalidad jurídica reconocida por la Ley.

– Dependencia de un ente público: la ÖS tiene esta dependencia porque es un organismo cuyos miembros son nombrados mayoritariamente por la Cancillería Federal y los diferentes Ministerios, está sujeta al control del Tribunal de Cuentas y a un servicio estatal de inspección y, además, la mayoría de las acciones de la ÖS pertenecen al Estado austríaco.

Por ello el TJCE concluye lo siguiente:

“De lo que se deduce que una entidad como la ÖS debe ser calificada como organismo de Derecho público en el sentido del párrafo segundo de la letra b) del artículo 1 de la Directiva 93/37 y, por consiguiente, debe ser considerada un poder adjudicador en el sentido del párrafo primero de dicha disposición” (apartado 29).

El TJCE insiste más adelante en el carácter acumulativo de los tres requisitos de modo que si falta alguno de ellos no se está ante un organismo de derecho público, por lo que una

empresa creada para satisfacer necesidades que no son de interés general sino de carácter mercantil o industrial no es poder adjudicador, a pesar de que un poder adjudicador tenga la mayoría de sus participaciones (apartados 39 y 40).

Sin embargo esta Sentencia se ocupa de una última cuestión en esta materia, que es la atinente a la transferencia de derechos y obligaciones de un poder adjudicador a una empresa que no tiene la consideración de poder adjudicador. Dice así:

“A este respecto, de la letra a) del artículo 1 de la Directiva 93/37 resulta que un contrato que reúna los requisitos enunciados en dicha disposición no puede perder su carácter de contrato público de obras cuando los derechos y las obligaciones del poder adjudicador se transfieran a una empresa que no tenga esa condición. El objetivo de la Directiva 93/37, que reside en la realización efectiva de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras, se vería efectivamente comprometido si pudiera excluirse la aplicación del régimen de la Directiva sólo porque los derechos y obligaciones que incumben al poder adjudicador en el marco de una licitación se transfieran a una empresa que no reúna los requisitos enunciados en la letra b) del artículo 1 de la Directiva 93/37” (apartado 43).

Además se introduce una última precisión en el sentido de que esto no hubiera ocurrido si desde el origen se fijan esos intereses mercantiles e industriales, diferenciados de los de interés general. Dice así:

“No sucedería lo mismo únicamente en el caso de que se hubiera acordado que, desde su origen, el proyecto correspondía plenamente al objeto social de la empresa de que se trata y que los contratos de obras relativos a este proyecto habían sido celebrados por el poder adjudicador por cuenta de dicha empresa” (apartado 44).

Dada la importancia de la Sentencia es obligado transcribir íntegramente su fallo. Es el siguiente:

1) Una entidad como la Österreichische Staatsdruckerei debe ser considerada un organismo de Derecho público en el sentido del párrafo segundo de la letra b) del artículo 1 de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, y, en consecuencia, como un poder adjudicador con arreglo al párrafo primero de dicha disposición, de modo que los contratos públicos de obras celebrados por dicha entidad, sea cual fuere su naturaleza, deben ser considerados contratos públicos de obras a efectos de la letra a) del artículo 1 de dicha Directiva.

2) Una empresa que ejerce actividades mercantiles y en la que un poder adjudicador posee la mayoría de las participaciones no debe ser considerada un organismo de Derecho público con arreglo a la letra b) del artículo 1 de la Directiva 93/37 ni, por lo tanto, un poder adjudicador en el sentido de dicha disposición, por la única razón de que esta empresa

La jurisprudencia del TJCE sobre contratación pública

haya sido creada por el poder adjudicador o de que este último le haya transferido los recursos financieros derivados de las actividades que ejerce para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

3) Un contrato público de obras no está sujeto a las disposiciones de la Directiva 93/37 cuando contenga un proyecto que, desde su origen, corresponda plenamente al objeto social de una empresa que no es un poder adjudicador y cuando los contratos de obras relativos a dicho proyecto hayan sido celebrados por un poder adjudicador por cuenta de dicha empresa.

4) El apartado 1 del artículo 7 del Reglamento (CEE) 2081/93 del Consejo, de 20 de julio de 1993, por el que se modifica el Reglamento (CEE) 2052/88 relativo a las funciones de los Fondos con finalidad estructural y a su eficacia, así como a la coordinación entre sí de sus intervenciones, con las del Banco Europeo de Inversiones y con las de los demás instrumentos financieros existentes, debe interpretarse en el sentido de que la financiación comunitaria de un proyecto de obras no está supeditada al cumplimiento, por parte de sus beneficiarios, de los procedimientos de recurso establecidos en la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, cuando ellos mismos no sean poderes adjudicadores en el sentido de la letra b) del artículo 1 de la Directiva 93/37.”

Similares cuestiones se plantean en la Sentencia de 10 de noviembre de 1998 (Asunto C-360/96), relativa a la aplicación del art. 1 letra b) de la Directiva 92/50/CEE sobre contratos públicos de servicios⁹. Se trataba de la recogida de residuos efectuada por varios municipios separadamente y la creación de una nueva persona jurídica que fusiona los servicios municipales de recogida de residuos, a cuyo efecto se crea la sociedad anónima ARA a la que se encomienda la recogida de basuras y también en un municipio la limpieza de la vía pública. Frente a ello se presenta un recurso por BFI, empresa privada que se dedica a la recogida y tratamiento de residuos domésticos e industriales, fundado en que al contrato concedido a ARA debe aplicarse la Directiva 92/50/CEE sobre contratos públicos de servicios.

El TJCE reitera la doctrina de su anterior Sentencia de 15 de enero de 1998, respecto de la necesidad de concurrencia de tres requisitos para determinar el carácter de organismo de derecho público. E insiste en el primero de ellos, funciones de interés general, concluyendo que la Directiva distingue entre necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil y necesidades de interés general que tienen carácter indus-

(9) Se trata de la aplicación dentro del ámbito local. En definitiva nos encontramos con la teoría del levantamiento del velo de las personas jurídicas, bien estudiado en el Derecho Civil y que también tiene ahora amplias repercusiones en el Derecho Administrativo. Vid. S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “Levantamiento del velo y derecho administrativo privado en el ámbito de la Administración local”, REALA núm. 274-275/1997, págs. 361 a 400. Se trata de un problema genérico del Derecho europeo como puede verse en el comentario de B. NOGUERA DE LA MUELA, “Ente público local y SA prevalente: experiencia italiana (Comentario a la Sentencia de la Corte di Casazione Sezioni Unite núm. 4992/1995)”, RAP, núm. 141/1996, págs. 313 a 336, relativa a una prestación del servicio de aparcamiento por una sociedad pública local.

trial o mercantil, siendo la expresión “necesidades de interés industrial o mercantil” una subcategoría de la categoría de necesidades de interés general (apartados 34 y 36).

Mayor enjundia tenía otra cuestión planteada por el Tribunal de instancia en razón de la alegación de BFI en el sentido de que no se está en presencia de un organismo de Derecho público cuando empresas privadas ejercen las mismas actividades y se está por tanto sometido al juego de la competencia. El TJCE no acepta este argumento y señala que el concepto de organismo de derecho público puede aplicarse a un organismo determinado, aunque empresas privadas satisfagan o puedan satisfacer las mismas necesidades que éste, ya que la inexistencia de competencia no es un requisito necesario para definir a un organismo de Derecho público” (apartado 47).

Aplicando lo anterior al supuesto de la recogida de basuras el TJCE afirma lo siguiente:

“En el caso de autos, es indiscutible que la recogida y el tratamiento de basuras domésticas pueden considerarse como una necesidad de interés general. Dado que el grado de satisfacción de esta necesidad que se estime necesario por razones de salud pública y protección de medio ambiente quizás no se consiga si los operadores económicos privados ofrecen, total o parcialmente, a los particulares servicios de recogida, esta actividad pertenece a aquellas respecto de la cuales un Estado puede decidir que deben ser realizadas por autoridades públicas o sobre las que dicho Estado quiere conservar una influencia determinante.

A la luz de las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión que el concepto de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil no excluye las necesidades que también son o podrían ser satisfechas por empresas privadas” (apartados 52 y 53).

Asimismo reitera anteriores pronunciamientos sobre la integración del organismo de Derecho público en otro grupo y sobre la indiferencia de que las necesidades a satisfacer por el organismo de derecho público sean fijadas en una u otra forma jurídica.

Por último las Sentencias de 17 de diciembre de 1998 (Asuntos C-306/97 y C-353/96) tratan sobre la misma cuestión aunque procede una de ellas de una cuestión prejudicial y la otra de un recurso por incumplimiento. Se trata de la aplicación de la Directiva 93/36 sobre suministros al Servicio de Bosques de Irlanda. Este Servicio de Bosques fue creado por la Ley irlandesa de bosques de 1988 en forma de sociedad de Derecho privado, siendo su accionista mayoritario el Ministerio de Hacienda, y depende del Ministro de Energía, que interviene, entre otros aspectos, en la designación de sus cargos, en sus Estatutos, y en la fijación de orientaciones y directrices, precisando además de determinadas autorizaciones del Ministro de Hacienda en materia económico-financiera. Pues bien el Servicio de Bosques convocó en 1993 y 1994 sendas licitaciones relativas a contratos de suministro de fertilizantes, sin publicar anuncio en el DOCE (a pesar de superar el umbral comunitario), arguyendo a su favor que no era un poder adjudicador en el sentido de la Directiva 93/36 (texto refundido que sustituyó a la Directiva 77/62).

La jurisprudencia del TJCE sobre contratación pública

El TJCE concluye que el Servicio de Bosques, a pesar de no estar integrado en el Estado o en un ente público territorial, es un poder adjudicador a los efectos de la Directiva 77/62, dada la interpretación funcional que debe otorgarse al concepto de poder adjudicador y a pesar de que se trate de un ente con personalidad jurídica privada (lo que le diferenciaba del caso “Beentjes”). Cumple funciones de interés general y depende del Estado que controla su actividad. Así pues, por tratarse de una autoridad pública cuyos contratos públicos de suministro están sometidos al control del Estado, se encuentra dentro del Anexo I de la Directiva 77/62. En consecuencia la Sentencia del recurso por cumplimiento condena a Irlanda por haber incumplido la Directiva al no haber ordenado el Servicio de Bosques la publicación de anuncios de licitación en el DOCE.

IV. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVA DE LAS DIRECTIVAS

Las Directivas contemplan no sólo los sujetos sometidos a las mismas, sino también los contratos que están incluidos en ellas. Así relacionan el objeto de las mismas y también las posibles salvedades o excepciones por razón del mismo.

En primer término, debe señalarse la división entre los contratos de obras, servicios y suministros y los contratos de los denominados sectores excluidos, advirtiendo que España se encuentra ahora ya sometida a ambos regímenes, habiéndose aprobado incluso la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre los procedimientos de adjudicación de estos contratos. No puede existir así una vía de escape por esta razón, como por problemas de aplicación temporal se dio en algunas Sentencias como la de 22 de septiembre de 1988 (Asunto 45/87) o la de 11 de julio de 1991 (Asunto C-247/89).

Por otra parte, las Directivas han mejorado la definición de su objeto a fin de evitar determinados problemas relativos a los contratos incluidos dentro de su ámbito de aplicación.

No obstante cabe recordar que España fue condenada por incumplimiento en la Sentencia de 17 de noviembre de 1993 (Asunto C-71/92), por no respetar el ámbito de aplicación objetiva respecto del contrato de suministros. En definitiva no cabe hacer en el Derecho interno otro tipo de exclusiones contractuales que las expresamente previstas en las Directivas.

Por otra parte, también con referencia a España, la Sentencia de 19 de abril de 1994 (Asunto C-328/92) determinó que un contrato mixto de ejecución de obras y de cesión de bienes sólo podía considerarse como contrato de obras si éstas son el objeto principal y no meramente accesorio del contrato principal.

Mayor interés plantea una cuestión no analizada directamente por el TJCE, aunque sí incidentalmente, que es la relativa a los contratos de servicios y su diferenciación con los contratos de servicio público¹⁰. Es sabido que los contratos de servicios públicos no se hallan sometidos a la normativa comunitaria sobre contratación pública y que por el contrario

(10) Sobre este problema de la diferenciación de los contratos de servicios públicos y los contratos de servicios puede verse J.A. MORENO MOLINA, *Contratos públicos*, cit., págs. 186 a 187, J.J. LAVILLA ALSINA, “El contrato de gestión de servicios públicos”, en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid 1996, págs. 753 a 759, y

los contratos sobre servicios son objeto de la Directiva 92/50. De ahí que la LCAP de 1995 diferencia notablemente su régimen jurídico en lo que hace referencia a los procedimientos de contratación y adjudicación. Resumidamente cabe señalar que, si el objeto del contrato es un servicio público, los anuncios de los procedimientos de adjudicación no deben publicarse en el DOCE (amén de otros aspectos, ahora por centrarse en uno de ellos), y por el contrario en el caso de los contratos de servicios los anuncios –a partir de un determinado umbral– deben publicarse en el DOCE.

Lo anterior obliga a plantearse cuándo nos encontramos ante un contrato de gestión de servicios públicos y cuándo ante un contrato de servicios. Basta ver que la regulación del Título II de la LCAP sobre el contrato de gestión de servicios públicos carece de un precepto relativo al objeto, como ocurre, por ejemplo, en el contrato de obras (artículo 120). Por ello el único punto de enganche para determinar si un contrato es de gestión de servicios públicos nos lo da el breve y confuso artículo 155: “Los contratos mediante los que las Administraciones Públicas encomiendan a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público se regularán por la presente Ley y por las disposiciones especiales del respectivo servicio”.

El problema naturalmente es determinar qué es un servicio público. Y ello es ahora más difícil si acudimos al artículo 197.3 donde se nos señala cuáles son contratos de servicios, y más aun si nos detenemos en el largo listado del artículo 207 donde se nos dice que se recogen las categorías de contratos al objeto de su publicidad en el DOCE y del procedimiento de adjudicación exigido por la normativa comunitaria. Basta leer detenidamente el largo listado del art. 207 para ver que determinados contratos considerados como contratos de gestión de servicios públicos son ahora simples contratos de servicios.

La cuestión ya ha surgido dentro del Derecho comunitario como puede verse en la Sentencia de 10 de noviembre de 1998 (Asunto C-360/96). Se trataba de la creación por varios municipios de una empresa común ARA destinada a las actividades de recogida de residuos, sencillamente, recogida de basuras. En esta cuestión prejudicial había comparecido el Gobierno francés, en defensa de la noción de servicio público entendiendo que los contratos entre los municipios y ARA constituían concesiones de servicio público y que por tanto estaban

C. GUTIÉRREZ VICEN y A. DORREGO TORRES, “Los contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración”, *Derecho de los contratos públicos. Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas*, Barcelona, 1995, págs. 744 a 754. Así explican el origen de la Directiva de servicios y la supresión final que se hizo en su texto definitivo de la inclusión de servicios públicos, quedando limitada por tanto a lo que es específicamente el contrato de servicios. A su juicio la diferencia sustancial se encuentra en que mientras en el contrato de gestión de servicios públicos los destinatarios del servicio son los usuarios y no directamente la Administración, por el contrario en los contratos de servicios es destinatario directo e inmediato del servicio constitutivo del objeto del contrato precisamente la Administración contratante (LAVILLA, pág. 758 y con similares palabras GUTIÉRREZ y DORREGO, pág. 749) y también porque en las concesiones de servicios públicos el interés general es el objetivo inmediato que incluso provoca que si no se prestan por el concesionario los servicios deben ser prestados por la Administración, existiendo una cesión de ejercicio, no de titularidad de facultades administrativas a un particular, en los contratos de servicios éstos son instrumentos de los que se sirve la Administración en segundo o tercer grado para la consecución del interés general (GUTIÉRREZ y DORREGO, pág. 750).

La jurisprudencia del TJCE sobre contratación pública

excluidos de la aplicación de la Directiva 92/50¹¹. Según el Gobierno francés “para que exista una concesión de servicio público en el sentido del Derecho comunitario, es preciso que el contratante sea retribuido bien con el derecho de explotación del servicio bien con este derecho acompañado de un precio”. Esto se daba, a su juicio, en los contratos antes citados, por lo que el Gobierno francés entendía que la respuesta del TJCE era sencilla: no se está ante un supuesto de aplicación de la Directiva de servicios. Similar posición había mantenido el Gobierno británico entendiendo que no se trataba de un contrato de servicios sino más bien de una forma de concebir y estructurar la organización administrativa.

El Abogado General, Antonio La Pégola, había centrado sus Conclusiones en la aplicación *ratione materiae* de la Directiva 92/50, desarrollando en primer lugar la noción de “servicio” y después la noción de contrato de servicios. En primer término respecto de la noción de servicios llega a la conclusión de que la recogida de residuos está incluida dentro del concepto de servicio de la Directiva [Anexo I.A)]. Por el contrario niega que se trate de un contrato de servicios, por entender que nos encontramos más bien ante una concesión de servicios excluida de la Directiva. Destaca las dificultades de diferenciar entre ambos supuestos y por ello acude a la doctrina jurídica y a la Sentencia de 26 de abril de 1994 (Asunto C-272/91). Las características del servicio público frente al contrato de servicios son, a su juicio, que el beneficiario del servicio es un tercero extraño a la relación contractual, generalmente la colectividad, que está revestido de un interés general, que el concesionario sustituye al concedente en sus derechos y obligaciones respecto a los beneficiarios, que la remuneración viene dada por la misma prestación del servicio y que el concesionario asume el riesgo económico derivado de la prestación del servicio.

Tras pasando estos principios generales al caso concreto el Abogado General concluye que el contrato entre los municipios y ARA es una concesión y no un contrato de servicios, dado en especial el sistema financiero y las relaciones entre los Municipios y ARA que hacen además que su naturaleza pueda reconducirse a la noción de órgano de la Administración pública. Y termina señalando que no se da la condición de “tercero” entre los municipios y ARA por lo que la relación existente entre ambos no puede ser considerada como un contrato de servicio en el sentido de la Directiva.

Es importante resaltar que la primera conclusión del informe del Abogado General consista en señalar que el contrato que une a dos municipios con un organismo creado por

(11) Es también la posición española. Así se manifiesta el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa núm. 4/96, de 4 de marzo de 1996, que reitera su anterior posición del Informe de 21 de diciembre de 1995. La Junta Consultiva declara que la LCAP diferencia nítidamente el contrato de gestión de servicio público de los contratos de servicios señalando lo siguiente:

“De las respectivas definiciones de estos contratos resulta que en los primeros, un servicio público titularidad de la Administración se traslada al contratista que gestiona el servicio para su utilización por los particulares. Por el contrario, en el puro contrato de servicios es el contratista el que presta el servicio a la Administración y no a los particulares.”

No obstante añade que “la calificación del contrato deberá hacerse en cada caso atendiendo a su objeto y circunstancias”. Y respecto del caso en que la consulta se refería a la consideración contractual de los servicios de recogida de basuras, su tratamiento, limpieza viaria, limpieza de interiores, jardinería y regulación de aparcamientos en superficie, concluye que son contratos de gestión de servicios públicos, salvo el de “limpieza de interiores” que, en principio, más bien se corresponde al concepto de contratos de servicios.

ellos mismos y al que se encomienda el servicio de recogida y tratamiento de basuras en su ámbito territorial y que es remunerado con recursos de los presupuestos municipales no constituye un contrato de servicios en el sentido de la Directiva 92/50.

Como puede verse el TJCE no recoge en su fallo la anterior conclusión del Abogado General y ello porque elude pronunciarse sobre el concepto de concesión de servicio público, como expresamente señala:

“A este respecto, sin que sea necesario interpretar el concepto de concesión de servicio público, que no es objeto de las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional, basta con señalar que de la información aportada por los municipios, en respuesta a una cuestión formulada por el Tribunal de Justicia, y en especial de los artículos 8 y 9 del acuerdo marco celebrado entre el municipio de Rheden y ARA, así como del artículo 7 del acuerdo de prestación de servicios, relativo a la recogida de basuras domésticas celebrado entre las mismas partes, se desprende que la retribución pagada a ARA consiste únicamente en un precio y no en el derecho de explotación del servicio” (apartado 25).

No obstante más adelante parece que el TJCE responde incidentalmente a esta cuestión:

“En el caso de autos, es indiscutible que la recogida y el tratamiento de basuras domésticas pueden considerarse como una necesidad de interés general. Dado que el grado de satisfacción de esta necesidad que se estime necesario por razones de salud pública y protección de medio ambiente quizás no se consiga si los operadores económicos privados ofrecen, total o parcialmente, a los particulares servicios de recogida, esta actividad pertenece a aquellas respecto de las cuales un Estado puede decidir que deben ser realizadas por autoridades públicas o sobre las que dicho Estado quiere conservar una influencia determinante.”

Por el contrario la Sentencia de 26 de abril de 1994 (Asunto C-272/91) versaba sobre un contrato para la concesión del sistema de automatización del juego de la lotería, donde la Comisión acusaba al Gobierno italiano de no haber anunciado en el DOCE dicho contrato de suministros y en consecuencia había violado la Directiva 77/62. Frente a ello Italia argumenta que no se trata de un contrato de suministros sino de un contrato de concesión de servicio público, lo que en definitiva supone que lo determinante no es la transferencia de bienes al poder adjudicador (suministro) ni el pago de una cantidad por un servicio (contrato de servicios), con base en que se trata de una concesión por la Administración a un tercero de una actividad propia del ejercicio del poder público en materia de fiscalidad.

El TJCE no acepta la argumentación del Gobierno italiano respondiendo que se trata de una adquisición de productos por la Administración, sin transferencia de responsabilidades al concesionario ni tampoco transferencia de la organización del juego de la lotería. Y concluye que las actividades constituyen, por una parte, la prestación de servicios a la Administración y, por otra, la entrega a ésta de determinados bienes. Por ello falla condenando a Italia por la falta de publicación de anuncio de licitación en el DOCE.

V. PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN Y SELECCIÓN

Dentro de la amplitud del procedimiento de adjudicación y selección¹² el TJCE se ha centrado fundamentalmente en tres problemas: la necesaria publicidad de los anuncios de licitación en el DOCE, la necesidad de un procedimiento de verificación de las bajas temerarias y la utilización excepcional del procedimiento negociado.

a) La publicidad comunitaria

Las Directivas comunitarias sobre contratos públicos exigen que, a partir de determinada cantidad, los contratos se anuncien en el DOCE. La publicidad comunitaria constituye un elemento esencial del mercado único, en el que todos los empresarios de cualquier Estado miembro van a poder participar en condiciones de igualdad en la contratación, a cuyo efecto el primer factor esencial es que deben tener la posibilidad de conocer la existencia de un procedimiento de adjudicación.

Así el TJCE ha dedicado diversas Sentencias a condenar a los Estados miembros por no haber publicado anuncios de licitación en el DOCE. A tal efecto cabe recordar las Sentencias relativas a España (Sentencias de 18 de marzo de 1992 y de 3 de mayo de 1994) o las más recientes del año 1998, la Sentencia de 17 de septiembre de 1998 (Asunto C-323/96) que condena a Bélgica y la Sentencia de 17 de diciembre de 1998 (Asunto C-353/96), que condena a Irlanda. Se trata en la mayoría de casos de condenas en función de que el ente contratante es un poder adjudicador a los efectos de la correspondiente Directiva comunitaria o bien no cabía acudir al procedimiento negociado, y por tanto debía haber publicado el anuncio de licitación en el DOCE.

En segundo lugar el TJCE se ha ocupado del contenido de los anuncios de licitación. Así exige que los anuncios a publicar en el DOCE proporcionen a los empresarios información suficiente sobre las condiciones del contrato (Sentencia de 20 de septiembre de 1988 “Beentjes”) y que además se ajusten en su contenido al mínimo marcado en las Directivas (Sentencia de 24 de enero de 1995, Asunto C-359/93).

b) Sujeción a la normativa contractual. Especial referencia a las bajas temerarias

La normativa contractual es la ley que rige el contrato, y viene formada no sólo por las Directivas comunitarias y por el Derecho interno sino también por las cláusulas y condicionamientos fijados en las bases que deben regir los procedimientos de adjudicación. No en vano los criterios de selección, especialmente en los concursos, deben ir definidos en las bases de contratación.

Los criterios de selección deben ser iguales para todos los empresarios que concurren a un procedimiento de licitación y por ello los órganos de contratación deben ajustarse a ellos. Así la Sentencia de 22 de junio de 1993 (Asunto C-243/89) “Storebaelt” condenó

(12) Sobre la adjudicación, recogiendo jurisprudencia del TJCE y del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, vid. J. L. GIL IBÁÑEZ, *Procedimientos y formas de adjudicación de los contratos administrativos*, Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 1998.

a Dinamarca por haber entablado negociaciones con el contratista sobre la base de una oferta no conforme con el pliego de condiciones, lo que impedía que pudiera existir un elemento comparativo común entre las ofertas de los diversos licitadores. Por su parte la Sentencia de 25 de abril de 1996 (Asunto C-87/94) condena a Bélgica por la adjudicación de un contrato de adquisición de autobuses, tanto por haberse modificado las proposiciones de una empresa durante el procedimiento de adjudicación, como por haberse separado de las cláusulas particulares del contrato en el momento de la selección.

No obstante tampoco cabe introducir criterios de selección contrarios a las Directivas. Así las Sentencias de 28 de marzo de 1985 (Asunto 274/83) y de 3 de junio de 1992 (Asunto C-360/89) condenan a Italia por este motivo. Frente al sistema, que por ejemplo, recogía antes el Derecho español, de la aplicación automática de las bajas temerarias, con la exclusión del licitador incurso en ellas, las Directivas comunitarias implantaron un procedimiento de verificación previa de la baja temeraria que permitiera al posible adjudicatario justificar la misma y, en su caso, garantizar la prestación del contrato.

Así las Sentencias de 10 de febrero de 1982 “Transporoute”, de 22 de junio de 1989 “Fratelli Costanzo”, de 18 de junio de 1991 “Donà Alfonso” y de 16 de octubre de 1997 (Asunto C-304/96), a la que puede añadirse la Sentencia de 26 de octubre de 1995 “Furlanis”, reiteran la obligación de verificar la baja temeraria sin que pueda aplicarse un procedimiento automático de exclusión. Cabe resaltar que en todos los casos, excepto en el más antiguo de “Transporoute”, se trataba de cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales de Italia.

c) El procedimiento negociado

El TJCE ha declarado que el procedimiento negociado¹³ es de carácter excepcional y por tanto su interpretación debe ser restrictiva. Basta a tal efecto ver la Sentencia de 17 de noviembre de 1993 (Asunto C-71/92) que condenó a España al no aceptarse las causas de contratación directa contenidas en la legislación española adaptada en 1986.

En concreto el TJCE fija los requisitos para aplicar el procedimiento negociado, en sus Sentencias de 18 de marzo de 1992 y de 2 de agosto de 1993, que ahora resumidamente recuerda la Sentencia de 28 de marzo de 1996 (Asunto C-318/94):

“El Tribunal de Justicia también ha declarado que la excepción prevista por la letra d) del artículo 9 de la Directiva 71/305, a saber, la dispensa de la obligación de publicar un anuncio de licitación, está supeditada al cumplimiento de tres requisitos acumulativos. En efecto, supone la existencia de un acontecimiento imprevisto, de una imperiosa urgencia incompatible con los plazos requeridos en otros procedimientos y, por último, de una relación de causalidad entre el acontecimiento imprevisto y la imperiosa urgencia que deriva de éste (...) Si no se cumple uno de los requisitos, el recurso al procedimiento negociado no está justificado” (apartado 14).

(13) Véase M. BRAVO FERRER, “El procedimiento negociado y las excepciones al campo de aplicación de las Directivas sobre contratación pública”, *Noticias de la Unión Europea* núm. 142/1996, págs. 65 a 85.

La jurisprudencia del TJCE sobre contratación pública

Por su parte la Sentencia de 28 de marzo de 1995 (Asunto C-324/93) rechazó el recurso al procedimiento negociado basado en la existencia de especificidades técnicas y de seguridad, dado que no se justifica de forma suficiente ante el TJCE el haber acudido a este procedimiento excepcional.

No se olvide que la Sentencia de 18 de marzo de 1992 (Asunto C-24/91) condenó a España por recurrir a este procedimiento negociado y no haber publicado anuncio de licitación en el DOCE.

En definitiva debe señalarse que el TJCE no ha aceptado en ningún caso las alegaciones que pretendían fundamentar el recurso al procedimiento negociado y ha condenado a los Estados denunciados por incumplimiento.

VI. RECURSOS Y MEDIDAS CAUTELARES

Se trata de analizar la jurisprudencia del TJCE sobre la aplicación en los ordenamientos internos de los Estados miembros de las disposiciones de las Directivas de recursos que ofrecen una defensa a los particulares frente a las violaciones de los poderes y entidades adjudicadoras respecto del Derecho comunitario material¹⁴.

No obstante, es preciso recordar que el primer garante de la aplicación del Derecho comunitario son los Tribunales nacionales, a los que se suma en esta labor el TJCE a través de la vía del recurso por incumplimiento y, de modo más indirecto, mediante el auxilio a través de la cuestión prejudicial.

En primer lugar se plantea la necesidad de transponer en plazo y en complitud las Directivas de recursos. Así la Sentencia de 19 de septiembre de 1996 (Asunto C-236/95) condenó a Grecia, por la falta de transposición de la Directiva 89/665 de recursos, dado que, a pesar de que su legislación del procedimiento administrativo contemplaba la posibilidad de recursos y de suspensión, se trataba de normas generales que no garantizaban una correcta y concreta adaptación del Derecho interno a la Directiva. Y destaca, en primer término, la falta de claridad y precisión de la normativa griega respecto de las medidas provisionales en caso de recurso de anulación de procedimientos de adjudicación, y en segundo lugar, la falta de acogida del derecho de indemnización que recoge la Directiva para los casos de violación del Derecho comunitario. Asimismo la Sentencia de 19 de mayo de 1999 (Asunto C-225/97) condena a Francia por haber efectuado una adaptación incompleta de la Directiva 92/13/CEE, por no haber incorporado las garantías del sistema de certificados y del procedimiento de conciliación, y ello a pesar de que Francia defendía que su adaptación se había efectuado a través de la encomienda de los certificados a un organismo especializado y la información ofrecida a las empresas interesadas sobre el procedimiento de conciliación.

(14) Sobre las medidas cautelares es básico el libro de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares: derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Ed. Civitas, 2.ª ed., Madrid, 1995. Respecto de las Directivas de recursos y su incorporación efectiva al Derecho español, pueden verse J. M. GIMENO FELIÚ, *El control de la contratación pública (Las normas comunitarias y su adaptación en España)*, Ed. Civitas, Madrid 1995, y J.F. MESTRE DELGADO, "El régimen de recursos", en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 136/1996, págs. 73 a 79.

Por su parte la Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Asunto C-54/96), tras declarar el carácter de órgano jurisdiccional de la Comisión Federal de Control de Alemania que ejerce, entre otras competencias, la del control en materia de contratos públicos (apartado 38), establece además que el Derecho comunitario obliga a los Estados miembros a interpretar su ordenamiento interno en favor de la aplicación de las Directivas, aquí las de recursos, en el sentido de aceptar los recursos que soliciten los particulares para garantizar el cumplimiento del Derecho comunitario, pudiendo a tal efecto éstos invocar directamente las Directivas. En otro caso el Estado incurrirá en responsabilidad y deberá indemnizar los daños producidos por la falta de adaptación del Derecho comunitario.

En la misma línea de la anterior Sentencia, las Sentencias de 24 de septiembre de 1998 (C-76/97) y de 4 de marzo de 1999 (Asunto 258/97), en cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales de Austria, sientan idéntica doctrina, por lo que cabe transcribir el fallo en la parte afectante a esta materia de la segunda Sentencia citada, que es el siguiente:

“Ni el apartado 8 del artículo 2 ni las demás disposiciones de la Directiva 89/665 pueden interpretarse en el sentido de que, en caso de que el Derecho interno no se haya adaptado a la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, al finalizar el plazo señalado al efecto, los organismos de los Estados miembros competentes para conocer de los recursos en materia de procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras y de suministros, establecidos con arreglo al apartado 8 del artículo 2, estén facultados también para conocer de los recursos relativos a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios. No obstante, las exigencias de una interpretación del Derecho nacional que sea conforme con la Directiva 92/50 y de una protección efectiva de los derechos de los justiciables requieren que el órgano jurisdiccional nacional compruebe si las disposiciones pertinentes del Derecho nacional permiten reconocer a los justiciables un derecho a interponer recursos en materia de adjudicación de contratos públicos de servicios. En circunstancias como las del litigio principal, el órgano jurisdiccional nacional está obligado, en particular, a comprobar si ese derecho de recurso puede ser ejercitado ante los mismos órganos que los previstos en materia de adjudicación de contratos públicos de suministros y de obras.”

A similares conclusiones llega el TJCE respecto de la Directiva 92/13 de recursos en contratos de los sectores excluidos, en la Sentencia de 24 de septiembre de 1998 (Asunto C-11/97).

VII. ESPECIAL REFERENCIA A LAS SENTENCIAS RELATIVAS A ESPAÑA

Las Sentencias relativas a España son las cuatro siguientes por orden cronológico:

1. Sentencia de 18 de marzo de 1992 (Asunto C-24/91).

La jurisprudencia del TJCE sobre contratación pública

2. Sentencia de 17 de noviembre de 1993 (Asunto C-71/92).
3. Sentencia de 19 de abril de 1994 (Asunto C-331/92).
4. Sentencia de 3 de mayo de 1994 (Asunto C-328/92).

De estas Sentencias, tres de ellas son de condena a España en recursos por incumplimiento bien respecto de casos concretos o por incorrecta adaptación de las Directivas comunitarias, y sólo una de ellas (la Sentencia de 19 de abril de 1994) resuelve una cuestión prejudicial.

Las Sentencias de condena que afectan a casos concretos son dos. En primer lugar, la Sentencia de 18 de marzo de 1992 en que se condena a España por haber incumplido la Directiva 71/305 sobre obras, por la contratación directa de obras de construcción de una Facultad efectuada por la Universidad Complutense de Madrid. No se admite el procedimiento negociado sin publicidad, al no aceptarse las razones de imperiosa urgencia que se alegaban por España. Se contesta a España que los mismos objetivos podían haberse alcanzado recurriendo al procedimiento acelerado del art. 15 de la Directiva, que garantiza la publicidad del anuncio de contratación en el DOCE.

En segundo lugar, la Sentencia de 3 de mayo de 1994 condena a España por las adquisiciones de suministros efectuadas por la Seguridad Social, en las que no se producía publicación en el DOCE, dado que se procedía a la contratación directa de la casi totalidad de los suministros, lo que suponía una vulneración de la Directiva 77/62/CEE.

Mayor relevancia tuvo la Sentencia de 17 de noviembre de 1993 por la se condenó a España debido a la adaptación incorrecta de las Directivas comunitarias efectuada con motivo del ingreso de España en las Comunidades Europeas en 1986¹⁵. Como se recordará la Ley 47/1985, de 27 de diciembre, facultaba al Gobierno para aprobar los correspondientes textos articulados de aquellas Leyes que precisasen su adaptación al Derecho Comunitario. Con base en dicha delegación legislativa el Gobierno aprobó el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, por el que se modifica la Ley de Contratos del Estado para adaptarla a las Directivas de la Comunidad Económica Europea. Y en desarrollo del mismo se aprobó posteriormente el Real Decreto 2528/1996, de 28 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento General de Contratación. Frente a ambas normas interpuso la Comisión recurso por incumplimiento ante el TJCE que fue estimado parcialmente en cuatro aspectos:

a) Sobre la exclusión del ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública: el TJCE entendió que los apartados 3 y 8 del artículo 2 de la LCE (y los correlativos del Reglamento) que establecían exclusiones de la aplicación de la legislación contractual administrativa no se ajustaban al Derecho comunitario.

(15) Sobre esta Sentencia *vid.* los comentarios de J.M. TRAYTER, “Consecuencias inmediatas que sobre la legislación española de contratación administrativa provoca la declaración de incumplimiento realizada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 1993”, en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 125/1995, págs. 99 a 114, y J.F. LÓPEZ-FONT, “La apertura de los procedimientos nacionales de adjudicación de contratos a las empresas de otros Estados miembros de la Unión Europea”, *RAP*, núm. 134/1994, págs. 335 a 342.

b) Sobre las disposiciones relativas a la contratación directa: se declara de desconformidad con el Derecho comunitario de determinados apartados de los artículos 3 y 87 LCE (y sus correlativos del Reglamento General de Contratación y el art. 120 del Texto Refundido del Régimen Local) por contemplar supuestos de contratación directa que exceden de las excepciones de aplicación del procedimiento negociado contempladas en las Directivas sobre contratos públicos de obras y de suministros.

c) Sobre las normas de participación y los criterios de selección cualitativa: el TJCE declara la incompatibilidad con el Derecho comunitario de diversos preceptos del Reglamento General de Contratación por los que se imponían diversas exigencias a las empresas en orden a poseer y acreditar la personalidad y capacidad financiera, económica y técnica.

d) Sobre determinadas normas en el ámbito técnico: Se declara la incompatibilidad del art. 244 del Reglamento General de Contratación por no contemplar de forma expresa dentro de la exigencia de especificaciones técnicas la mención a la aceptación del origen o producción determinada, siempre con el recurso a la fórmula de “o equivalente”.

La última Sentencia es la relativa a una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal español, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con motivo de la aplicación de la normativa comunitaria sobre contratos públicos a un contrato. Se trataba de la cesión y construcción del Casino de las Palmas, donde se convocaron dos concursos públicos para adjudicar la autorización y apertura de un Casino de Juego en los locales del Hotel Santa Catalina en Las Palmas y otro relativo al uso de las instalaciones del Hotel y la explotación de la actividad hotelera, debiendo tenerse en cuenta que el Hotel era propiedad del Ayuntamiento de Las Palmas. La Empresa arrendataria del Hotel “Gestión Hotelera Internacional” no resultó adjudicataria de los concursos, por lo que impugnó los mismos por entender que debían efectuarse obras de reforma en el Hotel y que por ello la Orden del Gobierno de Canarias que convocaba ambos concursos debía haberse publicado en el DOCE.

El problema que plantea esta Sentencia de 19 de abril de 1994 consiste en determinar si un contrato mixto de ejecución de obra y cesión de bienes puede considerarse incluido dentro del concepto de contrato de obras públicas de la Directiva 71/305/CEE. El TJCE responde a la cuestión del siguiente modo:

“Un contrato mixto cuyo objeto es a la vez la ejecución de obras y una cesión de bienes no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, si la ejecución de las obras sólo tiene carácter accesorio respecto de la cesión de bienes.”

La revisión de oficio de los actos administrativos tras la Ley 4/1999, de 13 de enero

CONSUELO ALONSO GARCÍA

Profesora Titular de Derecho
Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario:

- I. Introducción. II. Revisión de actos administrativos nulos de pleno derecho (art. 102 LAP). III. Revisión de oficio de actos anulables favorables a los interesados (art. 103 LAP). IV. Revocación de actos no declarativos de derechos y de gravamen (art. 105 LAP). V. Límites de la revisión y revocación (art. 106 LAP).**

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 4/1999, de 13 de enero (LMLAP en adelante), de reforma de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LAP, en adelante), ha venido a traducir al ámbito legislativo la unánime voz doctrinal que se había pronunciado a favor de la urgente corrección y modificación del vigente conjunto de la regulación jurídica de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común¹.

La nueva Ley ha dado un importante vuelco en la ordenación de determinadas instituciones, introduciendo cambios en algunas de las más trascendentales, como en el régimen del silencio administrativo, en la obligación que incumbe a las Administraciones públicas de resolver en plazo los procedimientos administrativos y las consecuencias de su incumplimiento, la actualización del régimen de las medidas provisionales, la reconsideración del sistema de recursos, etc. Precisamente uno de los sectores en los que la crítica científica había sido más contundente, y, por consiguiente, la enmienda operada ha resultado decisiva, ha sido el regulado en el Capítulo II del Título VII de la norma, relativo a la potestad que ostenta la Administración de revisar de oficio sus propios actos, cuyo análisis será el que nos ocupe en las siguientes líneas.

Siguiendo la sistematización de los artículos 102 a 106 de la Ley de 1992 —respetada por los artículos 21 a 23 de la modificación de 1999—, nuestra exposición de este tema se

(1) Sobre esta cuestión pueden examinarse los trabajos de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y de procedimiento administrativo común de 1992”. RAP, núm. 130 (1993); J. GONZÁLEZ PÉREZ, “La Ley de Régimen jurídico de las Administraciones públicas dos años después”. RAP, núm. 136 (1995); S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER “Anotaciones escépticas sobre la nueva regulación del procedimiento administrativo”. REDA, núm. 78; S. MUÑOZ MACHADO, “Régimen jurídico de las Administraciones públicas y el procedimiento administrativo común”, en Coloquio de la Universidad de Córdoba, 12 de junio de 1992. Especialmente página 81; R. PARADA VÁZQUEZ, Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), Marcial Pons, Madrid, 1993; R. ENTRENA CUESTA, llega a proponer cuáles hayan de ser las modificaciones de *lege ferenda*: “La revisión de oficio de los actos administrativos por causa de ilegalidad”, en Administración pública y procedimiento administrativo, coordinado por J. TORNOS MAS, Bosch, Barcelona, 1994.

figurará en los siguientes contenidos: La revisión de los actos administrativos nulos de pleno derecho (II), la de los actos administrativos favorables al interesado que incurran en vicios que los hagan meramente anulables (III), para, a continuación, abordar la revocación de los actos administrativos no declarativos de derechos y de gravamen (IV), así como, finalmente, las limitaciones a las que se enfrentan tanto una como otra figura (V).

II. REVISIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS NULOS DE PLENO DERECHO (ART. 102 LAP)

La potestad que ostentan las Administraciones públicas de revisar de oficio los actos administrativos por ellas dictados en el supuesto de que los mismos incurran en algún vicio que los hagan nulos de pleno derecho apenas ha experimentado con la nueva regulación novedades significativas respecto del texto de 1992. Aun con todo, es necesario realizar al respecto unas breves precisiones sobre la actual configuración de esta facultad.

1. Actos revisables

A) Actos susceptibles de revisión

Sólo pueden ser revisados por esta vía los actos nulos de pleno derecho, sin que la LAP establezca expresamente si el sistema definido en su artículo 102 –hoy corregido por el artículo 21 LMLAP–, es aplicable exclusivamente a los actos que conlleven efectos favorables al interesado o se extiende, asimismo, a los actos de gravamen. Entendemos que las garantías suministradas por el citado precepto sólo son referibles a los primeros, ya que la propia legislación antedicha reserva para los segundos la previsión contenida en su artículo 105, que supone prácticamente la libertad revocatoria plena².

(2) Seguimos en este punto la opinión de R. GÓMEZ FERRER, “La revisión de oficio”, en la obra colectiva dirigida por LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 288 y 289. Así lo ha determinado el Consejo de Estado en la doctrina incluida en los dictámenes número 26311, de 9 de junio de 1960 y número 25471, de 5 de noviembre de 1960, así como en la jurisprudencia (citados por J. AROZAMENA SIERRA, “Comentario al capítulo primero del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (arts. 102 al 106) (Revisión de oficio de actos y disposiciones reglamentarias)”, *RAP*, 140 (1996), pág. 73. No obstante, este mismo autor ha señalado que esta interpretación “no se ajusta al tenor literal de los mencionados artículos, pues, como se ha dicho, cuando los actos –declarativos o no de derechos– incurran en nulidad de pleno derecho, su eliminación por causa de ilegalidad constitutiva de nulidad debe ajustarse a las prevenciones hoy del artículo 102 de la Ley 30/1992 y, anteriormente, del artículo 109 de la LPA”, pág. 74. Por su parte, PARADA, aunque si bien considera que la Ley no hace distinción alguna entre actos declarativos de derechos y actos desfavorables, por lo que ambos se sujetarían al procedimiento previsto en el artículo 102 LAP, estima que en el segundo supuesto “su anulación irregular no encontrará protesta ni recurso alguno que se le oponga aun cuando la Administración no cuente para ello con un informe favorable del Consejo de Estado” (*Régimen jurídico...*, op. cit., pág. 343. Por su parte M. CUCHILLO FOX señala tres importantes circunstancias que le impiden considerar la aplicación del precepto exclusivamente a los actos favorables, decantándose a favor de la extensión de la institución revisora prevista en el precepto que comentamos a todos los actos administrativos viciados de nulidad (“La revisión de oficio y la revocación en la LRJPAC” en *Administración pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, citado, págs. 374 y ss.)

También son partidarios de limitar la operatividad del artículo 109 LAP a los actos declarativos de derechos J.A. SANTAMARÍA PASTOR y L. PAREJO ALFONSO. Sin embargo, estos autores critican la doctrina jurisprudencial que exige el cumplimiento de los requisitos del citado artículo para proceder a la declaración de nulidad de actos administrativos favorables al interesado que incluye dentro del supuesto exclusivamente los actos declarativos de derechos y no los simples intereses legítimos. Consideran que esta interpretación atenta a la literalidad de la redacción del artículo 24.1 del Texto

La revisión de oficio de los actos administrativos

En cualquier caso, el procedimiento de revisión sólo se pondrá en marcha frente a actos que incurran en alguna de las causas de nulidad previstas bien en el artículo 62.1 de la Ley de 1992, —precepto que también ha sido modificado por el artículo 18 LMLAP—, bien en otros preceptos de rango legal, dada la cláusula abierta establecida en el artículo 62.1.g) de la misma.

No entran dentro de esta categoría, por excluirlos expresamente la Disposición Adicional Quinta de la Ley 30/1992, los actos administrativos de carácter tributario.

Pero además, resta una última limitación de la determinación de los actos administrativos que pueden ser objeto de declaración de nulidad realizada de oficio por la Administración, excepción que, introducida en el texto de 1992 y mantenida por la norma de 1999, consiste en que los actos susceptibles de este tipo de revisión, además de encuadrarse en alguna de las categorías de vicios que provocan su nulidad han de haber puesto fin a la vía administrativa o no haberse interpuesto frente a los mismos recurso administrativo en plazo, es decir, como ha señalado GÓMEZ FERRER, se trata de actos que han de haber “fijado definitivamente la posición de la Administración”³.

B) Posibilidad de revisión de las disposiciones generales

El texto de 1999 —artículo 21.2—, ha introducido en la regulación de este instituto revisorio una importante novedad, consistente en la consideración en el ámbito objetivo de la declaración de nulidad por la propia Administración pública de las disposiciones administrativas de carácter general, con los mismos requisitos y bajo idénticos cauces que los previstos para la revisión de los actos administrativos. Con ello se despejan las dudas dogmáticas que se habían presentado a la admisión o no de las normas de rango reglamentario dentro de estos supuestos de revisión de oficio.

En este punto las opiniones doctrinales se encontraban enfrentadas ya desde la promulgación del texto de 1958. Desde la remisión genérica que su artículo 109 realizaba al 47 de la LPA —que permitía incluir entre los supuestos de nulidad por él regulados tanto actos como reglamentos—, parte de la doctrina admitió la posibilidad de revisar de oficio los reglamentos. Así lo entendió GARCÍA DE ENTERRÍA, para quien la regla de nulidad de las disposiciones reglamentarias frente a cualquier ilegalidad permite integrar éstas dentro de la acción de nulidad de pleno derecho a la que llama el citado precepto⁴.

constitucional (*Derecho administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, págs. 375 y 376). También este aspecto de no cobertura por el artículo 102 LAP de las expectativas y los intereses legítimos, y la consiguiente posibilidad de revocación *ad nutum* de los mismos, es contestado por F. LLISSET BORREL, “Motivos y medios de eliminación de los actos administrativos”, en VVAA: *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común*. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1994, pág. 314.

(3) R. GÓMEZ FERRER, “La revisión...”, cit. pág. 288. Para el profesor PARADA VÁZQUEZ esta cláusula ha de interpretarse en el sentido de imposibilidad del planteamiento de la acción de nulidad mientras se pueda ejercitar contra el acto el oportuno recurso ordinario en sede administrativa. Entenderlo de otro modo —como cierre de esta revisión frente a los actos consentidos—, supondría dejar “desactivada” o “inservible” la acción de nulidad, “pues justamente su utilidad radica en su imprescriptibilidad, condición que desaparece si los plazos de prescripción de los derechos materiales se sustituyen por los brevísimos plazos de interposición del recurso ordinario (un mes) o del contencioso-administrativo (dos meses)” (*Régimen jurídico...*, op. cit., pág. 344).

(4) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1993, Tomo I, págs. 193 y ss.

Tampoco SANTAMARÍA PASTOR y PAREJO ALFONSO dudaron de la aplicación del artículo 109 del texto de 1958 a los reglamentos⁵. A mayor abundamiento de esta tesis, la Orden de 12 de diciembre de 1960 señaló el cauce procedimental y los requisitos para determinar este efecto. En el mismo sentido se desmarcó la jurisprudencia, significativamente en una importante Sentencia de 30 de noviembre de 1984 (Ar. 6560).

Desde el prisma de la legislación de 1992, en la que la remisión a las causas de nulidad lo era sólo al artículo 62.1, que, como sabemos, no se refiere en absoluto a los reglamentos, cuyos motivos de nulidad vienen previstos en el apartado 2 del mismo precepto, y en cuyo texto se imposibilita el recurso en vía administrativa frente a las disposiciones administrativas de carácter general (artículo 107.3), la cuestión distaba, asimismo, de ser pacífica.

En sentido contrario a la inclusión de las disposiciones administrativas de carácter general en el artículo 102 LAP se había pronunciado GARCÍA-TREVIJANO, quien había afirmado expresamente que la LAP había puesto fin al sistema de revisión de oficio de las normas⁶.

Sin embargo, los profesores GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO consideraban que no existían razones para excluir este tipo de disposiciones del régimen previsto en el citado artículo 102 LAP. Estos autores basaban la fundamentación de su tesis en los mismos argumentos que expuso en su día LAVILLA ALSINA para llegar a idéntica conclusión desde el texto de 1958. Este último, después de preguntarse qué sentido tiene aplicar a las disposiciones generales el procedimiento regulado en dicho artículo, cuando éstas siempre pueden modificarse y derogarse sin necesidad de acudir a dicha vía, se plantea como respuesta a este interrogante la diferenciación de los efectos que en el tiempo producen ambas posibilidades. Así, mientras las consecuencias de la derogación, como modo normal para determinar la ilegalidad de un reglamento, sólo pueden referirse hacia el futuro, son *ex nunc*, la declaración de nulidad de la norma a la que abocaría el empleo del citado precepto se produciría *ex tunc*, permitiendo, por tanto, la retroacción del resultado de la disposición ilegal, sin perjuicio de la subsistencia de los actos firmes dictados en su aplicación⁷.

(5) Afirman estos profesores que “La depuración de sus ilegalidades interesa especialmente al ordenamiento jurídico, dada la mayor perturbación que para el mismo supone su invalidez” (*Derecho administrativo...*, op. cit., págs. 378 y 379).

(6) Para J.A. GARCÍA TREVIJANO, la no inclusión expresa en la Ley de 1992 de los reglamentos como disposiciones susceptibles de ser declaradas de oficio nulas de pleno derecho determina la derogación de la Orden de 12 de diciembre de 1960. Esta conclusión queda avalada por las siguientes razones: en primer lugar, por la remisión del artículo 102 LAP al 62.1, lo que excluye la revisión de los reglamentos, cuya nulidad se encuadra en el artículo 62.2 del mismo texto; en segundo lugar, por la diferenciación que se desprende de todo el articulado de la nueva LAP entre actos administrativos y reglamentos; tercero, la no derogación por el legislador de 1992 del procedimiento de elaboración de las disposiciones generales, y sí del de revisión de oficio; cuarto, el carácter meramente procedimental, no sustantivo, de la citada Orden de 1960; finalmente, la aceptación por la LAP de la mera anulabilidad de los Reglamentos, que podría llevar a considerar, no sin polémica al respecto, la posibilidad de aplicar a los así viciados el sistema previsto en el artículo 103 del texto (“La revisión de oficio de actos administrativos. Reclamación administrativa previa a las vías civil y laboral (artículos 102 a 106 y 120 a 126)”, en la obra colectiva *Administraciones públicas y ciudadanos*, coordinada por B. PÉNDAS, Praxis, Barcelona, 1993, págs. 655 y ss.)

(7) L. LAVILLA ALSINA, “La revisión de oficio de los actos administrativos”, RAP, núm. 34 (1961). Para J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, la acción de nulidad frente a reglamentos conseguida por esta vía tiene sentido en la medida en que es posible diferenciarla de la derogación, pues los efectos temporales de ambas son diversos: en la derogación, se producen desde la publicación de la Disposición Derogatoria, mientras que en nuestro caso, desde que se publica la disposición declarada nula (*Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 1087 y 1088).

La revisión de oficio de los actos administrativos

Por su parte, GÓMEZ FERRER, si bien consideraba que el artículo 102.1 LAP no era aplicable a la revisión de oficio por la propia Administración de los reglamentos, tal regulación “tampoco ha afectado a la posibilidad de llevar a cabo la revisión” a través de la Real Orden de 12 de enero de 1960⁸.

La nueva Ley de 1999 ha despejado claramente las dudas que pudieran oponerse a esta interpretación extensiva, considerando expresamente la posibilidad de declarar de oficio la nulidad de las disposiciones administrativas de carácter general a las que se refiere el artículo 62.2 del texto.

Entendemos que esta nueva redacción es acorde con los principios que inspiraron la doctrina científica y jurisprudencial a favor de esta tesis, que, desde nuestro punto de vista, se habían mantenido vigentes, pese a las opiniones contrarias, en el texto de 1992. Tal planteamiento no podía ser de otro modo, ya que la Administración está obligada por los principios de legalidad y seguridad jurídica —máxime en un Estado proclamado constitucionalmente como de Derecho—, que le obligan a retirar del ordenamiento jurídico todo reglamento que estime ilegal, y, por tanto, contrario al mismo, siendo la propuesta una posible vía, no exclusiva, para llegar a dicha conclusión, y con efectos diversos de la derogación. Por otro lado, la exigencia de un procedimiento administrativo, imprescriptible y con participación ineludible y vinculante del Consejo de Estado, para examinar las situaciones subjetivas de los afectados por la invalidez de la norma reglamentaria supone una garantía nada desdeñable para estos interesados y para el entero conjunto de la colectividad.

2. Procedimiento de revisión

A) Iniciación del procedimiento

a) Efectos respecto de la declaración de nulidad

El procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos o de las disposiciones de carácter general a través del mecanismo previsto en el artículo 102 LAP puede iniciarse por voluntad administrativa o a solicitud del interesado. Este aspecto no ha sido alterado por la LMLAP. Ello no es óbice, sin embargo, para la interpretación de todos los trámites requeridos como confluyentes en una auténtica “declaración de nulidad” del acto o la disposición general revisada⁹.

(8) GÓMEZ FERRER basa su postura en los siguientes argumentos: En primer lugar, en la antigua Ley de Procedimiento Administrativo, en la que la distinción entre actos administrativos y reglamentos se expresaba claramente, por lo que cuando el artículo 109 regulaba la declaración de nulidad de los actos enumerados en el artículo 47 excluía del sistema a aquéllos; segundo, al demostrar la realidad que la revisión de las disposiciones generales era un medio necesario para canalizar los conflictos que se producían entre diversos órganos administrativos, la cuestión pudo haberse contemplado en la Ley de Conflictos Jurisdiccionales, que, sin embargo, no hizo alusión alguna a estos supuestos; finalmente, la Orden de la Presidencia de 12 de enero de 1960 —amparándose en la Disposición Final Segunda de la Ley de Procedimiento administrativo—, reguló este procedimiento de revisión de las disposiciones de carácter general diferenciado del previsto en el artículo 109 LAP. Tras estos argumentos, concluye que la Ley 30/1992 no ha modificado la descrita situación, que ha venido amparándose en la citada Orden de 1960 (“La revisión...”, cit., págs. 289 y ss.)

En sentido favorables a esta revisión vid. Dictamen del Consejo de Estado número 524, de 30 de noviembre de 1995, comentado por AROZAMENA SIERRA, “Comentario...”, cit., págs. 83 y ss.

(9) En esta consideración ha insistido de manera unánime la doctrina. Vid. sobre este punto R. BOCANEGRA SIERRA, *La revisión de oficio de los actos administrativos*, IEAL, Madrid, 1977, págs. 186 y ss.

Como tal, esta potestad resulta ser de obligado ejercicio para la Administración pública, y no sólo por la entera comprensión de los vicios que hacen nulo el acto administrativo como de orden público, sino por la justificación de la puesta a disposición de esta facultad a favor de la misma en el principio de legalidad.

La Ley de 1999 sí ha introducido en esta fase procedimental una importante previsión: el trámite de inadmisión de las solicitudes de revisión, consistente, según indica el inciso tercero del nuevo artículo 102, en la posibilidad de examinar cautelarmente las mismas si éstas no se basan en alguna de las causas de nulidad del artículo 62 o carecen manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales, según el tenor literal del precepto. Con ello se evitará el abuso de los particulares del recurso a esta técnica cuando su pretensión no esté suficientemente acreditada o fundada¹⁰.

b) Órgano competente

Tanto la LAP como la reforma de 1999, al igual que ocurría en la legislación de 1958, silencian cualquier referencia a la determinación de cuál sea el “órgano competente” al que remiten, para acordar la declaración de nulidad del acto administrativo o, actualmente, las disposiciones de carácter general.

A falta de esta concreción, la doctrina venía entendiendo la aplicación analógica de las reglas dictadas a este respecto para el recurso de lesividad. No obstante, para este concreto procedimiento la nueva regulación continúa refiriéndose, en el ámbito de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas, a la autoridad “competente”, sin definir cuál sea ésta –nuevo artículo 103.3–, aunque se encarga de señalar expresamente que para la Administración Local esta facultad recaerá sobre el Pleno de la Corporación o, en su defecto, el órgano colegiado superior de la entidad –nuevo artículo 103.5–.

Estas previsiones han sido concretadas, para la Administración del Estado y los Organismos públicos adscritos a las mismas, tanto para la revisión de los actos nulos como de los anulables, por la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado –Ley 6/1997, de 14 de abril–.

En la misma se establece la competencia general del Consejo de Ministros, para la revisión de sus propios actos y los dictados por los Ministros [apartado 1.a)]. Para la prime-

(10) Esta posibilidad se admitía ya, aunque no de manera expresa, en la legislación de 1958. Así lo ponen de manifiesto SANTAMARÍA PASTOR y PAREJO ALFONSO, quienes mantenían que el hecho de definir el sistema previsto en el artículo 109 de aquel texto como acción de nulidad no significaba la obligación de la Administración de atender cuantas solicitudes a instancia de los interesados recibiera por esta causa “sin un examen previo” de la misma. A tal efecto, la Administración, según estos autores, cumple con la exigencia de tutelar efectivamente los derechos e intereses legítimos “iniciando el expediente y sometiendo el caso a un escrupuloso y delicado examen, pero decidiendo, en último trámite, si procede o no llevar hasta el final el procedimiento de revisión iniciado”, por no advertir, en este último supuesto, vicio de nulidad alguno en el acto. En cualquier caso, frente a esta resolución cabrá interponer los correspondientes recursos (Derecho administrativo..., op. cit., págs. 377 y 378).

La revisión de oficio de los actos administrativos

ra de las Administraciones mencionadas, la competencia recaerá sobre los Ministros, respecto de los actos de los Secretarios de Estado y de los dictados por los órganos directivos de su Departamento no dependientes de una Secretaría de Estado¹¹, correspondiendo a los Secretarios de Estado la revisión de los dictados por los órganos directivos de ellos dependientes [apartado 1.b)]¹².

Para la Administración institucional, el apartado 1.c) de la citada disposición prevé la competencia de los órganos a los que estén adscritos los Organismos, respecto de los actos dictados por el máximo órgano rector de éstos, y la de los máximos órganos rectores de los Organismos respecto de los actos dictados por los órganos de ellos dependientes.

Para la Administración Local, y al margen de la aplicación a la misma de las reglas previstas para la declaración de lesividad en el nuevo artículo 103.5 LMLAP –redactado conforme al 22.4 de la misma, según ya hemos comprobado–, dicha facultad recae sobre el Pleno del Ayuntamiento, al venir así establecido en su legislación sectorial, concretamente en el artículo 110 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local –Ley 7/1985, de 2 de abril–, y en su defecto, por el órgano colegiado superior de la entidad¹³.

Finalmente, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, teniendo en cuenta el carácter básico de la LAP, la atribución competencial para proceder a la revisión de oficio se habrá de realizar por la respectiva legislación autonómica, aunque lo lógico será entender, siguiendo las anteriores pautas, que, con carácter general, la misma recaerá sobre los órganos superiores, estableciéndose a favor del Consejero competente, o, en su caso, del Consejo de Gobierno en los mismos supuestos en los que tal función se atribuye al Consejo de Ministros en la esfera estatal.

B) Cauce procedimental

a) Regulación

Al contrario de la Ley de 1992, que establecía que el procedimiento de revisión de oficio de los actos nulos se instruiría y resolvería de acuerdo con el Título VI de la Ley, relativo a las “Disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos”, la nueva regulación omite cuál haya de ser el iter jurídico aplicable a la revisión de oficio de los actos administrativos y disposiciones de carácter general que contengan alguno de los vicios a los que se refiere el artículo 62 LAP.

(11) La regla es la misma que regía bajo el texto de 1992. Vid. J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Régimen jurídico... op. cit.*, págs. 1084 y ss.

(12) No obstante, para J. AROZAMENA SIERRA, y siguiendo el Dictamen del Consejo de Estado número 54.553, de 21 de marzo de 1990, “la revisión de oficio debe ser decidida, por regla general, por el órgano que dictó el acto, esto es, el autor del acto, por sí o bien a impulso del superior jerárquico, y a salvo de que pueda actuar un órgano superior mediante avocación de la competencia” (“Comentario...”, cit., pág. 74).

(13) Para AROZAMENA SIERRA no puede negarse, sin embargo, “que en caso de urgencia, puede decretar el Alcalde la nulidad, dando posteriormente cuenta al Pleno, aunque esta competencia no puede entenderse más allá de referirla a los actos del Alcalde” (“Comentario...”, cit., pág. 74).

No obstante, la modificación legislativa operada el 13 de enero de 1999 ha incorporado nuevas e importantes reglas sobre este procedimiento: vinculatoriedad del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo correspondiente de la Comunidad Autónoma, determinación del órgano competente para acordar la revisión, posibilidad de inadmitir a trámite la solicitud, previsión de las indemnizaciones en la misma fase de resolución, indicación del plazo que tiene la Administración para resolver..., que son de obligado cumplimiento para la misma y los interesados. En aquellos aspectos no contemplados por la norma, debemos seguir entendiendo aplicables a la materia los requisitos del mencionado Título VI regulador del cauce general de las actuaciones ante las Administraciones públicas.

b) Necesidad de dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la correspondiente Comunidad Autónoma

Siguiendo la configuración de nuestro Estado como autonómico, ya la LAP establecía la posibilidad de que el dictamen favorable que correspondía emitir preceptivamente al Consejo de Estado con carácter previo y habilitante a la declaración de nulidad de un acto administrativo fuera suplido por el emitido por el respectivo órgano autonómico que gozase de idénticas funciones en su correspondiente territorio que las de aquél en el ámbito estatal, en caso de existir¹⁴.

No obstante el carácter favorable del dictamen, el órgano administrativo resolutorio del procedimiento de revisión no está inexorablemente obligado a declarar la nulidad de pleno derecho del acto administrativo objeto del mismo, si finalmente no apreciase la existencia de vicios que determinen o aconsejen esta manifestación.

C) Resolución del procedimiento

a) Notas generales

Aunque la nueva Ley 4/1999 no se refiere a este tema, el artículo 102.2 LAP establecía que contra el acto de resolución sólo cabrá recurso ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. Habrá que entender que tras la reforma rige idéntica regla, teniendo en cuenta la posibilidad, ahora reinstaurada, de entablar el potestativo recurso de reposición —en la nueva redacción dada al artículo 107.1 de aquel texto por la misma norma legal—.

(14) GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO entienden que tal sustitución sólo podrá producirse en los siguientes casos: Cuando el órgano consultivo autonómico ostente en el territorio regional el mismo rango que el Consejo de Estado en el ámbito estatal. Segundo, la intervención de aquél sólo procederá cuando la legislación autonómica no prevea expresamente que la competencia para dictaminar lo sea a favor del supremo órgano consultivo de la Administración del Estado. Tercero, habrá de corresponder aquél no sólo la emisión del dictamen sobre actos de la respectiva Comunidad Autónoma, sino también de los procedentes de las Administraciones locales radicadas en dicho territorio (*Régimen jurídico...*, op. cit., pág. 1093).

La valoración del informe del órgano autonómico en el mismo plano que el del Consejo de Estado ha sido criticada por algún sector doctrinal, como GARCÍA DE ENTERRÍA (“Un punto de vista...”, cit., págs. 216 y 217) y PARADA (*Régimen jurídico...*, págs. 341 y 344), por estimar que los órganos que realizan esta función asesora en aquel ámbito serán más “manejables y manipulables de lo que pueda serlo el Consejo de Estado” (págs. 341 y 344). Vid., sin embargo, argumentos que matizan estas aseveraciones en CUCHILLO FOX, “La revisión...”, cit., pág. 386.

La revisión de oficio de los actos administrativos

En este sentido, y dado que el tema de los recursos merece un comentario propio que excedería con creces el objeto de este trabajo, únicamente debemos señalar que, en principio, podría válidamente entenderse que, dada su cualidad de procedimiento revisorio y la atribución de la competencia para resolver a favor de los órganos administrativos superiores de la Administración pública competente, la resolución que se dicte en el mismo agotará la vía administrativa y, por tanto, cabrá interponer frente a la misma el antedicho recurso facultativo (según indica el nuevo artículo 116.1 en la redacción ofrecida al mismo por el artículo 31 de la nueva disposición legal y en los plazos definidos en el artículo 117 del mismo, en atención al 32 de aquélla) o dirigirse directamente a la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Asimismo, se exige, *ex* artículo 54.1.b) LAP, que el acto que resuelve sobre la revisión de oficio sea motivado.

b) Responsabilidad administrativa

La consideración dentro del mismo escrito de resolución del procedimiento de revisión de las posibles responsabilidades en que incurra la Administración pública por la anulación de un acto administrativo fue ya una importante previsión que había incorporado a su articulado la legislación de 1992. La misma queda hoy reiterada en el nuevo artículo 102.4.

La posibilidad de exigir indemnización en estos supuestos ya se derivaba de la interpretación del texto de 1958 y de la cabal comprensión de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado. Lo que ahora se añade responde, por consiguiente, más que a una apertura de este instituto jurídico —no olvidemos que el supuesto sólo puede realizarse si se dan los requisitos previstos para el nacimiento de un deber compensatorio a cargo del Estado definidos en los artículos 139.2 y 141.1 LAP—, a una aplicación del principio de economía procedimental, que permite la simultaneidad de ambos trámites, liberando al particular de la carga de acudir a un nuevo procedimiento administrativo destinado a reclamar de la autoridad pública el cumplimiento de aquella obligación.

Esta regla se amplía en la modificación de 1999 a los reglamentos, respecto de los cuales el precepto comentado considera ello sin perjuicio de que subsistan los actos firmes dictados en su aplicación (102.4 *in fine*). Esta última aseveración es conforme con la tesis de que la simple anulación de un acto o disposición administrativa no conlleva derecho a recibir compensación económica alguna, que ya recogía la LAP de 1958 y reconoce hoy el art. 142.4 de la legislación de 1992.

c) Efectos del transcurso del tiempo sin haber obtenido resolución expresa de la Administración

La Ley 4/1999 ha colmado una importante laguna que producía el texto anterior al obviar la determinación del plazo previsto para resolver el procedimiento destinado a declarar la nulidad de un acto administrativo, y que la doctrina interpretaba atendiendo a la cláusula del artículo 42.2 como el general de tres meses.

El nuevo artículo 102.5 establece que la duración del mismo será de tres meses. Las consecuencias del transcurso de dicho plazo sin adopción de resolución por parte de la Administración diferirán en atención a las diferentes alternativas de iniciación de los trámites que conducirán a la revisión.

El mismo precepto [en concordancia con el nuevo artículo 42.3.a)] considera que siempre que aquél se haya iniciado de oficio, se causará su caducidad (en atención también al nuevo artículo 44.2); mientras que si lo fue a instancia de interesado, éste podrá entender desestimada su petición por silencio administrativo, comenzándose el cómputo a partir de la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación [nuevo artículo 42.3 b)].

El silencio administrativo se considera en este supuesto negativo (teniéndose que respetar en este extremo las nuevas reglas incorporadas por el artículo 43 del texto de 1999). Igualmente, conviene recordar que con la nueva regulación desaparece la obligatoriedad del trámite de la certificación de acto presunto, pudiéndose hacer valer el mismo desde ese mismo momento.

Al igual que sucedía en el supuesto de que la Administración pública que estuviera conociendo de este procedimiento denegare a trámite la iniciación del mismo, la desestimación de la petición de revisión del acto administrativo viciado conllevará la posibilidad de recurrirlo ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. Esta facultad podrá articularla tanto el favorecido por el acto o disposición de carácter general declarado nulo como el que, pretendiendo esta declaración, no la hubiere obtenido en sede administrativa, ya sea de manera expresa o por desestimación presunta¹⁵.

En resumen, la Ley de 1999 ha supuesto, respecto del régimen jurídico de la declaración de oficio de la nulidad de los actos administrativos, la introducción de las siguientes novedades:

Primera, la admisión de la revisión de oficio de las disposiciones administrativas de carácter general además de la tradicional posibilidad de reexamen de los actos administrativos, lo que ha despejado las dudas doctrinales que se habían mantenido a este respecto.

Segunda, la previsión expresa de la posibilidad que asiste a la Administración de inadmitir a trámite la solicitud de cualquier interesado en orden a iniciar el procedimiento de revisión.

Tercera, la determinación concreta del plazo de que dispone la misma para dictar resolución y la consecuencia de la caducidad del procedimiento de revisión si iniciado éste por parte de la Administración, la misma deja transcurrir dicho espacio temporal sin haberse pronunciado sobre el mismo. Asimismo, y respecto de la desestimación presun-

(15) J.M. ÁLVAREZ CIENFUEGOS, "De la revisión de los actos en vía administrativa", en VV AA, *Comentario sistemático a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Carperí, Madrid, 1994, pág. 330.

La revisión de oficio de los actos administrativos

ta de la solicitud cuando ésta ha sido instada por interesado, se suprime, como no podía ser de otra manera, dada la reforma general llevada a cabo por la nueva regulación en materia de silencio administrativo, la referencia al artículo 44 LAP en orden a la obtención de la certificación de acto presunto.

En cuarto lugar, se mantiene la regla por la cual en el acto que culmine la revisión se integren las indemnizaciones que procedan con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial administrativa, que, lógicamente, se amplía a la hipótesis de que la nulidad que se declare lo sea de un reglamento.

No obstante estas importantes novedades, sigue sin aclararse cuál haya de ser el órgano competente para formalizar la revisión, cuestión que se ha solventado gracias a la aplicación de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y a las previsiones suministradas por la legislación sectorial sobre la materia. Tampoco se aclara, perdiéndose la oportunidad que la ocasión brindaba de solucionar las dudas al respecto, si el sistema de revisión al que se refiere este artículo 102 LAP es aplicable a los actos favorables, a los de gravamen o a ambos.

III. REVISIÓN DE OFICIO DE ACTOS ANULABLES FAVORABLES A LOS INTERESADOS (ART. 103 LAP)

A diferencia del sistema anterior, las garantías y cautelas adoptadas por el nuevo artículo 103 LAP son aplicables exclusivamente a los actos administrativos favorables a los interesados que incurran en algún vicio que haga posible su anulación.

1. La supresión de la revisión por la propia Administración de actos que infrinjan gravemente normas de rango legal o reglamentario (art. 103.1 LAP)

La Ley 4/1999 ha acabado con el mecanismo previsto en el texto de 1992 –y, con importantes diferenciaciones, en el de 1958– por el que se permitía la revisión por la propia Administración pública de los actos administrativos que infringieran de manera grave normas con rango de ley o reglamentario, pero que no llegaran a constituir vicios de nulidad, y al margen del recurso de lesividad previsto como fórmula general para proceder a la revisión de los actos administrativos meramente anulables.

Al margen de las consideraciones críticas que desde su primera formulación el precepto merecía, tanto en cuanto mecanismo distorsionador y atípico de la teoría de las ilegalidades del actos administrativos –dado que introducía en la misma una especie de *tertius genus* que complicaba su cabal aprehensión– como de su difícil operatividad práctica, significativamente desde el punto de vista jurisprudencial¹⁶, las correcciones introducidas por el Legislador de 1992 habían mermado considerablemente las garantías que el antiguo precepto 110 LPA ofrecía a los interesados y beneficiados por el acto administrativo cuya revisión se reclamaba.

(16) Sobre este punto puede consultarse BOCANEGRA SIERRA, *La revisión...*, op. cit., págs. 199 y ss.

En efecto, la LAP había supuesto respecto del primigenio texto una desvirtuación importante de la excepcional fórmula prevista en el mismo, que venía a cifrarse en los siguientes contenidos: en primer término, la posibilidad de incoar el procedimiento de revisión a solicitud del interesado¹⁷; en segundo lugar, la admisión de la puesta en marcha del procedimiento de anulación ante infracción grave, y no manifiesta, de normas no sólo de rango legal sino también de carácter reglamentario¹⁸; tercero, la no vinculatoriedad del dictamen del Consejo de Estado para proceder a la revisión del acto administrativo¹⁹; y cuarto, la ampliación del plazo temporal para hacer valer la revisión²⁰.

Estas nuevas determinaciones llevaron, además de a una importante pléyade de críticas doctrinales, a un amplio cúmulo de dificultades interpretativas, a contradicciones en la

(17) Para algunos autores, como GONZÁLEZ PÉREZ, esta forma de iniciación no presentaba inconveniente alguno, aunque también señalaba que “por lo general el procedimiento seguirá siendo un procedimiento de revisión de oficio”, y ello porque no será un supuesto frecuente que un particular beneficiado por un acto administrativo pretenda su revisión (“La Ley de Régimen jurídico...” cit., págs. 36 y 37).

(18) La ampliación del margen de apreciación de las Administraciones públicas competentes para proceder a la anulación de sus propios actos declarativos de derechos que infrinjan de manera grave disposiciones de rango reglamentario que este apartado primero del artículo 103 conllevaba podía entenderse justificada desde la perspectiva de la inclusión en el precepto de todas las posibilidades de revisión por esta causa de actos administrativos derivados de disposiciones de aquel carácter, como los planes de ordenación urbanística. No obstante, estas disposiciones se dotan de las previsiones y mecanismos suficientes para proceder a la revisión, e incluso revocación por motivos de oportunidad, de los actos administrativos que se consideren incompatibles con los objetivos de la Administración pública autora de los mismos como para tener que haber acudido a esta peligrosa expansión de una vía de revisión de carácter excepcional y limitativa, por lo demás, de las garantías de los interesados favorecidos por el acto cuestionado.

Precisamente es en esta posibilidad en la que GARCÍA DE ENTERRÍA intenta justificar la omisión de la vinculatoriedad del dictamen del Consejo de Estado y órgano consultivo de la Comunidad Autónoma correspondiente. Para el citado profesor, esta fórmula –que se presenta, por otra parte, como completamente injustificada, dado que deja en incertidumbre durante el plazo en el que es posible reclamar la anulabilidad del acto administrativo, las situaciones subjetivas creadas por el mismo–, ha llevado al legislador a no querer vincular la resolución de este “exorbitante recurso”, que es como ha de calificarse este método de revisión que el precepto desarrolla, al dictamen del Consejo de Estado (“Un punto de vista..., cit., pág. 216).

(19) El sistema se asemeja así a la opción excepcional prevista en los artículos 153 y siguientes de la Ley General Tributaria para los actos administrativos emanados de esta Administración.

La crítica a esta previsión ha sido unánime en toda la doctrina (J. GONZÁLEZ PÉREZ, “La Ley...”, cit. Pág. 38; R. GÓMEZ FERRER, “La revisión...”, cit. pág. 309, etc.) PARADA consideraba esta previsión “absurda desde el momento en que para declarar la invalidez de los actos nulos de pleno derecho, es decir, con vicios descalificantes e insubsanables, se impone el requisito de un informe favorable del órgano consultivo” (*Régimen jurídico...*, op. cit., pág. 341). Para ÁLVAREZ CIENFUEGOS el problema se planteará especialmente en la esfera local, en la que cualquier pequeño municipio que carezca de adecuado asesoramiento, tendrá abierta, durante cuatro años, la posibilidad de, sin seguir aquel informe, anular los actos administrativos declarativos de derechos dictados por el mismo (“De la revisión...”, cit., págs. 333 y 334). Para resumir el punto de vista sostenido por la mayor parte de los estudiosos del tema, seguimos al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, quien ha señalado que “Aunque ya se había llamado la atención sobre el tema cuando la Ley estaba en fase de proyecto, se ha mantenido algo inadmisibles: que la Administración pueda revocar libremente sus actos administrativos declarativos de derechos en favor de los particulares cuando tales actos ‘infrinjan gravemente (las) normas’ sin más que oír al Consejo de Estado o al órgano consultivo correlativo de la Comunidad Autónoma (art. 103), sin que la opinión expresada en esa consulta vincule en nada a la Administración activa, como sí, sin embargo, la vincula en el caso de actos nulos (art. 102)”, considerando esta regla contradictoria no sólo con nuestra tradición, sino también con el régimen común de los Estados de nuestro entorno y las Comunidades europeas, constituyendo, por tanto, una infracción de los principios constitucionales de fondo (“Un punto de vista..., cit., pág. 215).

(20) Con la antigua LPA de 1958 la resolución del procedimiento de revisión especial contemplado en el artículo 110 de la norma debía producirse dentro de los cuatro años siguientes a la fecha en la que se dictó el acto viciado. Con la regulación de 1992 bastaba que el procedimiento se iniciara antes de agotado ese plazo. Una ampliación del tiempo para recurrir y una correlativa disminución de las garantías de los beneficiados por el acto viciado que no encontraba fácil justificación. Este aspecto ha sido destacado por GÓMEZ FERRER, “La revisión...”, cit., pág. 309.

La revisión de oficio de los actos administrativos

sistematización de los requisitos necesarios para proceder a su evaluación respecto del régimen previsto para la declaración de nulidad del artículo 102 LAP, y, en definitiva, a la consideración de esta vía, inicialmente prevista como excepcional y subsidiaria, como principal y original respecto del recurso de lesividad frente a actos anulables, que fue, sencillamente, relegado a una posición subsidiaria. Se colocaba, además, en distinto plano a la Administración y a los administrados, ya que se obligaba a éstos a seguir un procedimiento de recurso frente a la pretensión de anulación de actos administrativos que no regía para la Administración pública, que, gracias a este particular e injustificado beneficio, se veía exenta de acudir al sistema general de revisión de los actos anulables, articulado en torno a la citada figura del recurso de lesividad.

Por otra parte, y como ha denunciado la propia Exposición de Motivos de la Ley de 1999, el sistema permitía a los interesados la utilización de esta vía que había desnaturalizado por completo el régimen de los recursos administrativos, puesto que éstos acudían a la jurisdicción contencioso-administrativa fuera del plazo de anulabilidad a través de la solicitud de revisión ante la Administración. Esta situación, estima el legislador actual, era contraria a la propia diferenciación entre la acción de nulidad y anulabilidad, ya que ambas quedaban identificadas en cuanto a la imprescriptibilidad del plazo para recurrir el vicio de que adolece el acto administrativo.

Todas estas razones llevaron a la subsiguiente supresión del apartado primero del artículo 103 LAP.

2. La unificación del sistema de revisión de los actos anulables cualquiera que sea la infracción en que incurran los mismos: la declaración previa de lesividad al interés público y posterior impugnación ante la Jurisdicción contencioso-administrativa (art. 103.2 LAP)

Eliminada la potestad revisora de la Administración frente a los actos anulables favorables a los interesados, la única vía que queda a ésta para eliminar del mundo jurídico los mismos es acudir a los Tribunales contencioso-administrativos, una vez se haya producido la declaración de su lesividad para los intereses generales.

La Exposición de Motivos de la Ley de reforma ha evidenciado claramente esta nueva circunstancia, declarando, en su apartado V, que “se elimina la potestad revisora de la Administración prevista en el artículo 103, con lo que se obliga a la Administración pública a acudir a los Tribunales si quiere revisarlos, mediante la pertinente previa declaración de lesividad y posterior impugnación”.

Esta imposición a la Administración se convierte, por tanto, en la regla general de anulación de los actos administrativos que incurran en cualquier vicio o ilegitimidad no prevista en el artículo 62 de la norma, abandonándose el carácter secundario o subsidiario que esta vía había presentado tras la legislación de 1992. La fórmula del recurso de lesividad vuelve, por consiguiente, a recuperar el papel protagonista que en su configuración histórica se le había atribuido en el examen de la legalidad de los productos administrativos.

A) Actos revisables

Los actos administrativos que pueden ser anulados siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 103.2 LAP son aquellos que incurran en infracciones que los hagan anulables, según establece el artículo 63 LAP, que no ha sido modificado por la Ley de 1999.

Al contrario de lo que sucedía en la declaración de nulidad por la propia Administración, el recurso de lesividad sólo es aplicable a los actos administrativos “favorables” al interesado, en la redacción ofrecida hoy al precepto.

Esta expresión permite corregir la antigua fórmula empleada por los legisladores de 1958 y 1992, que se referían a los actos administrativos “declarativos de derechos”, lo que permitía interpretar que aquellos que, aunque favorables, no fueran declarativos de derechos podrían ser revocados en cualquier momento empleando para llegar a tal conclusión la vía prevista en el artículo 105 del texto²¹. Hoy aquella estricta conclusión ha de ser rechazada.

B) Procedimiento de revisión

a) Iniciación

Nada podemos añadir a lo ya expresado en el apartado precedente relativo a la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho sobre la determinación del órgano competente para acordar la declaración de lesividad de un acto administrativo y la posterior impugnación ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. La referencia que el precepto realiza a las Administraciones públicas reafirma la tesis de la consideración de este sistema como un auténtico procedimiento declarativo destinado a poner de manifiesto los efectos perjudiciales que un acto conlleva para el interés general.

No obstante, hay que tener en cuenta, como ya pusimos de manifiesto, que los apartados 4 y 5 del nuevo artículo 103 LMLAP contienen reglas concretas de competencia sobre esta cuestión.

b) Cauce procedimental

Las Administraciones públicas que pretendan la invalidación de un acto administrativo favorable a los interesados que no incurra en los vicios definidos en el artículo 62 LAP habrán de examinar la concurrencia de una causa de anulación con anterioridad a la declaración de lesividad. En el caso de que se apreciase la existencia de la misma, tendrán que valorar, además, los efectos negativos que para el interés general produce el mismo. Sólo si este análisis es estimatorio, podrá continuarse el proceso de anulación ante los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

(21) R. GÓMEZ FERRER, “La revisión...”, cit., págs. 305 y 306.

La revisión de oficio de los actos administrativos

Lo primero es consecuencia lógica de la declaración de lesividad como requisito previo para la impugnación del acto, mientras que lo segundo viene exigido por el principio de seguridad jurídica que asiste al beneficiario del acto. Es necesario que el restablecimiento del ordenamiento jurídico –y el consiguiente perjuicio para el beneficiario– se justifique en el interés general.

Asimismo, entendemos que, aunque la nueva regulación del procedimiento administrativo no establezca previsión alguna respecto a la posibilidad de suspender en estos casos la ejecución del acto administrativo cuya anulación se pretende, dicha regla permanece incólume, por exigirlo así el principio general del artículo 111.2 LAP.

La nueva norma sí contempla expresamente el trámite de audiencia de los interesados que necesariamente se ha de abrir en esta fórmula de revisión de los actos administrativos. A este principio, que si bien era exigido por la Jurisprudencia y el Consejo de Estado para la declaración de oficio de nulidad²², no se había referido la Ley de 1992²³. Hoy el nuevo precepto 103.2 impone la audiencia previa a la declaración de lesividad “de cuantos aparezcan como interesados en el mismo”, de acuerdo con las reglas definidas en el artículo 84 LAP para el supuesto que nos ocupa, por lo que dicha fase será de obligatoria observancia.

Esta conclusión nos parece plausible, dado que, pese a la consideración de la declaración de lesividad como acto de mero trámite que ha de conducir al posterior examen del vicio del acto administrativo cuestionado por los Tribunales de Justicia, lo cierto es que su adopción o no por parte de las Administraciones públicas podrá dar lugar a efectos importantes en la esfera de los interesados, significativamente la no declaración de la trascendencia para el interés general de la ilegalidad del acto, que permitirá a éstos mantenerse en la posición favorable derivada del acto administrativo, evitándoles la incertidumbre de la hipótesis de revisión durante los cuatro años siguientes a la producción del acto que les ha beneficiado.

Finalmente, resta referirse a una última cuestión: el plazo de que disponen las Administraciones públicas para proceder a la declaración de lesividad.

La Ley de 1992 introdujo respecto de la regulación de 1958 un importante reforma del cómputo de este plazo. Si bien la misma partía, igual que en la antigua LPA, de la necesidad de iniciación del procedimiento de lesividad antes de los cuatro años desde que el acto se hubiera dictado, difería de ésta en un aspecto esencial: para el extinto artículo 110 la revisión debía producirse dentro de este plazo –lo que incorporaba una amplia seguridad al beneficiario del acto administrativo en la medida en que existía un término final para la posible revisión–, mientras que para el legislador de 1992 bastaba que el procedimiento se iniciase antes de transcurrido este tiempo, no siendo necesario dictar resolución al respecto dentro del mismo.

(22) SSTs de 11 de abril de 1983 (Ar. 1917), 20 de diciembre de 1983 (Ar. 6351), 20 de febrero de 1984 (Ar. 973), y 2 de febrero de 1987 (Ar. 2903) y Dictamen del Consejo de Estado número 55.270, de 27 de junio de 1991.

(23) Es más, la jurisprudencia no consideraba necesario esta fase en este tipo de expediente “por cuanto no lo exige ninguna disposición ni produce indefensión, ya que, en definitiva, se trata de una actuación de orden interno de la Administración” (SANTAMARÍA PASTOR y PAREJO ALFONSO, *Derecho administrativo...*, op. cit., pág. 386).

Hoy el artículo 103.2 establece que la declaración de lesividad “no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo”, exigiendo en ese período no sólo el inicio de la misma, sino la propia declaración. Se vuelve, por tanto, al sistema más beneficioso para el interesado previsto en 1958.

c) Resolución del procedimiento

En la regulación de 1992, y dado que se admitía la iniciación del procedimiento de revisión de los actos anulables a instancia de interesado, las consecuencias del transcurso del tiempo previsto para adoptar resolución sin haberla dictado, daba lugar a la aplicación del régimen del silencio administrativo, considerado en este supuesto como negativo.

Tras la modificación de 1999, el único procedimiento válido para llevar a cabo la anulación de un acto administrativo declarativo de derechos sólo puede comenzarse por voluntad de la Administración, por lo que el transcurso del plazo de tres meses sin que ésta haya resuelto determina la caducidad del mismo (apartado 3 del artículo 103).

Por último, y por lo que se refiere a la posibilidad de entablar recurso frente a la no declaración por parte de la Administración de la lesividad del acto administrativo, hay que resaltar la naturaleza jurídica de la resolución de este procedimiento como un acto de trámite, no definitivo para la determinación de la posible anulación del acto, cuestión que ha de dilucidarse en sede jurisdiccional, lo que reafirma su carácter de requisito previo para el acceso al orden judicial.

En resumen, las novedades introducidas por la Ley 4/1999, de 13 de enero, en el procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos anulables son las siguientes:

En primer lugar, desaparece el procedimiento especial de revisión de oficio de los actos administrativos que infringieran gravemente las disposiciones legales o reglamentarias. Las únicas vías de que disponen ahora las Administraciones públicas para revisar los actos administrativos por ellas dictados que infrinjan el ordenamiento jurídico son: la declaración de nulidad del mismo, si incurre en alguno de los vicios definidos en el artículo 62 LAP, o la declaración de lesividad para el interés general y posterior impugnación ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, si la causa que origina la ilegitimidad del acto es de las que provocan su mera anulabilidad.

En segundo término, y por lo que se refiere a la iniciación del procedimiento administrativo, se rechaza que dicho procedimiento pueda ser instado por los interesados, concibiéndose como una facultad que corresponde iniciar exclusivamente a las Administraciones públicas.

Tercero, se vuelve a la antigua regla del artículo 110 de la Ley de 1958 que exigía un pronunciamiento expreso de la Administración pública sobre la lesividad o no de los intereses generales que el acto administrativo conllevara, en su caso, en el plazo de cuatro

La revisión de oficio de los actos administrativos

años, otorgando así una mayor garantía al principio de seguridad jurídica, que había quedado importantemente desgastado en la regulación de 1992, que imponía este plazo como un mero límite para iniciar dicho pronunciamiento, y no para adoptar una decisión al respecto.

Cuarto, se elimina la identificación del órgano administrativo que se considera competente para acordar la declaración de lesividad en el ámbito de la Administración General del Estado y en el de las Comunidades Autónomas, refiriéndose al mismo como órgano competente, lo que remite a las reglas previstas en las normativas respectivas. Sí se fija cuál haya de ser esta autoridad en la esfera local.

Quinto, se prevé expresamente el trámite de audiencia de los interesados con carácter previo a la adopción de la declaración de lesividad.

Sexto, se determina el plazo de que disponen las Administraciones públicas para resolver –tres meses–, concluyéndose que, en otro caso, se producirá la caducidad del procedimiento administrativo.

IV. REVOCACIÓN DE ACTOS NO DECLARATIVOS DE DERECHOS Y DE GRAVAMEN (ART. 105 LAP)

La nueva Ley 30/1992 colmó una importante laguna legal que producía la Ley de 1958, que no contemplaba expresamente si debían observarse o no las mismas garantías y límites previstos para la revisión de oficio cuando lo que se pretendía era dejar sin efecto un acto administrativo no favorable al interesado.

La conclusión a la que abocaba el sistema era negativa: no era necesario seguir los trámites descritos en los artículos 109 y 110 LPA para revocar los actos administrativos desfavorables para los interesados, opinión que, como hemos visto, no estaba exenta de importantes dudas manifestadas por nuestra más reconocida doctrina.

Hoy, la Ley 4/1999 permite que las Administraciones públicas revoquen en cualquier momento sus actos “de gravamen o desfavorables”, y no simplemente los “no declarativos de derechos y los de gravamen”. Por lo demás el precepto no ha introducido novedad alguna ni indicio que permita solucionar su aplicación o no a los actos que, siendo desfavorables para los interesados, incurran en algún vicio que los haga nulos de pleno derecho. Respecto de los actos anulables, ya no cabe alternativa alguna a su diferenciación del sistema de revisión en atención a los efectos favorables o no que produce en los interesados –y que llevará a aplicar, respectivamente, los nuevos artículos 103 o 105 LAP–.

La nueva formulación del precepto ha permitido, sin embargo, reforzar los límites impuestos a esta técnica, añadiendo a la cláusula anterior –que quedaba enunciada en la simple previsión de que la revocación no fuera contraria al ordenamiento jurídico–, que, además de este aspecto, “no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o

sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico”. Con ello se evita la crítica a la generalidad e inespecificidad que algún sector doctrinal había achacado a la anterior redacción²⁴.

V. LÍMITES DE LA REVISIÓN Y REVOCACIÓN (ART. 106 LAP)

El artículo 106 LAP, que entendemos aplicable tanto a la revisión de oficio de los actos administrativos como a la revocación de los mismos, y que regula los límites que se imponen a la utilización por las Administraciones públicas de ambas figuras, no ha sufrido modificación alguna por la Ley 4/1999.

El precepto incorporó respecto de la regulación de 1958 un nuevo elemento que actúa como frontera negativa a las facultades administrativas en este ámbito, la buena fe, que conecta con la confianza legítima, principio reiteradamente invocado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Ambos han sido consagrados en el ámbito del funcionamiento de las Administraciones públicas el nuevo artículo 3 LAP en su redacción de 1999, que ha señalado el deber de las mismas de “respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima”.

(24) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Un punto de vista...”, cit., págs. 218 y 219.

I. DERECHO COMUNITARIO**Sumario:**

1. Introducción. 2. Principios generales. 3. Fuentes. 4. Recursos. A) Recurso por omisión (inactividad) y recurso de anulación. B) Recurso por responsabilidad extracontractual y responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho Comunitario. C) Cuestiones prejudiciales y medidas cautelares.

1. INTRODUCCIÓN

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

2. PRINCIPIOS GENERALES

La doctrina del TJCE sobre el principio de igualdad de trato entre hombre y mujeres es tan abundante como rica en precisiones sobre el alcance y las consecuencias derivadas de su reconocimiento.

La **STJCE de 28 de octubre de 1999**, en el **Asunto C-187/98**, declara a instancia de la Comisión de las Comunidades Europeas el incumplimiento por parte de la República Helénica del Derecho comunitario al no haber suprimido con efectos retroactivos las normas que, para la concesión a los trabajadores de prestaciones familiares o de la asignación por matrimonio, computadas para determinar el importe de las retribuciones que dan derecho a pensión, imponen a las trabajadoras casadas requisitos especiales que no imponen a los trabajadores de sexo masculino casados. En concreto, el Tribunal imputa a Grecia la violación de las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 119 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE), del artículo 3 de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (DO L 45, pág. 19; EE 05/02, pág. 52), y del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social (DO 1979 L 6, pág. 24; EE 05/02, pág. 174).

Para el máximo intérprete del Derecho comunitario, la exigencia de requisitos discriminatorios para la concesión de las prestaciones familiares y por matrimonio también influye en las pensiones de Seguridad Social que en el futuro deberán abonarse a los trabajadores, por lo que una discriminación al respecto infringe el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7:

“en el caso de autos, los Convenios Colectivos y los laudos arbitrales que establecen la concesión de prestaciones familiares y por matrimonio exclusivamente a los trabajadores de sexo masculino casados constituyen una discriminación directa, por razón de sexo, contraria al artículo 119 del Tratado y al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7”.

En efecto, en el presente asunto, ni los Convenios Colectivos ni los laudos arbitrales considerados ni las Leyes 1414/1984 y 1483/1984 establecen la supresión con carácter retroactivo de las discriminaciones contra las trabajadoras casadas. Por consiguiente, durante el período examinado se privó a dichas trabajadoras de una parte de su retribución (FFJJ 46°, 47° y 48°).

Por lo demás, la **STJCE de 28 de octubre de 1999** realiza un interesante pronunciamiento sobre el alcance de la garantía de igualdad de derechos de que gozan los ciudadanos griegos en virtud de la Constitución helénica. Para el Tribunal, el Gobierno helénico no puede eludir su obligación de adaptar su legislación nacional a las exigencias del Derecho comunitario invocando la aplicabilidad directa de las disposiciones constitucionales en la materia:

“aunque las disposiciones de la Constitución helénica son directamente aplicables, la normativa especial griega en la materia no responde a las exigencias de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual los principios de seguridad jurídica y de protección de los particulares exigen una expresión inequívoca que permita que los interesados puedan conocer sus derechos y obligaciones de modo claro y preciso y que los órganos jurisdiccionales puedan garantizar su respeto”.

También en relación con el principio de igualdad, la **STJCE de 26 de octubre de 1999** declara, sin embargo, que la exclusión de las mujeres del servicio en unidades de combate como los Royal Marines puede estar justificada en virtud del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo. La sentencia del Tribunal surge en el **Asunto C-273/97**, que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente, artículo 234 CE), en demanda de una decisión prejudicial sobre la interpretación del Tratado CE, especialmente de su artículo 224 (actualmente, artículo 297 CE), y 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).

Pues bien, el Tribunal de Justicia recuerda en su fallo su jurisprudencia anterior reconocedora de que el sexo puede ser una condición determinante para trabajos como los de los vigilantes y vigilantes jefes de prisiones (STJCE de 30 de junio de 1988, Comisión/Francia, 318/86, Rec. pág. 3559, apartados 11 a 18) o para determinadas actividades como las de policía ejercidas en una situación de graves disturbios internos. Un Estado miembro puede pues reservar a los hombres o a las mujeres, según los casos, esas tareas así como la formación profesional correspondiente. En tales casos y como se desprende del artículo 9, apartado 2, de la Directiva, los Estados miembros están obligados a examinar periódica-

I. Derecho Comunitario

mente las actividades de que se trate para determinar, teniendo en cuenta la evolución social, si se puede mantener la excepción al régimen general de la Directiva.

A partir de esta doctrina, el Tribunal de Justicia introduce ahora la necesidad de su contraste con otro principio general del Derecho comunitario: el principio de proporcionalidad. En efecto, “al determinar el alcance de una excepción a un derecho individual como el de igualdad de trato entre hombres y mujeres, consagrado por la Directiva, hay que respetar el principio de proporcionalidad. Este principio exige que no se 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”.

En el Asunto C-273/97, la negativa a contratar a la demandante como cocinera en los Royal Marines se debe a la exclusión total de las mujeres de este cuerpo del ejército. La organización de los Royal Marines difiere fundamentalmente de la de las demás unidades de las fuerzas armadas británicas, de las que constituyen la “punta de lanza”. Se trata de una fuerza de efectivos reducidos y cuyos integrantes están preparados para intervenir en primera línea. Según el TJCE, en autos:

“ha quedado acreditado que, en este cuerpo, los cocineros también deben intervenir como soldados de primera línea, que todos los miembros de este cuerpo son contratados y adiestrados para ello y que no existe ninguna excepción a esta regla en el momento del reclutamiento. En tales circunstancias, haciendo uso de la facultad discrecional de que disponen para apreciar la posibilidad de mantener la exclusión de que se trata habida cuenta de la evolución social, las autoridades competentes podían considerar, sin violar el principio de proporcionalidad, que las circunstancias específicas de intervención de las unidades de asalto que constituyen los Royal Marines y, en particular, la norma de ‘interoperabilidad’ a la que están sometidos, justifican que su composición siga siendo exclusivamente masculina” (FFJJ 29º a 31º).

3. FUENTES

No ha habido novedades jurisprudenciales significativas en el período de referencia respecto al sistema de fuentes en el Derecho Comunitario. Las Sentencias pronunciadas por el Alto Tribunal Comunitario insisten en la línea señalada en otros números de esta Revista.

Recordando la misma, la **STJCE de 8 de julio de 1999, Comisión/Grecia, Asunto C-215/98**, mantiene la idea de que, para condenar a un Estado por incumplimiento de las obligaciones derivadas de una Directiva, sólo es preciso que conste objetivamente el incumplimiento del Estado y no que se pruebe una inactividad u oposición por parte del mismo.

De otro lado, la **STJCE de 14 de septiembre de 1999, Comisión/Grecia, Asunto C-401/98**, señala –ya como cláusula de estilo– que:

“un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por una Directiva”.

Finalmente, la **STJCE de 21 de octubre de 1999, Comisión/Grecia, Asunto C-391/98**, declara el incumplimiento de la República Helénica al no haber adoptado, dentro del plazo señalado, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a una Directiva.

4. RECURSOS

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

Durante el período al cual se suscribe la presente crónica sigue el incremento constante de las sentencias relativas a los recursos por anulación, y, en menor medida, al recurso por omisión.

Son destacables las dos **SSTPI de 19 de julio de 1999** en las que se enjuiciaban dos decisiones de la Comisión en las que ésta denegaba el acceso a ciertos documentos. En la primera Sentencia T-188/97, en el fundamento jurídico 61º el Tribunal determinó que denegar el acceso a las actas de los numerosos Comités de “comitología” (grupos de trabajo creados para asistir a la Comisión en el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas), equivaldría a limitar considerablemente y sin justificación el derecho al acceso a los documentos, en este supuesto las actas del Comité del Código Aduanero. En la segunda Sentencia T-14/98, el Tribunal determinó que el Consejo está obligado a examinar si procede conceder el *acceso parcial* a aquellos datos que no puedan afectar a las relaciones internacionales (en este caso en relación con el acceso al informe del Grupo de trabajo “Exportaciones de armamento convencional”), pues el Consejo al no proceder a ese examen considerando sin más que el principio de acceso a los documentos se aplica únicamente a los documentos como tales, y no a los elementos de información contenidos en ellos, dicha solución adolecía de un error de Derecho y debía, por ende, ser anulada.

Asimismo es preciso mencionar una serie de sentencias recaídas en recursos de casación sobre las sentencias de anulación que enjuiciaron la Decisión de la Comisión, 86/398/CEE, de 23 de abril de 1986, relativa a un acuerdo y práctica concertada en el mercado del polipropileno. En esta decisión, la Comisión declaró probado que un conjunto de empresas habían concertado los precios, así como unos objetivos sobre precios y la organización de un sistema de control anual de ventas con vistas a repartirse el mercado existente según unas cantidades de toneladas o porcentajes convenidos de antemano. Entre ellas, en la **STJCE de 8 de julio de 1999, C-51/92P**, en su fundamento jurídico 85º, el Tribunal de Justicia determinó que ninguna disposición impone al Juez comunitario la obligación de dictar en la misma fecha sus sentencias relativas a los recursos que tienen por objeto la anulación del mismo. Por el contrario, del artículo 43 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia y del 50 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, se desprende que la acumulación de los asuntos que tienen el mismo objeto es una mera facultad y que, una vez acumulados, los asuntos pueden volver a sustanciarse por separado. La **Sentencia C-199/92P** relativa a la decisión polipropileno señala en sus fundamentos jurídicos 84º a 86º (de igual forma la **Sentencia C-200/92P**, en los fundamentos jurídicos 69º a 71º, la **Sentencia C-234/92P** en los funda-

I. Derecho Comunitario

mentos jurídicos 55° a 57°, la **Sentencia C-235/92P** en los fundamentos jurídicos 96° a 98°, y la **Sentencia C-245/92P** en los fundamentos jurídicos 93° a 95°), que los actos de las Instituciones comunitarias disfrutaban, en principio, de una presunción de legalidad y, por lo tanto, producen efectos jurídicos, aun cuando adolezcan de irregularidades, mientras no hayan sido anulados o revocados. No obstante, con carácter excepcional, los actos que adolezcan de una irregularidad cuya gravedad sea tan evidente que no pueda ser tolerada por el ordenamiento jurídico comunitario deben ser considerados carentes de cualquier efecto jurídico incluso provisional, es decir, jurídicamente inexistentes. Esta excepción tiene la finalidad de preservar un equilibrio entre las dos exigencias fundamentales, pero a veces contrapuestas, que debe satisfacer un ordenamiento jurídico, a saber, la estabilidad de las relaciones jurídicas y el respeto de la legalidad. La gravedad de las consecuencias vinculadas a la declaración de la inexistencia de un acto de las Instituciones de la Comunidad postula que, por razones de seguridad jurídica, esta declaración quede limitada a supuestos extraordinarios. También dentro de los recursos de casación referentes a la decisión polipropileno de la Comisión, el Tribunal de Justicia en la **Sentencia C-227/92P** determinó en el fundamento jurídico 71° que: “El derecho comunitario no conoce ninguna situación intermedia entre la declaración de la inexistencia de un acto y su anulación”. Y, en la **Sentencia C-5/93P**, en el fundamento jurídico 36°, siguiendo la línea jurisprudencial establecida, determinó que en el marco de un control de legalidad basado en el artículo 173 del Tratado CE (actualmente, tras su modificación, artículo 230 CE), el órgano jurisdiccional comunitario carece de competencia para dictar una orden conminatoria.

En la **STPI de 12 de mayo de 1999, Asuntos acumulados T-164/96, T-165/96, T-166/96, T-122/97 y T-130/97**, en el fundamento jurídico 56°, el Tribunal recordó la línea jurisprudencial establecida que “aunque en un recurso de anulación dirigido contra una decisión individual, un demandante pueda alegar la ilegalidad de determinadas disposiciones de las Decisiones generales que aplica la Decisión impugnada carece de esta posibilidad cuando la decisión individual se basa en normas cuya ilegalidad alega”.

Por otro lado, en la **Sentencia T-168/95, de 8 de julio de 1999** relativa también a la organización común de mercados en el sector del azúcar, el Tribunal de Primera Instancia en el fundamento jurídico 46° siguió la línea jurisprudencial establecida relativa a que:

“el alcance general y, por ende, la naturaleza normativa de un acto no se pone en tela de juicio por la posibilidad de determinar con mayor o menor precisión el número o incluso la identidad de los sujetos de derecho a los que se aplica en un momento dado, siempre que conste que dicha aplicación se hace en virtud de una situación objetiva de hecho o de Derecho definida por el acto en relación con la finalidad de éste”.

Por su importancia hay que mencionar la **STPI T-266/97, de 8 de julio de 1999**, recaída en un recurso de anulación de la decisión de la Comisión 97/606/CE relativa al derecho exclusivo de emitir publicidad televisada en Flandes por parte de VTVM, en cuyo fundamento jurídico 74° se determina que “la comprobación de la incompatibilidad de una normativa nacional con el Derecho comunitario no puede compararse con la revocación de un acto administrativo favorable en cuya legalidad había confiado una persona”. De igual forma, en la **STPI T-89/96, de 7 de julio de 1999**, el Tribunal determinó que de conformidad con el artículo 33 del Tratado CECA, los recursos de anulación deben interponerse en el plazo de un mes a partir, según los

casos, de la notificación o de la publicación de la Decisión o de la Recomendación; y en concreto, el Tribunal señaló que en el marco del Tratado CE, el mismo ha declarado que el criterio de la fecha en que se tuvo conocimiento del acto como inicio del plazo de interposición del recurso presenta carácter *subsidiario* respecto de los de publicación o notificación del acto. Por este motivo siempre rige como criterio principal el criterio de la publicación o notificación.

Es de destacar por lo que respecta a la articulación de las relaciones Estado Central-Comunidades Autónomas, en el marco del sistema institucional establecido actualmente en el Reino de España, las conclusiones del abogado general Sr. Antonio Saggio en los Asuntos acumulados C-400/97, C-401/97 y C-402/97 Administración del Estado contra Juntas Generales de Guipúzcoa y otros, presentadas el 1 de julio de 1999. Así en el fundamento 37º de sus conclusiones señala que “el hecho de que las medidas examinadas sean adoptadas por colectividades territoriales dotadas de competencia exclusiva con arreglo al Derecho nacional parece, como ha señalado la Comisión una circunstancia meramente formal que no es suficiente para justificar el trato preferencial dado a las empresas comprendidas dentro del ámbito de aplicación de las Normas Forales. De no ser así, el Estado podría fácilmente evitar la aplicación, en parte de su propio territorio, de las disposiciones comunitarias en materia de ayudas de Estado simplemente introduciendo modificaciones al reparto interno de competencias en determinadas materias, para poder invocar el carácter ‘general’, para ese determinado territorio, de las medidas de referencia”. Y de tal forma concluía que “los artículos 43 y 87 del Tratado CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Territorio perteneciente a una Comunidad Autónoma de un Estado miembro, relativa a medidas fiscales urgentes de apoyo a la inversión e impulso de la actividad económica, a las que pueden acogerse los sujetos pasivos que tributen exclusivamente a la Hacienda Foral de dicho Territorio o tengan su domicilio fiscal o realicen en él la mayor parte de su volumen de operaciones, o tengan su domicilio fiscal en tal Territorio y su volumen de operaciones realizado en la Comunidad Autónoma en el ejercicio anterior sea superior al 25 por ciento de su volumen total de operaciones, y que no incluya entre los beneficiarios de dichas medidas a las demás personas físicas y jurídicas residentes en el propio Estado o en otro Estado miembro de la Comunidad Europea”.

En estos momentos en los que aún colea el taimado tema político de las ayudas del lino, conviene traer a colación las conclusiones del abogado general Léger presentadas en el asunto C-45/97, Reino de España contra Comisión de las Comunidades Europeas, relativo a la liquidación de las cuentas del ejercicio de 1992 del FEOGA, en referencia a una serie de ayudas al consumo de aceite de oliva que la Comisión consideró que fueron indebidamente abonadas por las autoridades españolas a empresas de envasado. El abogado general en sus conclusiones determinó que el Tribunal debería desestimar el recurso de anulación presentado por el gobierno español, pues las inspecciones del FEOGA habían revelado, entre otras irregularidades, una sospecha de falsificación de facturas, solicitudes de ayuda por cantidades de aceite de oliva superiores a aquellas para las que se había reconocido el derecho a la ayuda, y un aceite cuya composición no se ajustaba a las definiciones legales como consecuencia de mezclas u otros procedimientos químicos dirigidos a obtener una ayuda indebida. Y, especialmente, en su fundamento 195º en lo que respecta a la naturaleza del recurso de anulación señala que “en apoyo de un recurso de anulación basado en la violación del

I. Derecho Comunitario

principio de proporcionalidad, únicamente cabe tomar en consideración la medida finalmente adoptada por la Comisión, porque sólo ella perjudica al Estado miembro de que se trate. Las propuestas de correcciones financieras modificables por naturaleza, no pueden pues ser invocadas en apoyo del argumento de que la diferencia existente entre las propuestas y la decisión definitiva prueba la incoherencia de las posturas de la Comisión”.

En la **STPI, T-82/96, de 17 de junio de 1999**, el Tribunal continuó con la línea jurisprudencial establecida, y así frente la pretensión de las partes demandantes de anular el escrito de 19 de marzo de 1996 de la Comisión Europea, por el que comunicaba su decisión de 11 de enero de 1996 de no formular objeciones en relación con las ayudas concedidas por el Gobierno de Portugal al proyecto de inversión en favor de DAI con el objeto de crear una refinería de azúcar de remolacha, determinó que un escrito puramente informativo no tiene la naturaleza de decisión y no constituye, en consecuencia, un acto impugnabile en el sentido del artículo 173 del Tratado CE (recordemos una vez más, actualmente, tras su modificación, artículo 230 CE).

Cuando en un procedimiento basado en el artículo 234 CE (*ex* artículo 177), el Tribunal de Justicia declara la invalidez de un acto adoptado por la autoridad comunitaria, la consecuencia jurídica de su decisión es obligar a las Instituciones competentes de la Comunidad a adoptar las medidas necesarias para subsanar la ilegalidad comprobada. Así en la **STPI T-220/97**, el Tribunal determinó en el fundamento jurídico 56º que si bien no incumbe al Tribunal de Primera Instancia ponerse en el lugar de la Comisión para determinar las medidas concretas que ésta debería haber adoptado, no obstante, debe precisarse que la obligación de las Instituciones de adoptar las medidas necesarias para subsanar las ilegalidades declaradas por el Juez comunitario les obliga *no sólo* a adoptar las medidas legales o administrativas indispensables, *sino también* a reparar el perjuicio derivado de la ilegalidad cometida, a condición de que se cumplan los requisitos del artículo 228. 2 CE (*ex art.* 215.2): la existencia de un acto lesivo, de un perjuicio y de una relación de causalidad. Así condenó a la Comisión por no adoptar medidas concretas con respecto a la demandante necesarias para subsanar la ilegalidad declarada por el Tribunal de Justicia.

En las **Sentencias T-175/95 y T-176/95**, el Tribunal de Primera Instancia enjuició el acuerdo entre Basf y Accinauto mediante el cual se determinaba la prohibición de ventas pasivas por parte de este último. Es de destacar el fundamento jurídico 152º de la **Sentencia T-175/95**, y el correlativo fundamento jurídico 119º de la **Sentencia T-176/95**, en los que el Tribunal determinó, siguiendo la línea jurisprudencial ya establecida, que:

“para que pueda considerarse que una infracción de las normas de competencia del Tratado ha sido cometida deliberadamente, no es necesario que la empresa haya sido consciente de infringir una prohibición impuesta por estas normas, sino que basta que haya sido consciente de que la conducta inculpada tenía por objeto restringir la competencia”.

B) 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.

C) Cuestiones prejudiciales y medidas cautelares

Durante el período de referencia, el TJCE nos ha recordado en sus sentencias algunas de las líneas ya asentadas por la Corte europea en relación a las cuestiones prejudiciales. Por el contrario, poco o nada se puede decir en cuanto al régimen relativo a las medidas cautelares adoptadas por órganos jurisdiccionales internos, régimen —que debemos suponer— no ha sufrido modificaciones de trascendencia alguna pues, únicamente, la **Sentencia de 8 de julio de 1999, As. Hüls vs. Comisión, C-199/92**, aborda esta materia, siempre de forma marginal y sin aportar nuevos elementos de valoración.

El TJCE se ha concentrado —como por otra parte viene siendo habitual— en dos de las notas que singularizan el régimen de las cuestiones prejudiciales interpretativas, los requisitos que deben reunir las cuestiones prejudiciales para ser admitidas y el examen acerca de su propia competencia (las cuestiones prejudiciales de validez han sido numéricamente ínfimas —**Sentencia de 17 de junio de 1999, As. Société Critouridienne de Distribution, C- 166/98**—).

Dentro de las sentencias que integrarían el primer grupo (requisitos de admisibilidad) se han tratado cuestiones de sobra conocidas por todos, como las referidas a la competencia del órgano jurisdiccional interno para valorar la necesidad o no del planteamiento de la cuestión prejudicial, en este sentido la **Sentencia de 29 de junio de 1999, As. DM Transport, C-256/97** —y en términos similares las **Sentencias de 17 de junio de 1999, As. Rinaldo Piaggio, C-295/97** o de 15 del mismo mes, **As. Tarantik, C-421/97**—:

“(…) debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, corresponde únicamente a los órganos jurisdiccionales nacionales que conocen del litigio y han de asumir la responsabilidad de la resolución judicial que deba dictarse, apreciar, en vista de las peculiaridades de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar su resolución como la pertinencia de las cuestiones (...)”.

Otro tanto podemos decir en cuanto a la precisión y rigor que debe reunir la resolución de remisión (**Sentencia de 17 de junio de 1999, As. Rinaldo Piaggio**, enunciada con anterioridad), la necesidad de que el pleito sea “real” y no ficticio o hipotético (**Sentencia de 29 de junio de 1999, As. Butterfly Music, C-60/98**), que la decisión final adoptada por el órgano jurisdiccional interno revista naturaleza jurisdiccional (la referida **Sentencia DM Transport**) o que no resulte de aplicación la teoría del “acto claro” o del “acto aclarado” (de nuevo **As. Tarantik, C-421/97**).

Sea como fuere, no cabe la menor duda de que es en las Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Antonio Saggio, en relación a los **As. ac. C-400/97, C-401/97 y C- 402/97**, donde con mayor claridad se analizan todas y cada una de las notas señaladas con anterioridad. En efecto, se trata en este caso, de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y en la que el litigio principal, versa sobre la impugnación por parte de la Administración del Estado de tres normas forales (Normas Forales 28/1988, 8/1988 y 6/1988, adoptadas respectivamente por las Diputaciones

I. Derecho Comunitario

Forales de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa), en las que la parte actora (Administración del Estado) entiende que estas normas estarían tratando de introducir una serie de beneficios fiscales en favor de las empresas y personas físicas residentes en alguno de los territorios forales. Al margen de la solución del litigio principal, los apartados 9 a 15 recogen diferentes argumentos relativos a la admisibilidad de la cuestión prejudicial, como la necesidad del propio planteamiento, la teoría del “acto claro”, el carácter ficticio o no del pleito principal, o la falta de concreción del auto de remisión. Constituye una exposición “modelo” en la que de forma muy sintética, queda expuesta la jurisprudencia del TJCE en esta materia.

Por el contrario, y dentro ya de aquellas sentencias en las que el TJCE no examina la admisibilidad de la cuestión planteada sino su propia competencia, adquiere sustantividad propia la **Sentencia de 15 de junio de 1999, As. Andersson, C-321/97**. ¿Cuál es la razón de tal trascendencia?, el hecho de tratarse de una de las pocas sentencias del TJCE en las que el Alto Tribunal Europeo examina su propia competencia en relación a la interpretación del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en adelante EEE) y lo que es más, para afirmar su incompetencia en este supuesto concreto.

Efectivamente, la resolución de las cuestiones prejudiciales planteadas requiere de la respuesta a una pregunta previa, ¿es competente el Tribunal Europeo para pronunciarse acerca de la interpretación del Acuerdo EEE? A este respecto la propia sentencia recoge las dos tesis posibles: una formal, la primera (defendida por los Gobiernos sueco, islandés y noruego), en cuya conformidad el TJCE es incompetente para pronunciarse sobre estas cuestiones, puesto que el Estado que plantea ahora la cuestión (Suecia) no formaba parte de la Comunidad Europea en el momento de iniciarse el litigio; y otra material, la segunda tesis (demandantes y Gobierno francés) en virtud de la cual, se afirma la competencia del Tribunal Europeo para desarrollar esta función, en base a la consideración del Acuerdo EEE como una parte integrante del derecho comunitario.

El TJCE partiendo del reconocimiento de la tesis francesa:

“Procede recordar que un acuerdo celebrado por el Consejo, conforme a los artículos 228 del Tratado CE (actualmente, tras su modificación, artículo 300 CE) y 310 CE (antiguo artículo 238), constituye, en lo relativo a la Comunidad, un acto adoptado por una de sus Instituciones, en el sentido de la letra b) del párrafo primero del artículo 234 CE, que a partir de la entrada en vigor de tal acuerdo sus disposiciones forman parte integrante del ordenamiento jurídico comunitario y que, en el marco de éste, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse con carácter prejudicial acerca de la interpretación de dicho acuerdo (...)”,

termina por afirmar y sancionar su propia incompetencia sobre la base de que esta interpretación:

“(…) únicamente es válida por lo que respecta a la Comunidad, de modo que el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse acerca de la interpretación de dicho Acuerdo en lo que atañe a su aplicación en los Estados de la AELC (...)”.

De esta forma el TJCE pone el acento en la pertenencia o no del Estado en el que se encuentra el órgano jurisdiccional, para determinar su propia competencia, cuando se

trate de órganos jurisdiccionales asentados en alguno de los Estados miembros, el TJCE parece admitirla (por ejemplo y derivada de tal interpretación se desprendería que si un órgano jurisdiccional español plantease una cuestión prejudicial ante el TJCE en la que se interrogase al Tribunal acerca de la interpretación del Acuerdo EEE para la resolución de un supuesto, el TJCE se declararía competente).

Sin embargo en el asunto sometido al TJCE, el supuesto de hecho es mucho más complejo. Se trata de un órgano jurisdiccional situado en un Estado que en el momento de iniciarse el litigio no pertenecía a la Comunidad, pero sí en el momento de plantear la cuestión prejudicial. El TJCE resuelve la cuestión tomando como referente temporal el instante en el que el pleito se produjo y no el tiempo en el que la cuestión prejudicial es planteada. En base a esta lógica, Suecia no era Estado miembro de la Comunidad, no era “comunidad”, en palabras del propio TJCE, en consecuencia, el TJCE debe declararse incompetente.

Pero esta sentencia es importante, no tan sólo por lo que se refiere a la resolución de este tipo de cuestiones prejudiciales *in interim*, sino porque abre una nueva posibilidad a favor de los Estados pertenecientes a la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) y de sus órganos jurisdiccionales, para hacer uso de esta técnica (cuestión prejudicial) en aplicación de lo establecido en el art. 107 del Acuerdo EEE. Así es, mientras el AELC atribuía a favor del Tribunal de la propia AELC la competencia para interpretar las dudas de los Estados miembros respecto al Acuerdo EEE, no se incluía una cláusula similar en favor del TJCE.

El art. 107 del Acuerdo EEE y el Protocolo 34 atemperan tal desigualdad. De acuerdo al contenido de estos preceptos, se prevé la posibilidad de que un Estado de la AELC autorice a sus órganos jurisdiccionales a solicitar al Tribunal de Justicia, bajo determinadas condiciones, que se pronuncie acerca de la interpretación de una disposición del Acuerdo EEE, pero como bien ha señalado el TJCE, “hasta la fecha no se ha hecho uso de esta posibilidad”.

Recapitulando parecen existir tres regímenes diferentes en cuanto al planteamiento de cuestiones prejudiciales acerca del Acuerdo EEE: a) órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la Comunidad, en este caso el TJCE declararía su competencia; b) órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la Comunidad que anteriormente, pertenecía a la AELC. Se trataría de un supuesto como el contemplado en la sentencia, por lo tanto habrá que precisar el momento en que se instó el procedimiento principal, y verificar si en ese momento preciso, el Estado en cuestión, era miembro de la Comunidad, y c) órgano jurisdiccional de un Estado que no pertenece a la Comunidad pero sí a la AELC. En este supuesto, la única vía de acceso al TJCE será el art. 107 y el Protocolo 34. En todo caso, queda fuera de toda duda, que a partir de la entrada en vigor del Acuerdo EEE, sus disposiciones forman parte integrante del ordenamiento comunitario.

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ
 JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA
 JUANI MORCILLO MORENO

JESÚS PUNZÓN MORALEDA
 FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ
 LUIS F. MAESO SECO

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL**Sumario:**

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

a) Agotamiento de los recursos en la vía judicial previa, art. 44.1.a) LOTC: ocultación de la pendencia de un recurso contencioso-administrativo y mala fe procesal. B) Control de constitucionalidad de normas con rango de Ley. a) Las Exposiciones de Motivos de las leyes carecen de valor normativo por lo que no pueden ser objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad. b) La derogación expresa de la Ley recurrida produce normalmente la pérdida sobrevenida del objeto. c) Cuestión de inconstitucionalidad y juicio de relevancia: alcance de la revisión en sede constitucional de esta condición de procedibilidad. C) Controversias competenciales en virtud de recursos o conflictos. a) Inexistencia de defraudación del plazo en la impugnación de preceptos legales que traen origen en otros anteriores. b) Exigencia de precisión en el requerimiento de incompetencia de los preceptos viciados, y, de no hacerlo, no pueden ser objeto de conflicto de competencia. c) La modificación de la disposición recurrida no supone automáticamente la pérdida sobrevenida del objeto del conflicto si la controversia competencial sigue viva. d) Errores en el escrito de interposición del recurso o conflicto. **3. Criterios de distribución de competencias.** A) Competencias de legislación y ejecución en materia de propiedad industrial: aplicación del título competencial contenido en el art. 149.1 CE B) Ámbito competencial autonómico en agricultura: subvenciones comunitarias y ordenación de la economía. C) Autonomía financiera y competencias autonómicas en agricultura. D) Alcance de las bases estatales y subvenciones autonómicas. E) Especialidades procesales que se derivan de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.

1. INTRODUCCIÓN

Se analizan las Sentencias correspondientes al período que media entre la STC 103/1999, de 3 de junio, y la STC 128/1999, de 1 de julio. De este periodo cabe destacar la STC 128/1999, relativa a un Decreto de mejoras de estructuras agrarias, que parece apuntar un ligero cambio de tendencia en la posición del derecho comunitario y que establece una serie de criterios en materia de cofinanciación y en la garantía de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de amparo constitucional

- a) **Falta de agotamiento de la vía judicial previa, art. 44.1.a) LOTC: deber de colaboración de las partes, mala fe del actor e imposición de las costas y de multa (art. 95, apartados 2º y 3º, de la LOTC)**

En la STC 114/1999, de 14 de junio (BOE de 8 de julio), el actor impugnó un Acuerdo de la Junta Electoral Central en un recurso contencioso electoral ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, recaída Sentencia, se interpuso recurso de amparo constitucional cuando aún no se había resuelto un recurso contencioso-administrativo frente al mismo acto, al amparo de la Ley 62/1978 y ante el Tribunal Supremo.

La Sala Segunda declara por Sentencia inadmisibile el recurso de amparo por falta de agotamiento de la vía previa [artículos 50.1.a) y 43 de la LOTC]. Tras advertir a la luz de las alegaciones de las partes personadas y una vez recibidas las actuaciones, que el actor había ocultado con mala fe procesal la interposición y pendencia del citado recurso, la Sala dispone imponerle las costas y una multa (artículos 95.2 y 3 de la LOTC).

B) Control de constitucionalidad de normas con rango de ley

- a) **Las Exposiciones de Motivos de las leyes carecen de valor normativo por lo que no pueden ser objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad**

La STC 116/1999, de 17 de junio (BOE de 8 de julio), enjuicia un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988, los Diputados actores pretenden que se declare la inconstitucionalidad de cierto pasaje contenido en la Exposición de Motivos de la Ley sobre la valoración biológica del momento de la implantación. El Tribunal Constitucional (FJ 2º) recuerda su doctrina constante según la cual las Exposiciones de Motivos carecen de valor normativo, por lo que no pueden ser objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad.

- b) **La derogación expresa de la ley recurrida normalmente produce la pérdida sobrevinida del objeto**

En la misma STC 116/1999, de 17 de junio (BOE de 8 de julio), se reitera que los preceptos expresamente derogados pierden de forma sobrevinida su idoneidad para ser objeto de un proceso de recurso de inconstitucionalidad (FJ 2º).

- c) **Cuestión de inconstitucionalidad y juicio de relevancia: alcance de la revisión en sede constitucional de esta condición de procedibilidad (art. 35 de la LOTC)**

La STC 130/1999, de 1 de julio (BOE de 30 de julio), una cuestión de inconstitucionalidad respecto de una Disposición Adicional de la Ley de Presupuestos Generales de

II. Justicia Constitucional

Cantabria para 1993, mantiene la doctrina flexible acerca del juicio de relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad y matiza (FJ 2º), con invocación de precedentes, que la posibilidad de interpretar la norma de forma diferente a como lo ha hecho el órgano judicial promovente no es por sí solo motivo para considerar mal planteada la cuestión, salvo que esa interpretación sea manifiestamente infundada y arbitraria.

C) Controversias competenciales en virtud de recursos o conflictos

a) Inexistencia de defraudación del plazo de impugnación, o “recurso oblicuo”, al impugnarse unos preceptos legales que traen origen en otros anteriores (art. 33 de la LOTC)

La **STC 103/1999, de 3 de junio** (BOE de 8 de julio) rechaza la alegación –muy forzada a nuestro juicio– del Abogado del Estado según el cual el recurso frente a la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, carece de viabilidad, puesto que la existencia de un único Registro de la Propiedad Industrial se deriva de una Ley preconstitucional de 1975 contra la cual, claro está, no se interpuso recurso alguno.

El Tribunal Constitucional recuerda (FJ 2º) que, desde la perspectiva formal, los preceptos que se impugnan y que delimitan el objeto del recurso forman también parte de la Ley de Marcas, y que, desde una perspectiva material, dicha Ley disciplina de nuevo en varios extremos los efectos externos del Registro.

b) Los preceptos viciados de incompetencia deben expresarse con claridad en el requerimiento de incompetencia, y, de no hacerlo, no pueden después ser objeto de conflicto de competencia (art. 63.3 de la LOTC)

La **STC 128/1999, de 1 de julio** (BOE de 30 de julio), insiste (FJ 3º) en que el requerimiento de incompetencia previo al conflicto no es un mero obstáculo formal, cuyo incumplimiento –o cumplimiento defectuoso– pueda ser sanado de oficio por vía interpretativa, responde a la finalidad de apurar las posibilidades de resolución convencional o negociada de las diferencias; deben hacerse “constar con claridad en el requerimiento los preceptos de la disposición viciados de incompetencia, hay que entender que sobre los preceptos no mencionados en el mismo no se ha planteado un conflicto de competencia” (invoca la STC 104/1989).

c) La modificación de la disposición recurrida no permite declarar automáticamente la desaparición sobrevenida del objeto del conflicto si la controversia competencial sigue viva

La misma **STC 128/1999, de 1 de julio** (BOE de 30 de julio), ratifica (FJ 4º) una consolidada línea de jurisprudencia según la cual la derogación, modificación o sustitución parcial de la normativa discutida en conflicto no permite declarar automáticamente la desaparición sobrevenida del objeto del conflicto si subsiste la controversia competencial entre las partes. Los hechos poseen interés para entender el juego de esta técnica procesal de ponderación.

d) Errores en el escrito de interposición del conflicto o recurso

Se han planteado dos cuestiones similares aunque diferentes en la **STC 103/1999, de 3 de julio**, se plantea un posible error en la demanda. El TC considera que el objeto del proceso son las normas impugnadas en el suplico de la demanda. Pero, puede declararse inconstitucional la norma objeto de la presunta confusión si existe una conexión clara o una relación de consecuencia como resultado de la eventual aceptación del recurso. No ocurre lo mismo si lo que se pretende es incluir como objeto del proceso preceptos no mencionados en el requerimiento previo al planteamiento del conflicto, según la **STC 128/1999, de 1 de julio** (FJ 3°).

3. CRITERIOS DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

Se han dictado tres Sentencias relativas a controversias competenciales siendo destacable la relativa a la Ley de Marcas (**STC 103/1999, de 3 de julio**), en la que se delimitan las competencias respectivas de legislación y ejecución en materia de Propiedad Industrial, y en la que cabe resaltar la aplicación del título competencial contenido en el art. 149.1.1ª CE; y la referida a la distribución de competencias en materia de ayudas europeas, estatales y autonómicas a la agricultura y ganadería por apuntar posibles avances jurisprudenciales en materia de subvenciones y en el papel del Derecho comunitario en el marco de la distribución interna de competencias (**STC 128/1990, de 1 de julio**).

A) El art. 149.1.1ª CE permite atribuir competencias ejecutivas al Estado en materia de propiedad industrial. Las competencias de legislación y ejecución en la materia

En la **STC 103/1999, de 3 de julio**, se reitera la jurisprudencia constitucional relativa a los conceptos de legislación y ejecución en la distribución de competencias (FJ 4°), recordando dos precisiones: que la competencia de legislación habilita al Estado para que establezca un régimen jurídico unitario y un Registro de ámbito nacional y que es admisible, *excepcionalmente*, la traslación de competencias ejecutivas autonómicas en favor del Estado cuando se produzcan efectos en todo el ámbito nacional y la actuación ejecutiva no sea susceptible de fraccionamiento o cuando la homogeneidad necesaria sólo pueda alcanzarse atribuyendo la competencia a un único titular.

En el caso del registro de marcas y nombres comerciales es necesario utilizar el título competencial contenido en el art. 149.1.1ª por tratarse de la regulación de un derecho (el de propiedad): la atribución a una instancia unitaria, que en el ámbito al que nos estamos refiriendo no puede ser sino el Estado, de la competencia para resolver acerca de la concesión del derecho y consiguiente inscripción de marcas y nombre comerciales es un requisito indispensable para que pueda hablarse de igualdad en el ejercicio de los derechos de la especial propiedad que representa (FJ 5°).

Se utiliza pues el art. 149.1.1ª CE para la atribución de competencias y como novedad hay que destacar que permite que el Estado asuma competencias ejecutivas.

II. Justicia Constitucional

Como consecuencia de esta doctrina, el TC entiende que a las CCAA les corresponderá sólo la recepción de las solicitudes de inscripción y la verificación de los requisitos formales de tales solicitudes. El resto de competencias corresponde a los poderes centrales excepto cuando tales solicitudes se refieran exclusivamente a los rútolos de los establecimientos. En esta resolución, se utiliza el 149.1.1ª CE para hacer la atribución competencial y se permite que el Estado asuma competencias ejecutivas. Cáigase en la cuenta que la solución ofrecida no es la misma que la contenida en la STC sobre Propiedad Intelectual (de casación).

B) Competencias autonómicas en materias de agricultura y derecho comunitario: el derecho comunitario es contexto para comprender las reglas internas de distribución de competencias subvenciones estatales, Derecho comunitario y competencias en agricultura

En la STC 128/1999, de 1 de julio, se reitera la jurisprudencia constitucional sobre el tema (especialmente la STC 13/1992) y la ausencia de efectos en la distribución competencial como consecuencia de que las ayudas procedan total o parcialmente de la Unión Europea (FJ 7º). Se introducen en este punto, sin embargo, algunas afirmaciones (realizadas en decisiones anteriores, aunque no tan claramente –STC 13/1998–) que parecen apuntar un ligero cambio de tendencia en la posición del derecho comunitario en el marco de las controversias competenciales en dos sentidos. En primer lugar, se reitera que *prestar atención a la normativa comunitaria aplicable puede ser útil y obligado* para aplicar correctamente el esquema interno de distribución de competencias por lo que se detiene en examinar el Reglamento comunitario porque *constituye el marco normativo* que ha sido desarrollado por el Real Decreto impugnado (FJ 9º). En segundo lugar, el TC reconoce (FJ 16º) que la normativa comunitaria asegura una homogeneidad de opciones garantizando el respeto a los principios de unidad y diversidad por sí misma de forma que no será necesaria, en determinados casos, la intervención estatal en aras de la unidad básica de la regulación del mercado en materia de subvenciones.

C) Autonomía financiera y competencias autonómicas en agricultura

En la misma STC 128/1999, de 1 de julio, el tribunal se ha pronunciado sobre varias cuestiones respecto al tema enunciado. Admite, en primer término, que la autonomía financiera debe admitirse como criterio para la atribución de competencias debido a la conexión directa existente entre dicha autonomía y la competencia exclusiva en materia de agricultura y ganadería (FJ 8º).

Además, el TC debe resolver los problemas planteados por la necesidad de hacer compatible el régimen de cofinanciación diseñado en las normas europeas y la garantía de autonomía financiera autonómica. En tal sentido, considera que deben regir unas reglas mínimas, especialmente cuando tal régimen es consecuencia de la aplicación de una normativa comunitaria que supone la existencia de compromiso del Estado con la Unión Europea en los que se implican las CCAA. De este modo, y dada la incidencia presupuestaria en las CCAA, debe contarse con el máximo grado de conformidad (incluso previa) de la CA.

El TC considera que dos son los principios que deben garantizarse: la territorialización de las subvenciones estatales y la voluntariedad de la aportación autonómica. Respecto al primero, el

Estado debe asignar tales ayudas según territorios y de acuerdo con criterios objetivos. Respecto al segundo, las CCAA no están obligadas a cofinanciar tales medidas, de modo que una eventual decisión de no cofinanciar no puede alterar su derecho a percibir los fondos que le correspondan según la territorialización realizada por el Estado, de forma que *no resultaría conforme con el orden constitucional de distribución de competencias condicionar la financiación estatal a una efectiva cofinanciación autonómica* (FJ 11°).

D) Alcance de las bases estatales y subvenciones autonómicas (ex art. 149.1.13ª)

También en la **STC 128/1999, de 1 de julio** el Tribunal recuerda su posición respecto a los conceptos formal y material de bases sin introducir grandes novedades. Sin embargo, el supuesto planteado es diferente porque ahora no se trata de discutir la extensión de las normas básicas dictadas por el Estado para las ayudas financiadas por el propio Estado, sino por las CCAA. Por tal motivo, el TC defiende que “la normativa básica estatal no presenta la misma virtualidad cuando opera sobre subvenciones que provienen de las partidas de los Presupuestos Generales del Estado, ya que a través de ellas el Estado ejerce sus opciones concretas de dirección de los diversos sectores económicos, que cuando se trata de financiación autonómica propia”, pues en este caso la CA ha de tener mayor margen de maniobra para elaborar políticas propias (FJ 16°).

E) Especialidades procesales que se derivan de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas (149.1.6ª CE)

STC 127/1999, de 1 de julio (BOE de 30 de julio). Impugnación del art. 10 y Disposición Adicional Tercera de la Ley de Galicia 13/1989, de 10 de octubre, de montes vecinales en mano común.

Se reitera la jurisprudencia sobre el título competencial estatal “Administración de Justicia” (en concreto en la **STC 150/1989**): la regulación de las funciones y competencias de jueces y magistrados corresponde al poder central como parte esencial de tal título (FJ 2°).

También se concreta el contenido de las especialidades procesales autonómicas permitidas por el art. 149.1.6ª como consecuencia de la presencia de normas forales considerando que *las especialidades procesales que se permiten a las Comunidades Autónomas han de limitarse a aquellas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por éstas* (FJ 5°).

JAVIER GARCÍA ROCA
PABLO SANTOLAYA
ALFREDO ALLUÉ

ISABEL PERELLÓ
RAÚL CANOSA
RAFAEL BUSTOS

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

Humanos. A) Introducción. B) Determinación de las condiciones en las que la desaparición de una persona puede constituir tratos inhumanos y degradantes para sus familiares (arts. 2,3,5 y 13). C) Vulneración de la imparcialidad judicial como consecuencia de declaraciones a la prensa (art. 6.1 del Convenio). D) Progresivamente más estricto control de las dilaciones indebidas (art. 6.1). E) Código militar sobre la homosexualidad es contrario al derecho a la intimidad (art. 8). F) Límites a la libertad de expresión en el contexto de la lucha antiterrorista (art. 10). G) Vulneración del derecho de propiedad (art. 1 del Protocolo 1°).

3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. A) Introducción. B) Tutela judicial efectiva.

a) Ejecución de Sentencia e intangibilidad de las Sentencias firmes. b) El derecho de defensa reclama una lesión real o actual, no abstracta o potencial. c) El principio de contradicción y de defensa prima sobre las especialidades procedimentales. d) Acceso al recurso de casación en interés de Ley y legitimación de las Centrales Sindicales. C) El derecho fundamental a la legalidad penal abarca el principio de proporcionalidad. D) Derecho a la intimidad personal y familiar: la filiación biológica de un menor de edad adoptado no es susceptible de información. E) Límites al automatismo judicial en la autorización de entrada a domicilio. F) Libertad de autoorganización de las Asociaciones. G) El *nasciturus* no es titular del derecho a la vida.

H) Recursos de amparo electorales. Apreciación de inelegibilidad sobrevenida y vulneración del derecho a la intimidad por remisión de una hoja en blanco de antecedentes penales. I) Recursos de amparo electorales. Revisión judicial del proceso electoral y adjudicación de votos y concejales por el propio Tribunal Constitucional. **4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.**

A) Libertad de expresión y a recibir y comunicar información. Acceso de las cámaras a sede judicial. Inexistencia de lesión del derecho de los periodistas a obtener información. B) Lesión del derecho de asociación por la decisión municipal de suspender la actividad asociativa tras la asunción de la gestión municipal del local donde aquélla se desarrollaba y su cierre. C) El derecho a la educación como derecho de prestación, límites. D) Expulsión de extranjeros. E) El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas e indemnización.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En esta crónica se analiza: la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos entre el 1 de julio y el 30 de septiembre de 1999 la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional correspondiente a los núms. 134/1999, de 15 de julio a 145/1999, de 22 de julio y la del Tribunal Supremo, Salas Primera y Tercera, entre marzo y julio de 1999.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Introducción

Entre el 1 de julio y el 30 de septiembre de 1999 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado un total de cuarenta y dos sentencias (veintinueve en el mes de julio, una en agosto, y doce en septiembre), si bien dos de ellas terminaron con la apreciación de excepciones preliminares y cinco mediante cancelación de la demanda en los términos del artículo 37. Siguiendo, como es habitual, el orden de los artículos del Convenio, se han considerado de especial interés las siguientes:

Un caso de vulneración de los artículos 2, 3, 5 y 13 del Convenio, importante en la actualidad en la medida en que establece las condiciones en las que la desaparición de personas pueden constituir tortura o penas y tratos inhumanos y degradantes para sus familiares: **Çacıgi contra Turquía, de 8 de julio de 1999.**

Un supuesto de vulneración del art. 6.1 en su aspecto de juez imparcial que se produce como consecuencia del juego cruzado de declaraciones de prensa entre el Presidente del Tribunal y un justiciable: **Buscemi contra Italia, de 16 de septiembre de 1999.**

Ocho supuestos de dilaciones indebidas contrarias al artículo 6.1 del Convenio: **Santos contra Portugal, de 22 de julio, A.P. contra Italia, Ferrari contra Italia, Di Mauro contra Italia, Selmouni contra Francia, Bottazzi contra Francia, todos ellos de 28 de julio, Moretti contra Italia, de 6 de septiembre y Djaid contra Francia, de 29 de septiembre de 1999.**

Dos supuestos de violación del artículo 8 por el Reino Unido derivados del código que suponía la expulsión automática del ejército de los homosexuales masculinos **Lusting-Prean y Beckett** y femeninos **Smith y Grady**, ambos de 27 de septiembre de 1999.

Un conjunto de catorce recursos, todos ellos dictados contra Turquía en los que se analiza la aplicación de la legislación antiterrorista restrictiva de la propaganda marxista y separatista en los más variados supuestos (entrevistas de prensa, manuales universitarios, libros de poesía...) sentando una doctrina global claramente favorable a la plenitud del artículo 10 del Convenio.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Una Sentencia que analiza la vulneración del derecho de propiedad previsto en el art. 1 del Protocolo 1°. *Inmobiliaria Saffi contra Italia*, de 28 de julio de 1999.

B) Determinación de las condiciones en las que la desaparición de una persona puede constituir tratos inhumanos y degradantes para sus familiares (arts. 2, 3, 5, y 13)

En *Çacigi contra Turquía*, de 8 de julio de 1999, la Corte se enfrenta a un supuesto en el que una ciudadana turca denuncia la desaparición de su hermano. El Tribunal considera que existen pruebas suficientes que permiten concluir que ha muerto después de una detención no reconocida y totalmente desprovista de garantías, con violación por tanto del art. 5 que, además ha terminado con la muerte de la víctima, en violación del artículo 2 de la Convención, circunstancias todas ellas sobre las que las autoridades no han desarrollado una investigación adecuada, lo que supone vulneración del artículo 13.

Pero sin duda el aspecto más importante de esta Sentencia, cuyo contenido puede incidir directamente en el enjuiciamiento del caso *Pinochet*, y en otros asuntos abiertos en nuestro país y en otros Estados partes del Convenio de Roma relacionados con las dictaduras sudamericanas, es que contiene una especie de teoría general sobre las condiciones en las que la desaparición de una persona puede ser considerada tortura o tratos inhumanos y degradantes, en los términos del art. 3, no para la víctima sino para sus familiares.

En efecto, invocando como precedente el asunto *Kurt contra Turquía*, de 25 de mayo de 1998, sostiene que la desaparición de su hermano ha constituido para ella personalmente y para los demás miembros de su familia trato inhumano y degradante, aportando como elementos la total ausencia de información, la incertidumbre sobre la suerte de su hermano... La Corte señala que el asunto *Kurt* no ha establecido el principio general según el cual el familiar de un desaparecido es automáticamente víctima de trato inhumano contrario al artículo 3, sino que la determinación de si lo es depende de la existencia de una serie de factores particulares que confieren a los sufrimientos de la requeriente una dimensión y un carácter distintivo de su relación afectiva, factores como la proximidad del parentesco, haber sido testigo de los acontecimientos, participar en los intentos de obtener información.

La Corte subraya que la esencia de este tipo de violaciones no es tanto el hecho de la desaparición del miembro de la familia, sino, sobre todo, las reacciones de las autoridades, y que es a la vista de éstas como un pariente puede pretender ser víctima directa de la violación.

C) Vulneración de la imparcialidad judicial como consecuencia de declaraciones a la prensa (art. 6.1)

Se trata del problema resuelto en *Buscemi contra Italia*, de 16 de septiembre de 1999. Se trata de un ciudadano italiano al que se le priva de la custodia de su hija. En el contexto

de un largo proceso judicial, y en paralelo al mismo, el Presidente del Tribunal de menores realiza unas declaraciones a la prensa sobre su trabajo, a las que responde el recurrente mediante una carta al director explicando su caso, a lo que suceden varias réplicas y contrarréplicas. Con posterioridad el recurrente solicita, sin obtenerlo, la recusación del Presidente para juzgar el caso de su hija alegando parcialidad.

La Corte, en una sentencia que tiene evidentes puntos de contacto con la muy reciente STC 162/1999, de 27 de septiembre, en el caso Hormaechea, considera que existe vulneración del art. 6 del Convenio, y constata que se impone a las autoridades judiciales la mayor discreción, a fin de garantizar su imagen de imparcialidad, que esta discreción les debe llevar a no utilizar la prensa ni siquiera para responder a las provocaciones y que el empleo público de expresiones que implican un juicio desfavorable al recurrente antes de presidir el órgano judicial no es compatible con las exigencias de neutralidad de todo tribunal.

D) Progresivamente más estricto control de las dilaciones indebidas (art. 6.1)

Al igual que ocurría en el trimestre anterior la jurisprudencia de este período parece seguir incidiendo en la determinación de un *standard* europeo progresivamente más estricto del significado de las dilaciones indebidas, que en esta ocasión a tres países miembros, Portugal, Francia y, sobre todo, Italia, y que se refieren a prácticamente todas las jurisdicciones. De entre todas ellas hay que hacer referencia en especial a **Djaid contra Francia, de 29 de septiembre de 1999**, en la que se considera contrario al Convenio que un proceso por tráfico de estupefacientes desarrollado en tres instancias, incluida la casación, dure cuatro años, seis meses y quince días.

E) El Código militar sobre la homosexualidad es contrario al derecho a la intimidad (art. 8)

Son dos importantes Sentencias *Lusting-Prean* y *Beckett* y femeninos *Smith* y *Grady*, ambas de 27 de septiembre, que declaran contrario al convenio el código de conducta vigente en el ejército inglés que implicaba la expulsión de los soldados masculinos o femeninos homosexuales. La alegación central, muy similar en ambos casos es que las investigaciones realizadas sobre su homosexualidad y su expulsión de la marina y de las fuerzas armadas están motivadas exclusivamente por su condición de homosexuales, lo que es contrario al artículo 8 del Convenio.

El punto central en ambos pleitos es constatar si las injerencias en la vida privada de los recurrentes pueden ser consideradas “necesarias en una sociedad democrática” y la Corte, con base en los casos *Engel* y otros contra Países Bajos, de 8 de junio de 1976, *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs* y *Gubi* contra Austria, de 19 de diciembre de 1994, *Grigoriades* contra Grecia, de 25 de noviembre de 1997, admite que cada Estado tiene competencia para organizar su sistema de disciplina militar y para imponer res-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

tricciones de derechos con respecto a su vida privada cuando existe una amenaza real para la eficacia operacional de las fuerzas armadas, pero sin embargo esto no puede ser alegado para obstaculizar el ejercicio de los miembros de las fuerzas armadas a su derecho a la vida privada, de manera que no es posible alegar como causa para la expulsión supuestos riesgos genéricos y eventuales para la eficacia operacional derivados de su condición de homosexuales.

F) Límites a la libertad de expresión en el contexto de la lucha antiterrorista (art. 10)

Se trata de un conjunto de catorce Sentencias, todas ellas en **Asuntos contra Turquía, y de 8 de julio de 1999**, salvo **Öztürk, de 28 de septiembre**, que al margen de recordar la doctrina sentada en el caso *Inkal* contra Turquía, de 9 de junio de 1998, declarando contrario al principio del juez imparcial el hecho de que uno de los jueces que constituyen los tribunales que juzgan este tipo de casos sea militar. Contiene una interesante doctrina sobre los límites a la libertad de expresión, en sus más variados aspectos, en el contexto de la lucha antiterrorista.

La doctrina general está presente, por ejemplo, en *Surek* contra Turquía (cuatro) y es la que distingue entre “críticas virulentas contra las autoridades”, “actitudes intransigentes”, “retratos negativos de la población de origen turco” o incluso “connotaciones hostiles” que estarían protegidos en su expresión por el Convenio de aquéllas susceptibles de incitar a la violencia” o de provocar un odio profundo e irracional” que no lo estarían, doctrina que es aplicada para apreciar la inadecuada ponderación por parte de las autoridades turcas que implica vulneración del Convenio en *Sürek* (dos), *Sürek* y *Özdemir*, *Ceylan*, *Baskaya* y *Okçuoglu*, *Erdogdu* y *Ince*, *Gerger*, *Karatas*, *Polat*, *Arslan* y en sentido contrario, esto es considerando proporcionada la injerencia, en *Sürek* (uno) y *Sürek* (tres).

Por otra parte la Corte tiene en cuenta el instrumento en el que se producen las manifestaciones, de manera que, por ejemplo, si lo son en un periódico de difusión restringida (como en el caso *Okçuoglu*) o tiene la forma de estudio universitario (*Baskaya* y *Okçuoglu*), entrevista con un sociólogo (*Erdogdu* y *Ince*), discurso en una ceremonia (*Gerger*) libro de poemas (*Karatas*) o en general de una obra de vocación literaria realizada por un particular (*Polat*, *Arslan*) son hechos que “constituyen un límite notable a su impacto potencial sobre la seguridad nacional”.

Por último son varios los casos que consideran que un factor a tener en cuenta es la severidad de la pena de prisión impuesta (*Okçuoglu*, *Baskaya* y *Okçuoglu*).

G) Vulneración del derecho de propiedad (art. 1 del Protocolo 1º)

Tras el asunto *Chasagnou* y otros contra Francia, de 20 de abril, al que hicimos referencia en la anterior crónica, el Tribunal se enfrenta otra vez al problema de las injerencias en el derecho de propiedad en el **Asunto Inmobiliaria Saffi contra Italia, de 28 de julio de**

1999, en esta ocasión como consecuencia de la imposibilidad prolongada de ejecutar una orden de expulsión que le permitía recuperar un apartamento, en el contexto de unas medidas gubernamentales que suspenden las expulsiones masivas de inquilinos que hubieran sido posibles como consecuencia de una determinada reforma legal. La Corte considera que las medidas de urgencia del gobierno están legitimadas, pero que la excesiva suspensión de las expulsiones –más de seis años– implica vulneración del derecho de propiedad de la inmobiliaria recurrente.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Introducción

Se analizan desde la **STC 134/1999, de 15 de julio**, hasta la **STC 145/1999, de 22 de julio de 1999**. De todas ellas cabe resaltar, por su trascendencia, y por la polémica que ha suscitado, incluso en el propio Pleno, dados los numerosos votos particulares, la **STC 136/1999**, que resuelve el recurso de amparo promovido por los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que les condena por delito de colaboración con banda armada. En esta resolución se abordan múltiples e interesantes cuestiones, si bien, su principal pronunciamiento, es el reconocimiento de la posibilidad de control constitucional del legislativo por la vía de comprobar el respeto en sus decisiones, del principio de proporcionalidad de los delitos y las penas, así como de la posibilidad de reclamar en vía de amparo el ejercicio de dicho control por medio de la alegación de que la falta de proporción entre delito y pena implica una vulneración del art. 25.1 CE.

B) Tutela judicial efectiva

a) Ejecución de Sentencia e intangibilidad de las Sentencias firmes

En la **STC 106/1999, de 14 de junio**, el TC resuelve la cuestión de la modificación, en fase de ejecución, de una Sentencia Contencioso-administrativa. El Tribunal, en su FJ 3º partiendo de que el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales es un instrumento para reaccionar ante eventuales situaciones de indefensión con origen en ejecuciones judiciales en las que se ha alterado o modificado, sin causa justificada, lo decidido con carácter de firmeza, consideró (FJ 5º) que el remedio no se halla en integrar la omisión mediante un pronunciamiento adicional en sede de ejecución del fallo, sino a través del sistema de recursos pertinente. De este modo, FJ 7º, la eficacia de la cosa juzgada se vio menoscabada por la alteración de los propios términos de la Sentencia firme, a través del cauce procesal de ejecución, a todas luces inidóneo para producir tal resultado innovativo. El Magistrado Garrido Falla, en su voto particular, considera que cabe perfectamente la utilización del trámite de ejecución ante las palmarias omisiones de una Sentencia de contenido anulativo.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

En este mismo sentido, la STC 112/1999, dictada en virtud de un recurso de aclaración de Sentencias.

b) El derecho de defensa reclama una lesión real o actual, no abstracta o potencial

La STC 118/1999, de 28 de junio, resuelve un recurso de amparo en el que se plantea un problema de legitimación a los efectos de personación en el proceso, y, señala el TC que las deficiencias procesales –falta de emplazamiento– que pueden generar privación o negación del derecho a la defensa han de consistir en algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo” (FJ 3°).

c) El principio de contradicción y defensa prima sobre las especialidades procedimentales

En la STC 119/1999, de 28 de junio, el TC resuelve un recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que declara la inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo contra un Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial –cambio de destino de un Magistrado–, y considera que el tribunal *a quo* no habilitó un trámite para que el demandante pudiera formular alegaciones frente a la causa de inadmisibilidad esgrimida, al aplicarse las normas procesales específicamente previstas en materia de personal en los arts. 113 y ss. de la LJCA. En su FJ 5° reitera la anterior jurisprudencia en la que afirmaba que:

“teniendo en cuenta que en dicho procedimiento no existe, como en el ordinario, ulterior posibilidad de audiencia de las partes, también cuando sean insubsanables las causas de inadmisión aludidas en la contestación, en una interpretación de la integración de sus especialidades procedimentales con la regulación del capítulo primero de la ley, según dispone el citado art. 113, que sea acorde con los postulados del derecho de tutela judicial efectiva y de defensa (art. 24.1 CE) debe comportar la habilitación en todo caso de la oportunidad de alegaciones sobre las mismas”, de este modo, el TC considera que:

“el principio de contradicción presente en el art. 24 CE exige que se dé oportunidad a los recurrentes para realizar las alegaciones que estimen oportunas en relación con los motivos de inadmisión de un recurso sobre los que no se ha tenido oportunidad de pronunciarse en la demanda, por haber sido introducidos por la Administración en la contestación de la misma”.

d) Acceso al recurso de casación en interés de Ley y legitimación de las Centrales Sindicales

La STC 121/1999, de 28 de junio, la Sala Primera aborda un problema de falta de legitimación de las Centrales Sindicales para interponer recurso de casación en interés de ley,

al entender los órganos judiciales que sólo la ostentan las Corporaciones de derecho público. En el FJ 3º el TC recuerda su reiterada doctrina sobre que el principio *pro actione*,

“despliega su plena operatividad en el acceso a la jurisdicción, y cuando se trata del ámbito del acceso a los recursos, el control constitucional de las decisiones judiciales que declaran la inadmisibilidad del recurso ha de ceñirse a los cánones del error patente, la arbitrariedad o la manifiesta irrazonabilidad”.

El Magistrado Jiménez de Parga formula Voto Particular al considerar que los sindicatos padecen una discriminación respecto a las corporaciones “ya que como sindicato más representativo defiende intereses generales que son justamente los exigidos para la legitimación del art. 102.b).1 LJCA”.

C) El derecho fundamental a la legalidad penal abarca el principio de proporcionalidad

En la **STC 136/1999, de 20 de julio**, el Pleno resuelve el recurso de amparo contra Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo –Mesa Nacional de Herri Batasuna–, el Tribunal Constitucional opta por reconocer vulneración del principio de legalidad penal “en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas como directa consecuencia de la aplicación del art. 174 bis.a) del Código Penal de 1973”. Es discutible, atendiendo a las alegaciones de los recurrentes, que el TC debiera haber encaminado el razonamiento de la Sentencia desde la proporcionalidad a fin de otorgar el amparo y declarar la nulidad de la Sentencia del TS. Acaso podría haberse argumentado la presunción de inocencia desde la óptica de los delitos colectivos y de la necesidad de una individualización de la responsabilidad penal (como así lo considera en su voto particular concurrente el Magistrado Viver i Pi-Sunyer) o desde la tipicidad. Probablemente estas vías hubieran sido las más adecuadas a la resolución del amparo.

El TC, apoyándose en la extensa doctrina del TEDH sobre la materia y, partiendo de la consideración de que el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación puede producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales, considera de observancia obligada la regla de la proporcionalidad en la reacción penal cuando proceda a la limitación de derechos fundamentales (en este caso los derechos de información, expresión y participación política).

En su FJ 29º, el TC fundamenta el desequilibrio entre la severidad de la pena y el efecto que comporta en el ejercicio de los derechos referidos; a saber: a) no se está ante una conducta directamente constitutiva de un resultado de colaboración con banda armada “sino ante un acto de colaboración tendente a tal resultado de efectiva colaboración”; b) una muy significativa entidad de la pena; c) las conductas incriminadas son actividades de expresión de ideas e informaciones y constituyen una forma de participación política y,

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

en consecuencia una sanción penal desproporcionada puede producir efectos de desaliento respecto del ejercicio lícito de estos derechos; d) la relativa indeterminación del precepto puede crear incertidumbres acerca de si el ejercicio de los derechos referidos en una determinada actividad pública puede ser lícita o, por el contrario, severamente castigada.

Es obligado apuntar que el TC, en dicho Fundamento, parece entender que el TS ha contemplado en su Sentencia una pena de contenido mínimo (“la aplicación de un precepto que contempla una pena mínima de seis años”). O es un defecto de redacción o, desde luego, la aplicación en su contenido mínimo del art. 173 bis.a) es de un año, siendo, en este caso, aplicado en su grado intermedio.

El TC considera en su FJ 30° que:

“se ha producido una vulneración del principio de legalidad penal en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de las penas desproporcionadas (...) el precepto resulta, en efecto, inconstitucional, únicamente en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada que, si bien, pueden ser en ocasiones de escasa trascendencia en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben de quedar impunes (...) no es la apertura de la conducta típica de colaboración con banda armada lo que resulta constitucionalmente objetable, sino la ausencia en el precepto de la correspondiente previsión que hubiera permitido al Juzgador imponer una pena inferior a la prisión mayor en su grado mínimo (...) el precepto legal en cuestión hubiera debido permitir la imposición de una pena proporcionada a las circunstancias del caso”.

De este modo, al trasladar el juicio de proporcionalidad al principio de legalidad penal, la interpretación del TC abre la puerta al cuestionamiento de los tipos penales y a la discusión de todas las sentencias penales. El Magistrado Jiménez de Parga observa, en su voto particular discrepante, el peligro que se corre pues “el Tribunal no puede arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde” al rebasar claramente los límites que sobre esta materia tiene la Jurisdicción Constitucional.

D) Derecho a la intimidad personal y familiar: la filiación biológica de un menor de edad adoptado no es susceptible de información

STC 134/1999, de 15 de julio. La publicación por la revista “Pronto” de dos reportajes en los que la supuesta madre biológica del hijo adoptivo de una conocida actriz reafirmaba su maternidad y narraba su vida (prostitución, situación de libertad provisional en espera de juicio por su presunta implicación en una red de tráfico de niños) están en el origen de este recurso de amparo interpuesto por la revista contra tal condena, confirmada por el Tribunal Supremo, por lesión del derecho a la intimidad de los hijos adoptivos. Los derechos invocados por la empresa editora son la libertad de información en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva.

El TC comienza por recordar su doctrina acerca del “reportaje neutral” donde el medio de comunicación cumple una función transmisora: “siempre que no la manipule (la información), mediante su artero fraccionamiento en el seno de un reportaje de mayor extensión interfiriendo en su discurrir con manifestaciones propias componiéndolo con textos o imágenes cuyo propósito sea precisamente quebrar la neutralidad” (FJ 4°). Y continúa el TC “La veracidad exigida no lo es de lo transcrito sino de la transcripción misma, esto es, de la diligencia debida que debe probar el medio consiste, justamente, en la demostración de su neutralidad respecto a lo transcrito” (FJ 4°).

En el supuesto enjuiciado se cumple la regla de la veracidad y los reportajes no incluyen expresiones injuriosas; por ello el TC pasa a comprobar si la información vertida goza de protección constitucional o se ha extralimitado por injerencia en la vida personal y familiar de tercero, en este caso de menores (art. 20.4 CE). La Sala concluye que no hubo en ningún caso lesión del derecho al honor porque la adopción no es un hecho afrentoso, pero sí del derecho a la intimidad pues:

“una vez más se ha vulnerado su derecho al secreto, a ser desconocidos. Por lo demás, argumenta el TC, la Constitución no protege la satisfacción de la mera curiosidad del público, sino el interés colectivo a la información que no puede identificarse, sin más, con lo que para el medio de comunicación puede resultar noticioso”.

A propósito de la relevancia pública de la información el TC, luego de sentar el principio de que su determinación no puede quedar al albur de los medios de comunicación y de que es, por tanto, controlable por los Tribunales, afirma que una información posee tal relevancia:

“porque sirve al interés general en la información y lo hace para referirse a un asunto público, es decir, a unos hechos o a un acontecimiento que afecta al conjunto de los ciudadanos no por narrar los detalles relativos a una adopción y a sus protagonistas” (FJ 7°).

E) Límites al automatismo judicial en la autorización de entrada a domicilio

En la **STC 139/1999, de 22 de julio**, la Sala Segunda examina un caso de vulneración del derecho a la inviolabilidad de domicilio –mediante un registro policial efectuado con una orden judicial carente de motivación– y de la presunción de inocencia al valorarse los elementos probatorios obtenidos con ocasión de tal registro.

El TC demuestra el automatismo judicial a la hora de adoptar medidas limitativas de derechos fundamentales, en este caso dictando un auto sin motivación a una solicitud policial también inmotivada.

La vulneración del derecho proclamado en el art. 18.2 CE contamina todos los medios de prueba obtenidos en el registro –conexión de antijuricidad–; la prohibición de valorar esas

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

pruebas deriva de la “posición preferente” de los derechos fundamentales. La valoración improcedente conduce asimismo a la vulneración de la presunción de inocencia.

F) Libertad de autoorganización de las Asociaciones

En la STC 104/1999, de 14 de junio, la Sala resuelve un interesante recurso de amparo presentado por una asociación contra resoluciones judiciales que habían dado la razón a ciertos presuntos asociados quienes impugnaron una asamblea asociativa a la que no fueron convocados por considerar la asociación que carecían de la condición de socios.

El TC, después de recordar los contenidos del derecho de asociación entre los que se encuentra la facultad de establecer su propia organización, destaca la dimensión *inter privados* del derecho, para a continuación situar el objeto del litigio no en una mera prueba de si ciertos recibos de pago acreditan la condición de socio, sino si se cumplieron en la admisión los estatutos de la asociación legítimamente aprobados y conformes con la Constitución y la Ley. El TC concluye que la resolución judicial vulneró la libertad de autoorganización de la asociación recurrente y otorga el amparo.

G) El *nasciturus* no es titular del derecho a la vida

La STC 116/1999, de 17 de junio, de Pleno, resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida. En esta importante Sentencia, se reitera la doctrina sentada en las Sentencias 53/1985 y 212 /1996, según la cual, los titulares del derecho a la vida son los nacidos sin que quepa extender esta titularidad a los *nascituri*. Los no nacidos no resultan, sin embargo, privados de tutela constitucional; ésta deriva de la necesaria protección a la vida que ha de asegurar el Estado, sobre quien recae una doble obligación: la de no interrumpir u obstaculizar el proceso natural de gestación y la de establecer un sistema legal de defensa de la vida que incluya también normas penales (FFJJ 4º y 5º). Sólo a la luz de esta exigencia de protección del *nasciturus* –descartada de plano la eventual lesión del derecho a la vida– examina el TC los preceptos de la Ley impugnados.

H) Recursos de amparo electorales. Apreciación de inelegibilidad sobrevenida y vulneración del derecho a la intimidad por remisión de una hoja en blanco de antecedentes penales

La STC 144/1999, de 22 de julio, de la Sala Primera resuelve un recurso de amparo interpuesto por don Juan Hormaechea contra una Sentencia del Tribunal Supremo que confirma acuerdos de las Juntas Electorales de Santander y Cantabria que declaraban la inelegibilidad del recurrente.

Lo característico de esta prolija Sentencia no es tanto la declaración de que la inelegibilidad sobrevenida por condena penal puede ser apreciada en cualquier momento del pro-

ceso electoral, y que por tanto no se lesionan los derechos del recurrente a la participación política ni al acceso a los cargos públicos ni a la tutela judicial efectiva por declararla, sino, sobre todo, porque contiene una doctrina al menos peculiar según la cual la petición por parte de la Junta electoral al Registro de Penados y Rebeldes de la hoja histórico-penal del recurrente, al margen del procedimiento establecido, por fax y la respuesta por la misma vía vulnera el derecho a la intimidad a pesar de que la respuesta estaba en blanco y no contenía por tanto dato alguno.

l) Recursos de amparo electorales. Revisión judicial del proceso electoral y adjudicación de votos y concejales por el propio Tribunal Constitucional

La STC 146/1999, de 27 de julio, de la Sala Segunda tiene interés sobre todo porque en ella el Tribunal da un paso más en su configuración como tribunal electoral en la medida en que apreciado un error en un determinado recuento, no sólo anula la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, y las correspondientes resoluciones de las Juntas Electorales, sino que restablece directamente el derecho vulnerado del partido recurrente, para lo cual ordena en el propio fallo a la Junta Electoral:

“que en el escrutinio de las elecciones celebradas en el municipio de (...) se proceda a deducir del cómputo de los votos atribuidos al PP y al PSOE-Progresistas, un voto a cada partido, manteniendo en consecuencia la diferencia de un voto a favor del PP y en definitiva la atribución inicial de escaños”.

El amparo electoral no puede solucionar las irregularidades del censo. Laguna legal de la LOREG.

Las SSTC 148/1999 y 149/1999, ambas de 4 de agosto, y de la Sala Segunda en las que el Tribunal resuelve, de manera que no puede dejar de considerarse polémica, que el objeto del recurso contencioso-electoral sólo puede referirse a las hipotéticas irregularidades producidas en el procedimiento electoral pero no a las ajenas a él como puede ser un proceso masivo –aparentemente fraudulento– de empadronamiento inmediatamente antes de las elecciones en un determinado municipio, de manera que no existiendo ya en ese momento cauce legal para solucionar tal irregularidad, el empleo del recurso contencioso-electoral, tal como había efectuado el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, se convierte, paradójicamente, en vulneración del derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos de quienes habían sido favorecidos por la manipulación censal, ya que, como razonan las sentencias que estamos comentando (FJ 8º):

“Toda la argumentación precedente pone en evidencia la existencia de una laguna legal de la LOREG, al no establecer cauces legales idóneos para que los actores políticos puedan impugnar con eficacia durante el período electoral las posibles irregularidades del censo que pueden ser determinantes de los resultados electorales; lo que posibilita de hecho, en

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

la medida en que no existe remedio adecuado, que eventuales maniobras auténticamente fraudulentas lleguen a alcanzar su torpe destino, al margen de la hipotética reacción penal. Pero tal laguna no puede justificar que se distorsionen los límites legales de los procedimientos impugnatorios.”

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Se analizan las Sentencias correspondientes al período comprendido entre marzo y julio de 1999, y se seleccionan seis dictadas por las Salas Primera y Tercera.

A) Libertad de expresión y a recibir y comunicar información. Acceso de las cámaras a sede judicial. Inexistencia de lesión del derecho de los periodistas a obtener información

STS de la Sala Tercera, Sección Séptima, de 9 de julio de 1999. Impugnación del Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo por el que se prohíbe el acceso de las Cámaras fotográficas o de vídeo o televisión al palacio sede del Tribunal. La Sala afirma que el acceso de las cámaras no se justifica en aras a un mejor servicio informativo ni en la satisfacción del derecho reconocido en el art. 20 CE ya que la sede del Tribunal es un recinto donde se ejerce una función pública que a su vez implica una labor ordinaria normalmente no apta para ser noticia, y por ello no justifica que la prensa asista con carácter general a su desempeño. El derecho de información queda suficientemente satisfecho en el Acuerdo impugnado y el cumplimiento, por parte del Tribunal, de sus tareas específicas no aconseja extender la publicidad más allá de lo necesario.

STS de la Sala Primera, de 16 de junio de 1999. Libertad de expresión e información: son indisolublemente complementarias, si bien cabe distinguir entre la libertad de expresión –emisión de juicios y expresiones– y libertad de información –manifestación de hechos– conforme la doctrina del TC. No son derechos absolutos y tienen sus límites, determinación de directrices en casos de colisión de ambos derechos fundamentales. Intromisión ilegítima en el derecho al honor de un Alcalde por la divulgación informativa de la interposición de una querrela por fraude y prevaricación carente de base fáctica y técnica algunas.

B) Lesión del derecho de asociación por la decisión municipal de suspender la actividad asociativa tras la asunción de la gestión municipal del local donde aquélla se desarrollaba y su cierre

STS de la Sala Tercera, Sección Séptima, de 12 de marzo de 1999. La Sala examina la impugnación del decreto municipal planteada por una asociación de jubilados de asumir la gestión y ordenar el cierre del local donde se desarrollaba la actividad asociativa –de dominio público–. El Tribunal Supremo estima que la actuación municipal lesiona el núcleo esencial del derecho de asociación, por entender que la vía para recuperar el inmueble era el indicado en la CE, esto es, acudir a la autoridad judicial y una vez anulado el Convenio que legitimaba su utilización, usar las facultades legales que le corres-

pondían, pero no adoptar medidas que inmediatamente suponían la paralización de la actividad asociativa de la recurrente.

C) El derecho a la educación como derecho de prestación, límites

STS de la Sala Tercera, Sección Sexta, de 20 de mayo de 1999.

Impugnación contra la desestimación presunta de la reclamación de los gastos originados en concepto de residencia estudiantil por los demandantes de amparo, estudiantes universitarios, durante el curso académico realizado fuera del lugar de residencia de las personas de las que dependen. Inexistencia de vulneración del derecho a la educación reconocido en el art. 27 CE ni del derecho a la igualdad del art. 14 CE, toda vez que ni la CE ni las leyes ordinarias garantizan la gratuidad de la enseñanza universitaria ni que los usuarios de las mismas se hallen en igual situación material y económica. Posibilidad de seguir el curso universitario a través de la UNED.

D) Expulsión de extranjeros

STS de la Sala Tercera, Sección Séptima, de 14 de mayo de 1999.

Impugnación de acuerdo gubernativo que decreta la expulsión de un ciudadano extranjero del territorio nacional. No existe vulneración del derecho a la presunción de inocencia por cuanto la actividad probatoria practicada en el expediente administrativo acredita la existencia de un mínimo probatorio que desvirtúa la presunción constitucional.

E) El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas e indemnización.

STS de la Sala Tercera, Sección Tercera, de 11 de junio de 1999.

Derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas reconocido en el art. 24.2 CE. La cuestión de haber incurrido un proceso en dilaciones indebidas y de si, con motivo de ello, procede alguna indemnización, es una cuestión que concierne a la responsabilidad patrimonial del Estado por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia, sin que pueda incluirse en el art. 84.c) LJCA que se refiere al resarcimiento de daños que se derivan de la anulación del acto o disposición impugnada.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA

ALFREDO ALLUÉ

ISABEL PERELLÓ

RAÚL CANOSA

RAFAEL BUSTOS

IV. FUENTES DEL DERECHO

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Constitución. A) Aplicación retroactiva de la Constitución (art. 121 CE). B) Interpretación del ordenamiento conforme a la Constitución. **3. Estatuto de Autonomía.** A) Interpretación de sus Disposiciones Transitorias. **4. Ley Orgánica.** A) Integra el contenido de la reserva de Ley Orgánica sólo el desarrollo de los derechos fundamentales de la Sección Primera. **5. Ley.** A) Reserva de Ley en materia de profesiones tituladas. B) Reserva de Ley en materia sancionadora. C) Contenido de la Ley de Presupuestos. **6. Reglamento.** A) Clases: reglamentos independientes *ad intra*, del Consejo de Ministros y de los Ministros, con fines organizativos o respecto de relaciones de sujeción especial. B) Distinción acto-norma en virtud del criterio ordinalista. C) Límites de la potestad reglamentaria. a) La autorización legal al Gobierno para el desarrollo reglamentario define los límites del ejercicio de la potestad reglamentaria en cada caso. b) Los Principios de legalidad y jerarquía normativa. c) Los Principios Generales del Derecho, en especial el de interdicción de la arbitrariedad. d) La igualdad como límite sustantivo del contenido del reglamento. e) Se admite una regulación que contenga una retroactividad de grado mínimo. D) Procedimiento de elaboración. a) La omisión del dictamen del Consejo de Estado determina la nulidad de la disposición (reglamentos ejecutivos); es preceptivo en relación con los reglamentos autonómicos que desarrollan leyes también autonómicas si no existe órgano consultivo equivalente en la Comunidad Autónoma. b) Conforme a la LPA, la audiencia a las organizaciones interesadas no es preceptiva en el caso de los reglamentos independientes; no cabe exigir la audiencia a los Colegios Profesionales en relación con las normas relativas a la formación profesional. c) Carácter preceptivo del Informe de la Secretaría General Técnica y de aquellos órganos u organizaciones cuya participación en el procedimiento de elaboración haya convenido jurídico-formalmente la propia Administración. d) Necesidad de valorar la forma de realización de los trámites preceptivos a efectos de valorar su cum-

plimiento. e) La Ley reguladora de Bases de Régimen Local de 1985 y el Texto Refundido de Régimen Local de 1986 constituyen la normativa reguladora del procedimiento de elaboración de los reglamentos locales. E) Controles del Reglamento. a) Nulidad de las normas: subsisten los actos firmes. b) La impugnación indirecta no puede ser fundamentada exclusivamente en vicios de carácter procedimental en la elaboración de la disposición.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Las Sentencias expuestas en este apartado se corresponden con las publicadas hasta el BOE de 3 de noviembre (para el TC) y en el cuaderno 24 de Aranzadi (para el TS).

Tiene interés el análisis de la aplicación de los criterios relativos a la retroactividad en relación con distintos tipos de normas: la Constitución, reglamentos del Gobierno, ordenanza local; asimismo, la nulidad de reglamentos por falta de audiencia de órganos creados o designados por convenio a estos efectos; el análisis del TS en relación con la trascendencia y significado de la autorización legal para el desarrollo reglamentario; y nuevos supuestos de reglamentos calificados por el TS como disposiciones *ad intra* que no afectan supuestamente a los derechos y deberes de los ciudadanos. Son necesarias las puntualizaciones del TC en relación con el contenido tanto de la Ley de Presupuestos estatal como de las leyes de presupuestos autonómicas.

2. CONSTITUCIÓN

A) Aplicación retroactiva de la Constitución (art. 121 CE)

En la STS de 29 de marzo de 1999, Ar 3783, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Sexta, se plantea la posibilidad de aplicar el art. 121 CE a hechos ocurridos antes de su entrada en vigor. Se trata de determinar si resulta aplicable la responsabilidad derivada de error judicial que se cometió al acordar la prisión preventiva del recurrente y de la dilación indebida del proceso penal que se prolongó hasta la entrada en vigor de la Constitución, con posterioridad a lo cual se dicta sentencia absolutoria.

El hecho de que la Constitución no contenga ninguna norma que prevea la eficacia retroactiva, no supone que ésta deba ser excluida al amparo de lo dispuesto por el art. 2.3 CC. El Tribunal Supremo mantiene que en estos casos, a la luz de lo dispuesto por las

IV. Fuentes del Derecho

Disposiciones Transitorias del Código Civil –que modulan la aplicación del principio de irretroactividad a través de reglas y casos particulares–, cabe aplicar retroactivamente la nueva legalidad a los derechos subjetivos que durante la vigencia de la legislación anterior no llegaron a nacer o quedaron en simples esperanzas, aunque durante aquélla se dieran todos o algunos de los hechos de que dependían sus nacimientos. En el caso enjuiciado, la prisión preventiva tuvo lugar antes de la vigencia de la Constitución, pero el derecho subjetivo y la acción para poder hacerlo valer nació cuando se dictó la sentencia absolutoria firme, esto es, cuando el art. 121 CE ya estaba en vigor; lo mismo ocurre en relación con la dilación indebida ya que cuando finaliza el proceso ya está en vigor el art. 121 CE.

B) Interpretación del ordenamiento conforme a la Constitución

En la Sentencia que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el art. 10.3 de la Ley del Parlamento de Cataluña 12/1993, de 4 de noviembre, de creación del Instituto para el Desarrollo de las Comarcas del Ebro, el Tribunal Constitucional reitera la jurisprudencia constitucional en virtud de la cual “siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y la otra no conforme con ella, debe admitirse la primera con arreglo a un criterio hermenéutico reiteradas veces aplicado por este Tribunal” (STC 122/1983, FJ 6º), en otras palabras, “es necesario apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y declarar tan sólo la derogación de aquéllos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación” [STC 93/1984, FJ 5º.d)]. **STC 176/1999, de 30 de septiembre** (Pleno: Recurso de inconstitucionalidad).

3. ESTATUTO DE AUTONOMÍA

A) Interpretación de sus Disposiciones Transitorias

Las normas de transición son normas delimitadoras de las disposiciones que han de regir las relaciones jurídicas existentes al producirse un cambio de legislación. Transcurrido el período transitorio definido en la Disposición Transitoria del Estatuto de Autonomía de Cataluña, la regulación estatal de las Bases del Régimen Local en 1985 y 1986 determina que deje de ser aplicable la Ley Reguladora de Régimen Local de 1955 (**STS de 10 de mayo de 1999, Ar. 3607, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Segunda**).

4. LEY ORGÁNICA

A) Integra el contenido de la reserva de Ley Orgánica sólo el desarrollo de los derechos fundamentales de la Sección Primera

El Tribunal Constitucional reitera la jurisprudencia que exige un concepto estricto de reserva de Ley Orgánica (desde la STC 5/1981 a STC 173/1998, FJ 7º) y precisa que

“requiere Ley Orgánica únicamente la regulación de un derecho fundamental o de una libertad” que desarrolle “la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general y global del mismo o en una parcial o sectorial pero igualmente relativa a aspectos esenciales del derecho y no, por parcial, menos directa o encaminada a contribuir a la delimitación y definición legal del derecho”. (STC 127/1994, FJ 3º). El Tribunal precisa que “desarrollar no puede equipararse a simplemente afectar”. En consecuencia determina que las reglas procedimentales contenidas en el párrafo segundo del art. 211 CC “no contienen una regulación directa del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) encaminada a la delimitación y definición del mismo y, en consecuencia, dicha regulación no puede considerarse incluida en el ámbito reservado a Ley Orgánica” (STC 129/1999, de 1 de julio, Pleno, Cuestión de inconstitucionalidad). El art. 211.2 CC no es la norma que permite en nuestro Derecho el internamiento de personas que padezcan trastornos psíquicos, sino solamente el “procedimiento a cuyo través ha de conformarse la decisión judicial, pero ésta, en tanto que determinante de uno de los casos de privación de libertad referidos en el art. 17.1 de la Constitución, trae causa de la habilitación contenida del párrafo precedente”. En el Voto Particular dictado con ocasión de esta Sentencia se entiende que la regulación de ambos párrafos del art. 211 CC es inescindible y por tanto que se vulnera la reserva de Ley Orgánica ya que “no existe en un ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí; el derecho a la libertad del art. 17.1 es el derecho de todos a no ser privados de la misma” salvo “en los casos y en la forma previstos en la Ley”, Ley “que por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así se limita” y debe por tanto tener rango de Ley Orgánica.

5. LEY

A) Reserva de Ley en materia de profesiones tituladas

El art. 36 de la Constitución española eleva a norma de rango constitucional, tanto el criterio de regulación de las profesiones tituladas, como el principio de régimen corporativo o colegial, de manera que si en la norma constitucional se contiene la previsión básica sobre lo que sea la especificidad peculiar de las actividades profesionales, se traslada sin embargo al ámbito de la legislación ordinaria la regulación de los Colegios Profesionales y el régimen jurídico del ejercicio de las profesiones tituladas, sin que quede excluida la posibilidad legal del desarrollo pormenorizado vía reglamento de las leyes formales para determinar los temas básicos de la regulación de las profesiones así como las referentes al régimen jurídico aplicable a los Colegios Profesionales. En este sentido, la regulación de las condiciones para obtener el título oficial de especialista en Radiofísica Hospitalaria, no se incluye en el ámbito de la reserva de ley del art. 36 de la Constitución: la determinación del sistema y estudios necesarios para la obtención de un título no está sustraído al campo de la potestad reglamentaria (STS de 25 de marzo de 1999, Ar. 3061, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera).

IV. Fuentes del Derecho

En la STS de 17 de mayo de 1999, Ar. 3989, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Cuarta, se precisa el contenido de la reserva de ley que impone el art. 36 CE a la luz de lo establecido por la jurisprudencia constitucional: a) la existencia misma de una profesión titulada, es decir, de una profesión cuya posibilidad de ejercicio quede jurídicamente subordinada a la posesión de títulos concretos, b) los requisitos y títulos necesarios para su ejercicio y c) su contenido, o conjunto formal de las actividades que la integran. En el caso planteado, “la reserva de ley del art. 36 de la Constitución se refiere, pues, especialmente al ejercicio de la profesión de médico, no a los requisitos para que ese ejercicio pueda ampararse en una concreta especialidad”.

B) Reserva de Ley en materia sancionadora

En la STS de 12 de marzo de 1999, Ar. 3729, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Séptima, el Tribunal reitera la jurisprudencia constitucional relativa al principio de legalidad en materia sancionadora. El Tribunal precisa que respecto de las normas preconstitucionales, la exigencia de reserva de ley no es retroactiva, al no ser el principio de legalidad exigible antes de la vigencia de la Constitución y respecto de las normas reglamentarias dictadas tras la Constitución y que tengan su cobertura en las anteriores, hay que distinguir dos supuestos: a) por un lado, que el Reglamento posconstitucional tipifique nuevas infracciones e introduzca nuevas sanciones o altere el cuadro de las existentes, con lo cual se contravendría el art. 25.1 de la Constitución, o b) se limite a aplicar el derecho preestablecido al objeto particularizado de su propia regulación material, en cuyo caso, no hay una remisión innovadora sino una mera reiteración.

La STC 133/1999, de 15 de julio (Sala Primera, Recurso de amparo), aplica la doctrina tradicional relativa al art. 25.1 CE en relación con dos resoluciones en materia de caza dictadas por la Consejería de Medio Ambiente de La Rioja.

C) Contenido de la Ley de Presupuestos

El Tribunal Constitucional ha abordado de nuevo, recientemente, la cuestión del contenido de las Leyes de Presupuestos en dos sentencias de signo contrario. La jurisprudencia constitucional en esta materia es sintetizada en estas sentencias:

“(…) para que la regulación, por una Ley de Presupuestos, de una materia distinta a su núcleo mínimo, necesario e indisponible (previsión de ingresos y habilitación de gastos) sea constitucionalmente legítima es necesario que esa materia tenga relación directa con los gastos e ingresos que integran el Presupuesto o con los criterios de política económica de la que ese Presupuesto es el instrumento y que, además, su inclusión en dicha Ley esté justificada, en el sentido de que sea un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del Presupuesto y, en general de la política económica del Gobierno.

El cumplimiento de estas dos condiciones, resulta, pues, necesario para justificar la restricción de las competencias del poder legislativo, propia de las Leyes de Presupuestos, y

para salvaguardar la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE, esto es, la certeza del Derecho que exige que una Ley de contenido constitucionalmente definido, como es la Ley de Presupuestos Generales, no contenga más disposiciones que las que corresponden a su función constitucional (arts 66.2 y 134. 2 CE)” (STC 131/1999, de 1 de julio, Pleno, Cuestión de inconstitucionalidad, FJ 2º).

En virtud de esta doctrina jurisprudencial se considera conforme a la Constitución la inclusión en la Disposición Adicional Quinta de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, bajo la rúbrica de “Plan de recuperación de espacios en edificios judiciales” de una norma en virtud de la cual, “el Ministerio de Justicia realizará las actuaciones necesarias a fin de recuperar en los edificios destinados a usos judiciales los espacios que no se destinen a dichas funciones u otras relacionadas con la Administración de Justicia o el Ministerio Fiscal”. Según el Tribunal, aunque la citada Disposición Adicional Quinta no se puede considerar una previsión de ingresos y gastos del sector público estatal, “tiene una relación directa con los criterios de política económica general del Gobierno consistente en establecer como meta de la actuación del Ministerio de Justicia el mejor aprovechamiento de los espacios en los edificios judiciales (...) con el propósito de poder alojar en ellos a los Juzgados y Tribunales de nueva planta, o a los ya creados, pero que ocupan locales alquilados y mejorar las instalaciones de los existentes, todo ello con el menor coste económico posible”. (STC 131/1999, de 1 de julio, Pleno, Cuestión de inconstitucionalidad, FJ 3º).

En la **STC 130/1999, de 1 de julio** (Pleno, Cuestión de inconstitucionalidad), relativa a la constitucionalidad de la Disposición Adicional Octava de la Ley de la Comunidad Autónoma de Cantabria, de 6 de mayo, de Presupuestos Generales de la Diputación Regional de Cantabria para 1993 por la cual se creaba el Cuerpo Superior de Letrados de la Comunidad Autónoma, el Tribunal afirma que del art. 56 del Estatuto de Autonomía de Cantabria se derivan los mismos límites materiales citados para las Leyes autonómicas de Presupuestos, lo cual exige el correspondiente examen del bloque de la constitucionalidad, ya que según reiteradamente ha expuesto el Tribunal Constitucional:

“de los preceptos constitucionales que regulan instituciones del Estado no pueden inferirse, sin más, reglas y principios de aplicación, por vía analógica, a las instituciones autonómicas homólogas: ‘existe’ una identidad sustancial entre las normas que, integrantes del bloque de la constitucionalidad, son aplicables a la institución presupuestaria de la Comunidad Autónoma de Cantabria y lo dispuesto respecto de los Presupuestos Generales del Estado en el art. 134.2 CE” (FJ 5º).

En conclusión, el Tribunal entiende que la norma enunciada tiene un contenido exclusivamente funcional, que si bien puede tener en el futuro repercusiones presupuestarias, no responde al contenido que la Constitución y el bloque de la constitucionalidad exigen a las Leyes de Presupuestos.

6. REGLAMENTO

A) Clases: reglamentos independientes *ad intra*, del Consejo de Ministros y de los Ministros, con fines organizativos o respecto de relaciones de sujeción especial

Dos Sentencias del Tribunal Supremo recogen supuestos de reglamentos que califica como organizativos, sin que afecten básicamente a derechos y obligaciones de los ciudadanos. La STS de 16 de abril de 1999, Ar. 5176, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera, estudia la legalidad del RD 737/1997, de 23 de mayo, por el que se homologan los títulos de Licenciado en Odontología, Diplomado en Fisioterapia, Licenciado en Ciencias Ambientales, Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, Arquitecto, Ingeniero Técnico de Telecomunicación, especialidad de Sonido e Imagen y Diplomado en Ciencias Empresariales, de la Universidad Alfonso X El Sabio, de Madrid. Ante la alegación de falta de audiencia conforme al art.130.4 LPA, el TS lo desestima considerando que se trata de un reglamento independiente con base en la doctrina y en la jurisprudencia, que recopila del modo siguiente:

“La doctrina científica admite sin género alguno de dudas la existencia en nuestro derecho de reglamentos que no ejecutan una ley anterior y que tienen carácter de reglamentos organizativos, independientes o administrativos (con las tres denominaciones se conoce en la doctrina el reglamento del tipo del que se impugna, por ser una disposición que no desarrolla una ley). Se dice en la doctrina científica que el reglamento organizativo, independiente o administrativo, se dicta para el debido cumplimiento de los fines que nuestro ordenamiento jurídico encomienda a las Administraciones Públicas: la Administración, al dictar este tipo de reglamentos actúa en virtud de una potestad natural e inherente a la posición jurídica que ostenta la Administración, potestad que se concreta en el ejercicio de una competencia típicamente administrativa o bien dentro del ámbito de una relación especial de poder. Este tipo de reglamentos regulan materias no incluidas en una reserva de ley. La jurisprudencia admite en nuestro Derecho la existencia de este tipo de reglamentos, con una precisión añadida a lo que expresa la doctrina científica: que esos reglamentos se dictan ejercitando la potestad reglamentaria que la Constitución y las leyes otorgan a la Administración (...) y el Real Decreto que se impugna no tiene carácter ejecutivo porque es una norma complementaria (...)” (FJ 2°).

La impugnación del art. 21.2 del RD 276/1989, de 22 de marzo, sobre Sociedades y Agencias de Valores, en virtud del cual se atribuye al Ministerio de Economía y Hacienda la competencia para fijar la medida y los límites de las operaciones activas de préstamo o depósito que las Sociedades y Agencias de Valores pueden efectuar con las entidades que figuren inscritas en algunos de los registros de entidades financieras, se salva en la STS de 7 de junio de 1999, Ar. 4316, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Segunda, al tratarse de un reglamento organizativo:

“La posición actual de la jurisprudencia puede sintetizarse en los tres puntos siguientes: a) La Constitución no ha derogado el artículo 14.3 de la citada Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, exacto al 4.1.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del

Gobierno. b) La potestad para dictar Reglamentos ejecutivos corresponde de modo exclusivo al Gobierno, no a los Ministros. c) Éstos pueden dictar reglamentos independientes *ad intra*, esto es, con fines puramente organizativos o respecto de relaciones de sujeción especial, entendiéndose que entran dentro de esta categoría las que sólo alcanzan a normar las relaciones con los administrados en la medida en que ello es instrumentalmente necesario para integrarlos en la organización administrativa por existir entre aquélla y éstos específicas relaciones de superioridad, no afectando nunca a derechos y obligaciones de los citados administrados en aspectos básicos o de carácter general” (FJ 4º).

B) Distinción acto-norma en virtud del criterio ordinalista

La Resolución de la Dirección General de Transportes de la Junta de Galicia de 28 de abril de 1983 en la que se dispuso el otorgamiento de un visado de transporte, serie VT, por cada 650 habitantes del Ayuntamiento al que corresponde otorgar la licencia municipal es una disposición general, no un acto administrativo: se trata de una norma que se integra en el ordenamiento jurídico, que mira abstractamente a una pluralidad de personas o casos indeterminados y que tiene un contenido normativo a través del cual se regulan las relaciones entre la Administración y los administrados (STS de 28 de abril de 1999, Ar. 3302, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera).

En la STS de 12 de mayo de 1999, Ar. 3898, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Quinta, se reitera este planteamiento: “las disposiciones de carácter general se diferencian claramente de los actos administrativos, en que éstos constituyen algo ‘ordenado’ en aplicación de una disposición general, que forma parte, a su vez, del ‘ordenamiento’, lo que por consecuencia implica que mientras la disposición de carácter general es susceptible de una pluralidad indefinida de aplicaciones, los actos administrativos, por el contrario, se agotan o consumen con su ejecución”. En este sentido, el acuerdo municipal impugnado constituye una disposición de carácter general ya que la regulación de los nuevos criterios para la instalación de esos servicios públicos y la transformación en subterráneas de las instalaciones ya existentes, supone por sí mismo una multiplicidad o generalidad de aplicaciones, para cualquier supuesto de nueva instalación o modificación de dichos servicios.

La STS de 2 de junio de 1999, Ar. 5749, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Séptima, califica como norma la Orden de 14 de abril de 1987 de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, sobre aprobación de Pliego de Cláusulas administrativas particulares para la contratación de servicios de asistencia técnica, porque va dirigida a una pluralidad indeterminada de sujetos y publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía:

“(…) estamos ante un elemento normativo desgajado a que expresamente se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1988, en la medida en que, aunque no se trata de un auténtico Reglamento o disposición de alcance y contenido general,

IV. Fuentes del Derecho

sin embargo, la disposición recurrida tiene contenido normativo, su eficacia viene determinada por su publicación en el 'Boletín Oficial de la Junta' (...)" (FJ 3º).

C) Límites de la potestad reglamentaria

a) La autorización legal al Gobierno para el desarrollo reglamentario define los límites del ejercicio de la potestad reglamentaria en cada caso

La Disposición Adicional Primera del Real Decreto-Ley 7/1996, faculta al Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para su ejecución y desarrollo. Para el Tribunal Supremo:

“existiendo esta habilitación, la potestad reglamentaria no puede quedar constreñida a la simple reproducción y aclaración de la norma delegante, ya que entonces su función sería efímera, sino que ha de complementarla en la medida que sea indispensable para que aquélla adquiera su plena efectividad”. El Tribunal precisa que “este complemento indispensable constituye, por tanto, el límite máximo de la norma delegada, que sería contraria al principio de jerarquía normativa si impusiera restricciones o privaciones no establecidas, explícita o implícitamente, en la delegante”.

Para determinar el contenido del complemento indispensable no basta acudir a lo expresamente previsto en la ley habilitante, sino que hay que tener en cuenta el fin del reglamento así como el marco en el que se dicta la ley (STS de 30 de marzo de 1999, Ar. 3064, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera).

La autorización legal al Gobierno para aprobar el Estatuto del ente público “Gestor de Infraestructuras Ferroviarias” no restringe los aspectos que pueden ser regulados en dicha norma reglamentaria, por lo que podrá alcanzar el que “es propio de una norma de su misma naturaleza” y “extenderse por tanto a la inclusión de todo lo que pudiera ser indispensable para asegurar la correcta aplicación y la plena efectividad de las previsiones legales objeto de desarrollo y ejecución” (STS de 7 de abril de 1999, Ar. 3068, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera).

b) Los Principios de legalidad y jerarquía normativa

En la STS de 20 de abril de 1999, Ar. 3079, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Quinta, el Tribunal Supremo se refiere a los principios de legalidad y de jerarquía normativa como límites de las Ordenanzas Locales.

c) Los Principios Generales del Derecho, en especial el de interdicción de la arbitrariedad

En la STS de 25 de marzo de 1999, Ar. 3061, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera, se declara que constituyen límites de la potestad reglamentaria los prin-

cipios generales del Derecho entre los que se citan, los principios de razonabilidad, de la naturaleza de las cosas así como el de interdicción de la arbitrariedad.

El significado de la interdicción de la arbitrariedad como límite de la potestad reglamentaria es precisado por el **Tribunal Supremo** en su **Sentencia de 17 de mayo de 1999**, Ar. 3988, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Cuarta. En esta Sentencia el Tribunal Supremo expone que este principio supone la necesidad de que exista una motivación y que ésta no sea incongruente o contradictoria con la realidad que se pretende regular con la norma; respetada tal exigencia, el Gobierno puede utilizar las diversas opciones legítimas que permite la discrecionalidad que es inherente a aquella potestad. En este sentido,

“el control jurisdiccional se extiende a la constatación de la existencia de la necesaria coherencia entre la regulación reglamentaria y la realidad sobre la que se proyecta, pero no alcanza a valorar como no sea desde el parámetro del Derecho, los distintos intereses que subyacen en el conflicto que aquélla trata de ordenar, careciendo este Tribunal de un poder de sustitución con respecto a la ponderación efectuada por el Gobierno”.

En la misma Sentencia se afirma que constituye una regulación arbitraria y por tanto, discriminatoria aquella que otorga relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación, o bien no pueden ser tomadas en consideración por prohibirlo expresamente la propia Constitución.

d) La igualdad como límite sustantivo del contenido del reglamento

El TS confirma que el RD 141/1987 sobre reconocimiento inicial y revalorización de Pensiones de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local en 1987, es conforme a la Constitución. La Constitución propugna como valor esencial la justicia, que está presente en la elaboración de las leyes, reglamentos y en las fuentes no escritas: “la ley y el reglamento nacen de lo que se constata como justo, porque reciben del valor superior justicia su savia y su esencia”. Ésta es la justificación que el Tribunal Supremo ofrece sobre la conformidad a la Constitución de esta norma en concreto (**STS de 4 de marzo de 1999**, Ar. 2727, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera).

e) Se admite una regulación que contenga una retroactividad de grado mínimo

En la **STS de 17 de mayo de 1999**, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Cuarta, Ar. 3988, se resuelve la impugnación contra el RD 931/1995, de 9 de junio, por el que se dictan normas en relación con la formación especializada en Medicina Familiar y Comunitaria de los Licenciados en medicina a partir de 1 de enero de 1995. El TS reproduce la diferencia de los distintos niveles de retroactividad señalada por la doctrina del Tribunal Constitucional que tiene una primera manifestación en la Sentencia 6/1983, de 4 de febrero, según la cual:

IV. Fuentes del Derecho

“(…) ha de distinguirse entre: una retroactividad de grado máximo, que aplica la nueva norma a la relación o situación básica creada bajo el imperio de la norma antigua y a todos sus efectos consumados o no; una retroactividad de grado medio, en la que la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados; y, en fin, una retroacción de grado mínimo en la que la nueva normativa sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior norma. Esta retroactividad de carácter mínimo, en la que se pretenden anular efectos *ex novo* a situaciones producidas con anterioridad a la propia norma es aceptada pacíficamente por el Tribunal Constitucional y por este Alto Tribunal, ya que se trata de una retroactividad impropia, en la que la norma incide sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas”.

En el caso citado “a lo sumo y con mucho esfuerzo” en palabras del Tribunal, cabría referirse a una retroactividad de grado mínimo, al tratar de la aplicación del reglamento a los licenciados antes de 1995. Para el Tribunal “no es reconocible un derecho adquirido de éstos, como elemento integrante de un patrimonio jurídico previo, a mantener para el futuro las condiciones existentes en la fecha de obtención de su título, para el acceso a las plazas de formación especializadas en Medicina Comunitaria, sobre el que se proyecta la nueva normativa modificadora del RD 127/1984”.

El hecho de que una determinada actividad se viniera ejerciendo con anterioridad a la publicación de la Ordenanza aplicada no implica que dicha aplicación tenga carácter retroactivo: “habría retroactividad si el requerimiento tuviera algún efecto hacia el pasado, pero el requerimiento impugnado sólo los tiene hacia el futuro y no cuestiona ni incide en la actividad materialmente efectuada con anterioridad al requerimiento” (STS de 20 de abril de 1999, Ar. 3079, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Quinta).

D) Procedimiento de elaboración

a) La omisión del dictamen del Consejo de Estado determina la nulidad de la disposición (reglamentos ejecutivos); es preceptivo en relación con los reglamentos autonómicos que desarrollan leyes también autonómicas si no existe órgano consultivo equivalente en la Comunidad Autónoma

El Tribunal Supremo anula el RD 2197/1995, de 28 de diciembre, por el que se establece el certificado de profesionalidad de la ocupación de analista de laboratorio por la omisión del Dictamen del Consejo de Estado y del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos (STS de 12 de mayo de 1999, Ar. 3987, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Cuarta).

El Tribunal Supremo anula el Decreto del Gobierno Autónomo Balear 81/1992, de 5 de diciembre, de desarrollo de la Ley 12/1991, de 20 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares reguladora del Impuesto sobre Instalaciones que incidan en el Medio Ambiente, por omisión del dictamen del Consejo de Estado, siguiendo la

línea jurisprudencial establecida por la STS de 17 de noviembre de 1995, Ar. 9926, dictada en recurso extraordinario de revisión que exige dictamen del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de reglamentos autonómicos dictados en ejecución de leyes autonómicas si la Comunidad Autónoma en cuestión carece de órgano consultivo equivalente al Consejo de Estado (STS de 4 de mayo de 1999, Ar. 3601, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Segunda).

b) Conforme a la LPA, la audiencia a las organizaciones interesadas no es preceptiva en el caso de los reglamentos independientes; no cabe exigir la audiencia a los Colegios Profesionales en relación con las normas relativas a la formación profesional

Constituye doctrina jurisprudencial reiterada del Tribunal Supremo que la audiencia ciudadana prevista en los arts. 130.4 LPA y 105.a) de la Constitución Española, es exigible so pena de nulidad cuando estemos ante Asociaciones o Colegios Profesionales que no sean de carácter voluntario y que no se vulnera el art. 130.4 LPA cuando se trata de la elaboración de reglamentos independientes, dado el margen de discrecionalidad que el art. 130.4 le concede a la Administración, que condiciona dicho trámite a la índole de la disposición, cuando así lo aconseje (STS de 17 de marzo de 1999, Ar. 3058, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera y STS de 19 de abril de 1999, Ar. 3496, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera).

No cabe exigir la audiencia del Consejo General de un Colegio Profesional en relación con la regulación de un título de formación profesional, sino sólo en relación con los títulos universitarios que son los que les afectan (STS de 17 de marzo de 1999, Ar. 3055, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera).

c) Carácter preceptivo del Informe de la Secretaría General Técnica y de aquellos órganos u organizaciones cuya participación en el procedimiento de elaboración haya convenido jurídico-formalmente la propia Administración

La representación del Estado impugna el Decreto 1/1988, de 8 de enero, de la Junta de Castilla y León, sobre el Plan Joven de Empleo y alega la omisión del Informe de la Secretaría General Técnica –u órgano similar en la Administración autonómica– y de la Comisión de Coordinación –órgano creado por Convenio entre ambas Administraciones para realizar esta función–, en el procedimiento de elaboración de la disposición. La existencia de estos vicios formales priva de validez a la disposición (STS de 8 de abril de 1999, Ar. 3069, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera).

El Tribunal Supremo anula el Decreto regulador de la participación de la Junta de Andalucía en Sociedades de Garantía Recíproca por omisión del informe de la Confederación de Empresarios de Andalucía. La declaración de nulidad se justifica en que “la propia Junta de Andalucía había celebrado un acuerdo marco con la Confederación de Empresarios de Andalucía obligándose a darle intervención para el diseño del futuro

IV. Fuentes del Derecho

marco de actuación de las Sociedades de Garantía Recíproca”, habiendo sido publicado en el BOJA el citado Acuerdo (STS de 2 de marzo de 1999, Ar. 2726, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera).

d) Necesidad de valorar la forma de realización de los trámites preceptivos a efectos de valorar su cumplimiento

El hecho de que la Memoria y el Informe de la Secretaría General Técnica “puedan merecer reproches y no se atengan por completo al contenido que debe esperarse de tales documentos administrativos, aunque es indudable que se encuentran incorporados al expediente”, no es suficiente para determinar la nulidad de la disposición por vicios producidos en el procedimiento de elaboración. Sin embargo, sí determina la nulidad de la disposición la omisión del informe del Consejo General de Formación Profesional ya que “dicho informe suponía un trámite que no puede eludirse ni obviarse mediante la incorporación al expediente de un acta de la sesión del Consejo, pues esto es cosa distinta de que el informe se emitiera de modo efectivo” (STS de 12 de mayo de 1999, Ar. 3987, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Cuarta).

e) La Ley reguladora de Bases de Régimen Local de 1985 y el Texto Refundido de Régimen Local de 1986 constituyen la normativa reguladora del procedimiento de elaboración de los reglamentos locales

La elaboración de los reglamentos locales debe seguir el procedimiento previsto en los arts. 49 de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 y 56 del Texto Refundido de las disposiciones legales en materia de Régimen Local de 1986, por lo que resulta obligado el trámite de información pública y audiencia a los interesados por plazo mínimo de 30 días, trámite ineludible para garantizar el acierto y oportunidad de la disposición a través de la participación ciudadana (art. 105 CE). La audiencia de los directamente afectados por la disposición no se satisface mediante la interposición de los recursos pertinentes ya que durante el procedimiento de elaboración pueden existir alegaciones, sugerencias o reclamaciones, que hechas durante la tramitación del expediente, pueden dar lugar a una rectificación de los criterios de la Administración, que, formulados en vía jurisdiccional resultan ya inoperantes (STS de 12 de mayo de 1999, Ar. 3898, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Quinta).

E) Controles del Reglamento

a) Nulidad de las normas: subsisten los actos firmes

El Tribunal Supremo afirma que, frente a la posición doctrinal y teórica que entiende que la nulidad de una norma se comunica a todos los actos que la disposición nula pueda amparar o cubrir, con eficacia *ex tunc* y con la imprescriptibilidad de medios de impugnación correspondientes, se alza la realidad del sistema legal vigente, que impide que la anulación afecte a los actos anteriores firmes y consentidos. La misma solución establece

el art. 40.1 LOTC en relación con las normas con rango de ley. El Tribunal Constitucional ha declarado (STC 45/1989, de 20 de febrero) que “no sólo deben declararse no susceptibles de revisión las situaciones decididas mediante sentencia con eficacia de cosa juzgada, sino también –por exigencias del mencionado principio de seguridad jurídica– las derivadas de actuaciones administrativas que hubieran ganado la referida condición de firmeza”. La justificación de este tratamiento radica en evitar que resulte de peor condición quien acudió a los Tribunales, sin éxito para impugnar actos aplicativos de disposiciones administrativas declaradas nulas con fundamento en que vulneraban o contradecían otras de rango superior, que, quien teniendo la misma posibilidad, consintió la resolución administrativa que las aplicaba (STS de 24 de abril de 1999, Ar. 3589, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Segunda).

b) La impugnación indirecta no puede ser fundamentada exclusivamente en vicios de carácter procedimental en la elaboración de la disposición

Se reitera la doctrina del Tribunal Supremo de que a través de la impugnación indirecta de una disposición no puede fundarse su anulación en defectos formales en que se haya podido incurrir a lo largo del procedimiento de elaboración y aprobación de la disposición general; la impugnación indirecta se admite “en garantía de los principios de jerarquía normativa y reserva de ley, para los casos en que la disposición general aplicada es ilegal por su contenido” (STS de 28 de abril de 1999, Ar. 3302, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera).

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) Una orden de paralización de unas obras no puede considerarse un acto de mero trámite no susceptible de recurso. B) Jamás podrá reconócersele a la doctrina de los “actos propios” virtualidad suficiente para dejar sin efecto los principios constitucionales de inalienabilidad e imprescriptibilidad del dominio público. C) No puede concebirse como “acto propio” de la Administración un precedente ilegal. **3. Discrecionalidad.**

A) La inclusión de un concepto normativo indeterminado en la norma no significa la atribución de una potestad discrecional a la Administración. B) La discrecionalidad en la concesión de licencia de armas de caza. **4. Procedimiento administrativo. Iniciación, tramitación y finalización.** A) Falta de legitimación del denunciante en un procedimiento disciplinario. B) La exigencia de notificación personal a los vecinos inmediatos en el procedimiento de otorgamiento de una licencia de actividad clasificada debe interpretarse en sentido estricto. C) La producción del silencio positivo requiere que la solicitud de licencia incorpore toda la documentación exigida por la normativa de aplicación. Silencio positivo y solicitud presentada ante órgano incompetente de la misma Comunidad Autónoma. D) Los plazos de caducidad para iniciar determinados procedimientos pueden ser interrumpidos por causas ajenas a la voluntad del solicitante.

5. Requisitos del acto administrativo. A) Motivación de resoluciones administrativas que se aparten del precedente. B) Para que la motivación sea suficiente no basta una genérica remisión al contenido de preceptos legales, salvo que su interpretación sea diáfana. C) Condiciones legales de las resoluciones administrativas. **6. Eficacia y ejecución forzosa.** A) Agotamiento del objeto de la licencia de edificación. B) Los defectos en la notificación afectan a la eficacia de la resolución administrativa, no a su validez. C) La Administración no puede utilizar la notificación edictal cuando conoce el domicilio del sujeto destinatario de la resolución. D) Presunción de legalidad y ejecutoriedad. E) La imposición de multas coercitivas requiere su previa existencia de una

norma con rango de Ley que las prevea. **7. 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). B) Subsanación de la falta de trámite de audiencia al interesado por medio de la interposición y decisión del oportuno recurso administrativo. C) Nulidad de pleno derecho de un acto declarativo de derechos por haber sido eliminado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para la revisión de dichos actos D) Es improcedente con base en el Principio de economía procesal declarar nulidades o anulabilidades, por vulneración de requisitos formales, cuando el nuevo acto o resolución, que en su caso se dictase subsanando el defecto formal, sea idéntico en sentido material al anterior.

8. Eliminación del acto administrativo. A) Errores materiales o de hecho son aquellos que deben ser calificados de ostensibles, manifiestos e indiscutibles, es decir, evidentes por sí mismos.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre julio y octubre de 1999 (marginales 2301 a 5750 respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y marginales 672 a 1496 respecto de la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia), no habiéndose detectado ninguna novedad reseñable.

2. CLASES DE ACTOS

A) Una orden de paralización de unas obras no puede considerarse un acto de mero trámite no susceptible de recurso

La STS de 7 de mayo de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 4012 (FJ 3º), sostiene, en sentido idéntico que la STS de 16 de julio de 1993, Ar. 6202:

“(…) Que por ser la paralización de las obras (decretada antes de la iniciación o a la iniciación de un expediente sancionador) una medida cautelar o automática, haya de ser irrecurrible, carece de todo fundamento (...) Y es que, en efecto, el acto de iniciación de un expediente sancionador será (y lo es) un acto de trámite irrecurrible (...), pero si a él se le añade otro acto de efectos inmediatos, tal como la paralización de unas obras, el acto deja de ser de trámite para convertirse en un acto definitivo, que es impugnabile como cualquier otro y por cualquier motivo de fondo a la sazón disponible. Si así no fuera, nadie controlaría la legalidad del acto final, resultando ambos carentes de fundamento, porque mientras la empresa puede arruinarse con la paralización de las obras (...)”.

V. Actos, Procedimiento y Contratos

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 24 de marzo de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 2715 (FJ 3°).

B) Jamás podrá reconocérsele a la doctrina de los “actos propios” virtualidad suficiente para dejar sin efecto los principios constitucionales de inalienabilidad e imprescriptibilidad del dominio público

La STS de 15 de marzo de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 2733 (FJ 2°), establece que aun en el caso de demostrarse la existencia de “actos propios”, jamás podrá reconocérsele virtualidad suficiente para dejar sin efecto los principios constitucionales de inalienabilidad e imprescriptibilidad del dominio público.

C) No puede concebirse como “acto propio” de la Administración un precedente ilegal

La STS de 1 de junio de 1999, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 5515 (FJ 4°), sostiene que no puede ser estimado como acto propio del Ayuntamiento la concesión de una licencia de actividad, no ajustada a los términos de la licencia de obra otorgada en su día, y en principio, no conforme a derecho por tal causa, pues:

“(…) no puede condicionar ni constituir precedente válido alguno para posterior actividad administrativa del Ayuntamiento (…)”.

3. DISCRECIONALIDAD

A) La inclusión de un concepto normativo indeterminado en la norma no significa la atribución de una potestad discrecional a la Administración

La STS de 24 de abril de 1999, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 3788 (FJ 2°), reitera una consolidada doctrina del Tribunal Supremo, y declara que:

“(…) la simple inclusión de un concepto indeterminado en la norma a aplicar (en este supuesto ‘razones excepcionales’) no significa, sin más, que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con libertad y renunciar a la solución justa del caso, sino que aquélla viene obligada a la única decisión correcta a la vista de los hechos acreditados, y, en consecuencia, no se está, en el caso que nos ocupa, ante una potestad discrecional sino ante el deber de otorgar la dispensa de visado por concurrir razones excepcionales (…)”.

En el mismo sentido, ténganse en cuenta las SSTs de 8 de mayo de 1999, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 4913 (FJ 2°) y de 20 de abril de 1999, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 4527 (FJ 3°).

B) La discrecionalidad en la concesión de licencia de armas de caza

La STS de 27 de abril de 1999, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 4603 (FJ 3º), conforme con la doctrina consolidada del Tribunal Supremo, establece que:

“(…) la amplia facultad discrecional que (en la materia de licencias de armas) desarrolla la Autoridad Gubernativa en orden a la valoración de las circunstancias concurrentes y en razón del interés general, no puede quedar inmune al control judicial, no puede convertirse en arbitrariedad, cual ocurre cuando se prescinde de las realidades que ofrece el expediente, aun reconociendo que juega un importante papel la facultad discrecional establecida en favor de los órganos que desarrollan las potestades administrativas sobre las concesiones de los permisos de armas, y es por ello, por lo que esta Sala y Sección viene reiterada y uniformemente proclamando la procedencia de ponderar y valorar cuantas circunstancias concurrentes y obrantes en las actuaciones justifiquen, bien la concesión del permiso de armas cuestionado, bien su denegación (…)”.

4. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. INICIACIÓN, TRAMITACIÓN Y FINALIZACIÓN**A) Falta de legitimación del denunciante en un procedimiento disciplinario**

Las SSTS de 2 de marzo de 1999, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 3728 (FJ 5º), 18 de marzo de 1999, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2903 (FJ 4º), 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. 5, V.5.A). Por el contrario, en aplicación de esa misma doctrina que examina el problema de la legitimación causísticamente, la STS de 8 de junio de 1999, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 5494 (FJ 3º) sí aprecia la legitimación de un recluso que había impugnado el acuerdo del CGPJ de archivar las denuncias presentadas contra un Juez de Vigilancia Penitenciaria.

B) La exigencia de notificación personal a los vecinos inmediatos en el procedimiento de otorgamiento de una licencia de actividad clasificada debe interpretarse en sentido estricto

La exigencia contenida en el art. 30.2.a) del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, de notificar durante la tramitación de una solicitud de actividad clasificada a los vecinos inmediatos no puede extenderse, STS de 26 de marzo de 1999, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 2642 (FJ 2º) sentencia apelada), a aquellos vecinos que, sin ser materialmente colindantes, estén próximos o cercanos a la ubicación propuesta. No cabe realizar una interpretación extensiva puesto que en tal caso se dejaría vacío de contenido el preceptivo trámite de información pública exigido por el RAMINP. Este trámite se entiende cumplido, aun cuando no se notifique a todos los veci-

V. Actos, Procedimiento y Contratos

nos que materialmente sean colindantes, siempre y cuando sí se haya notificado a aquellos vecinos que resulten mayormente afectados, por la STS de 12 de mayo de 1999, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4879 (FJ 2º).

C) La producción del silencio positivo requiere que la solicitud de licencia incorpore toda la documentación exigida por la normativa de aplicación. Silencio positivo y solicitud presentada ante órgano incompetente de la misma Comunidad Autónoma

No se produce el otorgamiento por silencio positivo de licencia municipal de apertura por el transcurso de un mes desde la presentación de la solicitud, a tenor de los arts. 9.5 y 9.7.c) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, como recuerda la **STS de 18 de marzo de 1999**, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 2346 (FJ 2º), si no consta de modo patente que toda la documentación necesaria (en concreto, la Certificación del Colegio Oficial de Ingenieros Industriales sobre la capacitación de una nave para ser utilizada como almacén y taller de vidriería) tuvo entrada en el registro del Ayuntamiento un mes antes de su denegación expresa. La **STS de 9 de junio de 1999**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4267 (FJ 2º), reiterando la doctrina fijada, señala que la figura del silencio positivo sólo puede aplicarse a la solicitud de licencias para actividades clasificadas si se siguen los trámites del RAMINP, no resultando de aplicación las previsiones del Real Decreto-Ley 1/1986.

La **STSJ de Andalucía** (Sala de Granada) de **2 de marzo de 1999**, Ar. 679, considera que el *dies a quo* para comenzar a computar la producción del silencio positivo debe ser aquél en el que los solicitantes manifiestan al órgano competente para resolver que presentaron su solicitud ante un órgano incompetente, si bien encuadrado en la misma organización jurídico-pública. Incluso, señala que dicho término inicial debería ser anterior, “(...) habida cuenta de la pertenencia de ambas dependencias administrativas a la misma Administración autonómica y el deber del órgano incompetente de remitir las actuaciones al competente (...)”.

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

Como afirma la **STS de 24 de junio de 1999**, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 5486 (FJ 2º), siguiendo la doctrina de las SSTs de 14 de julio de 1998, Ar. 8526, 20 de julio de 1998, Ar. 6906 y 25 de mayo de 1979, Ar. 1893, 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 aun 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. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Motivación de resoluciones administrativas que se aparten del precedente

La STS de 25 de mayo de 1999, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4885 (FJ 4º), se plantea un supuesto en el que hay que determinar si la actividad para la que se solicita una determinada licencia tiene o no encuadramiento entre las actividades contempladas en la Ordenanza Reguladora de la Venta en la Vía Pública, y aparece acreditado que dicho encuadramiento viene siendo admitido por la Administración demandada a través de sus propios actos al haber concedido tal licencia en años anteriores y bajo la vigencia de la misma Ordenanza precitada. Ante ello, el TS, en aplicación del art. 43 de la LPA (hoy art. 54 LRJ-PAC) afirma:

“(…) pues si el Ayuntamiento (…) para la misma actividad y con la vigencia de la misma Ordenanza, concedió la licencia, para apartarse de ese criterio o precedente, tenía que explicar las razones o motivos que justifican tal cambio, y ello obviamente no puede hacerse con la mera referencia a las previsiones de la Ordenanza, pues con esa misma Ordenanza antes había autorizado la actividad, y además, con esa actuación dejaba ciertamente indefenso al administrado, pues no podía ni puede conocer las razones de su denegación y por tanto hacía muy difícil o imposible su defensa (…)”.

En el mismo sentido SSTS de 25 de junio de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 43443 (FJ 3º) y de 12 de mayo de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 4020 (FJ 5º).

B) Para que la motivación sea suficiente no basta una genérica remisión al contenido de preceptos legales, salvo que su interpretación sea diáfana

La STS de 5 de mayo de 1999, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 3973 (FJ 2º), establece sobre el defecto de motivación, reiterando la doctrina jurisprudencial precedente, que:

“(…) resulta inexigible un formalismo acendrado, más propio de las resoluciones judiciales; pero no puede excusarse la Administración de motivar sus decisiones, sin que la expresión ‘sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho’ (…) (art. 54 LRJ-PAC) pueda relevarla de dar suficiente expresividad a la misma, no bastando con una genérica remisión al contenido de los preceptos legales –salvo que su interpretación sea diáfana–, porque esa circunstancia no evita la indefensión del solicitante, que no puede llegar a conocer la razón cabal de la negativa ni, consiguientemente, argumentar con eficacia la impugnación de esa denegación (…)”.

C) Condiciones legales de las resoluciones administrativas

La STS de 5 de abril de 1999, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 3272 (FFJJ 5º y 6º) sienta unas conclusiones generales sobre la denominada *condiciones iuris* de las resoluciones administrativas. Al respecto indica que:

“(…) no se trata de auténticas condiciones en sentido propio, en cuanto les falta la incertidumbre propia de todo negocio jurídico. Tampoco les acomoda la definición de *conditio iuris* en sentido estricto, entendida como presupuesto de eficacia que no existe en el momento de la conclusión del negocio, pero que se puede realizar con posterioridad, ya que es connatural a tal figura la existencia de una eficacia intermedia hasta el cumplimiento de la condición, distinta de la eficacia plena, que se desplegará cuando la condición se cumpla (...) Se trata de requisitos o imposiciones al titular de la licencia que resultan indispensables para que ésta se ajuste a la Ley y que quedan incorporadas a ella o, si se prefiere, en la medida en que no suspenden su eficacia, cargas de origen legal. Son cláusulas que evitan la denegación de la licencia mediante la incorporación a ésta de exigencias del ordenamiento jurídico y que, sin embargo, no existían en la petición formulada por el interesado. Tales condiciones deben ser introducidas por virtud de las exigencias del principio de proporcionalidad (...)”.

6. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

A) Agotamiento del objeto de la licencia de edificación

La STS de 22 de marzo de 1999, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 2634 (FJ 2º), explica, ante la denegación de licencia de edificación de un anexo a una nave industrial, que:

“(…) no cabe hablarse (...) de la no caducidad, y por tanto vigencia actual, de la referida licencia de obras de 1965, porque independientemente de que la entidad titular de tal licencia utilizara o no la totalidad de la superficie concedida en la licencia, es llano que la construcción de la nave autorizada y su posterior uso para actividad industrial, durante más de veinte años, revela de modo indubitable, que el objeto de la licencia quedó agotado y consumado con la realización de la obra materializada y mantenida así durante tan largo lapso de tiempo, por lo que no puede hablarse de caducidad de la misma (...)”.

B) Los defectos en la notificación afectan a la eficacia de la resolución administrativa, no a su validez

La STS de 22 de marzo de 1999, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 3022 (FJ 8º) reitera la doctrina jurisprudencial conforme a la cual los defectos de la notificación no afectan a la validez del acto, sino a su eficacia. Y eso siempre y cuando tales defectos impidan a la notificación cumplir su finalidad de poner en conocimiento del destinatario de la resolución su contenido, puesto que en caso contrario, los defectos en la práctica de la notificación serán irrelevantes, siendo plenamente eficaz, y en su caso ejecutoria, la resolución, STS de 9 de diciembre de 1998, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4164 (FFJJ 2º a 4º). En el mismo sentido, se pronuncia la STS de 17 de mayo de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 4150 (FJ 1º), al considerar que la falta de indicación en el aviso de recibo de la fecha en que la notificación fue practicada determina que ésta deba entenderse efectuada en la fecha en que su destinatario acepta que fue practicada. Por su parte, la STSJ de Murcia de 10 de marzo de 1999, Ar. 706 (FJ 2º), considera que la notificación se ha realizado de forma defectuosa al indicar exclusivamente la procedencia del recurso contencioso-administrativo, pero sin indicar ante qué órgano jurisdiccional debe interponerse. Es incorrecta, igualmente, la notificación que adolezca de contradicciones y ambigüedades, STSJ de Cataluña de 4 de mayo de 1999, Ar. 1263 (FJ 2º).

C) La Administración no puede utilizar la notificación edictal cuando conoce el domicilio del sujeto destinatario de la resolución

La Administración únicamente puede recurrir a la notificación edictal cuando desconozca el domicilio del sujeto al que se dirige la resolución adoptada, como reitera la STS de 8 de abril de 1999, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 3454 (FJ 2º).

D) Presunción de legalidad y ejecutoriedad

El privilegio de ejecutoriedad de las resoluciones administrativas, a tenor de la STS de 7 de mayo de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 3936 (FJ 3º) se configura como la posibilidad de producir sus efectos propios. Encuentra su fundamento:

“(…) en la presunción de legalidad del acto y la necesidad de que se realicen los intereses públicos (...), lo único que sucede en los actos de ejecución forzosa es que la Administración no puede iniciar ninguna actuación material que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirva de fundamento (...)”.

E) La imposición de multas coercitivas requiere su previa existencia de una norma con rango de Ley que las prevea

La STSJ de Castilla y León (Sala de Valladolid) de 20 de mayo de 1999, Ar. 1429, rechaza que el art. 261.3 del Real Decreto Legislativo 1/1992 o el art. 52 del Reglamento de Disciplina Urbanística autoricen a la Administración a imponer multas coercitivas por la omisión de los deberes de conservación de un inmueble, al no contemplarse en ellos tal figura expresamente, con indicación de plazos y cuantía.

7. 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)

La STS de 28 de abril de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 3300 (FJ 4º), afirma que:

“(…) el derecho a ser informado de la acusación, que con la categoría de fundamental se garantiza en el art. 24.2 CE, se satisface normalmente en el procedimiento administrativo sancionador a través de la notificación de la propuesta de resolución (...)”.

La falta de comunicación de dicha propuesta de resolución sólo excepcionalmente es admisible cuando en un trámite anterior se notificó aquel pronunciamiento preciso. En cualquier otro caso la ausencia de comunicación de dicha propuesta de resolución estima el Alto Tribunal que “(...) constituye sin duda una violación del derecho constitucional del expedientado a su defensa (...)”, y, por tanto, la declaración de nulidad de pleno derecho del acto administrativo sancionador en aplicación del art. 62.1.a) LRJ-PAC. En

V. Actos, Procedimiento y Contratos

sentido idéntico se pronuncian las SSTs de 28 de abril de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 3301 (FJ 4º), de 6 de mayo de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 3690 (FJ 2º), de 22 de abril de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 3432 (FJ 2º) y de 22 de abril de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 3433 (FFJJ 9º y 10º).

B) Subsanación de la falta del trámite de audiencia al interesado por medio de la interposición y decisión del oportuno recurso administrativo

La STS de 26 de marzo de 1999, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 3027 (FJ 2º), declara que el criterio de la subsanación de la falta de audiencia por medio de la interposición y decisión del oportuno recurso administrativo “(...) ha sido mantenido por el TC en Sentencia 314/1994, de 28 de noviembre, afirmando que el olvido del trámite de audiencia antes de dictar una resolución judicial no es suficiente para provocar indefensión, ya que la parte a través de dos recursos, uno ante el juez y otro en alzada, pudo desplegar todo el abanico dialéctico *ad hoc* adecuado al caso y, en suma, ejercitar sin limitación alguna su derecho de defensa (...)”. Por todo ello, con respecto al supuesto del que trae causa la sentencia, el TS establece que ha quedado subsanada la indefensión que pudiese haber padecido el particular por la ausencia de audiencia por medio del recurso de reposición puesto que “(...) ha tenido ocasión de defenderse sin limitación alguna por medio del recurso de reposición, que fue resuelto por la autoridad municipal, concretando las razones del acto, y permitiendo por tanto a ‘ESA’ ejercitar, como ejercitó, su pleno derecho de defensa ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo (...)”. En el mismo sentido STS de 6 de mayo de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 3690 (FJ 2º).

C) Nulidad de pleno derecho de un acto declarativo de derechos por haber sido eliminado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para la revisión de dichos actos

La STS de 19 de mayo de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 4497 (FFJJ 3º, 4º y 5º), declara la nulidad de pleno derecho de un acto del Rector de la Universidad Autónoma de Barcelona por el cual se deja sin efecto para el recurrente su matrícula en la Facultad de Ciencias de la Información en los siguientes términos: “(...) al margen de la ilegalidad intrínseca del acto de la matrícula, no podía decretarse su revocación, sino a través de los procedimientos legalmente establecidos para ello en la LPA (hoy arts. 102 y 103 LRJ-PAC) (...)”. En este caso se elimina el acto con base en que el acto de matriculación incurrió en un error aritmético o de hecho, cuando en puridad se trata de un error de derecho, pues es necesario efectuar una interpretación jurídica para su determinación además que la rectificación cambia el sentido del acto. Por todo ello el Alto Tribunal declara la nulidad de pleno derecho del acto de revocación de la matrícula por estar incurrido en la previsión del art. 47.1.c) LPA [actual art. 62.1.e) LRJ-PAC]. En la misma línea, STS de 19 de mayo de 1999, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 3661 (FJ 4º).

D) Es improcedente con base en el Principio de economía procesal declarar nulidades o anulabilidades, por vulneración de requisitos formales, cuando el nuevo acto o resolución, que en su caso se dictase subsanando el defecto formal, sea idéntico en sentido material al anterior

La STS de 28 de abril de 1999, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 4109 (FJ 2º), reitera la doctrina que viene manteniendo nuestro Alto Tribunal en relación con la nulidad o anu-

labilidad de las reglas procedimentales de los actos administrativos y afirma que con base en el principio de economía procesal es improcedente:

“(…) declarar nulidades cuando el nuevo acto o resolución que, en su caso se dictase, subsanando el posible defecto formal, sea idéntico en sentido material al anterior (...) para declarar la anulación de las actuaciones en la cuestión examinada, hubiera sido necesario que se hubiera producido una merma del derecho de defensa a la parte recurrente, con la virtualidad suficientemente anulatoria en la cuestión examinada (...)”.

8. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Errores materiales o de hecho son aquellos que deben ser calificados de ostensibles, manifiestos e indiscutibles, es decir, evidentes por sí mismos

La STS de 25 de mayo de 1999, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 5075 (FJ 2º), realiza un resumen de la jurisprudencia del TS, sobre la rectificación de los errores materiales o de hecho en que puede incurrir una resolución administrativa, art. 105.3 LRJ-PAC (antiguo art. 111 LPA), en los siguientes términos:

“(…) para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho se requiere que concurren, en esencia, las siguientes circunstancias: 1) que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos; 2) que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte; 3) que el error sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables; 4) que no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos; 5) que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe un error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica); 6) que no padezca la subsistencia del acto administrativo, es decir, que no genere la anulación o revocación del mismo, en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificadora de oficio, encubrir una auténtica revisión; y 7) que se aplique con un hondo criterio restrictivo (...)”.

En la misma línea, SSTs de 19 de mayo de 1999, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 3661 (FJ 4º) y de 24 de marzo de 1999, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 3734 (FJ 1º), que reconoce la existencia de error material o de hecho.

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

Contratos de las Administraciones Públicas

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Ámbito de aplicación: negocios y contratos excluidos.

A) Aplicación a los convenios urbanísticos de la Ley de Contratos de las Administraciones

Públicas. 3. **Contratos administrativos y contratos privados.** A) Naturaleza administrativa de

contrato relativo a un proyecto de reforma y ampliación de asilo de ancianos. B) Naturaleza administrativa de contrato de obra para la construcción de un frontón y pista polideportiva.

C) Naturaleza administrativa de un contrato relativo a la enajenación de bien inmueble para la construcción de viviendas. D) Naturaleza administrativa de contratos cuyo objeto sea la modificación de un Instrumento de Planeamiento. E) Actos separables: aplicación de esta doctrina a los

contratos del ente público RTVE. 4. **Actos preparatorios y requisitos de los contratos.**

A) Capacidad de los contratistas. a) Vigencia del art. 5 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales. b) La capacidad y las prohibiciones para contratar constituyen materia reservada a la Ley. c) Inexistencia de derechos de exclusividad de los productores nacionales.

B) Pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas. a) Carácter normativo del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. b) No son lo mismo los Pliegos de Prescripciones Técnicas que las "normas técnicas". c) El Pliego de Condiciones es *lex inter partes*.

C) Formalización del contrato. a) Falta de perfección del contrato: contrato verbal. b) Perfección del contrato por la aprobación y adjudicación definitiva. 5. **Formas de adjudicación.**

A) Concurso. a) Adjudicación arbitraria. b) Adjudicación a un grupo de empresas. c) Anulación de adjudicación y adjudicación al recurrente. 6. **Régimen jurídico de los contratos administrati-**

vos. A) Prerrogativas de la Administración. a) Facultad de fiscalización. b) Interpretación unilateral del contrato: la facultad administrativa de interpretación unilateral del contrato no se haya excluida del control judicial. c) Facultad de modificación. B) Técnicas de garantía del equilibrio financiero. a) En el ámbito de la contratación local las técnicas de mantenimiento del equilibrio financiero (art. 127.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales) han de aplicarse de manera estricta. b) No responde la Administración de los daños causados a terceros por el contratista cuando los mismos tienen su origen directo en un incumplimiento por parte del contratista de las condiciones que los hubieran evitado. c) Casos de fuerza mayor. d) Doctrina

del riesgo imprevisible. e) Revisión de precios. C) Garantías de los contratos. a) Impugnación de determinados preceptos del Reglamento de Desarrollo parcial de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas (Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo). b) En el ámbito de la contratación administrativa la fianza tiene carácter penal. D) Extinción de los contratos administrativos. a) Cumplimiento del Contrato de obras: la recepción definitiva puede producirse de forma tácita. b) La resolución de los contratos. **7. Los contratos administrativos típicos. Especialidades.** A) Contrato de obra. a) Prueba de no ajustarse la obra al Pliego de Condiciones Técnicas Particulares. b) Cesión o endoso de Certificaciones de obra. c) Cómputo de intereses de demora. d) Intereses sobre intereses de demora. e) Preeminencia de la legislación de contratos sobre la Ley General Presupuestaria. f) Compensación de deuda en caso de quiebra del contratista. g) Carácter objetivo de la penalización por incumplimiento del plazo de entrega. h) La “Liquidación general” de la obra es equivalente a la liquidación provisional. B) Contrato de suministro. En el contrato de suministro la Administración pública tiene una posición ventajosa en comparación con el usuario privado. C) Contrato de consultoría y asistencia técnica. Discrecionalidad técnica en la elección por la Administración de la titulación más apta para ejercer las funciones de “Delegado del consultor”.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre marzo y junio de 1999, en el que el número de sentencias recaídas sobre la materia ha sido considerablemente superior a meses anteriores. Es de destacar una cierta contradicción entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco a la hora de otorgar naturaleza administrativa a los Convenios urbanísticos. También resultan de interés doctrinal aquellas sentencias que abordan la distinción entre contratos administrativos y contratos privados.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN: NEGOCIOS Y CONTRATOS EXCLUIDOS

A) Aplicación a los convenios urbanísticos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

La STSJ del País Vasco de 26 de mayo de 1999, Ar. 1444, define los convenios urbanísticos como “acuerdos suscritos entre la Administración y los particulares afectados por la acción urbanística que complementan las determinaciones generales”. La LCAP, en su art.

3.1.d) y la LCE, vigente en el momento de dictarse la resolución recurrida, en su art. 21.7, hacen mención de los convenios que celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado cuyo objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esas leyes, excluyéndoles de su ámbito de aplicación, remitiendo la última a las reglas que sobre preparación, adjudicación y efectos del contrato de gestión de servicio público se recogen en la misma. Subsidiariamente es de aplicación el Código Civil.

A diferencia de la anterior, la **STS de 29 de marzo de 1999**, Ar. 3265, califica como “contrato administrativo innominado” un contrato celebrado entre una Corporación Local y un particular al amparo del art. 108 del Texto Articulado de Bases del Estatuto del Régimen Local. De conformidad con dicho contrato, el particular se compromete a construir un Mercado de Abastos y a entregarlo gratuitamente a la Corporación Local a cambio de obtener mayor edificabilidad en una finca de su propiedad.

Para el Tribunal debe descartarse que se trate de una concesión administrativa,

“pues la empresa recurrente no asumió en ningún momento la gestión del servicio (...), por lo que ha de concluirse que no concurre el elemento característico de la concesión, cual es la gestión indirecta de un servicio público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 144 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales” (FJ 3º).

3. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS

A) Naturaleza administrativa de contrato relativo a un proyecto de reforma y ampliación de asilo de ancianos

La **STS de 14 de abril de 1999**, Ar. 3795, recoge reiterada jurisprudencia de la Sala en relación con la distinción entre contratos privados y contratos administrativos celebrados por la Administración. Esta doctrina destaca que la relación jurídica concreta ostenta “naturaleza administrativa cuando se determina por la prestación de un servicio público, entendido este concepto en una forma amplia que abarca cualquier actividad de la Administración, necesaria para satisfacer el interés general. (...) Estamos ante un contrato de carácter administrativo, cuyo objeto directo es la ejecución de obras a cargo de las entidades locales, teniendo en cuenta su vinculación directa al desenvolvimiento regular de un servicio público y, en definitiva, por concurrir las competencias” que recoge la legislación local. Y esto es así, sostiene la Sentencia, con independencia de que se considere como un contrato de obra o como un arrendamiento de servicios.

B) Naturaleza administrativa de contrato de obra para la construcción de un frontón y pista polideportiva

La **STS de 4 de mayo de 1999**, Ar. 5027, recogiendo doctrina anterior, afirma que “el concepto de contrato administrativo viene determinado en función de la presencia en la

causa del mismo de un fin público como elemento esencial, criterio finalista dentro de la contratación administrativa que tiene especial relevancia cuando el objeto son bienes, como los que suceden en esta cuestión, destinados a un uso o servicio público con fines claramente deportivos (...)” (FJ 3°).

C) Naturaleza administrativa de un contrato relativo a la enajenación de bien inmueble para la construcción de viviendas

En este caso, el TS (Sentencia de 22 de junio de 1999, Ar. 5506, FJ 6°) da por válido el criterio de la Sentencia de instancia, que califica el contrato como administrativo, sin añadir ninguna explicación más. Este contrato se celebra en ejercicio de la competencia municipal de promoción y gestión de las viviendas (art. 25.2 LBRL).

D) Naturaleza administrativa de contratos cuyo objeto sea la modificación de un Instrumento de Planeamiento

Teniendo por objeto la modificación de un Instrumento de Planeamiento, la STS de 30 de marzo de 1999, Ar. 676, entiende que existe una directa vinculación al servicio público que la gestión y planificación urbanística comporta, como establecía el artículo 4.2 de la LCE (de 1965) y el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales y, en especial, el art. 112.2.1 del Texto Refundido de Régimen Local. A la vista de esto, “no ofrece duda a la Sala que nos encontramos con un contrato administrativo” (FJ 3°).

E) Actos separables: aplicación de esta doctrina a los contratos del ente público RTVE

La STS de 23 de abril de 1999, Ar. 4696, confirma la tesis de que los acuerdos de convocatoria y adjudicación de los concursos de contratación tienen la condición de “actos separables”, sometidos a las normas de contratación administrativa. Ver número 5 de Justicia Administrativa.

4. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

A) Capacidad de los contratistas

a) Vigencia del art. 5 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales

La STS de 25 de junio de 1999, Ar. 5510, sostiene que el acto impugnado (declaración de incompatibilidad para contratar con el Ayuntamiento por existir una relación de parentesco entre un administrador de la finca, titular a su vez del 25 por ciento del capital social, y un miembro de la Corporación) se ajusta a lo dispuesto en el artículo 5 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953, cuyos preceptos considera vigentes (FJ 3°).

V. Actos, Procedimiento y Contratos

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

El TS, en su Sentencias de 9 de marzo de 1999, Ar. 2889 y de 2 de junio de 1999, Ar. 5749, afirma que es doctrina reiterada de la Sala que la capacidad y las prohibiciones para contratar constituyen materia reservada a la Ley.

c) Inexistencia de derechos de exclusividad de los productores nacionales

La STS de 23 de abril de 1999, Ar. 4696, 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. Ver número 1 de *Justicia Administrativa*.

B) Pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas

a) Carácter normativo del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares

La STS de 2 de junio de 1999, Ar. 5749, defiende el carácter normativo de la Orden de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, sobre aprobación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación de servicios de asistencia técnica, al estar dirigida a una pluralidad indeterminada de sujetos y ser publicada en el “Boletín Oficial de la Junta de Andalucía”, “aunque no se trata de un auténtico Reglamento o disposición de alcance y contenido general” (FJ 3º). Ver número 1 de *Justicia Administrativa*.

b) No son lo mismo los Pliegos de Prescripciones Técnicas que las “normas técnicas”

En la STS de 5 de abril de 1999, se impugna el Real Decreto 339/1997, de 7 de marzo, en el que se atribuye a la Gerencia de Infraestructuras y Equipamiento de Educación y Ciencia funciones de establecimiento y elaboración de normas técnicas. Para el TS, las normas técnicas hacen referencia a las que son previamente definidas en la Ley de Industria y no a las prescripciones técnicas particulares de contratación, cuya definición se encuentra en el artículo 53 de la LCAP.

“En consecuencia, ‘las prescripciones técnicas’, habrán de basarse en ‘normas técnicas’ previamente definidas por los organismos de normalización, pero no confundirse con ellas, al aparecer claramente diferenciadas ambas categorías en dicho precepto (...)”

c) El Pliego de Condiciones es *lex inter partes*

Es doctrina jurisprudencial reiterada que el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato, por lo que ha de estarse siempre a lo que se consigne en él respecto del cumplimiento del mismo, teniendo en cuenta que para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento, resultan de aplicación supletoria las normas del Código Civil (STS de 15 de marzo de 1999, Ar. 2897, STS de 25 de mayo de 1999, Ar. 5202, y STS de 2 de junio de 1999, Ar. 5749).

C) Formalización del contrato**a) Falta de perfección del contrato: contrato verbal**

La STSJ de Cantabria de 11 de marzo de 1999, Ar. 695, recoge la doctrina jurisprudencial que sostiene que las irregularidades producidas en el curso del procedimiento administrativo de contratación pueden no enervar la obligación que a la Administración incumbe de cumplir con las pertinentes contraprestaciones, en virtud de la institución del enriquecimiento injusto y de los principios de buena fe y de confianza legítima (FJ 2°).

b) Perfección del contrato por la aprobación y adjudicación definitiva

Recogiendo jurisprudencia anterior, la STS de 25 de mayo de 1999, Ar. 5202, afirma que:

“la perfección de los contratos tiene lugar no por la mera formalización en escritura pública, sino por la aprobación y adjudicación definitiva, prevaleciendo lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y en la adjudicación sobre la mera formalización del contrato en escritura” [FJ 7°.d)].

5. FORMAS DE ADJUDICACIÓN**A) Concurso****a) Adjudicación arbitraria**

La STS de 11 de mayo de 1999, Ar. 5029, recoge la argumentación de la sentencia impugnada (STSJ de Galicia de 23 de marzo de 1993) que considera que la Administración sobrepasa los límites normales de la discrecionalidad de que disponía para la opción de la decisión y entiende que fue arbitraria, por lo que la adjudicación del concurso debió corresponder a la empresa del recurrente (FJ 3°).

b) Adjudicación a un grupo de empresas

El hecho de constituir la adjudicataria una agrupación temporal de empresas, cuya legítima participación en el concurso se ampara en los artículos 10 de la LCE y 27 del Reglamento General de Contratación, no impide tomar en cuenta las circunstancias que concurren en cada una de las empresas, agrupadas precisamente con el objeto de participar en el concurso (STS de 21 de mayo de 1999, Ar. 5591, FJ 5°).

c) Anulación de adjudicación y adjudicación al recurrente

El TS mantiene, en su Sentencia de 23 de junio de 1999, Ar. 5508, que la jurisdicción no puede, una vez que constata la incapacidad de la sociedad adjudicataria para contra-

V. Actos, Procedimiento y Contratos

tar, adjudicar el contrato al otro concursante con el argumento de que no existe ningún informe desfavorable contra él (FJ 3°).

6. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A) Prerogativas de la Administración

a) Facultad de fiscalización

El art. 60 del Reglamento General de Contratación de las Corporaciones Locales establece la obligación de fiscalización de las obras por parte de la Administración a fin de verificar su realización conforme a lo estipulado. Si durante el período de garantía, la Administración no emite informe alguno sobre la incorrecta realización de la obra, incurre en una negligencia que no puede perjudicar al contratista (FJ 1°, de la STS de 16 de abril de 1999, Ar. 5193, que recoge los argumentos de la Sala de Instancia).

b) Interpretación unilateral del contrato: la facultad administrativa de interpretación unilateral del contrato no se haya excluida del control judicial

De esta manera el Tribunal Supremo, en recientes pronunciamientos, SSTs de 20 de abril de 1999, Ar. 4636, y de 28 de abril de 1999, Ar. 4697, reconoce que la prerrogativa que ostenta el órgano de contratación de interpretar los contratos administrativos no ha de entenderse infringida por el hecho de que los Tribunales decidan anular el acto o resolución interpretativa de la Administración y declarar en su lugar lo que estimen más ajustado a derecho.

Criterios interpretativos: si los términos de un contrato son claros se debe estar al sentido literal de sus cláusulas, y para juzgar sobre la intención de los contratantes deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato.

Estos criterios hermenéuticos que se infieren de los arts. 1281 y ss. del Código Civil son aplicados por el Tribunal Supremo, en STS de 26 de abril de 1999, Ar. 3442.

c) Facultad de modificación

El *ius variandi* de la Administración encuentra en el interés público no sólo su fundamento sino también su límite.

Así lo estima el Tribunal Supremo, en STS de 16 de abril de 1999, Sección Séptima, Ar. 4362, en la que se afirma que la Administración contratante tiene la potestad de ordenar discrecionalmente, como podría disponer si gestionare directamente el servicio, pero con el límite del interés público. Por ello el Tribunal declara no conforme a derecho un acuerdo del municipio contratante por el que se obligaba a la empresa concesionaria del servicio domiciliario de distribución de agua potable a instalar su domicilio dentro del término municipal en el que se presta el servicio.

Las modificaciones que la Administración local (art. 127 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales) está facultada para introducir en las prestaciones del servicio se consideran una variación de las condiciones accidentales del contrato.

Así lo entiende la STSJ de Canarias de 1 de marzo de 1999, Ar. 682, siguiendo en este punto la doctrina civilista, que considera como elementos accidentales del contrato los que se refieren a la cantidad, modo, tiempo o lugar de las obligaciones.

B) Técnicas de garantía del equilibrio financiero

a) En el ámbito de la contratación local las técnicas de mantenimiento del equilibrio financiero (art. 127.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales) han de aplicarse de manera estricta

A este respecto la STS de 20 de mayo de 1999, Ar. 5094, Sección Séptima, considera que no cabe su aplicación analógica, ni su extensión a casos no previstos expresa y categóricamente.

b) No responde la Administración de los daños causados a terceros por el contratista cuando los mismos tienen su origen directo en un incumplimiento por parte del contratista de las condiciones que los hubieran evitado

Esta afirmación se contiene en la STS de 20 de abril de 1999, Ar. 4640, en la que se reconoce la responsabilidad del contratista por los daños que se causan a terceros como consecuencia de las operaciones que requiere la ejecución de una obra pública –las obras de acondicionamiento de la circunvalación del Teide–. En este caso no concurre ninguna causa de exoneración de la responsabilidad, toda vez que no queda demostrado que los daños fueran causados por una orden inmediata y directa de la Administración contratante, o sean debidos a vicios del proyecto.

c) Casos de fuerza mayor

“Las sediciones populares” como uno de los casos de fuerza mayor previstos en la legislación de contratos es un concepto con un significado distinto al que se le otorga en el ámbito del Derecho Penal.

Esto sostiene la STS de 11 de mayo de 1999, Ar. 5034, en el caso de Riaño, en el que se produjeron actos violentos de la población contra la decisión administrativa de construir una nueva presa. En esta ocasión el Tribunal Supremo consideró que concurría “sedición popular”, término al que además confirió el siguiente significado:

“(…) ha de entenderse comprensivo de alzamiento violento contra la autoridad o el orden público, como tumulto violento, levantamiento popular, o insurrección, sea quien sea el afec-

V. Actos, Procedimiento y Contratos

tado por sus resultados, puesto que, en definitiva, la empresa constructora lo fue en su calidad de adjudicataria de las obras decididas por la Administración del Estado y, desde tal punto de vista, sí aparece tal clase de 'alzamiento' como dirigido contra la Autoridad (...)"

No constituye un caso de fuerza mayor la interrupción de la ejecución de un contrato debida a causas meteorológicas.

Esta afirmación se desprende de la **STS de 2 de junio de 1999**, Ar. 5750, Sección Séptima, la cual recuerda en su FJ 4º que es doctrina jurisprudencial que las causas climatológicas y especialmente la lluvia caída no pueden considerarse casos de fuerza mayor, sin perjuicio de que, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 46 de la Ley de Contratos del Estado y 132 de su Reglamento, sí se esté en presencia de un caso de fuerza mayor cuando los fenómenos climatológicos generan la siguiente situación: "inundaciones catastróficas producidas como consecuencia del desbordamiento de ríos o arroyos, siempre que los daños no se hayan producido por la fragilidad de las defensas que hubiera debido construir el contratista en cumplimiento del contrato".

Asimismo, la **STS de 20 de mayo de 1999**, Ar. 5201, Sección Séptima, además de considerar que los supuestos de fuerza mayor previstos en la legislación de contratos, tienen carácter tipificado y tasado, reconoce que las lluvias torrenciales pueden dar lugar a un suceso de fuerza mayor imprevisible e inevitable, "cuando producen movimientos de tierras que afectan a las obras contratadas".

d) Doctrina del riesgo imprevisible

La doctrina del riesgo imprevisible es una figura que sirve para legitimar la revisión de precios en el caso de circunstancias extraordinarias sobrevenidas que escapan de la capacidad de previsión del contratista.

Así lo declara la **STS de 20 de mayo de 1999**, Ar. 5094, Sección Séptima, en la que se considera que tales circunstancias no concurren en la situación que se examina.

No constituye un supuesto de riesgo imprevisible aquel en el que a pesar de producirse hechos imprevistos que originan una mayor dificultad en las condiciones de ejecución del contrato éstos no constituyen circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias y anormales, imprevistas y profundas, que afecten gravemente al contratista que actuó de buena fe y dentro de unas previsiones razonables.

Esta conclusión se desprende de la **STS de 30 de abril de 1999**, Ar. 4691, Sección Séptima, en la que en un contrato de obras en un túnel no se considera riesgo imprevisible el hecho de que el contratista viera truncada la expectativa de contar con la posibilidad de utilizar las dos bocas de acceso al túnel para efectuar los trabajos al impedir un tercero, ajeno a la Administración, el tránsito por su propiedad y cerrar la servidumbre existente a uno de los accesos. El Tribunal Supremo distingue a estos efectos entre el principio de riesgo y ventura y la doctrina del riesgo imprevisible:

“El principio de que las obras han de realizarse a riesgo y ventura del contratista (...) ha sido interpretado en el sentido de que el contratista asume el riesgo de poder obtener una ganancia mayor o menor (e incluso perder) cuando sus cálculos estén mal hechos o no responden a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato de obras. Esta interpretación es consecuente con el significado que una u otra locución –‘riesgo’ y ‘ventura’– ofrecen tanto al lenguaje jurídico como gramatical, de tal modo que ‘riesgo’ equivale a contingencia o proximidad de un daño, y ‘ventura’ es palabra con que se explica que una cosa se expone a la contingencia de que suceda mal o bien. De lo que se infiere que el contratista, al contratar con el Estado, asume el riesgo derivado de las contingencias que puedan sobrevenir en la ejecución de la obra, ya que la obligación del contratista es una obligación de resultados, como contrapuesta a la obligación de actividad o medial. (...)

En cambio la doctrina del riesgo imprevisible, conectada a la de la cláusula rebus sic stantibus, exige que como consecuencia de la aparición de un riesgo que no puede ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren substancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de manera que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes que la que inicialmente había podido preverse, lo que permite la rescisión del contrato o, en su caso, la indemnización de ese mayor coste, que no debe ser asumido por la parte a quien el suceso o acontecimiento imprevisible ha perjudicado.”

e) Revisión de precios

La revisión de precios puede hacerse efectiva tanto durante la vigencia del contrato como excepcionalmente en el momento de su liquidación definitiva.

Esta regla, contenida en el art. 109 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no resulta de aplicación a los contratos que se rigen por la legislación derogada –aquellos que conforme a la Disposición Adicional Primera ya habían sido adjudicados a la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas–, toda vez que bajo esa legislación el abono del importe de la revisión de precios podía hacerse efectivo en la liquidación final sin que concurriese el requisito de la excepcionalidad. Ésta es la solución que ofrece la STSJ de Asturias de 8 de abril de 1999, Ar. 907.

C) Garantías de los contratos

a) Impugnación de determinados preceptos del Reglamento de Desarrollo parcial de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas (Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo)

Es conforme a derecho el apartado 3 del art. 17 del Reglamento de Desarrollo parcial de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, precepto en el que se regula la forma y condiciones del contrato del seguro de caución cuando éste se constituye como garantía provisional y definitiva para la contratación con la Administración pública.

V. Actos, Procedimiento y Contratos

Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en la **STS de 9 de abril de 1999**, Ar. 3740, en la que se declara que es conforme a derecho el art. 17.3 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, el cual, al establecer que el asegurador asume el compromiso de indemnizar a la Administración asegurada al primer requerimiento, contiene una previsión de carácter sustantivo: la elección de una figura de seguro de caución denominada a primera demanda, o primer requerimiento, que no excluye la aplicación de las normas de carácter procedimental contenidas en la LRJ-PAC, lo que se traduce en que en absoluto se suprime el preceptivo trámite de audiencia que corresponde a las entidades aseguradoras. (La supresión del trámite de audiencia en este precepto había sido la causa de nulidad alegada por la parte recurrente, la “Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras”).

Es conforme a derecho el apartado 1.a) del art. 26 del Reglamento de Desarrollo parcial de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, en el que expresamente sólo se concede audiencia al contratista, y no al asegurador, en el momento de la resolución del contrato.

Así lo estima el Tribunal Supremo, en la citada **STS de 9 de abril de 1999**, Ar. 3740, por cuanto recuerda que el art. 47.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas únicamente concede la condición de interesados a los aseguradores “(...) en los procedimientos que afecten a la garantía prestada (...)”, pero no en todos los que se incoen como consecuencia de las incidencias del contrato administrativo en cuya consideración se concertó el seguro. Considera además el Tribunal que esta regulación no contradice el art. 14 de la Constitución, toda vez que la situación jurídica del contratista y del asegurador no es similar, puesto que el contratista es parte principal en el contrato de cuya resolución se trata, mientras que el asegurador es tercero respecto de esa relación contractual, cuya efectividad sólo funciona como riesgo a cubrir en el contrato de seguro por él concertado.

Esta Sentencia del TS se contradice en parte con lo que mantiene la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, concretamente, con lo declarado por STSJ de Navarra de 18 de diciembre de 1998, Ar. 4621 (*Sentencia reseñada en Justicia Administrativa* núm. 5, pág. 115), y recientemente por el TSJ de Andalucía, en **STSJ de 31 de mayo de 1999**, Ar. 1412. En esta última, el Tribunal declara, conforme a lo dispuesto en el art. 181.2 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por RD 2568/1986, de 28 de noviembre, que es necesario dar audiencia al avalista en un caso de resolución contractual por culpa del contratista que lleva aparejada la pérdida de la fianza, aunque también reconoce que la omisión de este trámite no tiene una relevancia absoluta, pues hay elementos de juicio suficientes para entrar a resolver la cuestión de fondo:

“(...) si el avalista responde frente a la Administración del importe señalado como fianza en los mismos términos que si hubiera sido constituida por el propio contratista, (...) sus intereses y derechos están afectados en forma directa e inmediata por el acto de la Administración que decretó la incautación de la fianza y, en consecuencia, han de propiciarse en su favor las correspondientes posibilidades defensivas, porque, en otro caso, se produciría la indefensión constitucionalmente interdictada”.

b) En el ámbito de la contratación administrativa la fianza tiene carácter penal

Así se desprende del art. 111 de la Ley de Contratos de 1965, y así lo establece la jurisprudencia (Vid. al respecto *Justicia Administrativa* núm. 3, pág. 119) y recientemente lo afirma la **STSJ de Navarra de 29 de abril de 1999**, Ar. 1077, que encuentra su explicación a tal carácter en “la dificultad de valorar en ocasiones los daños, como por la garantía que merecen y necesitan la ejecución puntual de las obras públicas y la correcta prestación de los servicios públicos”.

D) Extinción de los contratos administrativos

El contratista no está obligado a concretar los daños y perjuicios a cuya indemnización tiene derecho cuando por supresión del servicio se extingue un contrato de gestión del servicio público.

En estos casos, como señala la **STS de 6 de mayo de 1999**, Sección Séptima, Ar. 4301, la legislación en materia de contratos atribuye al contratista el derecho a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, sin que resulten de aplicación los preceptos que regulan la responsabilidad patrimonial de la Administración, en los que el particular perjudicado debe no sólo alegar la existencia de daños, sino cuantificarlos y probarlos.

a) Cumplimiento del Contrato de obras: la recepción definitiva puede producirse de forma tácita

Esta declaración la ha reiterado en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo (Vid. jurisprudencia reseñada en *Justicia Administrativa* núm. 1, pág. 104), y se recoge recientemente en la **STS de 15 de marzo de 1999**, Ar. 2899, y en la **STSJ de Cataluña de 4 de mayo de 1999**, Ar. 1495. Conforme a esta jurisprudencia se entiende producida la recepción definitiva cuando no hay constancia de defecto alguno en la realización de las obras, lo que implica un acto tácito de recepción en virtud de hechos concluyentes. El Tribunal Supremo sigue afirmando que se produce la recepción definitiva en todos aquellos casos en los que la Administración no actúa, y dentro del plazo de garantía no exige la corrección de los defectos de la obra. Consecuencia de lo anterior es que comienza el plazo para proceder a la liquidación definitiva, pues éste empieza a contarse a partir de la recepción definitiva, de ello asimismo se deriva que si la Administración se retrasa más de seis meses en el pago de ese saldo, queda obligada al pago de intereses de demora, previa intimación del contratista (art. 176 del Reglamento de Contratación).

b) La resolución de los contratos

No procede que la Administración acuerde la resolución de un contrato administrativo sin haber dado audiencia al contratista.

V. Actos, Procedimiento y Contratos

La anterior afirmación es aplicable a los casos en los que la Administración declara la caducidad de una concesión de servicio público conforme al art. 224 del Reglamento general de Contratación del Estado. Así lo declara la **STS de 24 de mayo de 1999**, Ar. 5592, Sección Séptima, en la que se anula dicho acuerdo al considerar que en él concurre una causa de anulabilidad. Lo mismo reconoce la **STS de 16 de junio de 1999**, Ar. 5499, Sección Séptima, referida a un contrato de obra, en el que resulta de aplicación lo previsto en el art. 120 de dicho Reglamento.

En contradicción con esta doctrina niega el carácter preceptivo de este trámite de audiencia la **STSJ de Castilla y León/Valladolid**, de 19 de mayo de 1999, Ar. 1427.

La resolución del contrato y el incumplimiento como causa de resolución es distinto según que el incumplimiento sea imputable a la Administración o al contratista.

Así viene reconociéndolo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y recientemente las **SSTS de 20 de abril de 1999**, Ar. 4636, y de **28 de abril de 1999**, Ar. 4109, han declarado al respecto lo siguiente:

“a) El incumplimiento por parte de la Administración da lugar a la resolución del contrato en los casos previstos en la ley, con la particularidad que la Administración queda obligada al pago de los perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista, a tenor de las previsiones contenidas en el artículo 53.2 de la Ley de Contratos del Estado y 158 del Reglamento.

b) El incumplimiento por parte del contratista faculta a la Administración para exigir el estricto cumplimiento del contrato, o bien acordar la resolución con posibilidad de incautación de fianza que hubiere constituido el contratista e indemnización a la Administración de daños y perjuicios, a tenor de los artículos 53.1 de la Ley de Contratos del Estado y 159 de su Reglamento siendo obligada la resolución del contrato cuando por parte del contratista haya habido dolo, fraude o engaño.”

Para que el incumplimiento por el contratista de las cláusulas contractuales sea causa de resolución del contrato ha de ser grave y de naturaleza sustancial.

Esta interpretación del objeto y alcance del art. 52.1 de la Ley de Contratos del Estado ha sido recogida recientemente en las **SSTS de 10 de marzo de 1999**, Sección Séptima, Ar. 2892, y de **20 de abril de 1999**, Sección Séptima, Ar. 4636, que siguen en este punto la doctrina jurisprudencial sentada en anteriores sentencias.

Por ello, cuando se trate de un caso de inejecución flagrante e injustificada el Tribunal no puede hacer uso de la misma moderación, así lo aprecia la **STS de 28 de abril de 1999**, Ar. 4108.

El incumplimiento del contratista como causa resolutoria no se identifica con la culpa del mismo.

Esta afirmación se contiene en la **STS de 20 de abril de 1999**, Sección Séptima, Ar. 4636, y ya había sido expresamente recogida en las Sentencias de 24 de febrero de 1982, Ar. 1636, y de 11 de noviembre de 1987, Ar. 8797.

7. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS. ESPECIALIDADES

A) Contrato de obra

a) Prueba de no ajustarse la obra al Pliego de Condiciones Técnicas Particulares

STS de 26 de marzo de 1999, Ar. 3027, considera que el informe de la dirección facultativa de la obra es bastante para acreditar que los hormigones utilizados no se ajustaban a las exigencias técnicas aplicables.

b) Cesión o endoso de Certificaciones de obra

En su Sentencia de 16 de abril de 1999, Ar. 3798, el TS afirma:

“Según reiterada doctrina jurisprudencial las certificaciones de obras gozan de la presunción de legalidad de los actos administrativos y constituyen títulos que incorporan un derecho de crédito, por lo que su transmisión conforme a Derecho, al amparo de lo dispuesto en el artículo 145 del Reglamento General de Contratación del Estado, legitima al cesionario frente a la Administración siempre que la cesión del crédito hubiera sido puesta en conocimiento de la misma y ella hubiera tomado razón antes de ser reclamado el pago (...)” (FJ 2º). “El endosatario tiene derecho al cobro del importe de las certificaciones, sin que la Administración pueda oponerle las excepciones que tuviera contra el contratista, derivadas del contrato de obras o de cualquier otra relación jurídica ajena al tercero” (FJ 1º).

En el mismo sentido se pronuncia el TSJ de Cataluña en su Sentencia de 4 de mayo de 1999, Ar. 1495, que recoge los fundamentos jurídicos de la STS de 2 de abril de 1993, Ar. 2733, aunque añade, además, que el endoso no supone la transmisión de los intereses de demora, sino sólo del principal de la deuda, que es lo que consta del título transmitido, salvo indicación expresa de lo contrario. Esto último también puede verse en la STS de 11 de mayo de 1999, Ar. 5031.

c) Cómputo de intereses de demora

La STS de 7 de abril de 1999, Ar. 1035, recoge jurisprudencia anterior sobre el plazo de cómputo de los intereses de demora. Afirma que el derecho al abono de los intereses surge *ex lege* en el momento en que se cumplan los requisitos señalados por la Ley. Los efectos de la intimación se limitan al ejercicio de un derecho reconocido por la Ley al contratista, y una vez realizada, sus efectos se retrotraen al plazo fijado, pues opera como

V. Actos, Procedimiento y Contratos

requisito formal que pone en marcha la actuación administrativa y no como condicionante de la constitución en mora (FJ 2º). En el mismo sentido, STS de 30 de marzo de 1999, Ar. 3266, STS 19 de abril 1999, Ar. 3498, STS de 6 de mayo de 1999, Ar. 3691 y STS de 15 de marzo de 1999, Ar. 2898, que, en su FJ 3º, recoge una amplia jurisprudencia sobre esta doctrina.

d) Intereses sobre intereses de demora

Las SSTS de 15 de marzo de 1999, Ar. 2898 y de 7 de abril de 1999, Ar. 1035, recogiendo jurisprudencia reciente, afirman que los intereses devengados sobre los intereses vencidos y líquidos son exigibles desde el momento en que éstos son reclamados judicialmente, en definitiva, desde la fecha de interposición del recurso, calculados sobre la cantidad debida por el principal e intereses vencidos liquidados, y hasta su completo pago. Sobre la necesidad de que los intereses sean líquidos, STS de 4 de mayo de 1999, Ar. 4296, FJ 3º y STS de 30 de marzo de 1999, Ar. 3266.

e) Preeminencia de la legislación de contratos sobre la Ley General Presupuestaria

El Tribunal Supremo viene declarando, y así lo recogen la STS de 7 de abril de 1999, Ar. 1035, la STS de 19 de abril de 1999, Ar. 3498 y la STS de 6 de mayo de 1999, Ar. 3691, que el art. 45 de la LGP debe ceder ante la especialidad de lo dispuesto en la legislación de contratos, cuando se trata del pago de las obligaciones dinerarias de la Administración derivadas de un contrato de obras.

f) Compensación de deuda en caso de quiebra del contratista

En el caso que conoce la Sentencia de 29 de abril de 1999, Ar. 1077, el Tribunal Supremo entiende que la imputación de daños no es propiamente una compensación en sentido jurídico, se trata exclusivamente del cumplimiento de los términos del contrato de obra. Según la jurisprudencia, la Administración puede suspender el pago de la certificación si la obra se realiza defectuosamente y no está obligada a abonar las obras no realizadas, pues el derecho a cobrar deriva del hecho cierto de haberse realizado las obras, y en ningún caso la Administración está obligada a recibir las obras hasta su terminación. Además, la compensación judicial de los daños causados en el incumplimiento contractual, es admitido por la jurisprudencia de la Sala Primera (FJ 2º).

g) Carácter objetivo de la penalización por incumplimiento del plazo de entrega

Entiende el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 11 de mayo de 1999, Ar. 5032, que es procedente penalización económica por incumplimiento en los plazos de ejecución, al margen de si la demora en la entrega es o no imputable al contratista, por entender que responde a una cláusula penal y no a una sanción administrativa. Por tanto, “la efectividad de dicha cláusula no ha de suponer necesariamente la existencia de culpa, al representar la expresión de una responsabilidad económica de carácter económico” (FJ 5º).

h) La “liquidación general” de la obra es equivalente a la liquidación provisional

En la Sentencia de 11 de junio de 1999, Ar. 5495, el Tribunal Supremo considera que la “liquidación general” a que hace referencia un Pliego de Condiciones es equivalente a la liquidación provisional que se establece en el art. 172 del Reglamento General de Contratación, ya que ambas toman en cuenta la obra ejecutada por el contratista y han de verificarse antes de la recepción definitiva (FJ 3°).

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

Esta doctrina ha sido reiteradamente utilizada por el Tribunal Supremo, en aplicación del art. 56 del Reglamento de las Corporaciones Locales, según el cual, “por ningún motivo, ni aun por demora en el pago, podrá el contratista interrumpir el cumplimiento del contrato”.

Esta solución se justifica, como recuerda la STS de 21 de mayo de 1999, Ar. 5011, Sección Tercera, en que:

“la Administración no puede ser privada de un medio indispensable para el cumplimiento de sus fines, ni siquiera por deudas contraídas con quien, por gestionar un servicio público, se encuentra obligado a prestarlo también a favor de aquélla, sin perjuicio de las consecuencias legales que la demora en el pago pueda traer para la Administración contratante, por lo que los intereses de la empresa suministradora quedan a cubierto”.

C) Contrato de consultoría y asistencia técnica. Discrecionalidad técnica en la elección por la Administración de la titulación más apta para ejercer las funciones de “Delegado del consultor”

Tal es la doctrina de la STS de 21 de junio de 1999, Ar. 5482, que recoge la jurisprudencia de la Sala en relación con la determinación del “delegado del consultor” (FJ 2°). Ver número 2 de Justicia Administrativa.

JULIA ORTEGA BERNARDO
MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Administración local. A) Competencias municipales.
 a) Los Ayuntamientos no tienen competencias para reconocer el derecho de los jóvenes vascos a no prestar el servicio militar. B) Segregación de términos municipales.
 a) El interés común prevalece sobre la expansión territorial. C) Otros entes locales.
 a) El Consorcio como entidad local: la Secretaría debe ocuparse por funcionario con habilitación de carácter nacional. D) Impugnación de acuerdos de las Entidades Locales. a) Cómputo del plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo: interrupción por el requerimiento de envío de documentación. E) Servicios de las Corporaciones Locales. a) Las Corporaciones Locales son competentes para autorizar el corte de suministro de agua a los vecinos de una urbanización privada. **3. Colegios profesionales.** A) Competencias de Arquitectos Técnicos y Aparejadores. B) Las reglas dictadas por las Juntas de Gobierno de los Colegios Profesionales son reglamentos corporativos. C) Adscripción de Cuerpos de Profesores a las especialidades propias de la formación profesional específica. **4. Universidad.** A) Legalidad de la homologación de títulos en la Universidad Privada.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

De las sentencias sobre organización administrativa dictadas por el Tribunal Supremo en el segundo y tercer trimestre de 1999 hemos seleccionado algunas que introducen matices interesantes en la doctrina jurisprudencial consolidada sobre competencias municipales, segregación de términos municipales, otros entes locales, servicios de las Corporaciones locales, colegios profesionales y universidades.

2. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Competencias municipales

a) Los Ayuntamientos no tienen competencias para reconocer el derecho de los jóvenes vascos a no prestar el servicio militar

La STS, Sala Tercera, Sección Cuarta, de 1 de junio de 1999, Ar. 4258, resuelve un recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 17 de octubre de 1992, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Arrasate-Mondragón por el que se aprobó una moción de rechazo en relación al derecho de los jóvenes vascos a no prestar el servicio militar.

El Tribunal casa y anula la Sentencia recurrida reiterando la Jurisprudencia establecida en las SSTS de 23 de febrero y de 25 de mayo de 1999, es decir, por apreciar que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco citada incurre en infracción del ordenamiento jurídico cuando declara ajustado a Derecho el acuerdo municipal en el punto que proclama el derecho de los jóvenes vascos a no cumplir el servicio militar,

“ya que esa proclamación va en contra de lo dispuesto en el artículo 30 de la Constitución, que reconoce el derecho-deber de los españoles a defender a España, y dispone que la Ley fijará las obligaciones militares de los españoles, también va en contra de lo dispuesto en la Ley 23/1991, de 20 de noviembre, del Servicio militar y del propio artículo 140 de la Constitución, pues el Ayuntamiento podrá informar y ayudar a los jóvenes vascos en sus obligaciones militares y en el ejercicio de su derecho a la objeción de conciencia, pero no podrá reconocerles un derecho ajeno al ámbito de su competencia que está delimitado en la Constitución y explicitado en la ley y, en fin, porque el Ayuntamiento con esa declaración trata, de definir derechos de terceros, fuera de su ámbito de competencia, en contra de la norma que los regula y al margen de su propia voluntad y decisión de los que personalmente están afectados y obligados por las exigencias de la Constitución, artículo 30” (FJ 4º).

La STS, Sala Tercera, Sección Cuarta, de 7 de junio de 1999, Ar. 4263, resuelve otro recurso de casación reiterando la doctrina jurisprudencial reseñada.

B) Segregación de términos municipales

a) El interés común prevalece sobre la expansión territorial

La STS, Sala Tercera, Sección Tercera, de 10 de junio de 1999, Ar. 4333, resuelve un recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Orgaz contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 4 de julio de 1995, por la que se desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el citado Ayuntamiento con-

VI. Organización Administrativa

tra el Decreto 6/1993, de 9 de febrero, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha por el que se aprobó la segregación de parte del territorio de Orgaz para agregarlo al municipio limítrofe de Sonseca.

El Tribunal Supremo anula la sentencia recurrida y estima el recurso contencioso-administrativo al considerar que falta una justificación razonable de la segregación. El Tribunal entra a analizar los requisitos que exige el art. 7 del TRRL para proceder a la segregación de parte del territorio de un Municipio para agregarlo a otro limítrofe, concretamente, que se dé alguna de estas dos causas: que se confundan sus núcleos urbanos como consecuencia del desarrollo urbanístico o bien, que existan notorios motivos de necesidad o conveniencia económica o administrativa [apartados b) y c) del art.5 del TRRL]. Respecto a la primera causa la Sala concluye que sólo se aprecia respecto un porcentaje de hectáreas mucho menor que aquel que se quiere segregar. Y por lo que respecta al segundo motivo, la Sala argumenta que la expresión “notorios motivos de necesidad o conveniencia económica o administrativa” del art. 5.c) del TRRL constituye un concepto jurídico indeterminado, “cuya aplicación al caso debe hacerla la Administración mediante una razonada concreción de los elementos de hecho, en virtud de los cuales la potestad puede ser ejercitada”. Además, la segregación de municipios “no puede ser una cosa caprichosa o arbitraria, sino que tiene que hallarse plenamente justificada y reducirse a lo imprescindible (...)”, como señaló la STS de 12 de diciembre de 1989, Ar. 9403. En conclusión, “la idea de conveniencia no debe ser aislada de un contexto general y referirla sólo al municipio que va a experimentar un aumento de superficie, pues en ese caso lo normal es que siempre se produzca para él. La conveniencia, por eso, ha de ser para el interés común y no responder a un criterio exclusivamente de expansión, cuando las finalidades que se persiguen pueden ser satisfechas en el propio territorio del municipio que pretende la anexión” FJ 6°.

C) Otros entes locales

a) El Consorcio como entidad local: la Secretaría debe ocuparse por funcionario con habilitación de carácter nacional

La STS, Sala Tercera, Sección Séptima, de 30 de abril de 1999, Ar. 4692, resuelve un recurso de apelación interpuesto por el Principado de Asturias contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 25 de abril de 1992 en la que se estimó el recurso interpuesto por el Colegio Provincial de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local de Asturias declarando la nulidad de los Estatutos del Consorcio para el Servicio de Extinción de Incendios, Salvamentos y Protección Civil del Principado de Asturias en cuanto establecían que el Gerente del Consorcio era miembro de la Junta de Gobierno, con voz y sin voto, y ejercía las funciones de Secretario.

La Sala confirma la Sentencia apelada en cuanto mantiene que el Consorcio es un ente local y, como tal, su Secretaría debe ser ocupada por un funcionario con habilitación de carácter nacional, como exige el apartado 2 del art. 92 de la LBRL.

“El artículo 110.3 del Texto Refundido de 1986 permite a los Estatutos de los Consorcios determinar las particularidades de su régimen orgánico y funcional, pero ello ha de entenderse dentro del cumplimiento de las normas imperativas fijadas por la legislación de régimen local, por lo que no pueden contradecir lo establecido en una norma de ley dotada de dicho carácter” FJ 3º.

La doctrina más interesante se desarrolla cuando la Sala rechaza la argumentación del Principado de Asturias en contra de la consideración de este Consorcio como entidad local, así viene a señalar que:

“la circunstancia de que los Consorcios no vengan incluidos como entidades locales en el artículo 3 de la Ley 7/1985 no impide la caracterización como ente local del Consorcio para el Servicio de Extinción de Incendios, Salvamentos y Protección Civil del Principado de Asturias, ya que la enumeración que verifica el apartado segundo de este precepto no tiene carácter exclusivo”.

El hecho de que el art.110.2 del TRRL no reitere la condición de entidad local del Consorcio que le atribuía el art.107.2 del Texto Articulado Parcial de la Ley 41/1975 se debe a que:

“dada la amplitud de fines que pueden asumir los Consorcios, así como tomando en cuenta que pueden constituirse con Entidades privadas sin ánimo de lucro, posibilidad que no admitía el art.107 del Decreto 3046/1977, el Texto Refundido de 1986 no ha querido caracterizar a todos los Consorcios que puedan constituirse al amparo de su artículo 110 como entidades locales, pero sin negarles tampoco tal consideración, permitiendo que en cada caso, según las circunstancias concurrentes, pueda determinarse si el Consorcio constituido es o no una entidad local, existiendo razones –ya expuestas– para atribuir esta naturaleza al Consorcio para el Servicio de Extinción de Incendios, Salvamentos y Protección Civil del Principado de Asturias”, FJ 3º.

D) Impugnación de acuerdos de las Entidades Locales

a) Cómputo del plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo: interrupción por el requerimiento de envío de documentación

La STS, Sala Tercera, Sección Quinta, de 17 de mayo de 1999, Ar. 3636, resuelve un recurso de casación contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 19 de enero de 1993 que declaró inadmisibile el recurso contencioso-administrativo por extemporáneo. La Sala estima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma al considerar que la Sentencia de instancia ha interpretado erróneamente los artículos 64,65 y 66 de la LBRL, al computar el plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo por la Comunidad Autónoma desde que recibió la comunicación del acuerdo impugnado –(otorgamiento por el Ayuntamiento de Tegueste de una licencia para la construcción de una granja avícola)–, sin admitir que dicho plazo quedase interrumpido por la petición de información requerida por la Comunidad recurrente.

VI. Organización Administrativa

Reiterando la doctrina jurisprudencial establecida en las SSTs de 20 de febrero de 1999, Ar. 1480, de 13 de marzo de 1999, Ar. 2955, y de 16 de abril de 1999, Ar. 4364, la Sala concluye señalando que el requerimiento de envío de documentación posterior a la comunicación del acuerdo local interrumpe el plazo del cómputo de los dos meses para interponer el recurso contencioso-administrativo. Y es más,

“puede decirse que la comunicación del acto sólo es tal, a los efectos de su posible impugnación jurisdiccional, si de la misma resultan los elementos necesarios para formar un criterio respecto a su posible legalidad, y si esto no sucede con la comunicación originariamente remitida sino tan sólo con la recepción de la ampliación de la información solicitada después, puede concluirse que esta última es la verdadera comunicación del acto a que se refiere el artículo 65.3 de la LBRL, por lo que el presente motivo de casación ha de ser estimado”, FJ 2°.

E) Servicios de las Corporaciones Locales

a) Las Corporaciones Locales son competentes para autorizar el corte de suministro de agua a los vecinos de una urbanización privada

La STS de 21 de junio de 1999, Ar. 5375, analiza la cuestión debatida en la litis sobre la competencia o no del Ayuntamiento de Alberique para declararse incompetente para autorizar el corte de suministro de agua a los vecinos de una urbanización privada. El Ayuntamiento otorgó a la empresa actora autorización para el suministro de agua a los vecinos de una Urbanización privada. Habiéndose producido diferencias entre la Comunidad de Propietarios y la empresa suministradora a propósito del pago de los recibos de agua, la empresa solicitó del Ayuntamiento autorización para cortar el agua por falta de pago. El Pleno municipal se declaró incompetente al respecto.

La empresa suministradora interpone recurso contencioso-administrativo contra dicho acuerdo que es estimado por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Contra dicha Sentencia interpone el Ayuntamiento recurso de casación ante el TS.

El Tribunal Supremo rechaza los alegatos esgrimidos por el Ayuntamiento recurrente en casación sobre la base de la aplicación del art. 17 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

El punto de vista de la Corporación recurrente es que, tratándose de un servicio prestado por particulares bajo el régimen de autorización y no existiendo norma imperativa alguna al respecto, el Ayuntamiento carece de potestades y competencias para autorizar el corte de suministro de agua, situación muy distinta de la que se produciría si el otorgamiento municipal se hubiera referido a una concesión administrativa. A tenor de las argumentaciones de la representación letrada del Ayuntamiento el régimen de autorización no conlleva la asunción de las potestades y competencias citadas, por lo que fue conforme a Derecho el acto municipal recurrido ante el Tribunal a quo.

Este argumento de la representación procesal municipal es rechazado por el Alto Tribunal al considerar que nos encontramos ante una autorización de tracto continuo, en virtud de la cual las potestades administrativas no se agotan con la sola emanación del acto de autorización otorgado al particular. El Ayuntamiento no puede desentenderse de la prestación de un servicio tan esencial como el suministro domiciliario de aguas, aunque dicho servicio se encuentre en manos de particulares, según se desprende de lo estipulado en el art. 1.4 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. El complejo de poderes públicos de que es titular el Ayuntamiento mientras se encuentre vigente la autorización de prestación del servicio de suministro de aguas por particulares conforme estipula el Real Decreto 1725/1984, de 18 de julio, supone que el corte de suministro de aguas es de competencia del Organismo Oficial correspondiente. Entiende la Sala que el Organismo competente para autorizar el corte, en su caso, del suministro de aguas, es el propio Ayuntamiento, en cuanto a esta institución pública corresponde la prestación del servicio de suministro de aguas, bien sea mediante servicio público propio, bien sea mediante un servicio prestado por particulares.

3. COLEGIOS PROFESIONALES

A) Competencias de Arquitectos Técnicos y Aparejadores

Las SSTs 14 de junio de 1999, Ar. 5535 y 5536, en virtud de sendos recursos de casación interpuestos por el Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Pontevedra y Orense, respectivamente, estiman las Sentencias de los Tribunales Contencioso-administrativos de Galicia, declarando la nulidad de los actos administrativos recurridos por no haber sido redactado el proyecto por técnico competente.

Los recursos contencioso-administrativos fueron interpuestos en primera instancia contra acuerdos de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Vigo y de Orense, por el Colegio Oficial de Arquitectos de Galicia. Dichos acuerdos concedían Licencias para obras de rehabilitación de un edificio de sótano y para reforma y rehabilitación de un edificio en las ciudades anteriormente citadas, según proyectos aprobados por Arquitectos técnicos.

Lo relativo a las atribuciones permitidas a los Arquitectos técnicos y la naturaleza o entidad de los estudios realizados y superados para obtener su titulación, ha sido objeto de diversas Sentencias de la Sala de nuestro Alto Tribunal, siempre en relación directa con el caso concreto contemplado.

El criterio interpretativo genérico ha sido plasmado en diversas Sentencias del TS y así las Sentencias de 27 de abril y 9 de diciembre de 1993, y 23 de abril de 1999. En el supuesto a que se refiere la primera de dichas sentencias, se trataba de un completo vaciamiento interior del edificio para dotarlo de elementos estructurales nuevos en el interior. En el supuesto a que se refiere la segunda de las sentencias citadas, se trataba de desmontar la

VI. Organización Administrativa

cubierta; sustituir todo el entramado de vigas de madera por un nuevo forjado de hormigón armado. En el supuesto a que se refiere la tercera de las sentencias citadas, se trataba de una obra de reforma afectante a elementos estructurales de servicio, con una nueva configuración interior del edificio. Estas tres resoluciones, entre otras, en relación con temas similares, son las que la Sala ha tenido en cuenta en orden a la delimitación de competencias entre los Colegios Profesionales intervinientes.

Las Sentencias del TS estudiadas conforme con la doctrina legal expuesta y al tratarse, los supuestos de hecho contemplados, de obras de rehabilitación global de interior de un edificio de sótano y el vaciado interior de un edificio a efectos del ulterior levantamiento, y al no tratarse de meras intervenciones parciales, confirman las Sentencias dictadas en primera instancia, anulando los actos administrativos recurridos, al no encontrarse habilitados para la firma de los citados Proyectos los Arquitectos Técnicos.

B) Las reglas dictadas por las Juntas de Gobierno de los Colegios Profesionales son reglamentos corporativos

La STS de 8 de junio de 1999, Ar. 5701, viene a desestimar el recurso de casación interpuesto contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, sobre denegación de inscripción del recurrente en el turno de oficio del Colegio de Abogados.

La Sentencia viene a confirmar la línea jurisprudencial mantenida en los fallos del Alto Tribunal de fecha 8 de mayo de 1990, 22 de noviembre de 1996 y 26 de enero de 1999, relativos al ejercicio de la potestad organizativa que compete a los Colegios, la finalidad jurídica de la regulación dictada por los mismos, y la competencia para dictar la regulación del reparto entre los colegiados de turno de oficio.

En este sentido se pone de relieve en dicha línea jurisprudencial relativa a los Colegios Profesionales que la regulación del reparto entre los colegiados de turno de oficio, corresponde con sujeción a Ley y a las disposiciones generales de rango superior a las Juntas de Gobierno de los Colegios, al establecerle así el artículo 60 del Estatuto General de la Abogacía, ya que las reglas dictadas por las Juntas de Gobierno tienen la consideración de reglamentos corporativos con eficacia imperativa general en el ámbito del Colegio.

En la materia estudiada la regulación dictada por cada Colegio tiene como fin, aparte de la adecuada organización de la actividad, la equitativa distribución de los asuntos y la principal de atender a la necesidad de prestar defensa jurídica a quienes carecen de recursos para litigar. Dicha regulación, producida en el ejercicio de la potestad organizativa que compete al Colegio, se funda no sólo en la Constitución sino en la Ley 2/1974, de 13 de febrero, modificada por la Ley 74/1978, de los Colegios Profesionales, toda vez que dicha Ley encomienda a los mismos, entre sus fines esenciales, la ordenación del ejercicio profesional y tiene eficacia vinculante no sólo para los colegiados, integrados en el subsistema normativo del colegio, sino para el propio colegio que los dicta.

C) Adscripción de Cuerpos de Profesores a las especialidades propias de la formación profesional específica

La STS de 21 de mayo de 1999, Ar. 5588, desestima el recurso de casación interpuesto ante el TS por el Colegio Oficial de Farmacéuticos contra el RD 1635/1995, de 6 de octubre, por el que se adscribe el profesorado de los Cuerpos de Profesores de Enseñanza Secundaria y Profesores técnicos de Formación Profesional a las especialidades propias de la formación profesional específica.

Se alega por el Colegio de Farmacéuticos recurrente la omisión en el procedimiento de elaboración de la audiencia del propio Consejo General exigido por el art. 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, artículo mantenido en vigor según consta en la Sentencia por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, así como por el art. 2.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, asimismo se alega que el mencionado RD impugnado es contrario a determinados preceptos de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, contradicción con las normas con rango de Ley que de producirse determinaría la nulidad del Real Decreto o de los artículos y parte del mismo que incurran en la contradicción.

La Sentencia del TS comentada rechaza las alegaciones esgrimidas por el Colegio recurrente al considerar en cuanto la primera objeción que el RD 1635/1995 se trata de una disposición general dictada en desarrollo de la legislación básica de enseñanza que tiene por objeto la ordenación del sistema educativo, habiéndose dado audiencia al Consejo Escolar del Estado no afectando para nada a las enseñanzas exigidas específicamente para obtener la titulación necesaria para formar parte de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos.

Mantiene el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos que el Real Decreto impugnado ha trastocado la terminología y el sistema de la Ley, definiendo las “enseñanzas” como “familias” y convirtiendo los “ciclos” en “enseñanzas”, alejando a estas enseñanzas de toda relación de conexión con las previstas en la propia LOGSE, vulnerando así su artículo 30.1 En particular afirma en apoyo de su tesis que ninguno de los ciclos formativos que se relacionan dentro del epígrafe de la sanidad en el Anexo I del Real Decreto, que enumera las familias profesionales en que se organiza la formación profesional específica y los ciclos formativos en ellas incluidos (según establece el artículo 1), tiene conexión con las Ciencias de la Naturaleza y de la Salud a que se refiere el artículo 27.3 de la LOGSE al tratar de las enseñanzas de bachillerato.

Este motivo también es rechazado en la Sentencia por el TS.

Las especialidades propias de la formación profesional específica que son objeto de mención por el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, y que se encuentran adscritas a los correspondientes Cuerpos de Profesores por el Real Decreto 1635/1995, se integran dentro de las enseñanzas reguladas por la LOGSE, y, más concretamente de las Ciencias de la Naturaleza y de la Salud, que, como modalidad del bachillerato, establece

VI. Organización Administrativa

el artículo 27.3 del Texto Legal, por lo que debe rechazarse que se haya producido una infracción del artículo 30.1 de la LOGSE.

4. UNIVERSIDAD

A) Legalidad de la homologación de títulos en la Universidad Privada

La STS de 16 de abril de 1999, Ar. 5176, desestimó el recurso de casación interpuesto por el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, contra el RD 737/1997, de 23 de mayo, por el que se homologaban diversos títulos de Estudios Superiores y de Diplomados en la Universidad “Alfonso X El Sabio” de Madrid.

El Colegio recurrente argumentaba que el Real Decreto recurrido adolecía del vicio de nulidad dado que la Administración en la elaboración de dicha disposición no concedió la debida audiencia lo que supuso la vulneración de la Normativa sobre Procedimiento Administrativo y lo estipulado, al respecto, por la Ley de Colegios Profesionales.

La Sala considera que el Real Decreto impugnado lo que hace es homologar, es decir, dar validez a los títulos a los que dicho artículo se refiere de la Universidad “Alfonso X El Sabio” de Madrid, obtenidos conforme a los planes de estudios aprobados. Considera la Sala que la homologación corresponde al Gobierno no siendo preceptivo el dictamen de los Colegios Profesionales.

Se determina que el informe preceptivo, lo exige la norma legal cuando las disposiciones se refieran a las condiciones generales de las funciones profesionales, *ad exemplum*, qué título se requiere para el ejercicio de determinada profesión, o se refiera al régimen de incompatibilidades con otras profesiones, o al régimen de honorarios cuando para la determinación de los mismos rijan tarifas o aranceles. A nada de esto se refiere el Real Decreto impugnado.

La jurisprudencia consolidada, al respecto, pone de manifiesto que la exigibilidad de dicho trámite está en relación con una serie de conceptos jurídicos indeterminados que operan positiva o negativamente, de suerte que sólo es preceptivo el informe cuando la disposición en elaboración pueda afectar, realmente, directa y seriamente –dice la jurisprudencia– a los intereses de los administrados. Pues bien, el ejercicio por la Administración de su potestad de homologación de los títulos, de la Universidad “Alfonso X El Sabio”, para nada afecta a los intereses específicos de los colegiados en el colegio recurrente.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

EVA NIETO GARRIDO

PEDRO ANTONIO MARTÍN PÉREZ

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**Sumario:**

1. Concepto de sanción. A) Actos que no constituyen sanción. **2. Reserva de ley y tipicidad.** A) Reserva de ley y reglamentos. B) Principio de tipicidad. **3. Elementos subjetivos de las infracciones. Culpabilidad.** A) Necesidad de culpabilidad. Concepto. Relajación o relativización de su exigencia. B) Falta de culpabilidad por interpretación razonable, aunque equivocada, de las normas. C) Falta de culpa por error inducido por la Administración: buena fe o confianza legítima. D) Extensión y contenido del deber de diligencia según la actividad que realice el sujeto. E) Sujetos responsables y personalidad de las sanciones. **4. Concurrencia de infracciones frente a la prohibición de doble sanción.** A) Concurso de infracciones: concurso real y medial. B) Infracción continuada. C) Non bis in idem. D) El non bis in idem en las relaciones especiales de sujeción. E) Non bis in idem: "vertiente procedimental". **5. Competencia sancionadora.** A) Diversidad de órganos competentes con relación jerárquica. B) En vía de recurso. **6. Procedimiento sancionador.** A) Falta de legitimación del denunciante. B) Omisión de la comunicación a los afectados de la designación del instructor. C) Notificación de la propuesta de resolución y audiencia: indefensión real. D) Duración y caducidad del procedimiento. E) Resolución sancionadora: motivación. **7. En especial, la prueba.** A) Necesidad de práctica de prueba. Valor invalidante o no de su omisión. B) Valor de las actas de inspección y de las denuncias de agentes de la autoridad y de quienes no lo son. C) Admisión de prueba indiciaria. **8. Extensión de la sanción procedente en cada caso. Discrecionalidad y proporcionalidad; agravantes y atenuantes. 9. Extinción de la responsabilidad por prescripción.** A) Prescripción de una infracción continuada. B) Prescripción de la infracción durante la tramitación del procedimiento. Diferencia con caducidad. **10. Control contencioso-administrativo: cambio de motivación o de fundamento del acto sancionador. Conversión.**

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

A) Actos que no constituyen sanción

– La obligación de reponer los terrenos forestales a la situación anterior a su roturación ilegal, y ello a pesar de que el Reglamento de Montes la califica expresamente como sanción –STS de 22 de abril de 1999, Sección Cuarta (Ar. 4179)–.

– La orden de reajuste contable efectuada por la Secretaría General de la Seguridad Social a una Mutua Patronal, como consecuencia de la aprobación de una auditoría practicada –STS de 15 de febrero de 1999, Sección Cuarta (Ar. 916)–.

– La imposición de la obligación de reparar o reponer las cosas a su estado primitivo por la extracción de áridos en dominio público, aunque la sanción haya prescrito –STS de 25 de febrero de 1999, Sección Tercera (Ar. 1769)–.

– La extinción o cancelación de la autorización de explotación de máquinas recreativas por incumplimiento de las condiciones o requisitos exigidos por la normativa aplicable –STS de 29 de enero de 1999, Sección Primera (Ar. 2276)–.

– La prohibición de regar impuesta por una Comunidad de Regantes a los morosos –STS de 25 de marzo de 1999, Sección Tercera (Ar. 2295)–. Se trata de la mera consecuencia de un incumplimiento de obligaciones.

– La obligación de ejecutar las obras de subsanación de deficiencias en Viviendas de Protección Oficial, pues aunque ésta se incluya en la misma resolución en la que se establezca una sanción –que se considera prescrita–, “se trata de una potestad independiente de la sancionadora, sometida a un régimen distinto, más próximo al contractual que al de policía” –STS de 6 de mayo de 1999, Sección Tercera (Ar. 3448)–. En parecidos términos, las SSTS de 25 y 27 de mayo de 1999, Sección Tercera (Ar. 3945 y 3953).

– La rescisión de un contrato administrativo por incumplimiento de diversas cláusulas –STS de 5 de abril de 1999, Sección Séptima (Ar. 3737)–.

– La orden de demolición de obras clandestinas, dictada de conformidad con la legislación de carreteras –STS de 20 de abril de 1999, Sección Tercera (Ar. 2720)–.

– Las medidas provisionales, aunque se acuerden en un procedimiento sancionador –STS de 30 de marzo de 1999, Sección Cuarta (Ar. 2853)–.

– El acuerdo de cierre inmediato de un establecimiento que no reúne condiciones de seguridad –STS de 20 de mayo de 1999, Sección Tercera (Ar. 4159)–.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

– Un recargo tributario que supera el equivalente a una infracción administrativa simple y que no se corresponde con la cuantía que le correspondería pagar al sujeto pasivo en concepto de intereses de demora (STSJ de Cataluña de 25 de marzo de 1999, Ar. 581). En consecuencia, se anula el recargo impugnado por adoptarse de forma automática, sin haberse seguido expediente alguno.

2. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) Reserva de ley y reglamentos

En la STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 12 de marzo de 1999 (Ar. 688) se analiza una ley autonómica que remite al reglamento la calificación de las infracciones que establece, como muy graves, graves, menos graves y leves. El Tribunal considera que:

“la predeterminación legal de las sanciones que correspondan a las infracciones tipificadas en la Ley está, ciertamente, en entredicho, pues la calificación de la infracción, que se remite al Reglamento, determina la sanción que corresponderá a la misma. La indicación de criterios que deberá seguir el Reglamento en la calificación de las infracciones, no es suficiente a los efectos de cumplir con el contenido esencial de la reserva de ley en materia sancionadora, que como queda dicho exige que la Ley determine las infracciones y las sanciones correlativas.”

B) Principio de tipicidad

La STS de 15 de febrero de 1999, Sección Tercera (Ar. 2279), muy acertadamente, destaca el hecho de que el incumplimiento de cualquier prohibición no se traduce automáticamente en una infracción, si tal actuación no está así expresamente tipificada, “pues no siempre la eficacia coercitiva de un mandato incumplido o de una prohibición no respetada determina una infracción sancionable, sustituida bien por una ejecución forzosa o por la inoperancia de lo realizado en contra de la prohibición”.

La STC 133/1999, de 15 de julio de 1999, recurso de amparo, sobre la base de que la frontera que demarca la norma sancionadora es ineludiblemente borrosa, exige una mayor intensidad en el respeto del órgano administrativo sancionador al irrenunciable postulado del art. 25.1 CE. En esta línea, la STS de 15 de febrero de 1999, Sección Cuarta (Ar. 1812), analiza si una infracción del siguiente tenor literal –contenida en el Real Decreto 1907/1996, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria– es respetuosa con el principio de tipicidad “Y, en general (la publicidad o actividades publicitarias) que atribuyan efectos preventivos o terapéuticos específicos que no estén respaldados por suficientes pruebas técnicas o científicas acreditadas y expresamente reconocidas por la Administración sanitaria del Estado”. El Tribunal admite la corrección de tal precepto, tras recordar que “las exigencias dimanantes de dichos principios de tipicidad y seguridad jurídica son compatibles con el empleo de cláusulas normativas necesitadas de complementación judicial (...), (y) no vedan, ni siquiera en el ámbito prohibitivo o sancionador, el empleo de conceptos jurídicos indeterminados siempre que su concreción sea factible en virtud de cri-

terios lógicos, técnicos o de experiencia, de manera que permitan prever, con suficiente seguridad la naturaleza y las características esenciales de las conductas prohibidas”.

3. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

A) Necesidad de culpabilidad. Concepto. Relajación o relativización de su exigencia

Numerosas Sentencias insisten en que la culpabilidad es elemento necesario de la infracción administrativa. Interés general presenta a este respecto las SSTS de 1 de marzo y 12 de abril de 1999, Sección Cuarta (Ar. 2128 y 2811); o la STS de 17 de mayo de 1999, Sección Tercera (Ar. 4147) que anula la sanción a una entidad financiera por “exceso de concentración de riesgos” ya que no fue “libre y espontáneamente decidida por la actora, sino como una medida adoptada en el seno de un procedimiento concursal (...) tratando de salvar en la medida de lo posible un crédito dudoso”. Tal vez en este caso no había ni siquiera voluntariedad ni, por tanto, acción propiamente dicha.

En algún caso se concreta el significado de la culpabilidad. La STS de 27 de mayo de 1999, Sección Tercera (Ar. 4504) se refiere al “reproche que se hace a una persona porque ésta debió haber actuado de modo distinto a como lo hizo” ya que “la norma que tipifica infracciones y las sanciona no exige nunca comportamientos imposibles”. La misma idea de exigibilidad de otra conducta aparece en la STS de 5 de febrero de 1999, Sección Tercera (Ar. 1824), en la que, sin embargo, se apunta una confusa relajación de la exigencia de culpabilidad en comparación con el Derecho Penal:

“Pero hay que precisar –así lo hace la doctrina científica– que la culpabilidad exigible en las infracciones administrativas lo es en distintos términos que en el Derecho Penal, porque frente a lo limitado de los ilícitos penales, en el Derecho Administrativo sancionador, el repertorio de ilícitos es inagotable, y no puede sistematizarse la interpretación de dicho concepto, ni exigirse a la persona el conocimiento de todo lo ilícito. Si se hiciera así, el Derecho Administrativo sancionador no existiría. Al movernos en el campo del Derecho Administrativo sancionador, debemos tener en cuenta que las normas –el ordenamiento jurídico– protege los intereses públicos, que han de situarse frente a las situaciones objetivas en que quede reflejada la infracción administrativa, porque las circunstancias objetivas concurrentes son relevantes”.

De otra parte, se observa una cierta tendencia a suponer la concurrencia de culpa ante la simple producción del resultado ilícito –SSTS de 12 y 26 de abril de 1999, Sección Cuarta (Ar. 2810 y 4181) y de 27 de mayo de 1999, Sección Tercera (Ar. 4504)–.

B) Falta de culpabilidad por interpretación razonable, aunque equivocada, de las normas

Como ya es habitual, la STS de 30 de marzo de 1999, Sección Segunda (Ar. 2962), entre otras, reitera, ante supuestas infracciones tributarias, la doctrina según la cual no son san-

VII. Derecho Administrativo Sancionador

cionables por falta de culpabilidad las cometidas sin ocultación y por una interpretación razonable, aunque equivocada, de las normas. La novedad, si acaso, está en la extensión de esta misma jurisprudencia fuera del ámbito tributario que realiza la STS de 3 de junio de 1999, Sección Tercera (Ar. 4229): se había sancionado por cobrar precios superiores a los permitidos para viviendas de protección oficial. La sentencia anula la sanción porque la infracción se debe a un error de cálculo y a una interpretación razonable de las normas.

C) Falta de culpa por error inducido por la Administración: buena fe o confianza legítima

En la STSJ de Cantabria de 3 de marzo de 1999 (Ar. 563), por ejemplo, se valora el previo sobreseimiento de otro expediente sancionador incoado al mismo sujeto por una conducta similar a la ahora reprimida, “decisión que (...) efectivamente genera en la recurrente la *legítima confianza* de su actuación conforme a la ley”. En la misma línea, la STSJ de Andalucía/Granada de 2 de marzo de 1999 (Ar. 679) anula la sanción impuesta por la construcción de una pista forestal en un espacio natural protegido sin autorización administrativa porque los sancionados creyeron haberla obtenido por silencio positivo a lo que contribuyó la Administración con su conducta, no sólo pasiva, sino desconcertante. Similar doctrina late en la STSJ de Galicia de 22 de marzo de 1999 (Ar. 689), aunque en este caso fue, no la Administración, sino un Colegio Profesional quien generó el error.

D) Extensión y contenido del deber de diligencia según la actividad que realice el sujeto

Los fabricantes tienen un deber de diligencia amplio que deja escaso margen para el error exculpante. Así, la STS de 20 de abril de 1999, Sección Tercera (Ar. 4174), confirma la sanción impuesta a una conservera por tener una partida de aceite de soja que, sin embargo, se presentaba como de oliva. Alegada la ignorancia sobre la verdadera naturaleza del aceite comprado a otra empresa, el TS entiende que sí hay “negligencia (...) al no analizar la pureza de las materias primas (...) pues, cualquiera que fuese el origen y la naturaleza de tal partida, la empresa, antes de ponerla en disposición de utilizarla en el proceso de producción, estaba obligada a analizarla y a comprobar la concordancia entre lo que aparecía en la etiqueta y la realidad del producto a fin de evitar que, continuado el proceso, al particular se le ofreciera aceite de soja bajo la etiqueta de aceite de oliva refinado”. Igualmente, la STS de 2 de marzo de 1999, Sección Cuarta (Ar. 2129) mantiene la sanción porque “para que pudiera desvanecerse la responsabilidad a título de culpa tendrá que estar acreditado que se adoptaron todo género de cautelas y medidas de control y diligencia en orden al pesaje de las distintas unidades que fueron objeto de comprobación”. Similares son dos SSTs de 23 de marzo de 1999, Sección Cuarta (Ar. 2457 y 2458).

Riguroso es también el deber de diligencia de los administradores de entidades de crédito como demuestra la STS de 7 de abril de 1999, Sección Tercera (Ar. 3066): “la posición activa, en unos casos, y omisiva, en otros, de los vocales del consejo de administración (...) pone de manifiesto, en principio, su culpabilidad, a título de culpa, si no de dolo. Los componentes del supremo órgano gestor de una entidad bancaria, no pueden alegar ignorancia en el cumplimiento de obligaciones que les vienen impuestas legalmente, máxime si se tienen presente los especiales requisitos de experiencia y conocimiento profesional que deben poseer, siéndoles exigible, como parte de sus funciones

libremente asumidas, un deber de vigilancia y control sobre la actividad de la entidad que dirigen y sobre su situación financiera”.

Aunque el deber de diligencia, incluida su vertiente de saber y de informarse, no sea tan amplio en otros casos, al menos es suficiente para responder por el incumplimiento de las obligaciones que a cada sujeto impone el ordenamiento. Ilustrativa es la **STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de febrero de 1999** (Ar. 673): “el actor no puede escudarse como se pretende hacer en la demanda en que, por su profesión –agricultor–, no está habituado a manejar números ni nombres técnicos como IVA, cuota devengada o cuota soportada. Resulta claro que como titular de una actividad agrícola que acarrea la obligación de presentar declaración del IVA le es exigible conocer la normativa del impuesto en cuanto afecta a su obligación de declarar, y no hacerlo entraña una ostensible falta de diligencia que integra el elemento culpabilístico”.

E) Sujetos responsables y personalidad de las sanciones

Se aplica el principio de personalidad de las sanciones en la **STSJ de Murcia, de 23 de abril de 1999** (Ar. 906), ante la sanción al propietario de un barco por pescar a una profundidad inferior a la permitida: no hay culpabilidad del sancionado al no ser responsable de la infracción ni en concepto de autor ni en ningún otro y “*sólo aquel que ha participado en los hechos puede responder penalmente de los mismos*; no bastando, por consiguiente, con ser el propietario del buque, si no se han dado órdenes o instrucciones expresas encaminadas a la comisión de los actos constitutivos de infracción”. Pero la sentencia admite que “por ley se disponga otra cosa”. Igualmente, y en la misma línea recogida en otras crónicas, la **STSJ de Extremadura de 25 de marzo de 1999** (Ar. 674), anula la sanción impuesta a una empresa que está realizando un pozo, pues el responsable es el propietario del terreno que carecía de autorización.

Sugerente, aunque discutible, es la **STSJ de Murcia de 3 de marzo de 1999** (Ar. 707) según la cual responde la empresa por una infracción de obstrucción a la labor inspectora llevada a cabo por el padre del gerente pues la “pertenencia al ámbito organizativo de la empresa se patentiza por los actos de quien atendió a los funcionarios, como el abrirles la puerta a través del fonopuerta varios minutos después de que aquéllos se identificaran; o el recibirles como gerente, etc.”

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

A) Concurso de infracciones: concurso real y medial

La **STSJ de Asturias de 6 de abril de 1999** (Ar. 910), ante las alegaciones de los recurrentes de constituir una única infracción y a pesar de la relación existente entre las conductas sancionadas, opta por considerar que se trata de infracciones autónomas: el haci-

VII. Derecho Administrativo Sancionador

namiento en la residencia de ancianos a que se refiere la primera infracción constituye un incumplimiento de la autorización administrativa concedida y también un incumplimiento de los requisitos de superficie y dotación de las habitaciones para cada residente establecidos en la norma reglamentaria aplicable, “siendo este hecho una infracción autónoma”. También: “es lo cierto que el hecho de haber presentado el Plan de Emergencia contra incendios es infracción autónoma (...), independiente del hecho de no señalar las vías de evacuación”.

En relación con el concurso medial de infracciones, la STS de 20 de mayo de 1999, Sección Tercera (Ar. 4158), con carácter general, establece que:

“Debe observarse que el art. 4.4 del RD 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, exige, para la aplicación del concurso medial, una necesaria derivación de unas infracciones respecto de las demás y viceversa, por lo que es indispensable que las unas no puedan cometerse sin ejecutar las otras.”

En el caso concreto –sanción por una infracción de simulación de transferencias y por otra de irregularidades contables–, la sentencia aprecia que no se cumple tal exigencia “pues las infracciones tienen una naturaleza autónoma, ya que para la consumación de la primera no se requiere la práctica de irregularidades contables, que si además se lleva a cabo genera una nueva infracción, que no constituye un medio para cometer aquella (que) puede ejecutarse sin ningún tipo de constatación en los libros de cuentas”. Igualmente, la STS de 17 de mayo de 1999, Sección Tercera (Ar. 4147), en relación con las conductas de irregularidades contables y concentración de riesgos, afirma que “se trata de infracciones que (...) gozan de autonomía (...), (pues) cabe concentrar los riesgos expresando la operación en términos contablemente correctos o cabe hacerlo –como aquí ocurrió– sumando a un hecho ya sancionable otro igualmente sancionable”.

B) Infracción continuada

La STS de 12 de marzo de 1999, Sección Séptima (Ar. 3729), en relación con la actuación irregular de una sociedad de bolsa, señala que “las tres simulaciones detectadas, puesto que responden a una misma finalidad, no se sancionan como tres infracciones independientes, sino como una única simulación de transferencia continuada en el tiempo, apreciando las circunstancias de gravedad que concurren en el caso”.

C) Non bis in idem

La STS de 7 de abril de 1999, Sección Tercera (Ar. 3067), anula la sanción por obstrucción a la labor inspectora impuesta a quien, por los mismos o casi los mismos hechos, había sido condenado penalmente por delito de atentado a funcionario público. Para la Sentencia, en ambos ilícitos el “interés jurídico protegido es idéntico: proteger el recto ejercicio de las funciones públicas”. En el “caso de autos –razona la sentencia– la obstrucción a la actuación inspectora quedó subsumida en el delito de atentado” y aunque quizá pudieran distinguirse los hechos reprimidos por el delito y la infracción, sólo exis-

tió “una actuación unitaria sin discontinuidad temporal”. Por otra parte, justifica la preferente aplicación de la norma penal, “no en el carácter más o menos preferente de la Ley Penal”, sino en el “principio de especialidad” puesto que la norma penal “de modo más específico prevé ciertos supuestos cualificados –por razón del uso de la fuerza– de obstrucción”.

D) El *non bis in idem* en las relaciones especiales de sujeción

La STS de 12 de marzo de 1999, Sección Séptima (Ar. 3729), recuerda la jurisprudencia constitucional que afirma “la ausencia de vulneración del principio de legalidad en las relaciones de sujeción especial, puesto que la doctrina que prohíbe la duplicidad de sanción administrativa y penal respecto de los mismos hechos, se exceptúa únicamente en los supuestos en los que la potestad sancionadora de la Administración deriva de una relación de supremacía especial y se basa en un fundamento distinto del genérico *ius puniendi* del Estado”.

E) *Non bis in idem*: “vertiente procedimental”

La STS de 20 de mayo de 1999, Sección Tercera (Ar. 4158), reitera “el principio *non bis in idem* en su aspecto procedimental que prohíbe el enjuiciamiento simultáneo de unos mismos hechos en dos procedimientos diferentes” y en cuya virtud procede anular las sanciones impuestas por hechos de los que se está conociendo en un proceso penal. En el caso, ello supuso sólo la anulación de una de las sanciones impuestas por una de las infracciones declaradas, no de las restantes, con “retroacción de las actuaciones administrativas, exclusivamente en cuanto a dicha sanción, al momento inmediatamente anterior a su imposición, con el fin de que la Administración, una vez se haya pronunciado Sentencia firme por los Tribunales de Justicia en el proceso penal (...), pueda dictar al respecto la resolución que estime pertinente”. En términos parecidos, la STS de 12 de marzo de 1999, Sección Séptima (Ar. 3729).

5. COMPETENCIA SANCIONADORA

A) Diversidad de órganos competentes con relación jerárquica

Cuando procede imponer varias sanciones a diferentes personas y entidades, siendo la competencia, en principio, de distintos órganos subordinados jerárquicamente, la STS de 20 de mayo de 1999, Sección Tercera (Ar. 4158), admite que puede hacerse todo ello en un único procedimiento y una única resolución, pasando la competencia al órgano superior con competencia para imponer la sanción más grave. En el caso enjuiciado, ello justifica que el Consejo de Ministros, que era el competente para imponer la sanción de revocación de una autorización de entidad financiera, impusiera también las multas a los administradores de tal entidad aunque eso, según la Ley, corresponde al Ministro de Economía.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

B) En vía de recurso

La STS de 9 de febrero de 1999, Sección Sexta (Ar. 1784), en un recurso de casación en interés de la ley, admite la delegación de la resolución de los recursos administrativos contra sanciones. En esta misma línea, las SSTSJ de La Rioja de 5 y de 25 de marzo de 1999 (Ar. 543 y 704).

6. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) Falta de legitimación del denunciante

Se reitera la restrictiva doctrina de la legitimación del denunciante ante supuestas infracciones de Jueces, doctrina que a la postre conduce indefectiblemente a negar tal legitimación (SSTS de 8 y 17 de febrero y de 18 de marzo de 1999, Sección Séptima (Ar. 2034, 2234 y 2903). Y además se extiende y radicaliza en otros campos. Así, la STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de marzo de 1999, (Ar. 550), para la responsabilidad disciplinaria de Letrados examinada por los respectivos Colegios o por el Consejo General de la Abogacía: a) La facultad de denunciar un hecho perseguible de oficio por la Administración no concede al denunciante la condición de parte interesada, ni la posibilidad por tanto de recurrir, incluso cuando (...) el hecho ha causado o puede haber causado un perjuicio directo al denunciante; b) El ejercicio de acciones disciplinarias sólo concluye en su caso con la imposición de una sanción al denunciado, pero no con la reparación material al denunciante, ni en el sentido de una indemnización ni en el de la revocación de la actuación jurisdiccional realizada; c) El mero interés moral que, por tanto, resta al denunciante, de que se sancione al denunciado, no es suficiente para fundamentar su legitimación. Para colmo, a ello no obsta el que la administración colegial reconociera legitimación al actor para recurrir en vía de recurso ordinario, ni el que se ofreciera al actor, en la notificación de la resolución del mismo, la posibilidad de interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo.

B) Omisión de la comunicación a los afectados de la designación del instructor

En una línea muy formalista, que parece separarse de otra línea jurisprudencial de la que hemos dado cuenta en crónicas anteriores, para la STSJ de La Rioja de 8 de abril de 1999 (Ar. 900), como no se comunicó a los interesados la designación del instructor, “la Administración demandada no observó las garantías que la Ley exige ofrecer a los interesados en defensa de sus derechos, entre las que se encuentra la de poder recusar al funcionario instructor (...). Y como no consta que la interesada haya llegado a tener conocimiento de la identidad del funcionario que actuó como instructor, ni la Administración subsanó el defecto, pese a habersele expresamente denunciado y exigido, y siendo cierto que la actuación de calificación y propuesta desplegada por aquel desconocido funcionario ha podido tener relevancia, bien en la imposición de la sanción, bien en la cuantificación de la multa, resulta procedente apreciar como invalidante el defecto denunciado”.

C) Notificación de la propuesta de resolución y audiencia: indefensión real

Varias sentencias destacan el carácter fundamental de la notificación de la propuesta de resolución que se considera el cauce ordinario para la efectividad del derecho a ser informado de la acusación y cuya falta produce la nulidad con retroacción del expediente al momento en que se omitió (SSTS de 19, 22, y 28 (dos) de abril y 24 de mayo de 1999, Sección Tercera, Ar. 2718, 3433, 3300, 3301 y 3909; así como STSJ de Baleares de 26 de marzo de 1999, Ar. 575, STSJ de Navarra de 23 de abril de 1999, Ar. 1075, y STSJ de Murcia de 8 de abril de 1999, Ar. 1068). Con todo, no es infrecuente que la invalidez se haga depender de la real producción de una indefensión material: “de haberse omitido tal trámite (notificación y audiencia) sólo se habría determinado una nulidad de actuaciones si, efectivamente, se hubiera llegado a producir indefensión” pues “no toda infracción procedimental lleva consigo una indefensión en sentido jurídico constitucional” (STS de 22 de marzo de 1999, Sección Séptima –Ar. 3022–). Clarificadoras son a este respecto las SSTS de 22 de abril, 25 y 26 de mayo de 1999, Sección Tercera (Ar. 3432, 3949 y 4162):

“El derecho a ser informado de la acusación, que con la categoría de fundamental se garantiza en el art. 24.2 CE, se satisface normalmente en el procedimiento administrativo sancionador a través de la notificación de la propuesta de resolución, pues es en ésta 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 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.”

En los supuestos enjuiciados se entiende que la previa notificación del pliego de cargos no fue suficiente pues “no informaba de la sanción en concreto –y sí meramente en abstracto– con que la conducta podía ser sancionada”, de manera que no cubre las exigencias de la propuesta de resolución ni suple su falta que por ello conduce a la nulidad de la sanción impuesta.

D) Duración y caducidad del procedimiento

Según la STS de 30 de marzo de 1999, Sección Cuarta (Ar. 2853), “la supuesta violación del art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas (...) es fundamentalmente predicable de la indebida demora, más allá de un plazo razonable, en el curso de un procedimiento judicial y no de la actuación de un órgano dependiente del Poder Ejecutivo”, como es el caso del procedimiento administrativo sancionador que se enjuiciaba. De manera que la excesiva duración no tiene más consecuencia que la de la caducidad.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

Ya en este terreno, la **STS de 30 de marzo de 1999**, Sección Cuarta (Ar. 2853) declara que si en un mismo procedimiento se conoce de varias infracciones, no puede estimarse la caducidad respecto de unas si no se ha producido respecto a las otras. En concreto, unas requerían la toma de muestras y su análisis, sólo tras lo cual empieza a contar el plazo de caducidad. Las otras no requerían tales diligencias. Pero “al contrario de lo que ocurre en el caso de infracciones sometidas a diferentes plazos de prescripción cuya persecución se acumule en un solo procedimiento, no es posible escindir las actuaciones de investigación de la pluralidad de supuestos objeto de expediente a los efectos de cómputo del plazo de caducidad”.

E) Resolución sancionadora: motivación

Diversas sentencias insisten en el deber de motivación de las resoluciones sancionadoras: “el deber de motivación tiene incluso una dimensión constitucional, siendo el derecho a la motivación de las resoluciones administrativas sancionadoras un *derecho instrumental* a través del cual se consigue la plena realización de las garantías constitucionales aplicables al procedimiento administrativo sancionador” –**STSJ de Cantabria de 11 de marzo de 1999** (Ar. 694)–. Pero, aunque se cumplan las exigencias constitucionales, la motivación puede ser insuficiente para la legalidad ordinaria y comportar efectos invalidantes: por ello “la Sala debe decidir acerca de si el acto administrativo recurrido infringe o no el deber legal de motivación, no (sólo) si la infracción constatada implica o no vulneración del artículo 24” de la CE.

A veces, se concretan los aspectos específicos que ha de contener la motivación. Prácticamente todos ellos faltaban en la resolución anulada por la **STSJ de Madrid de 15 de abril de 1999** (Ar. 618): “la resolución sancionadora no contiene ninguna mención que ilustre sobre los hechos determinantes de la sanción; tampoco contiene dato alguna que permita calibrar el grado de culpabilidad del sujeto pasivo respecto de la infracción que se le imputa; y, en fin, no ofrece explicación alguna acerca del modo concreto en que se aplicaron los criterios de graduación de la sanción a los que genéricamente hace referencia”. En la **STSJ de Canarias/Las Palmas de 9 de abril de 1999** (Ar. 891) se reitera la doctrina constitucional que “incluye dentro del deber de motivación de las resoluciones sancionadoras los razonamiento que exija el imperio del principio de tipicidad, exigiendo que en ellas se explique con la suficiente amplitud por qué la acción u omisión de que se trate es subsumible en el tipo escogido, lo que supone, evidentemente, que se exponga cuál sea ese tipo”, sin que sea suficiente la cita de un artículo –el 34 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios– sin especificar en cuál de sus nueve apartados –cada uno de los cuales contiene a su vez varios tipos– se incardina la conducta sancionada.

También deben ser objeto específico de motivación los criterios determinantes de la sanción y de la concreta extensión en que se imponga, sobre todo si no se ha optado por el mínimo, aspecto formal este que se relaciona con la discrecionalidad que se reconoce a la Administración dentro de los márgenes mínimo y máximo fijados legalmente (vid. núm 18).

7. EN ESPECIAL, LA PRUEBA

A) Necesidad de práctica de prueba. Valor invalidante o no de su omisión

Varias Sentencias insisten en la necesidad de práctica de prueba y en la consecuencia invalidante de su omisión. Por ejemplo, la **STSJ de Baleares de 13 de abril de 1999** (Ar. 882) precisa, incluso, que serían los artículos 62.1.a) y 63.1 de la Ley 30/1992 los que, según los casos, justificarán la nulidad o la anulabilidad. Esto no es incompatible con las aclaraciones que hace la **STS de 12 de abril de 1999**, Sección Cuarta (Ar. 2811): “La relevancia de la omisión denunciada (falta de práctica de prueba) (...) está en función de la necesidad de la prueba para acreditar los hechos que son objeto de imputación, esto es, en razón de su pertinencia, y de que haya mediado solicitud por quien pretende valerse del medio probatorio omitido”. Como, por una parte, “la actuación inspectora reflejada en la correspondiente acta tiene valor probatorio documental y tal medio de prueba es susceptible de servir para desvirtuar la presunción de inocencia”, y, por otra parte, “no se señala por la actora una diligencia probatoria pertinente que, habiéndose propuesto oportunamente en el expediente, no haya sido practicada”, no se observa vulneración alguna por la Administración.

Pero junto a esta jurisprudencia, hay también manifestaciones de aquella otra, más discutible, que exige una indefensión real y que admite que estos defectos procedimentales pueden no suponer la invalidez si en los recursos posteriores se ha podido practicar la prueba pertinente:

“Si bien es cierto que durante la sustanciación del procedimiento sancionador se ha originado indefensión en el demandante al no resolverse la solicitud de recibimiento a prueba en su momento efectuada, de forma debidamente motivada, lo es también, el hecho de que esta situación de indefensión ha podido ser subsanada en esta vía jurisdiccional en la que el actor ha tenido la oportunidad de proponer y, en su caso, practicar cualesquiera de las pruebas que fueran interesantes para la defensa de sus pretensiones.” –**STSJ de la La Rioja, de 25 de marzo de 1999, (Ar. 704)**–.

B) Valor de las actas de inspección y de las denuncias de agentes de la autoridad y de quienes no lo son

Como se desprende de la antes citada **STS de 12 de abril de 1999** (Ar. 2811), es prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia el acta de inspección, aunque ésta no se practica en el procedimiento sancionador. En ese sentido, la **STSJ de Castilla-La Mancha, de 4 de marzo de 1999** (Ar. 551), la considera “prueba preconstituida” en ciertas condiciones –“(...) que expedidas por funcionarios imparciales y posibilidad de contradicción recojan fielmente hechos irrepetibles (...)”–.

En relación con las denuncias formuladas por los agentes de la autoridad en las materias objeto de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, la **STSJ de Cantabria de 2 de marzo de 1999** (Ar. 691) afirma:

VII. Derecho Administrativo Sancionador

“1) las informaciones –normalmente la denuncia, inspección o atestado– deben ser facilitadas por los propios agentes de la autoridad o funcionarios que hayan presenciado directamente los hechos, no por otros (como por ejemplo, la autoridad de la que dependan, que no los presenció). Estos agentes o funcionarios deben venir perfectamente identificados por su nombre o por número (...), de manera que se conozca directamente quiénes son y puedan ser citados ulteriormente en el procedimiento administrativo o, en su caso, en el judicial; 2) Si los hechos son negados (...), deberán ser ratificadas aquellas denuncias por los mismos agentes que las suscribieron. Podría ser aceptable, en cambio, que una denuncia fuera ratificada por no todos, sino algunos de los intervinientes. Lo que no cabe es una ratificación –que no sería tal– de persona distinta de los agentes presenciadores de los hechos; 3) Los hechos ratificados pueden constituir la base suficiente para la sanción, es decir, que tienen reconocido un valor de prueba, pero sólo en relación con el hecho mismo, no con valoraciones o interpretaciones jurídicas (...); 4) (...); 5) Esta validez de prueba no es absoluta. Es una prueba más, que puede concurrir con otras de cargo o de descargo, debiendo valorar el órgano sancionador unas y otras conjuntamente. Si es la única prueba, puede ser suficiente para sancionar, pero si hay otras contrarias a tales hechos deberá apreciarlas el órgano correspondiente (...)”.

El incumplimiento de estos requisitos y la carencia de otros medios probatorios, origina la anulación de la sanción impuesta: así, **STSJ de Extremadura de 5 de marzo de 1999** (Ar. 672), **STSJ de Baleares de 29 de abril de 1999** (Ar. 879: la denuncia no consta en el expediente, sino de forma indirecta por la reseña que efectúa el Jefe Superior de Policía y además los agentes no se ratificaron), **STSJ de Cantabria de 13 de abril de 1999** (Ar. 914: ratificación por dos agentes no identificados sin que conste que fueran los mismos que presenciaron los hechos).

Respecto a las denuncias de controladores de estacionamientos, la **STSJ de Cantabria de 15 de marzo de 1999** (Ar. 564) reitera que ese tipo de personal “no tiene la consideración de Agente de la Autoridad y, por ello, su simple denuncia equivale a la denuncia de un particular y, al no ser adverbada por pruebas posteriores, no tiene fuerza suficiente para acreditar los hechos denunciados”.

C) Admisión de prueba indiciaria

La **STS de 28 de mayo de 1999**, Sección Tercera (Ar. 4227), admite la prueba indiciaria, para confirmar una sanción por una infracción de contrabando: “partiendo de (...) que el Sr. M. aparece como el primer detentador de la mercancía en España, no puede estimarse ilógica la consecuencia extraída (...) de que él fue el que realizó la importación (...). Existe, en definitiva, un enlace preciso y directo entre el hecho base acreditado –primer tenedor de la carne– y la consecuencia –importación ilegal– que permite concluir (...) que no se ha producido vulneración del derecho a la presunción de inocencia, porque el proceso deductivo, según las reglas del criterio humano (...) no es arbitrario, caprichoso, ni absurdo”.

8. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. DISCRECIONALIDAD Y PROPORCIONALIDAD; AGRAVANTES Y ATENUANTES

Aunque no ha sido infrecuente afirmar que la potestad sancionadora es completamente reglada, varias sentencias del período analizado reconocen expresamente *discrecionalidad* para fijar la extensión de la sanción correspondiente a una infracción determinada dentro de los márgenes establecidos en la Ley para el concreto tipo y su calificación. En ese sentido, por ejemplo, las **SSTSJ de La Rioja de 10 y 17 de marzo de 1999** (Ar. 544 y 546), y **STSJ de Navarra de 5 de marzo de 1999** (Ar. 534). En cualquier caso, ello se combina con una estricta exigencia de motivación y de proporcionalidad. Pero, aun así, no excluye por completo todo margen discrecional ni puede justificar que los Tribunales modifiquen libremente las sanciones impuestas por la Administración. Deben hacerlo, hasta reducirla al mínimo legal, cuando la Administración no ha justificado otra cosa (**STSJ de Extremadura de 11 de febrero de 1999**, Ar. 494) o cuando se observa fundadamente desproporción, como es muy frecuente en relación con las sanciones de privación del permiso de conducir (v.gr. **SSTSJ de La Rioja de 10 y 17 de marzo de 1999** –Ar. 544 y 546–); pero, a veces, las sentencias reducen la cuantía de las multas sin casi justificarlo o con una justificación meramente formularia. Por ejemplo, en la **STS de 12 de abril de 1999**, Sección Cuarta (Ar. 2811), se rebajan cuatro multas de 2.500.000 a 1.500.000 de pesetas, “cifra que se entiende es la que corresponde al grado de responsabilidad apreciable en la conducta sancionada”.

En otro orden de cosas, la **STS de 7 de abril de 1999**, Sección Tercera (Ar. 3066) niega la posible aplicación de la agravante de reincidencia cuando las sanciones anteriores han sido objeto de un recurso contencioso-administrativo aún no resuelto. La **STS de 10 de marzo de 1999**, Sección Cuarta (Ar. 2138), reduce la cuantía de la sanción de 6.939.000 a 5.000.000 de pesetas ya que no concurren todas las circunstancias agravantes, aunque sí parte de ellas. La **STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de marzo de 1999** (Ar. 556) analiza la sanción disciplinaria impuesta a un profesor universitario por “grave desconsideración con los superiores, compañeros y subordinados y grave perturbación del servicio”. El Tribunal afirma que:

“Ciertamente, que de la prueba practicada así se manifiesta, que preexiste una situación de tensión y crispación en el Departamento por múltiples circunstancias que pueden condicionar las actitudes, pero ello nunca puede configurarse como eximente, sino, en todo caso, como atenuante que deba incidir en la imposición de la sanción según el principio de proporcionalidad”.

En realidad, no se trata en este caso de una atenuante propiamente dicha sino, a lo sumo, de un factor que puede ser tenido en cuenta en virtud del principio de proporcionalidad.

Por su parte, la **STSJ de La Rioja de 25 de marzo de 1999** (Ar. 601): “No resulta argumento admisible como excluyente de la responsabilidad o atenuante de la misma, el de la difícil situación económica de la empresa”.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

9. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN

A) Prescripción de una infracción continuada

En las SSTS de 11 y 12 de mayo de 1999, Sección Tercera (Ar. 4015, 4016, 4017, 4018), se mantiene que la infracción continuada, en tanto permanece la conducta en que consiste, no prescribe; ni siquiera ante las paralizaciones del procedimiento si, durante la tramitación de éste, se continuó en la infracción. En aplicación de esta doctrina, las SSTS de 27 de mayo de 1999 (dos), Sección Tercera (Ar. 3954 y 3956) no consideran prescritas las sanciones impuestas a diversas compañías de seguros por prácticas restrictivas de la competencia, pues aunque el acuerdo entre estas compañías en el que se basaron dichas prácticas se firmó en una fecha concreta, las prácticas —en aplicación de dicho acuerdo— continuaron ejercitándose. Igualmente, la STS de 17 de mayo de 1999, Sección Tercera (Ar. 4147), en relación con la infracción consistente en no comunicar al correspondiente registro los nombramientos de los cargo de una entidad financiera, afirma: “Es rechazable la alegación de prescripción de la infracción pues, tratándose de un deber positivo de comunicación que subsiste mientras el administrado desempeña su cargo, el incumplimiento persiste y, por tanto, no prescribe”.

B) Prescripción de la infracción durante la tramitación del procedimiento. Diferencia con caducidad

En alguna Sentencia (por ejemplo, en el período considerado, la STS de 22 de abril de 1999, Sección Cuarta —Ar. 4179—), parece partirse de que, una vez iniciado el procedimiento sancionador, la única posibilidad de extinción de la responsabilidad por transcurso del tiempo es la caducidad. Frente a ello, la STS de 18 de junio de 1999, Sección Tercera (Ar. 4336), clarifica la situación, en el sentido de admitir que la prescripción de la infracción puede producirse por paralización del procedimiento sancionador y que, junto a ello, existe con otro régimen la caducidad del procedimiento: “el plazo de prescripción de las infracciones, y no el de caducidad (...), se reanuda si el procedimiento sancionador se paraliza infundadamente”. Además, “no es necesaria la interpelación del expedientado a la Administración (sería paradójico exigir a aquél que pidiese el cese de una pasividad administrativa que juega a su favor)”. “Esta doctrina ha sido expresamente recogida (...) por el art. 132.2 de la Ley 30/1992 (...). Todo ello con independencia de la posible concurrencia de la caducidad del expediente sancionador”.

10. CONTROL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: CAMBIO DE MOTIVACIÓN O DE FUNDAMENTO DEL ACTO SANCIONADOR. CONVERSIÓN

En la STC 133/1999, de 15 de julio de 1999, se resuelve un recurso de amparo interpuesto contra una Sentencia de un Tribunal Superior de Justicia que, tras reconocer que la inclusión por la Administración de unas determinadas conductas en un concreto tipo representaba una equivocación evidente, procede a incluirlas en otro tipo de otra ley para mantener la sanción impuesta. El Alto Tribunal concluye que la sentencia impugnada al proceder así, buscando la cobertura jurídica de las sanciones impuestas, “ha incurrido en

evidente incongruencia con infracción del art. 24.1 que garantiza la tutela judicial efectiva, que obliga a Jueces y Tribunales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, de manera que el incumplimiento de dicha obligación constituye una lesión de aquel derecho fundamental”. En la misma línea, la Administración no puede en el proceso contencioso justificar su sanción en un tipo distinto del que motivó la resolución sancionadora –**STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 12 de marzo de 1999 (Ar. 688)**–.

Pese a los límites que se reconocen al cambio de motivación o fundamento del acto sancionador para evitar la indefensión, algunas sentencias realizan ciertas alteraciones. Quizá la más acrobática sea la **STS de 22 de abril de 1999**, Sección Cuarta (Ar. 4179). Aunque el acto impugnado impuso la obligación de reponer unos terrenos a la situación anterior a su roturación ilegal como sanción y aunque tal sanción sería nula por prescripción, se desestima el recurso y no se declara tal nulidad sino que se mantiene el acto cambiando su naturaleza. Acude para ello a la *conversión* en cuya virtud los “actos nulos o anulables que sin embargo contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste” (art. 65 de la Ley 30/1992). Así concluye que “el acto sancionador debe producir los efectos de un acto de carácter no sancionatorio consistente en declarar que el labrador que efectuó la roturación venía obligado a la repoblación del suelo”. Algo parecido puede verse en la **STS de 15 de febrero de 1999**, Sección Tercera (Ar. 1763): se impugnaba una sanción impuesta por aplicación de una norma estatal que la Sentencia entiende que no regía en Cataluña donde debía de haberse aplicado una norma autonómica. Pero, en lugar de limitarse a anular la sanción, encuadra los hechos en los tipos de la norma catalana y mantiene una sanción, aunque mucho menor. También hay una modificación del tipo en la **STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 12 de marzo de 1999 (Ar. 688)**; por su parte, en la **STSJ del País Vasco de 4 de marzo de 1999 (Ar. 560)** sólo hay un cambio en la motivación.

MANUEL REBOLLO PUIG

MANUEL IZQUIERDO CARRASCO

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Legitimación. A) Alcance de la legitimación de los titulares de un derecho real hipotecario sobre el bien expropiado. **3. Procedimiento expropiatorio.**

A) Incidente de rectificación de la relación de bienes a expropiar: impugnación por silencio administrativo. B) Mutuo acuerdo. a) Momento en que debe entenderse perfeccionado.

Interpretación del procedimiento previsto en el art. 25 del REF. b) Objeto y alcance del precio concertado en el mutuo acuerdo. c) Consecuencias del incumplimiento parcial del acuerdo por la Administración. Inconclusión del expediente expropiatorio y competencia para su ejecución.

4. Determinación del justiprecio. A) Cálculo por extinción de arrendamiento en local de negocios. B) Inaplicación de la doctrina de la *reformatio in peius* en la resolución de un Jurado Provincial constituido conforme a Derecho respecto de la de otro que no lo estaba. C) Determinación del sujeto responsable del abono de los intereses por demora en la fijación del justiprecio. Inaplicación de la responsabilidad solidaria de las

Administraciones públicas y reconocimiento de la parte de los intereses imputables al Jurado como una pretensión complementaria a la anulación del justiprecio fijado.

D) La impugnación del justiprecio no está condicionada a la previa formulación de la hoja de aprecio. **5. Garantías formales: vía de hecho.** A) Ausencia de trámites esenciales del procedimiento. No procede acordar la retroacción de las actuaciones sino una indemnización compensatoria por la privación del bien y los daños causados.

6. Garantías sustanciales:

derecho de reversión. A) Improcedencia de la usucapión tras la expropiación.

Consecuencias de la falta del preaviso del art. 64.2 del REF. Naturaleza del derecho de reversión y Ley aplicable. B) Improcedencia de la reversión por aumento de la edificabilidad de los terrenos tras la expropiación. C) Valoración de la reversión de terrenos sujetos a recalificación automática. D) Improcedencia de la reversión de parte sobrante por ser ésta insusceptible de aprovechamiento urbanístico independiente. **7. Garantías jurisdiccionales.**

A) Procedencia del recurso contencioso-administrativo contra la resolución presunta del Jurado Provincial. B) Cuantía del recurso de casación en materia expropiatoria.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En este número se reseña la doctrina más señalada del centenar de sentencias recaídas en materia expropiatoria durante el segundo semestre de 1999. Aparte de los pronunciamientos sobre el derecho de reversión que abordan cuestiones nuevas (y que resultan particularmente importantes tras la nueva redacción que ha dado la reciente Ley de Ordenación de la Edificación a los arts. 55 y 56 de la LEF), destacan en número e importancia los que se refieren al mutuo acuerdo y a la fijación y pago del justiprecio.

2. LEGITIMACIÓN

A) Alcance de la legitimación de los titulares de un derecho real hipotecario sobre el bien expropiado

La STS de 27 de mayo de 1999 (Ar. 5077) analiza la posición del titular de un crédito hipotecario en el curso del procedimiento expropiatorio. Como es sabido, el art. 4 de la LEF establece que siempre que acrediten su condición y así lo soliciten, se entenderán las diligencias con los titulares de derechos reales e intereses económicos directos sobre los bienes a expropiar, precisando que cuando se trate de arrendatarios se iniciará para cada uno de éstos el respectivo expediente incidental de justiprecio en pieza separada. Considerando esta diferencia legal entre los arrendatarios y demás titulares de derechos reales o intereses económicos sobre la cosa, la Administración expropiante había negado —en el caso de autos— la posibilidad de formular hoja de aprecio al titular de un derecho real de hipoteca, por entender que éste no ve modificada la naturaleza y el contenido de su derecho a resultas de la expropiación y, en consecuencia, sólo ostenta un interés legítimo, pero no un derecho subjetivo en la determinación y pago del justiprecio.

Frente a esta interpretación, el Tribunal Supremo afirma que del art. 4 de la LEF no cabe extraer ninguna limitación en cuanto a la participación en el procedimiento expropiatorio de los titulares de derechos reales distintos del arrendamiento, ni tampoco entender que al que ostenta un derecho real de hipoteca le resulte indiferente la decisión que sobre el justiprecio se adopte, pues aunque es cierto que el art. 110 de la Ley Hipotecaria entiende hipotecadas las indemnizaciones procedentes de la expropiación de los inmuebles hipotecados, no lo es menos que el acreedor hipotecario tiene un interés directo en la fijación del justiprecio, por cuanto su derecho puede quedar lesionado si la valoración resultante es inferior al “quantum” del crédito garantizado. De ello resulta, en definitiva, que el titular del crédito puede intervenir en el expediente expropiatorio en su integridad y, por tanto, también en la pieza de justiprecio que se abra para el expropiado. No procede, sin embargo, la apertura de pieza autónoma de justiprecio en estos casos, ya que, aunque el Tribunal Supremo ha extendido el deber legal de iniciar incidentalmente expediente separado de justiprecio a supuestos distintos de los arrendatarios, para ello sería necesario que el derecho real en cuestión se extinguiera tras la expropiación, cosa

VIII. Expropiación Forzosa

que no sucede con los créditos hipotecarios, donde, todo lo más, el derecho puede quedar minorado, pero no extinto.

3. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

A) Incidente de rectificación de la relación de bienes a expropiar: impugnación por silencio administrativo

La desestimación presunta de una solicitud de rectificación de los datos sobre una finca a expropiar es recurrida en vía contencioso-administrativa, resolviéndose su inadmisión por falta de agotamiento de la vía administrativa previa en Sentencia que, a su vez, es recurrida en casación de la que conoce la **STS de 29 de marzo de 1999** (Ar. 4443). Dicha sentencia recuerda, en primer lugar, la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 136/1995 —y con anterioridad por el propio Tribunal Supremo— sobre el juego del silencio administrativo en materia expropiatoria, en la que se afirma la necesidad de contemplar este tipo de situaciones desde la perspectiva del art. 24 de la CE. Según esta jurisprudencia, dicho precepto impide que pueda invocarse la falta de agotamiento de la vía administrativa cuando la propia Administración no da respuesta a la petición deducida, infringiendo, por consiguiente, no sólo el deber de resolver, sino el deber de notificar al interesado la vía de recurso procedente. A la luz de esta doctrina, es claro que la Sala de instancia debió entrar en el fondo del asunto, pues al no hacerlo coloca a la Administración en mejor posición que si ésta hubiese cumplido su obligación de resolver, y fuerza al Tribunal Supremo a casar la sentencia para dar lugar al recurso.

La cuestión de fondo es dilucidar el recurso que el interesado interpuso contra la falta de resolución del incidente en el que planteaba, entre otros extremos, la rectificación de la superficie de la finca a expropiar, siendo así que la resolución de tal incidente contra la relación de bienes a expropiar es un acto de mero trámite y, por consiguiente, irrecurrible autónomamente. Lo que el interesado no puede pretender es que, estando pendiente la formulación de las hojas de aprecio, se iniciara para él un procedimiento *ad hoc* apartándose del que prevén los arts. 24 a 27 de la LEF, ni tampoco puede pretender trasladar, sin más, la carga de probar las dimensiones de la parcela a la Administración limitándose a señalar por aproximación cuáles puedan ser éstas; con lo que, aún habiendo lugar a la casación, el recurso es desestimado por el Tribunal Supremo.

B) Mutuo acuerdo

a) Momento en que debe entenderse perfeccionado. Interpretación del procedimiento previsto en el art. 25 del REF

El art. 25 del REF regula el procedimiento gradual para llegar a la adquisición por mutuo acuerdo, que va desde la propuesta del servicio encargado de la expropiación, en la que se concreta la avenencia administrativa sobre el acuerdo alcanzado con el expropiado,

hasta el acuerdo definitivo del órgano competente para expropiar, que se adoptará tras el informe de los servicios técnicos correspondientes y de la oportuna fiscalización del gasto. Sin perjuicio de estas previsiones, la jurisprudencia tiene declarado que el procedimiento del art. 25 del REF no impide acudir a otras instituciones jurídicas distintas como pudiera ser el mandato, entendiendo —en este sentido— que los acuerdos alcanzados por los funcionarios técnicos que actúan en nombre de la Administración expropiante vinculan a la Administración aunque no se hubiesen cumplimentado los referidos trámites. Asimismo, tal como indicábamos al comentar la STS de 4 de mayo de 1998 (Ar. 4595) en la crónica correspondiente al número 3 de esta Revista (pág. 149), el Tribunal Supremo ha indicado reiteradamente que el momento en que debe entenderse perfeccionado el mutuo acuerdo es el del acta de avenencia con el expropiado, pues en ella se manifiesta y perfecciona el acuerdo de voluntades, al que nada añade el procedimiento recogido en el art. 25 del REF en tanto que éste contempla meras garantías económico-financieras que no modifican los términos de la avenencia, de forma que para desligarse de ésta la Administración habrá de iniciar algunos de los procedimientos de revisión de oficio legalmente establecidos. Finalmente, de este perfeccionamiento ha deducido también la jurisprudencia cuál debe ser la fecha relevante a los efectos de la fijación del justiprecio, que es aquella en que se suscribe el acuerdo de avenencia y no la de la aprobación por el órgano competente a la que se refiere el art. 25.d) del REF, ya que la Administración expropiante no puede beneficiarse de su propia tardanza en encauzar aquel acuerdo por la vía procedimental del mencionado artículo del REF.

La STS de 22 de marzo de 1999 (Ar. 3158) confirma plenamente la doctrina sintetizada anteriormente, considerando que el acuerdo alcanzado en su día entre el expropiado y el funcionario técnico del Negociado de expropiaciones del Ayuntamiento recurrente no puede considerarse un mero acto de trámite necesitado de la aprobación ulterior en el marco del procedimiento del art. 25 del REF. Muy al contrario, por más que dicho acuerdo se inscriba como el primer trámite de dicho procedimiento, lo cierto es que resulta determinante del mismo en la medida en que expresa la confluencia de voluntades entre las partes y, por lo tanto, perfecciona el mutuo acuerdo a todos los efectos; de forma que:

“(…) si el convenio reúne los requisitos establecidos en el art. 1261 del CC y la Administración, obligada al pago, no hubiese procedido a su revisión de oficio en la forma legalmente permitida, puede ser compelida dicha Administración a tramitar el referido procedimiento y a la adopción del acuerdo exigido como condición de efectividad de aquél por el apartado d) del art. 25 del REF, pues éste tiene el significado de una condición de eficacia pero no de validez del convenio”.

Con ello, el Tribunal Supremo aclara y rectifica expresamente lo manifestado en alguna ocasión anterior en la que afirmó que aunque la avenencia entre el funcionario técnico y el expropiado es un acto bilateral del que las partes no pueden desvincularse sin más, necesita “de un procedimiento posterior de perfección a cuyo cumplimiento queda condicionada su eficacia” [STS de 24 de abril de 1997 (Ar. 4595)], pues una cosa es la per-

VIII. Expropiación Forzosa

fección del mutuo acuerdo, que como la de cualquier otro contrato se logra por el mero consentimiento de las partes, y otra las condiciones legales de eficacia, entre las que habría que situar al procedimiento aprobatorio del art. 25 REF.

b) Objeto y alcance del precio concertado en el mutuo acuerdo

La STS de 3 de mayo de 1999 (Ar. 4909) recuerda la ya consolidada jurisprudencia según la cual ha de considerarse que el precio convenido por mutuo acuerdo es comprensivo de la totalidad del bien y de los distintos conceptos indemnizables que resultan de la expropiación. Consecuencia que se deriva, según el Tribunal Supremo, de la forma de fijación del precio en los supuestos de mutuo acuerdo, pues hay que entender que, salvo pacto o prueba en contrario, éste se concierta como partida alzada conjuntamente por todos los conceptos indemnizables, y, consiguientemente, no cabe solicitar posteriormente por el expropiado indemnizaciones por otros conceptos respecto del mismo bien expropiado.

c) Consecuencias del incumplimiento parcial del acuerdo por la Administración. Inconclusión del expediente expropiatorio y competencia para su ejecución

El mutuo acuerdo aparece configurado legalmente como un convenio expropiatorio que plasma el negocio jurídico-administrativo por el que se da por concluido el expediente iniciado para definir el justiprecio. No obstante, la STS de 24 de mayo de 1999 (Ar. 5071), precisa que cuando se da un incumplimiento parcial del mutuo acuerdo originariamente alcanzado (y que el caso consiste en la falta de entrega de unos solares en los que poder materializar el proyecto de edificación que quedó imposibilitado con la expropiación, tal y como se había pactado conjuntamente a la entrega de una cantidad estipulada de dinero ya satisfecha), tal incumplimiento produce el efecto de no agotar plenamente la eficacia del mutuo acuerdo como negocio jurídico, con lo que puede afirmarse que no concluye el expediente expropiatorio y, por ende, el expropiado está legitimado para instar su completa ejecución a la Administración competente para que consume en sus propios términos el acuerdo inicialmente alcanzado.

Ahora bien, como quiera que la Administración del Estado que alcanzó el acuerdo originario transfirió la competencia sobre la materia a la Administración autonómica es a ésta a quien corresponde ejecutar y satisfacer la parte incumplida del acuerdo; ya que al no poderse considerar concluido el expediente de justiprecio por incumplimiento parcial de lo acordado, la Administración autonómica es, en aplicación del régimen transitorio que prevé el art. 20 de la Ley de Proceso Autonómico, la que debe dar cumplimiento del referido acuerdo.

4. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO

A) Cálculo por extinción de arrendamiento en local de negocios

La obligada extinción del vínculo arrendaticio que deriva de la expropiación del inmueble donde radica un local de negocios determina el surgimiento de un derecho a la

indemnización que, según una consolidada jurisprudencia, debe ser suficiente para posibilitar la continuación del negocio en otro local de características similares sin que ello suponga una merma o detrimento económico para el arrendatario afectado. Los criterios o conceptos indemnizables que la jurisprudencia ha ido definiendo por esta privación fueron sintetizados por nosotros en el número 2 de esta Revista (pág. 149) al comentar la STS de 2 de abril de 1998 (Ar. 3684). La STS de 30 de marzo de 1999 (Ar. 3243) sintetiza, por su parte, los métodos de cálculo de dichas indemnizaciones en los casos en que la reubicación del negocio supone un incremento en los gastos de radicación del anterior arrendatario. En estos casos, la jurisprudencia ha sentado dos métodos de cálculo diferenciados e incompatibles entre sí: uno en función de una hipotética efectividad del derecho de traspaso sobre el local; y, el otro —más aplicado—, consistente en la capitalización al diez por ciento de la diferencia de rentas entre el nuevo local y el anterior para los casos de nuevo alquiler. Junto a ello, la jurisprudencia ha entendido en alguna ocasión, como límite específico a la aplicación de estos criterios generales, que el derecho de arrendamiento no deba superar el valor del derecho de propiedad, de forma que el justiprecio que proceda abonar al arrendatario no sea mayor al que corresponda al propietario del local. Pues bien, la sentencia que aquí se reseña precisa que esta limitación es excepcional y no resulta aplicable en todo caso, ya que: de un lado, no cabe soslayar la jurisprudencia que establece la independencia del valor real de la propiedad del que merece el derecho real de arrendamiento, sin que pueda detraerse éste de aquél estableciéndose entre ellos una relación de interdependencia; y, de otro, por cuanto no cabe computar como parámetro comparativo o como supuesto valor real del inmueble expropiado el extraído de las valoraciones determinadas a los efectos del impuesto sobre transmisiones, habida cuenta que, en este caso, dicho valor no es representativo del valor real del inmueble a efectos expropiatorios, pues éste se compone no sólo del valor de lo edificado sino también del valor urbanístico del suelo.

B) Inaplicación de la doctrina de la *reformatio in peius* en la resolución de un Jurado Provincial constituido conforme a Derecho respecto de la de otro que no lo estaba

La STS de 29 de abril de 1999 (Ar. 4631) declara inaplicable la doctrina que ha establecido la interdicción de la *reformatio in peius* en vía administrativa con relación a la valoración del justiprecio efectuada por un Jurado Provincial constituido válidamente y conforme a Derecho respecto de la valoración —de mayor cuantía— que en el mismo procedimiento expropiatorio había fijado un anterior Jurado Provincial, cuya composición fue declarada ilegal como resultado de la impugnación que en tal sentido realizó la parte que ahora alega el perjuicio de la *reformatio in peius*. Esta figura es inaplicable, razona el Tribunal Supremo, porque el nuevo Jurado resuelve *ex novo*, por lo que no está vinculado a la valoración de un Jurado anterior que fue anulada por defecto de composición.

VIII. Expropiación Forzosa

C) Determinación del sujeto responsable del abono de los intereses por demora en la fijación del justiprecio. Inaplicación de la responsabilidad solidaria de las Administraciones públicas y reconocimiento de la parte de los intereses imputables al Jurado como una pretensión complementaria a la anulación del justiprecio fijado

De la interpretación conjunta de los arts. 56 y 121.1 de la LEF y 71 y 72 del REF, la jurisprudencia entiende que, salvo en los casos en que fuese imputable al expropiado, la responsabilidad por la demora en la determinación del justiprecio se imputará al causante de la misma en atención a las siguientes reglas. En primer lugar, si el causante fuera el beneficiario de la expropiación el Jurado decidirá sobre su procedencia y cuantía al fijar el Justiprecio, aunque el Tribunal Supremo ha precisado que esta decisión también puede adoptarla la Administración expropiante en aplicación de lo dispuesto en los arts. 121.2 y 123 de la LEF, ya que hay identidad de *ratio* entre la determinación de la responsabilidad del beneficiario y la del concesionario de servicios públicos. Si, por el contrario, el causante de la demora es la Administración expropiante o el propio Jurado, la responsabilidad exigible queda comprendida en el art. 121.1 de la LEF (que establece los presupuestos determinantes de la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos), teniendo en cuenta que, como ha matizado la jurisprudencia, la actuación de cada uno de estos dos últimos sujetos puede conllevar una imputabilidad compartida en atención a su respectiva responsabilidad en la demora, cuya concreta fijación, en caso de desacuerdo, es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Finalmente, la responsabilidad por la demora en la fijación del justiprecio en las expropiaciones de urgencia obedece a razones distintas, porque en estos supuestos los bienes se ocupan con anterioridad al pago del justiprecio, de forma que de lo que se trata aquí es de compensar al propietario desde la desposesión aunque no haya existido demora en la tramitación del justiprecio, por lo que los intereses habrán de abonarse desde que se produjo la ocupación, estando obligado a su pago el beneficiario salvo que, una vez ocupados los bienes, no se incoase la tramitación del expediente de justiprecio por la Administración en los términos que establece la regla 7ª del art. 52 de la LEF, en cuyo caso ella sería el sujeto responsable. Todo ello sin perjuicio de una eventual responsabilidad del Jurado en caso de demora en la fijación del justiprecio una vez incoada, tras la ocupación, la pieza de justiprecio.

Se comprueba, así, que la jurisprudencia viene entendiendo los supuestos de responsabilidad por demora en la fijación del justiprecio como una manifestación específica del instituto de la responsabilidad patrimonial, argumentando la alusión que el art. 72.2 del REF hace a este instituto y al procedimiento previsto en el art. 121 de la Ley Expropiatoria que, no en vano, titula su Capítulo V relativo a los intereses por la demora en la fijación y pago del justiprecio como supuestos de “responsabilidad por demora”.

Una vez descrito el cuadro de la imputabilidad subjetiva de los intereses por la demora en la fijación del justiprecio y dilucidada la naturaleza de la reclamación de tales intereses en los términos que acabamos de resumir, la STS de 3 de mayo de 1999 (Ar. 4908) resuelve la cuestión de saber si cuando hay responsabilidad del Jurado y de la

Administración expropiante resulta o no aplicable la regla de la responsabilidad solidaria que actualmente contiene el art. 140 de la Ley 30/1992. La respuesta que da la sentencia comentada es negativa, ya que en el procedimiento expropiatorio es posible distinguir perfectamente las competencias y delimitar las respectivas intervenciones de uno y otro sujeto, asignando a cada uno su cuota exacta de responsabilidad en la demora.

Junto a ello, también era criterio reiterado por el Tribunal Supremo que el orden contencioso-administrativo podía declarar la cuota de responsabilidad de la Administración expropiante sin necesidad de reenviar al propietario expropiado al procedimiento de reclamación de la responsabilidad que hoy regula el RD 429/1993, de 26 de marzo (que derogó en este punto los arts. 133 a 138 del REF); mientras que, por el contrario, en relación a los intereses por demora imputables al Jurado (o, más exactamente, a la Administración del Estado en la que éste se integra), el Tribunal Supremo no condenaba al pago de los mismos, sino que dejaba a salvo la facultad de reclamarlos por el procedimiento indicado. Pues bien, la Sentencia aquí comentada se aparta expresamente de este criterio anterior y se pronuncia expresamente sobre la cuantía y la obligación de pago de la parte de los intereses que resultan imputables al Jurado por la demora en la determinación del justiprecio, entendiendo que en los casos en los que el abono de los intereses de demora se reclama conjuntamente con la pretensión anulatoria del acto de fijación del justiprecio no cabe exigir a los recurrentes necesidad de formular una reclamación autónoma de los mismos a través del procedimiento de responsabilidad patrimonial, pues como hoy proclama el art. 31.2 de la vigente LJCA (y anteriormente hacían el art. 42 de la Ley de 1956 y el propio art. 136 del REF) ésta puede ser una pretensión aneja a la anulación del acto.

D) La impugnación del justiprecio no está condicionada a la previa formulación de la hoja de aprecio

La STS de 25 de mayo de 1999 (Ar. 4922) afirma que no cabe sostener que los afectados por el acuerdo de justiprecio del Jurado, ya sea la Administración expropiante, el beneficiario o el expropiado, no puedan combatir dichos acuerdos en la vía contencioso-administrativa cuando no formularon en la vía administrativa la correspondiente hoja de aprecio. Máxime cuando la formulación de dicho aprecio aparece configurado legalmente más como una facultad o derecho de las partes que como una verdadera obligación, por lo que su omisión no puede ser un obstáculo para el acceso a la tutela judicial de quienes sean portadores de un derecho o interés legítimo.

VIII. Expropiación Forzosa

5. GARANTÍAS FORMALES: VÍA DE HECHO

A) Ausencia de trámites esenciales del procedimiento. No procede acordar la retroacción de las actuaciones sino una indemnización compensatoria por la privación del bien y los daños causados

Como es sabido, la vía de hecho administrativa puede provenir tanto de actuaciones materiales desprovistas por completo de formulación jurídica previa como de la omisión de trámites que, por su consideración de esenciales, determinan la indefensión del interesado tiñendo la actuación administrativa de nulidad radical y haciéndola equiparable a una simple vía de hecho que es susceptible de tutela interdictal (art. 125 de la LEF). Analizando un caso de vía de hecho por omisión de trámites esenciales del procedimiento expropiatorio, la STS de 27 de abril de 1999 (Ar. 4627) declara la imposibilidad de acordar la retroacción del expediente al momento previo a la omisión del trámite esencial en cuestión (la formulación del acuerdo de necesidad de la ocupación) porque la construcción de una autovía que atravesaba la finca del expropiado, que era en este caso la finalidad de la ocupación practicada, estaba ya terminada y en funcionamiento en el momento de dictar sentencia, de forma que “la imposibilidad práctica de restablecer la situación fáctica anterior” determina la improcedencia de retrotraer las actuaciones y el surgimiento de un derecho resarcitorio consistente en una “compensación indemnizatoria” en el marco del art. 121 de la LEF. Esta cantidad sustitutiva de la “ejecución *in natura*” ha de estar compuesta —sigue diciendo la Sentencia— por la compensación económica correspondiente por los terrenos ocupados y por los perjuicios causados por la división de la finca, así como por la indemnización de los daños y perjuicios causados como consecuencia de la ilegal actuación de la Administración en vía de hecho.

6. GARANTÍAS SUSTANCIALES: DERECHO DE REVERSIÓN

A) Improcedencia de la usucapación tras la expropiación. Consecuencias de la falta del preaviso del art. 64.2 del REF. Naturaleza del derecho de reversión y Ley aplicable

La STS de 10 de mayo de 1999 (Ar. 4915) resuelve una serie de cuestiones trascendentales con relación al derecho de reversión en materia expropiatoria. Plantea la sentencia, en primer lugar, si ante una pretensión de reversión puede la Administración oponer un derecho de propiedad sobre la cosa adquirido por la posesión pacífica y prolongada en el tiempo, dando lugar, al cabo de los treinta años que fija el Código Civil a la prescripción del derecho de recuperación del primitivo dueño. Citando jurisprudencia anterior, el Tribunal Supremo resuelve esta cuestión en el sentido de considerar inaplicable la prescripción adquisitiva por usucapación que regulan los arts. 1940 a 1942 y concordantes del CC a los supuestos en los que la adquisición tiene lugar mediante la expropiación del bien, ya que falta uno de los requisitos esenciales de la usucapación que el propio CC establece, cual es la “posesión pacífica de la cosa”, cuando lo cierto es que por más que la expropiación dé lugar a una posesión de buena fe y con justo título ésta constituye, en todo caso, un desapoderamiento coactivo de la posesión del expropiado.

En segundo lugar, la Sentencia analiza el supuesto del ejercicio del derecho reversional por falta de establecimiento del servicio o inejecución de la obra que motivó la expropiación en los plazos y condiciones que establece el art. 64.2 del REF. Siguiendo su ya consolidada doctrina, el Tribunal sostiene que la falta del preaviso al que se refiere el art. 64.2 del REF no vicia el ejercicio de la acción de reversión en los casos en que, una vez solicitada ésta, la Administración la deniega y esta denegación es recurrida en sede jurisdiccional, de manera que cuando se ha de resolver definitivamente en dicha sede ha transcurrido con exceso el término de dos años al que se refiere el art. 64.2 del REF sin que la Administración haya acometido las actuaciones encaminadas a satisfacer la *causa expropriandi*. En tales casos –tiene afirmado el Tribunal– es contrario a la finalidad del recurso contencioso-administrativo remitir de nuevo a la vía administrativa para que se vuelva a pedir la reversión e iniciar después otro proceso en demanda de la efectividad del derecho de reversión que se ostentaba con anterioridad al pronunciamiento de la sentencia.

En tercer y último lugar, la sentencia se ocupa de una cuestión particularmente importante ahora que acaba de entrar en vigor la regulación *ex novo* del derecho de reversión que ha llevado a cabo la Disposición Adicional Quinta de la reciente Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que da una nueva redacción a los arts. 55 y 56 de la LEF. La cuestión es saber cuál es el Derecho aplicable al ejercicio del derecho reversional, si el que rigió el procedimiento expropiatorio (en el caso de autos la legislación anterior a la LEF de 1954) o el que esté vigente en el momento de ejercitar la reversión. Como tiene declarado el Tribunal Supremo desde hace tiempo y reitera esta Sentencia, en atención a la naturaleza autónoma de la reversión el Derecho aplicable será el que esté vigente en el momento de ejercitarse ésta, ya que,

“(…) la reversión, aunque hunda sus raíces en el derecho dominical expropiado, es un derecho nuevo y autónomo, que no nace ni con el acuerdo de expropiación ni con la consumación de ésta sino que surge cuando se dan los presupuestos contemplados por los artículos 54 de la LEF y 63 de su Reglamento, lo que determina que se rija por la ley vigente en el momento de ejercitarse, aunque el expediente de expropiación se hubiera iniciado bajo la vigencia de una ley distinta, la cual no contemplase tal derecho o lo regulase de otro modo”.

Doctrina que se cohonesta bien con el régimen transitorio de la Ley de Ordenación de la Edificación, por cuanto ésta prevé la entrada en vigor del nuevo régimen reversional que ella regula al día siguiente de su publicación (a partir del 7 de noviembre de 1999), excluyendo no obstante de dicho régimen la tramitación de las solicitudes de reversión ya formuladas (Disposición Final Cuarta en relación con la Disposición Transitoria Primera; mientras que para la entrada en vigor del resto de su articulado la Ley prevé una moratoria de seis meses.

VIII. Expropiación Forzosa

B) Improcedencia de la reversión por aumento de la edificabilidad de los terrenos tras la expropiación

Los presupuestos que determinan el surgimiento del derecho de reversión tienen la condición de *numerus clausus*, de forma que tal derecho sólo nace, de conformidad con los arts. 54 de la LEF y 63 y ss. del REF, cuando no se ejecuta la obra o servicio que motivó la expropiación, queda alguna parte sobrante de los bienes expropiados una vez ejecutada la obra o servicio o desaparece la afectación. El carácter tasado de los presupuestos de la reversión justifica el rechazo de una pretensión reversionista amparada en el incremento del aprovechamiento urbanístico de los terrenos expropiados mediante una modificación del planeamiento ulterior a la consumación de la expropiación. Como declara la STS de 27 de febrero de 1999 (Ar. 3147), el incremento de la edificabilidad de los terrenos no justifica por sí solo el nacimiento del derecho de reversión, ni tampoco puede considerarse que este supuesto esté incluido en la prohibición que establece el art. 66.1 del REF, que impide la realización de obras o el establecimiento de servicios distintos de los que legitimaron la expropiación. Todo lo más, como declara la sentencia de instancia, la cuestión de las plusvalías dejadas de percibir por el afectado tras del incremento del aprovechamiento de los terrenos expropiados podrá fundar una “pretensión resarcitoria autónoma”.

C) Valoración de la reversión de terrenos sujetos a recalificación automática

La STS de 20 de abril de 1999 (Ar. 4587) analiza el caso de unos terrenos que en el momento de solicitarse su reversión tenían la clasificación urbanística de “polígonos en ejecución en suelo urbanizable”, pero que estaban abocados, por así preverlo las Normas Subsidiarias del Planeamiento vigentes, a una reclasificación automática por el transcurso de dos años desde la aprobación de dichas Normas; de forma que, cumplido dicho plazo, pasarían a tener la consideración de “suelo no urbanizable de especial protección” minorándose así su aprovechamiento y valoración urbanística. No obstante, en el momento de solicitarse la reversión la clasificación de los terrenos es la de suelo urbanizable en ejecución y, si se está a lo dispuesto en el art. 54 de la LEF, la valoración de los mismos debería obedecer a dicha clasificación y no a la venidera, aunque esté prevista una reclasificación que conllevará la futura pérdida de valor de los terrenos. Separándose abiertamente del tenor literal del art. 54 de la LEF, la Sentencia comentada propugna una interpretación finalista de dicho precepto, entendiendo que si los bienes se justiprecian conforme a su valoración urbanística en el momento de solicitarse la reversión se produciría un enriquecimiento injusto para el beneficiario de la expropiación al que, en este caso, corresponde el justiprecio que ha de abonar el reversionista. Por el contrario, siendo pública y notoria la próxima conversión de los terrenos en suelo rústico que ha de producirse en los términos que fijan las Normas Subsidiarias, éste es el valor que corresponde abonar al reversionista como valor de sustitución que, en definitiva, es la finalidad que persigue el art. 54 de la LEF.

D) Improcedencia de la reversión de parte sobrante por ser ésta insusceptible de aprovechamiento urbanístico independiente

La STS de 25 de mayo de 1999 (Ar. 5076) declara improcedente la reversión *in natura* de la parte sobrante de un bien expropiado cuando dicha parte no alcanza la superficie que

el planeamiento aplicable prevé como “parcela mínima susceptible de aprovechamiento independiente”, ya que carecería de sentido la restitución al expropiado de una porción de suelo haciendo abstracción de que dicha parcela sobrante habría de ser necesariamente objeto de enajenación o de agregación a una parcela colindante para materializar el aprovechamiento que permite la efectividad de las facultades dominicales y dota de sentido al derecho de propiedad en materia urbanística. No es aplicable aquí, por otra parte, el art. 66.2 del REF, que contempla los supuestos de imposibilidad del reintegro *in natura* del bien expropiado disponiendo que sólo serán de aplicación los principios de la responsabilidad patrimonial si la imposibilidad de restitución obedece a una “alteración indebida del bien”, cosa que no sucede en el caso de autos, por lo que en derecho de reversión ejercitado no tiene aquí contenido útil y deviene ineficaz por carecer de objeto. Estamos, por el contrario, ante el supuesto contemplado en los arts. 7 y 115 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, que se refieren al régimen de venta o agregación a las propiedades colindantes de las partes sobrantes que “por su reducida extensión, forma irregular o emplazamiento no fueren susceptibles de uso adecuado” (art. 7.2) y, en consecuencia, tampoco serían susceptibles de reversión *in natura*. Como afirma el Tribunal, ello determina:

“(…) que el contenido patrimonial de lo que podría recibirse en reversión no sea propiamente el sobrante recuperado de un bien expropiado (...), sino el valor económico consistente en el aprovechamiento urbanístico para cuya realización es menester perfeccionar operaciones de enajenación o adquisición de terrenos que suponen una novación sustancial de las características del objeto sobre el que directamente recaería la reversión”.

Añadiendo que no obsta a estas consideraciones el hecho de que no se haya instruido formalmente el expediente de calificación de los terrenos como parte sobrante al que se refiere el art. 7.3 del Reglamento de Bienes de las CCLL, pues:

“la condición de sobrante del terreno no exige modificación de su calificación desde el punto de vista de su régimen jurídico, sino que deriva directamente de las determinaciones del plan de ordenación, una vez realizado el vial en el mismo previsto, y no supone desafectación alguna del bien al destino inicialmente asignado, sino una consecuencia de la delimitación del terreno sobre el que recae la obra construida”.

7. GARANTÍAS JURISDICCIONALES

A) Procedencia del recurso contencioso-administrativo contra la resolución presunta del Jurado Provincial

El Tribunal Constitucional tiene declarado que aunque haya de considerarse con carácter general que el expediente de justiprecio que se tramita por el Jurado Provincial de Expropiación es un procedimiento incoado de oficio, ante la conducta omisiva del Jurado que no fija el justiprecio en plazo el expropiado puede interesar a dicho órgano para que ponga remedio a su inactividad y, de ser inatendida esta petición por silencio,

VIII. Expropiación Forzosa

cabe la interposición de un recurso contencioso-administrativo en tanto que los acuerdos expresos o presuntos de aquel órgano ponen fin a la vía administrativa (ATC 409/1988 y, sobre todo, STS 136/1995).

En aplicación de esta doctrina, la **STS de 25 de marzo de 1999** (Ar. 3178) declara haber lugar al recurso de casación planteado contra la sentencia del Tribunal *a quo* que estimó que la falta de resolución del Jurado no constituía acto presunto susceptible de recurso. En consecuencia, el defecto de jurisdicción del Tribunal de Instancia tiene que ser paliado por el Supremo al resolver el recurso de casación a fin de evitar la denegación de la tutela judicial efectiva, pues el Alto Tribunal interpreta, como viene siendo habitual en estos casos, que cuando el art. 102.1.1 de la LJCA de 1958 establece que “de estimarse lo motivos 1º y 2º del apartado 1 del art. 95, se anulará la sentencia o resolución recurrida, dejando a salvo el derecho de ejercitar las pretensiones ante quien corresponda o por el procedimiento adecuado”, la Ley Rituaria está conminando al Tribunal Supremo que conoce en casación a resolver la cuestión de fondo que planteó el recurso originario cuando la Sala de instancia incurre en defecto de jurisdicción, y esta interpretación viene avalada –sigue argumentando la sentencia– por la nueva redacción que al anterior artículo 102 de la LJCA de 1958 ha dado el nuevo art. 95.2.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

B) Cuantía del recurso de casación en materia expropiatoria

Como ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo, el cómputo de la cuantía a la que se refería el art. 93.2.b) de la LJCA de 1958 para interponer el recurso de casación [y que actualmente establece el art. 86.2.b) de la Ley 29/1998, subiendo la anterior cuantía de seis millones a veinticinco] viene determinada, en materia expropiatoria, por la diferencia entre el valor de los bienes o derechos expropiados que establece el acuerdo del Jurado y el valor asignado por el recurrente a dichos bienes y derechos en su hoja de aprecio, por ser ésta “la diferencia de la cuantía entre el objeto de la reclamación y el acto que motivó el recurso” a la que se refiere la LJCA [actualmente en su art. 42.b)] al establecer la cuantía del recurso en aquellos casos en los que la Administración ha accedido parcialmente a las pretensiones del demandante en vía administrativa (que es lo que sucede cuando el Jurado fija el justiprecio).

Después de recordar las reglas de cómputo que acabamos de exponer resumidamente, el **ATS de 12 de marzo de 1999** (Ar. 4038) precisa que cuando se trata de propiedades expropiadas que pertenecen a varios demandantes no puede computarse la cuantía del recurso de casación de forma indivisa, sino que –como establece la propia LJCA– en estos casos, y siempre que no conste lo contrario en los términos del art. 393 del CC, ha de atenderse al valor de la pretensión deducida por cada uno de los copropietarios y no a la suma del valor de la propiedad.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Imputabilidad. A) Administración obligada a resarcir el daño cuando difieren la titular del servicio en el momento de producirse el daño y la que lo es en el momento de dictarse sentencia. B) Atribución de la responsabilidad a la Administración en los casos de daños provocados directamente por la actuación de un tercero siguiendo recomendaciones administrativas contrarias a la legalidad. **3. Carácter objetivo del sistema de responsabilidad y relación de causalidad. Especial consideración de los daños producidos con ocasión de la asistencia pública sanitaria: comparación de las soluciones administrativa, civil y social.** A) Exigencia de una desviación de la *lex artis ad hoc*. B) Aplicabilidad de la LGDCU en el ámbito de la responsabilidad sanitaria pública

4. Antijuridicidad del daño y obligación de soportarlo. A) El cumplimiento de las obligaciones legales por la Administración no implica necesariamente su exención de responsabilidad y la obligación de soportar el daño del particular. B) Pérdida de resguardo de quiniela por la Administración: no existe la obligación de soportar el daño, aun cuando la normativa del sorteo lo permita. **5. Daño indemnizable. Reparación por medios diferentes del pago de una indemnización: in natura y mediante el propio pronunciamiento judicial.**

6. Responsabilidad del Poder Judicial. Prisión preventiva y funcionamiento anormal por duración anormal del proceso: supuestos en que procede la indemnización y método para su cálculo.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En la presente crónica, se analiza la jurisprudencia en materia de responsabilidad correspondiente a un período que abarca hasta mediados de 1999. Entre los diversos aspectos destacados, pueden resaltarse los atinentes a la responsabilidad derivada de actuaciones administrativas en el ámbito sanitario, con una comparación de las soluciones administrativa, civil y social; así como una serie de pronunciamientos condenatorios en relación a la responsabilidad del poder judicial por prisión preventiva seguida de libre absolución.

2. IMPUTABILIDAD

A) Administración obligada a resarcir el daño cuando difieren la titular del servicio en el momento de producirse el daño y la que lo es en el momento de dictarse sentencia

En el asunto que da origen a la STS de 23 de abril de 1999, Ar. 2825, Sala de lo Civil, se enjuicia la indemnizabilidad de un daño causado por la negligencia del personal sanitario de un hospital de titularidad estatal en el momento de su producción, y autonómica en la fecha del recurso. No se estima la excepción de falta de legitimación pasiva del INSALUD, por aplicación de los arts. 1089 y 1902 del CC:

“(…) la obligación de indemnizar nace en el mismo momento en que la actitud negligente causa el daño y no en el tiempo posterior de pronunciarse la sentencia. La sentencia tiene un valor declarativo de la obligación, no es constitutiva de la misma. La sentencia declara que la obligación de indemnizar se ha producido en una época anterior, coincidente con la producción del daño. En definitiva, declara, no *pro futuro*, sino retroactivamente”. (FJ 3º)

B) Atribución de la responsabilidad a la Administración en los casos de daños provocados directamente por la actuación de un tercero siguiendo recomendaciones administrativas contrarias a la legalidad

En la STS de 20 de febrero de 1999, Ar. 3146, una persona sufre daños físicos al tropezar con unos calzos puestos por un vecino a la salida de su garaje. El daño es imputado causalmente a la Administración, ante la existencia de una recomendación general municipal de hacer uso de este medio como alternativa a la construcción de vados permanentes, y el mantenimiento de una actitud de tolerancia respecto de los mismos, en contravención con la normativa sobre la materia.

3. CARÁCTER OBJETIVO DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD Y RELACIÓN DE CAUSALIDAD. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS DAÑOS PRODUCIDOS CON OCASIÓN DE LA ASISTENCIA PÚBLICA SANITARIA: COMPARACIÓN DE LAS SOLUCIONES ADMINISTRATIVA, CIVIL Y SOCIAL

A) Exigencia de una desviación de la *lex artis ad hoc*

El período considerado ha sido fructífero en asuntos de responsabilidad derivada de la asistencia pública sanitaria tanto en el orden contencioso-administrativo, como en el civil o el social. Merece la pena examinar la doctrina general manejada por cada orden jurisdiccional y comparar las diversas soluciones.

La Sala de Contencioso-Administrativo sigue fiel al régimen objetivo de responsabilidad administrativa antes consagrado en la LRJAE y LEF y hoy acogido por la LPAC. Ahora bien, lo cierto es que la prueba de la causalidad corresponde al particular, y el criterio de la anormalidad se constituye en el parámetro generalmente utilizado para atribuir o no el daño al actuar médico. De este modo, en el fondo, la indagación en la existencia o ausen-

IX. Responsabilidad Administrativa

cia de negligencia, en relación con la *lex artis ad hoc*, centra la mayoría de los pronunciamientos, lo cual, si bien es de todo punto razonable, en puridad viene a poner de manifiesto la imposibilidad, por la propia naturaleza de las cosas, de aplicar un sistema de responsabilidad de carácter objetivo pretendidamente puro hasta sus últimas consecuencias. El ámbito de la atención sanitaria pone bien al descubierto el carácter relativo y no absoluto de la garantía, al venir regido por un deber de prestación de medios adecuados, y no por la obtención de un resultado. Así ocurre en la jurisprudencia dictada en el período analizado:

– Así, en la **STS de 1 de marzo de 1999**, Ar. 2317, un paciente, al que se había practicado previa resonancia magnética, es intervenido mediante artroscopia. Ante la persistencia de los dolores, se somete a nuevo reconocimiento en clínica privada en que se le detectan lesiones que no habían sido observadas en la resonancia ni en la artroscopia. Por ello, ha de ser sometido a una segunda intervención. El Tribunal de instancia entiende que se siguió la conducta y cuidado exigibles en atención a las apariencias que el resultado de las pruebas había dado, sometidas al posible riesgo aleatorio que conlleva todo diagnóstico médico, por lo que sólo concede indemnización por pruebas médicas privadas. El TS descarta la procedencia de indemnización por el perjuicio personal sufrido. En su razonar, pues, aun siendo el régimen administrativo objetivo, independiente de toda negligencia, y comprensivo de la responsabilidad por funcionamiento normal,

“(…) no existe, siquiera sea indiciariamente, elemento probatorio alguno que acredite error en el diagnóstico médico que propició la primera de las intervenciones quirúrgicas (…)”. (FJ 4º)

Y, en relación con el desembolso económico a clínicas privadas por realización de pruebas complementarias, declarado indemnizable en la instancia, y sobre el que no se recurre por la Administración, añade *motu proprio*:

“(…) a pesar de que no compartamos algunos aspectos de sus razonamientos respecto del posible riesgo aleatorio que conlleva cualquier diagnóstico médico, y la obligación de la Administración –pese a la inexistencia del nexo causal directo, inmediato y exclusivo entre el daño producido y el actuar o el omitir de la Administración– de satisfacer en concepto indemnizatorio determinada cantidad por los gastos realizados fuera del Instituto Nacional de la Salud”. (FJ 4º)

– En la **STS de 10 de mayo de 1999**, Ar. 4917, se estima la responsabilidad por existir un funcionamiento anormal, al haberse provocado una gangrena a un paciente al ser inyectado en un ambulatorio público, con posterior diagnóstico tardío y espera en pasillos. Por lo demás, se rechaza la existencia de fuerza mayor, ya que una infección tal no es inevitable y no se conecta con un acontecimiento externo, sino que su producción se produjo en el contexto de un acto de asistencia sanitaria.

– En la **STS de 11 de mayo de 1999**, Ar. 4802, un paciente se somete a una operación de escoliosis de alto riesgo con resultado de lesión medular y paraplejía. La demandante alega falta de información y técnica operatoria incorrecta o, que “aun siendo la adecua-

da, tuvo lugar en el quirófano alguna circunstancia que originó la desgracia”, apelando a la responsabilidad objetiva prevista en la LGDCU. Para el TS, el que la operación tuviera lugar con previa información de riesgos y desaconsejando su realización rompe el nexo de causalidad.

– Por último, en la **STS de 18 de mayo de 1999**, Ar. 4808, el rescate y evacuación de un alpinista herido no logra salvarle la vida. Se descarta la responsabilidad al no haberse producido una dilación anormal en la prestación sanitaria, habida cuenta de las circunstancias del caso.

En cuanto a la Sala de lo Civil, se ha dictado un número considerable de sentencias. En ellas se abunda en la doctrina general, según la cual la prestación sanitaria es una obligación de medios y no de resultado. El régimen aplicado es el del CC, arts. 1902 y 1903. La prueba de la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc* corresponde al demandante, salvo en los casos de daños desproporcionados, en los que puede hablarse de un *fumus de negligencia* a la vista del resultado dañoso.

Una primera muestra de esta doctrina se encuentra expuesta en la **STS de 13 de abril de 1999**, Ar. 2611:

“(…) en la obligación de resultado, la no obtención de éste, que implica incumplimiento de obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad, es precisa la prueba de la falta de diligencia, para apreciar incumplimiento (...) una doctrina reiterada de esta Sala subordina a la previa acreditación de una clara negligencia por parte de quien presta tales servicios, calificados como originadores de una obligación de medios, independiente de los resultados que con ello se obtengan. Sin perjuicio, claro está, de que la falta de diligencia en la actividad se deduzca de la producción del daño, cuando éste es desproporcionado en relación de causalidad con la actividad del profesional médico”. (FJ 2º)

En la sentencia citada, el fallecimiento en el calabozo de un detenido, posterior a un reconocimiento médico, no da lugar a indemnización, habida cuenta de su mal estado de salud previo y de la ausencia de prueba de incorrección en el diagnóstico.

La doctrina reproducida es la que fundamenta todos los pronunciamientos habidos en el período considerado, que aportan interesantes matices y profundizaciones:

– En la **STS de 14 de abril de 1999**, Ar. 2615, se descarta la negligencia médica por haberse seguido la *lex artis ad hoc*. Acerca de la negligencia en los medios materiales –el enfermo muere por contusiones cerebrales y la habitación no estaba acolchada– establece que, siendo la obligación sanitaria una obligación de medios,

“(…) dichos medios han de estar disponibles de un modo y para un caso, dentro de un parámetro de normalidad, lo que no se puede exigir utopías en relación a prestaciones

IX. Responsabilidad Administrativa

de cualquier centro hospitalario, que, en todo caso, estarán determinadas por la finalidad específica del mismo y las limitaciones presupuestarias”. (FJ 1º)

– En la STS de 23 de abril de 1999, Ar. 2825, se aprecia actuación negligente en la prueba de rayos X a un paciente en la que se produce una caída ante la falta de precauciones calificada de previsible ante la situación extremadamente delicada de éste. La sentencia muestra otro aspecto, por demás obvio: en los casos de actuar negligente conectado causalmente con el daño, no puede hablarse de la existencia de fuerza mayor o el caso fortuito invocados ante la ausencia de elemento externo o de imprevisibilidad en la producción del daño.

– En la STS de 24 de mayo de 1999, Ar. 3359, se produce un seccionamiento de uréter en el transcurso de una operación. Se traza un fresco del contenido de la obligación de medios en materia sanitaria que merece la pena reproducir:

“(…) la obligación de medios comprende: 1) la utilización de cuantos elementos conozca la ciencia médica de acuerdo con las circunstancias crónicas y tópicas en relación con un paciente concreto; 2) la información, en cuanto sea posible, al paciente, o, en su caso, a los familiares del mismo, del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos, muy especialmente en el supuesto de intervenciones quirúrgicas, cuyo deber, en las afecciones crónicas, con posibles recaídas, degeneraciones o evolutivas, se extiende a los medios que comporta el control de la enfermedad; y 3) la continuidad del tratamiento hasta el alta”. (FJ 2º)

En el caso de autos, al tratarse de un incidente de relativa frecuencia y no haber sido siquiera detectado en el momento de su producción, se estima que se incumplió la *lex artis ad hoc*, de la cual se aporta una definición:

“(…) los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) supone tomar en consideración el caso concreto donde se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la transcendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo–, o exógenos –incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria–, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”. (FJ 2º)

Por lo demás, descarta la existencia de caso fortuito, por ser previsible, y de fuerza mayor, por ser evitable.

– Las SSTS de 19 de mayo de 1999, Ar. 4049, y de 24 de mayo de 1999, Ar. 3925, son ejemplos de cómo la ausencia de la negligencia exigible en el caso concreto, esto es, la falta de acomodo a la *lex artis ad hoc*, es el criterio decisivo. En la primera, la responsabilidad se anuda a la falta de control por parte del personal sanitario del monitor del cardiotógrafo al que estaba conectado un bebé con la frecuencia exigible según la práctica habitual. En la segundo, en un caso de gangrena con posterior amputación provocada por

el tratamiento médico, se examina la *lex artis ad hoc*, y se concluye en su infracción por falta de ingreso hospitalario procedente.

– Por último, la **STS de 29 de junio de 1999**, Ar. 4895, resulta de gran interés, pues aborda un supuesto de daño desproporcionado: un fallecimiento por paro cardíaco subsiguiente a una operación de extirpación de la vesícula biliar. Se adopta una solución peculiar respecto de otras ocasiones en que el rechazo de la responsabilidad administrativa se deriva automáticamente del de la del médico codemandado por ausencia de prueba de negligencia. En este caso se desestima la imputación de responsabilidad dirigida contra el personal médico; sin embargo, al INSALUD se le aplica la doctrina del daño desproporcionado, que corresponde a la regla latina *res ipsa loquitur*, con referencia a su reconocimiento en el Derecho comparado. Los requisitos para su aplicación son:

“(…) que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima”. (FJ 2º)

En el caso de autos, se estima que la juventud de la fallecida y la relativa sencillez de la operación, unida a la falta de toda explicación por parte del centro médico, muestran la desproporción del resultado, y se afirma la responsabilidad administrativa.

Por último, la Sala de lo Social ha dictado en este período la **STS de 19 de abril de 1999**, Ar. 4528, también de relevancia en lo que tiene de síntesis compilatoria y de contraste. Se plantean en casación para la unificación de doctrina dos cuestiones nucleares: la aplicabilidad de una responsabilidad por culpa o bien objetiva, de una parte; y, de otra, la parte a la que incumbe la carga de la prueba de la debida diligencia en la prestación del servicio público de asistencia sanitaria. Tras una aproximación a las soluciones aportadas por los órdenes administrativo, civil y social, concluye como notas comunes, respecto de la primera cuestión, que no se exige necesariamente la existencia de culpa o negligencia, al modo de la clásica responsabilidad por culpa; y, respecto a la segunda, que la carga de la prueba del empleo de la debida diligencia corresponde a la entidad prestadora del servicio público de salud. Respecto a la extensión de la fuerza mayor, el concepto ha de reservarse para daños imprevisibles e inevitables o externos. Al respecto, recopila dos pronunciamientos fundamentales y contradictorios con un trasfondo común: el de la transmisión del virus de la hepatitis C por vía de transfusiones sanguíneas realizadas en período anterior a que dicho virus fuera aislado y en que no existía a nivel mundial forma de detectarlo. En efecto, en la **STS de 5 de junio de 1991**, Ar. 5131, fue calificado de caso fortuito que no exime de responsabilidad objetiva, mientras que en la posterior y aún reciente de **22 de diciembre de 1997**, Ar. 737, se estima que se trata de un supuesto de fuerza mayor, con base en la imprevisibilidad e inevitabilidad del daño, que comporta su propia externidad al actuar administrativo y, por ende, la ausencia de responsabilidad. Como puede comprobarse, este último pronunciamiento parece conectar directamente

IX. Responsabilidad Administrativa

con la cláusula del estado de los conocimientos reflejada en nuestra LPAC en el artículo 141.1, tras su reforma por la Ley 4/1999.

En el caso en cuestión, el fallecimiento por shock anafiláctico subsiguiente a la práctica de la anestesia genera la responsabilidad administrativa, por ausencia de pruebas preoperatorias para determinar esta reacción, sin que se debiera a la constancia de su empleo en operaciones anteriores realizadas al mismo paciente, y, fundamentalmente, falta de acreditación de la información de los riesgos de la anestesia. Por último, la Administración pretendía el reconocimiento de la exonerante de fuerza mayor, por la relativa eficacia de este tipo de pruebas, lo que es descartado, precisamente por deberse el daño a las negligencias anteriormente mencionadas y por no haber sido informada de los riesgos.

La Sentencia luce una cierta ambigüedad en su exposición de los principios generales, bien que la solución pueda entenderse perfectamente compartible. Declara que no se aplica un régimen culpabilístico al modo clásico y que la carga de la prueba de la diligencia corresponde en estos casos a la Administración. Sin embargo, esta afirmación ha de ser matizada. Como hemos venido comprobando, la jurisprudencia muestra cómo tanto el orden administrativo como el civil vienen exigiendo la prueba de un actuar anormal, negligente, disconforme con la *lex artis ad hoc*, que corresponde al demandante. Ciertamente que la *lex artis* comprende una serie de obligaciones —de información, pruebas y análisis previos, seguimiento hasta el alta, etc.— cuyo cumplimiento, por su naturaleza, habrá de acreditar la Administración. Ahora bien, en lo que se refiere al tratamiento, y, en especial, a las intervenciones quirúrgicas, la prueba de la negligencia corresponde en principio al dañado, salvo en los casos de daños desproporcionados, de los que sí puede predicarse la inversión de la prueba. Ello es así en el estado actual de la jurisprudencia tanto civil —en que es el demandante el que ha de probar la negligencia— como administrativa —en que se exige de éste que aporte la prueba de la causalidad, que, como regla general, sólo se estima en caso de funcionamiento anormal—.

B) Aplicabilidad de la LGDCU en el ámbito de la responsabilidad sanitaria pública

¿Es aplicable a la Administración el régimen de responsabilidad derivada de la prestación de servicios diseñado por la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios? La cuestión no es absolutamente pacífica, si bien la jurisdicción civil y administrativa tienden al manejo de los preceptos que dibujan el régimen general de responsabilidad correspondiente.

— En las sentencias del orden administrativo antes expuestas, se aplica el régimen administrativo de responsabilidad contenido antes en la LRJAE y hoy en la LEF y LPAC. En la **STS de 11 de mayo de 1999**, Ar. 4802, el demandante esgrime que la sentencia de instancia, al descartar la indemnización con base en el cumplimiento de la obligación de información de los riesgos de una delicada operación, expresamente desaconsejada al paciente, ha conculcado la LGDCU. El TS declara aplicable como norma especial el régimen de responsabilidad administrativa contenido en la LEF frente a la LGDCU, y, aún más, añade como *obiter dictum* que incluso desde la perspectiva de la LGDCU, la prestación de asistencia sanitaria es una obligación de medios, y no de resultados:

“En idéntico sentido desestimatorio hemos de pronunciarnos con relación al segundo motivo esgrimido, en el que se acusa la infracción del art. 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984, pues aunque margináramos la manifiesta certeza de que la responsabilidad cuestionada en el proceso, viene directa y específicamente regulada en los artículos 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, hoy sustituido por la 30/1992 y 121 de la de Expropiación Forzosa, es de tener en cuenta que tales preceptos ciertamente y desde luego son de preferente y necesaria aplicación sobre los invocados en el motivo que examinamos, en cuanto éstos sólo contienen criterios de orden general y ha de acudir a aquellos otros para determinar en concreto la procedencia o improcedencia de la responsabilidad patrimonial, todo ello sin perjuicio de hacer constar que devendría en cualquier caso y en último término aplicable la doctrina que proclamábamos en el fundamento anterior (referida a que la asistencia sanitaria es una obligación de medios y no de resultado).” (FJ 6º)

– Por su parte, como hemos comprobado en el análisis jurisprudencial, el orden civil maneja el criterio de la culpa o negligencia del 1902 del CC. En la STS de 29 de junio de 1999, Ar. 4895, que, como comentamos, aplica a un fallecimiento por paro cardíaco subsiguiente a una operación de extirpación de la vesícula biliar la “doctrina del daño desproporcionado”, el recurso a la misma se hace desde el propio régimen civil y, en concreto, en aplicación del art. 1903 del CC. Sólo “a mayor abundamiento” se declara aplicable la LGDCU.

4. ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO Y OBLIGACIÓN DE SOPORTARLO

A) El cumplimiento de las obligaciones legales por la Administración no implica necesariamente su exención de responsabilidad y la obligación de soportar el daño del particular

La STS de 21 de junio de 1999, Ar. 4889, contempla un supuesto de daños en maquinaria agrícola por incendio provocado al tocar postes de tendido eléctrico en malas condiciones de seguridad. El cuidado y mantenimiento de la línea eléctrica corresponde a Iberdrola, mientras que la Administración autonómica es competente en materia de seguridad de la conducción eléctrica, con facultades inspectoras que puede ejercer de oficio y en el caso de autos no ejerció. El TS mantiene la condena solidaria en instancia, descartando el argumento de la Administración acerca del cumplimiento por su parte de la normativa reglamentaria, ya que “(...) la culpa existe con independencia del cumplimiento de la normativa reglamentaria.”

B) Pérdida de resguardo de quiniela por la Administración: no existe la obligación de soportar el daño, aun cuando la normativa del sorteo lo permita

La STS de 14 de mayo de 1999, Ar. 5189, tiene como presupuesto el extravío por el establecimiento receptor del boleto de una quiniela que acertó el pleno. La Administración

IX. Responsabilidad Administrativa

sostiene el deber del perjudicado de soportar el daño al haber aceptado las normas reguladoras de los concursos de pronósticos, una de las cuales prevé que el Patronato de Apuestas no es responsable en caso de anulación de boletos, acordados en virtud de lo establecido en estas normas. Tras una recopilación de la jurisprudencia dictada sobre este género de eventos, entiende que, habiendo cumplido el particular con todas sus obligaciones, la única causa del extravío fue el funcionamiento de la Administración. Además, la anulación no fue anunciada en el establecimiento receptor como impone la normativa reguladora “(...) aunque el dato no tenga importante significación, pues el título jurídico para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios echa sus raíces en razonamientos más importantes (...)”. En definitiva, se viene a apuntar la falta de vinculatoriedad de tales cláusulas y la imputación del daño en todo caso a la Administración, habida cuenta la naturaleza jurídico-administrativa de la actividad desarrollada por los órganos encargados de la gestión de las apuestas y la incardinación de los establecimientos receptores en la organización administrativa de forma instrumental.

5. DAÑO INDEMNIZABLE. REPARACIÓN POR MEDIOS DIFERENTES DEL PAGO DE UNA INDEMNIZACIÓN: IN NATURA Y MEDIANTE EL PROPIO PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL

En la STS de 22 de marzo de 1999, Ar. 3159, la obligación de reparación *in natura* de los desperfectos producidos en el inmueble vecino por la instalación de aire acondicionado en unas dependencias administrativas, acordada por el Tribunal de instancia, no es considerada como contraria a los principios de la responsabilidad administrativa, como aduce la representación de la Administración.

En las SSTs de 3 de marzo de 1999, Ar. 3018 y de 6 de mayo de 1999, Ar. 4912, se estima que la propia sentencia estimatoria es ya suficiente reparación del daño causado. En el primer caso, se trata de la defectuosa redacción de las bases para el otorgamiento de una beca, que lleva a la impresión de que la selección de la candidatura por la Administración autonómica que la otorga implica necesariamente la acogida en un centro de estudios avanzados, cuando en realidad está supeditada a la admisión por éste del candidato. Descartada la existencia de daños patrimoniales, el TS entiende que, aunque no puede negarse un cierto grado de frustración en un candidato que incluso se desplazó al país donde se ubica el centro en cuestión, “(...) el daño moral no siempre ni necesariamente puede resarcirse económicamente, ni tampoco tiene que serlo de esa guisa (...)”. A la vista de las circunstancias del caso, considera que “(...) la presente sentencia constituye en sí misma una satisfacción equitativa suficiente por el daño moral”, enlazando expresamente con la acogida de este tipo de compensaciones simbólicas en la jurisprudencia del TEDH. Lo mismo sucede en el segundo caso, en que el daño moral consiste en la falta de ascenso a coronel de un militar que obtuvo ya la anulación de la negativa de ascenso y el posterior reconocimiento del mismo, con abono de las diferencias retributivas dejadas de percibir.

6. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL. PRISIÓN PREVENTIVA Y FUNCIONAMIENTO ANORMAL POR DURACIÓN ANORMAL DEL PROCESO: SUPUESTOS EN QUE PROCEDE LA INDEMNIZACIÓN Y MÉTODO PARA SU CÁLCULO

Importantes sentencias se han dictado en el período que abarca esta crónica sobre la materia, en que se plantean todo tipo de cuestiones, muy en especial dos: el concepto de inexistencias objetiva y subjetiva; y el método de cálculo de la indemnización.

– En la **STS de 20 de febrero de 1999**, Ar. 3016, una persona ha sufrido prisión provisional tras ser acusado de facilitar información sobre los hábitos de directores de oficinas bancarias objeto de posteriores robos con intimidación. Posteriormente, el Ministerio Fiscal retira la acusación, lo que determina que el Tribunal lo absuelva, sin declarar en la sentencia si tuvo o no lugar el trasvase de información que le fue imputado. El TS lo engloba en el supuesto de inexistencia del hecho del art. 294.1 de la LOPJ, y no en el inexistencia subjetiva, ante la falta de acusación y de pronunciamiento. Resulta interesante por lo demás el método para el cálculo de la indemnización del daño moral. Se parte de su componente altamente subjetivo y se afirma que:

“(…) en los supuestos de daños morales por prisión preventiva con ulterior absolución por inexistencia objetiva o subjetiva del hecho, para la efectividad del criterio legal de fijación de la cuantía de la indemnización, recogido en el propio artículo 294.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: tiempo de privación de libertad y consecuencias personales y familiares que se hayan producido, debemos señalar determinadas pautas que sirvan de orientación a fin de lograr un trato equitativo en cada caso y, al mismo tiempo, eviten desigualdades en la indemnizabilidad del perjuicio moral.

Es lógico que la prolongación en el tiempo de la privación de libertad agrave progresivamente dicho perjuicio, de manera que la fijación de idéntica cantidad por cada día de prisión no parece acertada, ya que no es lo mismo estar en prisión preventiva una semana, un mes o un año, y, en consecuencia, se debe incrementar la indemnización progresivamente en lugar de proporcionalmente, si bien la determinación de cada período y el tipo de incremento ha de quedar al prudente arbitrio del juzgador en cada caso atendiendo a las circunstancias que seguidamente señalaremos.

A cualquiera le supone un grave perjuicio moral el consiguiente desprestigio social y la ruptura con el entorno que la prisión comporta, además de la angustia, ansiedad, inseguridad, inquietud, frustración, fastidio, irritación o temor que suele conllevar, pero las circunstancias de salud, conducta cívica, hechos imputados, antecedentes penales o carcelarios tienen relevancia, para que sus consecuencias sean diferentes según cada persona, lo que debe reflejarse en la cuantía de la compensación económica de aquél.

También son trascendentes a tal fin la posibilidad o no de rehabilitar la honorabilidad perdida y la mayor o menor probabilidad de alcanzar el olvido social del hecho, así como la

IX. Responsabilidad Administrativa

huella que haya dejado en la personalidad o conducta del que la ha padecido, secuelas que, evidentemente, no son idénticas en cualquier caso”. (FJ 4º)

Al no apreciar especiales circunstancias concurrentes, establece una cantidad diaria y divide los períodos por quincena, aumentando la cantidad en un 50 por ciento respecto de cada período. La cantidad es incrementada con el interés legal establecido por las sucesivas leyes de presupuesto desde que fue reclamada la indemnización hasta su completo pago, tal y como fue reclamado por el demandante.

– La **STS de 29 de marzo de 1999**, Ar. 3783, acoge un supuesto de prisión preventiva con posterior absolución, tras la tramitación del proceso penal durante quince años, que constituye dilaciones indebidas determinantes de un anormal funcionamiento de la Administración de justicia. La denuncia de la tardanza exigida por el TC en materia de dilaciones indebidas conculcatorias del artículo 24.2 de la CE no es requisito de la acción de responsabilidad, que es autónoma. Por otra parte, aunque la prisión preventiva y la mayor parte del período de tramitación del proceso tuvo lugar con anterioridad a la vigencia de la CE, el derecho subjetivo y la acción para poder hacerlo valer nace cuando se dicta sentencia absolutoria firme, y ha de tomarse en cuenta ambos en su totalidad, sin que en estos casos, como es sabido, sea necesaria previa declaración de error judicial, contra lo suscrito en la Sentencia de instancia. Asimismo, rebate dicha Sentencia en su lectura del previo pronunciamiento penal, ya que la absolución no tuvo lugar por falta de pruebas, como ésta interpreta, sino por considerar que los hechos probados de los que fueron autores los procesados no eran constitutivos de los delitos de los que venían acusados, lo que se sitúa en el supuesto de inexistencia de acción típica, que subsume en el supuesto de inexistencia del hecho delictivo:

“Una interpretación del contenido del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que limitase su aplicabilidad a los casos de absolución o sobreseimiento libre por no haber existido materialmente los hechos, determinantes de la prisión preventiva, sería tanto como excluir de la indemnización los supuestos en que se hubiese decretado prisión provisional a pesar de no ser los hechos determinantes de la misma constitutivos de infracción punible alguna por no estar tipificados como tales, con lo que se incumpliría la finalidad del precepto, que no es otra que la de amparar a quien con manifiesto error judicial haya sufrido prisión preventiva por hechos que no han existido materialmente o que, de haber existido, no fuesen constitutivos de infracción punible, ya que el significado jurídico de la expresión literal utilizada en dicho precepto: ‘inexistencia del hecho imputado’, no puede ser otro que el de inexistencia de hecho delictivo, pues sólo éstos tienen relevancia jurídico-penal para ser acusado por ellos y justificar la adopción de la medida cautelar de prisión provisional (...)”. (FJ 12º)

Rechaza el perjuicio patrimonial por el lucro cesante derivado del descrédito que para un directivo de banca supone un proceso penal con repercusión pública y que cercena cualquier aspiración profesional posterior, habida cuenta de que la entidad había venido a una situación de insolvencia que de suyo comporta un descrédito tal. Sí reconoce la existencia de manifiesto daño moral, a diferencia de la sorprendente apreciación en contrario del Tribunal de instancia. Para su cómputo, sigue los criterios moduladores apuntados en la

STS de 20 de febrero de 1999, antes transcrita, que además extiende no sólo a la prisión provisional sino también a la tardanza excesiva en la tramitación de un proceso,

“(…) singularmente cuando de una causa criminal se trata, en cuyo caso la circunstancia de la edad del sometido a él o su salud agravan extraordinariamente el daño moral, y lo mismo las limitaciones impuestas, tanto personales como patrimoniales: presentaciones y prohibiciones de ausentarse, fianzas, embargos o avales, pueden incrementar ostensiblemente el perjuicio moral del procesado o acusado”. (FJ 17º)

Sigue pues estas pautas y en este caso aprecia dos circunstancias agravantes del daño, la edad y la situación profesional del acusado por un delito de apropiación indebida. Aplica el mismo método de cálculo antes comentado sobre una base mayor, si bien periodizando por meses y con un incremento del 25 por ciento, en el caso del período de prisión preventiva, y por años, con una cantidad diaria fija para los cuatro primeros, un incremento del 25 por ciento durante los tres siguientes, y del 50 por ciento durante cada uno de los tres restantes, en el caso de la dilación del proceso, descontando el tiempo de tramitación normal, que fija en cuatro años, y actualizando la cantidad sólo respecto del período para que la actualización es solicitada, así como desde la fecha de la sentencia hasta su completo pago.

– En la **STS de 5 de abril de 1999**, Ar. 4508, se enjuicia un supuesto de prisión provisional por delito de introducción de moneda falsa, siendo así que la sentencia penal entendió que el acusado era desconocedor de que los billetes fueran falsos. El caso es subsumido en el supuesto de inexistencia del hecho delictivo.

– Una persona que sufrió prisión provisional, a resultas de una acusación por tráfico de estupefacientes es la demandante en la **STS de 3 de mayo de 1999**, Ar. 4790. El Ministerio Fiscal pidió libertad provisional pero no fue concedida hasta nuevo informe en que precisó que el imputado no sería acusado, tras lo cual se decretó sobreseimiento provisional respecto del imputado. La sentencia penal apreció la existencia de delito y condenó a algunos acusados, estableciendo que en la comisión del delito tuvieron intervención otras personas que no fueron identificadas, por lo que el Tribunal de instancia descarta el supuesto de inexistencia subjetiva. Por el contrario, el TS casa una interpretación tal, calificándola de *contra cives*. Pone de manifiesto la irregularidad del proceso respecto del reclamante, con retirada de acusación seguida de sobreseimiento “provisional” y posterior sentencia que no se pronuncia al respecto. Entiende que ha lugar a la indemnización y retoma los criterios establecidos en la STS de 20 de febrero de 1999, sin apreciar concurrencia de circunstancias agravantes del daño, estableciendo una base diaria y un incremento del 25 por ciento mensual, con pago de intereses desde la fecha de la sentencia de instancia hasta su completo pago.

EMILIO GUICHOT REINA
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Personal eventual. Se caracteriza por ejercer funciones expresamente calificadas de confianza o asesoramiento oficial. 3. Acceso a la Función pública. Falta de garantía del anonimato de los aspirantes. Vulneración del derecho de igualdad. 4. Provisión de puestos de trabajo. A) Concurso de méritos. Interpretación discriminatoria de baremos de méritos lesiva del derecho de igualdad. B) Adscripción provisional. Funcionarios cesados en puestos de libre designación. La garantía de los puestos de trabajo cubiertos por este sistema impide su amortización. C) Libre designación. Cese y adscripción provisional a puesto diferente. Desviación de poder. Potestad autoorganizativa de la Administración Local. D) Libre designación. Cese. Pérdida de confianza. Innecesariedad de motivación y de audiencia. E) Comisión de servicios. Los funcionarios deben reunir los requisitos establecidos por la relación de puestos de trabajo para su desempeño. Cobertura presupuestaria. **5. Situaciones administrativas. Funcionarios transferidos a las Comunidades Autónomas. Carácter forzoso de la adscripción cuando presten servicio en órganos periféricos de la Administración estatal. 6. Retribuciones de los funcionarios públicos.** A) Las retribuciones complementarias vienen vinculadas objetivamente al puesto de trabajo, de tal manera que sólo deriva el derecho a su percepción por su desempeño efectivo. B) La Administración puede alterar la asignación de nivel del complemento de destino como consecuencia del ejercicio de la competencia de organización que le corresponde. C) La diferenciación en complementos retributivos es discriminatoria para los funcionarios cuando hay identidad de servicios, funciones y cometidos. D) Los miembros del Cuerpo Nacional de Policía en la situación de segunda actividad sin destino no tienen derecho a percibir el 80 por ciento de los denominados complementos específicos de puesto de trabajo y de catálogo. E) Una vez reconocida por la Administración la procedencia del complemento de productividad en supuestos en los que no hay prestación efectiva de trabajo, ha de estimarse también legítima su percepción en los períodos de licencia por enfermedad del cónyuge. F) La disminución del complemento específico es legal siempre que tal descuento esté previsto en una norma con rango de

Ley. **7. Derechos colectivos.** A) Todas las materias que afecten a las condiciones de trabajo en general han de ser objeto de negociación colectiva. B) La negociación colectiva tiene por objeto la normativa que ha de regular los procedimientos, no cada supuesto concreto de aplicación. C) El Acuerdo-Marco tiene la naturaleza y alcance de disposición de carácter general y no de acto administrativo de destinatario plural.

8. Incompatibilidades. A) Los Oficiales, Auxiliares y Agentes Judiciales están sujetos a las causas de incompatibilidad sólo si en un puesto de trabajo concreto concurre cualquiera de las circunstancias que prevé la legislación de funcionarios. **9. Cese del personal interino en fecha anterior a la prevista en el nombramiento. Sólo procede en supuestos de provisión de los puestos de trabajo por personal funcionario o desaparición de las circunstancias urgentes determinantes del nombramiento.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge un amplio y variado repertorio de resoluciones judiciales del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia, que formulan pronunciamientos muy interesantes, especialmente en lo relativo a cuestiones relacionadas con la provisión de puestos de trabajo, las retribuciones y los derechos colectivos de los funcionarios.

2. PERSONAL EVENTUAL. SE CARACTERIZA POR EJERCER FUNCIONES EXPRESAMENTE CALIFICADAS DE CONFIANZA O ASESORAMIENTO OFICIAL

Según el art. 89 de la Ley de Bases del Régimen Local, en relación con el art. 20.2 de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, el personal eventual se caracteriza tanto por ejercer funciones de asesoramiento oficial como por la especial confianza que ofrece a quien los nombra. Por esta razón, su nombramiento y cese libre corresponde al Alcalde o Presidente de la Entidad local, y procederá automáticamente el cese de este tipo de personal siempre que se produzca el cese o expire el mandato de la Autoridad a la que presten confianza o asesoramiento.

En cualquier caso, los puestos de trabajo a desempeñar por personal eventual deben estar incluidos en la plantilla y, por otro lado, también las retribuciones correspondientes deben figurar en la partida correspondiente del Presupuesto.

De conformidad con todo lo expuesto, la STSJ de Extremadura de 2 de marzo de 1999, Ar. 677 (Recurso 29/1996), estima el recurso interpuesto contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Puebla de la Calzada, de 14 de agosto de 1995, por el que se nombró a P.S.C. para ocupar el puesto de Encargado de Obras, reservado a personal eventual de

X. Función Pública

libre designación por la Alcaldía, dada la falta de observancia de los dos últimos requisitos mencionados y, además, por entender que:

“(…) la designación del Encargado de Obras a que se refiere este recurso, al que se le asignan las atribuciones de encargado del personal laboral del Ayuntamiento, de las obras que se realicen por administración y supervisión de las que se adjudiquen mediante concurso o subasta y la de Encargado General de los Servicios Municipales de abastecimiento de agua, saneamiento, basura, vía pública, parques y jardines, matadero y aquellos que le sean encomendados directamente por la Alcaldía, no se ajusta al concepto técnico de personal eventual (…).”

3. ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA. FALTA DE GARANTÍA DEL ANONIMATO DE LOS ASPIRANTES. VULNERACIÓN DEL DERECHO DE IGUALDAD

La STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de marzo de 1999, Ar. 699, estima el recurso interpuesto contra la Resolución del Ayuntamiento de Caudete (Albacete), de 24 de octubre de 1999, por la que se desestimaron los recursos interpuestos contra el procedimiento selectivo de provisión de vacantes de Policía Municipal.

Los recurrentes sostienen la nulidad del tercer ejercicio escrito sobre conocimientos generales, por vulnerar lo establecido en el art. 4.c) y la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, que establece las reglas básicas y programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los Funcionarios de la Administración local, por cuanto el Tribunal Calificador acordó que los aspirantes indicasen nombre, apellidos y DNI en sus respectivos ejercicios. Al actuar así, se privó a los aspirantes de la necesaria garantía de la igualdad de oportunidades en el proceso de selección.

Así lo estima la Sentencia comentada, sosteniendo que:

“En el caso de autos, la Corporación demandada no ha justificado la conveniencia de esta medida consistente en la necesidad de hacer constar, en el tercer ejercicio de las pruebas (en concreto, la correspondiente a la prueba de conocimientos generales), los datos personales de los aspirantes, actuando con arbitrariedad, en clara vulneración de lo dispuesto en el art. 103 CE, dado que en ningún momento justifica el por qué se decide conocer el nombre de los aspirantes antes de la realización del tercer ejercicio. Es decir, el Tribunal Calificador no ha justificado la razón por la que no es posible [como dice el art. 4.c)] garantizar el anonimato de los aspirantes, lo que supone una vulneración de la legalidad vigente, suficientemente grave como para declarar la nulidad del tercer ejercicio de la fase de oposición, al objeto de que pueda realizarse con las garantías necesarias.”

4. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

A) Concurso de méritos. Interpretación discriminatoria de baremos de méritos lesiva del derecho de igualdad

La STC 99/1999, de 31 de mayo, BOE de 29 de junio (Sala Primera, recurso de amparo), concede amparo en el recurso interpuesto contra la Sentencia de 31 de diciembre de 1994 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que

resolvió el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución de 3 de agosto de 1990 de la Dirección General de la Función Pública, que desestimó el recurso de reposición contra la Orden de 25 de mayo de 1990, de la Consejería de Administración Pública e Interior, que resolvió el concurso de méritos para la provisión, entre otros, del puesto de Jefe de Servicio de Medicina Interna del Hospital General de Murcia.

Según la Orden de convocatoria del mencionado concurso, podrían concurrir a la plaza convocada, además de los funcionarios de carrera de las distintas Administraciones Públicas, el personal estatutario de la Seguridad Social vinculado a ésta con carácter definitivo. Asimismo, en el baremo de méritos de dicha orden se contemplaba una puntuación de hasta tres puntos “por haber consolidado un grado personal igual o superior al nivel de complemento de destino del puesto que se solicita”. El ahora recurrente, personal estatutario al servicio del INSALUD, no obtuvo puntuación en el apartado del baremo de méritos relativos al grado personal ni, por ello, obtuvo la plaza de Jefe de Servicio de Medicina Interna. La Comisión de Selección justificó tal falta de puntuación por entender que entre el personal estatutario no estaba prevista la consolidación del grado personal en los términos establecidos por los arts. 20.1.a) y 21.2 de la Ley 30/1984. Sin embargo, esta constatación no impidió a la Comisión valorar la posesión de grado personal respecto del personal laboral fijo, estimando consolidado al menos el nivel de puesto base por el transcurso de dos años desde la adquisición de la condición de laboral fijo en la categoría o escala de pertenencia.

El Tribunal Constitucional advierte que la Comisión de selección, dejando de puntuar al recurrente en el baremo referido a la posesión de determinado grado personal, ha efectuado una interpretación discriminatoria y, por tanto, lesiva del derecho consagrado en el art. 23.2 de la CE. Pues:

“No es razonable que, abierta la convocatoria al personal funcionario, al personal laboral fijo y al personal estatutario de la Seguridad Social, al interpretar las bases y el baremo no se tenga en cuenta el diferente régimen jurídico sustantivo de dichos colectivos, de tal suerte que se coloca en una situación desventajosa al personal estatutario frente a los funcionarios públicos y al personal laboral fijo, al no valorar al personal estatutario de la Seguridad Social en uno de los apartados del baremo de méritos (en lo relativo al ‘grado personal’) cuando ello es perfectamente posible mediante una interpretación más acorde con el principio de igualdad del referido apartado, como se ha hecho en relación con el personal laboral fijo. Dicho de otro modo, la Comisión de Selección aplicó un criterio material o sustantivo en relación con el personal laboral fijo, entendiendo que, si bien la institución del grado personal no se contempla en la normativa laboral, cabe puntuar por el referido apartado a dicho personal, considerando el desempeño del puesto de trabajo durante dos años desde la adquisición de la condición de laboral fijo como equivalente a la consolidación de un grado personal, habida cuenta que el grado personal (de los funcionarios públicos) se consolida por el desempeño de un puesto durante dos años continuados o tres con interrupción. Sin embargo, en relación con el personal estatutario de la Seguridad Social y respecto de ese mismo apartado del baremo de méritos mantuvo un criterio formalista, y ello a pesar de que el régimen jurídico aplicable a este tipo de personal guarda mayor similitud con el régimen funcional que el que puede exis-

X. Función Pública

tir entre éste y el régimen laboral. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que el recurrente, personal estatutario de la Seguridad Social, venía ocupando con carácter definitivo un puesto de trabajo de nivel 26 durante más de siete años a la fecha de la convocatoria.”

B) Adscripción provisional. Funcionarios cesados en puestos de libre designación. La garantía de los puestos de trabajo cubiertos por este sistema impide su amortización

La STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 15 de marzo de 1999, Ar. 684 (Recurso 622/1997) estima el recurso interpuesto contra la Resolución de la Comisión Interministerial de Retribuciones de 31 de octubre de 1996, que modificó la relación de puestos de trabajo y creó un nuevo puesto a amortizar en plazo determinado, al que fue adscrito un funcionario cesado en un puesto de libre designación. La citada Sentencia señala que la modificación de la relación de puestos de trabajo objeto de impugnación infringe la garantía del puesto de trabajo que el art. 72 del Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, establece en favor de los funcionarios cesados en puestos de libre designación, como es el caso del recurrente, que serán adscritos provisionalmente a un puesto de trabajo.

Por tanto, tal como señala la STSJ de Canarias, en virtud de la garantía del puesto de trabajo que consagra el art. 72 del Reglamento de Ingreso,

“Los puestos cubiertos por adscripción provisional serán convocados para su cobertura con carácter definitivo, teniendo los funcionarios que los desempeñen la obligación de participar en las correspondientes convocatorias. Pero además implica que se reconoce al funcionario la posibilidad de optar a obtener destino definitivo en el puesto al que ha sido adscrito provisionalmente.

El acto impugnado, al establecer que el puesto al que se adscribe provisionalmente, se amortizará en el plazo de dieciocho meses, desconoce el derecho del funcionario a optar a la plaza con carácter definitivo, obligándole irremediabilmente a un nuevo cambio de puesto cuando se amortice el puesto al que ha sido adscrito provisionalmente.”

C) Libre designación. Cese y adscripción provisional a puesto diferente. Desviación de poder. Potestad autoorganizativa de la Administración Local

La STSJ de Baleares de 23 de abril de 1999, Ar. 876 (Recursos acumulados 1051/1995 y 840/1996) estima los recursos interpuestos contra sendos Acuerdos del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, de 31 de julio de 1995 y 30 de mayo de 1996.

En virtud del primero de los acuerdos, de la Alcaldía, se cesa a doña T.F. como Jefe del Servicio de Recursos Humanos y se la adscribe provisionalmente al puesto de trabajo vacante de la Oficina Municipal de Información al Consumidor, con orden de iniciar expediente de modificación de la plantilla de 1995, transformando este puesto de Técnico de Administración General Jefe de Negociado de la Oficina Municipal de Información al Consumidor por el de Administrativo Jefe de Sección. Este mismo acuerdo de 31 de julio de 1995 dispuso la adscripción provisional de don C.R. al puesto de Jefe del Servicio de Recursos Humanos. El

acuerdo en cuestión fue adoptado sin motivación alguna, apoyándose únicamente en un informe del Concejal delegado de la Función Pública, quien señaló conocer a fondo las características y necesidades organizativas del Departamento Municipal por haber desempeñado con anterioridad el puesto de Asesor de Relaciones Laborales —si bien, en la fecha del informe ya no existía dicho cargo—, y en cuya opinión, don C.R. era la persona idónea para cubrir el puesto de Jefe de Servicio de Recursos Humanos, pues reunía la doble cualidad como funcionario experto en materia de personal municipal y capacidad negociadora, tanto con las organizaciones sindicales, como directamente con el personal municipal.

Mediante el segundo de los acuerdos impugnados, del Pleno, se convoca la provisión por libre designación del puesto de Jefe del Servicio de Recursos Humanos.

En base a todo lo expuesto, la STSJ de Baleares de 23 de abril de 1999 señala que:

“Si el acto, como aquí acontece, se orienta a la arbitrariedad, y supuestamente se halla inspirado en los fines de interés público que acompañan a la potestad autoorganizatoria, pero, en realidad, prescinde claramente de ellos, cuando aparece que, ‘a pesar de las dificultades del Departamento’, según se refiere en el informe, éste ‘disminuye’ con un puesto de trabajo, el que ostentaba el Concejal informante, y sin ninguna razón se nombra a otra persona, no para su puesto, el ‘vacante’ de asesor, sino para el de otra, a la que se traslada a un puesto que no guarda relación; que es Jefa del Servicio, y sobre la cual, su competencia o sus resultados, nada se refiere, ni en una sola mención o línea, deberá concluirse que aunque se quiera pensar que dicha resolución esté inspirada en el servicio a determinado interés público, desde luego no lo está, por lo que necesariamente debe concluirse que está viciada de desviación de poder.”

D) Libre designación. Cese. Pérdida de confianza. Innecesariedad de motivación y de audiencia

Tal como prevén los arts. 20.1.b) de la Ley de Medidas para la Reforma de la Forma de la Función Pública y 27.2 de la Ley de la Función Pública de Galicia, la libre designación, previa convocatoria pública, es un sistema de provisión de puestos de trabajo basado en la confianza que el nombrado merece a quien lo designa. De ahí que, cuando desaparece la confianza que motivó el nombramiento se produzca el cese del nombrado.

En consecuencia, la STSJ de Galicia de 17 de marzo de 1999, Ar. 714 (Recurso 397/1996), desestima el recurso interpuesto por J.P.M. contra la Resolución del Secretario General y del Patrimonio de la Consellería de Economía y Hacienda de la Xunta de Galicia, por la que se dispuso el cese del actor como Jefe del Servicio de Gestión Tributaria en la Delegación Territorial de Ourense.

Pese a que el actor alega falta de motivación y arbitrariedad de la decisión administrativa, a juicio de la Sala:

“Basta leer el informe reservado obrante en el expediente para comprender las razones que impulsaron la decisión administrativa impugnada, en cuyo contenido esta Sala no quiere

X. Función Pública

insistir por obvios motivos de no herir susceptibilidades, sin que sea misión de este Tribunal valorar si tales razones allí vertidas son fiel y exacto reflejo de la realidad, pues es suficiente con estimar que lo que en aquel informe se recoge no es sino la justificación de la desconfianza hacia la actitud personal y funcional del recurrente que, por sí sola, avala la decisión de cese que se recurre y decisión que no tiene por qué ser motivada ni respecto de la cual ha de concederse audiencia previa al interesado, del mismo modo que no se motivó ni se le oyó al tiempo de su nombramiento.”

E) Comisión de servicios. Los funcionarios deben reunir los requisitos establecidos por la relación de puestos de trabajo para su desempeño. Cobertura presupuestaria

Según lo dispuesto por el art. 64.1 del Reglamento de Provisión de Puestos de Trabajo aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, y 153 de la Ley de Haciendas Locales, es posible cubrir en comisión de servicio un puesto de trabajo vacante, en caso de urgente e inaplazable necesidad, con un funcionario que reúna los requisitos establecidos para su desempeño en la relación de puestos de trabajo. Así mismo, el art. 153 de la Ley de Haciendas Locales supedita la citada posibilidad a la existencia de la necesaria cobertura presupuestaria.

Atendiendo a lo establecido por los preceptos mencionados, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de mayo de 1999**, Ar. 1432 (Recurso 1333/1996), estima el recurso interpuesto contra la resolución de 26 de junio de 1996, por la que el Ayuntamiento de Albacete nombró en comisión de servicios a R.F.V. para ocupar el puesto de Jefe de Sección Especial de Consumo y Abastos, y a F.G.T. para ocupar el puesto de Jefe de Negociado Especial de la Unidad Municipal Agroalimentaria, en ausencia de los requisitos indicados más arriba.

Así lo estima esta Sentencia, pues además de la falta de cobertura presupuestaria de las plazas litigiosas,

“Queda acreditado al respecto que en el nombramiento en que se produjo la resolución impugnada, en el Catálogo de Puestos de Trabajo del Ayuntamiento de Albacete, la plaza de Jefe de Sección Especial de Consumo estaba configurada como de Técnico Superior de la Administración Especial con exigencia de licenciatura en Derecho o Ciencias Económicas o Empresariales, condiciones que no cumplía el señor F.V. que pertenece a la categoría administrativa de la Administración General. Tampoco en lo que respecta al puesto de Jefe de Negociado Especial de la Unidad Municipal Agroalimentaria, encuadrado en el grupo C, se cumplían los requisitos exigidos para desempeñar el puesto por el funcionario nombrado en comisión de servicios, que sí pertenece a la subescala de servicios especiales como exigía el catálogo, pero pertenece al Grupo retributivo D, con lo que se infringía el citado art. 64.1 del Real Decreto 364/1995 (...)”

5. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. FUNCIONARIOS TRANSFERIDOS A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. CARÁCTER FORZOSO DE LA ADSCRIPCIÓN CUANDO PRESTEN SERVICIO EN ÓRGANOS PERIFÉRICOS DE LA ADMINISTRACIÓN ESTATAL

La **STS de 9 de junio de 1999**, Ar. 4332, Sala Tercera, Sección Tercera, desestima el recurso interpuesto contra el Real Decreto 1375/1997, de 29 de agosto, sobre traspaso a la

Comunidad Autónoma de Galicia de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación, y más concretamente el apartado E de su Anexo en el que se refleja el personal que se traspa, alegando que vulnera el art. 24.3 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico, dado que en el presente caso no se dio opción al personal afectado de solicitar voluntariamente la transferencia antes de ser elaborado el mencionado Anexo.

Sin embargo, dicha alegación no puede prosperar, pues, tal como señala el Tribunal Supremo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto, al resolver los recursos previos de inconstitucionalidad contra el Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico, declaró el carácter forzoso de la adscripción a la correspondiente Comunidad Autónoma de los funcionarios que prestasen servicio en los órganos periféricos de la Administración estatal. En consecuencia, no rige la voluntariedad de los interesados a la hora de transferir personal de la Administración estatal a las Comunidades Autónomas cuando el personal afectado preste servicio en órganos periféricos, como ocurre en el que presente caso, en el que se transfirieron empleados destinados en las Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de Empleo.

6. LAS RETRIBUCIONES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

A) Las retribuciones complementarias vienen vinculadas objetivamente al puesto de trabajo, de tal manera que sólo deriva el derecho a su percepción por su desempeño específico

La STSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de marzo de 1999 (Ar. 538) se ha pronunciado acerca de la naturaleza del complemento de destino y específico. Concretamente, se trataba de un funcionario que había desempeñado una jefatura de Negociado durante varios meses, a pesar de que no había existido un acuerdo formal de comisión de servicios. La tesis de la Administración demandada se basaba principalmente en el hecho de que, al no existir dicho acuerdo, no pueden abonarse unas retribuciones por un puesto de trabajo que no se ha ocupado “formalmente”. El Tribunal, obstante, parte en su análisis de la mención a las retribuciones que realiza la Exposición de Motivos de la Ley de Medidas, 30/1984.

Los diferentes conceptos retributivos que contempla aparecen referidos, bien al funcionario, o bien al puesto de trabajo y establece con claridad una primacía para aquellos que van ligados al desempeño del puesto de trabajo. Así pues,

“unidas las retribuciones básicas al funcionario, las complementarias vienen vinculadas objetivamente al puesto de trabajo, de tal manera que, de su desempeño derivará el derecho a la percepción de las mismas, como ha señalado una constante y reiterada jurisprudencia; es, por tanto, incuestionable, que al recurrente le corresponderá percibir las retribuciones complementarias de la Jefatura de Sección que afirma haber desempeñado, si tal desempeño se ha producido efectivamente”.

X. Función Pública

En la misma línea se ha pronunciado también la STSJ de Navarra de 18 de enero de 1999 (Ar. 83), al establecer que:

“los complementos retributivos (destino, específico, etc.) son de carácter funcional y por lo tanto su devengo no depende de la categoría, sino de las funciones o cometidos propios de cada puesto. Así, puede admitirse que funcionarios del mismo cuerpo, escala o categoría cobren cuantías diferentes”.

B) La Administración puede alterar la asignación de nivel del complemento de destino como consecuencia del ejercicio de la competencia de organización que le corresponde

En la STSJ de Asturias de 29 de enero de 1999 (Ar. 54) se planteaba una cuestión relativa a las posibilidades de modificación de la Administración del complemento de destino a través de las relaciones de puestos de trabajo. En el caso que nos ocupa, el funcionario había impugnado la modificación a la baja del nivel del complemento de destino asignado en el nuevo catálogo, a pesar de que no se habían alterado las funciones ni el contenido del puesto. El Tribunal, sin embargo y teniendo en cuenta que se trataba de un proceso de transferencias, estimó que:

“esas alteraciones legalmente pueden producirse como consecuencia del ejercicio de la competencia de organización que corresponde al Principado de Asturias, a no ser que afecten a concretos y verdaderos derechos adquiridos, que no han sido desconocidos como reconoce el demandante al prescribir el complemento de destino de los puestos de nivel correspondiente a su grado personal, que es un efecto inherente al factor de grupo previsto para su ocupación, en lo relativo al nivel desempeñado, sin que la catalogación anterior, reiterando lo razonado, pueda invocarse como precedente para generar derechos adquiridos”.

C) La diferenciación en complementos retributivos es discriminatoria para los funcionarios cuando hay identidad de servicios, funciones y cometidos

En la STSJ de Canarias de 16 de abril de 1999 (Ar. 889) se planteaba la Sala si resultaba legítimo la aplicación al funcionario recurrente de complementos retributivos distintos a los de otros funcionarios que estaban en la misma situación. El Tribunal parte en sus fundamentos del análisis de la potestad autoorganizativa de la Administración. La Administración, efectivamente, puede fijar libremente –aunque dentro de los límites legalmente establecidos– el nivel de las retribuciones complementarias pero, lógicamente, esa potestad ha de actuarse de manera coherente con el fin de evitar desigualdades injustificadas que pueden dar lugar a discriminaciones inaceptables en el seno de su propia organización. Por ello, y en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional en su Sentencia 161/1991, de 18 de julio, concluirá que:

“una vez afirmada la identidad de servicios, funciones y cometidos que realizan unos y otros funcionarios, la diferenciación en complementos retributivos es discriminatoria por establecer un trato retributivo distinto y sin justificación objetiva alguna”.

El mismo argumento lleva a la STSJ de Navarra de 6 de abril de 1999 (Ar. 1072) a deducir que la asignación que realiza la Administración del complemento específico es una actuación reglada. Entiende el Tribunal que:

“aun no teniendo reconocido en el catálogo de puestos de trabajo un complemento específico un determinado puesto de trabajo, si el puesto de trabajo 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 alguna en relación a las circunstancias concurrentes en los mismos, debe extenderse el reconocimiento de dicho complemento salarial al referido puesto de trabajo, 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, pues sólo deberá producirse tal atribución si concurren en el mismo las circunstancias que legalmente lo justifiquen, sin que en tal situación pueda optar por su no atribución”.

D) Los miembros del Cuerpo Nacional de Policía en la situación de segunda actividad sin destino no tienen derecho a percibir el 80 por ciento de los denominados complementos específicos de puesto de trabajo y de catálogo

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de febrero de 1999 (Ar. 2224), dictada en recurso de casación en interés de la Ley, se ha pronunciado sobre la extensión de la regulación prevista por el Acuerdo del Ministerio de Justicia e Interior y las Organizaciones Sindicales el 24 de febrero de 1995 a los funcionarios en situación de segunda actividad. En virtud de dicho acuerdo, los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía tendrían derecho a que se les abonase el 80 por ciento del incremento equivalente a un punto de complemento de destino correspondiente a la categoría de funcionario de que se trate.

No obstante, tras realizar un estudio detallado de toda la normativa aplicable y, en concreto, de la Ley 26/1994, de 29 de septiembre, que regula la situación de segunda actividad, el TS estima el recurso y fija finalmente la doctrina postulada por la Administración. En virtud de la misma, hay que entender que el Acuerdo recién citado “excluye a los funcionarios de dicho Cuerpo en situación de segunda actividad sin destino y que, por tanto, no prestan servicio en la Administración General del Estado, si bien es cierto que dicho Acuerdo recoge mejoras retributivas, también lo es que se establecen como complemento específico singular en los diversos apartados de su Anexo tercero”.

E) Una vez reconocida por la Administración la procedencia del complemento de productividad en supuestos en los que no hay prestación efectiva de trabajo, ha de estimarse también legítima su percepción en los períodos de licencia por enfermedad del cónyuge

En la STS de 15 de febrero de 1999 (Ar. 2076), dictada en recurso de casación en interés de la Ley, se cuestionaba la doctrina aplicable en relación con la percepción del com-

X. Función Pública

plemento de productividad en los períodos de inactividad del funcionario. La tesis de la Administración recurrente postulaba la aplicación de una Resolución de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social, a cuyo tenor, la liquidación del complemento de productividad se ajustará a los días de servicio efectivamente prestados respecto al total de días hábiles de ejercicio, considerando como días trabajados los correspondientes a vacaciones anuales y los días previstos por asuntos propios.

El TS, sin embargo, ha desestimado el recurso de casación al entender que no cabe reputarse errónea la doctrina contenida en la sentencia y que, finalmente, estimó el derecho del funcionario a percibir este complemento también en los días de baja laboral y enfermedad de su cónyuge en los que obtuvo la pertinente licencia. Ha entendido, en consecuencia, que:

“nada puede obstar a que, reconocida por la Administración la procedencia del complemento de productividad en los dos supuestos mencionados en los que no hay prestación efectiva de trabajo, resulta aplicable el artículo 69 del Texto Articulado de la Ley de Funcionarios del Estado, a cuyo tenor se mantiene la plenitud de derechos económicos en los supuestos de licencias por enfermedad por el tiempo que menciona, lo que, por otro lado, coincide con la Resolución de la propia Tesorería de 11 de mayo de 1995 al considerar como días de servicio efectivamente trabajados, entre otros, los permanecidos en situación de incapacidad laboral transitoria por maternidad, y los derivados de accidentes de trabajo, suponiendo ello una quiebra de la doctrina postulada que exige una equiparación absoluta, a efectos del mencionado complemento, salvo en los supuestos expresamente reconocidos, entre dicho complemento y el trabajo efectivo”.

F) La disminución del complemento específico es legal siempre que tal descuento esté previsto en una norma con rango de Ley

En el presente caso se impugnan determinados preceptos del Real Decreto 1844/1996, por el que se fijan las cuantías y porcentajes de las retribuciones derivadas de la reclasificación de los grupos del personal de determinados empleos de las Fuerzas Armadas. Pues bien, acontece que como consecuencia de la aplicación de dicha norma resultaban aminorados determinados complementos retributivos del personal reclasificado.

La parte recurrente, entre otros motivos, alegaba la regulación que el artículo 23 de la Ley de Medidas, 30/1984, realiza sobre el complemento específico. Dado que éste está destinado a retribuir condiciones especiales de algunos puestos de trabajo, en ningún caso podrá ser disminuido cuando las citadas condiciones de trabajo sigan siendo las mismas. El TS, no obstante, rechaza estos argumentos al entender que:

“ no se trata de negar que un puesto de trabajo que reunía condiciones particulares que daban lugar a un complemento específico las haya perdido, ni de modificar ese complemento específico, sino de aplicarle un descuento autorizado por una norma con rango de ley sobre las retribuciones complementarias, de modo que, como expresa el mencionado artículo 5 del Real Decreto-Ley 12/1995, los funcionarios de las Escalas y empleos afecta-

dos por la reclasificación perciban idénticas remuneraciones globales respecto a su situación anterior a la reclasificación”.

7. DERECHOS COLECTIVOS

A) Todas las materias que afecten a las condiciones de trabajo en general han de ser objeto de negociación colectiva

En el presente caso la parte recurrente impugna una convocatoria que suponía una modificación del organigrama de la Administración y que no había sido previamente objeto de negociación con los sindicatos. Pues bien, la STSJ de Baleares de 19 de marzo de 1999 (Ar. 571) entendió que dicha resolución había incurrido en un supuesto de nulidad radical por haberse llevado a cabo sin procedimiento y careciendo de competencia, toda vez que:

“las materias que afecten a las condiciones de trabajo en general, sean de índole económica, de prestación de servicios, sindical, asistencial o cualquiera otra, han de ser objeto de negociación según el artículo 32.k) de la Ley 9/1987”.

B) La negociación colectiva tiene por objeto la normativa que ha de regular los procedimientos, no cada supuesto concreto de aplicación

Las SSTs de 1 de marzo de 1999 (Ar. 2736) y de 26 de marzo de 1999 (Ar. 3736) se han pronunciado, entre otros muchos aspectos, sobre el alcance de la negociación colectiva en el seno de la Administración. La parte recurrente alegaba que se había producido una infracción de las normas procedimentales en la medida en que no había existido una verdadera negociación. El TS, no obstante, ha entendido que:

“la Ley 9/1987 no impone a la Administración la obligación de llegar a un Pacto o Acuerdo en la negociación, sino que prescribe en su artículo 37.2 que corresponderá al Gobierno, en los términos del artículo 3.2.a) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y a los órganos de gobierno de las demás Administraciones Públicas en sus respectivos ámbitos, establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos en los casos en que no se produzca acuerdo en su negociación o no se alcance la aprobación expresa y formal a que alude el artículo 35”.

En la misma línea, se impugnaba el procedimiento a seguir para la reordenación de efectivos y provisión de vacantes, toda vez que no se había previsto en los mismos la negociación. El TS se ha pronunciado finalmente acerca de la extensión de la negociación en este ámbito y ha establecido que “la negociación colectiva tiene por objeto la normativa que ha de regular los procedimientos, no cada supuesto concreto de reordenación de efectivos o provisión de vacantes”.

X. Función Pública

C) El Acuerdo-Marco tiene la naturaleza y alcance de disposición de carácter general y no de acto administrativo de destinatario plural

En la STS de 23 de febrero de 1999 (Ar. 2237) se pronuncia el Tribunal acerca de la naturaleza de los Acuerdos-Marcos suscritos entre Administración y Sindicatos. Concretamente la parte recurrente había alegado la violación de lo previsto en dicho Acuerdo sobre elevación del complemento específico. Dirá el TS que:

“este Acuerdo-Marco tiene la naturaleza y alcance de disposición de carácter general, pues ha reconocido esta Sala en reiterada Jurisprudencia que el Acuerdo de Consejo de Ministros, en este caso, no es un acto administrativo de destinatario plural dirigido a un determinado colectivo, sino una disposición general y no es un acto ordenado, sino un acto ordenador que se integra en el ordenamiento jurídico”.

8. INCOMPATIBILIDADES

A) Los Oficiales, Auxiliares y Agentes Judiciales están sujetos a las causas de incompatibilidad sólo si en un puesto de trabajo concreto concurre cualquiera de las circunstancias que prevé la legislación de funcionarios

En las SSTS de 1 de marzo de 1999 (Ar. 2736) y de 26 de marzo de 1999 (Ar. 3736) se ha pronunciado el Tribunal acerca de la extensión del régimen de incompatibilidades de los Oficiales, Auxiliares y Agentes Judiciales. En concreto, se impugna el Real Decreto 249/1996, por el que se aprueba su reglamento orgánico, en la medida en que prevé que dichos puestos son incompatibles con todo tipo de asesoramiento jurídico, sea o no retribuido. Pues bien, el Tribunal hace un análisis de la complejidad de las situaciones a las que se refiere la impugnación. Dadas las múltiples funciones y puestos de trabajo que pueden desempeñar estos empleados, no puede sostenerse, con carácter de generalidad, que el asesoramiento jurídico, sea o no retribuido, pueda comprometer su imparcialidad o menoscabar el ejercicio de sus funciones. Por ello, sólo

“si en un puesto de trabajo concreto se produjera la concurrencia de alguna de estas circunstancias, en relación con la concreta actividad de asesoramiento jurídico, serían perfectamente aplicables los artículos 1.3 y 11.1 de la Ley 53/1984, ya que los Oficiales, Auxiliares y Agentes Judiciales están sujetos a las causas de incompatibilidad que se prevén en la legislación de incompatibilidades de funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas”.

9. CESE DEL PERSONAL INTERINO EN FECHA ANTERIOR A LA PREVISTA EN EL NOMBRAMIENTO. SÓLO PROCEDE EN SUPUESTOS DE PROVISIÓN DE LOS PUESTOS DE TRABAJO POR PERSONAL FUNCIONARIO O DESAPARICIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS URGENTES DETERMINANTES DEL NOMBRAMIENTO

La STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de mayo de 1999, Ar. 1258 (Recurso 1308/1996) estima el recurso de las actoras contra los Acuerdos de la Dirección Provincial en

Guadalajara del Ministerio de Educación y Cultura, de fecha 14 de septiembre de 1996, disponiendo el cese de las recurrentes como funcionarias interinas.

Pese a que la Administración justificó el cese de las actoras invocando el “fin de nombramiento”, lo cierto es que no concurría dicha circunstancia, pues el nombramiento que aquéllas poseían abarcaba desde el 1 de octubre de 1995 hasta el 30 de septiembre de 1996. Por otro lado, con anterioridad a la fecha indicada, no resultó acreditada ninguna otra circunstancia habilitante del cese, tal como la provisión de los puestos de trabajo por personal funcionario o la desaparición de las causas urgentes que motivaron el nombramiento de las ahora recurrentes.

Tal como señala la Sentencia comentada:

“(…) no hay dato alguno que permita reputar finalizadas dichas causas, por un triple tipo de argumentos: por un lado, porque el nombramiento, como suele ser habitual, abarcaba un curso escolar completo, computado por un período de un año; por otro lado, porque no se puede ignorar que al menos una de las recurrentes desarrolló un trabajo efectivo con posterioridad al cese, cual fue la asistencia a un Claustro de Profesores, como se acredita en fase de prueba, lo cual destruye la afirmación de la demandada de que, al no haber prestado servicios efectivos con posterioridad al cese, no podían esgrimir las actoras derecho alguno a que se prolongue el nombramiento; por último, porque el cese, seguramente por motivos presupuestarios, se anticipó dieciséis días sobre la base de una especie de nota de servicio donde la Subdirección General de Gestión de Profesorado de Educación Secundaria, de formación profesional y de régimen especial comunica a todas las Direcciones Provinciales y Subdirecciones Territoriales del Ministerio que el cese de los nombramientos como funcionarios interinos del curso 1995/1996 debe realizarse con fecha 14 de septiembre de 1996.”

MIGUEL SANCHEZ MORÓN

BELÉN MARINA JALVO

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

XI. URBANISMO**Sumario:**

1. Régimen del suelo rústico: terreno al aire libre donde se almacenan vehículos.

2. Planeamiento urbanístico. A) Naturaleza técnica de los Proyectos de Urbanización.

B) El PGOU puede hacer las veces de Plan Especial de Protección de conjuntos históricos. C) Finalidad y contenido del Estudio Económico-Financiero. D) Puede prescindirse del dictamen del Consejo de Estado para suprimir zonas verdes si se tiende a un nuevo modelo territorial. E) Límites materiales a la modificación del planeamiento.

F) Posibilidad de la aprobación condicional. G) La infracción del PGOU por parte de un Plan Especial no es motivo de casación.

3. Valoración en expropiaciones urbanísticas: momento y criterios. A) El valor urbanístico del suelo urbano: la preferencia por el

criterio fiscal requiere una correspondencia entre las bases de valoración impositiva y el planeamiento. B) El valor residual puede calcularse conforme a los precios de mercado. 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.

D) El convenio de justiprecio se perfecciona por el mero consentimiento.

4. Ejecución del planeamiento. A) Cesiones obligatorias y gratuitas. B) Proyectos de urbanización.

C) Sistemas de actuación: naturaleza jurídica de la fijación del sistema.

5. Licencias de obras. A) Solicitud. B) Otorgamiento previo o simultáneo a otras licencias municipales.

C. Licencias de obras otorgadas a edificios fuera de ordenación (art. 60 del TRLS de 1976).

6. Intervención en la edificación. A) Ajuste de las obras realizadas a la licencia otorgada.

1. RÉGIMEN DEL SUELO RÚSTICO: TERRENO AL AIRE LIBRE DONDE SE ALMACENAN VEHÍCULOS

El PGOU había clasificado como suelo urbano un terreno de 23.676 m² donde se hallaba la nave industrial de fabricación y montaje de vehículos-caravana y el terreno situado al este del anterior, donde se almacenaban al aire libre los vehículos fabricados, considerándolo una “unidad funcional” a pesar de que la nave ocupaba sólo el 15 por ciento del

total indicado. La STS de 8 de febrero de 1999 (Ar. 1468) ratifica la decisión anulatoria del Tribunal a quo y su valoración de la prueba pericial:

“(…) toda vez que el terreno situado al lado de la nave, de características típicamente agrícolas, carece de los más elementales servicios que le pudieran habilitar para tener la consideración de suelo urbano, a tenor de ese precepto [art. 78.a) del TRLS de 1976], y sin que quepa hablarse de unidad funcional, integrada en la nave industrial, que ni por la titularidad de sus orígenes, ni por la configuración y naturaleza actual del terreno, puede considerarse como tal, dada la enorme desigualdad existente entre ambos terrenos en razón de su extensión superficial, reveladora de que se trata de un terreno de labor agrícola sito al lado de la nave industrial, pudiéndose almacenar vehículos en cualquier otro terreno apto para ello”.

2. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

A) Naturaleza técnica de los Proyectos de Urbanización

La STS de 20 de mayo de 1999 (Ar. 5041) recuerda que la Jurisprudencia viene entendiendo que los Proyectos de Urbanización, tanto en la Ley de 1956 como en el TRLS de 1976, no son instrumentos de ordenación:

“(…) son propiamente proyectos técnicos de obras a fin de ejecutar materialmente las determinaciones del Plan, siquiera accesoriamente puedan efectuar las adaptaciones precisas para la ejecución material, limitándose a detallar con la precisión necesaria para que la obra pueda ser ejecutada por técnico distinto al autor del proyecto”.

B) El PGOU puede hacer las veces de Plan Especial de Protección de conjuntos históricos

La Sentencia de instancia había anulado un punto de la revisión del PGOU que pretendía ampliar la anchura de una calle de la judería de Sevilla. Al confirmarla, la STS de 5 de marzo de 1999 (Ar. 2165) clarifica algunas relaciones entre la Ley 16/1985, “de Protección del Patrimonio Histórico Español” y los instrumentos de planeamiento urbanístico:

- a) El PGOU puede cumplir, respecto del conjunto histórico, las funciones de los planes especiales de protección que exige el art. 20.1 LPHE.
- b) Para ello, debe atenerse a las determinaciones que dicha Ley establece: respeto al orden prioritario de usos públicos, áreas de rehabilitación integrada, conservación de fachadas y cubiertas, etc. (art. 20).
- c) En el caso de los conjunto históricos, aquéllas son especialmente exigentes y obligan a mantener la estructura urbana y arquitectónica, así como las características generales de su ambiente y, en todo caso, las alineaciones existentes (art. 21).

C) Finalidad y contenido del Estudio Económico-Financiero

Varias Sentencias recaídas este trimestre versan sobre el significado actual del Estudio Económico-Financiero, que es parte de la documentación que han de contener los diferentes instrumentos de planeamiento.

Así en la **STS de 27 de abril de 1999** (Ar. 3093), a propósito de la aprobación de un PGOU [art. 12.3.e) del TRLS de 1976], se indica lo siguiente:

“(…) es doctrina reconocida por esta Sala (…) que las previsiones económicas y el estudio económico-financiero no constituyen un presupuesto en el que deben constar cantidades concretas de ingresos y gastos, sino que es suficiente indicar las fuentes de financiación que quedarán afectas a la ejecución del Plan, de acuerdo con una previsión lógica y ponderada, pues una evaluación económica detallada y una precisión de los recursos de financiación del Plan en orden a expropiaciones, implantación de servicios, abono de indemnizaciones, ejecución de obras de urbanización, etc., son más propios de los instrumentos urbanísticos de desarrollo”.

Un ejemplo de ese detalle y precisión, que la Jurisprudencia sí exige al Estudio Económico-Financiero de los Planes Especiales de Protección [art. 77.2.g) del RP], se ve en la **STS de 11 de marzo de 1999** (Ar. 2174).

D) Puede prescindirse del dictamen del Consejo de Estado para suprimir zonas verdes si se tiende a un nuevo modelo territorial

El art. 50 del TRLS de 1976 exige el informe previo favorable del Consejo de Estado si la modificación de los Planes tuviere por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en el Plan. La Jurisprudencia viene entendiendo, no obstante,

“(…) que dicho precepto no es de aplicación cuando estamos en presencia de la revisión de un planeamiento anterior, con la adopción de nuevos criterios respecto de la estructura general y orgánica del territorio, o de la clasificación de suelo como consecuencia de la elección de un modelo territorial distinto, o por la aparición de circunstancias sobrevenidas que inciden sustancialmente sobre la ordenación” (**STS de 16 de febrero de 1999**, Ar. 1477).

E) Límites materiales a la modificación del planeamiento

La **STS de 10 de mayo de 1999** (Ar. 3893) confirma los reparos del TSJ de Valencia contra la modificación del PGOU de Alboraya, marcando algunos límites materiales a dicha potestad:

a) Razonabilidad de la ubicación de zonas residenciales:

“(…) esa hipótesis [que las empresas establecidas en la antigua zona industrial carezcan de derecho de asentamiento] no desvirtúa un ápice la irrazonabilidad de situar zonas resi-

denciales contiguas a terrenos industriales, y no puede ocultar la anómala realidad consistente en la existencia de industrias establecidas junto a terrenos cuyo uso, por efecto del planeamiento aprobado, pasa a ser de naturaleza residencial”.

b) Incremento de volumen edificable: no es cierto que con la modificación del planeamiento se haya reducido el volumen edificable, al pasar de 6 m/m de suelo industrial a 3 m/m de suelo residencial, pues a los efectos del art. 49.2 del TRLS de 1976 sólo es computable el suelo que provoque densidad poblacional:

“Por tanto, la eliminación del suelo industrial, al comportar una densidad nula, no produce la reducción del volumen edificable que sostienen los apelantes.”

c) Los espacios libres han de crearse en la zona donde se ha producido el incremento poblacional y no en otra distinta, e interpretando el precepto antes citado, se dice:

“Parece elemental que el aumento de espacios libres ha de producirse allí donde se produzca el incremento de la densidad de población, pues es en esa zona del planeamiento, y no en otra, donde la necesidad de los mismos surge por lo que será allí donde deba ser satisfecha.”

d) No cabe remitir los estándares a un posterior Plan Parcial, pues ello supone olvidar, primero, su carácter derivado y subordinado con respecto a los Generales, segundo, que han de operar sobre suelo urbanizable y no sobre suelo urbano y, tercero, que devienen nulos si contienen previsiones no contempladas en aquéllos.

F) Posibilidad de la aprobación condicional

La parte recurrente estimaba que, a la vista de las modificaciones que se produjeron en la aprobación definitiva, lo procedente hubiera sido suspender la aprobación del Plan. En línea con la Jurisprudencia anterior, la STS de 11 de marzo de 1999 (Ar. 2174) considera, en cambio, que:

“Del art. 132 del RP (puesto en conexión con el art. 56 del TRLS) se decude claramente la posibilidad de las aprobaciones condicionadas, ya que el párrafo b) admite que el órgano que otorgue la aprobación definitiva condicionada lo haga disponiendo que el Plan entre en vigor directamente (sin necesidad de nueva elevación para aprobación definitiva) una vez realizada la subsanación por la entidad u Organismo correspondiente.”

G) La infracción del PGOU por parte de un Plan Especial no es motivo de casación

Al acceder ahora al TS casos urbanísticos por la vía del recurso de casación, se plantea un tema que merece reseñarse por su novedad, aunque su relevancia sea más propiamente procesal. En ambos se pretendía la nulidad de Planes Especiales por contravención del PGOU, posibilidad que es negada con argumentos coincidentes:

XI. Urbanismo

“Ambas normas tienen, indudablemente, naturaleza autonómica a efectos de no ser posible contra ellas el recurso de casación, pues lo relevante, a efectos casacionales, es el ámbito jurídico de la norma o normas aplicadas de tal modo que si ese ámbito es local o autonómico, sin alcanzar a la totalidad del Estado, el recurso de casación no es posible”. STS de 15 de febrero de 1999 (Ar. 1474).

“Como se ve, en este motivo sólo se alegan como infringidas Normas de un PGOU, cuya posible violación (en virtud de lo dispuesto en el art. 93.4 de la Ley Jurisdiccional), al no ser derecho estatal, no puede fundar el recurso de casación”. STS de 21 de abril de 1999 (Ar. 3084).

Esta Jurisprudencia es trasladable, con mayor determinación si cabe, a la casación regulada en la vigente LJCA de 1998 (arts. 86.4, 96.4, 100.2).

3. VALORACIÓN EN EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS: MOMENTO Y CRITERIOS

A) El valor urbanístico del suelo urbano: la preferencia por el criterio fiscal requiere una correspondencia entre las bases de valoración impositiva y el planeamiento

Como es sabido, el criterio establecido para hallar el valor urbanístico del suelo urbano parte del criterio fiscal como preferente. Vid. STS de 4 de marzo de 1999 (FJ 2º) (Ar. 2430), entre otras muchas.

No obstante, la STS de 28 de marzo de 1999 (Ar. 4683) recuerda que esto será así siempre que concurren dos importantes requisitos, en concreto:

“(…) que las condiciones de uso y volumen considerados para la determinación del valor básico del suelo en la citada Contribución corresponda a las del planeamiento urbanístico vigente en el momento de fijarse la valoración, y que desde la fecha de la valoración fiscal no hubiere transcurrido el plazo de cinco años. Al no reunir el valor fiscal señalado por el perito procesal ambos requisitos, el valor urbanístico deberá hacerse necesariamente con arreglo a los criterios del Texto Refundido de 1976(…)”.

En igual sentido, la STS de 1 de junio de 1999 (FJ 2º) (Ar. 5640) aclara que el plazo de cinco años no debe considerarse prorrogado a ocho por el art. 70.6 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

B) El valor residual puede calcularse conforme a los precios de mercado

Complementariamente, el TS admite en ciertos casos que en el método del denominado valor residual se proceda a valorar con los precios reales de mercado, que la legislación del suelo no excluye siempre que estén suficientemente acreditados y hayan sido obtenidos de fuentes ciertas y seguras. Así, partiendo de una doctrina consolidada, la STS de 8 de marzo de 1999 (FJ 1º) (Ar. 4682), hace notar que:

“(…) a diferencia de los terrenos clasificados como suelo urbanizable, en los que resulta más difícil acudir a otros valores objetivos que no sean los establecidos para viviendas de protección oficial, cuando se trata de expropiaciones en suelo urbano de terrenos edificados, es conforme a los indicados preceptos acudir, con el empleo del método residual a los precios reales de mercado, siempre que éstos hayan sido debidamente comprobados (…)”

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

No son nuevos, pero sí numerosos los pronunciamientos relativos al criterio estimativo establecido para hallar el valor urbanístico de terrenos carentes de aprovechamiento en el planeamiento, para los que hay que atender al valor de las parcelas próximas más representativas, de forma que se obtenga una adecuada y justa indemnización por la expropiación, en virtud del principio de equidistribución de beneficios y cargas derivados del planeamiento urbanístico. Nótese en este sentido lo manifestado en **la STS de 15 de junio de 1999** (FJ 3º) (Ar. 5732):

“(…) pues esta Sala tiene reiteradamente declarado que cuando se expropián terrenos sin aprovechamiento reconocido en el plan a los que no resulta aplicable el valor fijado a efectos de la contribución territorial urbana, y siempre que no exista un polígono fijado a efectos de compensación del que pueda extraerse el aprovechamiento medio, el valor urbanístico reconocido en el plan debe determinarse con arreglo al que corresponde a los terrenos colindantes o del entorno (o incluso, cuando éste no es adecuado, al aprovechamiento medio establecido en el plan), obteniendo el promedio entre aquéllos cuando tienen reconocidos aprovechamientos distintos (….) o acudiendo a las parcelas próximas más representativas, con el fin de aplicar de manera razonable y equilibrada un principio de compensación de beneficios y cargas del planeamiento en el justiprecio resultante (….)”

D) El convenio de justiprecio se perfecciona por el mero consentimiento

De entre las resoluciones relativas a la determinación del justiprecio por mutuo acuerdo, merece destacarse **la STS de 22 de marzo de 1999** (Ar. 3158), pues viene a aclarar la confusión que en su día introdujo la STS de 24 de abril de 1997 (Ar. 2759), al declarar en su FJ 2º que el convenio sobre el justiprecio es un acto bilateral del que las partes no pueden desligarse, pero que precisaría de un procedimiento posterior de perfección, a cuyo cumplimiento quedaba condicionada su eficacia.

Frente a esto, la Sentencia que ahora reseñamos dice en su FJ 7º:

“(…) en nuestra última Sentencia acerca de la naturaleza del mutuo acuerdo sobre el justiprecio, de fecha 4 de mayo de 1998 (…), se declara que en el momento en que se presenta la conformidad al justiprecio ofrecido por la Administración se perfecciona el acuerdo

XI. Urbanismo

(...) que constituye un negocio jurídico de derecho administrativo(...), dado que la Administración sólo puede desligarse del convenio (...), como ha reiterado la doctrina de esta Sala (...) a través de alguno de los procedimientos de revisión de oficio de los actos administrativos (...).”

Y concluye en el FJ 8º de la misma:

“De la transcrita jurisprudencia (a excepción de la Sentencia de 24 de abril de 1997) (...) se deduce que el convenio sobre el justiprecio se perfecciona por el mero consentimiento manifestado al respecto por el propietario expropiado y por el servicio de la Administración encargado de la expropiación. En consecuencia, reiterando doctrina jurisprudencial consolidada y aclarando o rectificando en lo preciso la expuesta (...) es necesario distinguir la perfección del citado convenio (...) de su eficacia, que sólo tendrá lugar (...) cuando se haya tramitado el procedimiento contemplado en el referido artículo 25 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa (...).”

Por consiguiente, dada la fuerza vinculante de los convenios entre la Administración y los expropiados, la Administración no puede desligarse de ellos más que declarándolos lesivos para el interés público e impugnándolos ante la jurisdicción. En ese sentido, destacan las SSTs de 30 de marzo de 1999 (Ar. 3247) y de 30 de abril de 1999 (Ar. 4632).

4. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

A) Cesiones obligatorias y gratuitas

En virtud de un acuerdo con el Alcalde de Soria fechado en 1973, los actores se comprometieron a ceder gratuitamente ciertos terrenos para viales, a cambio de que el Consistorio transformara en suelo apto para construir los terrenos propiedad de aquéllos, calificados como suelo “de reserva”, donde estaba prohibida la edificación. Sin embargo, transcurridos veinte años, el Ayuntamiento no había variado la calificación de los terrenos ni indemnizado de otra forma a los actores.

Ante esta situación, el TS va a afirmar en su STS de 2 de junio de 1999 (Ar. 3650):

“(…) no puede hablarse de justa distribución de beneficios y cargas allí donde, por voluntad expresa del planificador, que ha prohibido la edificación, está descartada por principio cualquier ejecución del planeamiento urbanístico. Si los propietarios han sufrido algún perjuicio (los que decimos en hipótesis) no habrá sido a consecuencia de la ejecución de un planeamiento que ni siquiera ha previsto aprovechamiento urbanístico concreto para tales terrenos, sino a consecuencia de la actuación genérica de la Administración, lo que nada tiene que ver con la ejecución del planeamiento” (FJ 5º).

Además, frente a la argumentación municipal de que la cesión fue gratuita y que el Ayuntamiento no se comprometió a contraprestación alguna, el TS señala que:

“las cesiones impuestas en la Ley del suelo son gratuitas, pero tienen una causa y una finalidad, se hacen para algo, no por ánimo de liberalidad, y para lo que se hacen es para poder aprovechar los beneficios del planeamiento” (FJ 8°).

Como conclusión, el TS reconoce la virtualidad de la cesión realizada, lo que supuso unos perjuicios para los demandantes, obligando al Ayuntamiento a compensarles por el valor de los metros cuadrados de terreno cedido, calculado a la fecha de 23 de mayo de 1972.

B) Proyectos de urbanización

Reiterando una conocida doctrina, la **STS de 19 de abril de 1999** (Ar. 2985) que los proyectos de urbanización constituyen:

“ verdaderos actos de ejecución de los instrumentos de planeamiento, a modo de Licencias de Obras de carácter general para el suelo de referencia y, por ello, una vez autorizados aquéllos, no es necesario, ya, solicitar Licencia de Obras para su puesta en práctica (como se prevé, expresamente, en el artículo 1.9 del Reglamento de Disciplina Urbanística de 1978)” (FJ 3°).

Es más, el TS señala que, una vez aprobado y publicado, es inmediatamente ejecutivo, lo que permite la realización de las obras a que el mismo se refiere sin necesidad de otras autorizaciones posteriores o complementarias, siendo, por tanto, improcedente el giro de la tasa y del Impuesto Municipal sobre Construcciones, Instalaciones y Obras.

Para la **STS de 19 de abril de 1999** (Ar. 3077) la configuración del proyecto de urbanización como un acto de ejecución, es decir, no normativo ni de carácter general, determina su exclusión de los supuestos de art. 39 de la LJCA de 1956 (impugnación de las disposiciones normativas de carácter general dictadas por las Administraciones Públicas), y que no esté excluido del recurso de reposición según se desprende el art. 53 de la misma Ley.

C) Sistemas de actuación: naturaleza jurídica de la fijación del sistema

La **STS de 27 de mayo de 1999** (Ar. 3647) entiende que:

“la fijación del sistema de ejecución (se encuentre previsto en el propio Plan o se señale después por el procedimiento legalmente establecido) es sólo el señalamiento de qué normativa –cooperación, compensación, expropiación– debe ser aplicada para la gestión urbanística de un polígono o unidad de actuación, es decir, es sólo la concreción de las normas aplicables, concreción que, referida a un determinado espacio físico, se agota una vez que la gestión ha concluido” (FJ 5°).

XI. Urbanismo

Su naturaleza de acto aplicativo del Planeamiento General determina que para la fijación del sistema de actuación se exija la audiencia de todos los propietarios interesados, según se indica en el art. 38.1.b) del RGU, al que se remite el art. 155.1 del mismo.

Esta constatación lleva también al TS a inadmitir la impugnación indirecta del acto de señalamiento del sistema de ejecución.

5. LICENCIAS DE OBRAS

A) Solicitud

Un problema bastante frecuente que plantea la concurrencia competencial de varias Administraciones es la necesidad de solicitar varias licencias o autorizaciones para el desarrollo de una determinada actividad. En concreto, la Consejería de Industria, Comercio y Turismo de la Generalitat Valenciana había otorgado una concesión directa de explotación minera sobre unos terrenos que tenían la calificación urbanística de urbanos, urbanizables y no urbanizables protegidos, lo que, a juicio del Ayuntamiento de Olocau (Valencia), suponía un uso contrapuesto con el que permitiría la concesión.

Siguiendo una numerosa Jurisprudencia, la **STS de 18 de marzo de 1999** (Ar. 2444) recuerda que:

“la existencia de competencias concurrentes implica que la concesión minera no sustituye la preceptiva licencia municipal que se convierte en presupuesto ineludible para la efectiva explotación minera”, lo que “deja a salvo las competencias municipales en materia urbanística”, ya que “sería la Corporación la que estableciera la posibilidad o no de llevar a la práctica la concesión” (FJ 5º, apartado 1).

Y concluye:

“(…) cuando para la realización de una actividad se necesita la concurrencia de permisos o autorizaciones de varias entidades u organismos administrativos, cada uno con privativas y específicas competencias en razón de las finalidades de interés público que respectivamente tutelan y tales permisos se tramitan y conceden con independencia, es necesario que todos ellos concurren para que la actividad pueda desarrollarse legalmente, siendo obligación de cada entidad u órgano velar por el cumplimiento de la exigencia que a él atañe”.

De forma que, en casos como el que nos ocupa:

“es necesario la obtención de ambas autorizaciones o licencias para el ejercicio válido de la actividad, dando lugar su falta a que cualquiera de los citados entes u órganos actúen sus potestades para suspender tal actividad” (FJ 5º, apartado 3).

B) Otorgamiento previo o simultáneo a otras licencias municipales

La STS de 17 de mayo de 1999 (Ar. 3636) versa sobre los efectos de una licencia de obras concedida para una actividad clasificada, pero sin haber obtenido previamente la licencia de apertura relativa a dicha actividad, con infracción, por tanto, del art. 22.3 del RSCL de 1955, lo que conllevaría, para la parte recurrente, la nulidad de la licencia de obras concedida.

El TS va a reiterar su doctrina al respecto, indicando que la interdependencia y prelación entre ambos tipos de licencias tiene como fin básico evitar las consecuencias antieconómicas que para el particular tendría la concesión de una licencia de obras para un establecimiento destinado a una actividad que luego podría no autorizarse. Por ello, el art. 22.3 del RSCL de 1955 impone la coordinación entre el otorgamiento de esas dos licencias, estableciendo que, cuando con arreglo al proyecto presentado, la edificación se destine a un establecimiento con unas características determinadas, no se concederá el permiso de obras sin el otorgamiento de la licencia de apertura si fuese procedente.

Pero el TS destaca que la alteración del orden de otorgamiento de ambas licencias que resulta del precepto citado no supone sin más la nulidad de la licencia de obras concedida con anterioridad a la de apertura, sino que, por el contrario, ambas licencias se han de examinar conforme a los criterios propios de cada una de ellas, en concreto, la de obras según la normativa urbanística que resulte aplicable, de manera que será de la adecuación de dicha licencia de obras con tal normativa urbanística la que determinará la nulidad o no de la misma.

C) Licencias de obras otorgadas a edificios fuera de ordenación (art. 60 del TRLS de 1976)

Como es sabido el art. 60 del TRLS de 1976 prohíbe en tales edificios la realización de obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación, aunque permite las pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, ornato y conservación del inmueble.

Un ejemplo de obras permitidas lo proporciona la STS de 23 de marzo de 1999 (Ar. 2637), donde el TS entiende que la ampliación de la anchura de una escalera de comunicación entre la planta baja y el piso del local en cuestión es una obra de muy escasa envergadura y, además, exigida por el planeamiento para conseguir la debida seguridad y presteza en el acceso y evacuación del local (alojaba un bar-restaurante), lo que le permite quedar incluida en los supuestos permitidos por el citado art. 60 del TRLS de 1956.

Más interés ofrece la STS de 21 de mayo de 1999 (Ar. 3416), en la cual se discute si es conforme al art. 60 del TRLS de 1976 la concesión de una licencia de obras para acondicionar un local en situación de fuera de ordenación en el que estaba instalado un antiguo cine convirtiéndolo en un supermercado. El TS va a profundizar en el significado de

XI. Urbanismo

“modernización”, acudiendo al diccionario para indicar que es “dar aspecto moderno a cosas antiguas” (FJ 2º), resaltando que las obras antes indicadas, más que una modernización, pretenden una renovación, aunque sea interna, del edificio, y que “renovación” es mucho más que una modernización, en cuanto que es “hacer como de nueva una cosa, o volverla a su primer estado” (FJ 2º), de manera que si el art. 60 del TRLS de 1976 prohíbe la modernización, es claro que también queda prohibida la renovación.

Además, también resalta que las obras discutidas suponen un incremento del valor de expropiación del bien, y aunque el titular de la licencia ha renunciado a ese incremento de valor, tal renuncia no desvirtúa otro de los límites legalmente establecidos a las obras permitidas en los edificios fuera de ordenación, como es el que las obras no incrementen el valor de expropiación, según se recoge en el citado art. 60 del TRLS de 1976. En definitiva, tanto éste como el anterior argumento, determinan que la licencia concedida supere las obras permitidas por dicho artículo.

6. INTERVENCIÓN EN LA EDIFICACIÓN

A) Ajuste de las obras realizadas a la licencia otorgada

El problema que aborda la sentencia siguiente es la paralización cautelar de una construcción levantada en función de una licencia de obras otorgada el 3 de junio de 1991, como consecuencia de la alineación que la constructora se había dado a sí misma ante la falta de norma urbanística alguna que señalara las alineaciones en el área de terreno donde se situaba la construcción.

La **STS de 8 de junio de 1999** (Ar. 5533) analiza primero la naturaleza de las licencias de obras, destacando su carácter de:

“acto administrativo de autorización, cuyo objeto y finalidad es comprobar si la actuación proyectada por el interesado se ajusta a las exigencias del interés público urbanístico, previstas y reguladas en la ordenación vigente. Es pues, la licencia urbanística un acto reglado, por el que se debe conceder o denegar la licencia, necesariamente, según que la acción o actividad pretendida se ajuste o no a la ordenación aplicable (...)” (FJ 4º).

El carácter reglado de las mismas determina, para el TS, que no se puedan crear alineaciones o retranqueos al margen de lo establecido en la concreta planificación urbanística aplicable al caso [arts. 12.2.1.e) y 14.2.a) del TRLS de 1976].

Sin embargo, cuando falta una previsión normativa sobre alineaciones y retranqueos aplicable a la zona de suelo urbano donde se está ejecutando una construcción, dice el TS:

“la alineación exigible al ser concedida la correspondiente licencia de obra ha de ser la alineación fijada por la realidad preexistente, en función de las edificaciones contiguas o próximas o de cualquier dato fáctico que inequívocamente permite deducir la alineación, y

sin que la Administración pueda señalar e imponer cualquier otra alineación prevista para un futuro Plan o Estudio de Detalle no aprobado, ni por tanto en vigor, en la época del otorgamiento de la licencia” (FJ 5º).

Tras comprobar que la licencia de obra fue ejecutada de acuerdo al proyecto de obra presentado –a su vez aprobado en el acto de concesión de esa licencia–, y que tal proyecto respetaba y observaba la alineación determinada por la realidad preexistente, al carecer de normativa específica sobre esa materia, el TS desestima el motivo de casación basado en que debía ser la Administración la que señalara, ante esa falta, la alineación.

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

FRANCISCO DELGADO PIQUERAS

ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS

CONSUELO ALONSO GARCÍA

RUBÉN SERRANO LOZANO

XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Bienes públicos. A) Régimen jurídico de los bienes públicos. Embargabilidad de los bienes patrimoniales no afectos a fines públicos.

B) Régimen jurídico de los bienes públicos. No sujeción a Impuestos. C) Adquisición de bienes. Existencia de una condición de destinar un bien a determinada finalidad.

D) Enajenación de bienes. Donación. Condiciones para su procedencia. E) Utilización de los bienes de dominio público. F) Utilización de los bienes destinados a un uso público. Carácter oneroso de los usos especiales y privativos. G) Potestades.

Investigación y recuperación de oficio. H) Varios. Ejercicio de acciones por los vecinos en defensa de los bienes y derechos municipales. **3. Aguas continentales.**

A) Comunidades de usuarios. B) Desaladoras: validez del RD 1327/1995, de 28 de julio. C) Deslinde. D) Infracciones. E) Inscripción de aprovechamientos adquiridos por prescripción. F) Otorgamiento de concesiones. G) Régimen económico-financiero.

H) Riegos: normas de desembalse. I) Sequía y sobreexplotación de acuíferos: medidas extraordinarias. J) Servicios de las Corporaciones Locales: abastecimiento a poblaciones.

K) Trasvase de aguas. **4) Aguas marítimas.** A) Extensión del demanio marítimo.

B) Deslinde. C) Recuperación de oficio. D) Régimen sancionador. E) Los usos del dominio público marítimo-terrestre. F) Titularidad y competencias sobre el demanio marítimo. G) Puertos. H) Pesca marítima y cultivos marinos. **5. Carreteras.**

A) Autopistas: modificación de cláusulas de la concesión y revisión de tarifas.

B) Estaciones de servicio: adjudicación correcta. C) Infracciones y sanciones. D) Otras materias: informe de la Administración de carreteras en relación con planeamiento municipal que incida en éstas. **6) Minas.** A) Concesiones mineras y permisos de investigación. B) Clasificación de minerales y seguridad minera. **7. Montes.**

A) Inconstitucionalidad de la Ley gallega 13/1989, de Montes Vecinales en Mano

Común. B) Repoblación forestal: extinción procedente de convenio. **8. Patrimonio**

cultural. A) Bienes de interés cultural. B) Otras materias. **9. Vías pecuarias.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia ordinaria aparecida en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi del número 1850 al 5250 y la constitucional aparecida hasta finales de octubre de 1999.

2. BIENES PÚBLICOS

A) Régimen jurídico de los bienes públicos. Embargabilidad de los bienes patrimoniales no afectos a fines públicos

En el ATS de 22 de febrero de 1999 de la Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2506, se reitera la doctrina del Tribunal Constitucional. En concreto, se afirma que el Tribunal declaró la inconstitucionalidad del artículo 154.2 de la Ley de Haciendas Locales, en cuanto no pueden ser embargados los bienes patrimoniales que no estén afectados al sostenimiento de un uso o servicio público; en consecuencia, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, modifica el artículo 154.2 de la Ley de Haciendas Locales en el sentido de que los tribunales, jueces y autoridades administrativas podrán despachar mandamientos de ejecución y dictar providencias de embargo cuando se trate de bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público.

B) Régimen jurídico de los bienes públicos. No sujeción a Impuestos

Los bienes de dominio público no siempre han estado exentos de tributación. En este sentido, en el caso enjuiciado en la STS de 31 de mayo de 1999 de la Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 4313, se discutía su exención del suprimido impuesto de las personas jurídicas, regulado por el Texto Refundido de los Impuestos generales sobre sucesiones y sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados de 1967. En la citada Sentencia se afirma que, aunque en la Ley de Régimen Local de 1955, entonces vigente, se decía que los bienes de dominio público estaban exentos, el Texto refundido citado sólo admitía la exención para cuando, por su naturaleza o destino, los mismos no fueran susceptibles de producir renta.

C) Adquisición de bienes. Existencia de una condición de destinar un bien a determinada finalidad

En la STS de 12 de mayo de 1999 de la Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 3986, se desestima el recurso contra acuerdos de aprobación de realización de un aparcamiento en el subsuelo de una finca que fue donada en su día con la condición de destinarla para paseo público. En la Sentencia se afirma que las obligaciones de no hacer, con carácter temporalmente ilimitado, respecto a los bienes que son objeto de donación son equiparables a las prohibiciones de enajenar en sentido estricto, y los efectos de estas últimas en el tiempo se encuentran limitados en el Código Civil. Desde este punto de vista la limitación de la duración a 30 años de las cargas que pudieran introducirse en los contratos de adquisición de bienes, contemplada en el Reglamento de Bienes de 1986, no entra en contradicción con la normativa civil. Plazo que ya se encontraba regulado en el Reglamento de Bienes de 1955 y que resultaba aplicable a las situaciones jurídicas previas a su aprobación desde el año 1956. En el caso con-

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

creto, además, la construcción del aparcamiento no desvirtúa el destino del paseo prefijado por el donante. Finalmente, la donación no puede entenderse limitada a la superficie, dadas las circunstancias concurrentes en el momento de realizarse la misma.

D) Enajenación de bienes. Donación. Condiciones para su procedencia

En la STS de 6 de mayo de 1999 de la Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 3410, se declara contrario a Derecho un acuerdo de donación de bienes del Ayuntamiento a varios vecinos. En la Sentencia se estima que en varios concejales que formaban parte del Pleno del Ayuntamiento que adoptó el acuerdo concurría una causa de abstención por existir una relación de parentesco con los donatarios, de conformidad con la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958; y además este hecho era relevante, teniendo en cuenta el resultado de la votación y el número de concejales que legalmente integran el Pleno. Tampoco consta que se hiciera baremo alguno, ni orden de puntuación ni plazo para presentar solicitudes, lo que constituye infracción de los principios de seguridad jurídica y de igualdad (artículos 9.3 y 14 de la Constitución). Por otra parte, debe indicarse que en la Sentencia recurrida ya se había anulado el acuerdo por infringir la limitación de la donación a entidades o instituciones públicas para fines que redunden en beneficio de los habitantes del término municipal (artículo 109.2 del Reglamento de Bienes) y no haber obtenido la pertinente autorización del Ministerio correspondiente para realizar la cesión (artículo 166.1 de la Ley del Suelo de 1976).

E) Utilización de los bienes de dominio público

El Ayuntamiento es competente para otorgar las licencias de venta en vía pública en las condiciones reguladas por la Ordenanza. Como motivación de la decisión puede ser suficiente la referencia a la norma u Ordenanza que regula la actividad. No obstante, como sucede en el caso debatido en la STS de 25 de mayo de 1999 de la Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4885, cuando a una persona se le ha otorgado la licencia en años anteriores, no se le puede denegar una nueva solicitud de licencia sin motivar las nuevas circunstancias que concurren para no proceder a la concesión; a estos efectos no resulta suficiente una remisión genérica a la misma Ordenanza que sirvió de fundamento para otorgarla en otras ocasiones. Dicha especial motivación o justificación del cambio de criterio viene exigida por el artículo 43 de la entonces vigente Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y por el principio de interdicción de la arbitrariedad de la Administración pública reconocido en el artículo 9.3 de la Constitución.

Por otra parte, el Ayuntamiento puede dejar sin efecto una licencia de vado de acceso a un taller. Se está ante un uso común especial de un bien demanial, dado que comporta circunstancias especiales de peligrosidad e intensidad de uso de la acera, que no conlleva propiamente un derecho y se otorga con la cláusula de precariedad. Pero la efectividad de esta cláusula no excluye la necesidad de indemnizar a los afectados, como se ha reconocido en la jurisprudencia del TS. En este sentido, en el artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales se diferencian cuatro clases de revocación de licencias: por incumplimiento de condiciones, por cambio de circunstancias, por cambio de criterios de apreciación y por error en el otorgamiento. Para la tercera de las enumeradas se exige indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, mientras que en el supuesto de

cambio de circunstancias no procede ordinariamente, por tratarse de un caso de ineficacia sobrevenida por incompatibilidad de la licencia con las circunstancias surgidas con posterioridad a su otorgamiento, que determina forzosamente la revocación. No obstante, no puede entenderse como cambio objetivo de circunstancia aquel que es determinado por la propia decisión de la Administración, al modificar una Ordenanza, como sucede en el caso debatido, por lo que se admite la procedencia de la indemnización por los daños y perjuicios causados. STS de 7 de junio de 1999 de la Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4264.

F) Utilización de los bienes destinados a un uso público. Carácter oneroso de los usos especiales y privativos

Los usos especiales y privativos no son gratuitos, sino que es preciso abonar un canon a su titular, el Municipio. En el artículo 45.2 de la Ley de Haciendas Locales existe una forma especial de calcular su importe en los casos de usos a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario y que consiste en el uno y medio por ciento de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal dichas empresas. Pero para aplicar esta modalidad específica es necesario que se esté ante el supuesto contemplado en el artículo citado, puesto que si estamos ante suministros a una entidad única y es posible identificar el espacio ocupado, se aplicará el sistema general, es decir, el valor de la utilización del uso privativo o especial. (SSTS de 6 de abril de 1999 de la Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 3577, y de 30 de abril de 1999 de la Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 5113.)

G) Potestades. Investigación y recuperación de oficio

En la STS de 29 de junio de 1999 de la Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 5156, se declara ajustado a Derecho el acuerdo de un Ayuntamiento sobre no reconocimiento a la actora de la titularidad de unos terrenos donde había construido y el inicio de los trámites del procedimiento de recuperación de oficio. Ejercicio de la potestad que se entiende sin perjuicio de las acciones que pudieran ejercitarse ante los tribunales ordinarios por cuestiones de propiedad. En todo caso, no es suficiente para demostrar la titularidad privada el pago de impuestos por dicha propiedad al Ayuntamiento, ni tampoco puede limitarse el ejercicio de las potestades al plazo de un año, dado que es dudosa la naturaleza jurídica de los bienes que fueron cedidos a la recurrente para la construcción de una estación de autobuses y que tampoco existe un acto de usurpación en el caso concreto.

En cambio, en la STS de 30 de marzo de 1999 de la Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2856, se estima contrario a Derecho el acuerdo de un Ayuntamiento para recuperar un camino que había sido cerrado por no existir usurpación. En el caso concreto el recurrente había solicitado una licencia municipal de obras para cerrar un terreno y su otorgamiento había sido condicionado por el Municipio, al existir dudas sobre la titularidad de los terrenos y los derechos de la Corporación; dicho acuerdo fue recurrido ante los Tribunales y el TS dictó Sentencia sobre la procedencia de la licencia, salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero. En cumplimiento de la STS otorga la licencia y, con posterioridad, el Ayuntamiento dicta un acuerdo de recuperación del terreno por entender que existe usurpación de bienes de domi-

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

nio público. Acuerdo que es recurrido y el TS anula al entender que no existe usurpación, sino cumplimiento del fallo judicial anterior, en cuyo proceso se valoraron las diversas circunstancias concurrentes, y ello sin perjuicio de que el Ayuntamiento pueda ejercitar las acciones pertinentes ante los tribunales ordinarios en defensa de sus derechos sobre la finca.

H) Varios. Ejercicio de acciones por los vecinos en defensa de los bienes y derechos municipales

En el ATS de 27 de abril de 1999 de la Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4460, se afirma que en el artículo 68 de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 se dice que las Entidades locales tienen la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos, pero a continuación se prevé que si la Entidad no hubiera ejercitado las acciones oportunas en defensa de sus bienes y derechos, el vecino podrá requerir su ejercicio a la Entidad interesada y, si no acordara el ejercicio de las acciones solicitadas, los vecinos podrán ejercitar dichas acciones en el nombre e interés de la Entidad local. En el caso enjuiciado no ha habido dejación, sino actuación del Ayuntamiento en un sentido determinado con el que están disconformes algunos vecinos, por lo que no se está ante el supuesto previsto en el artículo citado. Además, tampoco constaba que se hubiera realizado el requerimiento a la Entidad para que actuara, que es el otro requisito exigido por la Ley. En un sentido similar, en la STS de 21 de abril de 1999 de la Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4177, se afirma que en el artículo 68 de la Ley antes mencionada no se regula una acción popular, sino que se contempla la sustitución del Ayuntamiento ante su inactividad.

3. AGUAS CONTINENTALES

A) Comunidades de usuarios

Conforme a los arts. 75.4 Lag. y 212.2 RDPH la Comunidad de usuarios puede prohibir el uso del agua a un comunero, mientras éste no satisfaga las deudas que tenga pendientes con la Comunidad por gastos de mejora y distribución de aguas. La STS de 25 de marzo de 1999 (Ar. 2295) fundamenta su fallo en esta normativa y confirma así la validez del cese de un síndico de la Comunidad por su condición de moroso. Las Ordenanzas de la Corporación indicaban claramente que los síndicos que durante su mandato incurriesen en morosidad perderían su condición de tales de modo automático.

De otro lado, en la STS de 29 de abril de 1999 (Ar. 3306) se confirma la STSJ de Andalucía, que estimó válida sólo en parte la controvertida Junta General Extraordinaria de una Comunidad de Regantes, debido a la no concordancia del contenido de la convocatoria (dimisión del Presidente de la Comunidad y presentación de nuevas candidaturas) con lo debatido en la mencionada Junta General (cese de los miembros del Jurado de Riegos y presentación de sustitutos). La aplicación de las Ordenanzas no permiten tal actuación, habiéndose producido indefensión para aquellos que no pretendían dimitir.

En la STS de 3 de mayo de 1999 (Ar. 3600) se considera que del Impuesto de Sociedades sí es sujeto pasivo una Comunidad de Regantes si concurren determinadas circunstancias. En el caso controvertido, tras recordar cuál es la naturaleza jurídica de las Comunidades de usuarios según la Lag. (Corporaciones de Derecho Público, art. 74.1), se llega a la con-

clusión de que no es aplicable el IRPF por el concepto que se debate, sino el Impuesto de Sociedades, ya que la concreta Comunidad desarrollaba una actividad de explotación económica, consistente en la producción y distribución de energía eléctrica.

Según dispone el art. 73.1 Lag., las Ordenanzas de la Comunidad se han de redactar y aprobar por los propios usuarios, debiendo someterse, para su aprobación administrativa al Organismo de cuenta, no obstante, este último no puede denegar la aprobación de las Ordenanzas, ni introducir variaciones sin previo dictamen del Consejo de Estado. Este precepto es objeto de aplicación en la **STS de 26 de mayo de 1999** (Ar. 3950) para reconocer que la variación introducida por la CH del Júcar en el articulado de las Ordenanzas de una Comunidad de usuarios no era conforme a derecho si no se sometía al previo dictamen del alto órgano consultivo.

B) Desaladoras: validez del RD 1327/1995, de 28 de julio

La **STS de 1 de marzo de 1999** (Ar. 1830) resuelve la impugnación efectuada por una empresa contra el RD regulador de las instalaciones de desalación de agua marina o salobre (RD 1327/1995, de 28 de julio), y en concreto frente a su art. 6. Entre los argumentos esgrimidos por la entidad recurrente destaca el de que el mencionado precepto vulnera el derecho a la igualdad (art. 14 CE), al otorgar a las instalaciones desaladoras productoras de electricidad (cogeneración) un trato distinto al resto (instalaciones desaladoras que no generan electricidad, pero son eficientes en ahorro energético), que en la práctica se traduce en que el precio de la energía eléctrica entregada a la red de suministro por aquéllas es un precio subvencionado superior al de mercado.

Como en Sentencias anteriores (STS de 21 de octubre de 1998, Ar. 9061, crónica XII.3.C del núm. 4 de esta Revista; STS de 19 de mayo de 1998, Ar. 4172, crónica XII.3.C del núm. 3 de Justicia Administrativa) el TS reitera su opinión de que dicho trato diferenciado ha estado reconocido legítimamente (art. 27.1 LOSEN de 1994), y lo sigue estando en la actual Ley reguladora del sector eléctrico (art. 28.1 LSE de 1997), de suerte que puede afirmarse que el RD objeto de impugnación es conforme a derecho y es respetuoso con los principios de jerarquía normativa y de legalidad.

C) Deslinde

A la Administración hidráulica competente en cada caso corresponde el deslinde de los cauces de dominio público, si bien cuando estos expedientes sean iniciados a instancia de parte, los gastos han de ser a cargo del solicitante (arts. 87 Lag. y 240.1 RDPH). En la **STS de 23 de abril de 1999** (Ar. 5182). Apelando a estos preceptos, el alto Tribunal señala que los particulares que puedan ser titulares de derechos en las márgenes de los ríos, tienen derecho a pedir a la Administración que se efectúe el apeo, sin que ésta pueda desatender dicha solicitud. De este modo, el TS, confirmando la STSJ de Extremadura, estima que la existencia de un proyecto de acondicionamiento de las márgenes del río no justifica la negativa de la Administración.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

También se refiere a la materia de deslinde la **STS de 19 de mayo de 1999** (Ar. 4154). En esta ocasión, se resuelve un caso en el que el espacio deslindado abarcaba una finca inscrita en el Registro de la Propiedad a favor de la parte recurrente. El TS indica a este respecto que el ejercicio de la potestad de deslinde queda obstaculizado por los principios de legitimación registral y de presunción de posesión a favor del titular inscrito (art. 38 LH), sin perjuicio de la facultad que asiste a la Administración para ejercitar las acciones judiciales pertinentes.

D) Infracciones

Sobre la materia de infracciones, ha de tenerse en cuenta que en el ámbito del dominio público hidráulico, los plazos de prescripción en relación a la sanción y a la obligación de reponer las cosas a su estado anterior o de reparar los daños causados son distintos, pero también independientes. Esto se pone de manifiesto en la **STS de 25 de febrero de 1999** (Ar. 1769) que, invocando los arts. 323 y 327 RDPH, estima no ajustada a derecho la Resolución de la CH del Júcar que declaraba prescrita una falta administrativa respecto de la actividad de extracción de áridos llevada a cabo por una empresa, y a la vez la obligación de reparar o reponer. El TS indica que a pesar de que la sanción ha prescrito por el paso de más de dos meses sin actividad administrativa sancionadora, la obligación de reparar sigue existiendo, si se tiene presente que prescribe a los 15 años.

Por otra parte, la **STS de 29 de junio de 1999** (Ar. 4345) confirma la STSJ de Canarias que consideró válidas unas Resoluciones administrativas sobre sanción pecuniaria por sondeo clandestino y cierre del pozo. La Administración actuó correctamente porque valoró la petición de legalización de conformidad con la Ley canaria entonces vigente 10/1987, de 5 de mayo, si bien decidió que ello no era posible.

Finalmente, en la **STS de 27 de abril de 1999** (Ar. 3298) se estima ajustada a derecho una Resolución de la CH del Tajo que aunque no fijaba una sanción, por conocer que la infracción había prescrito en ese momento, sí obligaba a la Diputación Provincial de Toledo a solicitar autorización en un plazo de dos meses, para legalizar las obras que había llevado a cabo consistentes en un vado con plataforma de hormigón y modificación del cauce en un tramo aproximado de cien metros de longitud.

E) Inscripción de aprovechamientos adquiridos por prescripción

Las **SSTS de 27 de abril de 1999** (Ar. 3299), de **29 abril de 1999** (Ar. 5184) y de **31 de mayo de 1999** (Ar. 5014) analizan el alcance de la Disposición Transitoria Primera.2 Lag. Mientras que en la primera citada, el TS afirma que la existencia de un acta de confrontación defectuosa no puede eliminar la validez del acta de notoriedad y de las manifestaciones de los testigos, habiendo quedado suficientemente probado en el caso, el aprovechamiento continuado por más de 20 años de acuerdo con la Lag. de 1879, en las otras dos Sentencias mencionadas, se interpreta cómo ha de computarse el plazo para la legalización de aprovechamientos adquiridos por prescripción.

En efecto, si se solicitó la tramitación del acta de notoriedad dentro del plazo indicado en la Disposición Transitoria Primera.2 Lag., y por un funcionamiento defectuoso del ser-

vicio de Notaría u otra causa independiente de la voluntad del interesado no pudo presentarse a tiempo dicho documento, la Administración hidráulica no puede rechazar la petición de inscripción del aprovechamiento por ese motivo. Sobre una solución jurisprudencial similar véanse las SSTs de 14 de octubre de 1998 (Ar. 8526) y de 20 de junio de 1998 (Ar. 6906) (a las que se alude en la crónica XII.3.E del núm. 4 de esta Revista).

F) Otorgamiento de concesiones

En la **STS de 14 de abril de 1999** (Ar. 3491) se considera incorrecta la denegación de una concesión hidroeléctrica a la empresa “MHSA”, ya que tal decisión administrativa no tuvo en cuenta que la concesión del mismo tipo dada a otra empresa en 1960 había caducado, de ahí que se ordene por el TS la retroacción del expediente administrativo, por no existir el obstáculo considerado por la CH del Norte: la incompatibilidad de aprovechamientos.

Por otro lado, hay que tener presente que en el procedimiento para otorgar concesiones de aguas, la Administración actuante no puede desconocer la existencia del art. 105.3 RDPH, que admite la suspensión de la solicitud inicial de aprovechamiento privativo si se dan determinadas condiciones. En la **STS de 4 de mayo de 1999** (Ar. 3684) se apela a este precepto para afirmar que la solicitud inicial de concesión de agua procedente de una depuradora con destino al riego de un campo de golf de la empresa “GRSA” debió suspenderse, por concurrir otra petición en competencia solicitando un caudal superior al doble de la petición inicial.

G) Régimen económico-financiero

Conforme dispone la Disposición Adicional Sexta de la Ley 52/1980, de 16 de octubre, no son trasvasables los recursos subterráneos existentes en la provincia de Albacete, pero para el aprovechamiento de estos recursos dentro de dicha provincia puede utilizarse la infraestructura del Acueducto Tajo-Segura, si ello resulta viable y procedente. Este precepto se utiliza precisamente en la **STS de 3 de junio de 1999** (Ar. 4314) para resolver el caso controvertido. Debido a que determinados caudales de agua del acuífero Llanos de Albacete se infiltran en el Túnel de Talave, y quedan incorporados al Trasvase Tajo-Segura, y sirven para efectuar regadíos que son objeto del pago de las tasas constituidas por las tarifas generales, no cabe imponer un pago adicional a través de las tasas del Acueducto mencionado, cuando los caudales antes citados se restituyen a dicho acuífero según una concesión otorgada al efecto.

De otro lado, la **STS de 13 de febrero de 1999** (Ar. 1971) estima en parte los recursos interpuestos por el Sindicato Central de Regantes del Acueducto Tajo-Segura y por la Comunidad de Regantes del Campo de Cartagena contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de agosto de 1995 por el que se actualizan las tarifas aplicables a la conducción de agua por el referido Acueducto para un determinado período. No prosperan las alegaciones de los recurrentes en lo relativo a que el acto impugnado vulneró el principio de participación de los usuarios, el principio de igualdad, o el de reserva de ley (al hilo del examen de este principio, el TS reconoce que la tarifa controvertida es una tasa

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

tras la STC 185/1995 y la Ley 25/1998, y por tanto un tributo sujeto al principio de reserva de ley, principio que en este caso había sido respetado).

Sin embargo, se declaran no ajustadas a derecho las tarifas aprobadas porque se verificaron diversos errores para el cálculo de los distintos componentes previstos en el art. 7 de la Ley 52/1980, de 16 de octubre. En el mismo sentido, aunque en relación con el Acuerdo del Consejo de Ministros de junio de 1997, se pronuncia la STS de 9 de julio de 1999 (Ar. 5140).

H) Riegos: normas de desembalse

Según el art. 53.1 Lag. de 1985, el Organismo de cuenca, cuando así lo exija la disponibilidad del recurso, puede determinar el régimen de explotación de los embalses establecidos en los ríos. A este precepto apela el TS en la **Sentencia de 9 de junio de 1999** (Ar. 5020) para afirmar la validez de las normas de desembalse que para riegos se aprueban por Resolución de la CH del Segura en 1988. No queda probado que concurriera desviación de poder como alegaba la parte recurrente, ni que se hubiese causado una interferencia en el régimen de los aprovechamientos o en la planificación de los riegos.

I) Sequía y sobreexplotación de acuíferos: medidas extraordinarias

En la **STS de 18 de marzo de 1999** (Ar. 3153) se afirma que el art. 53.2 Lag. y el art. 56 Lag., no son preceptos equivalentes, ya que este último se refiere a circunstancias extraordinarias de sequías, sobreexplotación de acuíferos y similares estados de necesidad, que no tienen por qué conllevar siempre perjuicios de unos titulares de aprovechamientos en favor de otros. Según el TS, en principio no estamos ante una privación singular indemnizable en aquellos supuestos en que se limite el aprovechamiento para usos agrícolas en situaciones de sequía en favor del abastecimiento a poblaciones. El Acuerdo del Consejo de Ministros en relación con el acuífero del Campo de Montiel constituye una delimitación general, aunque afecte a aprovechamientos de aguas privadas (Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera Lag.)

J) Servicios de las Corporaciones Locales: abastecimiento a poblaciones

La **STS de 3 de febrero de 1999** (Ar. 1380) anula la STSJ de Cataluña impugnada y considera no ajustada a derecho la Orden de cloración dictada por un Ayuntamiento, debido a que la prueba practicada que llevó a esa decisión es defectuosa. Así por ejemplo, la toma de muestras se efectuó en los lavabos de una de las empresas suministradas, siendo que el art. 36 del RD de 18 de junio de 1982, entonces vigente, prescribía que la responsabilidad de la suministradora concluye en el punto de acometida del usuario o consumidor.

Una **Sentencia** interesante es la de **3 de febrero de 1999** (Ar. 1548), en ella el TS confirmando la STSJ de Castilla y León estima que no puede calificarse de correcta la denegación de un Ayuntamiento a conceder a un particular el abastecimiento de agua y alcantarillado en su vivienda. El argumento municipal de que dar cumplimiento a lo solicitado, construyendo e instalando redes de agua potable que ampliasen las ya exis-

tentes, sobrepasaría las posibilidades económicas de la Corporación Local, no es suficiente según el TS, ya que la Sentencia de instancia permitía que para dar cumplimiento a ese servicio municipal mínimo y obligatorio [art. 26.1.a) LBRL] se realizasen las repercusiones económicas procedentes sobre el interesado.

Y se puede calificar de curiosa la **Sentencia de 9 de febrero de 1999** (Ar. 1520). En esta ocasión, el TS considera válida la Resolución de una Mancomunidad de Aguas sobre denegación de suministro de agua sin abono de tasa. Frente a la pretensión de la parte recurrente de hacer extensible una exención de la tarifa con origen en un pacto de hace décadas a los herederos de los herederos del señor A.S., tanto el Tribunal de instancia como el Supremo entienden que tanto de los términos literales del pacto, como de su sentido lógico se deduce que la “exacción de grifo libre de pago” tiene un alcance subjetivo limitado a los herederos directos de don A.S., interpretación que es compatible con los arts. 1281 y ss. del CC.

Según dispone el art. 107.2 del TRRL de 1986, las tarifas deben ser suficientes para la autofinanciación del servicio de que se trate. Precisamente, la **STS de 6 de marzo de 1999** (Ar. 1983) resuelve un caso en el que se debía dilucidar si la elevación de tarifas para el suministro de agua potable aprobada por la Comunidad Autónoma era o no conforme a derecho. Frente a la pretensión del Ayuntamiento de que se anulase dicha resolución, el TS estima que al no haber quedado probado que el déficit económico en la explotación se debiera sólo a una mala gestión de la empresa suministradora, sino que pudieron concurrir también causas objetivas, debe entenderse que la elevación tarifaria referida es válida.

K) Traspase de aguas

Es analizado por el TS en la **Sentencia de 26 de mayo de 1999** (Ar. 4501) un Acuerdo del Consejo de Ministros que autorizaba un traspase de aguas excedentes de la cabecera del río Tajo con destino a riegos y que había sido solicitado por la CH del Segura. Frente a las distintas alegaciones efectuadas por la Asociación de Municipios recurrente, el TS declara válido el acto impugnado por no contradecir el contenido de la Ley 9/1996, de 15 de enero, ni la Disposición Adicional Novena de la Ley 52/1980, de 16 de octubre, o el art. 1.4 de la Ley 21/1971, de 19 de junio, y por deducirse de los informes técnicos recaídos que se trataba efectivamente de aguas excedentarias o sobrantes, una vez respetados todos los usos o consumos prioritarios de la cuenca cedente.

4. AGUAS MARÍTIMAS

A) Extensión del demanio marítimo

Las dependencias integrantes del demanio marítimo se enumeran en los artículos 3 a 6 de la actual Ley de Costas de 1988, apareciendo adscritas al mismo de modo permanente, lo que significa que, en ningún caso, la posesión prolongada de cualquier porción de aquéllas pueda considerarse como legitimadora de una “desafectación de hecho”, prohi-

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

bida por nuestro ordenamiento vigente en tanto que contraria a los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad que caracterizan a aquél (SSTS de 15 de marzo y 7 de mayo de 1999, Ar. 2733 y 5028).

Dentro de las mismas hay que entender hoy incluidos (artículo 4.2) los terrenos ganados al mar como consecuencia directa o indirecta de obras y los desecados en su ribera; consideración de la que en la normativa anterior carecían, al interpretarse —y venir ratificado así por la jurisprudencia— que la existencia de título concesional a perpetuidad que amparase tal actividad de desecación equivalía a una auténtica transferencia de propiedad. Así lo recuerda la STS de 5 de mayo de 1999, Ar. 3407.

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, sin que, a contrario sensu, pueda ésta afirmarlo unilateralmente al margen de aquél (STS de 5 de mayo 1999, Ar. 3407).

En la actualidad, el artículo 13 de la Ley de Costas de 1988 le otorga excepcionales efectos, al permitirle declarar tanto la posesión como la titularidad dominical del Estado, y sin que, por ello, puedan prevalecer sobre el mismo las inscripciones registrales en favor de terceros particulares. No era así en el ordenamiento anterior, de acuerdo con el cual la atribución de la posesión a que el mismo daba lugar carecía de fuerza frente a fincas o derechos amparados por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio de la facultad de la Administración de ejercitar las acciones reivindicatorias y judiciales pertinentes. Sustancial diferencia, por tanto, que se encargan de recordar las SSTS de 8 de abril y 2 de junio de 1999, Ar. 2717 y 3944, enjuiciadoras de supuestos planteados bajo la vigencia de aquella normativa precedente.

C) Recuperación de oficio

Frente a las usurpaciones de particulares sobre bienes integrantes del dominio público marítimo, la Administración del Estado, en tanto que titular del mismo y como modo permanente de tutela de la demanialidad, dispone de la potestad de recuperación de oficio, que le habilita para recuperar por sí misma, sin necesidad de acudir ante los Tribunales, la posesión de tales bienes. Esta potestad, como tal, es ejercitable en cualquier tiempo —dada la imprescriptibilidad del dominio público— y con carácter obligatorio, siempre que concurren dos requisitos fundamentales: que se demuestre que los bienes usurpados son, efectivamente, de dominio público —lo que suele hacerse principalmente mediante el recurso a las actas de deslinde— y que el uso público ha sido obstaculizado por la persona contra la que se dirige la potestad recuperatoria (STS de 23 de marzo de 1999, Ar. 2714). Tal sucede en el supuesto al que se refiere la STS de 15 de marzo de 1999, Ar. 2733, en el que la ocupación de parte de un embarcadero por un kiosko desmontable sin título habilitante alguno legítima, indudable, el ejercicio de aquel *interdictum proprium*.

D) Régimen sancionador

La realización de obras en zona de dominio público marítimo-terrestre sin la existencia de un título administrativo habilitante previo otorgado por la Administración costera es considerada por la Ley de Costas como una infracción que lleva acarreada la imposición de la correspondiente sanción, así como la demolición de lo improcedentemente construido (**STS de 17 de marzo de 1999**, Ar. 2713). No obstante, la exigencia de estos efectos correctores requiere la prueba de que la contravención del ordenamiento se ha producido efectivamente, lo que no logra evidenciarse en el supuesto enjuiciado por la **STS de 8 de abril de 1999**, Ar. 2717.

E) Los usos del dominio público marítimo-terrestre

En lógica aplicación de la teoría general de los usos del dominio público, los usos privados —en tanto que excluyentes del uso general de aquél—, requieren de una previa concesión administrativa, a otorgar discrecionalmente por la Administración competente en función de su compatibilidad con intereses públicos prevalentes que pudieran verse afectados por los mismos (**SSTS de 9 y de 15 de marzo de 1999**, Ar. 2712 y 2732, respectivamente). A esta misma corresponderá también la aceptación de la renuncia de tal título, sin que en ningún momento un nivel público que carezca de atribuciones concretas en la materia pueda suplantar su intervención (**STS de 10 de marzo de 1999**, Ar. 2286). E, igualmente, viene llamada aquélla a la declaración de su caducidad, inmediatamente ejecutiva como acto administrativo cuya legalidad se presume que es (**STS de 7 de mayo de 1999**, Ar. 3936), y que puede —y debe— venir justificada por el incumplimiento de las condiciones inicialmente establecidas en el mismo (**STS de 7 de mayo de 1999**, Ar. 5028).

En la línea de una doctrina jurisprudencial ya conocida por haber sido objeto de comentario en precedentes números de esta Revista, las **SSTS de 12 de mayo y 25 de junio de 1999**, Ar. 4020 y 4343, y sin dejar de reconocer tanto el carácter temporal de las concesiones de dominio público como el hecho de que no generan derecho subjetivo alguno a su renovación, convienen asimismo en la necesidad de motivar —como modo de comprobar la ausencia de arbitrariedad en la actuación administrativa y la existencia de un interés general que justifique la misma— su denegación, sobre todo cuando ésta sigue a un período prolongado de renovaciones sucesivas y pacíficas del título concesional.

F) Titularidad y competencias sobre el demanio marítimo

Si bien la titularidad estatal sobre el demanio marítimo que reconoce el artículo 132 de la Constitución no supone, *per se*, la atribución a este nivel público de competencias sobre aquél, lo cierto es que, en atención a la misma, el Estado ostenta importantes facultades y obligaciones en su relación. Facultades que, obviamente, no son exclusivas y excluyentes para éste sino que, por el contrario, habrán de coexistir y coordinarse con las que detentan otras Administraciones públicas en virtud de títulos diversos (**SSTS de 5 y de 6 de mayo de 1999**, Ar. 3407, FJ 3° y 3692, FJ 2°) y, singularmente —por su intensa trascen-

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

dencia práctica—, con las autonómicas de ordenación del territorio y ordenación del litoral, que habilitan a estas instancias para velar por el cumplimiento de las normas reguladoras de las obras realizadas en zonas afectadas por diversas servidumbres en favor del demanio [SSTS de 24 de marzo (dos), 29 de abril, 7 y 13 de mayo, 1 y 3 de junio de 1999, Ar. 2715, 2831, 5186, 4012, 5187, 4324 y 4328 respectivamente]. Buena muestra de la afirmación anterior son las exigencias de previo informe de la Administración costera estatal para el otorgamiento de títulos de ocupación o uso del demanio costero que pudieran afectar al mismo, o para la aprobación de planes y normas de ordenación territorial o urbanística autonómica, y que sólo serán vinculantes cuando se refieran a asuntos de la propia competencia de aquélla. En este sentido se manifiestan las SSTS de 22 de marzo y 6 de mayo de 1999, Ar. 2840 y 3692 —en lo que hace al primero— y de 9 y 22 abril de 1999, Ar. 3279 y 3087, por lo que respecta al segundo.

G) Puertos

El Estado es, de acuerdo con lo establecido en el artículo 132 de la Constitución, titular del demanio marítimo sobre el que se sitúan las instalaciones portuarias. Sobre la base que supone tal circunstancia —aunque no directamente a su derivación, en tanto que la misma carece de fuerza atributiva de competencias—, el Estado ostenta importantes atribuciones sobre aquéllas, para cuyo ejercicio dispone, obviamente, de una serie de potestades. Lugar destacado entre éstas ocupa 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 artículo 24 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos (LTPP en adelante), lo que las excluía de la exigencia de reserva de ley para su regulación, aplicable en exclusiva, ex artículo 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, 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 solicitada— 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 el número 5 de esta Revista, añádanse las SSTS de 3 de abril de 1999, Ar. 2966 —relativa a la tarifa G3 sobre permanencia, tránsito y seguridad de personas y cosas en las zonas portuarias con el fin concreto del tráfico marítimo—, y 8 de y de 23 marzo de 1999, Ar. 2953 y 3572 —relativas al canon por ocupación de superficie y por utilización de obras e instalaciones del puerto—.

H) Pesca marítima y cultivos marinos

La actividad pesquera está configurada ya desde antiguo como un sector de actividad que presenta una importancia sustancial para el desarrollo económico de nuestro país. No es de extrañar, por ello, el establecimiento prácticamente continuo por parte de la Administración de medidas de fomento al mismo, traducidas preferentemente en el otorgamiento de ayudas de carácter diverso. Es el caso, sin ir más lejos, de las subvenciones a la flota artesanal para la instalación de equipos de comunicación y salvamento, que en ningún momento pueden considerarse como elemento de falseamiento de la competencia mediante el favorecimiento a determinadas empresas —prohibida por el derecho comunitario europeo—, al venir aquéllas limitadas a embarcaciones que ya disponen del equipo necesario para las operaciones de pesca y la seguridad de la tripulación y, simplemente, deseen mejorar esta última (STS de 30 de marzo de 1999, Ar. 2854). O, asimismo, de las destinadas a la construcción de nuevas embarcaciones para dar acceso a la propiedad de buques a pescadores no propietarios, sin que la disposición de un buque que es inmediatamente enviado al desgüace suponga una causa de exclusión para la solitud y posterior recepción de las mismas (STS de 1 de junio de 1999, Ar. 4259).

La integración de nuestro país en organizaciones internacionales relacionadas con la pesca marítima (caso de la NAFO u Organización Pesquera del Atlántico Norte) obliga a la elaboración de censos en los que se relacionen los buques que, efectivamente, pueden tener acceso a los caladeros situados en el ámbito territorial de las mismas. Censos o listados que, indudablemente de carácter limitado, han de ser elaborados no obstante conforme a criterios de legalidad, acierto y oportunidad que justifiquen la inclusión de unos y la exclusión de otros, y que además deberán ser expuestos por la Administración con claridad a fin de poder controlar judicialmente el ejercicio de esta discrecionalidad pública y la ausencia de arbitrariedad, prohibida expresamente por el artículo 9.3 de nuestra Constitución. En este sentido se manifiesta la STS de 16 de junio de 1999, Ar. 4276.

5. CARRETERAS

A) Autopistas: modificación de cláusulas de la concesión y revisión de tarifas

La primera Sentencia a destacar en relación con esta materia es la de 17 de febrero de 1999, Ar. 1826, en donde el Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto contra el RD 1547/1990, que modificó determinadas cláusulas concesionales en una autopista, per-

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

mitiendo la ampliación de ésta. El Consejo Comarcal catalán demandante pretendía que se entendiera que la A-19 era una autopista territorial catalana. Sin embargo, el TS hace referencia a los criterios sobre distribución de competencias en materia de carreteras, establecidos en la STC 65/1998, de 18 de marzo (véase crónica de número 3 de esta Revista, págs. 218 a 219). En esta ocasión, la autopista objeto de controversia se encuentra incluida dentro de las de titularidad estatal, según el Catálogo de la Red General de Carreteras del Estado (Anexo de la Ley de Carreteras de 1988). Por ello, el convenio celebrado entre la empresa concesionaria y la Administración se entiende que es válido, y el RD impugnado tiene además cobertura legal en los arts. 24 y 25 de la Ley 8/1972, sobre Autopistas de peaje.

Por otra parte, en la **STS de 6 de febrero de 1999**, Ar. 1968, el TS da la razón a una empresa concesionaria de autopistas, que impugnó el RD 365/1997, de 14 de marzo, que prorrogaba las tarifas y peajes de las autopistas estatales, y contra una Resolución del Secretario de Estado, que denegó la revisión solicitada antes de la aprobación de la mencionada norma. Se solicitó indemnización porque las tarifas entraron en vigor en septiembre de aquel año, y las anteriores se habían fijado hasta marzo. Por tanto, no se discuten las nuevas tarifas, sino la prórroga de las antiguas durante varios meses decidida en el Real Decreto, lo que ocasionó perjuicios económicos a la empresa concesionaria demandante. De este modo, el TS considera que la Administración debe indemnizar a la empresa concesionaria por los meses transcurridos con las tarifas antiguas. Los preceptos que se estiman vulnerados son el art. 24 de la Ley 8/1972 y los arts. 98, 120.1 y 130 de la Ley de Contratos de 1995, al igual que algunas de las cláusulas de la concesión.

B) Estaciones de servicio: adjudicación correcta

En la **STS de 25 de enero de 1999**, Ar. 1758, se estima que el otorgamiento de una concesión para instalación de una estación de servicio en un tramo de autopista ha sido correcta. La empresa beneficiaria fue CAMPSA, que en aquellos momentos contaba todavía con el monopolio en este ámbito, por lo que en aplicación del Decreto-Ley 5/1985 y de la entonces vigente Ley de Contratos (art. 69.1), no era posible en esta ocasión promover la concurrencia de ofertas, pues se trataba de parcelas afectadas al servicio público de suministro de carburantes comprendidos en el ámbito del monopolio de la citada compañía de hidrocarburos.

C) Infracciones y sanciones

En una serie de Sentencias dictadas sobre publicidad, el TS anula las sanciones impuestas por el Consejo de Ministros, a pesar de que en la mayoría de los casos se encuentra acreditada la realización de la conducta prohibida en el art. 24.1 de la Ley 25/1988, de carreteras, al haberse instalado publicidad en un lugar visible desde la zona de dominio público. Sin embargo, en todos los casos se observa la existencia de defectos procedimentales que dan lugar a la anulación de la sanción impuesta, pues la Administración no ha notificado a los sancionados la propuesta de resolución. Se trata de las **SSTS de 19, 22 de abril, las –dos– de 28 de abril y las dos de 6 de mayo de 1999**, Ar. 2718, 3432, 3300,

3301, 3689 y 3690, respectivamente. El Tribunal aplica aquí la doctrina ya invocada en otras muchas Sentencias anteriores (entre ellas, las varias comentadas en el número 3 de esta Revista). En algunos casos, además, se trataba de tramos urbanos, donde la instalación de publicidad no se encuentra prohibida (es el caso de la primera y de la quinta de las Sentencias mencionadas).

De nuevo aparecen varios pronunciamientos de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en relación con la prohibición de realizar obras a una determinada distancia de las carreteras, aplicando bien la Ley de Carreteras de 1974, o bien la actual de 1988 o la también vigente Ley de Autopistas de 1972. En algunos casos, se estima procedente la sanción, como, por ejemplo, en la **STS de 5 de febrero de 1999**, Ar. 1824, en este caso en una autopista; en la de **28 de mayo de 1999**, Ar. 3957, en una carretera comarcal, regulada por la Ley asturiana de 1986, sobre carreteras; o en la de **4 de junio de 1999**, Ar. 5015, en este caso al lado de una carretera nacional, donde se aplican los arts. 39.2 y 42 de la Ley de Carreteras de 1974 y 86.d), 89.1 y 111.1.a) de su Reglamento de 1977. Junto a las anteriores, las **SSTS de 20 de abril y de 2 de junio de 1999**, Ar. 2720 y 4325, respectivamente, consideran correcta la decisión administrativa de ordenar la demolición de obras realizadas sin contar con autorización de la Administración de carreteras canaria, en ambos casos aplicando la Ley de Carreteras de 1974 y su Reglamento de 1977.

En otros supuestos, sin embargo, la sanción se considera incorrecta, como sucede en las tres **SSTS** relativas a carreteras autonómicas aragonesas, en donde se anulan sanciones impuestas a RENFE por realizar determinadas obras para la instalación de barreras semiautomáticas en pasos a nivel. En concreto, las de **31 de marzo, 5 y 14 de abril de 1999**, Ar. 2716, 3488 y 3493, respectivamente. En ellas se considera, en la misma línea que la STS de 1 de junio de 1998 (véase crónica en número 3 de esta Revista), que la Comunidad Autónoma se ha excedido en sus competencias, pues los ferrocarriles que salen de una Comunidad son de competencia estatal, a pesar de la loable intención de la Administración autonómica de suprimir los pasos a nivel y sustituirlos por otros de distinto nivel. Prevalece la competencia del art. 149.1.21^a CE en materia de ferrocarriles (estatal en este caso, al ser intercomunitarios), sobre la relativa a carreteras del 148.1.5^a (autonómica aquí, al ser intracomunitarias).

Igualmente anulan sanciones en relación con obras realizadas sin autorización las **SSTS de 22 de abril de 1999**, Ar. 3433, donde la prueba testifical y pericial demuestran que la obra es anterior a la Ley de Carreteras de 1988, y donde se aprecia la falta de notificación de la propuesta de resolución; y de **30 de junio de 1999**, Ar. 5111, donde la Administración autonómica asturiana no demostró que existiese cuneta, por lo que la distancia de realización de la obra de un muro de cierre se ajusta a la estipulada en la autorización otorgada.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

D) Otras materias: informe de la Administración de carreteras en relación con planeamiento municipal que incida en éstas

Sobre esta cuestión, la STS de 25 de marzo de 1999, Ar. 2355, considera suficientemente cumplido por un Ayuntamiento la previsión del art. 10.2 de la Ley de Carreteras de 1988, de solicitar un informe a la Administración de carreteras (en este caso ha sido la autonómica canaria), antes de la aprobación inicial de instrumentos de planeamiento urbanístico. A pesar de que el informe se ha solicitado tras la aprobación inicial, el TS considera que el defecto aquí apreciado no desnaturaliza la finalidad del informe, pues no se ha privado a la Administración autonómica de la oportunidad de expresar su opinión.

6. MINAS

A) Concesiones mineras y permisos de investigación

En relación con esta materia, la STS de 18 de marzo de 1999, Ar. 2444, estima que el otorgamiento de una concesión minera de recursos de la Sección C a un particular fue correcto, frente a las pretensiones en sentido contrario de un Ayuntamiento. En este caso era preciso obtener una autorización del Ministerio de Defensa, al estar comprendida la explotación dentro de la zona de seguridad de un campamento militar, en aplicación del art. 27.2 del RD 689/1978; igualmente, es preciso obtener la preceptiva licencia municipal. A pesar de estos extremos, el TS considera que el acto de otorgamiento de la concesión minera no debe anularse. También da la razón a la Administración minera la STS de 20 de mayo de 1999, Ar. 3942, que confirma la decisión de ésta de declarar la caducidad de unas concesiones, al no cumplirse la obligación de explotación exigida en el artículo 71.1 de la Ley de Minas.

Por otra parte, la STS de 26 de abril de 1999, Ar. 4007, confirma la anulación de una sanción por el Tribunal de instancia, en este caso impuesta a dos empresas que suscribieron un contrato sin contar con autorización administrativa, infringiendo los arts. 99 de la Ley de Minas y 125 de su Reglamento, al tratarse de recursos de la Sección C, donde se exige contar con este tipo de habilitación. La transmisión se realizó antes de solicitarse esta última, según la Administración, pero el TS considera que este extremo no ha quedado acreditado de forma suficiente, donde habría bastado para ello con una visita de comprobación por parte de la Administración.

Finalmente, en relación con permisos de investigación, la STS de 6 de mayo de 1999, Ar. 4224, considera que deben excluirse de un permiso otorgado algunas cuadrículas mineras de pizarra solicitadas por otros particulares en consolidación de sus explotaciones en unas canteras. Para el TS, era necesario cumplir lo establecido en la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de Minas y resolver las peticiones de consolidación antes de otorgar el permiso de investigación. Por otra parte, la STS de 10 de marzo de 1999, Ar. 2730, estima que la Administración obró correctamente al no dar por desistido a un particular en su anterior petición de cambio de titularidad de un permiso de investiga-

ción minera. La transmisión fue autorizada según el art. 95.3 de la Ley de Minas, y la existencia de discrepancias entre los socios no puede motivar el mencionado desistimiento.

B) Clasificación de minerales y seguridad minera

La STS de 30 de marzo de 1999, Ar. 4224, confirma la decisión administrativa que declaró válida una concesión otorgada a un particular para explotar una cantera de pizarra, al amparo de la Disposición Transitoria Cuarta.1 de la Ley de Minas. La argumentación del Tribunal es aquí similar al de otras Sentencias anteriores (algunas de ellas comentadas en la crónica del número 5 de esta Revista), que resolvieron supuestos parecidos.

Por último, la STS de 16 de abril de 1999, Ar. 5175, considera que la empresa minera titular de una concesión de cantera debe cumplir las normas sobre seguridad minera en los términos en que le fue exigido por la Administración, en concreto, la obligación de contar con un director facultativo con dedicación exclusiva, en aplicación de una Orden de 22 de marzo de 1988 que aprobó Instrucciones Técnicas Complementarias del RD de 2 de abril de 1985, sobre seguridad minera.

7. MONTES

A) Inconstitucionalidad de la Ley gallega 13/1989, de Montes Vecinales en Mano Común

Sobre esta cuestión, hay que mencionar la STC 127/1999, de 1 de julio (BOE 181, de 30 de julio), que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra determinados preceptos de la Ley gallega 13/1989, sobre Montes Vecinales en Mano Común. En concreto, se impugnan el art. 10 y la Disposición Adicional Tercera de esta Ley.

El TC estima el recurso y declara inconstitucionales los dos preceptos impugnados. Para ello, emplea los siguientes argumentos:

a) El art. 10 establecía que el vicepresidente del Jurado Provincial de Montes Vecinales sería un Magistrado de la Audiencia Provincial correspondiente: esto se anula (recordando el criterio de la Sentencia 150/1998) y se estima que se ha vulnerado la distribución competencial operada en el art. 149.1.5ª CE, que otorga al Estado competencia exclusiva en materia de Administración de Justicia pues en una cuestión que afecta al estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados el Estado es el único competente para determinar qué funciones distintas de las jurisdiccionales pueden llevar a cabo aquéllos (FJ 2º). Y ello, aunque se reproduzca la previsión de la Ley estatal sobre montes vecinales de 1980, pues esta última es precisamente estatal.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

b) La Disposición Adicional Tercera de la Ley gallega establecía que todos los procedimientos, salvo el de clasificación de estos montes, serán sustanciados por el trámite de incidentes ante el Juzgado de Primera Instancia. En este caso, es el art. 149.1.6ª CE el infringido, que establece la competencia exclusiva estatal en materia de legislación procesal, salvo las peculiaridades existentes en las Comunidades Autónomas. Y ello, porque a pesar de que los montes vecinales tienen relación también con el Derecho civil de Galicia, sin embargo la especialidad procesal regulada en la citada disposición no es constitucional, porque para la efectividad de las previsiones de la Ley no es precisa una regulación procesal específica.

B) Repoblación forestal: extinción procedente de convenio

Por último, en materia de montes cabe mencionar la **STS de 19 de mayo de 1999**, Ar. 3660, que da la razón a unos particulares frente a la Administración en un asunto relativo a un convenio de repoblación forestal. Éste se declara extinguido, por el incumplimiento por parte de la Administración de algunas de sus obligaciones (la de rendir cuentas, la de fijar la situación económica de las partes, con abono a los propietarios de la finca de la parte que les correspondía, etc.)

8. PATRIMONIO CULTURAL

A) Bienes de interés cultural

En relación con esta materia, la **STS de 20 de abril de 1999**, Ar. 2719, consideró ajustada a Derecho la valoración de una tabla gótica del siglo XIV que llevó a cabo la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de bienes del patrimonio histórico español (órgano perteneciente al Ministerio de Cultura). Aunque existen diversos informes que establecen también distintas valoraciones (algunas incluso muy superiores a la realizada por la Administración), el TS estima que ante una cuestión tan compleja debe darse prioridad a la tasación realizada por el citado órgano administrativo, cuyos juicios poseen una presunción de certeza y objetividad que debe conllevar su prevalencia sobre los otros dictámenes existentes. Es decir, que ante la existencia de un importante margen en la valoración de obras de arte en manos de la Administración, ésta se compensa con la previsión de garantías organizativas, que suponen la creación de órganos formados por personas que ofrecen una profesionalidad y competencia que dota a sus decisiones de una especial cualificación.

Por otra parte, la **STS de 4 de mayo de 1999**, Ar. 3890, reconoce el derecho de un particular a ser indemnizado por un Ayuntamiento que suspendió una licencia que le había otorgado en una zona de una ciudad en donde se había solicitado la incoación de expediente de declaración de bien de interés cultural. En opinión del TS, los arts. 9 y 11 (en relación con el 16) de la Ley del patrimonio histórico de 1985 prevén la adopción de medidas de protección en relación con la suspensión de licencias, pero el expediente ha debido incoarse por la Comunidad Autónoma, que es la competente para declarar la sus-

pensión. No obstante, los perjuicios sólo pueden ser evaluados hasta la fecha del acto de incoación del expediente de declaración de bien de interés cultural.

B) Otras materias

La STS de 26 de mayo de 1999, Ar. 3951, confirma una sanción impuesta por la Administración a un particular, por realizar excavaciones haciendo desaparecer unos restos arqueológicos. Se aplica el art. 76 de la Ley 16/1985, de patrimonio histórico, donde la sanción se estima que ha sido proporcionada. Por otra parte, la STS de 23 de abril de 1999, Ar. 3088, considera correcta la decisión del Tribunal de instancia de anular la concesión de una autorización para construir un almacén en un camping porque no se respeta la limitación contenida en el informe vinculante del Consejo de Patrimonio Cultural de Cataluña. Finalmente, la STS de 1 de marzo de 1999, Ar. 2724, estima que el informe de la Administración autonómica competente sobre patrimonio cultural fue correcto, en relación con la demolición por un Ayuntamiento de una de las plantas de un torreón de interés histórico-artístico; y la STS de 5 de marzo de 1999, Ar. 2165, que aplicando el art. 21.3 de la Ley 16/1985, de patrimonio histórico, anula la revisión de un PGOU en cuanto ampliaba la anchura de una calle que se encontraba integrada en un Conjunto histórico.

9. VÍAS PECUARIAS

En la STS de 26 de abril de 1999, Ar. 4182, en un asunto relativo a una clasificación de vías pecuarias en un término municipal llevada a cabo por la Administración autonómica valenciana se da prioridad a la prueba documental sobre otros medios probatorios, y el Tribunal considera que es determinante que el representante legal de la Corporación municipal ahora recurrente prestara su asentimiento de modo incondicionado al acta de calificación de las vías pecuarias en 1987. Además, se ha seguido el procedimiento establecido en el art. 13 del Reglamento de vías pecuarias de 1978. También se pone de manifiesto que estas vías son de dominio público, según la entonces vigente Ley de 1974, sobre cuya titularidad definitiva no son los Tribunales contencioso-administrativos los que tienen la última palabra.

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

ELOY COLOM PIAZUELO

BEATRIZ SETUAÍN MENDÍA

ANTONIO EMBID IRUJO

XIII. MEDIO AMBIENTE**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. A) Libertad de acceso en materia de medio ambiente. B) El reciclado de aceites usados. C) Evaluación de impacto ambiental de determinados proyectos. D) El concepto de vertido de las Directivas 76/464, 76/769 y 86/280/CEE. E) El concepto de residuos en las Directivas 75/442/CEE y 91/689/CEE. **3. Actividades clasificadas.** A) Actividad empresarial de asesoramiento sujeta a licencia de actividades. B) El emplazamiento de las actividades clasificadas se encuadra entre las competencias de gestión asumidas por las CCAA. C) Notificación personal a los vecinos inmediatos al lugar del emplazamiento: art. 30.2.a) del RAC. D) Carácter reglado de la Licencia de actividades. Instalación de gasolinera en las proximidades de un centro escolar. E) La Licencia de actividades clasificadas es una licencia de tracto continuo, lo que faculta a la Administración para ejercer el control permanente de la actividad durante toda la vida de la misma. F) Resolución del contrato de arrendamiento de local destinado a discoteca a instancias del actual coarrendador al tratarse de una actividad molesta. **4. Evaluación de impacto ambiental para las líneas de transporte aéreo de energía eléctrica. 5. Espacios naturales protegidos. 6. Especies protegidas. Caza. 7. Aguas continentales.** A) Contaminación de acuíferos. B) Protección de la fauna silvestre. C) Vertidos. **8. Aguas marítimas.** A) Régimen sancionador. B) Los usos del dominio público marítimo-terrestre y las necesarias limitaciones a los mismos. C) Pesca marítima. **9. Minas: restauración de espacios afectados por actividades extractivas. 10. Montes: arranque y corta de árboles sin autorización. Sanción procedente.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia comunitaria aparecida los meses de septiembre y octubre de 1999, la ordinaria publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi entre los números 1850 a 5250 y la jurisprudencia constitucional publicada hasta octubre de 1999 desde la comentada en el anterior número (5) de Justicia Administrativa.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

A) Libertad de acceso en materia de medio ambiente

La **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 9 de septiembre de 1999**, en el asunto C-217/97, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas como demandante y a la República Federal de Alemania como parte demandada, examina la Directiva 90/313/CEE del Consejo, de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente sobre la que establece algunas interpretaciones que deben ser resaltadas. Así, la Comisión reprocha a Alemania una deficiente transposición de la Directiva y el Tribunal, efectivamente, encuentra que se ha producido tal deficiencia en alguna parte de la normativa alemana correspondiente, constituida por la Umweltinformationsgesetz (Ley sobre información en materia de medio ambiente) de 8 de julio de 1994. En concreto son tres los reproches verificados que suponen para el Tribunal la violación de los arts. 3.2.1.3 y 5.2 de la Directiva:

a) La prohibición de que se pueda transmitir información durante la práctica de un procedimiento administrativo, pues esa expresión de la normativa alemana supera en extensión la excepción de “investigación preliminar” prevista en la Directiva.

b) No se prevé en la norma de transposición que se pueda transmitir información parcial en la medida en que ésta pueda ser separada de los intereses protegidos por la Directiva. Debería la norma alemana, por el contrario, contener disposiciones expresas para informar a los ciudadanos de esa posibilidad, pues lo contrario, el silencio, afecta a los valores queridos por la Directiva y al principio de la seguridad jurídica.

c) Finalmente, no limitar expresamente el pago de una tasa únicamente a los casos en los que efectivamente se ha producido un suministro de información, es también contradictorio con los valores defendidos por la Directiva. No sería posible, así, cobrar una tasa cuando se negara el ejercicio del derecho a la información por mucho que se hubiera desarrollado una actividad administrativa antes de concluir, por el motivo que fuere, en esa negativa, pues el supuesto del pago es para la Directiva el “suministro” efectivo de la información.

B) El reciclado de aceites usados

Mediante la **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 9 de septiembre de 1999**, asunto C-102/97, se resuelve el recurso interpuesto por la Comisión contra la República Federal de Alemania a la que se reprocha la deficiente transposición de la Directiva 75/439/CEE del Consejo, de 16 de junio de 1975, relativa a la gestión de aceites usados (modificada por la Directiva 87/101) por diversas normas alemanas (con la Ley de Residuos de 1986, Abfallgesetz, a la cabeza). En concreto el Tribunal concluye que la normativa alemana no establece nítidamente las medidas necesarias para dar prioridad al tratamiento por regeneración de aceites usados como exige la Directiva. Los numerosos inconvenientes que opone Alemania en el proceso, no son juzgados de suficiente

importancia sino que, al contrario, el Tribunal concluye que los condicionantes de orden técnico, económico y de organización permitían ofrecer tal prioridad.

C) Evaluación de impacto ambiental de determinados proyectos

Dos Sentencias se ofrecen en esta entrega sobre esta cuestión teniendo las dos como referencia los problemas derivados de la transposición de la Directiva 85/337/CEE, tarea que ocupa al Tribunal desde hace mucho tiempo dados los términos esencialmente indeterminados que se manejan en ciertos preceptos de tal Directiva y las variadas interpretaciones, por tanto, de que son susceptibles. Hay que reconocer, no obstante, una permanente actitud firme del Tribunal en una línea preventivamente defensora del medio ambiente que viene a limitar las facultades dispositivas de los Estados que pueden advertirse en una lectura literal de tal Directiva.

Así, en la **Sentencia de 16 de septiembre de 1999**, asunto C-435/97 (Sala Sexta), el Tribunal resuelve una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal de la provincia autónoma de Bozen (Italia) en relación a diversos problemas suscitados por los trabajos de modificación de un aeropuerto en ese lugar. Sintetizando la rica discusión planteada en la Sentencia, el Tribunal establece que la Directiva no autoriza a que un Estado miembro excluya de antemano y globalmente del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, determinados tipos de proyectos comprendidos en el Anexo II (entre los que se encontraría el aeropuerto cuestionado) mediante un acto legislativo nacional (arts. 4.2 y 2.1 de la Directiva). Sólo cabría la exclusión si hubiera un examen detenido de ese tipo de proyectos o el proyecto concreto se valorara concienzudamente correspondiendo a los Tribunales internos examinar esa circunstancia.

Igualmente se indica que cabe aplicar un procedimiento administrativo singular de ese Estado, distinto del previsto en la Directiva, siempre y cuando se respeten los requisitos básicos regulados por la Directiva y entre ellos la participación del público prevista en el art. 6 de la Directiva (lo que no ha tenido lugar en el caso concreto).

La referencia de la Directiva a que mediante acto legislativo concreto se puede eximir un proyecto del procedimiento en ella regulado (art. 5.1), sólo cabe ser interpretada en el sentido de que se trate de un acto legislativo específico, que contenga todos los datos que puedan resultar pertinentes para la evaluación de las repercusiones del proyecto sobre el medio ambiente.

Finalmente, aun cuando el aeropuerto cumpla tanto fines civiles como militares, si su utilización principal es la comercial, no cabe considerarlo como afecto a la defensa nacional y, por tanto, excluido de las exigencias de la Directiva (art. 4.1).

En la **Sentencia de 21 de septiembre de 1999**, asunto C-392/96 (Sala Quinta), el Tribunal conoce del pleito que opone a la Comisión contra la República de Irlanda a la que se reprocha una deficiente transposición de la Directiva que tratamos. En concreto la Comisión afirma que Irlanda ha fijado en su legislación valores absolutos para determinados proyectos relacionados en el Anexo II sin tener en cuenta la incidencia ambiental concreta de cada proyecto. Eso se indica por la Comisión en relación al destino a la explo-

tación intensiva de tierras no cultivadas o de superficies seminaturales —el umbral irlandés son 100 Ha—, las primeras repoblaciones forestales —el umbral son 70 Ha—, las roturaciones destinadas a permitir la conversión con vistas a otro tipo de explotación de suelo —70 Ha— y los proyectos de extracción de turba, 50 Ha. La Comisión concluye que al obrar de esta forma, sin tener en cuenta otra cosa que las dimensiones de los proyectos aisladamente —nunca por acumulación— y sin referencia a su naturaleza y localización, Irlanda ha sobrepasado el margen de apreciación concedido por los arts. 2.1 y 4.2 de la Directiva.

D) El concepto de vertido de las Directivas 76/464, 76/769 y 86/280/CEE

En dos Sentencias recientes se trata del concepto de vertido manejado por las Directivas citadas en la rúbrica y ello porque en los dos casos estamos ante actuaciones que parecen, desde un concepto vulgar, resistirse a esa configuración.

Así, en la **Sentencia de 29 de septiembre de 1999**, asunto C-232/97 (Sala Sexta), el Tribunal de Justicia responde a una cuestión planteada por un Tribunal holandés (Nederlandse Raad van State) ante el que pende un pleito para cuya resolución debe ser decisiva la fijación del concepto de vertido manejado por las Directivas citadas en la rúbrica y relativas a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad la primera de ellas y a cuestiones conexas las otras dos. En el caso se trata de una empresa que ha utilizado postes de madera tratados con creosota para proteger las orillas y sin ningún tipo de autorización administrativa previa. Se trata de saber si la introducción de esos postes con esa sustancia constituye un vertido a los ojos de esas Directivas y precisa de autorización previa.

En primer lugar el Tribunal responde que el concepto de vertido de la Directiva 76/464 no se refiere a la contaminación procedente de fuentes importantes, inclusive las fuentes múltiples y difusas. Ello no implica que, entonces, la inmersión de ese poste no fuera un vertido puesto que, a su vez, el concepto de “fuentes múltiples y difusas” excluye que se trate de la acción específica de una persona y, en el caso, puede establecerse que la inmersión del poste es acción de una persona; en consecuencia en ese caso estaríamos ante el concepto de vertido manejado por la Directiva con las consecuencias administrativas referidas.

Por su parte, la **Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de septiembre de 1999**, en el asunto C-231/97 (Sala Sexta), y relativa a una cuestión planteada por el mismo Tribunal holandés en relación a un pleito pendiente ante él, decidirá que el concepto de vertido de la Directiva 76/464/CEE comprende la emisión de vapores contaminados que se condensan y caen en las aguas superficiales. En todo caso debe tenerse en cuenta la distancia entre las aguas y el lugar de emisión de los vapores contaminados. Ésta sólo será pertinente para descartar el concepto de vertido si según la experiencia común la contaminación de las aguas puede considerarse previsible lo que serviría para impedir la imputación de la contaminación a quien provoque esos vapores. Incluso, se indica, el concepto de vertido comprendería la situación de emisión de vapores contaminados que se condensan en primer lugar en terrenos y tejados y que, posteriormente, llegan a las aguas superficiales a través de un desagüe de aguas pluviales careciendo de importancia que el desagüe pertenezca al establecimiento de que se trate o a un tercero.

E) El concepto de residuos en las Directivas 75/442/CEE y 91/689/CEE

La **Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 1999**, recaída en los asuntos acumulados C-175/98 y C-177/98 (Sala Cuarta), plantea un nuevo problema conceptual. En el caso un Tribunal italiano se ha dirigido al Tribunal europeo para preguntarle si las operaciones de “almacenamiento temporal” que unos empresarios han llevado a cabo de sus residuos, pueden ser inmersas en el mismo concepto de las Directivas citadas en la rúbrica y, por tanto, sometidas a autorización previa. Los empresarios no lo habían hecho así y se había incoado un procedimiento penal contra ellos en el que el mismo Ministerio Fiscal solicita la absolución de los acusados cuya conducta encuentra congruente con la legislación italiana. El Tribunal va a responder que el concepto de “almacenamiento temporal” de residuos para el que se precisa autorización y control administrativo previo, es el que se inserta en las “operaciones de gestión de residuos” descritas por las Directivas citadas. El almacenamiento sería, así, la primera de las actuaciones que luego conduciría a la valorización o eliminación de residuos. Es evidente que la conducta de los empresarios no está inmersa en esas operaciones por lo que debe descartarse la aplicación de las Directivas al margen de que —advierte claramente el Tribunal— las autoridades nacionales deban velar también en esos almacenamientos temporales por el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del artículo 4 de la Directiva 75/442.

3. ACTIVIDADES CLASIFICADAS

A) La actividad empresarial de asesoramiento sujeta a licencia de actividades

El **TS**, en su Sentencia de **20 de abril**, Ar. 3079 (FJ 4º), entiende que las actividades de asesoramiento que se prestan como actividad empresarial de asesoramiento bajo figura societaria, y no sólo como profesional, están sujetas a previa licencia en aplicación del art. 22.1 del RSCL en cuanto establecimientos mercantiles que son. (Ver el distinto tratamiento dado por la jurisprudencia cuando se trata de actividades profesionales, en el comentario a las SSTS de 1 y 23 de junio de 1999 en el número 3 de la Revista.)

B) El emplazamiento de las actividades clasificadas se encuadra entre las competencias de gestión asumidas por las CCAA

Éste es el argumento que sirve al **TS** para desestimar el recurso que cuestionaba, por falta de competencias legislativas, la facultad de la Comunidad Autónoma de Aragón para dictar en su momento la Orden de 8 de abril de 1987 por la que se aprobó la Instrucción para la aplicación del RAC en instalaciones ganaderas y en el que se señalaban las distancias mínimas de éstas a los núcleos de población (**STS de 31 de mayo de 1999**, Ar. 5152).

C) Notificación personal a los vecinos inmediatos al lugar del emplazamiento de la actividad: art. 30.2.a) del RAC

A lo largo de los comentarios de esta sección hemos dicho en distintos momentos que con las actividades clasificadas nos enfrentamos a una materia excesivamente casuística. Pues bien, buena prueba de ello son las **Sentencias** que sobre la aplicación estricta o no del art.30.2.a) se vienen dictando por el **TS** (ver Revistas números 1 y 4) y de las que son buena muestra las de **26 de marzo** y **12 de mayo**, Ar 2642 y 4879, que comentamos.

Según se desprende de la 2642, el TS no cuestiona el razonamiento de la sentencia de instancia al respecto, cuando ésta dice que no hay ninguna base en el citado precepto [art. 30.2.a)] para extender la exigencia de notificación personal más allá de los colindantes al lugar del emplazamiento, misión que entiende por otra parte cumplida con la información pública que prescribe además el mismo precepto.

Pero donde las matizaciones son más sibilinas es en la Sentencia 4879. Se trataba, lo que no resultará ajeno a la conclusión del TS, de transformar en garaje privado los sótanos de un edificio que antes se habían destinado a aparcamiento de propiedad particular pero explotado como negocio para uso por el público. En el trámite de solicitud de la licencia de actividad se notifica sólo a los vecinos de los pisos superiores al local y a la Comunidad de propietarios que comparecerá en el procedimiento administrativo. Y el recurso contencioso se substanciará por uno de los personalmente notificados quien, no obstante, alegará el defecto de notificación personal al resto de los vecinos del inmueble.

Pues bien, con estos antecedentes el TS casará la sentencia de instancia, que había estimado la nulidad del procedimiento por infracción del art. 30.2.a) del RAC con fundamento en la falta de notificación personal a otros vecinos del mismo inmueble, por entender que, ponderadas las circunstancias del caso enjuiciado con arreglo a los datos expuestos (FJ 4º), si bien existe una irregularidad procedimental, la falta de notificación al resto de vecinos no es bastante en el presente caso para invalidar el acto administrativo (FJ 2º).

D) Carácter reglado de la Licencia de actividades. Instalación de gasolinera en las proximidades de un centro escolar

Aprovechamos la STS de 4 de mayo de 1999, Ar. 3404, para recordar con ella que la Licencia de actividades clasificadas es de carácter reglado para la Autoridad Municipal que la debe conceder, o no, conforme al ordenamiento jurídico. La misión en su otorgamiento está en controlar si se cumplen o no las condiciones requeridas por las normas jurídicas preexistentes, disposiciones a las que, como dice el TS, los Ayuntamientos habrán de ajustarse en un doble sentido de tener que denegar las licencias que se opongan a tales disposiciones y tener que conceder las que se acomoden a ellas. No tratándose, pues de un poder discrecional sino reglado.

Este aserto lleva en la sentencia a concluir que no podrá denegarse la licencia aunque la instalación sea peligrosa siempre que las anomalías puedan garantizarse con las debidas medidas correctoras. En este caso la instalación de una gasolinera en las proximidades de un centro escolar.

E) La licencia de actividades clasificadas es una licencia de tracto continuo, lo que faculta a la Administración para ejercer el control permanente de la actividad durante toda la vida de la misma

Una vez otorgada la licencia de actividades no se rompe el vínculo entre la Administración y el titular de la actividad, dado su carácter de licencia de tracto continuo. Lo que permite a ésta acordar la implantación de las medidas correctoras que sean procedentes durante

XIII. Medio Ambiente

toda la vigencia de la licencia sin que pueda interpretarse que estemos ante una revocación de la misma, como recuerda el TS en la **Sentencia de 2 de marzo de 1999**, Ar. 2130 (FJ 2º).

Por otro lado la introducción de nuevas medidas correctoras con posterioridad a la concesión de la licencia puede exigirse para adecuar la actividad autorizada a las Ordenanzas que, dictadas en el legítimo ejercicio de las facultades atribuidas a los municipios en materia de salubridad pública y protección del medio ambiente del art. 25.2.h) y f) de la LBRL, se aprobaran con posterioridad. Facultad que encuentra su amparo en los arts. 36 del RAC y 2 de la Instrucción para su desarrollo de 15 de marzo de 1963.

F) Resolución del contrato de arrendamiento de local destinado a discoteca a instancias del actual coarrendador al tratarse de una actividad molesta

El TS reconoce el derecho del actual coarrendador de un local destinado a discoteca para solicitar y obtener el reconocimiento del derecho a la rescisión del contrato de arrendamiento una vez comprobado que en el local se ejerce una actividad que se ha demostrado molesta por exceso de ruidos y vibraciones. Sin que a ello pueda obstar, como reconoce el TS en la **Sentencia de 4 de mayo de 1999**, Ar. 2880 (Sala de lo Civil), la previa autorización de los primitivos arrendadores.

4. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL PARA LAS LÍNEAS DE TRANSPORTE AÉREO DE ENERGÍA ELÉCTRICA

El voto mayoritario del TS en la **Sentencia de 1 de febrero de 1999**, Ar. 2127, viene a ratificar el criterio de este Tribunal expresado en diversas sentencias en el sentido de que nuestro ordenamiento jurídico y en concreto el RD Legislativo 1302/1986, de evaluación de impacto ambiental, dictado para transponer al derecho interno la Directiva 85/337/CEE, no exige evaluación de impacto ambiental para las líneas de energía eléctrica.

Pero lo llamativo de esta sentencia no es el voto mayoritario sino el razonado voto particular de dos de los Magistrados que se pronuncian en sentido contrario.

En esta ocasión el matiz que fundamenta dicho voto lo introduce la aplicación del Decreto 50/1991, de la Diputación Regional de Cantabria, que exige una estimación de impacto ambiental para este tipo de líneas. Los discrepantes entienden que este Decreto concreta la Directiva citada y somete el proyecto a evaluación de impacto ambiental que, además, debió realizarse antes de su declaración de utilidad pública. Este argumento, junto a otros, les lleva a pronunciarse por la nulidad del procedimiento de autorización de la línea.

5. ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS

A) Nulidad del art. 13.2 del RD 1997/1995, de 7 de diciembre, por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los habitats naturales y de la flora y fauna silvestre

En la STS de 15 de marzo de 1999, Ar. 2141, el TS declara la nulidad del art. 13.2 del RD 1997/1995, por cuanto entiende que contraviene el art. 16.1.e) de la Directiva

92/43/CEE, sobre conservación de los hábitats naturales y de la flora y fauna silvestre, al no reproducir los condicionamientos allí recogidos, consistentes en que la excepción al régimen general de protección de las especies, admisible en el caso concreto, no tenga otra alternativa satisfactoria y no suponga perjuicio al mantenimiento en un estado de conservación favorable, de las poblaciones de la especie de que se trate en el área de distribución natural.

B) Derecho a indemnización por la privación singular de derechos patrimoniales derivados de la declaración de Parque Natural

La declaración de la Albufera de Mallorca como Parque Natural mediante el Decreto 4/1988 del Gobierno Balear, al clasificar como suelo no urbanizable de especial protección a parte de los terrenos de los demandantes que antes de la entrada en vigor de dicho Decreto tenían la calificación de suelo urbano, produce, a decir del TS en la **Sentencia de 4 de marzo de 1999**, Ar. 4439, una privación singular de bienes o derechos que deben ser indemnizados, so pena de tener que calificar el Decreto de confiscatorio.

6. ESPECIES PROTEGIDAS. CAZA

A) El tipo penal del art. 334.1 del CP exige para su aplicación que la especie protegida se encuentre amenazada de extinción

Sólo cabe incluir en el tipo penal del art. 334.1 del CP la muerte de las especies que figuren en el catálogo de las amenazadas y que, además, se encuentren material y efectivamente amenazadas de extinción, según viene manteniendo el TS y reitera en la **Sentencia de 19 de mayo de 1999**, Ar. 3827 (Sala de lo Penal). Por lo que la muerte, en el supuesto debatido, del pájaro “pico picapinos”, al no ser ésta una especie amenazada de extinción, no incurre en el tipo penal descrito en dicho precepto, aunque esté clasificado dicho pájaro como de interés especial en el catálogo que regula el RD 439/1990.

B) Prohibición de la caza en línea de retranca. Tipo sancionatorio previsto en la Ley y el Reglamento de Caza

Interpuesto recurso de amparo frente a dos resoluciones sancionadoras de la Consejería de Medio Ambiente del Gobierno de la Rioja en materia de caza y frente a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ, el TC otorgara dicho amparo en la **Sentencia 133/1999**, de 15 de julio (BOE del 18 de agosto), con fundamento en la vulneración de los principios de legalidad (art. 25.1 CE), por falta de cobertura legal de las sanciones impuestas, y el de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por cuanto la sentencia incurre en incongruencia al no resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos –artículos, en este caso– en que vienen planteadas.

Las razones del TC, aplicando la doctrina general contenida en anteriores sentencias, se encuentran, respectivamente:

1º En la inconstitucionalidad de las resoluciones sancionatorias porque éstas subsumieron la prohibición de llevar a cabo la caza en línea de retranca contenida en el art. 36 del Reglamento de Caza –Decreto 506/1971– en la infracción contemplada en los arts. 33.3 y 38.13 de la Ley 4/1989, de Conservación de la Naturaleza. Lo que representa una equivocación evidente por tratarse de una infracción no contenida en la referida Ley 4/1989.

2º Respecto a la Sentencia del TSJ en cuanto subsumió los hechos objeto de sanción no en los artículos de la Ley 4/1989 sobre los que se sustentó la sanción, sino en los arts. 46 y 31.6 de la Ley de Caza de 1970 que no habían servido de sustento a las resoluciones sancionadoras.

7. AGUAS CONTINENTALES

A) Contaminación de acuíferos

Debido a las pésimas condiciones del almacenamiento del tetracloruro de carbono y al estado general de deterioro de las instalaciones, se produjo una filtración por percolación de dicha sustancia en el suelo y subsuelo donde se ubica la fábrica donde estaba almacenado dicho producto. Como consecuencia de dichas filtraciones se produjo la contaminación de acuíferos y pozos que quedaron inutilizados para el consumo humano. El acusado fue condenado por la Audiencia como autor de un delito contra el medio ambiente del art. 347. bis del CP de 1973 declarando responsable civil subsidiaria la empresa.

Interpuesto Recurso de casación contra la sentencia, entre otros motivos, y en lo que aquí nos interesa destacar, por haber sido condenado simplemente con base en pruebas indirectas o indiciarias, el TS declarará al respecto no haber lugar al recurso de casación por considerar suficientes dichas pruebas indiciarias para fundamentar el tipo penal aplicado. En efecto el TS en la **Sentencia de 5 de mayo de 1999**, Ar. 4958, admitía como prueba objetiva de cargo la llamada prueba de indicios en cuanto de su resultado se desprende mediante proceso deductivo lógico y racional, debidamente explicitado en la sentencia impugnada la conclusión de que la concentración de tetracloruro de carbono detectado en el acuífero y pozos inferiores a la vertical de la fábrica donde estaba situado el foco contaminante, procedía de la filtración de la fábrica, es decir, del defectuoso almacenamiento de esa sustancia en los depósitos y, además, ninguna otra alternativa se ofrece que explique la pluralidad de tales indicios.

B) Protección de la fauna silvestre

La STS de 22 de junio de 1999, Ar. 4340, estima correctas las multas que se impusieron a una empresa que había continuado con la actividad de extracción de áridos, después de existir unas resoluciones que ordenaban su suspensión temporal. La autorización que fue dada en precario, podía ser objeto de revocación provisional o definitiva cuando sobreviniera una circunstancia de interés público, en este supuesto, la obligada defensa preventiva de las comunidades de moluscos bivalvos, mientras se completaban los correspondientes estudios biológicos.

C) Vertidos

La normativa sobre aguas continentales prohíbe la realización de vertidos al cauce público sin la correspondiente autorización, y tipifica los vertidos clandestinos como infracción administrativa [art. 108.f) Lag. de 1985]. En la **STS de 15 de febrero de 1999**, Ar. 2280, se apela a este precepto y otros concordantes del RDPH para señalar que la calificación de la CH del Guadalquivir como infracción menos grave de los vertidos de alpechines efectuados durante tres días por una Sociedad Cooperativa a las aguas de un arroyo sin habilitación administrativa es conforme a derecho. De esta forma, la STSJ de Andalucía incurrió en error al degradar a infracción leve tal hecho, ya que en el art. 315 del RDPH, en el que se tipifican las infracciones leves, no se contempla ningún supuesto específico relativo a los vertidos.

8. AGUAS MARÍTIMAS**A) Régimen sancionador**

La realización de vertidos al mar, de cualquier naturaleza o procedencia, sin el amparo que les proporciona un título administrativo constituye una infracción administrativa grave, de acuerdo con lo establecido en los artículos 90 y 91 de la vigente Ley de Costas y, como tal, se hace acreedora de la correspondiente sanción. Sanción a la que, en buena lógica, serán de aplicación los principios del procedimiento administrativo sancionador, entre los que se encuentra el de culpabilidad del sujeto infractor que, como tal, excluye la responsabilidad objetiva. Por ello, porque no se aportan pruebas que determinen la culpabilidad de un derrame de combustible al mar mientras se procedía al abastecimiento de un buque, la **STS de 9 de febrero de 1999**, Ar. 2278, determina la improcedencia de la imposición de sanción por tales hechos.

La misma categorización presenta la ocupación del demanio marítimo con vertidos sólidos, de la que serán responsables no sólo sus autores materiales directos, sino también quienes, conociéndola, la aceptan en su beneficio. Por esta razón, serán también éstos quienes deberán hacer frente —en calidad de coautores— a la sanción impuesta por aquella conducta, que vendrá graduada en función de la extensión de demanio ocupada y de la entidad del perjuicio ocasionado tanto al propio bien como al libre uso público del mismo (**STS de 27 de mayo de 1999**, Ar. 3952).

B) Los usos del dominio público marítimo-terrestre y las necesarias limitaciones a los mismos

Los usos del demanio marítimo que excedan el puro uso general de acuerdo con su fin propio —común y libre—, necesitan la previa expedición de un título administrativo que los admita. Admisibilidad que, en buena lid con su carácter discrecional, dependerá de la compatibilidad de los mismos con otros intereses públicos prevalentes a los que pudieran afectar, dentro de los cuales, sin duda, han de encontrarse los ambientales. Por eso, el riesgo probable de producir una agresión al entorno costero y la inadecuación del uso

XIII. Medio Ambiente

con una respetuosa ordenación ambiental del mismo han de ser consideradas razones más que suficientes para denegar una concesión de realización de obras que pudiera conllevar estos efectos. Así lo reconoce expresamente la STS de 6 de mayo de 1999, Ar. 3692.

C) Pesca marítima

La pesca marítima es una importante actividad que, realizada sobre el demanio marítimo, resulta esencial para el desarrollo económico de nuestro país. Ello no significa, sin embargo que, precisamente por tal razón, la misma pueda llevarse a cabo indiscriminadamente, ni en lo que hace a su intensidad, ni por lo que se refiere a los modos empleados. En lo que hace al primer aspecto, han de situarse entre los límites cuantitativos al ejercicio de la pesca cuestiones ambientales de tanto peso específico como la evitación de sobreexplotación de los caladeros para la preservación de las especies ictícolas; motivo que, precisamente, ha sido esgrimido por el Tribunal Supremo en su STS de 5 de mayo 1999, Ar. 3973, para denegar el otorgamiento de autorización para cambio temporal de modalidad pesquera desde la técnica de artes menores a la de palangre de superficie. Por lo que respecta al segundo, no puede olvidarse que el artículo 336 del vigente Código Penal tipifica la utilización de explosivos para la pesca como delito relativo a la protección de la flora y fauna, y como tal ratifica la condena por esta conducta el ATS de 21 de abril de 1999, Sala de lo Penal, Ar. 2934.

Por su parte, y en ejercicio del derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos reconocido en el artículo 105.b) de la Constitución –cuyo ejercicio ha sido desarrollado a través de lo previsto en el artículo 37 de la Ley 30/1992 y, más concretamente en relación con la materia ambiental, por la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente– el Tribunal Supremo ha reconocido recientemente (STS de 23 de junio de 1999, Ar. 4278) el derecho de una asociación ecologista a recibir un listado de buques que practiquen artes de pesca selectivos, por entender que concierne a los objetivos de la misma el conocimiento acerca de la incidencia que las mismas conllevan sobre el entorno que sirve de marco a esta actividad.

9. MINAS: RESTAURACIÓN DE ESPACIOS AFECTADOS POR ACTIVIDADES EXTRACTIVAS

En la STS de 17 de mayo de 1999, Ar. 4148, se da la razón, confirmando la Sentencia de instancia, a un Ayuntamiento que solicitó la nulidad de una concesión de explotación de arcillas otorgada a un particular por la Generalidad valenciana (que suspendió no obstante su efectividad hasta que aquél presentara un plan complementario de restauración de espacios naturales), ante el recurso interpuesto por el Ayuntamiento. Se comienza recordando los preceptos de la Ley de Minas que obligan a la protección medioambiental cuando se realicen explotaciones mineras, que fueron desarrollados, según habilitación reglamentaria del art. 5 de la citada Ley, por el RD 2994/1982, sobre restauración de espacios afectados por actividades mineras, desarrollado éste a su vez por la Orden de 20 de noviembre de 1984. Esta última obliga a presentar un Plan de Restauración que la

Administración aprueba junto al otorgamiento de la autorización o concesión minera. El TS considera que Plan de Restauración aprobado en 1987 que es insuficiente para mantener el equilibrio ecológico.

Este Plan, según el art. 2 del citado RD, debe presentarse antes del otorgamiento de la concesión, y el art. 4 determina que la Administración podrá aprobarlo, exigir ampliaciones o introducir modificaciones. En caso de aprobación, ésta se hará conjuntamente con la concesión o autorización, que no podrán otorgarse si no queda suficientemente asegurada la restauración del espacio natural (FJ 7º). No cabe pues otorgar la concesión y remitir a una futura aprobación del Plan de restauración.

10. MONTES: ARRANQUE Y CORTA DE ÁRBOLES SIN AUTORIZACIÓN. SANCIÓN PROCEDENTE

El TS confirma, en la Sentencia de 1 de marzo de 1999, Ar. 2128, la Sentencia de instancia que dio la razón a una empresa y rebajó unas sanciones que le impuso la Administración autonómica. Sin embargo, se mantiene la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados. El motivo de las sanciones es el arranque y corta de pinos y sabinas con motivo de la instalación de una línea eléctrica sin contar con autorización. Se trataba en concreto de montes catalogados de utilidad pública y de titularidad municipal. En este caso, se ha aplicado la Ley 4/1989, de espacios naturales protegidos, en lugar de la Ley de Montes, como pretende la parte recurrente. En concreto, el art. 38.10 de la primera, en donde se tipifica como infracción el arranque y corta de plantas en los casos donde sea necesaria autorización administrativa según la legislación sobre montes.

Se considera además que la descripción de los tipos cumple aquí suficientemente la función de garantía, por lo que no cabe plantear cuestión de inconstitucionalidad (se cita en este punto la STC 102/1995, sobre la Ley 4/1989, que se ocupó también de las infracciones y sanciones en esta norma). También se declara correcta la aplicación de las normas sobre expropiaciones y sanciones en materia de líneas eléctricas (Ley 10/1966 y Decreto 2619/1966), entre otras cuestiones examinadas (como la culpabilidad, la prescripción, la calificación de la sanción como grave, etc.)

JAVIER DOMPER FERRANDO

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

BEATRIZ SETUAÍN MENDÍA

ANTONIO EMBID IRUJO

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Agricultura. Competencias estatales y autonómicas. 3. Comercio. Plan de modernización del comercio interior y cupo del País Vasco. 4. Crédito. 5. Energía eléctrica. A) Relación concesionario-usuario. B) Facturación. C) Instalaciones eléctricas. Propiedad y gastos de mantenimiento. D) Transporte. Línea de alta tensión. E) Suspensión del suministro. **6. Industria.** A) Elaboración de normas técnicas. B) Fomento en zonas de promoción económica. **7. Libertad de empresa y servicio público. 8. Mercado de valores.** A) Ejercicio de la potestad sancionadora. B) Sociedades y Agencias de Valores. **9. Pesca.** A) Ayudas. a) Para la construcción de embarcaciones. b) Instalación de equipos de comunicación y salvamento a la flota artesanal. B) Derecho de petición e información administrativa en materia de pesca. C) Regulación del censo de la flota arrastrera congeladora. Nulidad del reglamento por falta de motivación. **10. Precios y tarifas.** A) Potestad tarifaria y política de control de precios. B) Tarifas telefónicas. **11. Transportes.** A) Agencia de transportes. Autorización. B) Transporte funerario. C) Transporte marítimo. Ayudas. **12. Tribunal de Defensa de la Competencia.** A) Colegio Oficial. Farmacias. Servicio de guardia. Servicio permanente. B) Sobreseimiento del expediente. Afectación significativa de la competencia. Tribunal de Defensa de la Competencia. C) Suministro de energía eléctrica. Campañas promocionales. Abuso de posición de dominio. Actos predatorios. D) Autorización singular. Cooperativa. Central de compras. Franquicia. E) Autorización singular. Contrato de distribución selectiva. Productos cosméticos.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el presente número se recogen las Sentencias del Tribunal Constitucional dictadas en el período de julio a octubre de 1999, las Sentencias del Tribunal Supremo dictadas en los meses de marzo a junio de 1999, así como las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia dictadas en los meses de abril a junio del mismo año.

2. AGRICULTURA. COMPETENCIAS ESTATALES Y AUTONÓMICAS

La impugnación por la Administración del Estado de la Orden de 5 de diciembre de 1989 relativa al régimen jurídico de replantación de viñedo, adoptada por la Consejería de Agricultura y Ganadería de la Junta de Castilla y León, se resolvió con la desestimación del recurso casacional por la STS de 29 de marzo de 1999, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2851.

En dicha Sentencia el Tribunal Supremo se plantea dos cuestiones competenciales de carácter general. Por un lado, la relación entre la competencia exclusiva autonómica en materia de agricultura y la competencia estatal sobre ordenación general de la economía. A tal efecto, se trae a colación la doctrina del Tribunal Constitucional, con expresa cita de la STC 186/1988, en la que se admite que la necesaria coherencia de la política económica pueda exigir decisiones unitarias en sectores económicos que son competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, si bien se añade que en estos casos se deberá garantizar al mismo tiempo el respeto a la competencia ejecutiva autonómica.

En la misma Sentencia se reproduce también la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a la ejecución interna del derecho comunitario, doctrina según la cual corresponde dicha ejecución a la Administración competente según las reglas internas de distribución competencial.

En base a estos dos principios y teniendo en cuenta que la Orden impugnada se limitaba a aplicar lo previsto en la normativa estatal en relación a la concesión de replantación de viñedos, de acuerdo por lo demás con los principios comunitarios, el TS desestimó el recurso interpuesto, ya que la resolución impugnada constituía el ejercicio de una competencia ejecutiva autonómica.

3. COMERCIO. PLAN DE MODERNIZACIÓN DEL COMERCIO INTERIOR Y CUPO DEL PAÍS VASCO

El Gobierno Vasco impugnó el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de abril de 1997 por el que se formalizaron para el ejercicio de 1997 los criterios objetivos de distribución, así como la distribución resultante, de los créditos del Ministerio de Economía y Hacienda en aplicación de los Programas específicos del Plan Marco de Modernización del Comercio interior. La demanda del Gobierno Vasco se centra en la exclusión de que es objeto esta Comunidad, exclusión que estima no ajustada a derecho por entender que el Plan Marco no es un medio de financiación de las Comunidades Autónomas, sino un Plan con el que el Estado ejerce su competencia en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13ª CE).

De acuerdo con este planteamiento, el TS, en su Sentencia de 21 de junio de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 4338, examina en primer lugar la vertiente competencial del

problema. En este punto coincide con la posición del Gobierno Vasco, en el sentido de entender que el Estado, al aprobar el Plan, ejerce una competencia propia, la del artículo 149.1.13ª CE. La titularidad competencial legítima precisamente al Estado para poder consignar subvenciones en sus presupuestos especificando su destino y condiciones de uso (se recoge en este punto la doctrina del TC en su Sentencia 13/1992).

Legitimado el Plan Marco, el núcleo del debate se centra a continuación en las peculiaridades del sistema de financiación de la Comunidad Autónoma Vasca, pues el régimen de este sistema es el que determina que sea o no conforme a derecho la exclusión de dicha Comunidad de las ayudas contenidas en el citado Plan. El TS, tras analizar en detalle la cuestión, concluye que debe desestimarse el recurso en virtud del hecho demostrado de que el programa presupuestario correspondiente al Plan Marco había sido tratado como carga asumida por la Comunidad Autónoma a efectos del cálculo del cupo provisional para el año 1992, año base del quinquenio 1992-1996. Por tanto, si el Plan fue computado a efectos de calcular el cupo como carga asumida, no podía exigirse por la Comunidad Autónoma la parte proporcional del mismo, pues ello exigiría modificar el cálculo del cupo. Así, se dice:

“éste es el dato clave para resolver la controversia entre ambas partes, pues el Gobierno vasco no puede, en buena lógica, reivindicar la percepción de ayudas incluidas en un programa presupuestario que tiene la consideración de carga asumida, y simultáneamente, dejar inalterado el cupo”.

Por último, se añade que si la entidad recurrente hubiera demostrado que el Plan incorporaba la distribución de Fondos Estructurales comunitarios podría, en este punto concreto, habérselo dado la razón, pues tendría derecho a acceder a parte de dichos fondos. Al no haberse demostrado tal incorporación de Fondos Comunitarios, el recurso también se desestima en relación a este concreto extremo.

4. CRÉDITO

El ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración sobre entidades privadas de crédito o sus cargos directivos y de administración, ha dado lugar a una serie de recursos en los que se ha analizado la imputabilidad de las personas físicas y la tipificación de las conductas infractoras. En otros números de esta Revista (núm. 4, Crónica XIV. 6) nos hemos referido también a este tipo de problemática que incide más directamente en la cuestión relativa al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración.

Las SSTs de 7 de abril y 17 de mayo de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 3066 y 4147, inciden de nuevo en esta misma cuestión. En la primera de ellas se analizan las sanciones impuestas al vocal del Consejo de Administración de una entidad de crédito al que se imputa su participación en los siguientes hechos infractores: dotación insuficiente de las reservas obligatorias y de las previsiones para insolvencias, incumplimiento de la nor-

mativa sobre contabilización de operaciones y sobre formulación de balances, cuentas de pérdidas y ganancias y estados financieros de obligatoria comunicación, realización de actos y operaciones sin autorización siendo ésta preceptiva, y falta de remisión al órgano competente de los datos de remisión obligatoria. La Sentencia desestima el recurso en todos sus extremos, al entender que se dieron las conductas infractoras, pero reduce la cuantía de las multas impuestas al entender que no se dio la circunstancia agravante de reincidencia, pues al imponerse las nuevas sanciones otras anteriores aún no habían devenido firmes.

En la Sentencia de 17 de mayo se examinaron las sanciones impuestas a la entidad de financiación y a los miembros de su Consejo de Administración. Las infracciones imputadas eran las de déficit de recursos propios, exceso de concentración de riesgos, graves irregularidades contables, irregularidades en las declaraciones a la central de información de riesgos del Banco de España, déficit de cobertura de caja, y como infracciones leves sólo imputadas a la entidad, las de irregularidades en las declaraciones al registro de altos cargos y en lo relativo a la denominación social. La Sala confirma las sanciones impuestas al estimarse acreditada la comisión de las diversas infracciones, así como la graduación de las cuantías, con la única excepción de la sanción por concentración excesiva de riesgos, sanción que anula al estimar que tal infracción no se cometió.

5. ENERGÍA ELÉCTRICA

A) Relación concesionario-usuario

La STS de 19 de mayo de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 3941, aborda el siempre complejo tema de la naturaleza jurídica de las relaciones concesionario-usuario y el poder de intervención de la Administración sobre las mismas.

Partiendo de una posición comunmente aceptada, el TS reconoce que los contratos de suministro entre las empresas concesionarias y los abonados tienen su base sustentadora en el derecho administrativo, pero sin que por ello sean contratos de derecho administrativo, sino que “son contratos de adhesión en los que las declaraciones de voluntad de las partes contenidas en el contrato deben ser interpretadas por los tribunales de la jurisdicción civil”, añadiendo que, “esta relación originaria de carácter civil, por referirse a un servicio público, hace que la Administración no permanezca indiferente”.

Este deber de no permanecer indiferente es lo que lleva, en el caso enjuiciado, a una presencia administrativa vinculada a la relación contractual privada (en sentido parecido, STS de 3 de junio 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 4330). En efecto, la empresa suministrada denunció a la Administración titular del servicio el cobro de determinadas cantidades por parte de la entidad suministradora. La Administración, tras el oportuno expediente, estableció la obligación de refacturar según nuevos parámetros a cargo de la

XIV. Derecho Administrativo Económico

entidad suministradora. El TS reconoce la competencia administrativa para interpretar en este sentido el contrato privado, añadiendo, no obstante, que:

“las facultades de la Administración inherentes a su competencia de vigilar la equidad de las facturaciones alcanza hasta el punto de fijar la cantidad que debe devolverse, pero no se extiende a la imposición de la obligación de devolución, reservada ya a la jurisdicción civil”.

doctrina que reitera la contenida en la STS de 20 de mayo de 1998, Ar. 3664.

En consecuencia, el TS confirmó la validez de los actos impugnados y dejó sin efecto la Sentencia apelada que había declarado la incompetencia del orden contencioso-administrativo para enjuiciar una relación jurídico-privada.

B) Facturación

Diversas SSTs, de fechas 1 y 23 de marzo, 20 y 31 de mayo, 3 y 21 de junio de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 2547, 2829, 4157, 3958, 4330 y 5484, insisten en líneas jurisprudenciales ya consolidadas en relación a diversos problemas que afectan a la facturación del suministro de energía eléctrica.

En la primera de las Sentencias citadas se reitera la doctrina (contenida entre otras en la STS de 5 de mayo de 1997, Ar. 3717) por la que se afirma que bajo la vigencia de las condiciones generales de la póliza de abono, establecidas por el RD 2385/1981, la entidad suministradora podía incluir en los recibos de facturación un recargo del 1,5 por ciento en concepto de repercusión de la tasa prevista en el número 11 del artículo 15 del RD 3250/1976. El argumento central se basa en que la obligación del consumidor de soportar el recargo tiene su origen en un contrato, y no en una relación tributaria inexistente.

En la segunda de las Sentencias citadas, de 23 de marzo de 1999, siguiendo la estela de la STS de 29 de noviembre de 1985, Ar. 5602, se afirma que es procedente la facturación de la energía eléctrica consumida y no facturada, aun en el caso de un defectuoso funcionamiento del contador no imputable al consumidor. La doctrina del Tribunal Supremo se fundamenta en una interpretación lógica y teleológica de los preceptos aplicables y en la aplicación de los principios generales de la buena fe y del enriquecimiento injusto.

Las Sentencias de 31 de mayo y 21 de junio, de acuerdo en este caso con la doctrina de las SSTs de 29 de diciembre de 1998, Ar. 264 de 1999 y 17 de marzo de 1999, afirman que para efectuar la liquidación del fraude de energía eléctrica no se deben contemplar las previsiones del artículo 61 del Reglamento de Verificaciones Eléctricas con la aplicación del coeficiente de simultaneidad previsto en el número 5 del artículo 4 del reglamento sobre acometidas eléctricas.

Por último, las SSTs de 20 de mayo y 3 de junio de 1999 se ocuparon de la eficacia temporal de la Orden de 23 de abril de 1984 relativa a la aplicación de un recargo a los abonados que carecieran de un contador con discriminación horaria. El TS, reiterando doctrina anterior, entiende que la aplicación de los criterios establecidos en dicha norma a facturaciones anteriores (lo que obliga a refacturar por parte de la entidad suministradora) no supone una aplicación retroactiva contraria al artículo 2.3 del Código Civil. Concretamente se dice que:

“no se trata de aplicar retroactivamente disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas que veda el artículo 9 de la CE, sino de la aplicación de unas tarifas más beneficiosas para el interesado solicitado por el amparo de unas disposiciones dictadas precisamente para evitar las situaciones injustas que se venían produciendo al aplicar la legislación anterior, mediante la aplicación de la nueva normativa dictada precisamente para ello, con lo cual no ofrece duda que se trata de una interpretación auténtica y posterior que hace el propio legislador para perfeccionar el sistema anterior insuficientemente regulado y ello nunca puede suponer la violación del principio de irretroactividad que consagra el art. 2.3 del Código Civil”.

C) Instalaciones eléctricas. Propiedad y gastos de mantenimiento

Reiterando también una línea jurisprudencial abundante y unánime, la STS de 17 de mayo de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 3940, afirma que la propiedad y consiguiente obligación de mantenimiento, cuando se trata de instalaciones exteriores a la acometida individual de cada uno de los usuarios, aunque estén situadas en un espacio de propiedad común de los mismos, corresponde a la empresa suministradora.

D) Transporte. Línea de alta tensión

La STS de 19 de mayo de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 4156, tiene como objeto la impugnación por parte de la Comunidad Autónoma de Aragón y de diversos Ayuntamientos de la misma Comunidad del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprobó el Proyecto de ejecución de la línea eléctrica de alta tensión Aragón-Cazarril, en el tramo que discurre por el territorio español.

De la Sentencia citada merece destacarse el fallo de la misma, fallo sin duda singular en la medida en que se planteó en el seno del proceso la invalidez sobrevenida del Proyecto impugnado como consecuencia de la decisión del Gobierno francés de no autorizar la construcción de la línea de Alta tensión, lo que obligó a las empresas signatarias de los acuerdos de suministro a adaptar los mismos a la nueva situación y tratar de formalizar una nueva propuesta de interconexión a través de los Pirineos.

Por la razón expuesta el Tribunal se detiene en analizar los efectos de la imposibilidad de llevar a efecto el Acuerdo impugnado, para llegar a la conclusión de que “las circunstan-

cias sobrevenidas tras la aprobación del acuerdo del Consejo de Ministros no pueden provocar retroactivamente su nulidad, dado que se refieren a problemas y consideraciones distintas de aquellas que determinan la validez del acto en sí mismo”. Por otro lado, la Sala valora que estas circunstancias sí tienen un efecto decisivo sobre las pretensiones de los recurrentes, ya que éstas se basaban esencialmente en la lesión de intereses medioambientales afectados por la ejecución del proyecto de línea de Alta Tensión. Como tal Proyecto ya no se llevaría a efecto, no se lesionarían los intereses defendidos, y en todo caso, se añade, en la definición del nuevo trazado se deberá contar con el correspondiente estudio de impacto ambiental.

Así las cosas el Tribunal decide desestimar el recurso, “no por la mayor o menor corrección jurídica de los argumentos de unas y otras partes, sino por la concurrencia de las dos circunstancias” reseñadas. De esta forma, el Acuerdo impugnado no se anula, y se mantienen los derechos de las partes derivados de la larga tramitación del expediente, si bien el expediente deberá aún proseguir adaptado a la nueva realidad y con el necesario trámite del estudio de impacto ambiental.

E) Suspensión del suministro

Denegada por la Administración la petición de autorización de suspensión de suministro de energía eléctrica por impago de los recibos por parte de la empresa “Aguas de Catadau, SA” se obtuvo la anulación de dicho acto negativo en primera instancia. El TS, en la **Sentencia de 21 de mayo de 1999**, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 5011, estimó el recurso de apelación interpuesto por la Administración y confirmó el acto denegatorio del corte de suministro.

El fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo reitera la doctrina de la STS de 13 de mayo de 1997, y una línea jurisprudencial uniforme, según la cual procede aplicar el principio contenido en el artículo 56 del RCCL según el cual en ningún caso podrá el contratista interrumpir el cumplimiento del contrato en los casos previstos en la norma citada. Se entiende que la facultad de interrumpir el suministro se aplicará a los abonados que sean usuarios privados, pero no a la Administración, en tanto ésta precisa del suministro de energía para prestar un servicio público.

La nota singular del presente caso es que la entidad a la que se trató de interrumpir el suministro de energía eléctrica no era una Administración, sino una entidad privada que prestaba como concesionaria el servicio de suministro de aguas. Dado que la razón de ser de evitar el corte de suministro de energía es evitar que tal corte de suministro interrumpa una actividad prestacional a terceros, la lógica consecuencia es equiparar a la Administración con las entidades que por cuenta de la misma prestan un servicio público. Por tal razón no se permite cortar el suministro de energía a la entidad privada que realizaba el servicio de suministro de agua.

6. INDUSTRIA

A) Elaboración de normas técnicas

La Asociación Española de Normalización y Certificación impugnó los apartados 6 y 11 del artículo 3 del RD 339/1997 en los que se atribuía a la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de Educación y Ciencia la facultad de aprobar normas técnicas en materia de equipamientos en centros educativos.

El Tribunal Supremo, en la **STS de 5 de abril de 1999**, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 3487, al amparo de lo establecido en la Ley de Industria 21/1992, anula los preceptos impugnados, al no reunir la Gerencia de Infraestructuras las condiciones exigidas por la normativa en materia de industria para ser reconocida como entidad de acreditación. Niega también el TS que la referencia a normas técnicas pueda interpretarse como las prescripciones técnicas particulares a fijar en el proceso de contratación administrativa, pues, dice, “resulta patente que cuando una norma usa unos términos previamente definidos en el ordenamiento jurídico hay que entender que se refiere a ellos y no a otros distintos”. Las prescripciones técnicas, añade, habrán de basarse en normas técnicas previamente definidas por los organismos de normalización, pero no confundirse con ellas.

B) Fomento en zonas de promoción económica

Recogemos a continuación una serie de Sentencias del Tribunal Supremo en las que, de nuevo en materia de la actividad de fomento para la promoción de la actividad industrial, se resuelven conflictos en relación a actos de declaración de caducidad de ayudas otorgadas y reclamación de reintegro total o parcial de lo entregado. Siguiendo una línea jurisprudencial abundante y recogida en números anteriores de esta Revista, pueden diferenciarse los siguientes supuestos:

a) Sentencias que declaran acreditado el incumplimiento de las condiciones, con la correspondiente caducidad de la ayuda y obligación de reintegro de lo entregado (**SSTS de 29 de abril, 26 de mayo y 13 de julio de 1999**, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 3305, 3948 y 5171).

b) Sentencias que declaran acreditado el incumplimiento parcial de las condiciones, exigiendo la caducidad de la ayuda y el reintegro en parte de lo entregado, según un criterio de proporcionalidad (**SSTS de 4 de julio y 13 de julio de 1999**, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 4230 y 5170).

c) Sentencias que declaran acreditado el incumplimiento, pero que anulan el acuerdo de reintegro por prescripción del derecho de la Administración a recuperar lo indebidamente pagado, según la doctrina de la **STS de 13 de abril de 1998** que determinó que el cómputo del plazo de prescripción de 5 años debe contarse desde que finalizó el plazo

de cumplimiento de las condiciones (SSTS 16 y 23 de junio y 13 de julio de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 5105, 5485 y 5172).

7. LIBERTAD DE EMPRESA Y SERVICIO PÚBLICO

La STS de 19 de abril de 1999, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4173, plantea una cuestión de singular relevancia a partir de la impugnación de la fijación de las tarifas de los servicios de pompas fúnebres. La importancia del tema planteado reside en el hecho de que los recurrentes impugnaron la intervención administrativa sobre la determinación de los precios de los servicios funerarios que califican de no mínimos, ya que entendían que sobre los servicios mínimos, esto es, aquellos que garantizaran al ciudadano la prestación de una actividad acorde con el grado de civilización y nivel cultural y económico actualmente exigible, sí podía fijarse un precio imperativo.

Al plantearse el conflicto en los términos expuestos, de hecho se reclamaba la fijación del concepto de servicio público, esto es, de aquella actividad que por su vinculación a fines de interés general no garantizados por el mercado puede quedar excluida de la reglas de la libre competencia. Lo que en la sentencia se califica de servicios mínimos viene a corresponderse con la noción de servicio público, esto es, la actividad cuya prestación debe ser garantizada y que admite, en aras de esta garantía, un régimen de intervención que rompa las reglas de mercado.

Delimitado en estos términos el objeto de la controversia, la Sentencia parte de la afirmación genérica de que los servicios públicos funerarios son un servicio público:

“los servicios de pompas fúnebres constituyen un servicio público ineludible cuya prestación viene atribuida a los Ayuntamientos por el artículo 25.2.j) de la LBRL, siquiera en la actualidad ya no sean susceptibles de municipalización con carácter monopolístico”.

Más adelante se añade que la fijación de las tarifas de esta actividad prestacional no vulnera en principio el artículo 85 del Tratado CEE:

“ha de comenzar por destacarse la aplicabilidad al caso debatido de este último precepto, como ya así lo efectuó la sentencia recurrida. El artículo 85 persigue la finalidad de proscribir los acuerdos y decisiones de las empresas y asociaciones que impliquen falsear o restringir el juego de la libre competencia en el campo de la economía de mercado, del que se encuentra excluido la potestad reguladora de la Administración para controlar o limitar la fijación de tarifas relativas a la prestación de servicios públicos de ineludible existencia”.

Establecida la doctrina general el TS vuelve sobre la necesaria distinción entre las actividades que deben o no considerarse servicios mínimos o servicios públicos, dentro de la actividad genérica de servicios de pompas fúnebres, para afirmar:

“no obstante, y rebasados los límites de los que deben ser considerados como servicios básicos (mínimos, para respetar la terminología empleada en dicho precepto) en el campo de las prestaciones funerarias que con carácter obligatorio determina el artículo 25.2.j) de la Ley 7/1985, servicios que han de ser de decorosa entidad, ajustada al nivel económico y cultural de la época en que se ofrezcan, se impone evidentemente el respeto al principio de libertad de empresa que proclama el artículo 38 de la Constitución expresamente invocado por las Asociaciones demandantes, con la ineludible consecuencia de admitir la libre fijación de precios de aquellos servicios funerarios de más ostentosa entidad que voluntariamente puedan desear concertarse”.

Sólo, pues, los servicios funerarios mínimos forman parte de la noción de servicio público, y sólo en relación a los mismos cabe imponer un régimen público de precios al no aplicarse el principio de libertad de empresa ni la reserva legal del artículo 51.3 CE.

8. MERCADO DE VALORES

A) Ejercicio de la potestad sancionadora

El ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en relación a la actividad de las Instituciones de Inversión Colectiva, ha sido objeto de atención en la **STS de 12 de marzo de 1999**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 3729. De la citada sentencia merece ser destacado el tratamiento que hace del principio *non bis in idem* en su vertiente procedimental, pues a partir del mismo se acuerda la anulación de una sanción impuesta estando pendiente un proceso penal en el que se enjuiciaban los mismos hechos en los que se fundó la sanción administrativa.

La citada anulación, se precisa, al estar basada en la aplicación del principio *non bis in idem* en su vertiente procedimental:

“solamente implica la anulación de la sanción en el momento presente, ordenándose retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la imposición de la citada sanción con el fin de que la Administración, una vez que se haya pronunciado sentencia firme por los Tribunales de Justicia en el proceso penal iniciado como consecuencia de la querrela del Ministerio Fiscal, si lo estima procedente, por encontrarse ante un caso de relaciones de sujeción especial, imponga la sanción pertinente con base a los hechos declarados probados por el órgano competente del orden jurisdiccional penal”.

B) Sociedades y Agencias de Valores

La **STS de 7 de junio de 1999**, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 4316, reitera la doctrina establecida en la **STS de 15 de abril de 1998**, Ar. 3324 (Justicia Administrativa, núm. 2,

Crónica XIV. 8) en relación a la validez del RD 276/1989 que reguló la creación y régimen jurídico de las Sociedades y Agencias de Valores. El nuevo recurso, interpuesto por diversos Colegios Oficiales de Agentes de Cambio y Bolsa, reitera la impugnación de los mismos preceptos ya examinados en la Sentencia de 1998 y amplía la impugnación a algunos más.

El Tribunal Supremo desestima de nuevo el recurso al entender que con la publicación del reglamento impugnado no se ha producido una vulneración del principio de reserva legal. En relación a las cargas impuestas a las Sociedades y Agencias de Valores, para asegurar su liquidez y solvencia, se afirma en la Sentencia que ahora comentamos que las mismas no constituyen prestaciones patrimoniales carentes de base legal. Entiende el Tribunal que la reserva legal actúa en este campo, “tan sensible a los cambios y fluctuaciones del entorno nacional e internacional”, como una reserva relativa, por lo que la remisión legal al reglamento es admisible. Validez de la norma reglamentaria que además habría quedado confirmada por lo establecido en la STC 137/1997.

Otras disposiciones transitorias impugnadas son también declaradas conforme al ordenamiento jurídico al no vulnerar el principio de reserva legal.

9. PESCA

A) Ayudas

a) Para la construcción de embarcaciones

Solicitada una ayuda para construcción de embarcaciones al amparo de lo dispuesto en el RD 219/1987, la misma fue denegada al haber adquirido el solicitante en las fechas próximas a su solicitud una embarcación. Recurrida tal denegación fue estimado el recurso en primera instancia, siendo apelada tal sentencia al estimar la Administración que no podía otorgarse la ayuda a quien poseyera una embarcación.

Examinada la cuestión, el TS en su **Sentencia de 1 de junio de 1999**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4259, pone de relieve la existencia de una relativa contradicción en la normativa relativa a la concesión de ayudas para la construcción de embarcaciones, concretamente el RD 219/1987 y la Orden de 3 de marzo del mismo año, para llegar a la siguiente conclusión:

“si bien es cierto que el art. 9 del RD 219/1978 (sic) exige el cumplimiento del requisito de no ser propietario de ninguna embarcación, para obtener la ayuda solicitada y regulada por tal Real Decreto, no hay que olvidar que el propio Real Decreto, sin distinción alguna, en su artículo 4 precisa que toda autorización de construcción de buques pesqueros requerirá que la unidad que se vaya a construir sustituya a uno o más buques aportados como baja, y por ello la exigencia del artículo 9 se ha de valorar o interpretar a la luz de lo tam-

bién dispuesto en el artículo 4 citado, y dado que ambas normas en su expresión literal, al menos en principio, aparecen como contradictorias, según una, para conceder la ayuda para la construcción de un barco hay que presentar otro para su baja, y según otra, no se puede conceder la ayuda si se es propietario de un barco, es obligado profundizar en el análisis de las normas a fin de establecer su compatibilidad si a ello hubiera lugar atendiendo a la finalidad y espíritu de la norma, artículo 3 del Código Civil y a los criterios interpretativos que establece el propio Código Civil en sus artículos 1281 a 1289”.

Para el Tribunal Supremo cabe obtener la ayuda prevista en la normativa si previamente se adquiere una embarcación para darla de baja, pero como se señala más adelante “esta ayuda queda subordinada a que se certificara que los barcos que se habían adquirido para retirarlos se eliminen del registro de barcos de pesca”.

b) Instalación de equipos de comunicación y salvamento a la flota artesanal

La Administración del Estado impugnó la Orden de la Consellería de pesca, marisqueo y acuicultura de la Junta de Galicia en virtud de la cual se prevé el otorgamiento de ayudas económicas para la instalación de equipos de comunicación y salvamento en las embarcaciones de flota artesanal de Galicia (sobre un supuesto similar, se pronunció ya el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de diciembre de 1998, Ar. 10277). El recurso se fundamenta en la vulneración por parte de la norma autonómica de los artículos 92 y 93 del Tratado CE y algunos Reglamentos comunitarios relativos a la modernización de la flota pesquera.

El Tribunal Supremo en la **STS de 30 de marzo de 1999**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2854, desestima el recurso, siguiendo la línea de la Sentencia antes citada así como la de la STS de 2 de abril de 1998, al entender que las ayudas impugnadas no pueden falsear la competencia en el sector, objeto de la normativa comunitaria, por tratarse de ayudas destinadas a dotar de los elementos de seguridad imprescindibles a las embarcaciones, sin incidir en los procesos de modernización, reestructuración o renovación de la flota.

De acuerdo con tal argumentación, no cabía tampoco exigir a la Administración la previa comunicación a las autoridades comunitarias del proyecto de norma que se impugna.

B) Derecho de petición e información administrativa en materia de pesca

Solicitada determinada información por “Greenpeace España” al Ministerio de Agricultura, relativa a la vigencia de determinadas circulares o instrucciones comunicadas a las Comandancias de Marina sobre la prohibición de utilizar redes de deriva y otras cuestiones complementarias, el solicitante no recibió respuesta alguna. Interpuesto recurso frente al silencio, la Audiencia Nacional estimó el recurso anulando el acto presunto y condenando a la Administración a proporcionar a la Asociación recurrente la información solicitada.

XIV. Derecho Administrativo Económico

Lo destacable de la Sentencia citada, confirmada por la STS de 23 de junio de 1999, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4278, es el hecho de basar la estimación del recurso en el derecho de petición reconocido en el artículo 29 de la Constitución, derecho que se define de contenido prestacional y desarrollo legal por la Ley 92/1960, por lo que se afirma que “tras la promulgación de la Constitución ha de reconocerse la legitimación activa de Greenpeace España para dirigir consultas a la Administración marítima sobre temas concernientes a los objetivos de la propia entidad, así como para acudir a la vía jurisdiccional en impugnación del acto denegatorio por silencio de su petición de información”.

Derecho de petición que la Sala se ocupa de diferenciar con respecto de los derechos reconocidos en el artículo 35 de la Ley 30/1992 para acceder a información por parte del interesado o del administrado en general.

C) Regulación del censo de la flota arrastrera congeladora. Nulidad del reglamento por falta de motivación

Interpuesto recurso por una Asociación Nacional de Armadores de buques frente a la OM de 17 de octubre de 1988 sobre regulación del censo de la flota arrastrera congeladora, el recurso fue estimado en primera instancia por falta de motivación suficiente de la norma administrativa. Interpuesto recurso de casación, el TS en la Sentencia de 16 de junio de 1999, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4276, confirmó la Sentencia impugnada.

El Tribunal entiende que no está suficientemente fundada la limitación de tonelaje que impone la norma, y aplica la doctrina general sobre control de la discrecionalidad en relación a los actos administrativos al contenido de una norma reglamentaria.

Se exige por parte del Tribunal que la norma vaya acompañada de los estudios e informes que garanticen su legalidad, acierto y oportunidad, añadiéndose que “el principio de objetividad que constitucionalmente ha de inspirar la actuación de la Administración (art. 103.1) obliga a que los fundamentos —en este caso los datos técnicos oportunos a los que se hace reiterada referencia en la vía administrativa— de la decisión adoptada han de reflejarse de manera asequible, de suerte que puedan permitir la revisión judicial del ejercicio de la potestad reglamentaria, cuya posibilidad proclama el artículo 106, que sería imposible ejercitar si fuesen omitidos”. Al faltar la motivación suficiente, se confirma la nulidad parcial de la norma.

10. PRECIOS Y TARIFAS

A) Potestad tarifaria y política de control de precios

La intervención administrativa sobre los precios de determinados servicios continúa suscitando problemas de diversa índole. En la STS de 4 de mayo de 1999, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 4294, el Tribunal reitera una doctrina ya conocida sobre la necesaria distinción entre la potestad tarifaria y la potestad de control de precios.

Solicitada por la entidad prestadora del servicio municipal de transporte público la revisión de las tarifas o la correspondiente subvención compensatoria para mantener el equilibrio financiero del servicio, la Administración municipal se negó a aprobar lo solicitado. El TS en la Sentencia citada reitera la doctrina (STS de 4 de marzo de 1998, Ar. 1933) sobre la necesaria distinción entre la política de precios y la política tarifaria:

“la potestad tarifaria y la potestad de ordenación de precios tienen fundamentos y finalidades diferentes, pues mientras la primera se concede al titular del servicio, la segunda es susceptible de condicionar y modular el ejercicio de aquélla, limitando los incrementos de las tarifas y precios en función del interés público de contener la inflación y evitar discriminaciones infundadas, tanto territoriales como sectoriales, pero con respeto en lo esencial de la autonomía municipal”.

A partir de este recordatorio se concluye afirmando la competencia municipal para fijar en primera instancia las tarifas en ejercicio de la propia potestad tarifaria sobre el servicio de titularidad local, sin perjuicio del ulterior control autonómico en ejercicio de la potestad de ordenación de precios. Consecuentemente se estima el recurso y se impone al ente local la obligación de pronunciarse de forma expresa sobre la modificación tarifaria solicitada.

La referencia a la potestad tarifaria de la Administración para intervenir en la determinación del precio de los servicios públicos también aparece en la **Sentencia** antes citada, dentro del epígrafe libertad de empresa y servicio público, de **19 de abril de 1999**, Ar. 4173. En dicha sentencia se reconoce al recurrente la libertad de fijación de los precios de los servicios de pompas fúnebres no básicos, los que no son servicio público, pero no así de los precios –tarifas– de los servicios básicos, que deben ser determinados en el contrato concesional.

Especial interés posee también en este punto la **STS de 21 de abril de 1999**, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 3586, al abordar el problema de la naturaleza de la tarifa exigida a los usuarios del servicio de aguas y creada para financiar la ampliación de la red arterial. Dicha tarifa se pactó en el título concesional, quedando encargada la entidad prestadora del servicio de liquidar los ingresos recibidos a la entidad municipal. De este modo la instalación a construir pasaba a ser propiedad municipal. Como se dice en la Sentencia:

“ambas partes optaron por la financiación por el Ayuntamiento, el cual arbitró a tal efecto un aumento del precio, es decir de las tarifas, obligándose la concesionaria a cobrar la tarifa especial, no como sujeto sustituto *ex lege*, sino como gestor *ex contractu* y a entregar al Ayuntamiento la recaudación obtenida. Nos hallamos, pues, ante una tarifa especial que es un precio privado, percibido por la concesionaria de los usuarios que revierte al Ayuntamiento por el título concesional”.

Precisamente por el hecho de tratarse de un precio que no se ingresa en el presupuesto municipal como tributo, sino por el acuerdo concesional, se califica tal ingreso de pre-

XIV. Derecho Administrativo Económico

cio privado remunerador del concesionario, pero no tributo. Precio afectado a la construcción de la instalación, y que la entidad concesionaria debe entregar al Ayuntamiento en cumplimiento del contrato concesional, y que debe exigir a los usuarios como tarifa –no como tributo– del servicio público.

B) Tarifas telefónicas

La STS de 19 de julio de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 5490, resolvió la impugnación de diversos preceptos del Reglamento técnico y de prestación del servicio final telefónico básico y de los servicios portadores, impugnación realizada por la entidad Telefónica de España, SA. El motivo central de la impugnación se basó en el hecho de que los preceptos impugnados limitaban la intervención sobre las tarifas (a través de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones) de los servicios telefónicos básicos que prestaran los operadores dominantes. Esta limitación a un tipo de operador fue lo que motivó el recurso, pues para la entidad recurrente la normativa general aplicable exigía que todas las tarifas telefónicas fueran intervenidas administrativamente.

La Sentencia desestima el recurso al entender que el RD-L 7/1996 y la Ley de telecomunicaciones 31/1987 ampararon este trato diferencial entre operadores, trato justificado por la finalidad de introducir un verdadero régimen concurrencial en el sector. Se añade, por último, que la Ley 11/1998 vendría a confirmar la política legislativa anterior en este dinámico sector, al establecer en su Disposición Transitoria Cuarta que el sistema de aprobación de tarifas y precios por la Administración se convierte de futuro en excepcional, coyuntural y transitorio.

11. TRANSPORTES

A) Agencia de transportes. Autorización

Denegada la solicitud de autorización para constituir una Agencia de transportes de mercancías por carretera, el Tribunal de Primera Instancia estimó el recurso interpuesto frente a tal denegación. Interpuesto recurso de apelación por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo desestimó el recurso en su Sentencia de 15 de abril de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 5174, confirmando que el recurrente poseía los medios de transporte y el local exigido por la normativa aplicable, añadiendo además que la autorización solicitada tenía un contenido reglado.

Frente a la alegación del Abogado del Estado de que existía una facultad discrecional para otorgar o denegar la solicitud de autorización, la Sentencia califica la autorización para constituir una Agencia de transporte de autorización reglada, lo que comporta que el administrado se encuentra en una posición de derecho al exigir tal autorización, y no de

simple interés. La autorización supone suprimir un obstáculo para ejercer un derecho previo una vez se acredite que se cumplen los requisitos fijados en la norma. En este proceso de comprobación la Administración ejercita una facultad reglada, sin posibilidad de valoración. Así, se dice que:

“en el caso que nos ocupa la Administración para otorgar o no la autorización realiza una actividad de comprobación, dadas las circunstancias objetivas que concurren en el sujeto solicitante para el ejercicio de un derecho”.

B) Transporte funerario

Dentro del proceso de liberalización de los servicios funerarios, el RD 927/1998 modificó dos apartados del artículo 139 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los transportes terrestres. Concretamente la modificación supuso que la constatación del cumplimiento de los requisitos para el transporte la haría el Estado o la Comunidad Autónoma, y no el municipio, y la supresión de la limitación de la capacidad para realizar transportes funerarios a las empresas que no tuvieran su sede en el lugar de origen del transporte.

El **Tribunal Supremo**, en la **Sentencia de 17 de junio de 1999**, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 5479, desestimó el recurso interpuesto frente a la norma impugnada. Entiende el Tribunal que la norma reglamentaria tiene su cobertura en el RD-L 7/1996 sobre liberalización de la actividad económica, y añade que la nueva regulación no supone que se pueda desvincular el transporte funerario del total servicio funerario, ni que se pueda realizar por empresa que no sea de pompas fúnebres. El transporte funerario sigue calificado en la nueva norma como “privado complementario”, manteniendo la característica propia que para estos tipos de transporte establece el artículo 102.1 de la Ley 16/1987, de transportes. La novedad es que ya no se exige que el servicio lo pueda prestar sólo la empresa que tuviera su sede en el lugar de origen del transporte.

En cuanto a la competencia para otorgar la autorización, que deja de ser local, el Tribunal estima que no se vulnera con ello la autonomía local ya que el municipio interviene en el procedimiento mediante su propuesta o informe vinculante.

C) Transporte marítimo. Ayudas

La **STS de 17 de junio de 1999**, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 5478, confirma la sentencia de primera instancia por la que se estimó parcialmente el recurso interpuesto frente a la denegación de ayudas al tráfico marítimo.

Entiende el Tribunal que la normativa reguladora de tales ayudas (OOMM de 11 de marzo y 7 de octubre de 1988) establece un derecho, y no un mero interés, a obtener las ayudas previstas dentro del correspondiente ejercicio presupuestario si en el momen-

XIV. Derecho Administrativo Económico

to de la solicitud existe remanente de crédito no comprometido. No cabe tampoco desestimar la petición si no existe crédito en el momento de la resolución de la solicitud, pues a lo que debe atenderse es a la existencia o no de remanente en el momento de la solicitud. Admitir lo contrario, dice el Tribunal:

“sería atribuir a la norma un contenido absurdo, ya que absurdo es arbitrar unas ayudas para unos transportes que pueden realizarse hasta el 31 de diciembre de 1988 y que nunca van a ser concedidas por no llegar a tiempo el cierre del ejercicio, con lo que se está defraudando la confianza legítima del destinatario”.

12. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

A) Colegio Oficial. Farmacias. Servicio de guardia. Servicio permanente

El TDC, en su Resolución de 28 de junio de 1999, analiza la conducta de distintos farmacéuticos de Sabadell (Barcelona) consistente en no reflejar en la información sobre las farmacias de guardia a las farmacias que prestan un servicio permanente.

Una primera cuestión de orden general es la respuesta del TDC a la alegación relativo a que las conductas puedan ser constitutivas de infracción de la normativa disciplinaria en el ordenamiento sectorial de farmacia. Afirma el TDC:

“es de indicar que en el presente expediente no es está examinando la responsabilidad disciplinaria de los farmacéuticos imputados por incumplimiento de la normativa que regula su actividad profesional, sino que el objeto del mismo consiste en determinar si la actuación de dichos farmacéuticos –en su calidad de operadores económicos–, que no está amparada en normativa legal alguna y, por consiguiente, queda al margen del art. 2.1 de la LDC, constituye o no una infracción del art. 1 de la citada Ley de Defensa de la Competencia, correspondiendo el examen de dicha cuestión exclusivamente a este Tribunal”.

Los hechos que suscitan el conflicto parten de la entrada en vigor del Decreto 321/1996, de 1 de octubre, sobre horarios de atención al público, servicios de urgencia, vacaciones y horario de apertura voluntario de las oficinas de farmacia, que regula la posibilidad de que las oficinas de farmacia presten su servicio de forma permanente durante las veinticuatro horas del día.

Un farmacéutico de Sabadell se acogió a la posibilidad de ofrecer un servicio permanente. Los farmacéuticos de la localidad, que pertenecen al Colegio de Barcelona, aunque no constituyen una delegación institucionalmente reconocida, acordaron no incluir a las farmacias de servicio permanente en los carteles informativos de las farmacias de guardia.

Esta acción, que se realizó en contra del criterio del Colegio de farmacéuticos de Barcelona, constituye un acuerdo prohibido por el artículo 1.1.a) LDC al limitar las condiciones comerciales. Entiende el TDC que se establecen barreras:

“a quien, como la denunciante, intentando ganar cuotas de mercado, se acoge a una posibilidad legal, ofreciendo sus servicios durante las 24 horas del día, constituye conducta que ha de ser calificada como prohibida por el citado artículo de la LDC”.

B) Sobreseimiento del expediente. Afectación significativa de la competencia. Tribunal de Defensa de la Competencia

El RD-L 7/1996, de 7 de junio, habilitó al TDC a dictar el sobreseimiento de expedientes sancionadores cuando entienda que las conductas analizadas no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia por su escasa importancia.

Este precepto se dirigía especialmente a permitir al SDC la inadmisión de denuncias. En principio, ha de corresponder al órgano instructor del expediente sancionador la percepción de que por su escasa importancia las conductas no son capaces de afectar de manera significativa a la competencia. No obstante, nada impide, como se efectúa en la **Resolución de 4 de mayo de 1999**, que también el TDC pueda tener esa percepción y sobreseer el expediente. Se trata de una medida muy escasamente utilizada, por cuanto es el SDC el que por lo general practica la inadmisión de denuncias por la escasa entidad de sus efectos en la competencia.

La posibilidad de que los órganos de competencia puedan decidir no incoar, tramitar y resolver expedientes sancionadores por la escasa afectación de la competencia de las conductas responde a un intento expreso de evitar su sobrecarga de trabajo en asuntos, en principio, poco relevantes para el interés público que han de proteger. Con ello, los órganos de competencia podrían centrar sus esfuerzos en los casos que mayor incidencia tienen en la competencia.

El sobreseimiento, debido a la no posibilidad de afectar de manera significativa a la competencia, no supone una exención de las prohibiciones de la LDC, como estipulaba la versión del precepto en su inicial versión publicada en el Boletín Oficial del Estado. Simplemente, se trata como indicó expresamente la corrección de errores del Real Decreto-Ley, que los órganos de competencia deciden no perseguir las conductas. Obviamente, ello no supone una percepción de legalidad, de modo que la hipotética infracción a la LDC puede quizá dirimirse en la jurisdicción civil.

La regulación de la posibilidad de inadmitir la denuncia por parte del SDC o de sobreseer el expediente por parte del TDC no se acompaña de normas que determinen criterios o aspectos para valorar si en un caso concreto las prácticas no son capaces de afectar de manera significativa a la competencia.

XIV. Derecho Administrativo Económico

Esta apreciación de la escasa importancia que no afecta de forma significativa a la competencia, a nuestro modo de ver, tiene que ser objeto de una doble perspectiva: cuantitativa y cualitativa. La afectación significativa no puede ser únicamente apreciada desde una perspectiva cuantitativa. Es imprescindible tener en cuenta una perspectiva cualitativa. Puede suceder que existan prácticas cuantitativamente muy poco relevantes, pero que en el mercado donde se producen son cualitativamente importantes. Es necesario un examen muy focalizado en cada supuesto y no atender exclusivamente a la dimensión económica cuantitativa de las conductas enjuiciadas.

En la **Resolución de 4 de mayo de 1999**, el TDC sobresee el expediente sancionador tramitado contra cuatro bares de Hernani que habían aplicado una misma lista de precios para las distintas consumiciones. El SDC consideró existente una infracción del artículo 1 de la LDC. El TDC procede a sobreseer el expediente con la siguiente motivación:

“en el caso que nos ocupa, las prácticas restrictivas que pudieran haber tenido lugar hubieron quedado limitadas a un conjunto de cuatro bares, que prestan sus servicios en el núcleo urbano de una población bien dotada en lo que a este tipo de establecimientos concierne. Es más, cuatro de los establecimientos imputados modificaron posteriormente las listas de precios, que dejaron por tanto de ser coincidentes, al ser notificados de la posible irregularidad de los hechos”.

La escasa importancia de las conductas hace que no sean capaces de afectar de forma significativa la competencia y, por ello, el TDC procede a sobreseer el expediente.

C) Suministro de energía eléctrica. Campañas promocionales. Abuso de posición de dominio. Actos predatorios

Como en el trimestre anterior (Justicia Administrativa núm. 5), el TDC ha resuelto un conflicto relativo al suministro de energía eléctrica. En las anteriores resoluciones el conflicto versaba sobre una negativa de suministro, en cambio en la **Resolución de 5 de mayo de 1999** que es ahora objeto de comentario la controversia gira entorno a campañas promocionales de una compañía suministradora de energía eléctrica.

El conflicto se localiza en un pequeña población de Girona, Santa Pau, donde operaban dos empresas suministradoras de energía eléctrica (Eléctrica Curos con 286 abonados antes del conflicto y 268 después; e Hidroeléctrica de l' Empordà con 515 antes y 533 después). Eléctrica Curos recibe el suministro de energía eléctrica de Hidroeléctrica de l' Empordà, que también es simplemente distribuidora, ya que recibe el suministro de ENHER, en cuyo grupo está integrada.

El conflicto se origina por una campaña promocional de Hidroeléctrica de l' Emporda en Santa Pau, en la que 67 usuarios sustituyeron o mejoraron sus instalaciones, de los cuales 18 eran anteriores clientes de Eléctrica Curos, de modo que esta compañía perdió el 6'3 por ciento de sus clientes. En el marco de la campaña Hidroeléctrica de l'Empordà efectuó regalos de electrodomésticos a los anteriores clientes de la otra compañía. Se trató

de regalos de un montante económico muy distinto de los que recibían sus anteriores clientes que participaban en la promoción. Resultaron acreditados, según el TDC, unas diferencias muy notables entre los regalos entregados a antiguos clientes de Eléctrica Curos y a sus propios antiguos clientes. Además, los regalos entregados a los antiguos clientes de Eléctrica Curos sobrepasan en mucho los practicados en otros municipios de la provincia de Girona donde también tuvo lugar la campaña de promoción.

La primera cuestión planteada ante estos hechos es la delimitación del mercado relevante. En cuanto a producto es notorio que el mercado es el suministro de energía eléctrica. En cuanto a territorio existe disparidad de criterio, ya que ante la apreciación del SDC de reducirlo al municipio de Santa Pau Hidroeléctrica de l'Empordà sostiene que es toda la comarca donde Eléctrica Curos también opera. Son interesantes al respecto las reflexiones del TDC:

“Ante esta alegación cabe señalar que el mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas (Comunicación de la Comisión 97/C237//03 relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia).

Dado que mientras Eléctrica Curós suministra en régimen de duopolio en la localidad de Santa Pau, donde comparte el suministro con Hidroeléctrica de l'Empordà, lo hace en régimen de monopolio a varios municipios de la comarca de la Garrotxa (donde, si bien Hidroeléctrica de l'Empordà podría ser un competidor potencial al tener extendidas en dichas zonas líneas de alta tensión, no cuenta en la actualidad con ningún abonado) es evidente que no se dan las condiciones de competencia en Santa Pau (donde hay un duopolio) que el resto de las localidades de la comarca (donde Eléctrica Curos es la única suministradora y no hay competencia alguna). Por lo tanto, el mercado relevante no puede ampliarse a todas las localidades de la comarca de la Garrotxa donde suministra Eléctrica Curos, sino que es el suministro de energía eléctrica en la localidad de Santa Pau.”

En este mercado relevante, el TDC aprecia existencia de posición de dominio. Hidroeléctrica de l'Empordà puede actuar sin tener en cuentas las posibles reacciones de único competidor. La existencia de una intensa regulación en el sector eléctrico no impide constatar la existencia de posición de dominio.

Determinada la existencia de posición de dominio, el TDC procede a analizar si existe abuso de la misma. La cuestión determinante es si la campaña de promoción destinada a captar clientes de la competencia constituye un abuso de posición de dominio. En concreto, la Resolución del TDC atiende a equivaler la campaña de promoción con una conducta predatoria. Existen pocos casos en que el TDC haya reflexionado acerca de la conducta preda-

XIV. Derecho Administrativo Económico

toria. Además, en general, esa conducta se relaciona con los precios de productos o servicios. En este caso eso no es así, de modo que es muy interesante advertir las consideraciones del TDC al respecto:

“la conducta de una empresa se puede calificar de predatoria cuando está orientada de forma directa a perjudicar significativamente a uno o varios competidores mediante el empleo de medios, de apariencia competitiva, pero no basados en su mayor eficiencia empresarial, con el objeto de mantener o reforzar una posición de dominio que permita que el sacrificio de beneficios a corto plazo suponga mayores ganancias a medio y largo plazo.

La experiencia muestra que la mayoría de los casos de prácticas predatorias se refieren a predación basada en los precios y, en muchos casos, aparece conjuntamente con comportamientos discriminatorios puesto que, cuando un operador dominante intenta dañar a un competidor que opera en un mercado bien delimitado mediante una estrategia de precios predatorios, reducirá los precios específicamente en el mercado en que opera el competidor, pero no tiene por qué hacerlo en otros mercados. De forma análoga, existen otros tipos de predación como los que utilizan la publicidad y los gastos promocionales para eliminar a un competidor; en este caso, dichas promociones también suelen ser selectivas, discriminando entre clientes, a fin de reducir su coste. En muchas ocasiones, por tanto, la predación y la discriminación se producen conjuntamente pero ambas conductas pueden tener sustantividad propia y la empresa que las realiza puede ser acusada de ambas”.

Efectuadas estas consideraciones, el TDC procede a enjuiciar las conductas de Hidroeléctrica de l' Empordà. El TDC concluye:

“que se ha acreditado que la campaña promocional objeto de expediente, llevada a cabo por Hidroeléctrica de l'Empordà en la localidad de Santa Pau durante los meses de abril, mayo y junio de 1995 y en la que se regalaban a los abonados de su competidora que cambiaran de suministrador de energía eléctrica electrodomésticos de elevado valor, es una conducta prohibida por el art. 6 LDC, puesto que dicha empresa desde una posición de dominio ha pretendido eliminar o, al menos, reducir sustancialmente la cuota de mercado de un competidor recurriendo a medios distintos de los que rigen una competencia basada en la eficiencia (El ‘mérito’)”.

Una vez ha apreciado la existencia de infracción el TDC procede a establecer la cuantía de la multa en 15 millones de pesetas.

D) Autorización singular. Cooperativas. Central de compras. Franquicia

El TDC en su Resolución de 7 de junio de 1999 concede una autorización singular de los acuerdos existentes en INTERSPORT, Sociedad Cooperativa Catalana Limitada y sus socios, que consisten en un contrato de adhesión a la sociedad, unos Estatutos de la sociedad INTERSPORT y un reglamento de régimen interior.

En primer lugar, el TDC desestima la alegación de que los acuerdos se encuentran amparados en la exención por categorías. Se trata de una alegación que haría inconsistente la petición de autorización singular efectuada.

Los acuerdos analizados no se pueden circunscribir a un contrato tipo de los reglamentos de exención comunitarios. Los acuerdos contienen elementos propios de un contrato de franquicia y otros de una central de compras.

Respecto a los contratos de franquicia el TDC recuerda su doctrina relativa que:

“las restricciones a la implantación geográfica de los socios en los contratos de franquicia, en los que se concede al franquiciado un territorio en exclusiva en el que explotar unos determinados conocimientos técnicos, así como ciertos derechos de propiedad intelectual, resulta plenamente justificable, en cuanto que suponen unas ventajas para los consumidores que superan a los posibles inconvenientes. En el caso que nos ocupa, y en relación con los artículos que pueden asimilarse a los que habitualmente comercializa una franquicia, se da la particularidad adicional de que los Acuerdos no prevén la fijación de precios, sino solamente un sistema de precios recomendados”.

No obstante, en el caso concreto se plantean ciertas dudas en relación con los productos que se distribuyen en un régimen que no es de exclusiva de forma que las áreas de influencia comercial de cada operador constituyen una restricción a la competencia entre los miembros de la cadena. El TDC procede a analizar los datos económicos de estos productos. Advierte que suponen un porcentaje importante de las ventas de los socios de INTERSPORT. A continuación, señala que en estos productos INTERSPORT compite con una amplia gama de establecimientos, de forma que representa aproximadamente el 11 por ciento del mercado. Finalmente, pone de relieve que la cadena actúa como central de compras y obtiene mejores precios que si las adquisiciones se hicieran de forma atomizada. Por ello,

“el Tribunal considera que, a pesar de la ponderación relativamente modesta de los artículos propios sobre las ventas totales, los objetivos de creación de imagen (facilitada mediante la utilización de un rótulo determinados, mantenimiento del prestigio de la red y explotación de conocimientos técnicos que persigue INTERSPORT) son suficientemente importantes para justificar unas restricciones que se imponen en virtud de tales fines. La actividad de INTERSPORT contiene suficientes elementos para justificar la asimilación económica, aunque no estrictamente jurídica, a la de una franquicia. En este sentido cabe señalar que las franquicias tienden a ser objeto de una interpretación amplia en las intervenciones recientes de las autoridades de defensa de la competencia”.

E) Autorización singular. Contrato de distribución selectiva. Productos cosméticos

En la Resolución de 11 de mayo de 1999 el TDC acuerda conceder una autorización singular para el contrato tipo de distribución selectiva de productos cosméticos de lujo en el mercado español solicitada por “Clarins Paris, SA”.

XIV. Derecho Administrativo Económico

El contrato supone la concesión por parte de la empresa a otro operador de la condición de distribuidor oficial de sus productos de belleza y de perfumería. El contrato incorpora cláusulas de suministro, apoyo técnico y publicitario, ventas, obligaciones del distribuidor oficial respecto a lugar de exposición, presentación o promoción, compras mínimas, duración del contrato y criterios de resolución anticipada, cualificación profesional, etc. La justificación de recurrir a un sistema de distribución especial es que se trata de productos de alta calidad que necesitan de una investigación específica y una esmerada presentación que intenta conseguir una imagen selecta y distinta de otros productos similares del mercado.

El TDC analiza la procedencia del contrato tipo de distribución selectiva a partir de la interpretación precedente del derecho comunitario. La Comisión Europea obliga al cumplimiento de tres condiciones en cuanto a la selección de los distribuidores:

- 1) Principio de necesidad: según el cual los criterios objetivos aplicados deben ser de carácter únicamente cualitativo y responder a la naturaleza de los productos de que se trate para conseguir una adecuada distribución.
- 2) Principio de proporcionalidad: que no se pueden imponer exigencias desproporcionadas en relación al objetivo perseguido, que no es otro que el de lograr un comercio especializado eficiente y que garantice la venta de los productos en condiciones óptimas.
- 3) Principio de no discriminación: los criterios de selección han de aplicarse sin discriminaciones y de igual modo para todos los revendedores.”

El cumplimiento de estas condiciones, siempre que no existan restricciones adicionales, implicará la autorización singular del contrato de distribución selectiva. El SDC entiende que el contrato analizado cumple las tres condiciones, pero incorpora restricciones adicionales consistentes en: realizar un volumen mínimo de compras anuales en el punto de venta; tener en todo momento un stock mínimo por punto de venta; garantizar una rotación anual del stock; cooperación publicitaria y promocional.

Respecto a estas restricciones adicionales el TDC afirma que:

“a estas cláusulas restrictivas se les puede aplicar, (...), lo manifestado por el TDC en el mismo expediente 380/96 (Resolución de 14 de octubre de 1997) que permite, respecto a condiciones similares, concentrar la distribución en los puntos de venta más competitivos para conseguir racionalizar los costes de distribución y los apoyos a los detallistas autorizados. Así, éstos contribuirán activamente a revalorizar la marca mediante un mayor servicio al consumidor, por lo que contribuye a aumentar la eficiencia en la distribución. Por otra parte, dicho volumen mínimo de compras tiene un límite superior que puede considerarse razonable, por lo que no restringe excesivamente la libertad del detallista autorizado de vender o promocionar marcas de la competencia. Asimismo, el mantenimiento de un stock mínimo por punto de ventas supone que los consumidores siempre pueden encontrar en cada uno de ellos una amplia gama de los productos comercializa-

dos con lo que se facilita su compra. Y, además, el garantizar una rotación anual del stock (con la aplicación de un coeficiente de rotación mínima de dos), además de ser en ciertos casos necesario para disponer de aquellos productos que se cambian con relativa rapidez para seguir las tendencias de la moda, facilita el que los productos se vendan en perfecto estado de conservación. Por último, las obligaciones en materia de cooperación publicitaria y promocional suponen compromisos genéricos con las marcas comercializadas, y posibilitan el coordinar los gastos promocionales del licenciatario y de los detallistas autorizados, en beneficio de ambos, además de permitir una mejor planificación de las campañas publicitarias”.

La existencia de restricciones adicionales no es obstáculo, por tanto, en este caso para no autorizar un contrato de distribución selectiva.

LLUIS CASES PALLARÉS
TOMÁS FONT I LLOVET
JOAQUÍN TORNOS MAS

XV. EDUCACIÓN, SANIDAD Y BIENESTAR SOCIAL**Sumario:**

1. Consumo. A) El Presidente del colegio arbitral de consumo será designado por la Junta arbitral entre personas al servicio de las Administraciones Públicas, que ostenten la condición de licenciados en Derecho. **2. Deporte.** A) Una Federación deportiva no puede sancionar a sus miembros que participen en los tribunales de examen de una asociación privada y expidan diplomas no oficiales. B) Representación autonómica en el Consejo para las emisiones y retransmisiones deportivas. **3. Educación.** A) Universitaria. a) Revocación de matrícula en Universidad: nulidad por no seguir el procedimiento de revisión de oficio de acto declarativo de derechos. b) La sanción consistente en expulsión temporal de la Universidad no constituye violación del derecho a la educación. **4. Espectáculos públicos. Seguridad ciudadana.** A) Espectáculos públicos: cine, subvenciones condicionadas a la obligación de exhibir la película en versión catalana. B) Competencias en materia de seguridad pública: libros-registro y otros documentos obligatorios para determinados establecimientos. **5. Extranjeros.** A) Diversas situaciones de los extranjeros que van a ser expulsados; la estancia en “zona de rechazados” no queda excluida de la garantía del *habeas corpus*. B) Expulsión de extranjera casada con español por estar trabajando sin permiso de trabajo. C) La denegación de la nacionalidad española debe estar fundada en “motivos razonados” de orden público o interés social. **6. Juego.** A) La normativa comunitaria relativa a la libre prestación de servicios no se opone a una legislación nacional que concede a uno o a ciertos organismos derechos exclusivos de explotación. **7. Sanidad.** A) Reintegro de la totalidad de gastos ocasionados por asistencia sanitaria en centro no concertado.

1. CONSUMO

A) El Presidente del colegio arbitral de consumo será designado por la Junta arbitral entre personas al servicio de las Administraciones Públicas, que ostenten la condición de licenciados en Derecho

La STS de 2 de junio de 1999 (Ar. 4260) resuelve el recurso directo interpuesto por el Consejo General de la Abogacía Española contra el RD 636/1993, de 3 de mayo. Esta

norma, que regula el sistema arbitral de consumo, previene que si las partes en discordia hubiesen optado por un arbitraje de derecho, los miembros del colegio arbitral deberán ser abogados en ejercicio, salvo el Presidente que será elegido entre personas al servicio de las Administraciones Públicas que ostenten la condición de licenciados en Derecho.

Es precisamente este último punto el que motiva el recurso del Consejo General de la Abogacía, dado que entiende, desde el punto de vista formal, que concurre la infracción de la previa audiencia y, desde la perspectiva material, la vulneración del art. 12.2 de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988.

El TS decide respecto al argumento formal, que es preceptivo otorgar audiencia a los Colegios profesionales “cuando éstos resulten directamente afectados por la disposición proyectada” y, en este caso la norma cuestionada “no supone modificación alguna del conjunto normativo regulador de los Colegios profesionales, o de la competencia, incapacidades o incompatibilidades de sus miembros”.

El RD 636/1993 regula el procedimiento arbitral, cuya existencia y desarrollo se apuntó en el art. 31 de la Ley de consumidores y usuarios de 1984, que prevé que los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones de consumidores y de las Administraciones Públicas. Por lo tanto, el procedimiento arbitral tiene carácter para-judicial, cuyo ejercicio no es el propio, ni exclusivo, de los profesionales de la abogacía.

Sin embargo, el art. 12 de la citada Ley de Arbitraje de 1988 establece que en el caso de arbitrajes de Derecho quienes resuelvan deberán ser abogados en ejercicio. Por lo tanto, respecto al fondo de la cuestión obliga a determinar si el art. 11.1.a) del RD 636/1993 infringe el principio de jerarquía normativa al contravenir aparentemente la declaración de exclusividad en el desempeño de las funciones de árbitros a los abogados en ejercicio. Ahora bien, para resolver el litigio el TS parte de lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la Ley de Arbitraje, que se cuida de indicar que su aplicación en materia de consumo se halla subordinada a lo no previsto en la Ley de defensa de los consumidores. En consecuencia, el RD 636/1993 no quebranta el principio de jerarquía normativa con respecto a la Ley de Arbitraje, porque constituye la plasmación del desarrollo previsto y autorizado por el art. 31 de la Ley de defensa de los consumidores, que permite que el Presidente del Colegio arbitral sea designado —para los arbitrajes de Derecho— entre el personal de las Administraciones Públicas que reúnan la condición de licenciados en Derecho.

2. DEPORTE

A) Una Federación deportiva no puede sancionar a sus miembros que participen en los tribunales de examen de una asociación privada y expidan diplomas no oficiales

Los hechos examinados en la STS de 23 de marzo de 1999 (Ar. 3431) se remontan a la sanción impuesta al demandante por la Federación Española de Judo y Deportes Asociados,

XV. Educación, Sanidad y Bienestar Social

confirmada por el Comité Español de Disciplina Deportiva del Consejo Superior de Deportes, por participar como componente del Tribunal de exámenes de cinturones negros de judo, organizado en Madrid por la llamada Asociación Nacional de Profesores Entrenadores de Judo ajena a la Federación.

Recurrida la sanción impuesta ante la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, se dictó sentencia que estimó el recurso y anuló el acto administrativo impugnado. Ante el recurso de apelación interpuesto por el abogado del Estado, el TS parte de la premisa de que la Asociación de entrenadores se encuentra legalmente constituida y sus actividades escapan al control de la Federación; en consecuencia, los diplomas que expide no pretenden ser títulos federativos.

Por lo tanto, la participación de una persona federada en el Tribunal de exámenes de las pruebas convocadas por una asociación privada no puede constituir la infracción de desobediencia que la Administración ha apreciado. Por el contrario, se trata de una actuación lícita llevada a cabo por un profesor titulado en ejercicio de la disciplina deportiva de su especialidad, organizada por una asociación privada conforme a la ley, actuación en la que no cabe apreciar la voluntad de usurpar atribuciones encomendadas a la Federación. En conclusión, el TS entiende que los conflictos de atribuciones que puedan existir entre la Federación y la Asociación “no pueden ser resueltos por vía disciplinaria sino delimitando mediante instrumentos normativos los ámbitos propios de una y otra”. Recuérdese a este propósito la aprobación del vigente RD 1913/1997, de 19 de diciembre, por el que se configuran como enseñanzas de régimen especial las conducentes a la obtención de titulaciones de técnicos deportivos.

B) Representación autonómica en el Consejo para las emisiones y retransmisiones deportivas

En desarrollo de la Ley 21/1997, de 3 de julio, sobre retransmisiones de acontecimientos deportivos se aprueba el RD 991/1998, de 22 de mayo, por el que se crea el Consejo para las emisiones y retransmisiones deportivas, cuyo art. 4.3.b) determina que entre otros vocales habrá “nueve representantes de las Comunidades Autónomas designados por las mismas de común acuerdo”.

La Junta de Andalucía entiende que debieran ser todas las Comunidades Autónomas las que debieran contar con representación en el Consejo. Interpuesto el oportuno recurso la **STS de 21 de junio de 1999** (Ar. 5483) decide desestimarlo con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar, la Disposición Adicional Única de la Ley 21/1997 reconoce como de competencia autonómica la determinación de los acontecimientos deportivos de interés general que se circunscriban al ámbito territorial autonómico, por lo que quedan excluidos del campo de actuación del Consejo.

En segundo lugar, ello quiere decir que la intervención en el Consejo de miembros de las Comunidades Autónomas “no deriva de competencias específicas propias, sino del (título) genérico de colaboración entre las distintas Administraciones Públicas”. Desde esta perspectiva, puede justificarse que el número de representantes de las Comunidades Autónomas en el Consejo sea igual al de los “representantes estatales con lo que se establece una paridad que permite conciliar intereses contrapuestos”.

3. EDUCACIÓN

A) Universitaria

a) Revocación de matrícula en Universidad: nulidad por no seguir el procedimiento de revisión de oficio de acto declarativo de derechos

En su Sentencia de 19 de mayo de 1999 (Ar. 4497) el Tribunal Supremo se enfrenta con una resolución rectoral que dejaba sin efecto para la recurrente su matrícula en una Facultad, en razón de que no se habían respetado determinados requisitos. En un cúmulo de circunstancias jurídicas que no viene al caso relatar pormenorizadamente, pero que resultaban más complejas de lo que a primera vista podría pensarse, el Tribunal Supremo considerará que la admisión de la matrícula constituyó un acto declarativo de derechos y, en consecuencia, su revisión exigía la previa declaración de lesividad para el interés público y su ulterior impugnación contencioso-administrativa. Al no haberse hecho así, la resolución revocatoria será nula de pleno derecho e incluso comportará el derecho a una indemnización. La Sentencia se ve acompañada, sin embargo, de un voto particular que discrepa del razonamiento y de la decisión, argumentando que lo realmente sucedido fue que un acto inicialmente válido (el de la admisión y matriculación) devino sobrevenidamente inválido (al anularse la Orden a la que se había acogido la recurrente para poder matricularse).

b) La sanción consistente en expulsión temporal de la Universidad no constituye violación del derecho a la educación

Llega hasta el Tribunal Supremo un recurso contra la sanción a un alumno por haber sido sorprendido durante un examen recibiendo las respuestas desde el exterior por medio de un aparato transmisor. Con fundamento en el obsoleto Reglamento de Disciplina Académica de 1954 –pero de difícil sustitución, al menos hasta que no se modifique la vigente Ley de Reforma Universitaria–, la resolución rectoral sancionadora calificó los hechos de falta grave, imponiendo la expulsión de todos los centros propios o adscritos durante un año. Tras constatar que la sanción fue legalmente impuesta, la STS de 7 de junio de 1999 (Ar. 5018) razonará sobre la alegada vulneración del derecho fundamental reconocido en el art. 27 CE (que es lo que en este apartado más interesa), concluyendo que no se produjo tal vulneración “pues la titularidad y goce de tal derecho es

compatible con las atribuciones de la Administración para restringir su disfrute a quien, con motivo de las pruebas encaminadas a verificar sus conocimientos (art. 27.1 y 3 de la LRU), incumple obligaciones que son exigibles en la situación de sujeción especial en que se hallan los estudiantes matriculados en los centros universitarios, siempre que tales sanciones sean congruentes al fin del mantenimiento de la disciplina académica y proporcionados a la gravedad de la infracción”.

4. ESPECTÁCULOS PÚBLICOS. SEGURIDAD CIUDADANA

A) Espectáculos públicos: cine, subvenciones condicionadas a la obligación de exhibir la película en versión catalana

La STS de 20 de abril de 1999 (Ar. 4146) examina si se ajusta a Derecho la revocación de una subvención de 25 millones de pesetas concedida a una empresa por no exhibir en Cataluña la versión catalana de una película. En este sentido aprecia el TS que para dejar sin efecto la subvención concedida y exigir la devolución de su importe no era legalmente procedente la previa declaración de lesividad del acto de concesión, dado que la subvención quedó subordinada a la observación por el beneficiario de determinadas condiciones, reservándose la Administración concedente la competencia para proceder a tal revocación en caso de incumplimiento de lo comprometido por quien recibió los fondos públicos.

Por otra parte, tal medida no se opone al Derecho Comunitario que considera compatibles con el mercado común “las ayudas destinadas a promover la cultura cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común”, alteraciones que a juicio de la Sala no concurren en el caso aquí enjuiciado.

B) Competencias en materia de seguridad pública: libros-registro y otros documentos obligatorios para determinados establecimientos

El Pleno del Tribunal Constitucional en su STC 175/1999, de 30 de septiembre, decide el conflicto positivo de competencia entablado por el Gobierno Vasco contra determinados preceptos de la Orden del Ministerio de Interior de 2 de noviembre de 1989 que consagra deberes de llevanza de libros-registro y presentación de partes periódicos y otras comunicaciones a las autoridades policiales, deberes que se imponen a los titulares de establecimientos comerciales para la prevención y persecución de actividades delictivas, imbricadas en el título competencial de la seguridad pública.

La Comunidad Autónoma considera que la competencia exclusiva del Estado en materia de “seguridad pública” tiene como límite las previsiones del art. 17 del Estatuto de Autonomía del País Vasco. Ello tiene como consecuencia que, si bien no se discute la competencia estatal para llevar a cabo la regulación legal sobre la obligatoriedad de la implantación de controles a estos establecimientos por razones de seguridad y lucha contra la delincuencia, ni tampoco se objeta la modalidad técnica elegida, sin embargo, en la medida que dichos controles forman parte de la actividad propia de los servicios poli-

ciales y la Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia sobre dichos servicios a través de la Policía Autónoma Vasca, debe corresponderle instrumentar su ejercicio.

El art. 149.1.29 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre “seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica”. La redacción de este precepto constitucional pone de manifiesto que ya en él se establecen salvedades (“sin perjuicio de...”) que en cierto sentido vienen a modular la exclusividad de la competencia estatal, proclamada en el párrafo inicial del art. 149 CE. De este modo, no basta únicamente la conexión de una determinada función con la materia seguridad pública, para encuadrarla competencialmente en ésta, sino que, además del dato positivo de esa posible conexión, que se daría en todos los casos de funciones policiales, es necesario el negativo de la inexistencia de vinculación específica con la competencia derivada de la “creación” de la policía autonómica, cuyo ámbito competencial no comporta sólo una referencia orgánica, sino también funcional.

A juicio del TC sobre el particular no cabe acoger el planteamiento del abogado del Estado de que, sobre la base de lo dispuesto en el art. 38 LOFCS, el Estado tenga una competencia ejecutiva respecto de los servicios policiales en la Comunidad Autónoma, pues tal precepto, en razón de lo dispuesto en la Disposición Adicional de la propia LOFCS, no es aplicable en el País Vasco. La cuestión, dada la distinción del propio art. 17 EAPV según la relevancia intra o supracomunitaria de la actividad a la que se refiere el servicio policial, es determinar el carácter que haya de atribuirse a las funciones que nos ocupan. En tal sentido aunque no pueda desconocerse la posibilidad de que los automóviles, metales preciosos u otros elementos propios de la actividad de los establecimientos sometidos a verificación, hayan servido, con anterioridad a su control en la Comunidad Autónoma Vasca, o con posterioridad al mismo, para la comisión de delitos en otra Comunidad Autónoma, esa dimensión supracomunitaria carece de la relevancia necesaria para producir el desplazamiento de la competencia autonómica a favor del Estado, pues lo determinante para precisar la Administración competente es el control que debe ejercerse sobre la actividad de unos establecimientos que están situados en el ámbito territorial del País Vasco. En consecuencia, la realización de los controles a los que se refiere este conflicto, decide el TC, son competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

No obstante, en el voto particular suscrito por Manuel Jiménez de Parga, Rafael de Mendizábal y Fernando Garrido Falla se argumenta en favor de la dimensión supracomunitaria de las actividades sometidas a control, y en tal sentido se afirma que, la “posibilidad de que vehículos alquilados en la Comunidad Autónoma Vasca se empleen para la comisión de cualquier tipo de delitos en otras zonas del territorio nacional es, sin duda, patente. Lo mismo puede ocurrir, tras la comisión delictiva, con el desguace del vehículo, o su depósito en establecimientos de la misma Comunidad tras la comisión delictiva en otra Comunidad Autónoma. Otro tanto sucede con los controles sobre establecimientos dedicados al comercio de metales preciosos, en los que puede producirse también su desguace o

fundición, pues, en este caso, se afecta directamente a algunos supuestos expresamente enunciados en el art. 17 EAPV, como son los de contrabando y fraude fiscal al Estado”.

5. EXTRANJEROS

A) Diversas situaciones de los extranjeros que van a ser expulsados; la estancia en “zona de rechazados” no queda excluida de la garantía del *habeas corpus*

En la STC de la Sala Segunda de 27 de septiembre de 1999 (174/1999), al hilo de un recurso de amparo planteado por un ciudadano chino que, previamente ya había sido expulsado de España, pero que fue detenido nuevamente por carecer de documentación que autorizase su estancia; se tramitó contra él una orden de devolución, quedando formalmente en libertad, pero fue trasladado inmediatamente a la “zona de rechazados” de un determinado aeropuerto; en ese momento solicitó el *habeas corpus*, pero el Juzgado de Instrucción acordó no incoar el mencionado procedimiento por considerar inexistentes los requisitos legales: éste será, precisamente, el objeto directo del amparo que solicita al Tribunal Constitucional (si bien, por dar una información completa, debe indicarse que, tras un intento frustrado de devolución a la República Popular China y ante la imposibilidad de conseguir otra conexión aérea, fue puesto finalmente en libertad). Pero, más que los avatares que concurrían en el caso concreto, interesa el esfuerzo de clarificación realizado por el Tribunal Constitucional respecto de las diversas situaciones (a las que corresponden otras tantas consecuencias jurídicas) en las que se pueden encontrar los extranjeros sometidos a las autoridades por su situación irregular en territorio español. En este sentido, no todas las personas que se encuentran en la “sala de rechazados” de un aeropuerto se encuentra en la misma situación jurídica –aunque siempre sean objeto de una compulsión por parte de la autoridad–, porque en algunos casos se tratará de una auténtica detención preventiva (sujeta, por tanto, al régimen de las setenta y dos horas de plazo máximo), pero en otros casos, como el del sometido a orden de devolución (que materializa una obligación de no entrar en territorio español, adoptada previamente mediante resolución administrativa y sin necesidad de tramitar un nuevo expediente administrativo), no se trata propiamente de una detención preventiva –aunque, se insiste, ha podido precederla– y, por tanto, la devolución deberá practicarse sin dilación pero no necesariamente en ese plazo máximo de las setenta y dos horas. Finalmente, “la situación jurídica de ejecución forzosa de una “orden de devolución” legitima un estado de compulsión en la “zona de rechazados” de un aeropuerto, pero no excluye por sí y a limine litis el procedimiento de *habeas corpus*”, ya que esta garantía procesal es aplicable a todos los supuestos de privación de libertad no acordada por el Juez.

B) Expulsión de extranjera casada con español por estar trabajando sin permiso de trabajo

La STS de 24 de abril de 1999 (Ar. 3787) puede tomarse como muestra de una situación (y una solución jurisprudencial) relativamente frecuente entre nosotros, cual es la de una persona casada (normalmente, la mujer) con español sobre la que recae una resolución del Director de la Seguridad del Estado de expulsión del territorio español (con prohibición de

nueva entrada, en este caso durante un período de cinco años), por encontrarse trabajando sin haber obtenido el preceptivo permiso de trabajo. El Tribunal Supremo interpretará, sin embargo, que el ordenamiento en su conjunto no autoriza la expulsión en estos casos “sin haberles dado la posibilidad de obtener el correspondiente permiso de trabajo, pues, de lo contrario, se impediría la convivencia marital, impuesta legalmente, y se eludiría el principio constitucional de protección de la familia, de manera que sólo cuando se demuestre haberse respetado la aludida preferencia para la obtención del permiso de trabajo, impuesta por el art. 18.3 de la Ley Orgánica 7/1985, cabe entender que el extranjero o extranjera casado con española o español ha incurrido en causa de expulsión”.

C) La denegación de la nacionalidad española debe estar fundada en “motivos razonados” de orden público o interés social

La STS de 24 de abril de 1999 (Ar. 4597) es una más de las que se enfrenta con la legalidad de una resolución denegatoria de la nacionalidad española (por residencia) solicitada por extranjero. Para anular la denegación, la Sala Tercera del Tribunal Supremo considera que “motivar la decisión denegatoria de la nacionalidad española con el argumento de que concurren “razones de política internacional y de seguridad interna” es tanto como limitarse a reiterar la expresión abstracta usada por la ley sin aludir a las razones o causas concretas por las que se deniega, de manera que, si la Administración está obligada legalmente a justificar la denegación por razones de orden público o de interés social, no basta con invocar éstas en abstracto sino que han de expresarse los datos, circunstancias o hechos que atenten al orden público o al interés social”.

6. JUEGO

A) La normativa comunitaria relativa a la libre prestación de servicios no se opone a una legislación nacional que concede a uno o a ciertos organismos derechos exclusivos de explotación

Las SSTJCE de 21 septiembre y 21 de octubre de 1999 resuelven dos cuestiones prejudiciales planteadas por los Tribunales de Finlandia e Italia, en torno a los derechos de explotación de las máquinas tragaperras y las apuestas deportivas respectivamente.

En el primer caso (*Läärä y otros*) se llega a la conclusión de que las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios no se oponen a una legislación como la finlandesa, que concede a un solo organismo público derechos exclusivos de explotación de máquinas tragaperras, habida cuenta de los objetivos de interés general que la justifican. En concreto, el Tribunal de Justicia reconoce que corresponde a cada uno de los Estados miembros apreciar, teniendo presentes sus particularidades socioculturales, la restricción o incluso prohibición de los juegos de azar; todo ello sin perjuicio de que los beneficios derivados del juego puedan financiar actividades filantrópicas o de interés general como obras sociales, obras benéficas, el deporte o la cultura.

En el segundo caso (*Zenatti*) igualmente se concluye que las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios no se oponen a una legislación como la italiana, que reserva a ciertos organismos el derecho de recoger apuestas sobre acontecimientos deportivos, siempre que dicha legislación se halle efectivamente justificada por objetivos de política social dirigidos a limitar los efectos nocivos de dichas actividades y si las restricciones que impone no son desproporcionadas en relación con dichos objetivos. Corresponde a los órganos jurisdiccionales italianos comprobar si la legislación cuestionada en su vertiente práctica, responde verdaderamente a los objetivos que pretendan justificarla, así como el examen de si las restricciones que impone no resultan desproporcionadas en relación con los objetivos que la inspiren.

7. SANIDAD

A) Reintegro de la totalidad de gastos ocasionados por asistencia sanitaria en centro no concertado

La STS de 29 de marzo de 1999 (Ar. 2832) confirma la resolución del Ministerio para las Administraciones Públicas relativa al derecho a reintegrarse de la totalidad de los gastos ocasionados por la asistencia sanitaria prestada en Residencia de la Seguridad Social (centro no concertado con la entidad elegida por el mutualista de MUFACE), en atención a las circunstancias del caso, que ponen de manifiesto que la entidad médica, en una situación grave y urgente, no respondió con las prestaciones debidas, razón por la cual el interesado tuvo que acudir a los servicios de urgencia de un Hospital de la Seguridad Social, lo que se considera por el Tribunal Supremo como “un caso claro de denegación injustificada de asistencia sanitaria”, con la indicada consecuencia de que los gastos originados deberán serle reintegrados.

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA
EDORTA COBREROS

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES**Sumario:**

1. Recurso contencioso-administrativo. A) Sujetos. a) Legitimación. a') Las uniones temporales de empresas tienen legitimación y su gerente capacidad procesal. b') El Presidente de una Comunidad de Propietarios no necesita autorización de la Junta para intervenir ante los Tribunales. b) Representación procesal: las Comunidades Autónomas y Entes Locales no necesitan procurador si actúan a través de letrados de sus Servicios Jurídicos. B) Objeto. a) La suspensión cautelar de funciones en un expediente disciplinario no es un acto de trámite y, por tanto, es recurrible. b) No es impugnabile la iniciativa legislativa del Gobierno. c) El cauce del artículo 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, se limita a la posible interferencia del acto administrativo en las competencias estatales. d) Declaración de lesividad de los actos administrativos: no pueden ponerse en cuestión pronunciamientos firmes recaídos al fiscalizar judicialmente dichos actos. e) Impugnación indirecta: no lo es el debate sobre si la disposición general se encontraba o no en vigor al dictarse los actos impugnados. C) Procedimiento. a) Principio *pro actione*: no se puede declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por falta de la denuncia de mora. b) Plazo: se inicia desde la recepción del emplazamiento en el Colegio de Abogados, siempre que el abogado hubiera asumido la representación de su cliente. c) Indefensión: el concepto constitucional de indefensión no tiene por qué coincidir con la indefensión desde un punto de vista constitucional. d) Cuestiones prejudiciales ante el TJCE: sirven para plantear una duda sobre la interpretación de la norma comunitaria, pero no para suscitar un juicio de legalidad sobre la norma interna de aplicación. D) Sentencias. a) Error judicial: no existe desde un punto de vista puramente formal y previo al examen de la acción. b) Hechos probados. a') Se deben fijar con claridad. b') Se puede hacer alusión a resoluciones anteriores de la propia Sala a efectos probatorios. c) Vulnera el principio de tutela judicial efectiva la resolución judicial que, al resolver sobre la inadmisión, aborda la cuestión de fondo. d) Congruencia: se debe distinguir entre los fundamentos de las pretensiones y estas últimas en sí mismas

consideradas. E) Otros modos de terminación. a) Caducidad: la “culpa” a la que se refiere el artículo 91 LJCA (de 1956) no tiene un sentido de reproche. F) Suspensión del acto administrativo o disposición recurrida. a) La falta de motivación del auto originario puede ser subsanada por el que resuelve la súplica. b) No es posible suspender la ejecución de actos de contenido negativo. c) La preservación de la vida familiar es una circunstancia excepcional que determina la suspensión de la expulsión de un extranjero del territorio nacional. d) Actos tributarios: la hipoteca inmobiliaria no sirve como caución suficiente. e) Disposiciones de carácter general: los daños deben apreciarse en la generalidad de sus destinatarios. f) Suspensión en la nueva LJCA: no es una excepción, sino una facultad que el órgano jurisdiccional debe ejercitar cuando proceda. **2. Recurso de Casación Ordinario.** A) Objeto. a) No procede contra el auto en el que se acuerda una medida cautelar provisionalísima, ni contra el que se pronuncia sobre la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo en el Registro de la Propiedad. b) Se puede recurrir contra el Auto que deniega el requerimiento de inhibición. c) Contra autos dictados en ejecución de sentencias. d) No puede revisarse la interpretación que los Tribunales Superiores de Justicia hagan de normas municipales: puede dar lugar a la inadmisión por defectuosa preparación. B) Sujetos. a) Justicia gratuita: es al abogado y al procurador designados de oficio en la instancia a los que les corresponde interponer el recurso de casación si el Tribunal de instancia está en Madrid. b) La parte recurrida no puede adherirse a la casación como recurrente. C) Inadmisión. a) Cuantía. b) Personal. c) Falta de fundamento: el TS puede realizar una integración del *factum* ante una insuficiente explicitación de los hechos probados en la sentencia recurrida. d) Defectuosa preparación. **3. Recurso de casación en interés de ley.** A) Finalidad: trata de evitar la consolidación de doctrina errónea gravemente dañosa para el interés general, siempre que, además, no exista la doctrina legal que el recurrente postula. **4. Recurso de revisión.** A) La pendencia de un recurso de revisión ante la Sala Tercera del TS no impide la admisión del recurso de amparo. **5. Conflicto de Jurisdicción.** A) Corresponde al orden social conocer de la impugnación del contenido de un Convenio colectivo y de la acción declarativa del derecho a ser contratado laboral fijo. B) Corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa conocer de la restitución de aportaciones y reintegro de prestaciones, y sobre el alta en la Seguridad Social en el ámbito de la gestión recaudatoria.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Sujetos

a) Legitimación

a') Las uniones temporales de empresas tienen legitimación y su gerente capacidad procesal

El artículo 8.d) de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, después de establecer que la unión temporal de empresas no tendrá personalidad jurídica, añade que existirá un gerente único de la misma, con poderes suficientes de todos y cada uno de sus miembros para ejercitar los derechos y contraer las obligaciones correspondientes. La **STS de 26 de mayo de 1999** (Ar. 3026) entiende que con ello se está dotando a la referida unión de capacidad procesal para la defensa de sus derechos.

b') **El Presidente de una Comunidad de Propietarios no necesita autorización de la Junta para intervenir ante los Tribunales**

En la propiedad horizontal, al carecer la Comunidad de Propietarios de personalidad jurídica, su Presidente la representa orgánicamente, y su voluntad vale frente al exterior como voluntad de la misma, por lo que la **STS de 18 de mayo de 1999** (Ar. 3904) entiende que no necesita autorización de la Junta de Propietarios para intervenir ante los Tribunales cuando ejercite una pretensión en beneficio de la Comunidad, salvo en los supuestos expresamente excluidos en la Ley. En todo caso, la falta de tal acuerdo adoptado por la Junta de Propietarios, de ser necesario, constituiría un defecto subsanable en cualquier momento del proceso.

b) Representación procesal: las Comunidades Autónomas y Entes Locales no necesitan procurador si actúan a través de letrados de sus Servicios Jurídicos

La regla de que las Comunidades Autónomas y los Entes Locales han de comparecer en casación mediante procurador fue reinterpretada por diversas resoluciones de 1996 que los **AATS de 1, 8 y 22 de febrero de 1999** (Ar. 2558, 2875 y 3704) se encargan de reiterar, al entender que la comparecencia como parte recurrente o recurrida y la formulación del recurso de casación (en sus diversas modalidades) o del escrito de oposición al mismo por parte de las Entidades Gestoras y Tesorería General de la Seguridad Social, Comunidades Autónomas y Entes Locales, no exige la intervención de procurador cuando la representación y defensa de dichas Administraciones Públicas sean asumidas por letrados que sirvan en sus respectivos servicios jurídicos. La regla especial del artículo 97.1 LJCA (de 1956) sólo es aplicable, por tanto, cuando tales Administraciones no actúen a través de letrados de sus respectivos servicios jurídicos, es decir, mediante abogado colegiado, en cuyo caso es preceptiva la intervención de procurador.

B) Objeto**a) La suspensión cautelar de funciones en un expediente disciplinario no es un acto de trámite y, por tanto, es recurrible**

Jurisprudencia reiterada, oportunamente recordada por la STS de 13 de mayo de 1999 (Ar. 4918), considera como actos de trámite no susceptibles de ser impugnados en vía contencioso-administrativa aquellos mediante los que se acuerda la iniciación de los expedientes sancionadores o disciplinarios, así como las propuestas de resolución, pliegos de cargos o acuerdos sobre audiencia al sancionado o expedientado. Se exceptúa el supuesto de que en el acuerdo de incoación se adopte alguna medida que incida de manera inmediata en los derechos de la persona afectada, como ocurre con las medidas cautelares de suspensión. En este supuesto, la imposición de una medida de suspensión cautelar de funciones es separable de la que hace referencia a la incoación del expediente y es susceptible de ser recurrida, sin que le sea aplicable la calificación de acto de trámite irrecurrible.

b) No es impugnabile la iniciativa legislativa del Gobierno

En aplicación del artículo 1 de la LJCA (de 1956), la iniciativa legislativa del Gobierno es ajena al conocimiento de la Jurisdicción contencioso-administrativa, en cuanto se configura como un acto constitucional del Gobierno no emanado de la Administración Pública, entendida en su sentido estricto, que se dicta en desarrollo de la potestad directamente conferida por la Constitución. Por ello, el ATS de 3 de marzo de 1999 (Ar. 2323) desestima el recurso de súplica interpuesto contra aquel por el que se declaró la inadmisión del recurso contencioso-administrativo deducido contra el Acuerdo del Consejo de Ministros que aprobó la remisión al Congreso de los Diputados de un Proyecto de Ley.

c) El cauce del artículo 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, se limita a la posible interferencia del acto administrativo en las competencias estatales

El artículo 66 de la LBRL establece que “los actos y acuerdos de las entidades locales que menoscaben competencias del Estado o de las Comunidades Autónomas, interfieran su ejercicio o excedan de las competencias de dichas entidades, podrán ser impugnados directamente, sin necesidad de previo requerimiento, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por la Administración del Estado o de la correspondiente Comunidad...”. Las SSTs de 12, 19, 20, 26 y 27 de mayo, y 2 y 3 de junio de 1999 (Ar. 3633, 3638, 3642, 3645, 3648, 3651 y 3652) entienden que la única cuestión que puede ser examinada en el proceso que se interpone al amparo de este precepto es la referente al menoscabo, interferencia o exceso de competencias, y no la determinación de si el acto controvertido es, por cualquier otra causa, ajustado o no a Derecho.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

d) Declaración de lesividad de los actos administrativos: no pueden ponerse en cuestión pronunciamientos firmes recaídos al fiscalizar judicialmente dichos actos

La STS de 27 de abril de 1999 (Ar. 4685) recuerda que no es susceptible de declaración de lesividad y, consiguientemente, es inadmisibile el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo dictado por la Administración en ejecución de una anterior sentencia firme, puesto que se trata de un acto administrativo adoptado en el cumplimiento de una decisión judicial a la que debe conformarse, sin que deba generarse otro procedimiento distinto que haría, mediante la sucesiva adopción de actos no conformes con el mandato judicial, inoperante el proceso ya terminado.

e) Impugnación indirecta: no lo es el debate sobre si la disposición general se encontraba o no en vigor al dictarse los actos impugnados

La controversia sobre si una determinada disposición de carácter general se encontraba en vigor en el momento de dictarse los concretos actos impugnados en vía contenciosa no puede integrar el supuesto contemplado en el artículo 39.2 y 3, como presupuesto del artículo 93.3 LJCA (de 1956), pues, como señala el ATS de 25 de enero de 1999 (Ar. 2271), los defectos en los procedimientos de elaboración y aprobación de las normas reglamentarias no pueden alegarse para impugnar indirectamente disposiciones de carácter general.

C) Procedimiento

a) Principio pro actione: no se puede declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por falta de la denuncia de mora

La inadmisión del recurso contencioso-administrativo por no haberse formulado oportunamente la denuncia de mora choca abiertamente con la inveterada doctrina jurisprudencial tendente a eliminar las superfluas formalidades que obstaculizan la tutela judicial efectiva, y supone el desconocimiento del principio *pro actione*, ya que, como recuerda la STS de 3 de marzo de 1999 (Ar. 2426), por un lado, la naturaleza revisora de la Jurisdicción no puede quedar condicionada por el contenido del acto objeto de impugnación, porque de lo contrario la Administración podría limitar, obstaculizar y demorar el ejercicio de la potestad jurisdiccional; y, por otro, la denuncia de mora es un requisito previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo, subsanable conforme a lo dispuesto en el artículo 129 LJCA.

b) Plazo: se inicia desde la recepción del emplazamiento en el Colegio de Abogados, siempre que el abogado hubiera asumido la representación de su cliente

Interpretando el sentido del artículo 272.2 LOPJ –que admite la posibilidad de establecer un local de notificaciones común a varios Juzgados y Tribunales de una misma población, y que el Colegio de Procuradores organice un servicio para recibir las notificaciones que no hayan podido hacerse en aquel local común por incomparecencia del Procurador–, el ATS de 12 de abril de 1999 (Ar. 5098) considera que las notificaciones dirigidas al Abogado que también hubiera asumido la representación de su cliente, y que no fueran recogidas en la Oficina del Servicio Común, producirán sus efectos en la fecha de entrega al Colegio de Abogados.

c) Indefensión: el concepto constitucional de indefensión no tiene por qué coincidir con la indefensión desde un punto de vista constitucional

La STS de 10 de febrero de 1999 (Ar. 2070) recuerda la jurisprudencia que perfila el concepto de indefensión como una limitación de los medios de defensa imputable a la indebida actuación de los órganos judiciales, y afirma que la indefensión relevante constitucionalmente no coincide necesariamente con el concepto de indefensión desde el punto de vista procesal, pues sólo se entiende producida cuando realmente consta acreditada en las actuaciones una privación del derecho a alegar y justificar lo pertinente para el reconocimiento de los derechos o intereses de la parte.

d) Cuestiones prejudiciales ante el TJCE: sirven para plantear una duda sobre la interpretación de la norma comunitaria, pero no para suscitar un juicio de legalidad sobre la norma interna de aplicación

La STS de 23 de marzo de 1999 (Ar. 3023) ha entendido que el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al amparo del artículo 177 de TCEE, sobre la interpretación de determinada Directiva, tendría como fin plantear una duda sobre la interpretación de una norma comunitaria, original o derivada, pero no un juicio de legalidad sobre la normativa interna en relación al Derecho Comunitario, y requeriría la imposibilidad de resolver por sí mismo el Juez o Tribunal Nacional dicha duda sin poner en riesgo la uniformidad interpretativa y de aplicación del Derecho Comunitario, motivos estos por los que se deniega el planteamiento en aquellos casos en los que la aplicación correcta de este Derecho se impone con tal evidencia que no da lugar a duda razonable sobre la manera de resolver la cuestión.

D) Sentencias**a) Error judicial: no existe desde un punto de vista puramente formal y previo al examen de la acción**

El ejercicio de la acción para el reconocimiento del error judicial [artículo 293.1.a) LOPJ], no trata de corregir el desacierto del juzgador sino su desatención a datos de carácter indiscutible que provocan una resolución absurda. Esta rígida y precisa configuración del error judicial lleva a la STS de 17 de febrero de 1999 (Ar. 2234) a no admitir su existencia desde un punto de vista puramente formal y previo al examen de la acción instada por el recurrente y, por este motivo, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo de la Sala de Gobierno de un TSJ por el que se consideró incompetente para declarar un supuesto error judicial que le afectaba.

b) Hechos probados**a') Se deben fijar con claridad**

La STS de 13 de marzo de 1999 (Ar. 3151) ha venido a reconocer que la jurisdicción contencioso-administrativa no es un paradigma del estricto cumplimiento del artículo

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

248.3 LOPJ, lo que genera, en ocasiones, la infracción de la regla estilística del artículo 359 LECiv, si bien tal incumplimiento no siempre constituye una infracción del deber de motivar las sentencias impuesto por el artículo 120.3 CE, y no genera, como en el caso que resuelve la sentencia, inseguridad o indefensión.

Efectivamente, las sentencias de este orden jurisdiccional, olvidan con alguna frecuencia la necesidad de fijar los hechos que, en virtud de la adecuada valoración de las pruebas practicadas, se consideren probados. Esto reviste una especial importancia, ya que la fijación de los hechos por el Tribunal de instancia sirve, en primer lugar, para la mejor comprensión de las resoluciones y, en segundo, para la correcta articulación de su impugnación a través de los recursos, especialmente el de casación, en el que el error de hecho sólo puede ser combatido a través de un riguroso método del que ya hemos dado cuenta en anteriores crónicas.

b') Se puede hacer alusión a resoluciones anteriores de la propia Sala a efectos probatorios

La STS de 12 de abril de 1999 (Ar. 4514) ha reconocido que, para dar por probado algún extremo, no tiene por qué prescindirse de un dato que a la Sala le consta por propia experiencia, como sucede al estar recogido en sentencia de la misma Sala y que afecta a las mismas partes (en este caso, la existencia de un convenio).

c) Vulnera el principio de tutela judicial efectiva la resolución judicial que, al resolver sobre la inadmisión, aborda la cuestión de fondo

La STC 96/1999, de 31 de mayo, considera que se vulnera el principio de tutela judicial efectiva cuando la decisión sobre el motivo de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo se condiciona a la respuesta de la cuestión de fondo —en concreto, la necesidad o no de notificación personal de la liquidación recurrida—. De esta forma, en el caso planteado, el motivo de inadmisibilidad no operó en la fundamentación de la Sentencia en los términos en que ordinariamente han de aplicarse tales motivos, sino que la Sentencia realmente abordó la cuestión de fondo suscitada.

d) Congruencia: se debe distinguir entre los fundamentos de las pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas

La STC 101/1999, de 31 de mayo, ha señalado que el juicio sobre la congruencia debe partir de la distinción entre las respuestas relativas a las alegaciones deducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas y las causas de pedir. Respecto de las primeras no será necesaria una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar con una respuesta global y genérica. En cambio, la respuesta tácita a las pretensiones y causas de pedir exige que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial pueda deducirse razonablemente que el órgano judicial ha valorado la pretensión y los motivos fundadores de dicha respuesta. En este sentido, la STC 113/1999, de 14 de junio, recuerda que la incongruencia omisiva y la *extra petita* se pueden presentar juntas en la llamada incongruencia por error, que se produce cuando, por error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre

la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado.

E) Otros modos de terminación

a) Caducidad: la “culpa” a la que se refiere el artículo 91 LJCA (de 1956) no tiene un sentido de reproche

El artículo 91.1 de la LJCA de 1956 establecía que “presentada la demanda, si se detuviera el procedimiento durante un año por culpa del demandante, se declarará caducada la instancia”. La palabra “culpa”, según la STS de 3 de mayo de 1999 (Ar. 3402), no implica necesariamente un reproche al demandante, sino que sólo implica la necesidad de comprobar que la inactividad de aquel, que puede interrumpir voluntariamente en cualquier momento, tiene suspendido el proceso por más de un año.

F) Suspensión del acto administrativo o disposición recurrida

a) La falta de motivación del auto originario puede ser subsanada por el que resuelve la súplica

La STS de 1 de julio de 1999 (Ar. 5298) ha desestimado el recurso de casación interpuesto contra los autos que decretaron la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo impugnado porque, aunque el auto originario adolecía ciertamente de una defectuosa motivación, dicha inconcreción fue válidamente subsanada por el auto que resolvió la súplica, al expresar éste, de forma sucinta pero suficiente, la razón de decidir.

b) No es posible suspender la ejecución de actos de contenido negativo

El ATS de 22 de febrero de 1999 (Ar. 3191) trae a colación una consolidada jurisprudencia que sienta el criterio general de que los actos denegatorios de autorizaciones o permisos no admiten la suspensión de la ejecución ya que, dado su contenido negativo, la referida suspensión implicaría la concesión, siquiera sea con carácter temporal (mientras dura la tramitación del proceso), de la licencia, autorización o permiso denegado por el acto administrativo.

c) La preservación de la vida familiar es una circunstancia excepcional que determina la suspensión de la expulsión de un extranjero del territorio nacional

La dificultad de defenderse en el proceso para el ciudadano extranjero obligado a salir del territorio español, no tiene por sí sola un valor decisivo para suspender la ejecutividad de la orden de expulsión o de la conminación para abandonarlo, por lo que, si no se acreditan otros perjuicios, el mero alejamiento del proceso carece de relevancia para suspender la salida de dicho territorio. Ahora bien, como declara la STS de 13 de marzo de 1999 (Ar. 3152), si la convivencia *more uxorio* de la extranjera con un español y la existencia de un hijo menor de ambos determina la concurrencia de una circunstancia excepcional —cual es la

preservación de la convivencia familiar— para acceder a la exención de visado, esa misma circunstancia también aconseja suspender la salida del territorio español de la recurrente hasta tanto no se resuelva el pleito en primera instancia. Es decir, en palabras de la STS de 3 de mayo de 1999 (Ar. 4906), el criterio jurisprudencial es favorable a la suspensión cautelar de los acuerdos administrativos de expulsión de extranjeros cuando se trata de personas con verdadero arraigo en España, fundamentalmente de carácter familiar.

d) Actos tributarios: la hipoteca inmobiliaria no sirve como caución suficiente

Como ya se indicó en crónicas anteriores (Justicia Administrativa número 1, pág. 271), y se reitera en el ATS de 7 de mayo de 1999 (Ar. 4936), en materia de suspensión de actos tributarios la exigencia de caución o fianza es indeclinable, salvo casos muy excepcionales. En este sentido, y realizando una aplicación estricta del principio de legalidad, la STS de 26 de junio de 1999 (Ar. 4322) ha declarado que la hipoteca inmobiliaria no puede servir de caución suficiente para responder de los daños o perjuicios a los intereses públicos o de tercero que se puedan derivar de la suspensión de la ejecución del acto administrativo objeto del recurso, ya que el artículo 124.2 de la LJCA (de 1956), al recoger las que resultan admisibles, no la contempla.

e) Disposiciones de carácter general: los daños deben apreciarse en la generalidad de sus destinatarios

Cuando se solicita la suspensión de una disposición de carácter general que afecta a una pluralidad indeterminada de sujetos, no se puede llegar a soluciones distintas atendiendo a circunstancias particulares de cada uno de los que decidan recurrir. La suspensión para unos y la no suspensión para otros no se compagina con las notas de generalidad y de igualdad que son propias de una norma, lo que quiere decir que no se pueda acordar la suspensión de la disposición impugnada si se dan los presupuestos a los que se refiere el artículo 122 LJCA (de 1956). Ahora bien, los daños y perjuicios de difícil e imposible reparación habrán de apreciarse, tal como señala el ATS de 3 de junio de 1999 (Ar. 4327), en la generalidad de los destinatarios de la norma.

f) Suspensión en la nueva LJCA: no es una excepción, sino una facultad que el órgano jurisdiccional debe ejercitar cuando proceda

Los AATS de 6 y 23 de abril de 1999 (Ar. 4361 y 4645) han afirmado que la nueva regulación de las medidas cautelares en los artículos 129 y siguientes de la nueva LJCA (Ley 29/1998, de 13 de junio), se apoya en que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva. Por ello, la adopción de medidas provisionales que permiten asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como una facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario, consistiendo el criterio para su adopción, cualquiera que sea su naturaleza, en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueden hacer perder la finalidad del recurso, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto. El criterio clave es, como señala el ATS de 2 de marzo de 1999 (Ar. 4166), la garantía de la efectividad de la sentencia, aunque sin olvidar la incidencia concurrente de los intereses generales y de terceros.

2. RECURSO DE CASACIÓN ORDINARIO

A) Objeto

a) No procede contra el auto en el que se acuerda una medida cautelar provisionalísima, ni contra el que se pronuncia sobre la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo en el Registro de la Propiedad

Según las SSTs de 8 y 13 de abril de 1999 (Ar. 3453 y 4519), no cabe recurso de casación contra un auto por el que se acuerda una medida cautelar provisionalísima y, por tanto, no pone término a la pieza separada de suspensión. El ATS de 7 de mayo de 1999 (Ar. 4938) declara, asimismo, que no es susceptible de recurso de casación el auto por el que se acuerda no acceder a la petición del recurrente de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de la interposición del recurso contencioso-administrativo, ya que no es lo mismo una medida judicial que priva de eficacia a un acto administrativo que una medida judicial que, dejando intacto el acto impugnado, se limita a publicar en el citado Registro la existencia de un recurso contencioso-administrativo.

b) Se puede recurrir contra el auto que deniega el requerimiento de inhibición

Aunque el artículo 49 LOPJ establezca que las resoluciones recaídas en la tramitación de los conflictos de competencia no serán susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario, el auto por el que se deniega el requerimiento de inhibición formulado es susceptible de recurso de casación porque, como indica el ATS de 19 de abril de 1999 (Ar. 4543), se trata de una resolución que no puede ser considerada de trámite, sino que al resolver —denegándola— sobre la inhibitoria interesada, se convierte en una resolución final que impide la continuación del recurso contencioso-administrativo y, por tanto, es incardinal en el supuesto recogido en el artículo 94.1.a) LJCA (de 1956).

c) Contra autos dictados en ejecución de sentencias

a') No se puede interpretar el fallo restrictivamente, sino en relación con los fundamentos jurídicos de la sentencia

La STS de 16 de febrero de 1999 (Ar. 2628) declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra Auto dictado en ejecución de sentencia firme porque, entre otros argumentos, de acuerdo con la doctrina de las SSTC 148/1989, de 21 de septiembre y 189/1990, de 26 de noviembre, del texto del fallo de una sentencia han de inferirse todas las naturales consecuencias en relación con la *causa petendi*, y los hechos y los argumentos jurídicos de las partes, aunque no se recojan literalmente en el fallo, sí son su fundamento y causa, de suerte que la interpretación y aplicación del fallo ha de realizarse en armonía con todo lo que constituye la sentencia, pues una cosa es que la ejecución judicial no pueda extenderse a cosas no decididas en el proceso, y otra, interpretar el fallo restrictivamente, excluyendo del mismo los puntos de hecho y jurídicos.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

b') Sólo procede si el asunto principal también es susceptible de casación

Del artículo 94.1 LJCA (de 1956) se desprende que, cuando la sentencia no sea susceptible de recurso de casación, el auto dictado en ejecución tampoco puede serlo. Por este motivo la STS de 11 de mayo de 1999 (Ar. 3894) reconoce la imposibilidad de recurrir en casación las ejecuciones de sentencias referidas a asuntos autonómicos, cuestiones de personal, o de cuantía inferior a seis millones de pesetas.

d) No puede revisarse la interpretación que los Tribunales Superiores de Justicia hagan de normas municipales: puede dar lugar a la inadmisión por defectuosa preparación

Las SSTS de 31 de marzo, 21 de abril y 18 de mayo de 1999 (Ar. 2648, 3084 y 3415), realizando una interpretación extensiva de lo dispuesto en los artículos 93.4 y 96.2 de la LJCA (de 1956), han llegado a la conclusión de que no puede revisarse en casación la aplicación e interpretación que los Tribunales Superiores de Justicia hayan hecho de normas, no ya autonómicas, sino, incluso, municipales, ya que en el referido recurso sólo puede alegarse violación de normas no emanadas de los órganos de las Comunidades Autónomas (o, también, según entiende la Sala, no emanadas de las entidades locales). Es decir, la infracción de Derecho no estatal –aunque no sea autonómico, sino estrictamente local–, no puede fundar el recurso de casación.

En este sentido, la jurisprudencia viene manteniendo una interpretación extensiva del artículo 93.4 LJCA (de 1956) a fin de inadmitir los recursos de casación respecto a actos o disposiciones de Entidades locales o de entidades no territoriales a los que se imputa la violación de Derecho Autonómico, por considerar que, en estos casos, el juez supremo son los Tribunales Superiores de Justicia (entre otros, ATS de 1 de marzo de 1999, Ar. 3534). Avanzando un paso más en esta línea interpretativa, la STS de 5 de abril de 1999 (Ar. 3271), ha llegado a inadmitir por defectuosa preparación el recurso interpuesto contra un Acuerdo municipal de otorgamiento de licencia al que se imputaba infracción de las Normas de un Plan General de Ordenación Urbana.

B) Sujetos

a) Justicia gratuita: es al abogado y al procurador designados de oficio en la instancia a los que les corresponde interponer el recurso de casación si el Tribunal de instancia está en Madrid

El artículo 7.3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, condiciona la designación de nuevos profesionales de oficio a que “la competencia para el conocimiento de los recursos a que se refiere el apartado anterior corresponda a un órgano jurisdiccional cuya sede se encuentre en distinta localidad”. Por este motivo, el ATS de 8 de febrero de 1999 (Ar. 2874) considera que el artículo 31 de la referida Ley, que señala como fin de la actuación de los profesionales designados “la terminación del proceso en la instancia judicial de que se trate”, no precisa con dicha expresión cuál sea ésta. Puede ser la primera instancia o una instancia o grado ulterior si del recurso o recursos

está llamado a conocer un Tribunal de la misma sede —ex artículo 7.3 a *sensu contrario* de la misma Ley—, por lo que ha de entenderse que es al procurador y abogado designados de oficio en la instancia a los que corresponde la interposición del recurso de casación contra una sentencia dictada por la Audiencia Nacional.

b) La parte recurrida no puede adherirse a la casación como recurrente

La STS de 27 de abril de 1999 (Ar. 4627) considera que la posibilidad de adherirse el apelado al recurso de apelación promovido por la contraparte, prevista en el artículo 849 LECIV, no está reconocida al recurrido en vía casacional, toda vez que no existe norma alguna que lo autorice, sin duda en razón de la propia naturaleza y mecánica del recurso de casación. Por este motivo, la petición de la parte recurrida para que se le tenga por adherida a la casación como recurrente está desprovista de todo fundamento.

C) Inadmisión

a) Cuantía

a') Notoriedad: no se deben tener en cuenta rentabilidades de futuro

Los AATS de 25 de enero y 16 de marzo de 1999 (Ar. 2271 y 4196), recordando pronunciamientos dictados en asuntos similares, vienen a inadmitir, por defecto de cuantía, los recursos de casación interpuestos contra sentencias recaídas sobre retirada de vallas publicitarias, al considerar, en aplicación, en el primero, de la regla 12 del artículo 489 LECiv y, en el segundo, de la regla 4 del artículo 1710 de la misma Ley, que el criterio a tener en cuenta es el coste estimable de la retirada de las vallas, y sin que, a tal fin, deban tomarse en consideración rentabilidades de futuro derivadas del uso de aquéllas, como sería el lucro cesante.

b') Se determina según la diferencia que sea objeto de impugnación y no por el importe del acto administrativo

La Sala Tercera del TS mantuvo en materia tributaria que la cuantía a efectos del recurso de apelación y luego del recurso de casación venía determinada por el importe de la liquidación cuya anulación se pretendía, tomando al efecto el débito principal, pero no los recargos, las costas ni cualquier otra responsabilidad, salvo que se discutiera además la procedencia de las sanciones impuestas. Es decir, se tenía en cuenta el acto administrativo de liquidación tributaria y no la cuantía de la controversia si no se impugnaba la totalidad de la liquidación. Esto respondía a un criterio formal, el de la anulación de acto administrativo como requisito procedimental para practicar una nueva liquidación de importe inferior.

Por el contrario, en vía económico-administrativa, tanto en el Reglamento aprobado por el Real Decreto 1999/1981, de 20 de agosto, como en el aprobado por el Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, se sigue, para determinar la cuantía, un criterio sustancial, por el que se tiene en cuenta, si la reclamación no afectase a la totalidad de la cifra liqui-

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

dada o señalada como base, solamente la cuota diferencial que expresa en valor de la pretensión procesal, pues sería absurdo que habiendo ingresado la parte de la deuda tributaria no controvertida y logrado la suspensión del resto, que es lo discutido y objeto de la impugnación en vía económico-administrativa, se considerara como cuantía de la reclamación la totalidad del acto administrativo de liquidación.

La Sección Primera de la Sala Tercera del TS ha cambiado la doctrina que ha seguido desde la vigencia de la LJCA de 1956, y así, en su **ATS de 16 de enero de 1998** (Ar. 696, repertorio de 1998), seguido por otros muchos pronunciamientos, también de diferentes Secciones, como el **ATS de 7 de marzo de 1999** (Ar. 2515), ha interpretado los artículos 50 y 51 de la referida Ley Jurisdiccional en el sentido de que, para determinar la cuantía a efectos de la admisión del recurso de casación, hay que atender a la diferencia que sea objeto de impugnación, armonizando así como verdadero *desideratum* la normativa administrativa y la jurisdiccional.

c') La cuantía de una notificación de valor catastral es la cuota que se indica a modo informativo

Cuando lo que se recurre es la notificación individual del valor catastral fijado a determinada finca, el valor de la pretensión que se ha de tener en cuenta a efectos casacionales no es el montante de dicho valor catastral, que en estos casos opera como simple base imponible del IBI, sino, como señala el **ATS de 16 de marzo de 1999** (Ar. 4043), el importe de la cuota que se fija con carácter meramente informativo.

b) Personal

a') La anulación del nombramiento del recurrente como funcionario de carrera no se identifica con la extinción a efectos de la casación

El **ATS de 13 de abril de 1999** (Ar. 4450) ha inadmitido el recurso de casación, interpuesto al amparo del artículo 93.2.a) de la LJCA (de 1956), contra la sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo deducido contra una Orden ministerial por la que se anula el nombramiento del recurrente como funcionario de carrera, ya que entiende que se trata de una cuestión de personal que concierne al nacimiento o constitución de la relación de servicio, sin que, a estos efectos, anulación y extinción puedan identificarse para abrir la vía casacional.

b') La controversia en torno al concurso para la adjudicación de una plaza de recaudador municipal en período voluntario es una cuestión de contratación administrativa, no de personal

La declaración como desierto de un concurso para el nombramiento de un recaudador municipal en período voluntario de cobranza, que es recurrida por quien se considera con derecho a su adjudicación, ha sido considerada por la **STS de 20 de abril de 1999** (Ar. 4637) como una cuestión propia de la contratación administrativa que no puede incluirse en la excepción de cuestión de personal para inadmitir el recurso de casación interpuesto, salvo que, contra la lógica más elemental, una importante mayoría de las cuestiones de contratación, sólo por razón del vínculo que generan o del que parten, pasaran a ser consideradas como de personal.

c') La controversia en torno a las pensiones de los ex ministros no son cuestiones de personal

La jurisprudencia se ha mostrado favorable a considerar como cuestión de personal las controversias surgidas en relación a las pensiones de los ex ministros, vedando con esta consideración su acceso al recurso de casación. Sin embargo, una línea interpretativa que comienza con la **STS de 23 de febrero de 1989** (Ar. 1384, repertorio de 1989) y que puede considerarse ya consolidada, como lo demuestra el hecho de que sea aplicada por la **STS de 21 de abril de 1999** (Ar. 5181), mantiene una postura totalmente diversa y favorable a la admisión del recurso de casación, ya que, a pesar de la naturaleza eminentemente pública del servicio prestado a la Administración a través del cargo ministerial, no puede decirse que la relación que liga a estas autoridades, ex ministros, con el Estado haya de tener acogida en la amplia acepción de empleados públicos, pues la función que aquéllos desempeñan es de carácter estrictamente político y no profesional.

d') Los funcionarios en prácticas no se integran en la salvedad del artículo 93.2 LJCA (de 1956)

Los **AATS de 30 de abril y 17 de mayo de 1999** (Ar. 5104 y 5473), en aplicación de una línea jurisprudencial constante, de la que ya hemos dado cuenta (Justicia Administrativa número 1, pág. 277), entienden que la condición de funcionario en prácticas no está incluida en la salvedad prevista en el artículo 93.2.a) LJCA (de 1956), referida exclusivamente a los funcionarios de carrera.

c) Falta de fundamento: el TS puede realizar una integración del factum ante una insuficiente explicitación de los hechos probados en la sentencia recurrida

A pesar de la constante doctrina jurisprudencial que veda la posibilidad de realizar una valoración de los hechos y de la actividad probatoria en el ámbito del recurso de casación, la **STS de 27 de abril de 1999** (Ar. 4600), invocando el principio de tutela judicial efectiva, y al igual que hizo la **STS de 29 de enero de 1998** (Ar.674, repertorio de 1998), realiza una “integración” de los hechos que constan probados en el expediente administrativo y en los autos, dada la insuficiente explicitación de los mismos en la sentencia combatida.

d) Defectuosa preparación**a') La cita de una norma estatal meramente instrumental no justifica la jurisdicción del TS**

Las **SSTS de 9 y 19 de abril de 1999** (Ar. 3279 y 3289) consideran que, cuando lo que realmente se pretende traer a conocimiento de la Sala del TS es la interpretación de una norma autonómica, la invocación de una norma estatal con carácter meramente instrumental no sirve para entender cumplimentada la exigencia del artículo 96.2 LJCA (de 1956), por lo que el recurso se ha de considerar defectuosamente preparado.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

b') La carga del artículo 96.2 LJCA (de 1956) carece de sentido cuando en la preparación se anuncia un motivo distinto del contenido en el artículo 95.1.4 del mismo texto

La necesidad de justificar que la infracción de una norma no emanada de los órganos de la Comunidad Autónoma ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia dictada en única instancia por un Tribunal Superior de Justicia respecto a actos o disposiciones de aquélla, carece de sentido cuando en el escrito de preparación se anuncia que el recurso de casación vendrá apoyado en motivo distinto del previsto en el ordinal cuarto del artículo 95.1 LJCA (de 1956). Por este motivo, el **ATS de 25 de enero de 1999** (Ar. 2268) declara la inadmisión del recurso de casación, por defectuosa preparación, respecto del motivo invocado al amparo del ordinal cuarto del referido artículo 95.1 y, sin embargo, admite la procedencia de examinar el motivo que se esgrime en el escrito de interposición del recurso al amparo del ordinal tercero del mismo y que fue oportunamente anunciado en el escrito de preparación.

3. RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LEY

A) Finalidad: trata de evitar la consolidación de doctrina errónea gravemente dañosa para el interés general, siempre que, además, no exista la doctrina legal que el recurrente postula

No tiene por objeto la resolución de un conflicto, ni la tutela de un derecho o interés legítimo, ni el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, ni la estimación de una pretensión deducida en relación con actos administrativos o con disposiciones de categoría inferior a la Ley, sino que su única y exclusiva finalidad es fijar la doctrina legal procedente, dejando intacta la situación jurídica particular derivada del fallo recurrido. Es decir, mediante este recurso se vela por la correcta interpretación y aplicación del Ordenamiento Jurídico, complementando, en su caso, la labor del titular del poder normativo, aunque con ocasión de un conflicto ya resuelto y cuya solución se mantiene, sea cual sea la resolución que recaiga en el recurso de casación en interés de ley, a base de fijar la doctrina legal que corresponda frente a sentencias que, además de erróneas, sean gravemente dañosas para el interés general. Se trata, pues, como señala la **STS de 15 de febrero de 1999** (Ar. 2224), de evitar que se consolide una doctrina errónea con un efecto multiplicador grave que afecte a un número importante de situaciones. Ahora bien, se requiere que no exista la doctrina legal que se postula, pues no se trata de reiterar la ya establecida sino de fijarla cuando no exista.

4. RECURSO DE REVISIÓN

A) La pendencia de un recurso de revisión ante la Sala Tercera del TS no impide la admisión del recurso de amparo

Si bien el TC sentó reiterada doctrina en relación con el recurso de revisión contencioso-administrativo previsto con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 10/1992, de 30 de abril, en el sentido de que dicho recurso debía interponerse antes de promover recurso de amparo, cuando alguno de los motivos previstos en el artículo 102 LJCA (de 1956) podían servir precisamente para reparar la hipotética lesión de derechos fundamentales que dan lugar al amparo, so pena de considerar no agotada la vía judicial pre-

via, esta doctrina no resulta aplicable tras la citada reforma legal, como reconoce la STC 99/1999, de 31 de mayo, al haberse transformado el recurso de revisión en un recurso no sólo extraordinario, sino excepcional.

5. CONFLICTO DE JURISDICCIÓN

A) Corresponde al orden social conocer de la impugnación del contenido de un Convenio colectivo y de la acción declarativa del derecho a ser contratado laboral fijo

Cuando lo que se impugna no es un acto administrativo concerniente a la formación de la voluntad del ente administrativo, sino la legalidad del contenido de lo negociado en un Convenio colectivo con el personal laboral de la Administración, ésta no actúa en el ejercicio de su poder, sino como empresario, por lo que, como entiende el ATS de 22 de marzo de 1999 (Sala de Conflictos de Competencia) (Ar. 3674), la competencia queda sometida al orden social, ya que lo que se impugna es un Convenio en cuanto fuente del Derecho en el ámbito de las relaciones laborales.

Por otra parte, cuando lo que se ejercita es una acción para que se declare el derecho del demandante a que se le considere como contratado laboral fijo en la plantilla de un Organismo público, la cuestión litigiosa es, como reconoce el ATS de 22 de marzo de 1999 (Sala de Conflictos de Competencia) (Ar. 3677), competencia del orden social.

B) Corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa conocer de la restitución de aportaciones y reintegro de prestaciones y sobre el alta en la Seguridad Social en el ámbito de la gestión recaudatoria

Los actos de gestión recaudatoria, tanto en período voluntario como en fase ejecutiva de apremio, referidos a cuotas de la Seguridad Social, corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa. En este sentido, ya se señaló en anterior crónica que la liquidación y requerimiento de pago efectuado por la Tesorería General de la Seguridad Social, como consecuencia de la determinación del capital de renta que deben ingresar las empresas responsables de prestaciones a su cargo, tiene naturaleza de acto recaudatorio, por lo que su impugnación estará sometida a dicha jurisdicción. Ahora, la STS de 26 de abril de 1999 (Ar. 3963) puntualiza, en aplicación del mismo criterio, que la restitución de aportaciones indebidamente efectuadas y el reintegro de prestaciones están también atribuidos a esta jurisdicción, aunque corresponda al orden social la competencia para pronunciarse sobre la incapacidad laboral transitoria que las genere. Igualmente, la STS de 3 de mayo de 1999 (Ar. 3969) atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa la determinación de la procedencia de la afiliación y alta de los trabajadores en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social y suscitada en el ámbito de su gestión recaudatoria.

GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES
FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

LA COMISIÓN DE RECLAMACIONES DEL INGRESO ARAGONÉS DE INSERCIÓN

ÁNGEL GARCÉS SANAGUSTÍN

Profesor Titular de Derecho
Administrativo
Universidad de Zaragoza

I. Introducción. II. ¿Qué es el Ingreso Aragonés de Inserción? III. ¿Qué sentido tiene regular este procedimiento especial de impugnación o reclamación en un ámbito o para un supuesto como el del Ingreso Aragonés de Inserción? IV. Sobre el funcionamiento de la Comisión de Reclamaciones del Ingreso Aragonés de Inserción. V. Recapitulación: una valoración personal del funcionamiento de la Comisión de Reclamaciones del Ingreso Aragonés de Inserción.

I. INTRODUCCIÓN

Durante dos años he pertenecido, en mi condición de Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza, a la Comisión de Reclamaciones del Ingreso Aragonés de Inserción. Creo que ha llegado el momento oportuno de hacer una valoración acerca del significado, la naturaleza y el funcionamiento de este órgano colegiado, que vino a desarrollar en un ámbito sectorial concreto una de las previsiones contenidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En efecto, el art. 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, estableció lo siguiente:

“Las leyes podrán sustituir el recurso ordinario, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o Comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo. La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos por la Ley.”

Dicho precepto ha sido modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que ha sustituido las referencias al recurso ordinario por las relativas al recurso de alzada y ha reconocido la posibilidad de regular estos procedimientos en sustitución del recurso de reposición potestativo. En cualquier caso, el art. 109, en su apartado b), de la referida LRJ-PAC establece que las resoluciones de los procedimientos de impugnación a que se refiere el art. 107.2 agotan la vía administrativa.

Por otro lado, la Ley 11/1996, de 30 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón previó y reguló con más detalle esta posibilidad de sustitución del recurso administrativo por una “reclamación o impugnación ante una Comisión no sometida a instrucciones jerárquicas” (art. 58). Pues bien, con estas premisas, la Disposición Adicional Novena de la Ley 11/1996, de 30 de diciembre, reguló la sustitución del recurso ordinario en relación al Ingreso Aragonés de Inserción. Dicha disposición estableció expresamente lo siguiente:

“1. El recurso ordinario contra los actos de los órganos que tengan atribuida la competencia en relación al Ingreso Aragonés de Inserción queda sustituido por la reclamación o impugnación ante la Comisión cuya composición y régimen jurídico se regula en la presente disposición.

2. La Comisión se compondrá de un Presidente, dos Vocales y un Secretario, que actuará con voz y sin voto. El Presidente y cada uno de los Vocales contarán con un suplente.

3. La Comisión estará presidida por un Director general del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo. El titular de este Departamento nombrará al Presidente titular y a su suplente, que será, asimismo, un Director General de dicho Departamento.

4. Los dos Vocales nombrados y sus correspondientes suplentes serán nombrados por el Consejero de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo. Estos nombramientos deberán recaer en:

Dos Catedráticos o Profesores Titulares de Universidad con formación en materia de Bienestar Social, uno como titular y otro como suplente.

Dos expertos en materia de Bienestar Social con titulación universitaria superior, uno como titular y otro como suplente.¹”

Esta disposición fue objeto de desarrollo mediante el Decreto 117/1997, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la Comisión de Reclamaciones del Ingreso

(1) Esta composición viene determinada por las propias previsiones establecidas en el art. 60 de la referida Ley de Cortes de Aragón, en el que se establece que la composición de las comisiones que resuelvan los procedimientos de sustitución del recurso ordinario estarán compuestas por un Presidente, dos Vocales y un Secretario, que actuará con voz y sin voto y que será un funcionario de carrera de nivel superior, designado por el titular del Departamento del que emane el acto o resolución objeto de la reclamación o impugnación. Asimismo, se establece que el mandato del Presidente, de los dos Vocales y de sus suplentes será de dos años y sólo podrán ser removidos del cargo por su propia voluntad o por notorio incumplimiento de sus obligaciones.

Aragonés de Inserción, que permitió celebrar las primeras reuniones de este órgano colegiado a finales de julio de 1997.

Pues bien, una primera conclusión podemos deducir de esta composición: estamos en presencia de una modalidad que cabe incardinar dentro de la llamada participación de expertos, pues la selección de los miembros de la Comisión se hace por la Administración en atención a unos determinados criterios de cualificación personal y, en ningún caso, por las entidades privadas actuantes en este ámbito ni en función de criterios de “representatividad social”.

II. ¿QUÉ ES EL INGRESO ARAGONÉS DE INSERCIÓN (IAI)?

Las prestaciones conocidas como rentas o ingresos mínimos o básicos de inserción se fueron instaurando paulatinamente en las Comunidades Autónomas en el momento en que el Estado intentó dar un salto cualitativo de extraordinaria importancia en el ámbito de la Seguridad Social, al establecer en su seno lo que se han dado en llamar prestaciones no contributivas².

Una primera aproximación a la cuestión aquí planteada nos permitiría concluir que la Renta Mínima de Inserción es una prestación de carácter no contributivo con vocación universal. A su vez, desde la otra perspectiva, las prestaciones no contributivas pueden definirse como subsidios de ingresos mínimos dirigidos a colectivos sociales específicos: ancianos y minusválidos. Por tanto, y con independencia del riesgo de duplicidad de prestaciones que puede ocasionarse, parece que, sin perjuicio del ámbito final de beneficiarios de las mismas, estamos ante una serie de prestaciones que poseen, a priori, la misma naturaleza.

No obstante, esa primera impresión queda superada cuando se practica un análisis profundo de la naturaleza y consecuencias que acarrea la implantación de estas modalidades prestacionales, denominadas rentas mínimas de inserción, cuya aparición es consustan-

(2) En la actualidad, todas las Comunidades Autónomas han regulado algún tipo de “prestación” económica cuyos contornos y naturaleza se asemejan, en esencia, a lo que se ha dado en llamar rentas o ingresos mínimos: Decreto andaluz 142/1990, de 15 de mayo, por el que se regula el Programa de Solidaridad de los Andaluces para erradicación de la marginación y la desigualdad; Ley de Aragón 1/1993, de 19 de febrero, de Medidas Básicas de Inserción y Normalización Social; Ley del Principado de Asturias 6/1991, de 5 de abril, del Ingreso Mínimo de Inserción; Decreto canario 133/1992, de 30 de julio, por el que se regulan con carácter urgente las ayudas económicas básicas –modificado parcialmente por el Decreto 194/1993, de 24 de junio–; Decreto 75/1996, de 7 de agosto, por el que se establece el Plan Cántabro de Ingresos Mínimos de Inserción; Ley de Castilla-La Mancha 5/1995, de 23 de marzo, de Solidaridad y Decretos 246/1991, de 10 de diciembre y 144/1996, de 17 de diciembre; Decreto de Castilla y León 164/1997, de 22 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Ingresos Mínimos de Inserción; Ley catalana 10/1997, de 3 de julio, de la Renta Mínima de Inserción; Decreto de la Comunidad extremeña 66/1990, de 31 de julio, de ayudas para la Integración en Situaciones de Emergencia Social; Ley de Galicia 9/1991, de 2 de octubre, de medidas básicas para la inserción social –modificada por Ley 1/1999, de 5 de febrero–; Decreto madrileño 73/1990, de 19 de julio, del Ingreso Madrileño de Integración; Decreto de la Región de Murcia 43/1996, de 19 de junio, relativo al Plan Regional de Inserción y Protección Social; Decreto de la Comunidad Foral de Navarra 168/1990, de 28 de junio, por el que se regulan las prestaciones y ayudas individuales y familiares; Ley vasca 12/1998, de 22 de mayo, contra la exclusión social; Decreto riojano 68/1990, de 7 de junio, regulador del Ingreso mínimo de inserción –modificado por Decreto 43/1993, de 5 de agosto–.

cial a la nueva concepción de los servicios sociales. En efecto, frente a la naturaleza bifronte de la renta mínima de inserción, que implica no sólo el establecimiento de una prestación económica sino además la constitución de un nuevo servicio social orientado a la inserción social de sus beneficiarios, las prestaciones no contributivas siguen manteniendo una dimensión unívocamente económica. Por consiguiente, bien cabe afirmar que el receptor de la renta mínima de inserción es, a la vez, titular de un derecho a una prestación económica y beneficiario de un servicio social.

Curiosamente, la implantación de los llamados ingresos mínimos garantizados ha venido acompañada en toda Europa de un proceso de extensión del sistema de Seguridad Social, caracterizado por la incorporación de prestaciones mínimas en los regímenes de seguro y la inclusión de prestaciones sujetas al requisito de comprobación de recursos. Pero estas actuaciones no bastan para atender el número creciente de personas parcial o totalmente excluidas del mercado de trabajo y, en ocasiones, con grandes problemas de integración social. No obstante, la fijación de unos ingresos mínimos nacionales o locales dentro de los sistemas de protección social representa una medida insuficiente para quienes constituye la única fuente de sustento, si bien es cierto que recientemente estas ayudas han dejado de consistir exclusivamente en una aportación pecuniaria para integrarse en un conjunto de medidas globales en el marco del sistema de servicios sociales.

En Aragón, la regulación de las rentas básicas está contenida en la Ley 1/1993, de 19 de febrero, de Medidas Básicas de Inserción y Normalización Social, desarrollada –tras alguna que otra vicisitud– por el Decreto 57/1994, de 23 de marzo.³

III. ¿QUÉ SENTIDO TIENE REGULAR ESTE PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE IMPUGNACIÓN O RECLAMACIÓN EN UN ÁMBITO O PARA UN SUPUESTO COMO EL DEL INGRESO ARAGONÉS DE INSERCIÓN?

De lo expuesto con anterioridad se desprende que el IAI no es sólo la típica prestación económica cuyo devengo y cuantía obedezcan exclusivamente a cálculos matemáticos⁴. En realidad, podemos encontrar controversias de índole jurídica incluso en las prestaciones típicas del sistema de la Seguridad Social, en las que pueden darse ciertas dudas a la hora de la interpretación de algunos conceptos jurídicos.

(3) Cabe recordar que el primer desarrollo reglamentario de la Ley correspondió al Decreto 21/1993, de 6 de abril, de la Diputación General de Aragón, cuya aplicación generó tantos problemas que fue necesario proceder a su derogación cuando no había transcurrido un año de su entrada en vigor.

(4) Sí se han planteado, sin embargo, numerosos recursos administrativos por considerar los beneficiarios de la prestación que tenían derecho a una cantidad superior a la reconocida. A tal efecto, parece oportuno recordar que el IAI es una prestación diferencial, es decir, de la cuantía total que le correspondería al beneficiario hay que deducir los ingresos que obtenga la unidad familiar, ya que el art. 3 de la Ley 1/1993 establece que la concesión de la prestación “tendrá lugar a fondo perdido y será subsidiaria y, en su caso, complementaria de cualquier otro ingreso o tipo de recursos o prestaciones a los que tenga derecho la unidad familiar”. Pues bien, muchos recurrentes, desconocedores de esta circunstancia, consideraban que tenían derecho a percibir las mismas cantidades que otros titulares de la prestación que, sin embargo, no disponían de ningún recurso económico u obtenían unos ingresos inferiores a los del recurrente.

Sin embargo, todo ello se multiplica en el caso de las prestaciones económicas propias del ámbito de la Acción Social y, en concreto, en lo que hace referencia a las rentas básicas o ingresos mínimos, y, ello, en virtud de las siguientes circunstancias:

a) Con independencia de los cálculos necesarios para la determinación de las rentas de los solicitantes o beneficiarios del IAI, existe un concepto jurídico indeterminado previo e indispensable para la obtención de la prestación, que no es otro que el de hallarse en una “situación de necesidad”⁵. En la detección y determinación de esa situación de necesidad es preciso valorar ciertas condiciones sociales de los solicitantes de las rentas mínimas, cuyos ingresos o relaciones familiares pueden ser fácilmente ocultados o manipulados. La presencia de técnicos independientes que valoren esos indicios sin que los informes o las resoluciones administrativas estén mediatizadas por relaciones de jerarquía propias de la organización administrativa contribuyen a dotar a la actuación de estos órganos de una aureola de imparcialidad.

b) Un gran número de expedientes hacen referencia a la extinción de la prestación como consecuencia del incumplimiento de los compromisos que asumió el beneficiario de la prestación y su unidad familiar cuando el titular de la prestación suscribió los correspondientes Acuerdos de Inserción. A tal efecto, hay que recordar que el cumplimiento de los Acuerdos de Inserción por parte de los beneficiarios de la prestación constituye una condición indispensable para conservar el derecho a la referida prestación, con independencia de que, excepcionalmente, pueda acordarse la suspensión de la obligatoriedad del cumplimiento de dichos Acuerdos en situaciones de excepcional gravedad. Por otro lado, cuando alguno de los beneficiarios incurra en un incumplimiento, no imputable al resto de la unidad familiar, de los Acuerdos de Inserción o de las obligaciones establecidas con carácter general en la normativa reguladora de esta prestación, se podrá reducir el montante de la prestación en la parte proporcional que corresponda a dicho miembro o miembros de la unidad familiar perceptora. Pues bien, en la valoración de estos incumplimientos entran circunstancias que han de abordarse desde una cierta sensibilidad social, sin que prive una aplicación aséptica de la norma, lo que vuelve a poner de manifiesto la importancia de contar con técnicos independientes, ajenos a las personas e instancias que han incoado, tramitado, informado y resuelto inicialmente el expediente administrativo.

c) La Comisión de Reclamaciones del Ingreso Aragonés de Inserción ha actuado sobre expedientes en los que existían ciertas contradicciones entre los informes de carácter social que se emitían por los trabajadores municipales y los informes de los técnicos de las direcciones provinciales. No hay que olvidar que el trabajador municipal se encuentra, para lo bueno y para lo malo, mucho más cerca del solicitante o beneficiario del IAI, mientras que los equipos multidisciplinares de las Direcciones Provinciales se mantienen más distantes, aunque también están más influenciados por el órgano que va a resolver la concesión o denegación de la prestación. En estos casos, la Comisión de Reclamaciones del Ingreso Aragonés de Inserción debe saber casar los datos contenidos en los distintos

(5) En efecto, el art. 1 de la Ley establece que el Ingreso Aragonés de Inserción es un programa social orientado a la normalización e integración de aquellas personas que se encuentren en estado de necesidad o padezcan situaciones de marginación.

informes e interpretar las intenciones subyacentes en los mismos. A tal efecto, y a través de la persona que actúa como Secretario de la Comisión se recababan más datos de los autores de los informes y se les interpelaba sobre cuestiones incluidas en los mismos. Con todas estas informaciones, la Comisión creía tener los datos suficientes para actuar.

d) La Comisión de Reclamaciones del Ingreso Aragonés de Inserción no se ha limitado a resolver los recursos administrativos que se le han planteado. Ha dictado, también, instrucciones dirigidas a los órganos competentes de la Administración asistencial aragonesa destinadas a orientar y, en su caso, mejorar su funcionamiento.

IV. SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DE LA COMISIÓN DE RECLAMACIONES DEL INGRESO ARAGONÉS DE INSERCIÓN

Durante el año 1997, el primero en el que estuvo en funcionamiento la Comisión de Reclamaciones del IAI, ésta resolvió ochenta y cinco recursos administrativos. Pues bien, sólo se estimaron nueve de dichos recursos. Resulta curiosa esta estadística si la ponemos en comparación con los recursos que se resolvieron por el Director-Gerente del Instituto Aragonés de Servicios Sociales durante ese ejercicio, con anterioridad a la puesta en funcionamiento de la Comisión, ya que de los doce recursos que se resolvieron, en cuatro de ellos se estimaron totalmente las pretensiones de los recurrentes.

Este dato pone en evidencia que la puesta en funcionamiento de un órgano que parece estar dotado de una mayor imparcialidad u objetividad a la hora de la resolución de los recursos planteados no comporta necesariamente una grado de estimación mayor de las pretensiones de los ciudadanos frente a la Administración.

Esta idea se corrobora a la luz de las estadísticas del ejercicio de 1998. Durante ese año, en el que la Comisión celebró un total de once sesiones, las resoluciones que se adoptaron fueron ciento sesenta y ocho, de las cuales once fueron estimatorias y ciento cincuenta y siete desestimatorias.

Por tanto, estamos en presencia de un fenómeno curioso que merece algunas reflexiones.

a) Durante el funcionamiento de la Comisión no sólo no se han incrementado las resoluciones estimatorias de los recursos interpuestos sino que, al contrario, se ha sido más exigente en relación al cumplimiento de ciertos requisitos o de los compromisos asumidos por los beneficiarios.

b) Ninguna de las resoluciones de la Comisión acordadas durante los años 1997 y 1998 ha sido recurrida en vía contencioso-administrativa⁶, lo que pone en evidencia no sólo la

(6) Sí se ha recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin embargo, una resolución de 14 de enero de 1999 por el que se denegaba la renovación de la prestación a una persona por no haber comunicado a la Administración que su hijo era perceptor de una prestación no contributiva.

ineficacia de esta jurisdicción para abordar ciertos derechos de los ciudadanos en estos ámbitos sino también la existencia de otras prestaciones, como las ayudas de integración familiar, en las que se cobijan aquellos beneficiarios “expulsados” del IAI. En cierta manera, la Administración asistencial no adopta una posición de conflicto o de enfrentamiento con el ciudadano que llama a sus puertas. Más bien podemos afirmar que en muchos casos existe una relación de complicidad. En ese sentido, cabe destacar el papel de ciertas asociaciones (en el caso de Aragón podemos traer a colación el de las asociaciones gitanas, ya que la sede de una de ellas aparecía reiteradamente como domicilio de los recurrentes a efectos de notificaciones) que actúan como intermediarias, aunque sea en la sombra, en el procedimiento de concesión de estas prestaciones. Creo que lo que subyace detrás de esta situación es la “negociación” de unas partidas globales destinadas a apoyar a un determinado colectivo, incluyéndose dentro de esas partidas las ayudas individualizadas que perciben los miembros de ese colectivo.

c) De las ciento sesenta y ocho reclamaciones planteadas durante el año 1998, nada más y nada menos que ciento sesenta y cinco correspondieron a la provincia de Zaragoza, sólo tres fueron planteadas por ciudadanos residentes en la provincia de Huesca y ninguna se formuló desde la provincia de Teruel. Es más, la inmensa mayoría de las reclamaciones formuladas desde la provincia de Zaragoza se hicieron desde la capital. Esto pone de manifiesto que el Ingreso Aragonés de Inserción es una prestación que tiene su ámbito propio de incidencia en las zonas urbanas. Ahora bien, lo que ya no está tan claro es que esto se deba a la existencia de un mayor grado de pobreza o marginación en estas zonas o a la existencia en estas áreas de mayores mecanismos de información, de búsqueda y afloramiento de las bolsas de pobreza y de niveles asociativos que permiten una defensa colectiva de los derechos individuales.

V. RECAPITULACIÓN: UNA VALORACIÓN PERSONAL DEL FUNCIONAMIENTO DE LA COMISIÓN DE RECLAMACIONES DEL INGRESO ARAGONÉS DE INSERCIÓN

Hace tiempo que se venía propugnando la instauración de estos procedimientos para dirimir los litigios entre la Administración y los ciudadanos, y ello en razón esencialmente de tres argumentos: la ventaja de la rapidez de la decisión, las garantías de imparcialidad que presentan estos órganos y la necesidad de aliviar a los Tribunales de la pesada carga de los contencioso-administrativos que se plantean ante ellos⁷.

Haciendo abstracción del último argumento, ya que la nula litigiosidad que han suscitado las resoluciones de la Comisión de Reclamaciones del Ingreso Aragonés de Inserción obedece a causas completamente distintas, lo que se demuestra al comprobar que tampoco se interpusieron contencioso-administrativos contra las resoluciones del órgano que anteriormente resolvía estas reclamaciones, debemos sopesar los otros dos argumentos a la luz de la experiencia práctica que ha generado el funcionamiento de esta Comisión.

(7) Véase a tal efecto lo que dice al respecto TORNOS MAS, Vía previa y garantías de los administrados, en ‘La protección jurídica del ciudadano. Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez’, Civitas, 1993, I, pág. 656.

En lo que hace referencia a la rapidez de la decisión, esta circunstancia puede constituir una ventaja o un inconveniente en virtud del valor que se dé al silencio administrativo. Es cierto, no obstante, que el silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos de impugnación de actos o disposiciones, salvo que el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo. La Comisión de Reclamaciones del Ingreso Aragonés de Inserción nunca ha actuado hasta la fecha fuera del plazo que tenía para resolver los recursos. No obstante lo cual, en el futuro van a plantearse problemas de otra índole, ya que, dado el tenor actual de la legislación sectorial aragonesa que relegó al reglamento la previsión sobre los efectos desestimatorios del silencio, las solicitudes que se formulen se entenderán estimadas si no resuelven las Direcciones Provinciales del Instituto Aragonés de Servicios Sociales en el plazo que tienen para ello. Y es en esta fase de concesión o denegación inicial de la prestación donde se han producido tradicionalmente demoras o retrasos cuyos efectos en el futuro pueden cambiar en relación a los planteamientos anteriores.

Respecto a las consecuencias que se derivan de la imparcialidad que se presume en el funcionamiento de la Comisión, cabe señalar lo que ya hemos apuntado con anterioridad, a saber, que dicha imparcialidad no se traduce en un aumento de las resoluciones estimatorias.

Habida cuenta de las reflexiones vertidas hasta el momento, creo que la Comisión de Reclamaciones del Ingreso Aragonés de Inserción ha actuado con la imparcialidad, objetividad y profesionalidad que se presume de este tipo de órganos, aunque su funcionamiento, en el caso concreto de esta modalidad prestacional propia de la Acción Social, no ha propiciado unos resultados diferentes a los que se hubieran obtenido si la resolución de los recursos planteados hubiera correspondido al órgano en el que tradicionalmente se ha residenciado la competencia⁸.

(8) Aunque se ha señalado por GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Civitas, 2ª ed., 1999, II, pág. 2297, que el art. 107.2 de la LRJ-PAC no aporta solución alguna, al prever que serán “las leyes” las que podrán implantar estos procedimientos sustitutivos, por lo que al referirse a una norma de ese rango carecen, en principio de sentido los condicionamientos que establece, “ya que una Ley posterior siempre podrá apartarse de ellos”, lo cierto es que la Ley aragonesa, probablemente por un sentido de lealtad constitucional y por la buena técnica jurídica con la que está construida, asume, como hemos dicho con anterioridad, los postulados contenidos en el referido art. 107. Otra cuestión distinta es que, de repetirse los condicionamientos de dicho artículo de la legislación estatal, muy poco podrían aportar los procedimientos a las finalidades postuladas, al ser meramente sustitutivos del recurso ordinario, tal como indicó PARADA VÁZQUEZ, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Marcial Pons, 1993, págs. 364 y 365. Pues bien, y por los motivos que hemos señalado, tenía razón el profesor PARADA cuando aventuró esta opinión.

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

J.H. H. WEILER

The Constitution of Europe. "Do the new clothes have an emperor? and other essays on European integration"

[Cambridge University Press, Cambridge, 1999, 364 páginas]

El libro del que se da noticia consiste en la recopilación de la versión revisada y completada de diez ensayos que fueron escritos durante los últimos diez años por el autor, sobre temas relacionados con el derecho, la política y la política del derecho en la integración europea.

El principio organizativo que domina la obra, según expone el autor en *we'll do and hearken* es el hecho de que la reacción y debate público suscitado con ocasión de Maastrich hacen que sea este Tratado y sus repercusiones el más importante momento "constitucional" de la construcción europea.

En la obra se distinguen dos partes: en la primera se explica la estructura y el proceso de la política europea y sus dimensiones constitucionales, así como la dinámica del constitucionalismo europeo. De este modo, *The transformation of Europe* consiste en una visión global del constitucionalismo europeo y su evolución, mientras que los ensayos siguientes se centran en dimensiones específicas del fenómeno: el conflicto de estándares y valores en la protección de derechos humanos en el espacio legal europeo, la práctica de la Comunidad y de sus Estados miembros para concluir tratados internacionales con terceros países y con organizaciones internacionales, y la importancia de Tribunal de Justicia en la evolución de la arquitectura constitucional e institucional de la Unión Europea.

La segunda parte del libro explora los valores de la integración europea. Versa sobre el deba-

te acerca de ideales, legitimidad y democracia en al Unión. Así, *Do the new clothes have an emperor?* constituye una disertación sobre los ideales en el actual debate de la integración europea. Otras de las materias a que se dedican ensayos son la reforma del constitucionalismo europeo, la autonomía del Derecho comunitario y la ciudadanía europea.

M.A. MONTAÑÉS PARDO

La presunción constitucional de inocencia (análisis doctrinal y jurisprudencial)

[Aranzadi, Pamplona, 1999, 388 páginas]

En la muy nueva colección de monografías de Derecho Constitucional de la editorial Aranzadi aparece este segundo título. Se trata de una obra sobre un tema importante, pues pocos derechos fundamentales transitan con igual frecuencia por los órganos judiciales y, además, puesto que, en su dimensión institucional y objetiva, este derecho ha contribuido a modificar sustancialmente la configuración del proceso penal. No obstante, la garantía posee un interés general que desborda ese espacio. Así el libro analiza la naturaleza de la presunción de inocencia como derecho fundamental (art. 24.2 CE), y se ocupa de su ámbito de aplicación, incluyendo –conviene subrayarlo aquí– el procedimiento administrativo sancionador.

El estudio bien sistematizado y ordenado, tiene un cariz eminentemente práctico antes que de construcción doctrinal, viene provisto de numerosa jurisprudencia y de suficientes referencias doctrinales, completadas con información bibliográfica al final de cada capítulo y con sendos índices de resoluciones judiciales –del TEDH, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo– y de legislación. Una obra de utilidad y de la que pueden arrancar profundizaciones y controversias ulteriores.

FILIP TUYTSCHAEVER**Differentiation in European Union Law**

[Hart publishing Oxford, 1999, 297 páginas]

ISABEL GALLIGO CÓRCOLES

Este libro tiene su origen en la Tesis Doctoral defendida en 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 esta 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

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 GUICHOT

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 GUJCHOT

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.

VVAA

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 analiza-

do), de la ya veterana, aunque en su 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^a 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, 2^a edición, Valencia, 1999]

— JOSÉ M^a 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 Espacial”. 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.

M.A. MONTAÑÉS PARDO

La presunción constitucional de inocencia (análisis doctrinal y jurisprudencial)

[Aranzadi, Pamplona, 1999, 388 páginas]

En la muy nueva colección de monografías de Derecho Constitucional de la editorial Aranzadi aparece este segundo título. Se trata de una obra sobre un tema importante, pues pocos derechos fundamentales transitan con igual frecuencia por los órganos judiciales y, además, puesto que, en su dimensión institucional y objetiva, este derecho ha contribuido a modificar sustancialmente la configuración del proceso penal. No obstante, la garantía posee un

interés general que desborda ese espacio. Así el libro analiza la naturaleza de la presunción de inocencia como derecho fundamental (art. 24.2 CE), y se ocupa de su ámbito de aplicación, incluyendo –conviene subrayarlo aquí– el procedimiento administrativo sancionador.

El estudio bien sistematizado y ordenado, tiene un cariz eminentemente práctico antes que de construcción doctrinal, viene provisto de numerosa jurisprudencia y de suficientes referencias doctrinales, completadas con información bibliográfica al final de cada capítulo y con sendos índices de resoluciones judiciales –del TEDH, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo– y de legislación. Una obra de utilidad y de la que pueden arrancar profundizaciones y controversias posteriores.

OSCAR 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 negativas 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.

J.I. NAVARRO MÉNDEZ

Partidos políticos y democracia interna

[Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, 555 páginas]

JAVIER GARCÍA ROCA

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.

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 SOLÉTURA 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 constitu-

cional 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

reformular 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 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.