

## **SALA TERCERA**

# ÍNDICE SISTEMÁTICO

*Página*

---

## I. ADMINISTRATIVO

1. ACTOS Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.....	138
1.1. Aplicación de las normas de la Ley 30/1992 a la actuación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en una «OPA» de exclusión: improcedencia.	138
1.2. Aplicación de las normas de procedimiento administrativo al procedimiento electoral.....	139
2. ADMINISTRACIONES PÚBLICAS .....	140
2.1. Competencias estatales y autonómicas .....	140
2.1.1. Competencia en materia de elaboración de planes hidrológicos de cuencas hidrográficas intracomunitarias .....	140
2.1.2. Autorización de servicios de seguridad con armas .....	142
2.1.3. Competencias concurrentes, en obras del dominio público marítimo .....	142
2.2. Colegios profesionales .....	143
2.2.1. Elecciones para la renovación de Órganos en Colegios Profesionales. Recurribilidad de las sentencias que resuelven las cuestiones electorales .....	143
2.2.2. Competencias de los Colegios profesionales. Colegios de Ingenieros de Minas y de Geólogos .....	144
2.2.3. Impugnación del Real Decreto 1281/02 de 5 de diciembre por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España .....	146

	<i>Página</i>
3. AGRICULTURA Y GANADERÍA.....	146
3.1. Distribución de competencias. Competencias estatales y autonómicas. Real Decreto 347/2003, de 21 de marzo, por el que se regula el sistema de gestión de la cuota láctea en cumplimiento del Reglamento CEE 1256/1999, de 17 de mayo, que modifica el Reglamento CEE 3950/1992, de 28 de diciembre.....	146
4. ASOCIACIONES Y PARTIDOS POLÍTICOS .....	148
4.1. Control sobre la denominación de los partidos políticos .....	148
4.2. Proyección territorial de la declaración de «utilidad pública» de una Asociación .....	148
5. BIENES PÚBLICOS Y PROPIEDADES ESPECIALES.....	149
5.1. Acuerdo municipal de ocupación directa de una parcela de terreno como consecuencia de una permuta.....	149
6. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.....	151
6.1. Actualización del precio del contrato por el retraso en su adjudicación: improcedencia. Empresa que no retiró su oferta a la vista del retraso y prestó su consentimiento para la celebración del contrato.....	151
7. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO.....	152
7.1. Sector energético.....	152
7.1.1. Instalaciones de líneas de transporte de energía eléctrica: problemas derivados de la exigencia de declaración o informe de evaluación de impacto ambiental.....	152
7.1.2. Impugnación del Real Decreto 1435/2002, por el que se regulan las Condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes de baja tensión.	153
7.1.3. Impugnación de la Orden de 29 de octubre de 1999, del Ministerio de Industria y Energía, que estableció la Prima al consumo de carbón autóctono para el año 1999..	154
7.1.4. Nulidad de la Orden Foral 120/2000, del Departamento de Industria, Comercio, Turismo y Trabajo, que regula las Instalaciones eléctricas en alta tensión para el	

	<i>Página</i>
suministro a consumidores diseminados en el medio rural .....	154
7.2. Telecomunicaciones .....	155
7.2.1. Impugnación del Real Decreto 401/2003, de 4 de abril, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de los edificios y de la actividad de instalación de equipos y sistemas de telecomunicaciones .....	155
7.2.2. Impugnación de la Orden del Ministerio de Fomento de 9 de octubre de 1998, por la que se aprueba el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Televisión Digital Terrenal .....	156
7.2.3. Concurso para el otorgamiento de concesiones del servicio público de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia de carácter comercial en Castilla-La Mancha e impugnación indirecta del Decreto autonómico 59/1998, de 9 de junio, regulador de la materia .....	156
7.3. Transportes terrestres .....	157
7.3.1. Consumación de la infracción establecida en el art. 198.i) del reglamento aprobado por Real Decreto 1.211/1990 .....	157
7.3.2. Impugnación de la Orden del Ministerio de Fomento de 19 de noviembre de 1998, por la que se aprueba la Instrucción para el proyecto, construcción y explotación de obras subterráneas para el transporte terrestre .....	158
7.4. Propiedad industrial .....	158
7.4.1. Obtención de certificado de adición por titular de una patente europea .....	158
7.5. Defensa de la competencia .....	158
7.5.1. Abuso de posición de dominio por conducta predatoria .....	158
7.5.2. Acuerdos adoptados por la asociación que agrupa a las principales empresas eléctricas	

para delimitar las condiciones técnicas que deben cumplir los transformadores eléctricos de media y baja tensión: alteración de la competencia .....	159
7.5.3. Sanciones. La falta de claridad legislativa en torno a la cuestión de la liberalización del mercado atenúa la responsabilidad del operador .....	160
7.5.4. Sanciones. Anulación de la impuesta al Consejo General de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria por haber incurrido en una práctica prohibida por la Ley de Defensa de la Competencia. Inexistencia, al tiempo de los hechos, de una doctrina uniforme sobre las atribuciones de los Colegios profesionales para evitar el intrusismo.....	160
7.5.5. Sanción a empresas farmacéuticas por concertación de precios .....	161
7.5.6. Cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE en materia de defensa de la competencia .....	162
7.6. Mercado de valores .....	163
7.6.1. Comunicación preceptiva a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por las entidades emisoras de valores admitidos a cotización en las Bolsas, no sólo de las informaciones trimestrales y semestrales, sino también de las divergencias con las cuentas anuales .....	163
7.6.2. Autorización de una OPA de exclusión. Criterios para la fijación del precio de la acción .....	164
8. DISPOSICIONES GENERALES .....	164
8.1. Procedimiento de elaboración de disposiciones generales. Omisión del trámite de audiencia a organizaciones interesadas .....	164
8.2. Nulidad de determinados preceptos del Reglamento que regula la prestación de los servicios postales por haberse omitido el preceptivo informe del Consejo General del Poder Judicial .....	165

	<i>Página</i>
9. EDUCACIÓN Y ENSEÑANZA .....	166
9.1. Impugnación del Real Decreto 832/2003, de 27 de junio, por el que se establece la ordenación general y las enseñanzas comunes del Bachillerato: desestimación. Competencias estatales y autonómicas. Enseñanza de la asignatura de religión .....	166
9.2. Conciertos educativos. Reducción de unidades docentes. Necesidad de resolución motivada. Afección al derecho fundamental consagrado en el art. 27 CE .....	167
10. EXPROPIACIÓN FORZOSA .....	168
10.1. Reconocimiento del Derecho de reversión sobre bienes expropiados enajenados a otra Administración. Indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración para el supuesto de que resulte imposible la reversión in natura de los bienes.....	168
10.2. No sujeción del preaviso o advertencia de reversión a plazo de prescripción o caducidad. Falta de idoneidad de la posesión por expropiación para la adquisición del dominio de los bienes expropiados por prescripción.....	169
11. EXTRANJERÍA Y ASILO.....	170
11.1. Derecho de Asilo .....	170
11.1.1. Impugnación de actos denegatorios del asilo por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales ...	170
11.1.2. Denegación de asilo. Oposición a la valoración de la prueba llevada a cabo por el tribunal de instancia. Hechos y conceptos jurídicos en materia de asilo ..	171
11.1.3. Inadmisión a trámite de la petición de asilo. Inexigibilidad de prueba de la persecución en fase de admisión. Precisiones en relación con la petición subsidiaria de permanencia en España por razones humanitarias.....	172
11.2. Extranjería.....	173
11.2.1. Impugnación del Real Decreto 178/03, de 14 de febrero, sobre entrada y perma-	

	nencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo .....	173
11.2.2.	Regularización de extranjeros. Cuestión de ilegalidad en relación con el inciso « <i>ni tener proceso judicial penal en curso</i> » que se contiene en el art. 1.1.3.º del Real Decreto 239/00, al ser un requisito no establecido en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 4/2000: estimación .....	174
11.2.3.	Cuestión de ilegalidad en relación con el art. 84.5 del Reglamento de ejecución de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, aprobado por RD 864/2001; estimación .....	175
11.2.4.	Denegación de entrada en territorio nacional. Interpretación del art. 5.1.c) del Convenio de Schengen.....	176
11.2.5.	Sanción de expulsión de extranjeros del territorio nacional. Principio « <i>non bis in idem</i> ».....	177
12.	FUNCIÓN PÚBLICA.....	178
12.1.	Libertad sindical en el ámbito de la función pública. Participación en la Mesa Sectorial para el Personal Funcionario de la Administración de Justicia transferido a Comunidades Autónomas..	178
12.2.	Función pública docente. Impugnación del RD 1284/2002. Adscripción de profesores a nuevas especialidades.....	178
12.3.	Aplicación de la disposición transitoria 4. <sup>a</sup> de la Ley vasca 6/89 al personal laboral temporal .....	180
12.4.	Ingreso en Centros Docentes de la Guardia Civil. Limitación del número de convocatorias para los aspirantes por promoción interna. Titulación requerida para el acceso a la Escala de Oficiales..	181
13.	PODER JUDICIAL. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA .....	183
13.1.	Sanción Disciplinaria a Magistrado. Falta grave de desatención. Art. 417.9 LOPJ .....	183

	<i>Página</i>
13.2. Elecciones al Consejo Fiscal. Art. 9 del RD 437/1983. Vocales sustitutos y vocales electivos .....	185
13.3. Llamamiento de Juez sustituto. Conformidad del designado .....	186
14. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL .....	187
14.1. Estado Legislador. Pase a la situación de segunda actividad de funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía en virtud de la Disposición Adicional 20. <sup>a</sup> de la Ley 37/1998, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989.....	187
14.2. Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Consentimiento informado. Nexo causal entre amniocentesis y aborto .....	190
14.3. Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Consentimiento informado verbal. Inversión de la carga de la prueba .....	191
14.4. Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Falta de práctica de las pruebas diagnósticas precisas. Nexo causal .....	192
14.5. Ministerio de Justicia. Daños derivados de la expedición de un Certificado de Actos de última voluntad erróneo. Reparación integral del daño..	194
14.6. Responsabilidad patrimonial de la Administración. Indemnización por lesiones producidas por disparo de arma de fuego efectuado por funcionario de Policía, franco de servicio, utilizando su arma reglamentaria.....	195
15. SANIDAD.....	196
15.1. Decreto 97/2001, de 22 de marzo, de la Comunidad Autónoma de Galicia, por el que se regulan los órganos de dirección, asesoramiento, calidad y participación de las instituciones hospitalarias del Servicio Gallego de Salud.....	196
16. TRÁFICO Y SEGURIDAD VIAL .....	197
16.1. Prescripción de infracciones de tráfico.....	197
16.2. Impugnación del RD 318/2003, de 14 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial.....	199

	<i>Página</i>
17. URBANISMO .....	199
17.1. Requisitos de la acción pública .....	199
<b>II. TRIBUTARIO</b>	
1. IMPUESTOS.....	200
1.1. Impuesto de Sociedades. Normas Forales.....	200
1.2. Impuesto de Sociedades. Excepción a la obligación de retener .....	201
1.3. Impuesto sobre el Valor Añadido. Devengo .....	201
1.4. Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Base Imponible ...	202
1.5. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Incrementos de Patrimonio derivados de donación de acciones pignoradas, en la que el donatario se subroga en la deuda garantizada.....	202
1.6. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Liquidación Provisional.....	203
2. PROCEDIMIENTOS TRIBUTARIOS .....	204
2.1. Devolución de ingresos indebidos. Prescripción.....	204
2.2. Procedimiento de Recaudación .....	204
2.3. Procedimiento Inspector. Caducidad.....	205
2.4. Procedimiento sancionador. Modificación en vía económica-administrativa.....	205
2.5. Procedimiento especial de Revisión: Anulabilidad..	206
2.6. Procedimiento económico-administrativo. Suspensión de la ejecutividad de las sanciones tributarias..	207
2.7. Responsables tributarios. Derivación y subsidiaridad en la responsabilidad .....	208
<b>III. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA</b>	
1. COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN.....	209
1.1. Contrato celebrado por una Fundación mixta en la que concurren como fundadores sujetos de derecho público y de derecho privado. Competencia de la Jurisdicción Civil.....	209
2. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO .....	211
2.1. Sentencias. Motivación. Atenuación del rigor de una sanción administrativa. Insuficiencia de la mera alusión al principio de proporcionalidad.....	211

---

	<i>Página</i>
3. PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES .	212
3.1. Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 15 y 18 de la Constitución. Posibilidad de reconocimiento de una situación jurídica individualizada a favor de los recurrentes .....	212

A lo largo de este año judicial, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha continuado con el intenso ritmo de trabajo que es habitual en ella, habiéndose dictado un gran número de sentencias en todos los ámbitos de su competencia.

Cabe destacar, en este sentido, la relevancia que han adquirido los litigios en materia de extranjería y asilo, y la trascendencia cualitativa de los litigios planteados en torno al llamado «Derecho Administrativo Económico».

La Jurisdicción contencioso-administrativa está adquiriendo un papel cada vez mayor, cuantitativa y cualitativamente, en la configuración del Derecho de la regulación económica, en referencia a los antiguos servicios públicos, ahora liberalizados y disciplinados por un marco jurídico regulatorio sometido a la fiscalización de este Orden Jurisdiccional. En esta línea, son cada vez más los litigios atinentes a la vertebración de esos sectores regulados en un entorno competitivo, así como a la actuación de los órganos reguladores (las por algunos llamadas «Administraciones independientes») en su labor de defensa de la competencia. Materias estas novedosas en el Derecho Público español, que superan las categorías clásicas del Ordenamiento Jurídico Administrativo, y que la Sala Tercera está contribuyendo a configurar con su jurisprudencia.

---

La elaboración de la Crónica de la Sala Tercera ha sido realizada por D. Javier FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA, D.<sup>a</sup> Yolanda BARDAJÍ PASCUAL, D. Ángel LÓPEZ MÁRMOL, D.<sup>a</sup> Berta GOSÁLVEZ RUIZ, D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Rosario MARTÍNEZ GARCÍA, D.<sup>a</sup> Pilar GARCÍA RUIZ, D.<sup>a</sup> Eva María BRU PERAL y D. Daniel SANCHO JARAIZ, Letrados del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, bajo la coordinación de los Ilmos. Sres. D. Pedro ESCRIBANO TESTAUT y D. Juan Carlos FERNÁNDEZ DE AGUIRRE Y FERNÁNDEZ, Magistrados del Gabinete Técnico y bajo la supervisión del Excmo. Sr. D. Ramón TRILLO TORRES, Presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Merece citarse también la evolución dogmática que están experimentando instituciones jurídicas como la expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial, a las que esta Sala no ha dejado de ser sensible; y, en fin, las relevantes sentencias dictadas en materia tributaria, tanto en sus aspectos sustantivos como procedimentales.

Además, por supuesto, de las demás materias que tradicionalmente han sido atendidas por la Sala y sobre las que sigue recayendo una abundante doctrina jurisprudencial.

## I. ADMINISTRATIVO

### 1. Actos y procedimiento administrativo

#### *1.1. Aplicación de las normas de la Ley 30/1992 a la actuación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en una «OPA» de exclusión: improcedencia*

La STS, Sec. 3, 23-05-2005. Rc 2414/2002, estudia la posible **aplicabilidad de las normas de procedimiento administrativo establecidas en la Ley 30/1992 a la autorización, por la Comisión Nacional del Mercado de valores**, de una oferta pública de adquisición de acciones (OPA) para exclusión de cotización en bolsa, concluyendo la Sala que **no puede aceptarse en esta materia un traspaso íntegro del bloque normativo rector del procedimiento administrativo, regulado en la Ley 30/1992**. La cláusula general de supletoriedad de la Ley de procedimiento administrativo a que se refiere el art. 14 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores —continúa su argumentación la Sala— no puede comprenderse contradictoriamente con el tenor literal del precepto como una cláusula que impone la aplicación directa de dicha Ley, ni puede desligarse de la naturaleza del elenco de funciones públicas que ejerce concretamente esta Administración independiente especializada, que determina la especificidad de la regulación procedimental, al no poder importar uniformemente dichas reglas en el ámbito de la supervisión e inspección de los mercados de valores, lo que permite modular, en su caso, la aplicación de los principios institucionales procedimentales establecidos con carácter general en la Ley procedimental común en este sector regulador de la actividad de los mercados bursátiles. Entiende, por ello, la Sala que *«el concepto de supletoriedad a que alude el art. 14 de la Ley del Mercado de Valores, que se*

*integra bajo la rúbrica de ordenación de la organización y las funciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, debe comprenderse en sus adecuados términos de función, cuyo alcance y operatividad, en cada supuesto, de forma objetiva, corresponde determinar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, como aplicadora del Derecho bursátil, y, en última instancia, a los tribunales del orden contencioso-administrativo, a través de las reglas de interpretación pertinentes, incluido el criterio analógico. El ejercicio de las competencias que se atribuyen a la Comisión Nacional del Mercado de Valores en materia de supervisión y ordenación del mercado de valores y, singularmente, en las autorizaciones de ofertas públicas de adquisición y venta de valores a que se refieren los arts. 60 y 61 de la Ley del Mercado de Valores, y de exclusión de la negociación de un valor del mercado a que se refiere el art. 34 de la referida Ley, exige la institucionalización de un procedimiento, cuya regulación la propia Ley reserva a las disposiciones que la desarrollen, que debe inspirarse en la preservación de los principios de agilidad y flexibilidad, requeridos para salvaguardar eficientemente los intereses económicos y financieros afectados». A juicio de la Sala tercera, «las garantías procedimentales se concentran en el deber de motivación», y esa garantía se satisface en la regulación específica del procedimiento de estas OPA's de exclusión; regulación específica que «no se revela incompatible con los principios procedimentales que garantiza el art. 105 de la Constitución, ni contradice lo dispuesto en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, ni los principios institucionales establecidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al ser inadecuado la transposición a este reglamento de las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos contenidas en la referida Ley procedimental común, que harían funcionalmente inviable el aseguramiento de los intereses públicos y privados que pretende salvaguardar la intervención reguladora de la Comisión Nacional del Mercado de Valores». Termina la sentencia, en este punto, resaltando que aun siendo necesario garantizar la audiencia de los accionistas afectados, en el caso examinado esa garantía se respetó.*

### ***1.2. Aplicación de las normas de procedimiento administrativo al procedimiento electoral***

Con ocasión de la impugnación por una coalición electoral de una resolución de la Junta Electoral Central, **la STS, Secc. 4.<sup>a</sup>, 16-12-2004**

(RCA 69/2004), se pronuncia sobre la **supletoriedad de la normativa de procedimiento administrativo en relación a la presentación de las candidaturas ante las Juntas Electorales**. *«En lo que se refiere a la pretensión concreta articulada frente a la Resolución de 10 de febrero de 2004, es preciso comenzar por recordar que el procedimiento electoral regulado por LO 5/85, de 19 de junio, está caracterizado por las notas de autonomía, especificidad, agilidad y brevedad de plazos que impone su naturaleza perentoria y las finalidades en él perseguidas. Ello significa que en principio constituye un ordenamiento procesal con directrices propias y capaz de proporcionar respuestas adecuadas en la vía de ejercicio de los derechos de sufragio activo y pasivo, y que solamente en el caso de apreciarse una auténtica laguna en la regulación de los trámites precisados en la LO correspondiente es dable acudir a la vía supletoria indicada en el art. 120 de la Ley 30/92»* (FJ 1.º).

## 2. Administraciones públicas

### 2.1. Competencias estatales y autonómicas

#### 2.1.1. Competencia en materia de elaboración de planes hidrológicos de cuencas hidrográficas intracomunitarias

La STS Secc. 5.ª 20-10-2004 Rc 3154/02 aborda un litigio atinente a un problema de **distribución competencial en materia de aguas**. Se cuestionaban las previsiones del Plan Hidrológico del Júcar que afectan a cuencas hidrográficas intracomunitarias, por extralimitación competencial del Estado e invasión de las competencias estatutarias de las Comunidades Autónomas Valenciana y de Castilla-La Mancha, lo que viola el art. 149.1.22 de la Constitución Española, tal como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional. La tesis de que el momento en que se dictó el Plan Hidrológico del Júcar, las Comunidades Autónomas Valenciana y de Castilla-La Mancha no habían asumido efectivamente esas competencias exclusivas en materia de aguas, de forma que, mientras que no las asuman, el Estado puede ejercerlas, no teniendo mientras tanto las Comunidades Autónomas más que meras expectativas competenciales, no es cierta, porque —dice la sentencia del Tribunal Supremo— *«las Comunidades Autónomas asumen sus competencias desde que sus Estatutos (o sus Leyes Orgánicas reformadoras) se las atribuyen, aunque todavía no les hayan sido transferidos los correspondientes*

*servicios, que sólo consisten en los medios personales, económicos y materiales a que la competencia se refiere».* La Comunidad Autónoma Valenciana tenía competencias exclusivas sobre aguas intracomunitarias desde que el Estado, por la vía del art. 150-2 de la CE, se la atribuyó en materia de «aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos, cuando las aguas discurren íntegramente dentro del territorio de la Comunidad»; y la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha la tenía desde que la Ley Orgánica 9/92, le atribuyó competencia exclusiva para «la ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hídricos cuando las aguas discurren íntegramente por el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma». La Ley de Aguas 29/85, de 2 de agosto y su Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica aprobado por Real Decreto, que parten de la definición de cuenca como «el territorio en que las aguas fluyen al mar, a través de una red de cauces secundarios que convergen en un cauce principal único» (art. 14, en su redacción originaria), distinguen, en materia de elaboración de los Planes Hidrológicos de cuenca entre los de cuencas intercomunitarias, cuya elaboración corresponde a la Administración del Estado, según los arts. 100 y 101 del Reglamento, y los de cuencas intracomunitarias, cuya elaboración corresponde a la Comunidad Autónoma, según su art. 102, si bien en todo caso la aprobación del Plan corresponde al Gobierno. En el presente caso, el territorio fijado como propio del Plan Hidrológico del Júcar en el Real Decreto 650/87, de 8 de mayo, por el que se definen los ámbitos territoriales de los Organismos de Cuenca y de los Planes Hidrológicos, y al que se ajusta el Real Decreto 1664/98, de 24 de julio al aprobar el Plan Hidrológico del Júcar (del que trae causa la Orden Ministerial de 13 de agosto de 1999, aquí impugnada), comprende cuencas intercomunitarias y cuencas intracomunitarias. En consecuencia, y **teniendo el Estado competencia únicamente respecto de las cuencas intercomunitarias para elaborar el correspondiente Plan Hidrológico (arts. 100 y 101 del Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica 927/88, de 29 de julio), la disposición impugnada es disconforme a Derecho en cuanto afecta a cauces intracomunitarios, respecto de los cuales la competente para elaborar el correspondiente Plan Hidrológico es la propia Comunidad Autónoma (art. 102 de aquel Reglamento).** Esta competencia de las Comunidades Autónomas para elaborar los Planes Hidrológicos de cuencas intracomunitarias no vacía de contenido la que corresponde al Estado en fase de aprobación de los mismos, ya que el Gobierno de la Nación sólo los aprobará si se

ajustan a las prescripciones de los arts. 38-1 y 40 (es decir, a los objetivos generales de la planificación hidrológica y al contenido obligatorio del Plan), si no afectan al contenido de otras cuencas, y si se acomodan a las determinaciones del Plan Hidrológico Nacional (art. 38-6, actual art. 40-6 del Texto Refundido).

### *2.1.2. Autorización de servicios de seguridad con armas*

La STS Secc. 5.<sup>a</sup> 15-03-2005 Rc 1415/02, estudia el problema de la prestación del servicio de seguridad con armas. **Resulta inequívoca la competencia estatal para la autorización de los servicios de seguridad con armas según la Disposición Adicional Cuarta LSP** (que reproduce la Disposición Adicional Única del RSP), la cual no efectúan atribución competencial alguna a las Comunidades Autónomas. Estas *«pueden desarrollar determinadas potestades administrativas (en concreto se citan las de autorización, inspección y sanción) en relación con las empresas de seguridad privada que tengan su domicilio social y su ámbito de actuación limitado a la Comunidad Autónoma. Pero.... no puede, en modo alguno, deducirse que... se está atribuyendo a las mencionadas Comunidades Autónomas el ejercicio de las citadas potestades administrativas, en relación con todas las competencias previstas, en materia de seguridad privada, en la LSP, y en relación con las citadas empresas de seguridad privada con domicilio social y ámbito de actuación autonómicos»*.

### *2.1.3. Competencias concurrentes, en obras del dominio público marítimo*

La STS Secc. 5.<sup>a</sup> 11-11-2004 Rc 2653/02 se refiere a esta materia, indicando que en tales supuestos sin perjuicio de los mecanismos de información, colaboración y coordinación que prevea el Ordenamiento Jurídico, cada una de aquellas Administraciones habrá de ejercer la competencia que tenga atribuida como propia, sin que tal ejercicio pueda leerse, como es obvio, como inmisión en una competencia ajena, por ello, el otorgamiento de la licencia municipal de obras, o su prórroga, ni elimina la eventual necesidad de otras autorizaciones cuya concesión se atribuya, como competencia propia, a otra Administración distinta de la Local, ni constituye, por sí sola y en todo caso, el título que habilite para

la realización efectiva de tales obras. O, desde la perspectiva inversa, la exigencia por esa otra Administración distinta de la Local de la autorización cuya concesión le compete, o la paralización de las obras que se realicen sin ella, no supone asunción, injerencia o desconocimiento de la competencia municipal, ni conculca, en definitiva, aquel art. 12 de la Ley 30/1992. La previsión que se contiene en el inciso final de la letra b) del número 2 del art. 22 del Reglamento de la Ley de Costas, debe leerse como integrada en aquellos mecanismos de información, colaboración y coordinación; y debe, además, calificarse o valorarse como plenamente respetuosa de las competencias municipales. En virtud de tal previsión, **la Administración del Estado, competente para el deslinde del dominio público marítimo-terrestre y su zona de servidumbre de protección, pide a la Administración Local, al tiempo de participarle el deslinde provisional y solicitarle su informe, que suspenda cautelarmente el otorgamiento de licencias de obra en el ámbito afectado por el deslinde. Pero la decisión del Ayuntamiento, accediendo o no a ello, no afecta a las competencias propias de la Administración del Estado, que podrá, cualquiera que sea esa decisión, seguir ejerciéndolas si efectivamente las tiene atribuidas.** Una vez incoado el expediente de deslinde, la Administración del Estado ostenta las atribuciones necesarias para la efectividad del mismo y para ello precisamente se publica la nueva delimitación con carácter provisional tanto de la zona de dominio público marítimo terrestre como de la zona de servidumbre de protección con la finalidad de evitar cualquier actuación que pueda impedir o dificultar la eficacia del expediente de deslinde incoado, de modo que, conforme a aquellos preceptos, no se pueden realizar dentro del perímetro provisionalmente señalado por la Administración del Estado como superficie de dominio público marítimo terrestre obras sin la autorización de ésta, que sólo puede permitir aquellas que sean de emergencia para prevenir o reparar daños.

## **2.2. Colegios profesionales**

### *2.2.1. Elecciones para la renovación de Órganos en Colegios Profesionales. Recurribilidad de las sentencias que resuelven las cuestiones electorales*

Suscitada cuestión acerca de si la nueva dicción que utiliza el art. 86.2.d) de la Ley de la Jurisdicción vigente, cuando excepciona del

recurso de casación las Sentencias dictadas en materia electoral, podría significar que se vedara el recurso a cuantas Sentencias se dictasen en un ámbito electoral que desbordase el que configura el art. 1 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, y, en concreto a las que resuelvan las contiendas que se suscitan durante los procesos electorales dirigidos a la renovación de las Juntas de Gobierno de los Colegio Profesionales, la Sala en la STS, Secc. 6.ª; 09-03-2005 (RC 7480/2000) considera *«que la “mens legislatoris” sigue siendo la de reservar esa materia al ámbito que configura la Ley Orgánica 5/1985, y que la razón de ello, amén de lo expuesto, es la de impedir la demora en la resolución de la cuestión electoral que requiere una respuesta inmediata que en este caso se obtiene por el hecho de que la Sentencia que se dicte es firme, puesto que no es susceptible de recurso alguno ordinario ni extraordinario salvo el amparo ante el Tribunal Constitucional, que habrá de resolver en los perentorios plazos que establece la Ley.*

*En este sentido se manifestó el Auto de esta Sala, Sección Séptima, de cinco de octubre de mil novecientos noventa y cinco dictado bajo la vigencia de la Ley de 1956 que estimó susceptible de recurso de casación el Acuerdo de una mesa electoral constituida para la elección de vocales de la Cofradía de Pescadores de Málaga» (FJ.º 2.º).*

### 2.2.2. Competencias de los Colegios profesionales. Colegios de Ingenieros de Minas y de Geólogos

Se producen múltiples conflictos entre los Colegios profesionales en defensa de las competencias de sus colegiados y en orden al ejercicio estricto de su profesión. Algunos conflictos se producen puntualmente con ocasión de la redacción de distintos proyectos —generalmente de obra y de instalación—, en las que: o bien son los Colegios Superiores (p.ej. Arquitecto Superior) que impugnan proyectos de otros colegiados de un cuerpo Técnico (p. ej. Aparejador o Arquitecto técnico), o bien son conflictos entre Colegios entre sí, porque cada uno reclama la totalidad de las competencia sobre todo lo relacionado con su ciencia o ingeniería (Arquitectura, Industrial, Minera, etc). La línea divisoria de dichas competencias se viene definiendo, jurisprudencialmente, al resolverse los distintos recursos de casación, pero con ocasión de la redacción de Estatutos Colegiales también se definen, con más generalidad, las líneas maestras de cada profesión, así ocurrió con un recurso contencioso administrativo

resuelto por **STS Secc. 5.<sup>a</sup> 18-11-2004, R 15/2002**, en el que el Consejo Superior de Colegios de Ingenieros de Minas pidió que se anulasen distintos apartados del recién aprobado Estatuto del Colegio Oficial de Geólogos, en cuanto en dichos apartados se establece que son funciones que puede desempeñar el Geólogo en su actividad profesional la explotación racional de los recursos geológicos, geomíneros y energéticos; producción, transformación y manipulación de recursos geológicos y geomíneros; proyectos de aprovechamiento o explotación de aguas minerales, minero-industriales y termales y proyectos para la captación y explotación de recursos hídricos, dado que todas esas actividades constituyen atribuciones y competencias que los titulados de Minas tienen reservadas por la Ley de Minas. Dicha Sentencia dice que en la mayoría de los casos debe ser la formación académica la que debe condicionar el ejercicio de las funciones dada la anomia de la mayor parte de las profesiones tituladas, por lo que sólo en cada caso es posible comprobar si existe capacidad para ejercer una concreta función, pero en el presente recurso no estamos ante uno de esos supuestos de anomia de las profesiones tituladas, sino ante un caso en que, existe una expresa atribución de funciones por Ley en favor de una concreta titulación académica, razón por la que el motivo de oposición, basado en la ausencia de regulación legal, no es atendible. El FJ 8 de la citada STS Secc. 5.<sup>a</sup> 18-11-2004 concluye que *«de los preceptos legales transcritos se deduce que el art. 117.2 de la Ley de Minas reserva a los titulados de Minas los proyectos y dirección de los trabajos de exploración e investigación de los recursos regulados en la Ley de Minas cuando tales operaciones puedan afectar a la seguridad de los bienes o de las personas o requieran el uso de explosivos. También se reservan, con carácter general, en el apartado tercero del mismo art. 117 de la Ley de Minas a los titulados de Minas los proyectos y dirección de los trabajos de explotación de los recursos regulados en dicha Ley... todas aquellas funciones, enunciadas en los apartados impugnados del art. 21 de los Estatutos del Colegio Oficial de Geólogos, consistentes en explotación racional de los recursos geológicos, geomíneros y energéticos; producción, transformación y manipulación de recursos geológicos y geomíneros; proyectos de aprovechamiento o explotación de aguas minerales, minero-industriales y termales, y los proyectos para la captación y explotación de estos recursos hídricos, están reservadas por el citado art. 117 de la Ley de Minas a los titulados de Minas, y, en consecuencia, dichos apartados vulneran, en cuanto consideran que son funciones a desempeñar por los Geólogos, lo dispuesto en dicho precepto legal, lo que acarrea su nulidad de pleno derecho.»*

### 2.2.3. *Impugnación del Real Decreto 1281/02 de 5 de diciembre por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España*

La STS, Secc. 6.ª; 03-06-2004 (RCA 8/2003), declara la nulidad del **inciso final del apartado tercero del art. 120** del Real Decreto 1281/02, donde dice: «siendo acreedor de los mismos tanto procuradores mutualistas como los no mutualistas», así como **la totalidad del inciso cuarto de dicho art. 120**, reconociendo que el recurrente no tiene obligación de participar proporcionalmente en los procedimientos en que se persone, en el Fondo Social de la Mutualidad para ayudas sociales.

La STS, Secc. 6.ª; 28-02-2005 (RCA 28/2003) *declara la nulidad del apartado c) del art. 67 del citado Real Decreto 1281/2002 y la STS, Secc. 6.ª; 21-02-2005 (RCA 1/2003 y acumulados 6/03, 23/03 y 29/03)*, declara la nulidad de los arts. 13 y 31 del mismo Real Decreto.

## 3. Agricultura y ganadería

### 3.1. *Distribución de competencias. Competencias estatales y autonómicas. Real Decreto 347/2003, de 21 de marzo, por el que se regula el sistema de gestión de la cuota láctea en cumplimiento del Reglamento CEE 1256/1999, de 17 de mayo, que modifica el Reglamento CEE 3950/1992, de 28 de diciembre*

La STS, Secc. 4.ª, 11-04-2005 (RCA 92/2003), desestima el recurso interpuesto por la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias contra el art. 38 del referido Real Decreto relativo a las transferencias de cuotas desvinculadas de la explotación entre productores de distintas Comunidades Autónomas. Destaca la sentencia que «**no se advierte que el indicado art. 38 objeto de impugnación, que se refiere únicamente a las transferencias de cuotas previstas en el art. 8.e) del Reglamento (CEE) 3950/92 del Consejo de 28 de diciembre de 1992, incurra en las infracciones que se denuncian por la parte recurrente, al ajustarse plenamente a dicho art. 8.e), previendo incluso la posibilidad establecida en el art. 8 bis introducido por el Reglamento (CE) 1256/1999 del Consejo, de deducción de un porcentaje a favor de la reserva nacional. Ha de tenerse en cuenta que no se prevén en la normativa comunitaria invocada las concretas condiciones y criterios objetivos que han de establecerse ni**

*tampoco los aspectos sobre los que hayan de incidir, a salvo la finalidad establecida de mejora de la estructura de la producción lechera, por lo que no cabe cifrar el incumplimiento de dicha normativa por la falta de previsión de una concreta limitación no exigida legalmente y que el interesado entienda pertinente, que en este caso sólo se refiere a no haberse mantenido la previsión del art. 35.3 del Real Decreto 1486/98, que ahora se deroga, de un límite cuantitativo del total de las cantidades atribuidas a los productores establecidos en determinadas zonas, que no constituye un requisito o límite exigido por la normativa comunitaria ni se razona y justifica que su ausencia suponga la infracción de otras normas que protegen la producción en dichas zonas» (FJ 2.º).*

En relación con la misma norma reglamentaria, la STS, **Secc. 4.ª, 25-04-2005 (RCA 102/2003)**, desestima el recurso interpuesto por el Gobierno Vasco contra dicho Real Decreto 347/2003, de 21 de marzo, considerando que no vulnera la competencia exclusiva del País Vasco en materia de agricultura y ganadería. Dice esta sentencia que **«precisamente el Real Decreto, en su art. 12, establece esta previsión, es decir, que si se trata de cantidades resultantes de la aprobación de planes de abandono de la producción lechera indemnizados por la Comunidad, si bien las cuotas pasan a la reserva nacional, son luego reasignadas por las Comunidades Autónomas. De este modo resulta que el Real Decreto impugnado se atiene a la doctrina del Tribunal Constitucional. Desde luego y por otra parte son cuestiones distintas que no sea contraria a la competencia exclusiva del Estado la reasignación de cuotas por las propias Comunidades Autónomas en ciertos casos, y que el Real Decreto prevea que se produzcan (en supuestos distintos de los planes de abandono indemnizados) transferencias o trasposos desde las cuotas de referencia a la reserva nacional.[...] el planteamiento del recurso y los argumentos que se expresan en los escritos procesales del País Vasco parten de una interpretación de su propia competencia exclusiva en materia de agricultura y ganadería que no se fundamenta en otro precepto del ordenamiento jurídico más que en la dicción literal del art. 10.9 del Estatuto, sin que la mantenida territorialidad de las cuotas de referencia que se pretende resulta alterada por el Real Decreto que se impugna se desprenda de norma jurídica positiva alguna ni de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Desde luego esa competencia exclusiva debe ejercerse, pero no se puede ignorar la que corresponde al Estado en virtud del art. 149.1.13 de la Constitución» (FJ 4.º).**

## 4. Asociaciones y partidos políticos

### 4.1. Control sobre la denominación de los partidos políticos

La interpretación los arts. 2 y 3 de la Ley 54/1978, de 4 de diciembre, de regulación de los Partidos Políticos (LPP), según resulta de jurisprudencia del Tribunal Constitucional no atribuye a la Administración un control sobre la denominación del partido político constituido: Así se pronuncia la STS Secc. 5.<sup>a</sup> 30-12-2004 Rc 4173/01, señalando que *«ni tal control resulta de la Ley, ni sería compatible con la Constitución un tipo de verificación que dejara un amplio margen de decisión a la Administración, como el que existiría en los casos de similitud o inducción a la confusión de la denominación elegida por los promotores de un partido respecto a la de otro ya inscrito. La tutela de los posibles derechos de tercero, incluida la de los partidos de denominación similar, debe corresponder al orden jurisdiccional y no a la competencia administrativa, pues tal competencia, al operar a partir de un concepto jurídico indeterminado, podría tornarse en un verdadero control previo, en perjuicio de la libertad de constituir partidos políticos, y forzaría a los promotores de un partido el seguir un largo procedimiento administrativo y luego judicial para poder ejercer su derecho constitucionalmente reconocido. La Sala de instancia funda su decisión en el art. 46.4 LOREG, pero este precepto tiene un distinto presupuesto de aplicación, pues tal como ha declarado repetidamente el Tribunal Constitucional (sentencias de 10 de octubre de 1989, 20 de mayo de 1991, 11 y 12 de mayo de 1995, entre otras) el mismo contempla la hipótesis de coaliciones electorales que se constituyen con denominación y símbolos nuevos al objeto de concurrir a unas elecciones y que, lógicamente, no deben inducir a confusión con aquellos presentados tradicionalmente por otros partidos constituidos. Las facultades que ese precepto atribuyen a las Juntas Electorales para rechazar las coaliciones electorales constituidas con denominaciones que induzcan a confusión con partidos previamente inscritos no pueden extenderse, según la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta, a la Administración para rechazar la inscripción de partidos políticos por la similitud de su denominación con la de otro partido político ya inscrito.»*

### 4.2. Proyección territorial de la declaración de «utilidad pública» de una Asociación

Se impugnaban la modificación de unos Estatutos de una Asociación de Ayuda a Deficientes en Madrid, que ya fue declarada de interés gene-

ral porque, en el caso de liquidación, sólo pueden ser beneficiarios los vecinos o residentes en la Comunidad de Madrid, sin posibilidad de que puedan acceder a dichos beneficios quienes tengan fijada su residencia en el resto del territorio nacional»; en cuanto que el procedimiento liquidatorio no está abierto a toda la sociedad en su conjunto. La STS Secc. 5.ª 23-12-2004 Rc 4404/01 entendió que **si bien la declaración de utilidad pública compete en el presente caso a la Administración General del Estado, que ostenta competencia en todo el territorio nacional, ello no implica que el interés general a que se refiere el apartado c, punto 1, de la Disposición adicional decimotercera de la Ley 30/1994 haya de ser necesariamente vinculado a una proyección global en su aspecto territorial**, pues ni nada al respecto se colige en la norma aplicable ni se puede dudar de que tal interés público o general pueda satisfacerse en un ámbito autonómico o regional e incluso local. *Lo que exige no es, sino, que el patrimonio restante tras la disolución se aplique «a la realización de actividades sujetas al cumplimiento de los requisitos anteriores»; y estos, los requisitos anteriores, no exigen para que una asociación pueda ser declarada de utilidad pública que su actividad esté abierta de tal modo que no tenga más límite espacial que el del territorio del Estado. No es ese el significado de la norma. En lo que aquí importa, su significado es que la actividad no ha de estar restringida exclusivamente a beneficiar a los asociados, sino abierta «a cualquier otro posible beneficiario que reúna las condiciones y caracteres exigidos por la índole de sus propios fines». Si estos tienden realmente a promover el interés general, la circunstancia de que tiendan a promoverlo en una determinada zona, de ámbito espacial inferior al del Estado, y de que los potenciales beneficiarios deban reunir, en consecuencia, condiciones o caracteres ligados, conexos o referidos a dicha zona, no es en la previsión de la norma (y esto es lo que importa) razón jurídica que excluya la posible declaración de utilidad pública de la asociación.»*

## 5. Bienes públicos y propiedades especiales

### 5.1. Acuerdo municipal de ocupación directa de una parcela de terreno como consecuencia de una permuta

El Pleno de la Sala en su STS, 10-12-2004 (RC 6642/2001), tras exponer la doctrina jurisprudencial sobre la necesidad de la permuta, estima el

recurso de casación pues **el Ayuntamiento podía haber obtenido la parcela que le interesaba mediante cesión gratuita en cumplimiento de las normas urbanísticas**. Dice la sentencia: *«dejando aparte algunas de nuestras Sentencias que anulan la permuta por falta de equivalencia del valor de los terrenos, como es el caso de la Sentencia de 25 de mayo de 1999, hay otras resoluciones judiciales que deben tenerse en cuenta al respecto. Puede afirmarse que la doctrina de esta Sala sobre la materia tiene su origen en la Sentencia de 1 de julio de 1988 que, remitiéndose a declaraciones de la jurisprudencia civil, establece que a estos efectos “por necesario ha de entenderse no lo forzoso, obligado o impuesto por causas ineludibles, sino lo opuesto a lo superfluo y en grado superior a lo conveniente para conseguir un fin útil al interés público”*. A esta doctrina se atiende rigurosamente nuestra Sentencia de 18 de octubre de 1990. Otras resoluciones judiciales posteriores mantienen soluciones distintas según las circunstancias de los casos de autos. Así la Sentencia de 31 de enero de 2000 no considera acreditada la necesidad de la permuta, pues aunque en el caso de autos existía un informe sobre la conveniencia de la adquisición para dedicar un local a instalación deportiva, faltaron los informes y consideraciones técnicos, económicos y jurídicos que justificasen la necesidad de emplear la permuta. Una Sentencia posterior, la de 24 de abril de 2001, declara que deben precisarse las concretas razones que hagan aparecer la permuta, no ya como una conveniencia sino como una necesidad, expresándose la causa por la que tales bienes han de ser adquiridos por permuta y no por otros medios. La Sentencia de 16 de julio de 2001 declara por el contrario que la conveniencia se desprende de que la parcela de propiedad municipal no es de utilidad para el uso o servicio público, por lo que era conveniente realizar la enajenación mediante permuta. Por último la Sentencia de 2 de julio de 2002 declara que en aquel supuesto no faltaban las consideraciones técnicas, económicas y jurídicas que justificaban la necesidad de la permuta, y la Sentencia de 8 de mayo de 2003 se remite directamente a la doctrina de la ya citada de 1 de julio de 1988». Sentado esto, la sentencia centra la cuestión controvertida en determinar si en el caso examinado eran de aplicación preferente las normas urbanísticas, lo cual hubiera permitido la adquisición de la parcela por cesión gratuita sin una contraprestación económica. Ello hubiera permitido que la parcela de propiedad del Ayuntamiento que fue objeto de permuta, si no era de utilidad para el interés o el servicio público por estar destinada a usos industriales, se hubiera enajenado mediante subasta. Pues bien, la Sala responde a este interrogante señalando que *«en efecto era preferente la aplicación de la legislación reguladora del suelo, la cual hubiera permitido la adquisición*

*de la parcela por cesión gratuita. Sin que ello resulte desvirtuado por la conveniencia municipal de adquirir los terrenos para la construcción de un campo de fútbol, llevando a cabo esta adquisición mediante la aprobación de un acto híbrido, ocupación directa como consecuencia de permuta, en el que se modificaron los aprovechamientos urbanísticos. Pues si bien es cierto que el municipio debía procurar el interés público en la construcción del campo de fútbol, no es menos cierto que esa procura debe realizarse ateniéndose al ordenamiento jurídico, lo que no sucedió en el caso de autos. Por último debemos añadir que la aplicación del art. 112.2 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, al dar lugar a la enajenación en su caso de la parcela de propiedad municipal mediante subasta, hubiera sido más conforme a los principios que inspiran, tanto la legislación de la Unión Europea como obligadamente de la legislación española, de publicidad y libre concurrencia, pues resulta obvio que las empresas y los particulares interesados hubieran podido concurrir a la adquisición de la parcela de que se trata» (FJ 4.º).*

## **6. Contratación administrativa**

### ***6.1. Actualización del precio del contrato por el retraso en su adjudicación: improcedencia. Empresa que no retiró su oferta a la vista del retraso y prestó su consentimiento para la celebración del contrato***

La STS, Secc. 4.<sup>a</sup>, 02-07-2004, RC 3119/2000, rechaza la procedencia de una reclamación de actualización del precio de un contrato administrativo como consecuencia del notable retraso en su adjudicación. Recuerda la Sala que **los contratos se perfeccionan con la adjudicación, y, tras la adjudicación se ha de celebrar el oportuno contrato administrativo, y si el objeto del contrato deberá ser determinado y ha tener un precio cierto, es claro, que una vez consentido y firmado por los contratistas el contrato de adjudicación con un precio determinado, ese precio y no otro, es el que debe regir las relaciones del contratista con la Administración, a salvo claro está, las posibilidades de revisión de precios expresamente previstas en la norma que regula los contratos administrativos.** A lo anterior en nada empece, el que ciertamente la Administración no adjudicara el contrato en el plazo al efecto establecido, pues para tales supuestos lo único que la normas prevén es que los licitadores puedan retirar sus ofertas, y si los licitadores voluntariamente o por las razones que estimaron oportunas

no retiraron sus ofertas, y en el momento de celebrar el contrato no hicieron alegación o petición de actualización, es claro, que dieron su pleno consentimiento al contrato que firmaban y por tanto a las previsiones y términos concretos de tal contrato se ha de estar, máxime cuando se trata de un contrato de obras, que se ha de cumplir a riesgo y ventura del contratista. Sin que quepa alegar frente a esta conclusión que se trata de evitar el perjuicio injustificado al contratista y de restablecer el equilibrio del contrato, pues, el equilibrio se ha de valorar a partir de los términos estrictos del contrato que el contratista aceptó y firmó.

## 7. Derecho administrativo económico

### 7.1. Sector energético

#### 7.1.1. *Instalaciones de líneas de transporte de energía eléctrica: problemas derivados de la exigencia de declaración o informe de evaluación de impacto ambiental*

Las instalaciones de líneas de transporte de energía eléctrica han sido objeto de estudio en numerosas sentencias del Tribunal Supremo, que ha consolidado su línea jurisprudencial en cuanto a la **exigencia de declaración o informe de evaluación de impacto ambiental**. Así, la **STS, Secc. 3, 20-09-2004, RC 2874/2001**, con cita de una sentencia anterior, resuelve la cuestión relativa a la elaboración del informe de evaluación de impacto ambiental para la aprobación de un proyecto de instalación de una línea eléctrica de alta tensión cuyo tendido discurre sobre dos Comunidades Autónomas, recordando que el Estado tiene la competencia exclusiva sobre la autorización de las instalaciones eléctricas cuando el aprovechamiento afecta a otra Comunidad o el transporte de energía sale de su ámbito territorial, pero que también corresponde al Estado resolver los problemas transversales que plantee en el medio ambiente el tendido de la línea, por lo que debe solicitar la evaluación de impacto ambiental del órgano competente de la Comunidad Autónoma; y todo ello por la exigencia del deber de colaboración entre Administraciones: *«Este deber, que impide a la Administración estatal aprobar o autorizar ningún proyecto de obra o instalación situada, total o parcialmente, sobre el territorio de la Comunidad Autónoma sin ponderar sus puntos de vista y sin coordinarlo con la actuación llevada a cabo por su Administración pública en ejercicio de sus propias competencias [...], tam-*

*bién es predicable de la evaluación de impacto ambiental. La normativa vigente no sólo no niega ese deber de colaboración, sino que ofrece cauce e instrumentos para cumplirlo» (FJ 6).*

Por su parte, la STS, **Secc. 3, 18-04-2005, RC 5914/2002** insiste en la necesidad de exigir previamente el **informe de impacto ambiental incluso en el supuesto de que se trate de autorización para modificaciones en líneas aéreas de transporte de energía eléctrica**. Rechaza así el criterio de la sentencia de instancia que entiende que la autorización de las modificaciones queda excluida de la necesidad de estudio de impacto ambiental: *«La Directiva 85/337/CEE en su texto originario, había de ser interpretada, en cuanto al punto que nos ocupa de la exigibilidad del estudio de impacto ambiental, a la luz de la posterior Directiva 97/11/CE por la eficacia interpretativa de ésta, lo que llevaba a no considerar de aplicación la exclusión en bloque de la evaluación del impacto ambiental a los expedientes iniciados con anterioridad al 14 de marzo de 1999, como era el de autos, sino a estar a un estudio caso por caso de la pertinencia de efectuar dicho estudio» (FJ 5).*

La exigencia de evaluación de impacto ambiental se ha extendido a otras materias. Así, la STS, **Secc. 3.ª, 16-12-2004, RC 4723/2001**, que resuelve sobre la impugnación de un proyecto de trazado de línea de vía férrea, recuerda que en el asunto C-227/01 el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea dictó sentencia de fecha 16 de septiembre de 2004 en la que, refiriéndose a la Directiva 85/337, declaró que *«su objetivo esencial es que, antes de concederse una autorización, los proyectos que pueden tener repercusiones en el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, sus dimensiones, o su localización, se sometan obligatoriamente a una evaluación en lo que se refiere a sus repercusiones»*. Y estima el recurso de casación *«por aplicación de los principios de supremacía y jerarquía del Derecho Comunitario Europeo» (FJ 2).*

### *7.1.2. Impugnación del Real Decreto 1435/2002, por el que se regulan las Condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes de baja tensión*

La Sala ha resuelto, además, la impugnación del Real Decreto 1435/2002, por el que se regulan las Condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes de baja tensión, cuyo apartado 2 del art. 3 decía *«En el caso en que el consumidor opte por con-*

*tratar la energía y el acceso a las redes a través de un comercializador, este último sólo podrá contratar con el distribuidor el acceso a las redes como mandatario del consumidor». La STS, Secc. 3, 29-6-2004 (RCA 24/2003), anula el inciso «sólo» de este apartado al entender que el sistema eléctrico «funciona en un régimen de libre competencia y se basa, por un lado, en un sistema de ofertas de energía eléctrica realizadas por los productores y, por otro, en un sistema de demandas formulado por los consumidores cualificados, los distribuidores y los comercializadores. [...] no hay obstáculo para que, en el seno de unas relaciones caracterizadas por la autonomía de la voluntad, los consumidores cualificados otorguen un “mandato” a los comercializadores para que éstos, a su vez, intervengan en su nombre cuando aquellos consumidores opten por contratar el acceso a las redes a través de un comercializador».*

*7.1.3. Impugnación de la Orden de 29 de octubre de 1999, del Ministerio de Industria y Energía, que estableció la Prima al consumo de carbón autóctono para el año 1999*

El Tribunal, en STS, Secc. 3, 19-1-2005, RC 7129/2001, **anula** también, en este caso por falta de competencia del Ministro, **el artículo primero de la Orden de 29 de octubre de 1999, del Ministerio de Industria y Energía, que estableció la Prima al consumo de carbón autóctono para el año 1999**, que concreta respecto de 1999 el importe de la prima o incentivo al consumo de carbón autóctono en pesetas por kWh para cada central térmica. Y, seguidamente, extiende el pronunciamiento anulatorio al inciso del art. 15 del Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el procedimiento de liquidación de los costes de transporte, distribución y comercialización a tarifa, de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento, que faculta al Ministerio de Industria y Energía para establecer los importes de las primas por consumo de carbón autóctono.

*7.1.4. Nulidad de la Orden Foral 120/2000, del Departamento de Industria, Comercio, Turismo y Trabajo, que regula las Instalaciones eléctricas en alta tensión para el suministro a consumidores diseminados en el medio rural*

Por último, en STS, Secc. 3, 23-3-2005, RC 3791/2002, el Tribunal Supremo confirma la **nulidad de pleno derecho de la Orden Foral**

**120/2000, del Departamento de Industria, Comercio, Turismo y Trabajo, que regula las Instalaciones eléctricas en alta tensión para el suministro a consumidores diseminados en el medio rural.** En caso de desacuerdo entre los usuarios propietarios de instalaciones eléctricas en medios rurales aislados y nuevos usuarios que demanden energía eléctrica, la Orden preveía el cambio de punto de conexión sin contemplar indemnizaciones. La Sala aprecia que esta norma vulnera el derecho de propiedad, y declara que la devolución de los materiales recuperados al propietario de las instalaciones que quedan fuera de servicio es insuficiente para evitar la naturaleza expropiatoria, de tal manera que debe establecerse la previsión de una adecuada indemnización por las inversiones realizadas y por los costes que el cambio de punto de conexión pueda significar para la mercantil propietaria.

## **7.2. Telecomunicaciones**

*7.2.1. Impugnación del Real Decreto 401/2003, de 4 de abril, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de los edificios y de la actividad de instalación de equipos y sistemas de telecomunicaciones*

La STS, Secc. 3, 15-02-2005, RCA 89/2003 estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo General de los Colegios Oficiales de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales contra el Real Decreto 401/2003, de 4 de abril, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de los edificios y de la actividad de instalación de equipos y sistemas de telecomunicaciones, y anula el inciso «de telecomunicaciones», que se contiene en los arts. 8.1, 8.2, 9.1 y 14.3 de dicho Reglamento. Como expresa la propia sentencia, los incisos que se anulan «*especifican que determinadas facultades que se contemplan en dichas disposiciones han de ser desempeñadas necesariamente por ingenieros o ingenieros técnicos “de telecomunicaciones”*». Suprimidos dichos incisos, el texto de los preceptos impugnados dirá que tales facultades han de ser desempeñadas por ingenieros o ingenieros técnicos «*de la especialidad correspondiente*», lo que habilita para su ejercicio a todos aquellos ingenieros que ostenten competencias profesio-

nales en materia de telecomunicaciones, como es el caso en el momento presente no sólo de los ingenieros de telecomunicaciones sino también de los industriales» (FJ 10). La **STS, Secc. 3, 15-02-2005, RCA 91/2003** completa el anterior pronunciamiento extendiendo la nulidad a los incisos concordantes de la Orden del Ministerio de Ciencia y Tecnología 1296/2003, que desarrolla el anterior Real Decreto.

7.2.2. *Impugnación de la Orden del Ministerio de Fomento de 9 de octubre de 1998, por la que se aprueba el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Televisión Digital Terrenal*

En **STS, Secc. 3, 30-12-2004, RC 6195/2001**, el Tribunal declara nula de pleno derecho la Orden del Ministerio de Fomento de 9 de octubre de 1998, por la que se aprueba el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Televisión Digital Terrenal, por haber excedido en su contenido el ámbito de la habilitación otorgada por la Disposición Adicional 44.<sup>a</sup> de la Ley 66/97 y haber invadido el ámbito de la potestad reglamentaria que corresponde al Consejo de Ministros mediante Real Decreto. Expone la Sala que «no se trata de un reglamento técnico sino que se trata de un reglamento general sobre la prestación del servicio de televisión digital terrestre, con regulación de sus modalidades de gestión, directa e indirecta, condiciones y requisitos [...] Y si bien dicha regulación se apoya y se remite en gran medida a las leyes en vigor sobre la televisión terrestre, no dejan de estipularse de manera directa cuestiones decisivas (como el número de programas y canales, duración de la concesión u horarios mínimos de emisión en abierto), por mucho que dicha regulación sea coincidente con la que tales leyes establecen para la televisión terrestre analógica» (FJ 10).

7.2.3. *Concurso para el otorgamiento de concesiones del servicio público de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia de carácter comercial en Castilla-La Mancha e impugnación indirecta del Decreto autonómico 59/1998, de 9 de junio, regulador de la materia*

A raíz de la impugnación del concurso el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la exigencia de una regulación mediante norma con rango

formal de ley, **STS, Secc. 4.ª, 20-05-2005 (RC 1032/2003)**: «[...]El tema relativo a si la fijación de criterios para otorgar nuevas concesiones de radiodifusión ha de efectuarse por ley o por reglamento está íntimamente ligado a la cuestión de si se establecen unos criterios de tal discrecionalidad que supongan una restricción del ejercicio del derecho. Esta es la cuestión que subyace en el debate procesal, y de ella depende que debamos acoger o no el motivo invocado. Pues de llegar a la conclusión de que el establecimiento de esos criterios no cercena o condiciona excesivamente el ejercicio del derecho, hemos de concluir que **no puede mantenerse la exigencia de una norma con rango formal de ley para la regulación**. En efecto, tras la correspondiente deliberación, esta es la conclusión a la que llega la Sala. Pues los criterios en cuestión resultan razonables y de por sí no implican una restricción del ejercicio del derecho, aunque puedan de algún modo condicionarlo de forma comparativa al pronunciarse a favor de unos peticionarios o de otros en cuanto al otorgamiento de las concesiones. En definitiva, aunque se establezca un margen de discrecionalidad, ello no es contrario a derecho pues no lo es la discrecionalidad misma con la que se configuran la potestades administrativas si bien eventualmente puede serlo su ejercicio, el cual ha de controlarse en su caso por los Tribunales de Justicia» (**FJ 2.º**).

### 7.3. Transportes terrestres

#### 7.3.1. Consumación de la infracción establecida en el art. 198.i) del reglamento aprobado por Real Decreto 1.211/1990

La **STS, Secc. 3, 14-6-2004 (RCIL 129/2002)** estima parcialmente el recurso de casación en interés de la ley interpuesto y fija la siguiente **doctrina legal**: «La **infracción** establecida en el art. 198.i) del Real Decreto 1.211/1990, de 28 de septiembre, que aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, en relación con el art. 141.q), de la Ley 16/1987, **se consume por el mero hecho de no estar en disposición de exhibir el conductor, a requerimiento del agente de control, los discos del tacógrafo de la semana en curso y, en cualquier caso, el disco del último día de la semana anterior tanto si condujo como si no lo hubiese hecho**».

*7.3.2. Impugnación de la Orden del Ministerio de Fomento de 19 de noviembre de 1998, por la que se aprueba la Instrucción para el proyecto, construcción y explotación de obras subterráneas para el transporte terrestre*

La STS, Secc. 3, 20-1-2005 (RC 7178/2001) declara la **nulidad de pleno derecho de la Orden del Ministerio de Fomento de 19 de noviembre de 1998, por la que se aprueba la Instrucción para el proyecto, construcción y explotación de obras subterráneas para el transporte terrestre**, al apreciar que tiene el carácter de norma reglamentaria cuya aprobación corresponde al Consejo de Ministros, y ello porque regula los criterios básicos a que deben someterse los proyectos, la construcción y la explotación de las obras subterráneas vinculadas a la ejecución de obras civiles de infraestructuras de carreteras y ferroviarias, y por el propio contenido de la norma, que acoge disposiciones de alcance general sobre las condiciones generales de seguridad y estabilidad de las obras en la fase de proyecto, y que afectan a la prevención de riesgos laborales y de valoración del aspecto medio ambiental que inciden en el contenido de otras normas de naturaleza reglamentaria.

*7.4. Propiedad industrial*

*7.4.1. Obtención de certificado de adición por titular de una patente europea*

En materia de patentes, el Tribunal Supremo STS, Secc. 3, 1-10-2004 (RC 2936/2001) ha declarado que **el titular de una patente europea puede obtener un certificado de adición**, solicitado conforme a la legislación española de patentes, aunque no puede pretender el registro adicional de innovaciones que por su relevancia cuantitativa o cualitativa rebasen el carácter de perfección o desarrollo de la patente principal y desnaturalicen los principios de complementariedad y accesoriedad.

*7.5. Defensa de la competencia*

*7.5.1. Abuso de posición de dominio por conducta predatoria*

En STS, Secc. 3, 13-12-2004 (RC 915/2002) el Tribunal valora que, aunque los arts. 86 del Tratado de la Unión Europea y 6 de la Ley de

Defensa de la Competencia no enumeran como una conducta abusiva de una posición de dominio la de precios predatorios, como caso particular de la **venta a pérdida**, la jurisprudencia comunitaria ha ido estableciendo la tipificación y consideración de tales precios, fundamentalmente a través de las sentencias AZKO/Comisión y TETRAPACK/Comisión. Y declara que el abuso de posición de dominio por conducta predatoria exige que la intencionalidad de la empresa dominante sea la de excluir a los competidores del mercado, intención que se presume iuris et de iure cuando los precios son inferiores a los costes variables medios, y que ha de probarse si los precios son inferiores a los costes totales medios pero superiores a los costes variables medios.

*7.5.2. Acuerdos adoptados por la asociación que agrupa a las principales empresas eléctricas para delimitar las condiciones técnicas que deben cumplir los transformadores eléctricos de media y baja tensión: alteración de la competencia*

Especial importancia tiene la **STS, Secc. 3, 5-4-2005 (RC 5157/2002)**. La Sala revoca la sentencia de instancia que resolvió que los acuerdos adoptados por la asociación que agrupa a las principales empresas eléctricas para delimitar las condiciones técnicas que deben cumplir los transformadores eléctricos de media y baja tensión, no tenían un efecto anticompetitivo por tratarse de especificaciones técnicas cuya característica relevante es la de su cumplimiento voluntario y, por tanto, no constituían una práctica prohibida definida en la Ley de Defensa de la Competencia. El Tribunal Supremo, por el contrario, declara que *«La adopción de dichas Recomendaciones, que por emanar de una asociación de empresas eléctricas deben caracterizarse al amparo del art. 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, de recomendaciones colectivas, siendo irrelevante, por tanto, que no tengan efectos jurídicos vinculantes para las empresas asociadas, y que, aunque tengan por objeto prevalente complementar las características técnicas establecidas en las Normas UNE 21088-1 y 21088-2, que constituyen la traducción de las normas internacionales IEC 185 e IEC 186, para su adaptación al funcionamiento de las redes españolas y europeas, producen un efecto potencialmente anticompetitivo de carácter significativo, al restringir el acceso al mercado de transformadores eléctricos a determinados productos que, por reunir las características técnicas uniformes, son aptos para poder ser comercializados, lo que supone una limitación a la libertad empresarial de actua-*

*ción de los fabricantes europeos de estos productos y altera las condiciones de competitividad de este mercado»* (FJ 5). La Sala asume la jurisprudencia comunitaria europea según la cual un producto legalmente comercializado en un Estado miembro debe, en principio, poder comercializarse en otro Estado miembro sin sujeción a controles adicionales y sin perjuicio de las excepciones previstas o admitidas por el Derecho comunitario.

7.5.3. *Sanciones. La falta de claridad legislativa en torno a la cuestión de la liberalización del mercado atenúa la responsabilidad del operador*

En materia de sanciones el Tribunal Supremo ha dictado la **STS, Secc. 3, 23-3-2005 (RC 4777/2002)** en la que resuelve que **la falta de claridad legislativa en torno a la cuestión de la liberalización del mercado atenúa la responsabilidad del operador** e incide en la cuantía de la multa, por lo que rebaja la cuantía de la impuesta a una compañía telefónica (que había sido ya objeto de otra minoración por el Tribunal de instancia). Confirma la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia en cuanto declaraba que la compañía había aplicado condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, colocando a su competidora en situación desventajosa respecto de otros operadores, aunque aclara que *«No es exigible a los operadores económicos instalados dentro de la legalidad en un determinado mercado (tengan o no la cualidad de dominantes en él) que traten en el mismo plano de igualdad a quienes intervienen, o tratan de intervenir, de modo ilegal en dicho mercado que al resto de operadores legítimos. Acreditada la posición ilegal de uno de aquellos operadores [...] no resulta censurable la reacción del operador económico “legal” negándose a satisfacer las demandas del “ilegal” en solicitud de igualdad de trato respecto de los otros “legales”»* (FJ 11).

7.5.4 . *Sanciones. Anulación de la impuesta al Consejo General de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria por haber incurrido en una práctica prohibida por la Ley de Defensa de la Competencia. Inexistencia, al tiempo de los hechos, de una doctrina uniforme sobre las atribuciones de los Colegios profesionales para evitar el intrusismo*

La **STS, Secc. 3, 9-3-2005 (RC 3895/2002)** **anula la sanción** impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia al Consejo

General de los **Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria** por haber incurrido en una práctica prohibida por la Ley de Defensa de la Competencia al recomendar la adopción de medidas para que ningún Agente de la Propiedad Inmobiliaria pueda contratar sus servicios con persona alguna, física o jurídica, cuya actividad u objeto social sea el de prestación de servicios a terceros, con carácter profesional, de cualquiera de las funciones propias de los API, y al publicar anuncios que contienen frases o expresiones falsas o denigratorias de los operadores no API. El Tribunal Supremo califica la **multa de desproporcionada** y declara que sólo a partir de la STC 111/1993, que se dicta con posterioridad a la adopción del Acuerdo por el Consejo General, puede entenderse que dicha actuación colegial no se encuentra amparada por la Ley de Colegios Profesionales, y añade que en el momento de adoptarse el Acuerdo *«no había una doctrina jurisprudencial uniforme, pacífica, inequívoca y manifiestamente clara y concordante en sede constitucional y en sede de los tribunales ordinarios acerca de la legitimidad de las atribuciones de los Colegios Profesionales para emprender acciones para evitar el intrusismo profesional promoviendo las acciones civiles, penales y disciplinarias adecuadas para su salvaguarda, o acerca de si, por el contrario, dichas conductas eran contrarias al derecho de libre establecimiento y al derecho al ejercicio libre de la profesión de gestor inmobiliario»* (FJ 8).

#### 7.5.5. Sanción a empresas farmacéuticas por concertación de precios

En cambio, el Tribunal Supremo, en **STS, Secc. 3, 31-3-2005 (RC 4574/2002)**, desestima el recurso interpuesto contra la sentencia que confirmó la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, que declaró que varias empresas farmacéuticas habían incurrido en una serie de **conductas prohibidas por la LDC, consistentes en la concertación de precios de determinadas vacunas** con las que concurrían a concursos convocados por el Servicio Andaluz de la Salud. Entiende el Tribunal que no conculca el principio de tipicidad el hecho de que la Sala de instancia valore que ha quedado acreditada o bien una conducta concertada o bien una actuación conscientemente paralela, ya que se trata en todo caso de comportamientos prohibidos por el art. 1.1. LDC, que se caracterizan por ser imputables a las empresas a título de dolo o de actuación negligente y que tienen efectos adversos a la competencia. *«La coincidencia de precios constituye,*

*en las circunstancias en las que se inscribe, indicio suficiente para explicar la concertación o la práctica conscientemente paralela —no la existencia de contactos— y, consiguientemente, la conducta prohibida y sancionable» (FJ 3).*

#### 7.5.6. Cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE en materia de defensa de la competencia

En materia de Defensa de la Competencia el Tribunal Supremo ha planteado tres **cuestiones prejudiciales**. La primera de ellas, formulada mediante **ATS, Secc. 3, 13-4-2005 (RC 1994/2002)**, en el marco de un recurso que versa sobre autorización de un **Registro de Información de Crédito**, interesa del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que se pronuncie sobre la cuestión de si unos acuerdos de intercambio de información entre entidades financieras sobre la situación de solvencia y morosidad de sus clientes producen el efecto de restringir la competencia en el sector de las entidades financieras y crediticias y, por tanto, son incompatibles con el mercado común, o bien si no lo son porque la constitución de un registro de información de créditos sobre clientes puede producir efectos beneficiosos para los consumidores y usuarios de estos servicios financieros.

La segunda de las cuestiones se plantea mediante **ATS, Secc. 3, 3-3-2005 (RC 1890/2002)**, en el marco de la contratación en el sector de distribución de productos petrolíferos, e interesa del Tribunal de Justicia que se pronuncie acerca de si los arts. 10 a 13 del Reglamento (CEE) 1984/83, de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 (actual 81) del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva, deben interpretarse en el sentido de que engloban dentro de su ámbito a **contratos de distribución en exclusiva de carburantes y combustibles** que, calificados nominalmente como de comisión o agencia, contienen determinados elementos que la Sala del Tribunal Supremo expone.

La tercera cuestión prejudicial, que se plantea mediante **ATS, Secc. 3, 1-4-2005 (RC 548/2002)**, cuestiona si es admisible en los términos del art. 86.1 del Tratado de la Unión Europea que un Estado miembro de la Unión atribuya *ex lege* a una empresa pública un régimen jurídico que le permita realizar **obras públicas sin sometimiento al régimen gene-**

**ral de contratación administrativa mediante concurso**, sin concurrir circunstancias especiales de urgencia o interés público, tanto por debajo como superando el umbral económico contemplado por las Directivas europeas a este respecto, y su compatibilidad con la normativa comunitaria europea y con la jurisprudencia que cita.

## 7.6. Mercado de valores

*7.6.1. Comunicación preceptiva a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por las entidades emisoras de valores admitidos a cotización en las Bolsas, no sólo de las informaciones trimestrales y semestrales, sino también de las divergencias con las cuentas anuales*

La STS, Secc. 3, 30-12-2004 (RC 1882/2002) aborda la cuestión de la comunicación preceptiva a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por las entidades emisoras de valores admitidos a cotización en las Bolsas, no sólo de las informaciones trimestrales y semestrales, sino también de las divergencias con las cuentas anuales. La Sala confirma la sanción impuesta y entiende que no se ha infringido el principio de tipicidad sancionadora en consideración a los siguientes argumentos: *«si las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en las Bolsas de Valores están obligadas, de acuerdo con la previsión del art. 35 de la Ley 24/1988 y el punto primero de la Orden de 18 de enero de 1991, a remitir la información semestral que se determina en la propia orden, y el incumplimiento de tal obligación es constitutivo de infracción grave de acuerdo con lo previsto en el art. 100.j de la mencionada Ley, dicha obligación abarca de forma natural y sin alterar la naturaleza de la misma, la posterior obligación establecida también en la Orden de 18 de enero de 1991 de comunicar las rectificaciones que se hayan producido respecto a dichas informaciones. De esta manera, el incumplimiento de comunicar tales rectificaciones queda igualmente comprendido en la conducta sancionada como infracción grave por la propia ley»* (FJ 5). Es decir, que la obligación de comunicar las informaciones trimestrales y semestrales no cumpliría adecuadamente su finalidad legal, o la cumpliría de manera deficiente, si habiéndose constatado su inexactitud, no se hubiera completado el contenido de la obligación con lo estipulado en el apartado cuarto de la Orden.

### 7.6.2. *Autorización de una OPA de exclusión. Criterios para la fijación del precio de la acción*

La STS, **Secc. 3, 23-5-2005 (RC 2414/2002)** enjuicia un Acuerdo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre autorización de oferta pública de adquisición de exclusión de cotización de acciones en Bolsa (OPAs de exclusión). La Sala resuelve que es acertado el criterio de no fijar el precio de la acción exclusivamente por los criterios de valoración que se contienen en el Real Decreto 1197/1991, sino atendiendo también al precio medio obtenido y al valor actual de los flujos de caja esperados, a los que se asigna un porcentaje de ponderación; pero añade que **no puede ser acogida la pretensión de la parte recurrente de que se incluyan, además, como criterios de valoración autónomos en la determinación del valor de las acciones afectadas por la OPA de exclusión, la indemnización por la pérdida de liquidez derivada de la exclusión de las acciones de la cotización bursátil y el efecto financiero del tiempo transcurrido entre la primera OPA ordinaria y la segunda OPA.** *El principio de autorización de la oferta pública de adquisición de acciones de exclusión y la naturaleza imperativa o forzosa que representa para la Sociedad oferente, se justifica precisamente como una contrapartida institucional a la pérdida de liquidez derivada de la exclusión de la negociación bursátil, que pretende otorgar la posibilidad a los tenedores o titulares de los valores de vender sus títulos a un precio en condiciones de equitatividad mediante la obtención de una compensación justa y en metálico para los accionistas que decidan aceptarla» (FJ 7).*

## 8. Disposiciones generales

### 8.1. *Procedimiento de elaboración de disposiciones generales. Omisión de trámite de audiencia a organizaciones interesadas*

El Tribunal Supremo confirma la necesidad de exigir rigurosamente el cumplimiento de los requisitos relativos al procedimiento de elaboración de disposiciones generales. En particular, la **STS, Secc. 3, 16-3-2005 (RC 2911/2002)** censura la falta de trámite de audiencia a los ciudadanos, poniendo de manifiesto que no se ha verificado ni directamente ni a través de organización o asociación reconocida por la ley que pudiera considerarse afectada, ni se ha motivado la falta de dicho trámite, ni

ha sido sometido a información pública. Tras **rechazar la afirmación de la sentencia de instancia de que en el ámbito de las relaciones de sujeción especial se atenúan las formalidades en la elaboración de las normas reglamentarias**, la sentencia considera que la Ley del Gobierno ofrece un amplio elenco de posibilidades para cumplir la exigencia constitucional de participación de los ciudadanos, y que debería haberse hecho uso de alguna de ellas, añadiendo que debió haberse dado audiencia a las asociaciones que cita la recurrente porque *«Son asociaciones u organizaciones reconocidas por la ley puesto que están constituidas de acuerdo con sus respectivos regímenes legales y sin duda alguna agrupan o representan a los ciudadanos en relación con fines que guardan relación directa (más o menos específica en los casos citados) con el objeto de la disposición»* (FJ 3).

## **8.2. Nulidad de determinados preceptos del Reglamento que regula la prestación de los servicios postales por haberse omitido el preceptivo informe del Consejo General del Poder Judicial**

Por otra parte, la Sala ha declarado la nulidad del Real Decreto 1829/99, por el que se aprueba el Reglamento que regula la prestación de los servicios postales por haberse omitido el preceptivo informe del Consejo General del Poder Judicial que, como establece el art. 108.1.e) de su Ley Orgánica, deberá informar los proyectos de disposiciones generales que afecten a normas procesales o a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales, y las que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales. Sin embargo, la **STS, Secc. 3, 1-6-2004, RCA 219/2000**, matiza que **la nulidad no puede ser total porque sólo determinadas normas de la Sección 2.<sup>a</sup> tienen carácter procesal**, y porque sólo una parte de éstas afecta al ámbito judicial. Concluye su enjuiciamiento anulando: a) el art. 2.2, que declara excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento los servicios realizados en régimen de contraprestación, por su incompatibilidad con el derecho comunitario europeo; b) el art. 13.2.a) en cuanto contiene un concepto de «carta» tan genérico que permite incluir una serie de envíos que no están previamente definidos; c) el art. 12.4, en cuanto establece establece el orden judicial, sustitutoria de la del remitente o destinatario, para conocer el texto o contenido de cartas o paquetes postales de carácter personal, entra también dentro del ámbito que marca el art. 108.1.e) de LOPJ.

al afectar al ejercicio de derechos fundamentales, por lo que es preceptivo el dictamen del Consejo General del Poder Judicial; d) la Sección Segunda, Capítulo II, Título II, sólo en cuanto sea aplicable a la «*admisión y entrega de notificaciones de órganos judiciales*».

## 9. Educación y enseñanza

### ***9.1. Impugnación del Real Decreto 832/2003, de 27 de junio, por el que se establece la ordenación general y las enseñanzas comunes del Bachillerato: desestimación. Competencias estatales y autonómicas. Enseñanza de la asignatura de religión***

La STS, Sección 7.<sup>a</sup>, 25-1-2005 (RCA 119/2003) desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Junta de Extremadura contra el Real Decreto 832/2003, de 27 de junio, rechazando la existencia de una vulneración, por la norma reglamentaria impugnada, de las competencias de la Junta de Extremadura por haber incurrido dicha norma en un exceso sobre las competencias que a la Administración General del Estado le otorgan la Constitución, la Ley Orgánica del Derecho a la Educación y la Ley Orgánica de Calidad de la Educación.

La Sala entiende, frente a este planteamiento, que no puede apreciarse ninguno de los excesos denunciados pues, de un lado, frente a la consideración de la Administración Autónoma demandante de que la elección a que se refiere la disposición impugnada entre una opción confesional o no confesional de la asignatura «Sociedad, Cultura y Religión» equivale a imponer a los alumnos o a sus padres una declaración sobre su ideología, religión o creencias, la Sentencia entiende que, **al declarar el Real Decreto en cuestión, en su art. 3, la voluntariedad de la opción y la consiguiente aplicación al alumno de las enseñanzas alternativas, en caso de no manifestarse expresamente, elimina cualquier posibilidad de entender vulnerado el derecho reconocido en el art. 16.2 de la Constitución. Es más, conforme con el art. 27.3 del Texto Constitucional, el Real Decreto garantiza el derecho a recibir una formación religiosa según las propias convicciones** pues ofrece esa posibilidad a los ciudadanos destinatarios de la misma que, a su vez, han de manifestar voluntariamente si la aceptan o no.

La Sala, desde la doble perspectiva en que puede ser analizado el hecho religioso —valorativa y académica— estima que no se produce

una vulneración del derecho de los padres a que sus hijos sean educados con total ajenidad a una u otra religión pues, desde la percepción puramente académica, el currículo que el Real Decreto marca, lejos de hacer apología de una determinada fe religiosa, aborda el fenómeno religioso —en la opción no confesional— desde diversas perspectivas (histórica, cultural, científica, etc.), posibilitando, además, el estudio tanto de las doctrinas que lo afirman como las que lo niegan; lo que implica, por tanto, una opción puramente política que no puede merecer ningún tipo de reproche desde el punto de vista constitucional.

Finalmente, la Sentencia se pronuncia sobre la inexistencia de vulneración de las normas que atribuyen competencia la Comunidad Autónoma en materia educativa, al entender que la atribución a las autoridades religiosas de cada confesión de la determinación del propio currículo no exime a aquéllas de la obligación de infundir en la actividad docente el imprescindible respeto a los valores constitucionales, de modo que la Comunidad Autónoma podrá, en caso, en su caso y ante la falta de cumplimiento de tal deber, exigir la correspondiente responsabilidad.

## ***9.2. Conciertos educativos. Reducción de unidades docentes. Necesidad de resolución motivada. Afección al derecho fundamental consagrado en el art. 27 CE***

La STS 27-09-2004 (R. C. 6654/2001) estima el recurso interpuesto por una asociación de padres contra la aprobación de un nuevo convenio educativo que reduce las unidades docentes. La sentencia incide en la **motivación como requisito de validez para la adopción de decisiones de esta naturaleza** que afectan al derecho a la educación: «*Tratándose de decisiones que afectan directamente al derecho fundamental a la educación y al derecho de los padres a elegir la enseñanza que desean para sus hijos, la Administración debe motivar sus decisiones que inciden en ellos, no sólo con argumentos genéricos, sino con razones concretas y, sobre todo, acreditando, cuando se aduce ese motivo, que no cuenta con fondos suficientes para mantener el número de unidades de enseñanza primaria y secundaria que hasta ese momento venía financiando en el centro al que se refiere este recurso, respecto del cual no se ha objetado que incumpla los requisitos necesarios para la renovación del concierto que establece el art. 43 del Real Decreto 2377/1985. Así, pues, con ayuna de todo apoyo concreto, la justificación aducida por la*

*resolución de la Consejería de Educación y Cultura para reducir las unidades concertadas es insuficiente.» (F. J. 3.º)*

## 10. Expropiación forzosa

### ***10.1. Reconocimiento del Derecho de reversión sobre bienes expropiados enajenados a otra Administración. Indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración para el supuesto de que resulte imposible la reversión in natura de los bienes***

**La STS, Secc.6.<sup>a</sup>; 25-01-2005 (RC 1067/2001)** contempla como supuesto de **funcionamiento anormal de la Administración Pública expropiante —Ministerio de Defensa— el acuerdo de desafectación del fin público para el que se expropiaron los bienes, con declaración simultánea de su alienabilidad, seguido de la disposición de los mismos en beneficio de otra Administración que los adquiere para el cumplimiento de sus fines propios, con desconocimiento absoluto del derecho de reversión de los propietarios expropiados.**

La Sala declara que *«resulta palmario que el Convenio suscrito entre el Ramo de Defensa y la Comunidad Autónoma de La Rioja, en tanto que contrato administrativo de los contemplados en el art. 2.b) de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, vigente en la fecha del Acuerdo, dada su naturaleza administrativa especial por resultar vinculado al giro o tráfico específico de las Administraciones contratantes, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquéllas, era anulable de acuerdo con lo establecido en el art. 63.1 de la Ley 30/1992, al incurrir en la infracción del ordenamiento jurídico consistente en desconocer la opción que al ejercicio del derecho de reversión de los bienes expropiados reconocía a los recurrentes la Ley de Expropiación Forzosa vigente en el momento en que se firmó el Convenio referido»*; y, en consecuencia, casa la sentencia recurrida y dicta nueva sentencia, declarando que *«la Administración expropiante, a saber, el Ministerio de Defensa, y, más en concreto, el Organismo Autónomo de carácter administrativo creado por la Ley 28/1984 bajo la denominación de Gerencia de Infraestructura de la Defensa, hoy Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa, regido por el Real Decreto 1687/2000, de 6 de octubre, deberá seguir el procedimiento dispuesto en los arts. 29 y*

siguientes de la Ley de Expropiación Forzosa y 68 de su Reglamento hasta concluir el mismo, fijando el justo precio de los bienes desafectados y cuyo derecho de reversión reconoció a los demandantes en la instancia mediante el Acuerdo de veintinueve de abril de mil novecientos noventa y nueve. Para el supuesto de que fijado el justo precio de los bienes desafectados el derecho de reversión resultase de imposible ejercicio para los recurrentes, tal y como invoca la administración, porque se hubiera producido el excepcional supuesto al que se refiere el apartado segundo del art. 66 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, decreto de veintiséis de abril de mil novecientos cincuenta y siete, cuando afirma que “en los casos en que como consecuencia de una alteración indebida no fuere legalmente posible la reversión, se estará a lo previsto en el art. 121 de la ley, apartado 1, sin perjuicio de que se deduzcan las responsabilidades previstas en el mismo precepto”, se procederá a indemnizar a los recurrentes de conformidad con lo establecido en la Ley de Expropiación Forzosa y en la Ley 30/1992, arts. 139 y siguientes y el Real Decreto 429/1993, de 26 de abril, que derogó el capítulo II del título IV del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa» (FJ.º 5.º).

**10.2. No sujeción del preaviso o advertencia de reversión a plazo de prescripción o caducidad. Falta de idoneidad de la posesión por expropiación para la adquisición del dominio de los bienes expropiados por prescripción**

La STS; Secc.6.ª; 06-04-2005 (RC 3548/2001) casa la sentencia recurrida y consolida la doctrina de la Sala —mantenida entre otras en las sentencias de 8 de mayo de 1987, 21 de marzo de 1991, 18 de abril de 1997, 5 de febrero de 1998 y 10 de mayo de 1999— en cuanto a que **el preaviso o advertencia de reversión del art. 64.2 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa no está sujeto a plazo de prescripción o caducidad, al no estar contemplado ni en la Ley ni en su Reglamento**, tras la modificación en este extremo del anterior ordenamiento que establecía un plazo de treinta años, desde la toma de posesión del inmueble por la Administración expropiante, como límite temporal, transcurrido el cual cesaba el derecho de reversión.

Aclara la Sala que ello no supone «que la acción de reversión quede a la omnímoda libertad de los expropiados o sus causahabientes, con la

*consiguiente indefinición respecto de la titularidad y destino del bien o derecho sujeto a retrocesión, pues, en todo caso, está en manos de la Administración poner fin a tal estado de cosas mediante la notificación directa a aquellos de la inejecución, terminación o desaparición de la obra o servicio público para así emplazarles a que insten la reversión en el término de un mes, previsto en el art. 55 de la Ley de Expropiación Forzosa, transcurrido el cual sin haberlo ejercitado decaerá tal derecho, por más que este precepto anude idénticos efectos a la comparecencia de los interesados en el expediente dándose por enterados de la inejecución o terminación de la obra o de la desafectación».*

Respecto a la posibilidad sugerida por el Abogado del Estado de que la Administración pueda adquirir por usucapión los bienes expropiados, la sentencia que comentamos, consolidando la doctrina de la Sala declara que dicha tesis *«no sólo contradice el sistema de garantías establecido en el ordenamiento expropiatorio vigente, en el que la reversión, salvo cuando la ley la excluye explícita o implícitamente (arts. 74 y 75 de la Ley de Expropiación Forzosa entre otros supuestos), constituye el instrumento más efectivo de control del cumplimiento de los fines que justificaron el desapoderamiento de los bienes o derechos y, en definitiva, para velar por la autenticidad de la causa expropiandi, sino que es contraria al régimen de la usucapión, por suponer la expropiación un desapoderamiento coactivo de bienes o derechos aunque exista justo título para ello.....»*. Por tanto queda claro que por más que la expropiación suponga una posesión de buena fe y con justo título, al ser coactiva la desposesión de los bienes o derechos expropiados, carece de la condición de pacífica, de manera que no es idónea ni hábil para adquirir el dominio por prescripción, y, por consiguiente, no cabe esgrimir la usucapión para denegar la reversión (FJ.º 3.º).

## **11. Extranjería y asilo**

### **11.1. Derecho de Asilo**

#### *11.1.1. Impugnación de actos denegatorios del asilo por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales*

Aunque el art. 13.4 de la Constitución difiere al legislador ordinario la regulación del derecho de asilo, el Tribunal Supremo admite la

impugnación de los actos denegatorios del asilo por el procedimiento especial de los arts. 114 y siguientes de la LRJCA, en su **STS, 7.ª, 8-11-2004 (R. C. 1329/2001)** ha sentado la siguiente doctrina: *«el derecho de asilo guarda una estrecha relación con los derechos fundamentales en todos aquellos casos en que la persecución que sufren o temen sufrir quienes lo solicitan consista en amenazas o vulneraciones contra el objeto de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Eso quiere decir que mediante el asilo se amparan indirectamente esos derechos y, también, que cuando no se concede, incumpliendo las normas legales que lo regulan, existiendo el trasfondo indicado, esa decisión se proyecta igualmente sobre aquellos derechos. En consecuencia, no cabe descartar a priori la adecuación del procedimiento previsto en los arts. 114 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción para enjuiciar recursos contra actuaciones administrativas en esta materia.»* (F. J. 5.º).

#### 11.1.2. Denegación de asilo. Oposición a la valoración de la prueba llevada a cabo por el tribunal de instancia. Hechos y conceptos jurídicos en materia de asilo

**La STS, 5.ª, 29-04-2005, Rc 44/2002**, ha perfilado una cuestión de gran trascendencia práctica, cual es la consistente en determinar el alcance de las facultades revisoras del Tribunal de casación a la hora de examinar los hechos relevantes para el enjuiciamiento de la cuestión debatida, y la diferenciación entre los hechos y los conceptos jurídicos. Dice esta sentencia que *«en estos pleitos los hechos son las circunstancias fácticas que el interesado alega en apoyo de su solicitud de asilo (v.g. que fue detenido en tal fecha, o que fue sometido a tortura en tal otra, o que en tal o cual ocasión su domicilio fue sometido a registro, o que fue privado de su puesto de trabajo, o que le fue rebajado el salario, etc.). En la valoración de las pruebas para aceptar o rechazar esos hechos es donde la Sala de instancia tiene su función más privativa, ya que el Tribunal de casación (salvo los casos de operaciones valorativas contradictorias o ilógicas, o que infrinjan normas que otorgan determinada eficacia a ciertos medios de prueba) tiene que respetar la fijación de los hechos que haya realizado el Tribunal de instancia. Ahora bien, una cosa son los hechos y otra muy distinta que esos hechos constituyan o no una persecución, pues este es un concepto jurídico utilizado por el ordenamiento y lo que sobre su concurrencia o no haya declarado el Tribunal de instancia está sometido, como todos los conceptos jurídi-*

*cos, al examen y crítica del Tribunal de casación. En la vida no existen “persecuciones” como conceptos fácticos desconectados de los hechos, sino que existen hechos que, debidamente analizados a la luz de las normas jurídicas, constituyen o no la persecución que estos refieren, como base del asilo. Repetimos: en la fijación de aquellos hechos este Tribunal (salvo las excepciones dichas) no puede contradecir a la Sala de procedencia, pues el recurso de casación carece de esa virtualidad, pero sí puede decidir (contradiciendo, si ello es necesario, a la Sala de instancia), si esos hechos constituyen o no una persecución» (FJ 3.º).*

### *11.1.3. Inadmisión a trámite de la petición de asilo. Inexigibilidad de prueba de la persecución en fase de admisión. Precisiones en relación con la petición subsidiaria de permanencia en España por razones humanitarias*

La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha recordado de forma insistente que no se pueden confundir los requisitos para la concesión del asilo, establecidos en el art. 8 de la nueva Ley de Asilo, con las condiciones para que una solicitud de asilo sea admitida a trámite, para lo que es suficiente con aducir hechos verosímiles y vigentes, que constituyan una causa que pueda dar lugar al reconocimiento de la condición de refugiado; añadiendo que las pruebas o los indicios sobre la certeza de los hechos se han de valorar una vez admitida a trámite la solicitud de asilo, a fin de concederlo o no, pero para incoar el oportuno procedimiento es suficiente que los alegados sean constitutivos de alguna de las causas contempladas en el art. 3.1 de la referida Ley 5/1984. Por eso, en sentencias como la **STS, 5.ª, 15-4-2005, Rc 948/2002**, ha declarado que **cuando nos hallamos ante la impugnación de una inadmisión de la petición de asilo por el motivo previsto en el art. 5.6.b) de la Ley 5/84 (/modificada por Ley 9/94), el dato relevante es si el relato de hechos expuesto en la solicitud de asilo puede ser reconducido a alguno de los motivos de asilo previstos en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el día 28 de julio de 1951, y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, a cuyos textos se remite expresamente el art. 3.1 de aquella Ley 5/1984. Para realizar este juicio, esto es, para valorar si los hechos alegados por el solicitante de asilo constituyen una causa que pueda dar lugar a la condición de refugiado, basta sopesar ese relato y contrastarlo con la legislación aplicable, siendo innecesario el recibimiento a prueba del proceso, pues esa**

**prueba habrá de practicarse una vez admitida a trámite la solicitud de asilo.** No obstante, no faltan sentencias que declaran que aun en estos casos de impugnaciones de resoluciones que han acordado la inadmisión a trámite de la petición de asilo, cuando se solicita, con carácter subsidiario la autorización de permanencia en España por razones humanitarias, con arreglo a la posibilidad prevista en el art. 17.2 de la Ley de Asilo precitada, la prueba sí que resulta relevante para valorar la procedencia de esta pretensión subsidiaria. Así, señala la **STS, 5.ª, 13-05-2005, Rc 1336/2002**, que aun sin concurrir las condiciones requeridas para el reconocimiento de la condición de refugiado, cabe en nuestro ordenamiento jurídico, a través de lo que se dispone en el art. 17.2 de dicha Ley, autorizar al solicitante la permanencia en España por razones humanitarias o de interés público. Extremo, éste, en el que no es requerida la constatación de una persecución individual y en el que cobra más relieve el análisis del conflicto social y del modo en que éste afecta a la persona inmersa en él. Recuerda, además, esta sentencia, en línea con una doctrina uniforme de la Sala, que **la Administración, al inadmitir a trámite o denegar una solicitud de asilo, debe pronunciarse acerca de si hay razones humanitarias o de interés público que justifiquen la permanencia en España del solicitante en el marco de la legislación general de extranjería** (art. 17.2 de la Ley de Asilo, 22.2, 23.2 y 31.3 de su Reglamento), de manera que la decisión administrativa al respecto es controlable y revisable al tiempo de enjuiciar si las inadmisiones a trámite o denegaciones de asilo son ajustadas a derecho.

## **11.2. Extranjería**

*11.2.1. Impugnación del Real Decreto 178/03, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo*

La **STS, Secc. 4.ª, 09-02-05 (RCA 71/2003)**, anula el inciso «o de denegación de tarjetas» del apartado 2 del art. 18 del precitado Real Decreto. Leemos en esta sentencia que *«sostiene con acierto la entidad recurrente que cuando el apartado 2 del art. 18 afirma taxativamente que “las resoluciones de expulsión o de denegación de tarjetas fijarán el plazo en el que el interesado debe abandonar el país”, se está estableciendo (u otorgando la posibilidad de que así se interprete por la*

autoridad gubernativa) que la denegación de la tarjeta de residencia — mero soporte formal del derecho a residir— lleva consigo la orden de expulsión del territorio nacional, ya que el mismo precepto establece que se fijará un plazo perentorio para abandonarlo en la misma resolución denegatoria, pese a no habersele seguido un procedimiento de expulsión que únicamente puede estar fundado en motivos de orden público, seguridad pública o sanidad pública, en los que no cabe encajar la simple denegación de la tarjeta de residente, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (sentencias Royer, y MRAX contra el Estado Belga») (FJ 2.º). La Sala rechaza esta posibilidad, señalando que **«No se puede negar que atribuir a la denegación de la tarjeta de residencia a un nacional de Estados miembros de la Unión Europea, o partícipes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, el efecto de obligarle a abandonar nuestro país no solamente contraviene el principio de proporcionalidad que impide reputar causa bastante de orden, seguridad o sanidad pública a esta sola circunstancia, en sí misma considerada, sino que se halla en contradicción con el mismo catálogo de resoluciones a adoptar que se especifica en el art. 16, según el cual la denegación de la expedición o renovación de la tarjeta de residencia y la expulsión del territorio nacional se consideran medidas diferentes, y no consecuencia la una de la otra»** (FJ 3.º). En apoyo de esta conclusión, matiza la sentencia que no quiere ello decir, naturalmente, que la denegación de la tarjeta de residencia no pueda ir acompañada de un proceso de expulsión o devolución del territorio nacional del ciudadano afectado, si es que existen causas de orden, seguridad o sanidad pública que así lo justifiquen según la legislación aplicable en la materia; pero es preciso evitar los equívocos que pudieran engendrarse suponiendo que la simple denegación de la tarjeta de residencia puede suponer para dichos ciudadanos la salida obligada del territorio nacional por esa sola circunstancia.

11.2.2. *Regularización de extranjeros. Cuestión de ilegalidad en relación con el inciso «ni tener proceso judicial penal en curso» que se contiene en el art. 1.1.3.º del Real Decreto 239/00, al ser un requisito no establecido en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 4/2000: estimación*

La STS Sec. 5.ª 6-10 cuestión de ilegalidad 20/03, estima una cuestión de ilegalidad planteado por el Juzgado de lo Contencioso n.º

2 de Zaragoza en relación con el inciso «*ni tener proceso judicial penal en curso*» que se contiene en el art. 1.1.3.º del Real Decreto 239/00, al ser un requisito no establecido en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 4/2000, de 11 de enero que fue la que encargó al Gobierno el establecimiento del «*procedimiento para la regularización de los extranjeros que se encuentren en territorio español antes del día 1 de junio de 1999 y que acrediten haber solicitado en alguna ocasión permiso de residencia o trabajo o que lo hayan tenido en los tres últimos años*». Desde luego, entiende la Sala, el Gobierno podía imponer, al elaborar la disposición reglamentaria, otros requisitos distintos a esos, cuales eran los básicos establecidos para el futuro en la propia Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, pues no puede entenderse que ésta hiciera dejación para la vía transitoria de los requisitos substanciales que ella misma imponía para el futuro. Pero ocurre que **el requisito de no «tener proceso judicial penal en curso» no está establecido en la propia Ley para poder obtener permiso de residencia temporal**, pues su art. 29.4 exige que se carezca de antecedentes penales en España (lo que implica no un proceso penal pendiente, sino una condena firme), con la salvedad de que no será obstáculo «haber cometido delito en España si ha cumplido la condena, ha sido indultado o está en situación de remisión condicional de la pena». Como se ve —concluye la sentencia—, la Ley Orgánica 4/2000 sólo se refiere al hecho de haber sido condenado, y no al simple de tener proceso judicial penal en curso.

*11.2.3. Cuestión de ilegalidad en relación con el art. 84.5 del Reglamento de ejecución de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, aprobado por RD 864/2001; estimación*

La **STS Secc. 5.ª 21-10 cuestión de ilegalidad 24/03**, declara la nulidad de pleno derecho del apartado 5 («*Cuando el empresario o empleador no acredite en su caso, que, con carácter previo, ha cumplido con la obligación de gestionar la oferta ante los servicios públicos de empleo*») del art. 84 Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Se resuelva, así, en sentido estimatorio una cuestión de ilegalidad ahora planteada por el Juzgado de

lo Contencioso n.º 2 de Pontevedra, en relación con el art. 84.5.<sup>a</sup> de aquella norma reglamentaria que decía «*La autoridad competente podrá resolver la inadmisión a trámite de la solicitud de permiso de trabajo en los siguientes supuestos: ... 5. Cuando el empresario o empleador no acredite en su caso, que, con carácter previo, ha cumplido con la obligación de gestionar la oferta ante los servicios públicos de empleo*»; y ello por considerar la Sala que **dicho precepto contraviene el mandato legal del art. 71 de la Ley 30/1992 (LRJ-PAC)** por impedir el ejercicio de las facultades de subsanación que en este precepto se establecen.

#### *11.2.4. Denegación de entrada en territorio nacional. Interpretación del art. 5.1.c) del Convenio de Schengen*

La STS, 5.<sup>a</sup>, 16-03-2005, Rc 1016/2002, analiza la correcta interpretación y aplicación del art. 5.1.c) del Convenio de Schengen, a cuyo tenor «Para una estancia que no exceda de tres meses se podrá autorizar la entrada en el territorio de las Partes contratantes a los extranjeros que cumplan las siguientes condiciones: [...] c) En su caso, presentar los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista...». Señala esta sentencia que dicha norma «*no exige que en todo caso hayan de ser presentados los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista. Lo exige en su caso. Lo cual debe entenderse en el sentido de que **la no presentación de esos documentos justificativos puede amparar una decisión de denegación de la entrada no siempre, sino sólo: a) cuando haya datos o circunstancias, y así se exprese razonadamente en la decisión, que levanten la sospecha de que el objeto y/o las condiciones de la estancia declarados no se corresponden con la realidad; y b) cuando por su naturaleza o por su singularidad, sea usual que el viajero esté en posesión de documentos que justifiquen aquel objeto y/o aquellas condiciones***» (FJ 6.º). En coherencia con este planteamiento, entiende la Sala que si es la sospecha de no ser veraces las manifestaciones del viajero lo que determina el requerimiento de documentación y la denegación de entrada, lo exigible será que la Administración exponga las razones que conduzcan a tener por fundada la sospecha, pues así lo requieren conocidos principios de nuestro ordenamiento jurídico, como son los que proscriben la arbitrariedad de los poderes públicos, u otorgan los derechos de defensa

y de tutela judicial, o someten la actuación de la Administración al control de los Tribunales.

En el Mismo sentido, la **STS, 5.<sup>a</sup>, 1-04-2005, Rc 181/2002**, puntualiza que *«el precepto contenido en el citado artículo del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, mediante el uso de la expresión en su caso, no exige que tengan quienes pretendan entrar en territorio español que presentar necesariamente documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia, debiendo interpretarse en el sentido de que, sólo cuando haya datos o circunstancias que permitan suponer que se falta a la verdad en la manifestación del objeto de la estancia, la autoridad o agente de la misma, mediante explicación suficiente, podrá requerir al interesado a que aporte los documentos que justifiquen la estancia prevista, o bien cuando por su naturaleza o su singularidad sea imprescindible que el viajero esté en posesión de dichos documentos»*.

#### *11.2.5. Sanción de expulsión de extranjeros del territorio nacional. Principio «non bis in idem»*

La **STS, 5.<sup>a</sup>, 1-3-2005, Rc 5495/2001**, a la que han seguido otras muchas con similar contenido, ha declarado que si el principio «non bis in idem» no impide que una condena penal por delito doloso pueda ser considerada también como causa de expulsión de un extranjero del territorio nacional, la cuestión debe abordarse desde una perspectiva diferente si la expulsión se funda en la comisión de unos hechos por los que existe pendiente un proceso penal. El principio «non bis in idem» conduce a que cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, sea posible que ese enjuiciamiento y calificación se hagan con independencia si resultan de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. De aquí deriva una regla de **subordinación de la Administración a la actuación jurisdiccional** que determina que no pueda pronunciarse aquélla hasta que lo haya hecho la Jurisdicción y que los hechos declarados por ésta no puedan ser contradichos por la Administración.

## 12. Función pública

### ***12.1. Libertad sindical en el ámbito de la función pública. Participación en la Mesa Sectorial para el Personal Funcionario de la Administración de Justicia transferido a Comunidades Autónomas***

La STS 7.<sup>a</sup>, 27-09-2004, Rc 6775/1999, ratificando la sentencia de instancia, vino a reconocer el derecho de un sindicato que, sin tener representación en la Mesa General, solicitó la creación de una Mesa Sectorial para el Personal Funcionario de la Administración de Justicia transferido a Comunidades Autónomas. Señala la sentencia lo siguiente: «(...) **establecido el carácter representativo de CSI-CSIF en el ámbito del que estamos hablando, constituye una violación de su derecho fundamental a la libertad sindical no permitirle participar en la Mesa Sectorial correspondiente. La resolución del Director de Negociación Colectiva que originó el proceso produce ese efecto, desconociendo la vinculación propia de los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución sobre los poderes públicos. Por tanto, la Sentencia resolvió conforme a Derecho al declararla nula y reconocer el derecho de CSI-CSIF a participar en la Mesa Sectorial de Euskadi para el personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia transferido a la Comunidad.**» (FJ4.º).

### ***12.2. Función pública docente. Impugnación del RD 1284/2002. Adscripción de profesores a nuevas especialidades***

La STS, Secc. 7, 11-5-2005, Rc 14/2003, estudia en profundidad si el Real Decreto 1284/2002, de 5 de diciembre, infringe o no la disposición adicional decimocuarta, apartado cuarto de la Ley de Ordenación General del Sistema Educativo, en relación con la determinación de las especialidades a que deben ser adscritos los profesores procedentes de los antiguos cuerpos y las áreas o materias que deben impartir, en concreto dentro de las enseñanzas de artes plásticas y diseño. El problema surge como consecuencia del desarrollo de los arts. 47 y 49 de la Ley Orgánica 1/1990, de Ordenación General del Sistema Educativo, que establece los títulos correspondientes a los estudios superiores de Áreas de Plásticas y Diseño, determinándose la equivalencia entre el título de Graduado en Artes Plásticas y el título de Técnico Superior. En concreto se trata de determinar, dentro de los nuevos conceptos de familia pro-

fesional, ciclos formativos y atribuciones de competencia docente, las adscripciones entre el Cuerpo de Maestros de Taller de Artes Plásticas y Diseño, y el Cuerpo de Profesores de Artes Plásticas y Diseño. Todo ello teniendo en cuenta que: «*La disposición transitoria segunda reconoce explícitamente el derecho de este profesorado de continuar desempeñando las mismas funciones que tenían asignadas en el momento de la aprobación del presente Real Decreto, sin perjuicio del reconocimiento de la adscripción no de forma indeterminada sino teniendo en cuenta dos criterios que excluyen cualquier incertidumbre: la formación específica y la adecuación a las necesidades docentes.*» (FJ 5.<sup>a</sup>), y que «*este profesorado mantiene la denominación de su antigua especialidad hasta que cese en su condición de funcionario de dicho Cuerpo y como tal se integra en su Centro*» (FJ 5.<sup>a</sup>). En el caso examinado, **el Real Decreto 1284/2002, recoge una situación ya existente, si bien, en relación con el profesorado cuyas especialidades no presentaban una correspondencia adecuada a las exigencias de la nueva ordenación, se respeta las funciones que tuvieran asignadas, y al mismo tiempo se les da la oportunidad de poder ser adscritos a otros puestos o funciones, conforme a su formación específica y siempre con adecuación a las necesidades docentes.** Partiendo de esta situación, la Sentencia entiende que «*las exigencias de la nueva ordenación no suponen que los titulares de las antiguas especialidades sean privados de su competencia docente como profesor, sino que les es reconocida aquella competencia más adecuada a su perfil en los términos que establece la disposición transitoria segunda del Real Decreto impugnado, cuya anulación resulta improcedente*» (FJ 5.<sup>o</sup>). En consecuencia, partiendo de la determinación de la competencia docente, es decir, las áreas o materias que se pueden impartir atendiendo a la especialidad que posea cada profesor, y atendiendo a que «*en estas enseñanzas la integración de los Departamentos Didácticos se realiza en función de los módulos que se imparten y no de la especialidad del profesorado, a lo que ha de añadirse que en la elección de horario ha prevalecido siempre el criterio de antigüedad en el Cuerpo*» (FJ 5.<sup>o</sup>), se llega a la conclusión de que: «*En suma, tratándose, como ha puntualizado la Sala y acaba de señalarse, de una regulación “ex novo” que introduce una profunda modificación en la estructura docente y se manifiesta como un ejercicio de la potestad organizatoria que no altera sino indirectamente aspectos de la relación de servicio de los funcionarios docentes nos encontramos ante una estructura claramente diferenciada dimanante de la nueva ordenación académica, lo que supone una regulación pormenorizada de las equiva-*

*lencias académicas con el reconocimiento de las fórmulas de incorporación (como ya hemos subrayado, entre otras, en la STS, 3.ª, 7.ª de 30 de marzo de 2004) y no puede considerarse que la disposición recurrida incida en vicio de ilegalidad» (FJ 8.º).*

### **12.3. Aplicación de la disposición transitoria 4.ª de la Ley vasca 6/89 al personal laboral temporal**

La STS, **Sec. 7, 5-4-05, Rc 888/02**, estudia el alcance de la disposición transitoria 4.ª de la Ley 6/89, de 6 de julio de la Función Pública Vasca, que permite a quien tuviera la condición de interino o contratado administrativo de colaboración temporal, a la entrada en vigor de la misma, acceder mediante concurso-oposición a la función pública, valorándole los servicios prestados, durante las tres primeras ofertas de empleo público que se produjeran. La sentencia centra la cuestión debatida señalando que el tema principal del proceso de instancia consistía en decidir cual es el alcance o interpretación que había de darse a la disposición transitoria cuarta de la Ley autonómica 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca, en el concreto punto de la determinación y concreción de la clase de personal que podía acogerse a la especial vía de acceso a la Administración demandada establecida en la mencionada disposición transitoria. Habiéndose aceptado por la Sala de instancia la inclusión de una contratada laboral temporal dentro del ámbito de aquella disposición, en atención a la naturaleza de las funciones realmente desempeñadas, el Tribunal Supremo entiende que esta conclusión no es contraria a la normativa aplicable. Leemos, así, en esta sentencia que *«Lo que la sentencia recurrida sostiene es la necesaria correspondencia que debe darse entre el puesto de trabajo desempeñado temporalmente y el régimen jurídico aplicable al personal que realiza ese desempeño, para concluir que, si el puesto de trabajo está clasificado como funcional por la propia Administración, la misma naturaleza deberá ser atribuida a la relación de servicios mantenida durante dicho desempeño. Esa solución no se opone a lo establecido en el art. 5.1 de la LFCE porque es la que resulta más conforme con la letra y finalidad de este precepto, pues lo que según él caracteriza a la figura del funcionario interino es el desempeño temporal de plazas de plantilla destinadas a ser provistas por funcionarios de carrera; y esto equivale a proclamar que quienes ocupan temporalmente dichas plazas necesariamente tienen la consideración de funcionarios interinos. Tampoco lo decidido por*

la sentencia recurrida contradice el art. 7.1 de esa misma LFCE. Este precepto debe ser considerado conjuntamente con el anterior y, así interpretado, lo que significa es que la posibilidad que permite a la Administración de contratar personas con el carácter de trabajadores, de acuerdo con la legislación laboral, está referida a plazas que no hayan sido clasificadas como funcionariales» (FJ 8.º). Y es que —apunta esta sentencia— **la Administración, en el ejercicio de su potestad de autoorganización, es libre de crear puestos de trabajo sujetos al régimen funcional o laboral, pero, una vez clasificado el correspondiente puesto, el nombramiento para su provisión debe hacerlo de acuerdo con el específico régimen jurídico que le haya asignado al clasificarlo como funcional o laboral.** Aplicar al nombramiento un régimen jurídico diferente del correspondiente a la clasificación del puesto significa una inexplicable contradicción con la decisión previamente tomada sobre esa clasificación, poco compatible con la constitucional interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), y también comporta establecer unas diferencias de trato jurídico entre los servidores de puestos de la misma clasificación que se acomodan mal al principio de igualdad (art. 14 CE), por lo que procede rechazar el motivo tercero.

#### ***12.4. Ingreso en Centros Docentes de la Guardia Civil. Limitación del número de convocatorias para los aspirantes por promoción interna. Titulación requerida para el acceso a la Escala de Oficiales***

La STS, Secc. 7, 20-10-2004, Rc 88/2002, estudia la problemática surgida como consecuencia de la creación de un régimen propio y específico de personal para la Guardia Civil, a través de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, y en concreto declara la conformidad con el ordenamiento jurídico del Real Decreto 597/2002 de 28 de junio, que aprueba el Reglamento General de Ingreso en los Centros Docentes de Formación del Cuerpo de la Guardia Civil, especialmente en lo relativo a la limitación del número de convocatorias a tres para el ingreso por promoción interna, recogida en el art. 19.1.b) del Reglamento y en lo referente a la **no exigencia de una titulación mínima para formar parte en las pruebas selectivas que capacitan para el acceso a la Escala de Oficiales.** Partiendo de la permeabilidad entre Escalas, fijado como uno de los objetivos de la Ley 42/1999, y de la experiencia adquirida en la

aplicación del Reglamento General de Ingreso y Promoción en las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil, el RD 597/2002 regula todas las formas de acceso a la enseñanza de formación para incorporarse a las diferentes Escalas por acceso directo, por promoción interna y por cambio de Escala. Y lo hace según *«los principios básicos sobre los que descansa el sistema de enseñanza de la Guardia Civil, proclamados por el art. 19.2 de la Ley 42/1999 de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Instituto, pueden sintetizarse en dos: a) Se trata de un sistema unitario que garantiza la continuidad del proceso educativo. b) Está integrado en el sistema educativo general»* (FJ 6.º). De acuerdo con los anteriores criterios, se regulan los requisitos según la modalidad en que nos encontremos: ingreso directo, cambio de Escala o promoción interna, de forma que: *«La titulación que cabe exigir a los miembros de la Guardia Civil para tomar parte en procesos docentes de promoción interna sólo puede ser aquella que les haya sido proporcionada por el propio sistema de enseñanza de formación del Instituto con ocasión del ingreso en la Escala a la que ya pertenezcan»* (FJ 6.º). Lo que igualmente supone que *«sólo puede ser exigible la posesión de titulación o acreditaciones académicas externas al sistema de enseñanza de la Guardia Civil a quienes pretendan acceder por el sistema de ingreso directo a cualquiera de los centros docentes de formación de la Guardia Civil (art. 20.3 y los apartados 1 y 2 del art. 27 de la Ley 42/1999) y a quienes se pongan acceder, mediante cambio de Escala, a la facultativa Superior o Facultativa Técnica del Cuerpo (art. 29 de dicha Ley)»* (FJ 6.º). En consecuencia, según se determina en esta Sentencia, *«el Reglamento impugnado no impone o exige requisitos de titulación académica externa a quienes pretendan participar en los procesos de promoción interna y el art. 19 del Reglamento impugnado establece las condiciones particulares para el ingreso directo (no por promoción interna) en los centros docentes de formación de la Guardia Civil, ya que para el acceso a dichos Centros por promoción interna, las condiciones que deben reunir los interesados son las generales que previene el art. 17 y las particulares a las que se refiere el art. 24 del Reglamento»* (FJ 8.º). En cuanto a la limitación a tres del número de convocatorias, tampoco se considera que se haya infringido el principio de legalidad puesto que la Ley 42/1999 establece la posibilidad de fijar un número máximo de convocatorias y no se opone a la Ley Orgánica 2/1986. Y en cuanto al principio de igualdad en este supuesto *«el recurrente se limita a aludir a los funcionarios civiles de las distintas Administraciones públicas y a los miembros del Cuerpo Nacional de Policía, cuando la Guardia Civil es*

una Institución propia y específica, con su correspondiente regulación» (FJ 4.º).

### 13. Poder judicial. Administración de justicia

#### **13.1. Sanción Disciplinaria a Magistrado. Falta grave de desatención. Art. 417.9 LOPJ**

La infracción prevista en el art. 417.9 LOPJ ha sido objeto de atención y análisis en varias sentencias recientes de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. inciden en esta infracción disciplinaria, así, por ejemplo, en la STS, Sec. 7.ª, 20-12-2004 (Rca 272/2002) se perfila el alcance de este tipo sancionador, señalando que *«en las Sentencias dictadas el 1 de diciembre de 2004 en los recursos 170, 185 y 214/2002, ha establecido que la desatención es una falta muy grave que cometen los Jueces y Magistrados cuando obran con descuido o ligereza muy graves en la iniciación, tramitación o resolución de las causas o procesos de los que conocen o en el ejercicio de cualesquiera competencias judiciales. Supone la infracción de los deberes que las leyes les imponen, bien por apartarse del proceder que de éstas resulta con absoluta claridad sobre el sentido o el momento de la decisión que están llamados a tomar, bien por incumplir, en los supuestos en que sean llamados a formular una valoración, las reglas legales que deben presidir el proceso encaminado a producir la decisión o por omitir la diligencia que deben poner en el mismo. Se trata de una infracción que se castiga siempre que no se trate de una conducta incardinable en el Código Penal. En fin, el descuido judicial no supone desatención, ni la exigencia de responsabilidad disciplinaria por razón del art. 417.9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial autoriza al Consejo General del Poder Judicial a sancionar los errores en que puedan incurrir los Jueces y Magistrados al juzgar una controversia»*.

Se citan en esta sentencia unas sentencias anteriores de la misma Sección que han perfilado la naturaleza y presupuestos dogmáticos de la infracción que nos ocupa. Así, por citar una de esas SSTS de 1 de diciembre de 2004, la dictada por el Pleno de la Sala en el Rca 170/2002, dice la Sala que *«la conducta de desatención hace referencia a un comportamiento omisivo, aquél que no observa la atención o el cuidado debidos. Y, si negativamente se califica de este modo, positiva-*

mente puede presentarse como ligereza o distracción. Además, la desatención castigada disciplinariamente ha de producirse en cualquiera de los momentos a los que se refiere el art. 417.9: iniciación, tramitación o resolución de los procesos o causas o en el ejercicio de cualquier competencia judicial, descripción ésta muy amplia que abarca los distintos planos de la actuación de los Jueces y Magistrados en el cumplimiento de sus deberes. No obstante, no puede subsumirse en el ámbito normativo del precepto cualquier falta de cuidado o distracción. Al fin y al cabo, estamos ante una infracción muy grave y si el legislador atribuye esta calificación a la falta es imperativo que la conducta omisiva de la atención necesaria sea de esa misma entidad. No es obstáculo a esta conclusión el hecho de que la Ley no califique expresamente de esta manera la desatención. Es suficiente con su conceptualización como infracción muy grave y su consiguiente inclusión en el mismo artículo que relaciona las conductas infractoras más graves que —fuera de los casos de delito— pueden cometer en el ejercicio de sus funciones los miembros de la Carrera Judicial. Pero si la desatención ha de ser muy grave para que integre el tipo, eso no significa que quede reducida solamente a los casos en que sea de carácter palmario. El paso dado por la Ley Orgánica 16/1994 de sustituir el abandono por la desatención significa que quiere corregir disciplinariamente no sólo aquellas actuaciones que prescinden absolutamente de la obligada diligencia, sino también aquellas otras en las que quepa apreciarla tras el examen detenido de los hechos. Tampoco exige el art. 417.9 que la desatención sea reiterada ya que el elemento de la reiteración lo predica solamente del retraso. Por otro lado, esta infracción sólo puede apreciarse a posteriori y el examen de la propia resolución judicial es uno de los elementos en los que cabe apoyarse para determinar la existencia de la desatención. Naturalmente, esto sólo será posible en tanto las conductas a considerar no constituyan delito de prevaricación en sus formas dolosa o culposa, pues de ser ése el caso, el castigo penal excluye el disciplinario por los mismos hechos. Ulteriores acotaciones del subtipo de desatención del art. 417.9 derivan de la posición constitucional que es propia de los Jueces y Magistrados y de la separación de poderes que establece el texto fundamental. Aquélla se caracteriza por la independencia, la inamovilidad, la responsabilidad y la estricta sumisión a la Ley. Ésta se distingue por estar atribuida exclusivamente a los Juzgados y Tribunales. Así resulta con claridad del art. 117 de la Constitución. En este contexto, **el Consejo General del Poder Judicial, es el órgano de gobierno llamado a velar por aquélla independencia pero, también, para que los Jueces**

*y Magistrados cumplan los deberes que les corresponden. Por eso, el art. 122.2 le atribuye la competencia sobre su régimen disciplinario, lo que supone apoderarle de la potestad sancionadora. No hay duda, por tanto, de que la extensión que haya de darse a sus atribuciones disciplinarias ha de ser respetuosa con la independencia judicial y con la exclusividad con que Juzgados y Tribunales ejercen la jurisdicción. Tampoco es dudoso que esa interpretación no puede conducir al vaciamiento de dicha potestad, ya que tal efecto entraría en contradicción con el propio art. 122.2 de la Constitución y, también, con su art. 117.1 ya que supondría un menoscabo de la responsabilidad que demanda a Jueces y Magistrados, para los que no consiente ningún privilegio. Esto significa que el legislador tiene espacio suficiente para dotar de contenido al régimen disciplinario que aplica el Consejo General del Poder Judicial. Espacio que no agotó la Ley Orgánica en 1985, sino que, posteriormente, se ha ido integrando y completando con las Leyes Orgánicas 16/1994 antes citada y 19/2003, de 23 de diciembre, y que puede ser susceptible de ulteriores intervenciones legislativas que lo perfeccionen. Ahora bien, junto a esta conclusión se impone otra de indudable peso: cualquiera que sea el alcance que se atribuya a la potestad sancionadora del Consejo General del Poder Judicial, no puede convertirse en instrumento o pretexto para que corrija el ejercicio de la potestad jurisdiccional. La relevancia constitucional que es propia del Consejo y la especial posición de autonomía de la que disfruta, si bien le convierte en órgano idóneo para hacer efectiva la responsabilidad disciplinaria de los Jueces y Magistrados, siempre sujeto al eventual control jurisdiccional, no le autoriza a adentrarse en el ámbito jurisdiccional con el propósito de imponer sus propias valoraciones a las que en el ejercicio de sus funciones lleven a cabo los órganos judiciales. Su cometido es otro, el que enuncia el art. 122.2 de la Constitución, el cual es, además, instrumental: sirve para salvaguardar la independencia judicial».*

### **13.2. Elecciones al Consejo Fiscal. Art. 9 del RD 437/1983. Vocales sustitutos y vocales electivos**

La STS 30-05-2005, Rca 146/2005, interpreta el art. 9 del Real Decreto 437/1983, respecto de la duración del mandato de los consejeros fiscales electivos que hubieran desempeñado el cargo con anterioridad como miembros sustitutos del Consejo. Leemos en dicha sentencia

que «(...) **esta sala no comparte la distinción que efectúa la Junta Electoral entre vocales sustitutos y vocales electivos** a los efectos de la aplicación del plazo de un año que el art. 9 del Real Decreto 437/1983 establece como límite máximo del ejercicio de la función del consejero fiscal para no impedir la presentación a la reelección. La finalidad del límite de un año de ejercicio de sus funciones que se establece para los vocales sustitutos como límite para la presentación a la reelección radica en la necesidad de compaginar la voluntad normativa de obtener la renovación íntegra del Consejo Fiscal en cada elección con el estímulo a la aceptación del cargo de consejero fiscal durante el último periodo del mandato de la institución cuando se producen vacantes anticipadas, habida cuenta de que puede presumirse que quienes se consideran con expectativas para ser elegidos miembros del nuevo Consejo rechazarán formar parte del mismo en calidad de sustitutos para un plazo breve de final de mandato perdiendo con ello la condición de elegibles.» (FJ 7.º).

### **13.3. Llamamiento de Juez sustituto. Conformidad del designado**

La STS, Secc. 7, 15-3-2005, Rc 198/2002, estudia los criterios legales que han de concurrir en el llamamiento de Juez sustituto, de forma que, tal como se ha exigido ya por esta Sala, no sólo es necesario que el llamamiento se realice de acuerdo con los arts. 200 y 212.2 LOPJ, y 143 del Reglamento 1/1995 de la Carrera Judicial, interpretado éste con carácter de *numerus apertus*, puesto que a falta de Instrucciones más matizadas de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia, los criterios fijados en el art. 143.3 del Reglamento de la Carrera Judicial, son los que directamente deben presidir el orden de llamamientos de los Jueces sustitutos, sino que es necesario que la designación efectuada venga precedida de la necesaria conformidad del interesado. De acuerdo con el anterior razonamiento se afirma que «*la designación efectuada no fue precedida de la necesaria conformidad del interesado, que se ve obligado a desempeñar una función jurisdiccional sin manifestar, de forma expresa, su disposición favorable al desarrollo de tal cometido que, desde el principio, se ve obstaculizado por la oposición de la parte actora, que recurre el nombramiento y que erige este argumento —la ausencia del favor libertatis— en el criterio esencial de estimación de la pretensión, pues la omisión padecida por el Consejo General del Poder Judicial, al no acreditar la previa conformidad del recurrente, genera la anulación del Acuerdo impugnado*» (FJ 5.º). Ahora bien, como señala la

Sentencia, ello no supone la falta de motivación de las razones del llamamiento, que en este caso fue efectuado por la Sala de Gobierno del TSJ de Madrid, ya que *«Conforme a esta doctrina, no nos cabe duda de que la actuación administrativa combatida en este recurso aparece formalmente motivada y precisamente la legalidad de esta motivación y, a través de ella, la del propio acto administrativo impugnado se acomoda a los criterios que para el llamamiento de los Jueces sustitutos se recogen en las normas de aplicación»* (FJ 4.º). Por lo tanto, los llamamientos de jueces sustitutos pueden realizarse con ocasión de necesidades surgidas con carácter extraordinario, exigiéndose tan sólo que la decisión del Consejo General del Poder Judicial venga precedida de una propuesta motivada de la Sala de Gobierno, incluso como reconoce el apartado 2 del art. 147 del Reglamento 1/95, sin la previa convocatoria pública. Pero, en todo caso, **si no existe la previa conformidad del interesado** *«hay vulneración del procedimiento legalmente establecido, al infringirse los principios esenciales de audiencia y conformidad del interesado, se le causa indefensión y el acto incurre en infracción del ordenamiento jurídico (arts. 62.1.e y 63 de la Ley 4/99)»* (FJ 5.º).

## 14. Responsabilidad patrimonial

### *14.1. Estado Legislador. Pase a la situación de segunda actividad de funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía en virtud de la Disposición Adicional 20.ª de la Ley 37/1998, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989*

En el presente año judicial, a la precedente litigiosidad orientada a hacer efectiva la responsabilidad del Estado legislador por los perjuicios económicos y profesionales derivados del pago del gravamen complementario sobre la tasa fiscal que gravaba los juegos de suerte, envite o azar, le ha sucedido la orientada a hacer efectiva la responsabilidad del estado legislador por los perjuicios causados por el pase a la situación de segunda actividad de miembros del Cuerpo de Policía Nacional en aplicación de la Disposición Adicional vigésima de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, que modificó la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Disposición Adicional que fue declarada inconstitucional y nula por la sentencia 234/1999, de 16 de diciembre, del Pleno del Tribunal constitucional.

Así, consolidando la línea iniciada por la STS Secc. 6.<sup>a</sup>; 17-07-2003 (RCA 60/2003), las STS Secc. 6.<sup>a</sup>, 4-10-2004 (RCA 14/03), 7-10-2004 (RCA 273/02, 23/03 y 40/04) o 22-2-05 (RCA 13/04 Y 278/04), entre otras, reconocen que *«Sin duda, la lesión se produjo, puesto que el demandante de estar en situación de activo pasó a la de segunda actividad con las consecuencias profesionales y económicas que de ese hecho derivaban, el daño alegado era efectivo, al menos en cuanto a la disminución de haberes, sin contar con el resto de las circunstancias profesionales que el cambio comportaba, y no existía para el recurrente el deber jurídico de soportar ese perjuicio puesto que el mismo lo produjo una ley posteriormente declarada inconstitucional»* (FJ.º 5.º y 6.º) y razonan que *«al habérseles aplicado la Disposición Transitoria Primera número 1, en lugar del número 2, de la citada Ley 26/94, que era la que les correspondía conforme a la repetida sentencia del Tribunal Constitucional, el perjuicio económico se incrementó, pues no se les aplicó el régimen retributivo de esta Ley, sino el que tenían cuando pasaron a segunda actividad, con lo que el complemento de disponibilidad que percibieron desde el 21-10-94, hasta la jubilación unos, y los no jubilados hasta que alcancen esa situación, ha sido o es muy inferior al que deberían haber percibido. Es decir, por aplicárseles una disposición que se declaró inconstitucional y nula, sufrieron un recorte en el tiempo de servicio activo o primera actividad, con incidencia en los aspectos económico, moral y profesional.»*

La Sala considera que la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada que se derivaría de una hipotética sentencia que pudiera haber recaído en recurso contencioso si se hubiese impugnado el acto administrativo y es también ajena a la firmeza de aquél, caso de que no hubiera sido recurrido. **El resarcimiento del perjuicio causado por el Poder Legislativo no implica dejar sin efecto, en el caso que nos ocupa, el acto administrativo por el que se acuerda el pase a la segunda actividad, éste sigue manteniendo todos sus efectos, supone sólo que ha existido un perjuicio individualizado concreto y claramente identificable producido por la minoración de ingresos indebida al estar fundada aquella en la directa aplicación por los órganos administrativos competentes de una disposición legal de carácter constitucional.**

Niega que quienes no recurrieron en vía contenciosa la declaración de pase a segunda actividad estén obligados a soportar el perjuicio padecido por no haber en su momento recurrido el acto en vía administrati-

va. No puede considerarse una carga exigible al particular con el fin de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una ley la de recurrir un acto adecuado a la misma fundado en que ésta es inconstitucional. La interpretación contraria supondría imponer a los particulares que pueden verse afectados por una ley que reputen inconstitucional la carga de impugnar, primero en vía administrativa (en la que no es posible plantear la cuestión de inconstitucionalidad) y luego ante la jurisdicción contencioso-administrativa, agotando todas las instancias y grados si fuera menester, todos los actos dictados en aplicación de dicha ley, para agotar las posibilidades de que el tribunal plantease la cuestión de inconstitucionalidad.

Niega también la Sala que el deber de soportar los daños y perjuicios padecidos por la Ley declarada inconstitucional pueda deducirse del hecho de que hayan transcurrido o no los plazos de prescripción establecidos para el ejercicio de las acciones encaminadas a lograr la nulidad del acto administrativo razonando que la reclamación presentada es ajena a dichos actos, pues no persigue el retorno a la situación administrativa anterior sino la exigencia de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal en el ejercicio de la potestad legislativa. En materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas rige exclusivamente el plazo de prescripción de un año establecido por el art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y hoy por el art. 139 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, plazo cuyo inicio coincide, en estos supuestos comienza, en la fecha de publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional que, al declarar la nulidad de la ley por estimarla contraria a la Constitución, permite por primera vez tener conocimiento pleno de los elementos que integran la pretensión indemnizatoria y, por consiguiente, hacen posible el ejercicio de la acción, salvo que, de no haberse impugnado el acto previamente en vía contenciosa como consecuencia de dicha sentencia, se solicite la revisión del acto administrativo en cuyo caso el dies a quo será aquel en que sea firme la sentencia que decida la cuestión.

Y es que, aunque es cierto que esta Sala en sentencias de 1 y 17 de julio y 18 de septiembre de 2003 declaró no haber lugar a responsabilidad patrimonial como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup> de la Ley 8/89, por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de julio de 2000, no lo es menos que en aquellos casos el Tribunal Constitucional haciendo uso de sus atribu-

ciones fijaba los efectos de la nulidad de la norma declarada inconstitucional. En cambio la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró la inconstitucionalidad de la Disposición Adicional Vigésima de la ley 37 de 1988, como la que la que declaró la inconstitucionalidad del gravamen complementario sobre la tasa de juegos de Azar, *no puso límite alguno a su declaración en cuanto a la afectación de las situaciones que hubieran nacido bajo su vigencia*, de modo que al no existir sentencia dictada en proceso ya fenecido ni invocar el Tribunal razones de seguridad jurídica para conservar esas situaciones, no existe obstáculo para que esta Sala pueda estimar las demandas planteadas.

#### **14.2. Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Consentimiento informado. Nexo causal entre amniocentesis y aborto**

Con ocasión del ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración para la reparación de los daños derivados de la práctica de una amniocentesis a que fue sometida la reclamante en un Hospital de la red sanitaria del Instituto Nacional de la Salud, concretados en la pérdida de un hijo en gestación y en la declaración de invalidez de la misma, en la **STS, Secc. 6.ª; 20-04-2005 (RC 3831/2001)**, la Sala, haciendo uso de la facultad prevista en el número 3 del art. 88 LJ, e integrando los hechos conforme a lo autorizado en aquel precepto, casa la sentencia de instancia y, aprecia que *«la recurrente sufrió el daño que la misma alega derivado del fallecimiento del hijo que esperaba en la quince semana de gestación y ello a consecuencia de la mala praxis médica practicada en el Hospital Severo Ochoa, sin haber sido previamente informada a efectos de obtener su consentimiento y optar por la realización o no de la prueba, valorando el riesgo que ello suponía y que reconoce la sentencia recurrida; riesgo que resultaba superior al haber sido objeto de cuatro punciones consecutivas todas ellas fallidas»*. Declara la Sala que el debate ha de resolverse *«partiendo de la acreditación de dicho nexo causal junto con la antijuricidad del daño y la circunstancia de que las lesiones para la recurrente han consistido en una situación depresiva y un estado de ansiedad y agorafobia que le impide incluso la salida de su domicilio provocado todo ello por la pérdida del hijo en las condiciones indicadas lo que ha determinado la declaración de incapacidad permanente de la misma. En tales circunstancias y teniendo en cuenta la difícil cuantificación económica de la*

*pérdida del hijo que esperaba, considerando la edad que en el momento de producción de los hechos tenía la recurrente de 39 años, así como la incidencia que tal pérdida ha tenido en su situación psíquica con evidentes trastornos que han afectado a su comportamiento vital en forma tan grave que ha determinado la declaración de incapacidad total permanente de la misma, valorando dicho conjunto de circunstancias la Sala considera adecuado fijar una indemnización por daño moral en la cuantía solicitada por la recurrente de 50 millones de pesetas. Con los intereses legales.» (FJ 3.º).*

### ***14.3. Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Consentimiento informado Verbal. Inversión de la carga de la prueba***

En el ámbito de la sanidad se pone de manifiesto, cada vez con mayor énfasis, la importancia de los formularios específicos para la prestación-obtención del consentimiento informado, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad. El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. La Sala viene considerando que el defecto del consentimiento informado constituye un incumplimiento de la «lex artis ad hoc» y revela una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario. En relación con la prueba del consentimiento en supuestos de reclamaciones por daños derivados de intervenciones realizadas en fechas en que no existía todavía protocolo escrito en las instituciones sanitarias públicas para recabar el consentimiento informado, resultan de especial interés las STS, Secc. 6.ª; 26-11-2004 (RC 280/2001, 12-01-2005 (RC 166/2004), 09-03-2005 (RC 2562/2001) y 09-05-2005 (RC 3831/2001) que consolidan la doctrina relativa a la inversión de la carga de la prueba del consentimiento que se afirma prestado en forma verbal, razonando que *«la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Pero sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene vir-*

***tualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba.***

*En el caso presente, la existencia de consentimiento informado en forma verbal la deduce la Sala de instancia de la existencia de una determinada prueba testifical emitida por el médico que intervino en la operación, más sin tener en cuenta que con el mismo carácter de prueba testifical existen también otras aportadas a instancia del recurrente, que si bien están emitidas por familiares del afectado, resultan claramente contrarias a la acreditación de la existencia de tal consentimiento informado de naturaleza verbal por lo que, y en buena lógica, en base al principio de igualdad de armas no cabía aceptar una prueba facilitada con un testigo cuya parcialidad puede ponerse en entredicho y negar toda eficacia a otra prueba testifical de análogas características y contradictoria con la anterior. En tal situación las reglas de la lógica y la interdicción de la arbitrariedad obligan a no tener acreditada la existencia del consentimiento informado exigido por la Ley General de Sanidad en el presente caso, lo que ya de por sí sólo constituye, como hemos declarado en sentencia de 26 de febrero de 2004 y cuando existe daño una mala praxis ad hoc, que ha de dar lugar al reconocimiento de responsabilidad al derivarse de la actuación médica daño para el recurrente como precisa la sentencia de 26 de marzo de 2002 (FJ.º 2.º).*

***14.4. Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Falta de práctica de las pruebas diagnósticas precisas. Nexo causal***

**La apreciación del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido, o la ruptura del mismo, es una cuestión jurídica revisable en casación, si bien la revisión de dicha apreciación ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido correctamente combatidos por haberse infringido normas, jurisprudencia o principios generales del derecho al valorarse las pruebas, o por haberse procedido, al hacer la indicada valoración, de manera ilógica, irracional o arbitraria. La STS, Secc. 6.ª; 10-02-2005 (RC 1121/2001) casa la sentencia de instancia, la cual, considerando que el fallecimiento no podía imputarse a un funcionamiento anormal o mala praxis médica en el ámbito de la Administración Sanitaria, estimó que no**

concurría el necesario nexo causal y desestimó la pretensión deducida por entender que no hay responsabilidad patrimonial de la Administración. La sentencia del Tribunal Supremo que comentamos recuerda que «*en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión*» (FJ.º 2.º), y razona que «*la conclusión sobre la ausencia de nexo causal a que llega la Sala de instancia, no puede considerarse acertada en buena lógica. El propio Informe de la Inspección Sanitaria al que se refiere la Sentencia recurrida y en que la misma se funda para no apreciar la responsabilidad patrimonial, pone de manifiesto un aspecto de indudable trascendencia, cual es que el diagnóstico de perforación que se realizó al Sr. Carnero se demoró durante 48 horas y la misma Inspección en su Informe manifiesta su sorpresa ante lo acontecido a un paciente, al que precisamente se le ingresa en un Centro hospitalario para seguir y controlar las posibles complicaciones que pueden derivarse de una úlcera gástrica, cuya existencia estaba diagnosticada y no se le realicen durante esas 48 horas —que ciertamente es un período de tiempo muy dilatado— las pruebas diagnósticas que condujeran a determinar las causas del cuadro febril, lo que hubiera permitido descartar la perforación gástrica o detectar esta, tomando las medidas médicas asistenciales necesarias para atajar las consecuencias de la misma y que en el caso de autos, al no haberse detectado y tratado a tiempo, determinaron el fallecimiento... Es evidente, por tanto, que esa ausencia de pruebas durante 48 horas a un paciente ingresado hospitalariamente por unas acreditadas úlceras gástrica y duodenal y que presenta un cuadro febril de origen desconocido, supone una omisión relevante que impide detectar la perforación gástrica en un momento en que hubiera sido susceptible del oportuno tratamiento, y comporta que cuando dicha perforación es diagnosticada sea inevitablemente tarde para evitar un fatal desenlace al que también contribuye lo que necesariamente debe reputarse como otra negligencia sanitaria, cual es no tomar las medidas de atención, vigilancia y cuidado, respecto a un paciente que está intubado y que sufre episodios de agitación, en uno de los cuales se autoextuba, lo que le produce una encefalopatía anóxica. En definitiva resulta demostrado que el funcionamiento del servicio sanitario fue incorrecto según se ha razonado, y esa inadecuada asistencia prestada por la institución sanitaria permite concluir la existencia de la necesaria relación de causalidad entre la actuación del servicio público y el fallecimiento...* (FJ.º 3.º).

#### 14.5. *Ministerio de Justicia. Daños derivados de la expedición de un Certificado de Actos de última voluntad erróneo. Reparación integral del daño*

De especial significación resulta el supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado que aborda la STS, Secc. 6.<sup>a</sup>; 11-10-2004 (RC 4581/2000), en relación con los daños causados al reclamante originados por la expedición de un Certificado de actos de última voluntad erróneo, pues se certificó como último testamento el expedido por el causante en favor de sus hermanos en 23 de septiembre de 1977, siendo así que el causante había otorgado posteriormente, en 8 de marzo de 1979, otro testamento en el que instituía heredero universal al reclamante. Este último tuvo conocimiento fehaciente de este testamento el 1 de diciembre de 1995, cuando le fue expedido el certificado correcto. Entre tanto los tres hermanos del reclamante habían incorporado a su patrimonio los bienes de la herencia procediendo a la enajenación de buena parte de ellos a terceros. La Sala de instancia declara que el error o equivocación padecido por los servicios de la Administración es inadmisibles y reconoce el derecho del recurrente a ser indemnizado pero únicamente por los daños morales, rechazando, en cambio, la indemnización por los daños materiales, o sea el valor económico de las parcelas que se repartieron los que, por error cometido por la Administración, aparecían como herederos cuando ya no lo eran, parcelas que, en su mayoría, han pasado luego a terceros. La sentencia que comentamos, primero, considera que existió *«un error patente, hasta llamativo, del Registro, reconocido —no explicado— por la Administración causante de un daño efectivo e individualizado, según los requisitos del art. 139.2 de la citada Ley»*; segundo, entiende que *«Despachar al reclamante diciéndole que vaya a un pleito civil para reclamar los bienes, pleito cuyo resultado la propia Sala admite que es más que dudoso, es por decirlo suavemente, poco razonable. Y desde luego —y esto es lo verdaderamente decisivo— contrario al principio de tutela judicial efectiva que establece el art. 24 de la Constitución»* (FJ.º 5.º); y tercero, añade que *«la propuesta del Consejo de Estado, que se apresuró a hacer suya el Ministerio, y que asumió luego la Sala de instancia, permite a la Administración zafarse de las consecuencias del daño por ella causado y por ella reconocido, remitiendo ad kalendas graecas —diez, quince, veinte años más— la solución justa del caso, que no puede ser otra que la reparación integral al lesionado de un daño que, por ser antijurídico, no tiene el deber de soportar (FJ.º 6.º)*. En consecuencia, la Sala decla-

ra haber lugar al recurso de casación y anulando la sentencia recurrida dicta sentencia sustitutoria en la que declara el derecho del recurrente a ser indemnizado por la Administración del Estado por el daño causado por el anormal funcionamiento del Registro de Actos de Última Voluntad en la cuantía de doscientos nueve millones, ciento setenta y seis mil cuarenta pesetas (209.176.040 ptas), con derecho a la actualización de la misma y al cobro, de intereses legales de demora, con la deducción del impuesto de sucesiones. Todo ello sin perjuicio de que la Administración del Estado pueda subrogarse en el lugar del verdadero heredero para ejercitar las acciones que legalmente procedan contra quienes no siendo herederos —pero tampoco causantes del daño— incorporaron a su patrimonio los bienes de la herencia».

***14.6. Responsabilidad patrimonial de la Administración. Indemnización por lesiones producidas por disparo de arma de fuego efectuado por funcionario de Policía, franco de servicio, utilizando su arma reglamentaria***

La STS, Secc. 6.<sup>a</sup>; 08-02-2005 (RC 2177/2001) declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra sentencia desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por las lesiones provocadas por disparos efectuados por un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía que, franco de servicio, acude a un establecimiento donde, en el curso de una discusión con el marido de la propietaria del local, esgrime el arma reglamentaria y efectúa un disparo que alcanza a aquél, causándole lesiones.

En el fundamento de Derecho tercero de la sentencia recurrida se afirma que: «En el presente supuesto no se produce la culpa o anomalía del servicio, ni tampoco que los hechos se produjeran con ocasión del mismo, ya que el funcionario iba vestido de paisano y se encontraba fuera de servicio o, como más expresivamente dice la Sentencia Penal de 8 de noviembre de 1996 al declarar hechos probados, “como particular”, en concreto y como indica la mentada sentencia contencioso administrativa, y a contrario sensu, la lesión no se produjo como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos policiales, por lo que resultó roto el nexo causal necesario». La STS, Secc. 6.<sup>a</sup>; 08-02-2005 que comentamos, contribuye a consolidar la jurisprudencia de la Sala al declarar que «Sin entrar en el examen de la razón de oportunidad que

*aconseja al Estado organizar a sus Cuerpos de Seguridad de manera que los miembros pertenecientes a los mismos puedan portar las armas reglamentarias aun cuando estén fuera de servicio, lo cierto es que se trata de un sistema organizativo del que resultan gravísimos riesgos que, por desgracia, no es la primera vez que originan un siniestro mortal. Ahora bien, si a pesar de ello el sistema se mantiene, ha de presumirse que se debe a que la Administración entiende que el funcionamiento global del servicio así lo exige y consecuentemente debe de asumir el hacerse cargo de la responsabilidad por los resultados lesivos o dañosos de los hechos en los que concurra como factor esencial la forma en que ha considerado necesario organizar el servicio, porque en definitiva tales resultados serán imputables a su funcionamiento. Como queda indicado, esta circunstancia fue la prevalente en las lesiones del demandante, por lo que sí existe relación de causalidad entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso producido y por tanto el motivo ha de ser desestimado». Este criterio fue refrendado por Sentencia de esta misma Sala y Sección de treinta y uno de diciembre de dos mil uno, y a él nos acogemos en el presente supuesto para mantener el principio de seguridad jurídica y de unidad de doctrina, tanto más cuanto que en los tres supuestos los hechos son sustancialmente idénticos, es decir, se trata de lesiones causadas a ciudadanos por funcionarios francos de servicio integrantes de los Cuerpos de Seguridad del Estado que portando su arma reglamentaria la utilizan con daño para terceros por circunstancias ajenas a aquél.» (FJ.º 5.º).*

## **15. Sanidad**

### ***15.1. Decreto 97/2001, de 22 de marzo, de la Comunidad Autónoma de Galicia, por el que se regulan los órganos de dirección, asesoramiento, calidad y participación de las instituciones hospitalarias del Servicio Gallego de Salud***

El Tribunal Supremo ha anulado el art. 25 que regula la Comisión de participación ciudadana por la falta de inclusión de las organizaciones sindicales correspondientes **STS, Secc. 4.ª, 11-04-2005 (RC 8501/2002)**, razonando lo siguiente: «... si se observa la Comisión de participación ciudadana que se regula en el art. 25 del Decreto 97/2001, de la Comunidad Autónoma de Galicia, objeto de impugnación, se aprecia que sus funciones son las de informar los planes de actuación asistencial, los

*programas económicos de cada ejercicio y la memoria anual del centro, así como proponer las medidas de mejora de la calidad percibida, funciones plenamente integradas en el objeto de la participación configurada en el art. 5 de la Ley, previendo entre los integrantes de la Comisión los representantes de las asociaciones empresariales más representativas del área de influencia del hospital, sin que se justifique la falta de inclusión de la representación de las organizaciones sindicales, que tienen un tratamiento en la Ley igual y conjunta con las asociaciones empresariales y cuya intervención en tales órganos de participación ciudadana se impone en los términos antes expuestos» (FJ 3.º).*

## 16. Tráfico y seguridad vial

### 16.1. Prescripción de infracciones de tráfico

La Sala ha resuelto un recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por el Letrado de la Generalidad de Cataluña, relativo a la aplicación, en materia de las infracciones de tráfico, de la doctrina jurisprudencial establecida con carácter general para el ámbito sancionador de la Administración, según la cual «el límite para la posibilidad de prescripción de las infracciones administrativas se sitúa en el efectivo ejercicio de la acción para sancionar, y éste tiene lugar con la imposición de la sanción mediante el dictado de la resolución que finaliza y culmina el expediente sancionador». La especialidad de la problemática de la prescripción en este tipo de sanciones se debe a la peculiar distribución competencial entre el Estado y la Generalidad de Cataluña en relación con el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de tráfico, porque en realidad, la resolución sancionadora se produce en dos partes y en dos momentos procesales distintos: a la Generalidad le corresponde la instrucción y resolución de los expedientes sancionadores incoados en relación con la expresada materia; y, una vez firme la resolución autonómica el expediente es remitido a la Administración del Estado, en concreto a la Jefatura Provincial de Tráfico que, previa audiencia del sancionado, formula propuesta al Delegado de Gobierno en la Comunidad Autónoma, quien decide sobre la privación del permiso de conducir. Así entendió la sentencia impugnada que no hay sanción hasta que ésta no adquiere firmeza por la confirmación expresa de la resolución recurrida en vía de recurso», en consecuencia, se expone, la Administración del Estado no puede «ejercer la parte de la acción que se le atribuye» hasta que la

sanción impuesta por la Generalidad alcance firmeza. La STS, **Secc. 5.<sup>a</sup>, 15-12-2004. RCU 97/02**, establece en su noveno fundamento la doctrina a seguir, coincidiendo con la doctrina general. El ejercicio de la potestad sancionadora —y, en consecuencia, la prescripción de la misma derivada de la inacción o paralización administrativa— sólo se produce en el ámbito del procedimiento establecido, materializado en un expediente sancionador, y que concluye con la resolución sancionadora y su consiguiente notificación. Con tal determinación concluye el ejercicio de la potestad sancionadora para la que la Administración se encuentra legalmente habilitada, debiendo la misma desarrollarse, con arreglo a unos determinados principios y garantías, y en un período de tiempo determinado cuyo incumplimiento puede dar lugar a la caducidad del procedimiento o a la prescripción de las infracciones perseguidas.

Por ello no resulta trasladable a la posterior vía de recurso, cuando el ejercicio de la potestad sancionadora ya ha concluido y se ha consumado, los parámetros temporales que en la vía sancionadora hubieran determinado la prescripción de la infracción. En la posterior vía de recurso se ejercita por la Administración una potestad administrativa diferente, cual es la relativa a la revisión de la previa actuación administrativa y que se orienta no a persecución de la infracción —propio de la potestad sancionadora— sino a la comprobación de si el órgano inferior se ajustó —formal y materialmente— al ordenamiento jurídico en el ejercicio —entonces, si— de la potestad sancionadora. **Por ello, el ámbito propio de la prescripción es el del expediente sancionador que finaliza, culmina y se acaba con la resolución (y consiguiente notificación) sancionadora (de resultar la misma procedente), momento en el que se agota por parte de la Administración actuante el ejercicio de la potestad sancionadora.** En consecuencia, **la demora en la resolución expresa del recurso administrativo —al margen de la posible exigencia de responsabilidades— sólo da lugar al silencio administrativo negativo o desestimatorio que habilita y permite la posterior revisión jurisdiccional.** La interposición del recurso administrativo da lugar a un verdadero y distinto procedimiento administrativo, con autonomía y sustantividad propia que puede terminar de una forma normal (esto es, mediante una resolución expresa dictada por el órgano competente para resolverlo debidamente motivada) o de una forma ficticia, mediante el silencio administrativo, que cuenta (art. 43.3.2.º LRJPA) con *«los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente»*. Este, pues, es el único efecto de la extemporaneidad en la resolución del

recurso, sin que el legislador contemplara efecto alguno prescriptivo derivado de tal circunstancia.

### ***16.2. Impugnación del RD 318/2003, de 14 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial***

La STS Secc. 5.<sup>a</sup> 27-10-2004, Rca 82/03, resuelve una impugnación del Reglamento de procedimiento sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial, declarando nulo de pleno derecho el apartado 2, párrafo segundo, del art. 12 del mencionado Reglamento. Entiende la Sala que **la posible reacción inconformista del denunciado con la sanción pecuniaria impuesta no le priva del beneficio de la reducción**, mientras que la ambigua redacción del precepto reglamentario cuestionado, al realizar las precisiones «en cuanto se refiere a la terminación del procedimiento» y «cuya resolución no quedará vinculada por el pago anticipadamente realizado», no tendría sentido sino para advertir al alegante o recurrente que en caso de recurrir puede verse privado de la reducción del treinta por ciento de la multa procedente. No obstante, matiza la sentencia que no participa la Sala del criterio de la demandante, para quien la resolución que se dicte debe limitarse a imponer la cuantía de la multa con la reducción del treinta por ciento cuando hubiese sido abonada por el denunciado antes de dictarse resolución en el expediente sancionador, pues la reducción debe calcularse sobre la multa que proceda, con arreglo a derecho, imponer a la infracción cometida.

## **17. Urbanismo**

### ***17.1. Requisitos de la acción pública***

El art. 304.1 (y antes el art. 235.1 del Texto Refundido de 1976), tras afirmar **«que será pública la acción»**, no exige después ningún requisito de forma para su ejercicio, ni, más en concreto, la expresión por el accionante de que es esa y no otra la acción que ejercita; esa atribución, expresada imperativamente y no seguida de la exigencia de ningún requisito de forma, ni de ninguna otra referida a las cualidades del accionante, elimina de raíz la necesidad de prestar atención al

requisito procesal de la legitimación, para pedir, tan sólo, el de la capacidad de obrar procesal. El espíritu y finalidad de la norma es incentivar la defensa del régimen urbanístico, propiciando su observancia, lo que no abona la sujeción del ejercicio de la acción pública de que se trata a cortapisa, límite u obstáculo que no imponga la norma que la regula o que no derive del resto del ordenamiento jurídico. La norma procesal común al tiempo de la interposición del recurso contencioso-administrativo ahora en grado de casación, constituida por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, exigía, al regular con carácter general los requisitos de la demanda, que en ésta se expresara la clase de acción que se ejercite «*cuando por ella haya de determinarse la competencia*» (art. 524, párrafo segundo), lo cual no hace al caso, pues el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo competente viene determinado por razón o por referencia al acto o disposición impugnados y no por la acción ejercitada, siendo aquél el mismo, por ende, tanto si se ejercita aquella acción pública, como si se ejercita la acción sustentada en el *interés legítimo*.

## II. TRIBUTARIO

### 1. Impuestos

#### *1.1. Impuesto de Sociedades. Normas Forales*

La STS Secc 2.ª, 9-12-2004, RC 7893/1999 «declaró la nulidad de varios preceptos de la Norma Foral 3/1996, de 26 de junio, del Impuesto sobre Sociedades del Territorio Histórico de Bizkaia, y de sus homónimas en los otros dos Territorios Históricos, efectuando un análisis exhaustivo del Concierto Económico a la luz de la normativa comunitaria, y que le lleva a pronunciarse acerca de la nulidad de parte de la normativa examinada *«al haberse omitido la necesaria notificación a la Comisión Europea establecida en el art. 93 (actual art. 88) del Tratado para medidas que indiciariamente pueden constituir “Ayudas de Estado”*». Además el Tribunal Supremo en su STS Secc 2.ª 20-12-2004, RC 6745/99, examina la naturaleza jurídica de las Normas Forales a los efectos de su posible impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa llegando a la conclusión de que *«las NN.FF. no tienen valor formal de ley, la aceptación de tal categoría normativa, tiene dos importantes objeciones. De una parte, supondría contradecir princi-*

*pios básicos del sistema de fuentes establecido en la Constitución, según advirtió tempranamente el Tribunal Constitucional que, en sentencia 5/1982, de 13 de febrero, puso de manifiesto que en nuestro ordenamiento no existía reserva reglamentaria. Y, de otra y sobre todo, resultaría contraria a la jurisprudencia de esta Sala que ha revisado y controlado las NN.FF. y ha afirmado la efectividad del principio de legalidad» reafirmando su naturaleza reglamentaria al añadir que «la capacidad normativa de los TT.HH. se ejerce en el marco de la Ley, aunque los límites definidos por ésta sean, en ocasiones, extraordinariamente amplios e implique, de hecho, una deslegalización en materia tributaria que ha resultado posible por la citada Disposición Adicional Primera de la Constitución».*

### *1.2. Impuesto de Sociedades. Excepción a la obligación de retener*

Se impugnó el Real Decreto 252/2003, de 28 de febrero por el se modifico el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades en el punto relativo a la retención sobre arrendamientos o subarrendamientos de bienes inmuebles urbanos, desestimando la STS de 13-10-2004, RCA 76/2003 la pretensión de considerar contraria a Derecho la nueva redacción dada al art. 57 del mencionado Reglamento, entroncando la ratio de la sentencia con el significado jurídico-tributario que cabe atribuir a la figura de la retención. Así se afirma; *«Distinta es la obligación de retención, que es una obligación diferente y separada de la principal, aunque conectada a esta. Por eso, el principio de capacidad económica, aunque también es aplicable a la obligación de retener, lo es de modo muy distinto de como opera en la obligación tributaria principal. Parece indudable, sin embargo, que el principio de capacidad económica no puede ser invocado por el retenedor, que es la línea argumental de la demanda, si se tiene en cuenta que para él la retención es absolutamente neutral (lo retenido es ingresado en el Tesoro, lo que evidencia que su capacidad económica no sólo no es afectada sino que no puede serlo por la retención)»* (FJ 3.º).

### *1.3. Impuesto sobre el Valor Añadido. Devengo*

La STS, Secc. 2.ª, 15-11-2004, RC 6595/1999, entiende que en los contratos de arrendamiento financiero con opción de compra el momen-

to del devengo, como entrega del bien, se produce cuando realmente se asume el compromiso de venta, no bastando con una declaración formal, cuando se excluyen los efectos de dicha declaración en el ámbito jurídico-privado. Así se *«considera que el negocio jurídico no puede escindirse en dos: uno a efectos fiscales, en el cual se acuerda el ejercicio exclusivamente nominativo de la opción de compra, a efectos del IVA, y otro, a efecto jurídico privado, en el que se excluye trascendencia jurídica. O, dicho en otros términos, el compromiso a ejercitar la opción de compra que, según el art. 6.1.7.º del LIVA, confiere virtualidad a la entrega en los arrendamientos con opción de compra no puede ser una expresión formularia desprovista de efectos jurídicos o sin trascendencia entre las partes. Es, por el contrario, la formalización del compromiso vinculante para las partes el que, a efectos del IVA, transforma la naturaleza del contrato convirtiendo la del arrendamiento financiero en la que corresponde a una compraventa, con pago aplazado sometido a término»* (FJ 2.º).

#### ***1.4. Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Base Imponible***

En la STS, Secc. 2.ª, 17-12-2004, RC 392/1999, con relación a la determinación del coste de construcción a fin de la fijación del justiprecio en la expropiación de un terreno para la instalación de una autopista se fija la siguiente doctrina: *«En nuestra opinión el coste de la reposición de servicios constituyó, en su día, un incremento del justiprecio. La expropiación de los bienes comportaba la reposición de determinados servicios, y esta reposición incrementaba el coste de la expropiación, y se encontraba indisolublemente unida a los bienes expropiados, con independencia de que en la actualidad dichos servicios no formen parte ni se integren en los bienes expropiados, y tampoco en el sustrato físico de los bienes gravados»* (FJ 7.º de la STS, Sección 2.ª, 17-12-2004, RC 392/1999).

#### ***1.5. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Incrementos de Patrimonio derivados de donación de acciones pignoras, en la que el donatario se subroga en la deuda garantizada***

La cuestión debatida en las STS de 8-3-2005, 23-3-2005, y dos de 30-3-2003 (RC 2851/2000, 3415/2000, 3577/2000 y 3465/2000, respec-

tivamente) es el tratamiento, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ejercicio 1989, que corresponde a los incrementos de patrimonio derivadas de donaciones de acciones pignoradas, en las que el donatario se subroga en la deuda garantizada, y, más concretamente, sobre el tipo de gravamen aplicable, significando aquéllas que *para la demandante, el incremento de patrimonio derivado de la donación, con o sin cargas, es lucrativo, de la misma manera que para el causante de un legado el incremento de patrimonio es todo él lucrativo, aunque al legatario se le impongan cargas, por lo que procede, a su juicio, la aplicación del tipo del 20 %.*», conclusión a la que se llega tras efectuar un minucioso examen del negocio jurídico en cuestión, afirmando que *«se trata de un acto mixto, siendo de aplicación el art. 622 del Código Civil (por las reglas de los contratos) hasta la concurrencia del gravamen y las reglas de la donación en cuanto al exceso de liberalidad. Por tanto, el desdoblamiento del art. 622 se debe aplicar siempre que se pueda fijar y valorar la parte onerosa y la lucrativa, y que es lo que nos permite que a un mismo incremento de patrimonio se le aplique simultáneamente las reglas del incremento patrimonial oneroso y del incremento lucrativo, pues en realidad el único incremento tiene su causa en dos negocios distintos, oneroso uno, y lucrativo el otro».*

### ***1.6. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Liquidación Provisional***

En una interesante Sentencia, **STS de 15-07-2004, RCU 1364/1999**, el Tribunal Supremo refiere los elementos de hecho y adicionales en que ha de fundar su motivación una liquidación «paralela» y que se concreta en el siguiente razonamiento: *«No se niega con lo acabado de exponer la virtualidad de los medios de información y programas informáticos de ayuda facilitados, en la actualidad, por la Administración, para la práctica de la autoliquidación del IRPF (bastando, para que quede demostrada la aceptación jurisdiccional aplicativa de los mismos, el tener en cuenta lo declarado por esta Sección y Sala en el Fundamento de Derecho Décimo de la sentencia dictada, con fecha 3 de noviembre de 1997, en el recurso Contencioso-Administrativo directo número 532/1995, sobre el valor del documento informático o electrónico en el ámbito tributario), sino que se trata de destacar que, en el caso que se analiza, la simple confrontación a través de columnas paralelas de los datos declarados por el interesado y*

*los calculados por la Administración, no basta, por sí sola, a pesar de que se haga mención —demasiado genérica— de los errores cometidos y de los preceptos presuntamente infringidos, para que, sin más, el interesado tenga un preciso y suficiente conocimiento, a efectos potencialmente impugnatorios, de cuáles son, en esencia, esos concretos errores, con especificación de su naturaleza y del por qué de su comisión y consumación, y, en consecuencia, de cuáles son, también, las vulneraciones normativas que en definitiva se han producido, con la adecuada puntualización de su conformación técnico jurídica (porque, de lo contrario, se coloca al contribuyente en una evidente situación de indefensión, al no conocer, con las matizaciones necesarias, los motivos reales de la liquidación provisional paralela).*

## 2. Procedimientos tributarios

### 2.1. Devolución de ingresos indebidos. Prescripción

Nos encontramos en la STS, **Sec. 2.<sup>a</sup>, 18-1-2005, RC en interés de la Ley 26/2003**, con un supuesto en el que el recurrente en instancia había solicitado la devolución de un ingreso indebido, transcurrido el plazo de prescripción de cinco años computado desde su ingreso y, sin embargo, la sentencia excluye la consecuencia de tal prescripción porque el *«Tribunal Supremo ha declarado la posibilidad de acceder a la indemnización por responsabilidad del Estado legislador por lo indebidamente abonado en aplicación de una Ley declarada inconstitucional y por tanto nula»*, y porque *«frente a liquidaciones tributarias basadas en preceptos legales declarados inconstitucionales sería siempre posible suscitar la acción de nulidad con fundamento en la aplicación de los arts. 53 LGT pretensión que de acuerdo con el principio de informalidad que rige el procedimiento administrativo, que tiene su reflejo en casos como el examinado en el art. 110.2 de la Ley 30/1992, la Administración pudo considerar ejercitada a través de la petición de devolución de ingresos y darle el cauce procedimental apropiado, en lugar de invocar la prescripción del derecho»*.

### 2.2. Procedimiento de Recaudación

Es doctrina consolidada el que la providencia de apremio sea un pleno título ejecutivo que no necesita para su eficacia que se emita cer-

tificación en descubierto, la cual es un mero acto interno y de trámite, de exigencia contable y que da cuenta de la existencia de una deuda no satisfecha y respecta la cual procede la ejecución. Nos lo recuerda la STS, Sección 2.<sup>a</sup>, de 22-02-2005, **Recurso de casación en interés de la Ley núm. 3448/2001**, al declarar que *«De acuerdo con el art. 127 de la LGT, el inicio del procedimiento de apremio de la recaudación de tributos y el devengo del recargo del 20% del importe de la deuda no ingresada, así como los intereses de demora correspondientes a ésta, se producen una vez emitida y notificada la providencia de apremio, sin que sea exigible la emisión y notificación de la certificación de descubierto»* (Fallo de la STS).

### **2.3. Procedimiento Inspector. Caducidad**

El Tribunal Supremo en la STS, Sección 2.<sup>a</sup> de 25-01-2005, **Recurso de casación en interés de la Ley 19/2003**, viene a refrendar lo que es una nota característica del procedimiento de inspección tributario y que no es otra cosa que la ausencia de caducidad del mismo por el transcurso de los plazos fijados. así *«en los expedientes instruidos conforme a la normativa anterior a la Ley de Derechos y Garantías del Contribuyente, Ley 1/1998 de 26 de febrero, como consecuencia de actas de disconformidad, el transcurso del plazo de un mes, establecido en el art. 60.4, párrafo primero, del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, sin que se hubiera dictado el acto de liquidación, no daba lugar a la caducidad del procedimiento inspector, sin que fuera afectada por dicha circunstancia la validez de tal acto de liquidación, dictado posteriormente»*, lo que no significaba que el procedimiento estuviera abierto toda la vida sino que el plazo era el de prescripción». El único efecto atribuible a tal incumplimiento de plazo siendo, era otorgar al interesado el derecho de hacer constar dicha eventualidad al interponer los recursos y a los efectos de una posible responsabilidad disciplinaria del funcionario.

### **2.4. Procedimiento sancionador. Modificación en vía económica-administrativa**

La STS, Sección 2.<sup>a</sup>, de 30-06-2004, **Recurso de casación en interés de la Ley n.º 39/2003**, fija la siguiente doctrina legal en relación con

el carácter que acabe atribuir a la modificación operada por una resolución dictada por un órgano económico-administrativo a una sanción impuesta como resultado de un previo procedimiento inspector. Así, *«la modificación de sanciones, en ejecución de un fallo de un Tribunal Económico Administrativo (ordenada en aplicación de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 25/1995) no constituye una actuación inspectora, a los efectos del art. 31-4-a) del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, en la redacción aplicable al caso (anterior a la modificación introducida por el Real Decreto 136/2000, de 4 de febrero), y además, aquellas actuaciones de ejecución no incurrirían en caducidad, aunque transcurran más de seis meses desde el momento en que la Administración Gestora tenga conocimiento del fallo del Tribunal Económico-Administrativo, y el de la práctica de la nueva liquidación de la sanción»* (Fallo de la STS).

## **2.5. Procedimiento especial de Revisión: Anulabilidad**

La STS, Sección 2.<sup>a</sup> de 25-10-2004, RC 6804/1999, se proyecta sobre uno de los procedimientos especiales de revisión establecidos en la LGT de 1963 y que sin embargo ha sido suprimido por la vigente LGT, Ley 58/2003. Nos estamos refiriendo al procedimiento de revisión de oficio de actos anulables tipificado en la letra b) del art. 154 LGT 1963 y que se sustenta en la aportación de nuevas pruebas que acrediten elementos del hecho imponible íntegramente ignorados por la Administración al dictar el acto objeto de la revisión.

Los requisitos para la apreciación de tal revisión de oficio son los siguientes: **«1.º- El acto de liquidación a revisar debe ser definitivo, pues si es provisional, es claro que subsisten las facultades ordinarias de comprobación, que excluyen la revisión de oficio. 2.º- El acto susceptible de revisión de oficio debe ser de gestión tributaria, por supuesto no susceptible de reclamación económico-administrativa, pues en esta hipótesis carece de sentido acudir a un procedimiento tan excepcional como es el de revisión de oficio, si por vía económico-administrativa se puede lograr la anulación del acto. Las resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos sólo pueden ser revisadas mediante declaración de lesividad e impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 159 de la Ley General Tributaria). 3.º- Que los elementos o partes del hecho im-**

nible descubiertos sean trascendentes, pues la decisión del Ministro de Hacienda debe ser el resultado de la adecuada ponderación entre el principio de seguridad jurídica, que subyace en los efectos propios de la definitividad de las liquidaciones tributarias, y los intereses de la Hacienda Pública, de ahí que sería improcedente autorizar la revisión por una minucia sin trascendencia, o por el voluntarismo personalista de un Inspector de Hacienda. 4.º- Es necesario que al dictar las liquidaciones, cuya revisión de oficio se pretende, la Oficina Gestora correspondiente ignore íntegramente elementos del hecho imponible (FJ 4.º de la STS, Sección 2.ª, 25-10-2004, RC 6804/1999).

## *2.6. Procedimiento económico-administrativo. Suspensión de la ejecutividad de las sanciones tributarias*

En esta importante materia el Tribunal Supremo ha dictado una serie de resoluciones —**STS del Pleno de 7-3-2005, RC 715/1999 y STS, Sección 2.ª de 5-10-2004, RC 4793/1999**— en las que viene a dar un giro copernicano al tratamiento que los órganos jurisdiccionales han de dar a las solicitudes de suspensión de la ejecutividad de las sanciones de carácter tributario. Partimos de la aceptación del otorgamiento de la suspensión solicitada sin posibilidad de constituir caución, todo ello por la aplicación al ámbito jurisdiccional de la normativa tributaria, y concluimos con una doctrina que pone en entredicho la anterior. La tesis fundamental sobre la que se sostiene la nueva doctrina es la siguiente *«lo que se exige, para la ejecutividad de la sanción, es la llamada firmeza en vía administrativa (o sea, que ésta se agote), y no la firmeza en el sentido de que, hasta la resolución final del oportuno recurso jurisdiccional, en el supuesto de que fuera desestimado, no podría afirmarse que la sanción había quedado firme en vía administrativa»*, afirmación de la que se deriva la siguiente jurisprudencia *«no hay, ya, razones técnico jurídicas para poder mantener el criterio de que la suspensión de la ejecución de la sanción tributaria sin necesidad de garantía acordada en la vía administrativa o económico administrativa prolongaba, sin más, su efectividad en la vía Contencioso-Administrativa, hasta la finalización de la misma (mediante sentencia desestimatoria sobre el fondo cuestionado), pues la frase “sin que puedan ejecutarse —las sanciones suspendidas sin garantía, se entiende— hasta que sean firmes en vía administrativa” contenida en*

*el art. 35 de la Ley 1/1998 [ RCL 1998, 545] (y en los demás preceptos posteriores semejantes que hemos venido comentando) sólo puede interpretarse O BIEN como “hasta que hayan causado estado en dicha vía” (y no quepa ya otro recurso administrativo o Económico-Administrativo), O BIEN, como máximo, “hasta que se adopte, en la vía Contencioso-Administrativa, la pertinente resolución sobre la virtualidad de la suspensión que, concedida anteriormente, es instada, ‘ex novo’, o reiterada, en la vía jurisdiccional (en la oportuna pieza separada), al amparo del art. 122 y siguientes de la LJCA de 1956 o 129 y siguientes de la LJCA 29/1998, PUES, teniendo en cuenta, a modo de valor interpretativo ‘ex post facto’, lo dispuesto en los arts. 212.3 y 233.1 y 8 de la LGT 58/2003, ese potencial mantenimiento de la suspensión acordada en la vía administrativa o económico administrativa en la posterior vía Contencioso-Administrativa incoada (si se dan los dos condicionantes del art. 233.8 de la citada LGT 58/2003) conservará su vigencia y eficacia, solamente, hasta que el órgano judicial adopte, en el ejercicio de su propia potestad cautelar, la decisión que corresponda en relación con la suspensión solicitada (en el mismo recurso Contencioso-Administrativo), sin que pueda determinar e influir directamente en la decisión que, conforme a los criterios establecidos en la LJCA tanto de 1956 como en la 29/1998, adopte, dentro de su competencia, el Tribunal Jurisdiccional”» (FJ 5.º de la STS del Pleno).*

## ***2.7. Responsables tributarios. Derivación y subsidiaridad en la responsabilidad***

En la STS, Sección 2.ª de 7-2-2005, Recurso de Casación en Interés de la Ley 76/2003, se fija la doctrina legal sobre una materia del máximo interés, a saber, la derivación de responsabilidad hacia los administradores de personas jurídicas por las deudas tributarias pendientes al cese de actividades de la sociedad, siendo la fecha determinante a considerar para «*la aplicación de tal supuesto de responsabilidad es la del hecho determinante de la derivación de la responsabilidad, es decir, el cese en la actividad de la persona jurídica, no la de la liquidación causante de la deuda tributaria exigida*» Los requisitos para la imputación de la responsabilidad son los siguientes: *a) El hecho determinante de la derivación de responsabilidad es el cese de la actividad de la persona jurídica, teniendo la misma obligaciones tributarias pendientes. Tal*

*cese tiene un contenido fáctico, no jurídico, careciendo por tanto de contenido formalista, siendo necesario únicamente que la cesación en la actividad sea completa y presumiblemente irreversible, lo que debe quedar probado en el expediente por los órganos administrativos. b) La condición de administrador al tiempo del cese, extendiéndose la responsabilidad a las obligaciones tributarias pendientes y no prescritas de las empresas a la fecha de efectuarse la derivación; y c) Declaración de fallida en el cumplimiento de sus obligaciones de la sociedad sujeto pasivo. Cumplidos los requisitos expuestos, existe título suficiente para derivar la responsabilidad de la empresa contra su administrador o administradores (FJ 3.º).*

### III. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

#### 1. Competencia de la jurisdicción

##### *1.1. Contrato celebrado por una Fundación mixta en la que concurren como fundadores sujetos de derecho público y de derecho privado. Competencia de la Jurisdicción Civil*

En lo referente a la determinación del ámbito de las jurisdicciones Contencioso administrativa y Civil, concretamente en relación con el litigio surgido en torno a la liquidación de las obras de construcción de recintos feriales en Silleda para la llamada Fundación Semana Verde de Galicia, la STS, Secc. 4.ª, 27-04-2005 (RC 247/2003), confirma la competencia de la jurisdicción civil, pues se trata de una **fundación mixta en la que concurren como fundadores sujetos de derecho publico y de derecho privado**: «[...]La Ley 30/1994, de 24 de noviembre, Ley de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general (LF/1994) pretendió acomodar la regulación de las fundaciones a la Constitución y a la actual distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas unificando el régimen aplicable a todas ellas. No conviene olvidar que el derecho a crear fundaciones, reconocido en el art. 34 de la Constitución, constituye una figura jurídica propia del derecho civil. Se parte del Código Civil (art. 37 y concordantes) como piedra angular del derecho privado de fundaciones y, por ende, de la jurisdicción civil como la esencial para enjuiciar su actividad. La excepción radica en que la actividad de protectorado ejercido por la Administración, tras la

inscripción en el pertinente Registro de Fundaciones, si son actos que tienen naturaleza administrativa poniendo fin a la citada vía y, en consecuencia, abriendo, su impugnabilidad ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo. Regla esta última que goza de regulación similar en la Ley 7/1983, de 22 de junio, de Régimen jurídico de las fundaciones de interés gallego, que, obviamente, sigue el sistema de inscripción constitutiva con imposición de la actividad fiscalizadora del Protectorado. Protectorado que no interviene en la concertación de contratos por la fundación al tratarse de una función de administración típicamente atribuida al Patronato en los correspondientes Estatutos. Se reputa esencial a las citadas organizaciones **la ausencia de ánimo de lucro y la afección de su patrimonio por voluntad de su creadores a la realización de fines de interés general** (art. 1 LF/1994). No obstante es posible **la realización de actividades mercantiles** si observamos que el art. 23.6 LF/1994 exige que la contabilidad se ajuste a lo dispuesto en el Código de Comercio cuando realice tal tipo de actividad por cuanto previamente la Exposición de Motivos de la LF/1994 ha considerado que merece destacarse la posibilidad de que las fundaciones ejerzan actividades mercantiles o industriales. **La contratación que lleven a cabo en razón a su naturaleza privada, ostenta carácter civil lo que conduce a que cualquier controversia sobre la contratación se someta al orden jurisdiccional civil** como materia propia del mismo (art. 9.2 LOPJ). **Nada impide que personas jurídicas de derecho público constituyan fundaciones privadas salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario** (art. 6 LF/1994) por lo que resulta factible fundaciones privadas de iniciativa pública que serán verdaderas fundaciones y no organismos públicos ni entes públicos de otra naturaleza. Y menos aún existen restricciones a la **existencia de fundaciones “mixtas”**, situación en la que se incardinaría la aquí controvertida, a cuya creación concurren como fundadores sujetos de derecho público y sujetos de derecho privado. Una vez constituida la fundación su patrimonio es absolutamente independiente del propio de las instituciones que la creó por lo que no es posible imputar a los entes fundacionales deudas económicas de la nueva persona jurídica. Ambas modalidades como fundaciones privadas se encaminan a la consecución de los fines fundacionales de interés general reflejados en los Estatutos por voluntad de sus creadores, “públicos” o “privados” o “públicos y privados”, que también podrán determinar libremente su órgano de gobierno—Patronato— con la única sujeción de un número mínimo de miembros (art. 12 LF/1994). Se trata, por tanto, de institu-

*ciones absolutamente ajenas a las llamadas fundaciones públicas de servicio contempladas en los arts. 85 a 88 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, RSCL como uno de los modos de gestión de los servicios de competencia local, pero en realidad, organismos autónomos locales (art. 85.3 Ley 7/1985, Ley de Bases del Régimen Local) al cumplir fines propios de la Corporación Local que los crea».*

## 2. Procedimiento contencioso-administrativo

### 2.1. Sentencias. Motivación. Atenuación del rigor de una sanción administrativa. Insuficiencia de la mera alusión al principio de proporcionalidad

La STS, Secc. 6.<sup>a</sup>; 04-03-2005 (RC 2917/1999) aborda la cuestión de la **insuficiencia de la mera referencia al principio de proporcionalidad** para la satisfacción de las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales al declarar que *«La Sentencia de instancia, a la hora de precisar las razones por las que sustituye la sanción de traslación forzosa simple, que se imponía en la resolución administrativa por la infracción de incumplimiento de deberes reglamentarios, por la multa de 500.000 pesetas, se limita, según se ha transcrito, a remitirse al principio de proporcionalidad, sin hacer ninguna otra consideración, incumpliendo de este modo la exigencia de motivación de las Sentencias, a que antes nos hemos referido, derivada del art. 24 de la Constitución, sin que pueda reputarse, ni aún como mínima motivación, la referencia que el órgano jurisdiccional, a quien incumbe el control de los actos de la Administración, hace a la propuesta del instructor del expediente administrativo, quien proponía la multa de 500.000 ptas. Al no venir apoyada la Sentencia de instancia en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión que le lleva a sustituir la sanción de traslación forzosa simple, por la multa de 500.000 pesetas, es obvio que se ha incumplido con la exigencia de motivación, lo que impone la estimación del primer motivo de recurso formulado por el Abogado del Estado y consiguientemente la anulación de la Sentencia de instancia en relación a la sanción que en ella se imponía por la falta de incumplimiento de deberes reglamentarios.»* (FJ.º 3.º).

### 3. Protección jurisdiccional de derechos fundamentales

#### 3.1. *Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 15 y 18 de la Constitución. Posibilidad de reconocimiento de una situación jurídica individualizada a favor de los recurrentes*

La STS, Sección 7.<sup>a</sup>, 14-9-2004 (RC 7250/1999) declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que, entre otros pronunciamientos y por la vía del procedimiento especial de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, declaró la vulneración de los derechos reconocidos en los arts. 15 y 18 de la Constitución, reconociendo una situación jurídica individualizada en favor de los actores, obligando al Ayuntamiento demandado a adoptar las precisas medidas materiales para impedir el funcionamiento de la discoteca mientras no conste, de modo fehaciente y técnico, que ésta respeta las medidas técnicamente exigidas para hacer desaparecer los ruidos molestos. La Sentencia, frente a la alegación de los recurrentes relativa a que en el procedimiento especial seguido —de protección de los derechos fundamentales— no tiene cabida el pronunciamiento al que, sobre medidas a adoptar por la Entidad Local demandada, se ha hecho referencia más arriba, señala que **la resolución de tal procedimiento no puede limitarse a la mera declaración de que se han infringido tales derechos**. Esa restricción no sólo es contraria a lo dispuesto hoy en el art. 114.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, sino que va también en contra de la propia lógica del sistema pues, de aceptarse la tesis restrictiva propuesta en el recurso de casación, el procedimiento de nada serviría, viniendo, finalmente, posibilitada la imposición de medidas objeto del recurso de casación como una *«secuela indispensable de lo que, para el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, establece el art. 55,1,c) de su Ley Orgánica 2/79, al ser el aquí utilizado también un recurso de “amparo” aunque judicial, y que no se produciría de no adoptar las medidas que recoge el tan discutido punto 7.º del fallo de la sentencia de instancia»* (F. J. Undécimo).