



## **SALA TERCERA**



# ÍNDICE SISTEMÁTICO

	<u>Página</u>
I. ADMINISTRATIVO	
1. ACTOS Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO .....	77
Revisión de oficio de disposiciones reglamentarias. Actos de contenido imposible.	
2. BIENES PÚBLICOS .....	79
Aguas: devolución de excedentes en comunidades de regantes; abastecimiento de agua en las Islas Canarias.	
3. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO .....	83
3.1. Industria. Subvenciones: introducción de terceros en la actividad subvencionada.	
3.2. Telecomunicaciones. Utilización del dominio público por empresas operadoras. Concentración empresarial en el sector de la radiodifusión. Reglamentación de la telefonía móvil automática.	
4. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	93
Principio “non bis in idem”.	
5. DERECHOS FUNDAMENTALES .....	94
Nacionalidad y extranjería: concesión de la nacionalidad española; regularización de la situación jurídica de los extranjeros.	

	<i>Página</i>
6. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS .....	96
6.1. Estado-CCAA. Emisión de deuda pública por territorios forales. Seguridad industrial.	
6.2. Estado-CCAA. Administración Local. Construcción de centros penitenciarios. Constitución de mancomunidades para el fomento de la lengua autonómica. Convocatoria de consulta popular. Segregación de núcleos de población. Ordenación del comercio minorista.	
7. EDUCACIÓN .....	104
Homologación de títulos.	
8. EXPROPIACIÓN FORZOSA .....	104
8.1. Incidencia de la STC 61/1997.	
8.2. Fijación del Justiprecio. Indemnización por expropiación del derecho arrendaticio. Igualdad en la aplicación de la Ley. Valoración de terrenos destinados a viales o dotaciones para suelo urbano.	
8.3. Garantías expropiatorias. Convenios “sub specie expropriationis”. Prescripción y caducidad en el ejercicio de la reversión. Retasación de bienes expropiados.	
9. FUNCIÓN PÚBLICA .....	115
9.1. Administración Local. Aprobación de Presupuestos: competencia para la suscripción del informe económico financiero	
9.2. Administración de Justicia. Régimen disciplinario de Jueces y Magistrados: por hechos realizados fuera de la actividad jurisdiccional. Nombramiento de Fiscal de Sala a favor de Vocal del Consejo General del Poder Judicial.	
9.3. Universidad. Complemento retributivo por méritos docentes.	

9.4.	Régimen disciplinario. Principio non bis in idem.	
10.	RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL .....	123
10.1.	Estado legislador: promulgación de Ley declarada inconstitucional.	
10.2.	Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y error judicial.	
10.3.	Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: omisión del consentimiento informado.	
11.	URBANISMO .....	133
11.1.	Efectos de la STC 61/1997. Determinación del derecho aplicable. Apreciación de oficio por la Sala.	
11.2.	Planeamiento. Límites del control jurisdiccional. Clasificación del suelo en ausencia de planeamiento. Validez de licencias otorgadas según Plan declarado nulo.	
11.3.	Disciplina. Indemnización por declaración de ilegalidad de orden de derribo. Derribo de edificios sometidos a la LAU de 1964 y reedificación. Tipología de la edificación. Licencia de primera ocupación y licencia de obras. Naturaleza provisional o definitiva de las obras. Principio de proporcionalidad de las sanciones.	
 II. TRIBUTARIO		
1.	RETENCIONES E INGRESOS A CUENTA .....	145
	Ingresos provenientes de actividades profesionales. Rentas provenientes del arrendamiento de inmuebles urbanos. Arrendamientos de locales de negocios. Renta de las personas físicas.	
2.	DEDUCCIONES POR ADQUISICIÓN O REHABILITACIÓN DE VIVIENDA .....	152

	<u>Página</u>
3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS “OPERACIONES VINCULADAS”....	156
4. COMUNICACIÓN DE DATOS TRIBUTARIOS Y DERECHO A LA INTIMIDAD .....	158
<b>III. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA</b>	
1. ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN.....	160
Actos de gobierno.	
2. MEDIDAS CAUTELARES .....	165
Tribunal de Defensa de la Competencia. Expulsión de extranjeros. Planeamiento urbanístico.	
3. EJECUCIÓN DE SENTENCIA.....	170
Ejecución de actos administrativos confirmados por sentencia.	
4. CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN.....	171
Declaración de arrendamiento histórico.	
5. CUESTIÓN DE ILEGALIDAD .....	172
Infracciones en materia de pesca.	
6. CUESTIONES DE COMPETENCIA .....	174
6.1. Actos de los órganos periféricos de la tesorería general de la Seguridad Social.	
6.2. Propiedad industrial.	
7. RECURSO DE CASACIÓN .....	179
7.1. Problemas derivados de la aplicación del derecho transitorio.	
7.2. Cuestiones de hecho.	

## I. ADMINISTRATIVO

### 1. Actos y procedimiento administrativo

La técnica de la “**revisión de oficio**” como medio para la depuración de los actos administrativos nulos o anulables ha dado lugar a una jurisprudencia muy numerosa. Sin embargo, ha sido mucho más discutida la viabilidad de ese mecanismo para la declaración de nulidad de las disposiciones reglamentarias, sobre todo tras la entrada en vigor de la Ley 30/1992. A este problema se ha dado respuesta, justamente, en la **STS, 7.<sup>a</sup>, 22/12/99 (RCA 344/1997)**, que aunque analiza el estado de la cuestión en relación con la primitiva redacción de la citada Ley 30/1992 (actualmente derogada en este punto por la Ley 4/1999) reviste gran interés por cuanto que los pronunciamientos que la misma contiene iluminarán, sin duda, la interpretación del Derecho actualmente vigente.

La cuestión primordial que aquí se plantea es determinar si la promulgación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, permite considerar compatible con ella la interpretación jurisprudencial que se hizo del art. 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo, entendiendo que el régimen jurídico en él contenido debía entenderse aplicable no



solamente a los actos administrativos, sino también a las disposiciones reglamentarias.

La respuesta que da la sentencia a este interrogante es negativa, por cuanto que en clara antítesis con la redacción del art. 109 LPA, el art. 102 LRJ-PAC *“sólo refiere la revisión de los actos por nulidad de pleno derecho al número uno del art. 62, sin hacer mención alguna del n.º 2, que es el que regula la nulidad de pleno derecho de las disposiciones generales. Es decir, que partiendo de un mismo presupuesto –cual es que tanto en la Ley de 1958 como en la de 1992 se contienen sendos preceptos sobre la nulidad de pleno derecho en que los actos y las disposiciones se mencionan en apartados separados– sin embargo en el primer caso la ley, al regular la revisión de oficio, menciona solo los actos pero cita genéricamente el art. que contiene ambos apartados, mientras que en el segundo, el de la Ley 30/1992, no solo menciona exclusivamente los actos, sino que además alude concretamente al apartado del art. 62 en que se regula la nulidad de pleno derecho de éstos, de modo que se trata de una redacción que no puede interpretarse en otro sentido que el de entender que el legislador decidió conscientemente apartar de la norma la interpretación jurisprudencial que había extendido a las disposiciones reglamentarias el régimen de declaración de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, mediante el sistema de redactarla en términos que hiciesen insostenible el argumento en que se basaba aquella interpretación jurisprudencial, al hacer desaparecer la aparente contradicción del texto legal por la que la jurisprudencia había abierto brecha, consistente en mencionar solo los actos para a continuación referirse al art. 47, sin hacer distinción alguna sobre el diferente contenido del mismo”*. Doctrina esta que viene avalada, además, por el trámite parlamentario, en que fueron rechazadas las enmiendas en las que se

pretendía que el art. 102 mencionase expresamente a las disposiciones generales.

La determinación de la casuística de los de actos nulos por su **contenido imposible** ha sido apreciada con prudencia por la doctrina y la jurisprudencia, para evitar que se amplíe inadecuadamente el supuesto legal a cualquier acto desprovisto de fundamento jurídico. La imposibilidad debe ser de carácter material o físico y originaria, ya que una imposibilidad sobrevenida comportaría simple ineficacia del acto: *“Actos nulos por tener un contenido imposible son, por tanto, los que resultan inadecuados, en forma total y originaria, a la realidad física sobre la que recaen. Son también de contenido imposible los actos que encierran una contradicción interna en sus términos (imposibilidad lógica) por oponerse a leyes físicas inexorables o a lo que racionalmente se considera insuperable. La jurisprudencia ha equiparado en algunos casos la indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad del contenido del acto con la imposibilidad de éste”* (STS, 5.<sup>a</sup>, 6-3-2000, RC 647/95).

## 2. Bienes Públicos

Las disposiciones de la Ley de Aguas que prohíben **el desperdicio o el mal uso** de las mismas constituyen en la actualidad la expresión de una conciencia social unitaria en esta materia, que ha dado lugar a que el Tribunal Supremo se pronuncie (STS, 3.<sup>a</sup>, 25-5-2000, RC 417/1993) en el sentido de que limitándose la Confederación Hidrográfica a exigir de la Comunidad de Regantes que atempere los caudales a los usos de su demanda real y devuelva al río los excedentes, no se

modifican los términos de la concesión ni el caudal concedido, pues se trata de medidas adicionales que no modifican de suyo la concesión y que obedecen al hecho de que en determinadas épocas o circunstancias del año el agua de la acequia se desperdiciaba parcialmente, sin devolverla al río y sin utilizarla los regantes.

*«Con el fin de evitar estos hechos –y al margen de que, de este modo, se disminuía igualmente el riesgo de los desbordamientos denunciados, aun cuando de suyo no fueran imputables a la Comunidad de Regantes recurrente– se adoptan las medidas objeto de debate que, como acertadamente recoge la sentencia de instancia, tienen su apoyo en las disposiciones de la Ley de Aguas contrarias al desperdicio o mal uso de éstas y que ningún perjuicio pueden suponer, por su propio carácter restringido a las situaciones de falta de necesidad de riego, a los integrantes de aquella Comunidad. Esta última, en cuanto titular del aprovechamiento de aguas, está sujeta al deber general de no desperdiciarlas, y el Organismo de cuenca puede adoptar las medidas necesarias a tal fin cuando las actuaciones administrativas pongan de relieve lo contrario. Las Comunidades de Usuarios del agua (y, lógicamente, entre ellas las de regantes) deben evitar, a tenor del art. 211 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico aprobado por Real Decreto 849/1996, de 11 de abril, el mal uso del agua o el deterioro de dicho dominio público, pudiendo adoptar los organismos de cuenca competentes las medidas oportunas para que garantizar el cumplimiento de este deber».*

La Sala rechaza finalmente el argumento de que se haya procedido a la «expropiación sin género alguno de indemnización» del agua, pues las aguas concedidas son públicas, sujetas

a la regulación que más convenga al interés general por el que ha de velar el Organismo de cuenca.

Otro sector de gran importancia económica, que probablemente esté también llamado a experimentar una profunda evolución normativa, es el de la regulación del **abastecimiento de agua**, que igualmente ha sido objeto de estudio por parte del Tribunal Supremo en la **STS, 4.<sup>a</sup>, 12/05/00, RC 4409/1994**), centrada, en la singular problemática de este sector económico en las Islas Canarias. Esta sentencia realiza un recorrido por la historia de la regulación jurídica del agua en el archipiélago canario a fin de determinar su actual caracterización jurídica; recordando, en primer lugar, que las características hidrológicas especiales de Canarias convierten el agua en un recurso acusadamente esencial que condiciona la vida y desarrollo económico y social del Archipiélago, lo que explica la existencia de una normativa específica de las aguas en Canarias que históricamente mantuvo a éstas, en gran medida, en el sector privado, reconociendo, incluso, una titularidad independiente de la del suelo. *“Ciertamente –recuerda la sentencia–, la Ley de Aguas del Estado de 1985 configuró, en los términos que resulta de su art. 2, el dominio público hidráulico, pero su Disposición Adicional Tercera estableció que la Ley no produciría efectos derogatorios respecto de la legislación que se aplicaba en el territorio de la Comunidad de Canarias que subsistiría en tanto ésta no dictase su propia legislación, aunque serían de aplicación, en todo caso, en dicha Comunidad Autónoma, a partir de la entrada en vigor de su nueva legislación, los arts. que definían dicho dominio público hidráulico estatal y aquellos que supusieran una modificación o derogación de las disposiciones contenidas en el Código Civil”*.

Partiendo de estos precedentes, la sentencia analiza los avatares de la legislación canaria sobre el régimen de sus aguas, en

relación con el problema de su naturaleza jurídica demanial o privada, puntualizando que la Ley del Parlamento Canario 10/1987, de 5 de mayo, que suponía un importante cambio en el régimen jurídico de las aguas en Canarias, “*no procedió por sí misma a la demanialización de aquellas, pero partía de su existencia y regulaba su uso y el ejercicio de las competencias de la Comunidad Autónoma en las materias relacionadas con el dominio público hidráulico*”. Ahora bien, sigue diciendo esta sentencia, “*tanto la Ley estatal como la propia Legislación autonómica se ocupan de establecer un régimen transitorio respecto de los titulares de derechos, conforme a la legislación que derogaban, sobre aguas privadas procedentes de manantiales. Era precisa la adaptación de los aprovechamientos a la nueva naturaleza jurídica del recurso estableciéndose fórmulas optativas a favor de los que eran titulares que determinaban un diferente estatuto jurídico, según que, en el plazo de tres años desde la entrada en vigor de la Ley, optaran por inscribir su aprovechamiento en el Registro de Aguas o, por el contrario, transcurrido tal plazo no hubieran acreditado e inscrito en dicho Registro sus derechos. Pero, en este caso, los titulares de derechos de propiedad o de aprovechamientos de agua en Canarias mantenían su titularidad en la misma forma que hasta la nueva Ley, aunque no gozaran, en este último caso, de la protección administrativa que se derivaba de la inscripción en el Registro de Aguas*”. Por consiguiente –termina su argumentación esta Sentencia, descendiendo a las peculiaridades del caso concreto planteado– “*la demanialidad sobrevinida respecto de las aguas como consecuencia de la nueva legislación analizada no constituye un obstáculo para la pervivencia de derechos relativos al agua del acuífero o manantial denominado «Fuente de los Morales» si es que pudiesen existir a tales normas y permanecía su objeto*”.

### 3. Derecho Administrativo económico

#### 3.1. Industria

Sobre los incentivos regionales la Sala ha consolidado la doctrina con arreglo a la cual la **decisión del beneficiario de introducir un tercero en el desarrollo y explotación de la actividad subvencionada** no determina la pérdida del derecho al abono de la subvención concedida (STS, 3.<sup>a</sup>, 23-9-1999, RCA 152/98), argumentado que *“cierto es que quien es beneficiario de una ayuda semejante no queda desligado de las obligaciones contraídas por el solo hecho de que él decida la introducción de un tercero en el desenvolvimiento del proyecto o de la actividad; al contrario, sigue obligado en los mismos términos y responde de la idoneidad de ese tercero y de la actuación de éste. Pero cuando, como aquí ocurre, nada se objeta en contra de esa idoneidad o esa actuación, tal intervención no resulta en sí misma contraria a ninguna de aquellas normas o condiciones. De un lado, y en esencia, por derivación de las normas jurídicas de carácter general correctamente citadas en el escrito de demanda que autorizan, salvo en los supuestos de obligaciones personalísimas, el cumplimiento por un tercero (arts. 1158 y 1161 del Código Civil), así como, con ciertas salvedades y límites, la figura de la subcontratación en la ejecución de los contratos celebrados por la Administración (art. 116 de la Ley 13/1995), pues de tales normas cabe inducir una regla o principio al que no contradice la intervención que se enjuicia. Y de otro, porque la recta interpretación de las normas del sector del ordenamiento jurídico que regula las ayudas de que se trata, y de las condiciones a cuyo cumplimiento se supeditaron las concedidas en el caso en concreto, no conduce a entender prohibida que la explotación de parte de la actividad proyectada y la*

*posición de empleador de los puestos de trabajo inherentes a ella se asumiera por un tercero».*

### 3.2. Telecomunicaciones

El Tribunal Supremo está abordando en sus últimas sentencias los múltiples problemas jurídicos que plantea la evolución del llamado “Derecho administrativo económico”, desde los tradicionales servicios públicos prestados en régimen de monopolio y exclusividad regalística, hasta los actuales “servicios universales”, organizados en un marco de concurrencia competitiva.

Esta evolución es particularmente significativa en el ámbito de las telecomunicaciones en el que se enmarca la **STS, 4.<sup>a</sup>, 21/01/00 (RC 114/1994)**, a propósito de las competencias municipales en relación con la **utilización del dominio público por las empresas operadoras en el sector**. Como advierte la sentencia reseñada, no puede desconocerse que en la cuestión suscitada (que versa sobre de las competencias municipales en relación con la utilización del dominio público por las empresas operadoras en el sector de las telecomunicaciones) existen dos aspectos que deben distinguirse: uno es el servicio de telecomunicaciones, en sí mismo considerado, y otro es el demanial, afectado por la canalización de la red soporte del servicio por cable, en la medida en que la prestación de dicho servicio requiera un indispensable componente de infraestructura que utilice pertenencias del dominio público, singularmente municipal. Partiendo de esta base, la Sentencia puntualiza que la explotación de servicios portadores o finales de telecomunicación (la titularidad que corresponde a los operadores) llevaba y lleva aparejada el derecho de ocupación del dominio público en la medida en que lo requiera la infraestructura del servicio público

de que se trata. Por consiguiente, los Ayuntamientos, titulares del dominio público solicitado no pueden denegar la autorización pertinente para la utilización que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador por su término municipal utilizando el vuelo o el subsuelo de sus calles. Ahora bien, una cosa es esta obligación y otra que la utilización deba ser incondicional y que no puedan establecer los Ayuntamientos las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo aquélla.

Por el contrario –continúa su argumentación la sentencia– la regulación adecuada de la utilización del dominio público por parte de las empresas de servicios es una cuestión esencial dada la saturación y el desorden que puede producirse en las instalaciones subterráneas. No solo ello, sino que la permanente apertura de zanjas en las calles afecta a intereses tan característicamente municipales como los relacionados con el tráfico y el urbanismo. En suma, no es posible negar a los Ayuntamientos competencia para regular las incidencias derivadas de las obras y actuaciones de las distintas compañías en sus respectivas instalaciones y que pueden representar, incluso, importantes costes para los proyectos municipales.

Por lo expuesto, la sentencia que comentamos alcanza las siguientes conclusiones:

*«a) La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio respecto a la utilización del demanio municipal que exija el tendido de redes, cables o, como dice la sentencia de instancia, instalaciones o canalizaciones.*

*b) La competencia municipal se orienta a la preservación de intereses municipales y la normativa de régimen*



*local especialmente concernida es la relativa a bienes y servicios municipales y planeamiento urbanístico. Por consiguiente, los Ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para la nuevas redes de telecomunicaciones, y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos relativas a obras e instalaciones en la vía pública o de «calas y canalizaciones», como la denomina el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria [art. 4.1.a) Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, Ley 7/1985, de 2 de abril y 5 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales].*

*c) El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos no puede traducirse, en ningún caso, en restricciones absolutas al derecho de los operadores al uso u ocupación del dominio público municipal, ni siquiera en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas. Por ello, puede resultar útil, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, el examen de los preceptos cuestionados desde las perspectivas de los parámetros que sirven para determinar la existencia de proporcionalidad; esto es, la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar.»*

Especial trascendencia ha tenido también la sentencia dictada con relación a las operaciones de **concentración económica en el sector de la radiodifusión STS, 3.<sup>a</sup>, 9-6-2000, (RCA 533/94 y acumulados 721/95 y 734/95)**, en la que se declara que las operaciones de concentración económica que se

producen en el ámbito de los medios de comunicación social no deben ser examinadas sólo a la luz de los principios que dimanen del art. 38 de la Constitución, sino también desde la perspectiva del art. 20 del mismo texto. No deben tener como único referente la preservación del orden económico, y sí también, con carácter prioritario, la preservación del orden político y de los principios básicos de una sociedad democrática:

*«En efecto, así como en otros ámbitos los principios del sistema económico no exigen necesariamente una pluralidad de operadores, reprimiéndose tan sólo el abuso de la posición de dominio en el mercado, en el que nos ocupa la restricción de su número acarrea el riesgo de menoscabar el pluralismo político y, con ello, la base misma del Estado democrático. El pluralismo de los medios de comunicación social es un valor en sí mismo, al ser esencial para el proceso de formación de la opinión pública y, por tanto, para el correcto funcionamiento de las instituciones democráticas. Certeramente se ha dicho por la doctrina científica que no hay Estado democrático sin una opinión pública libre; y que no hay opinión pública libre sin una comunicación social libre asegurada a través de una estructura plural de medios.*

*Obsérvese, además, que la garantía del pluralismo no queda satisfecha con la mera preservación del “mercado de las ideas”, o lo que es igual, de la concurrencia natural de opiniones e informaciones que espontáneamente pueda generar el ejercicio de las libertades de expresión e información; exige más bien que cualquier pensamiento, idea, opinión o información tenga acceso al proceso de comunicación, y que los potenciales receptores puedan disponer de un contraste de fuentes de opinión y de información. Se satisface, pues, sujetando las operaciones de concentración de los medios de comunicación social a*

*límites mayores y distintos de los que bastan para asegurar la libertad de empresa en una economía de mercado; a límites que garanticen la diversidad de dichos medios.*

[...]

*Se comprende así, sin dificultad, que las normas contenidas en la Disposición Adicional Sexta de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (declarada en vigor por la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones), deban, algunas de ellas, ser tomadas en consideración, también, al ejercer la potestad administrativa de control de las operaciones de concentración en el ámbito del medio de comunicación social que es la radiodifusión sonora, pues en ellas se contienen previsiones cuya finalidad es evitar la acumulación en una misma persona, bien de la titularidad de concesiones para la explotación de servicios de radiodifusión sonora, bien del poder de control de la toma de decisiones en sus órganos de administración, y ello, como se dice expresamente en una de dichas normas, para que quede suficientemente asegurada la pluralidad en la oferta radiofónica.*

[...]

*Sin embargo, antes de analizar si se ha producido o no la vulneración de las normas contenidas en las letras d) y/o e) del número 1 de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 31/1987 conviene, todavía, hacer dos precisiones más. Una, para insistir en que esas previsiones son traducción del criterio del legislador acerca de cuáles son las situaciones no deseables para el fin último que persiguen, condensado en la idea de preservación del pluralismo informativo en el sector de los medios de*

*radiodifusión sonora; lo cual quiere decir, también, que en el enjuiciamiento jurídico –y no desde otra perspectiva– que en el Estado de Derecho se atribuye a los Tribunales de Justicia, lo decisivo no será si la operación de concentración menoscaba o no, realmente, el pluralismo informativo, y sí con ella se produce o no la situación que el legislador consideró no deseable a los fines de preservar éste. Y otra, para matizar que en sede de un procedimiento de control de las concentraciones económicas en ese sector, aquellas previsiones deben operar, para desaconsejar la concentración, no sólo cuando surge la situación jurídica definida en ellas, sino también cuando la situación fáctica, o de realidad del mercado, es análoga o similar a la definida; pues lo exigen así el principio de eficacia a que se somete la actuación de la Administración Pública en el art. 103.1 de la Constitución y el carácter activo, positivo, no de mera abstención, con que los poderes públicos han de actuar cuando se trata de preservar y hacer efectivos derechos de la naturaleza del que nos ocupa, que lo es el derecho a recibir información; y lo permite la naturaleza no sancionadora que, ab initio, tiene el ejercicio de la potestad de control de tales operaciones, según resulta del contenido de los arts. 17 y 18 de la Ley 16/1989, en la redacción entonces vigente, y del de sus arts. 15 bis, 17 y 18, tras la modificación operada por el Real Decreto Ley 6/1999».*

Concluye el Tribunal señalando que con la operación de concentración objeto del proceso no surgieron exactamente ninguna de las situaciones jurídicas previstas en las repetidas letras d) y e), pues no se modificó la titularidad de las concesiones ya otorgadas para la explotación de servicios de radiodifusión sonora, ni una misma persona pasó a ser partícipe mayoritario –en la acepción accionarial, que se presenta como la

más propia de la expresión— en más de una sociedad concesionaria. Sin embargo, contempladas desde su razón de ser, desde su espíritu o finalidad, o desde el estado de cosas que se pretende evitar, sí se produjo una situación en el funcionamiento real del mercado análoga o similar a la definida en la letra e), en la que se dispone que *“una persona física o jurídica no podrá participar mayoritariamente en más de una sociedad concesionaria cuando exploten servicios de radiodifusión sonora que coincidan sustancialmente en su ámbito de cobertura”*, por lo que *“Debió por tanto, en sede del art. 17 de la Ley 16/1989, y por las razones expuestas, adoptarse una decisión que declarara improcedente la operación, ordenando la des - concentración; pues claro es que las condiciones a las que se subordinó la no oposición a la operación podrían ser eficaces en el campo competencial o concurrencial, pero no evitaban el surgimiento de esa posición equivalente no deseable a la que acabamos de hacer referencia”*.

Planteada, por otra parte, la legalidad del Real Decreto 1.252/1997, de 24 de julio, por el que se modifica el Reglamento técnico y de prestación del servicio de telecomunicación de valor añadido de **telefonía móvil automática** y se regula el régimen de prestación del servicio de comunicaciones móviles personales en su modalidad DCS-1800, la **STS, 3.<sup>a</sup>, 1-2-2000, (RCA 645/97)** ha declarado que la Decisión de la Comisión Europea tiene eficacia directa y primacía sobre el derecho interno, que se infiere del art. 90.3 del Tratado, como ha venido declarando el Tribunal de Justicia en reiteradas y conocidas sentencias, a partir de la dictada en el Asunto 226/1987 (Comisión c. Grecia - 1988), y que obligaba al Estado español a adoptar las medidas necesarias para hacer desaparecer la ilegalidad cometida en el contrato de adjudicación de la concesión a uno de los operadores, consistente en exigir al licitador adjudicatario una

aportación financiera al Tesoro Público fijada en la base novena del Pliego de Cláusulas.

La Sala argumenta del siguiente modo: *“Entre las dos vías propuestas en la Decisión, reembolso del pago inicial o adopción de medidas correctoras equivalentes en términos económicos, el Estado español optó por la segunda, dictándose el Real Decreto que es objeto de esta impugnación. ...Consecuentemente, aun partiendo de la tesis propugnada por la parte actora, de que a través del Real Decreto 1.252/1997 se ha revocado la base novena del Pliego de Cláusulas Administrativas del Contrato, ello no puede ser considerado ilegal, pues se habría utilizado uno de los mecanismos arbitrados en la Ley para conseguir este efecto”*.

Por otra parte, la Sala razona detalladamente que ni la rebajas de tarifas de interconexión, ni la ampliación del plazo de concesión, ni la concesión de un mayor volumen de frecuencias, ni la extensión de la licencia a la modalidad DCS-1800, ni las restantes medidas introducidas en el Real Decreto impugnado, pueden considerarse como alteraciones sustanciales del contrato que lo hagan esencialmente distinto del celebrado, pues su objeto sigue siendo el mismo: *“explotar en competencia el servicio público de telecomunicaciones de valor añadido de telefonía móvil automática GSM”*.

En tal sentido el Tribunal no encuentra objeción alguna a la ampliación del plazo de la licencia pues *“Responde a la idea, puesta de relieve por la doctrina especializada, de que las redes de móviles tienen altos costes de diseño y despliegue, por lo que ha de permitirse la recuperación de las inversiones en el ciclo de vida útil de cada tecnología”*. Así:

Considera que *“...Las rebajas de las tarifas de interconexión que paga AIRTEL respecto a las de TELEFÓNICA MÓVILES,*

*hasta un importe de 15.000 millones de pesetas, o la imposición temporal de precios asimétricos, puede ser considerada... compatible con la exigencia de asegurar las tarifas de interconexión basadas en los costes” y que “las condiciones nacionales aplicadas a Airtel Móvil y a Telefónica para adjudicarles sus respectivas licencias fueron diferentes, por lo que la adopción de medidas temporales para reequilibrar las condiciones en el mercado español GSM está en línea con el art. 7 de la Directiva del Parlamento y del Consejo sobre la interconexión en las telecomunicaciones con vistas a asegurar un servicio universal y a la interoperabilidad a través de la aplicación de los principios de la provisión de una red abierta (ONP)”.*

*Añade que “...La concesión de frecuencias en la banda de 900 mhz. y de frecuencias DECT viene justificada por la ampliación de su licencia y la mejora de su servicio de telefonía móvil. A este respecto, en el derecho europeo de las telecomunicaciones rige el criterio de que los Estados miembros no pueden crear escaseces artificiales que redundarían en un menor nivel de competencia, debiendo atribuir y liberar con la antelación oportuna un espectro suficiente”.*

*Continua razonando que “.. El derecho a concurrir al proceso de adjudicación de la tercera licencia de telefonía fija, a establecer su propia infraestructura, a utilizar la infraestructura de otro operador, a efectuar directamente la interconexión con cualquier otra red nacional o extranjera, la prestación en gestión indirecta del servicio portador consistente en el establecimiento de la red en infraestructuras necesarias para la prestación de dichos servicios, así como el suministro de las mismas a terceros concesionarios, son consecuencia elemental de la liberalización del mercado de la telefonía móvil” y que “en la actualidad, estos sectores de telecomunicaciones no se configuran como servi -*

*cios públicos, sino como servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia (art. 2.º de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones), por lo que la aplicación de las normas sobre la adjudicación han de ser interpretadas con matices derivados de su particular configuración. A este respecto, hay que agregar que la Directiva 90/388/CEE, en su redacción dada por la posterior 96/2/CE, viene a posibilitar estas medidas en su art. 3 quater, lo que sin duda ha determinado que la Comisión no haya opuesto objeción alguna”.*

*Se argumenta también que “...En el sector de la telefonía móvil, como anteriormente se dijo, los cambios tecnológicos se producen con gran rapidez y las diferencias en las prestaciones de una generación de móviles a otra posterior no permite restringir la posibilidad de evolución de los operadores ya establecidos. Por este motivo, resulta lógica la medida concedida a AIRTEL de extender su licencia, permitiéndole operar su servicio móvil en la banda de frecuencias DCS-1800, lo que está en la línea del art. 3 bis, introducido por la Directiva 96/2/CE en su modificación a la 90/388/CEE, cuando señala que «los Estados miembros no podrán impedir la combinación de licencias ni restringir la oferta de tecnologías distintas que hagan uso de frecuencias diferentes, en los casos en que pueda disponerse de equipos que respondan a normas múltiples». Esta ampliación ha sido respaldada por la Disposición Adicional 13.ª de la Ley 65/1997, que reconoce el derecho a favor de AIRTEL del otorgamiento de esta concesión”.*

#### **4. Derecho administrativo sancionador**

La STS, 3.ª, 17-9-1999 (RA 8878/92) ha precisado el alcance del principio “non bis in idem”, en su aspecto procesal o



**de prejudicialidad penal**, declarando que *“La circunstancia de que la sentencia penal fuera dictada después que la resolución administrativa adquiriera firmeza no impide la aplicabilidad del principio ‘non bis in idem’ inequívocamente contrario, en el ámbito a que este proceso se refiere, a esa duplicidad sancionatoria. La Administración, que ha apreciado los hechos con perfecta exactitud, debió sin embargo suspender la tramitación del expediente administrativo en espera de que concluyese el proceso penal dada la simultaneidad temporal entre uno y otro. Por no haberlo hecho así, su actuación ha sido contraria a derecho en ese punto”*.

## 5. Derechos Fundamentales

En materia de concesión de la **nacionalidad española** la Sala Tercera ha introducido interesantes precisiones sobre el alcance del concepto de “buena conducta cívica” exigido por el art. 22 del Código civil para la concesión de nacionalidad por residencia. Y así se ha pronunciado en los siguientes términos (STS, 6.<sup>a</sup>, 27-1-2000, RC 2145/95):

*«Si no es admisible la apelación a un concepto abstracto de buena conducta, referido al comportamiento general del individuo en sus relaciones sociales o jurídicas, cuya inobservancia genere por sí misma consecuencias jurídicas gravosas para su autor, sí puede serlo como noción concreta referida a conductas singulares jurídicamente debidas en razón de interés público protegido por la norma que impone dicho requisito, siempre que la exigencia de buena conducta guarde una directa y razonable relación con la finalidad perseguida por la norma o con las consecuencias*

*jurídicas concretas que se deriven de su incumplimiento, pues otra interpretación equivaldría a introducir un factor de diferenciación que habría que calificar de discriminatorio [...]. Las pautas interpretativas apuntadas permiten concluir que no bastaría con considerar la existencia o no de antecedentes penales en el solicitante, sino que hay que valorar su alejamiento o cercanía temporal en función del razonable proceso de integración en la sociedad española, así como el carácter y circunstancias de la conducta que haya podido dar lugar a la condena penal, como reveladora no sólo del incumplimiento del deber de observancia de los deberes constitucionales y de respeto a los derechos constitucionales, sino también de la falta en mayor o menor grado de la integración en la sociedad española legalmente exigida.»*

Por lo que respecta a la **regularización de los extranjeros la STS, 6.<sup>a</sup>, 26-10-1999 (RC 5510/95)** considera que cuando la norma exige la realización por el mismo de una actividad lucrativa estable, basta con que desempeñe un trabajo apto para su subsistencia, en tal sentido afirma que *“la realización de una actividad de venta ambulante que permite la subsistencia del interesado (acreditada en aquella ocasión mediante diversas certificaciones municipales y facturas), encaja de modo pleno en el concepto de actividad lucrativa continuada no ya en una interpretación flexible y favorable a la regularización de la situación de los extranjeros afectados, sino en una mera interpretación literal, el lucro –que tanto quiere decir como beneficio, ganancia, agio o utilidad– incluye no sólo el beneficio económico superfluo, sino también, y quizá con mayor propiedad, la ganancia de los medios económicos indispensables para la subsistencia de quien realiza la actividad lucrativa”*.

## 6. Distribución de competencias

### 6.1. Estado - Comunidades Autónomas

Varias han sido las sentencias por las que la Sala ha declarado que los **territorios forales** requieren **autorización estatal para la emisión de deuda pública (STS, 3.<sup>a</sup>, 10-11-1999, RA 4264/92 y STS, 3.<sup>a</sup>, 24-11-1999, RA 5593/92):**

*«Las Administraciones territoriales necesitan de expresas habilitaciones –constitucionales o legales– para ser titulares de poderes jurídicos, de modo que carecen de competencias fuera del marco normativo en que se ha de desenvolver su actividad. En la medida en que la Ley del Concierto –a la que se remite la de Régimen Loca– no ha reconocido a los Territorios Históricos potestades en materia de emisión de deuda pública (y, menos aún, al margen de la autorización del Estado) la defensa de la existencia de dichas potestades habrá de encontrar otro título legal para justificarla.*

*En este punto del debate podría tener importancia la apelación a la Disposición Adicional Tercera de la Ley del Concierto que, según es bien sabido, deja en vigor las facultades que en el orden económico y administrativo reconoció a los Territorios Históricos el art. 13 del Real Decreto de 13 de diciembre de 1906. Si se demostrara que, efectivamente, aquellos Territorios habían venido ejerciendo la atribución de emitir deuda pública sin la autorización estatal, podría analizarse si esta atribución se integraba entre las que formaban parte de sus “derechos históricos”. Habría aun que analizar, en ese caso, si aquella norma, que se dicta en virtud de la actualización general del régimen foral prevista en la Disposición Adicional primera de la Constitución, al*

*declarar subsistentes las facultades reconocidas a las Diputaciones Forales de Álava, Guipúzcoa, y del Señorío de Vizcaya en el orden económico y administrativo, consiente que la competencia debatida se ejercite con independencia de la intervención estatal, para lo cual sería necesario interpretar el añadido y condicionante «sin perjuicio de las bases a que hace referencia el art. 149.1.19 de la Constitución» que acompaña a la referida actualización.*

*Ocurre, sin embargo, que no se ha llegado a acreditar que la competencia para emitir deuda pública en el sentido ya expresado formara parte de los derechos históricos del Señorío de Vizcaya comprendidos entre las atribuciones que la Diputación Foral venía ejerciendo en 1906.*

[...]

*Al igual que en el caso de la Comunidad Autónoma en que se integran los Territorios Históricos (si bien, en aquél, por aplicación de los arts. 42.3 y 45 del Estatuto de Autonomía del País Vasco y de la Ley de Financiación de las Comunidades Autónomas) también en éste las exigencias constitucionales de una política económica –y monetaria– unitaria y la coordinación de la actividad financiera del resto de las Administraciones Públicas legitiman al Estado para intervenir, por vía autorizatoria, en las emisiones de deuda pública que las Diputaciones Forales pretendan realizar. Estas estarán afectadas de un vicio de nulidad cuando se acuerden fuera de la preceptiva autorización del Estado, sin perjuicio de que, además, se vean sometidas a otras prescripciones derivadas de la aplicación de la Ley del Parlamento Vasco 27/1983, de Territorios Históricos, a las que también hace referencia la sentencia recurrida.*

.....

*En este sentido, los territorios históricos no pueden por menos de quedar sujetos al régimen de autorización que, para su endeudamiento, se preveía en el Texto Refundido de Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto 781/1986, de 15 de abril. Pretender otra cosa sería romper el sistema coordinado de planificación económica del Estado, que irradia su acción a todo el ámbito de su territorio y del que no pueden desgajarse las Diputaciones Forales, so pretexto de las singularidades de su régimen foral.»*

La delimitación de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de **seguridad industrial** ha sido abordada con ocasión de un recurso deducido contra la sentencia que desestimó el interpuesto contra la Orden del Departamento de Industria y Energía de la Generalidad de Cataluña de 27 de marzo de 1990, por la que se regula la aplicación del Reglamento de aparatos a presión en las instalaciones realizadas en Cataluña, y que ha dado lugar a que la Sala se pronuncie sobre la concurrencia de potestades normativas en los siguientes términos (**STS, 3.<sup>a</sup>, 26-4-2000, RC 2261/92**):

*«Por tanto, dada la previsión del precepto estatutario, el reparto de funciones en el ámbito de la seguridad industrial puede definirse en los siguientes términos: el Estado tiene atribuida la potestad normativa –podrá dictar normas “por razones de seguridad industrial”–, pero la Comunidad Autónoma podrá dictar también disposiciones complementarias de las del Estado, siempre que no violen los mandatos o impidan alcanzar los fines perseguidos por la legislación estatal. Se trata, pues, de una concurrencia de potestades normativas, estatal y autonómica, que puede ordenar el legislador estatal con los*

*criterios y puntos de conexión que sea menester fijar y que resulten constitucional y estatutariamente correctos. De otro lado, la ejecución de esta normativa estatal y de la complementaria que pueda dictar la Comunidad Autónoma corresponde en exclusiva a ésta, ya que únicamente se excluyen de la competencia autonómica las “normas” que pueda dictar el Estado, sin referencia alguna a ninguna actividad estricta de ejecución; de manera que el Estado carece de facultades ejecutivas en materia de industria y, en concreto, de seguridad industrial».*

[...]

*Tal vez, y ya para agotar el tema, no estaría de más recordar que no constituirían transgresión de los límites impuestos a las disposiciones autonómicas en materia de seguridad industrial las exigencias de éstas que comportaran un plus de seguridad (supuesto en el que cabría incluir la impugnación que se hizo del art. 8.5 de la Orden catalana); que por tratarse de una potestad normativa compartida, no hay obstáculo para el dictado de aquellas disposiciones autonómicas en ausencia de normativa estatal, sin perjuicio de su eventual desplazamiento al surgir ésta (supuesto en el que cabría incluir la impugnación que se hizo del art. 13 de aquella Orden); y que es de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma la ejecución de la normativa en materia de seguridad industrial [supuesto en el que cabría incluir la impugnación que se hizo del art. 13.1.f) de la repetida Orden].»*

## 6.2. Estado. Comunidades Autónomas - Administración Local

En materia competencial urbanística, con ocasión de la construcción de un **Centro Penitenciario** acordado por el Estado, el

Tribunal Supremo ha tenido ocasión de delimitar el ejercicio de las competencias atribuidas al Estado, Comunidades Autónomas y Ayuntamientos, en este tipo de **proyectos obras de ámbito nacional**, fundamentando la innecesariedad de la autorización de la Comunidad Autónoma y la sustitución de la competencia municipal por la del Consejo de Ministros para otorgar este tipo de licencias, porque *“Los intereses nacionales prevalecen, en caso de conflicto, sobre el interés municipal. Por ello no encuentra amparo en la autonomía municipal, garantizada en el bloque de constitucionalidad. .. un supuesto de conflicto de intereses municipales con competencias exclusivas del Estado en materia penitenciaria (art. 149.1.º6 y 5 CE) y ... ninguna norma del bloque de la constitucionalidad en materia local atribuye competencia alguna a los Ayuntamientos en el ámbito penitenciario (art. 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril) lo que se debe a los intereses de naturaleza claramente supralocal en presencia en dicha materia. No se produce así lesión de la autonomía local por la decisión de la Administración Central del Estado de establecer un Centro Penitenciario. ... En el sistema del art. 244.2 la competencia municipal para el otorgamiento de la licencia se ve sustituida por la del Consejo de Ministros para decidir si procede ejecutar el proyecto. El procedimiento a seguir en estos casos no es el previsto para la obtención de la licencia, sino el que establece el mismo art. 244.2; queda así clara la falta de necesidad de seguir la tramitación generalmente exigible, de suerte que, si se trataba de una construcción en suelo no urbanizable, no resultaba precisa la observancia del procedimiento previsto en los arts. 43.3 del TRLS de 1976 y 44.2 del Reglamento de Gestión Urbanística. Si alguna duda hubiese a este respecto, piénsese que el art. 244.2 habilita al Consejo de Ministros para ordenar la iniciación del procedimiento de modificación o revisión del planeamiento, como ha hecho en el presente caso, lo que puede afectar en su*

*caso a la propia condición de suelo no urbanizable. No es necesaria la autorización de la Comunidad Autónoma*". (STS, 5.<sup>a</sup> 16-3-2000 RCA 48/93)

Por otra parte, merece destacarse la jurisprudencia dictada en orden a clarificar el ámbito de las competencias de estos entes locales. En tal sentido, la STS, 4.<sup>a</sup>, 10/02/00 (RC 2663/1994) declara, en efecto, la inviabilidad de la **constitución de mancomunidades** por parte de municipios para el desarrollo de fines que no sean de competencia municipal, en relación con la pretensión de unos municipios de una Comunidad Autónoma de crear una mancomunidad **para el desarrollo y fomento de la lengua autonómica**. La sentencia parte de la base de que la constitución de Mancomunidades ha de llevarse a cabo para la realización de obras o la prestación de servicios y el desarrollo y fomento de una lengua autonómica no lo es, añadiendo que *"las Mancomunidades de entes locales solo pueden constituirse válidamente para la realización de fines que consistan en la prestación de servicios de competencia municipal"*, y es claro que el fomento y desarrollo del uso de la lengua autonómica no es competencia de los municipios, pues de forma inequívoca tal competencia corresponde a la Comunidad Autónoma.

*La STS, 3.<sup>a</sup>, 17-2-00, (RCA 404/98) ha confirmado la procedencia de denegar la autorización que fue solicitada para convocar una consulta popular encaminada a propiciar la articulación del municipio y su entorno en provincia*, por tratarse de un asunto de carácter supralocal, afirmando que *"La consulta popular a los vecinos no se permite para cualquier asunto, ni siquiera para aquellos que tengan un interés relevante para los vecinos; es preciso, además, que se trate de asuntos de 'carácter local', por un lado, y que respecto de ellos el Municipio tenga 'competencias propias', por otro. La*



*demanda insiste en que se trata de una cuestión que ‘afecta a los intereses de los vecinos de Algeciras’, y a ello nada habría que oponer, en principio, pero lo decisivo, a los efectos del litigio, no es sólo que exista aquel interés sino que el ‘asunto’ (por emplear la expresión utilizada en el art. 71 de la Ley de Régimen Local) que lo genera sea, ante todo, de ‘carácter local’.... En efecto, la constitución de una nueva provincia, a costa –inevitablemente– de desgajar parte de otra u otras pre-existentes es un ‘asunto’ que supera el ámbito local para encuadrarse en ámbitos supralocales tanto de orden comarcal”.*

También ha declarado la Sala que es conforme a Derecho la denegación de la petición de **segregación de un núcleo de población del municipio al que pertenece, para su constitución como municipio nuevo e independiente**, si no se acredita la suficiencia de recursos exigible para garantizar su viabilidad, sin que obste a esta solución que el núcleo de población esté territorialmente diferenciado **STS, 3.ª, 10-5-2000, (RC 278/93)**. En tal sentido, la Sala ha entendido que la exigencia de una población mínima de 5.000 habitantes es un elemento más que coadyuva a explicar que con una población de 1.000 personas la obtención de recursos suficientes para atender a las competencias municipales obligatorias es más difícil, dada la menor capacidad de gestión. El Tribunal advierte que el art. 26.1 a) de la Ley de Bases del Régimen Local impone a estos municipios una serie de servicios a prestar, que difícilmente cabe presumir que puedan ser atendidos física y económicamente con base en tan reducida cantidad de personas, por lo que se impone una prueba más rigurosa a cargo de los solicitantes de la separación.

La **STS, 4.ª, de 06/10/99 (RC 6841/1993)**, por la que se confirma en casación **la nulidad de un “Reglamento del**

**Comercio Minorista de la Alimentación”** aprobado por un Ayuntamiento, señala, en primer lugar, que salvo aquellas Comunidades Autónomas a las que se hubiesen transferido específicas facultades de reglamentación del tema sanitario o de protección a los consumidores, lo cierto es que es competencia de la Administración estatal la determinación de los requisitos sanitarios de las reglamentaciones técnico-sanitarias de los alimentos, servicios o productos relaciones con el uso y consumo humanos, correspondiendo a las Corporaciones Locales el control del cumplimiento de las normas y planes sanitarios, pero no su establecimiento. En la misma línea –sigue diciendo esta sentencia–, compete al Estado la elaboración de las reglamentaciones técnico-sanitarias, de etiquetado, presentación y publicidad en todos los productos y servicios, restando a las Corporaciones Locales las –no menos importantes, pero de distinta naturaleza– facultades de información, inspección y apoyo de las asociaciones de consumidores, así como la adopción de las medidas urgentes, en supuestos de crisis, que afectan a la salud de los consumidores y usuarios.

Esta distribución competencial –concluye la sentencia que comentamos– *“no desconoce en absoluto las facultades conferidas por la Ley General de Sanidad, la Ley de Consumidores y Usuarios y cualesquiera normas de carácter sectorial a los Entes Locales en relación con las materias que son objeto del Reglamento que ahora se combate.... La vigilancia y control técnico-sanitario y la promoción de la protección y defensa de los consumidores y usuarios ... son una facultad y un deber a cargo de las Corporaciones locales en razón a su mayor proximidad al administrado; pero esa facultad-deber no alcanza hasta el límite de asumir competencias exclusivas de otros órganos estatales o autonómicos”*.

## 7. Educación

La **homologación de títulos** obtenidos en el extranjero a los correspondientes españoles ha generado numerosas cuestiones, de entre las que cabe destacar la relativa al contenido de la prueba de conjunto a cuya superación viene condicionada dicha homologación en determinados supuestos, y que ha sido planteada en ejecución de sentencia. La Sala ha precisado las condiciones que debe reunir dicha prueba, declarando que debe ser específica y tener por objeto única y exclusivamente los extremos o puntos diferenciales que se aprecien entre ambas formaciones (**STS, 3.<sup>a</sup>, 17-2-2000, RC 2755/98**):

*«La prueba a que la recurrente debe ser sometida no es aquella que verse con carácter general sobre todas las materias de la especialidad, sino una prueba restringida a las materias sobre las que se aprecien diferencias formativas. Para llevar a cabo tal prueba será preciso que la Administración establezca previamente esas diferencias y, después, convoque la prueba en los términos ya indicados.»*

## 8. Expropiación Forzosa

### 8.1. Incidencia de la STC 61/1997

La sentencia 61/1997, de 20 de marzo, del Tribunal Constitucional, al declarar inconstitucionales y nulos diversos preceptos de la Ley del Suelo, Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, ha planteado importantes cuestiones sobre la regulación aplicable para la fijación del justiprecio, dado que las disposiciones contenidas en

el citado Texto que establecían los criterios legales de tasación resultan en la práctica de imposible aplicación por estar en conexión con diversos preceptos declarados nulos. El Tribunal Supremo, acudiendo de nuevo a criterios fijados jurisprudencialmente, se ha inclinado por acudir en la medida de lo necesario a lo establecido en el articulado del Texto refundido aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, considerando inválidas las actuaciones llevadas a cabo al amparo de la legislación declarada nula, a pesar de haber sido convalidada por una **norma autonómica**, cuyos **efectos retroactivos** rechaza. La Sala ha declarado en este punto lo siguiente (STS, 6.ª, 30-10-1999, RC 5829/95):

*«No cabe duda que, como apuntan los representantes procesales de las Administraciones recurridas, las razones por la que en esa Sentencia del Tribunal Constitucional se anularon los aludidos preceptos (art. 31.2 y Disposición Transitoria Segunda, regla tercera, del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992) fueron de carácter competencial por cuanto el art. 148.1.3.ª de la Constitución establece la asunción de competencias en materia de ordenación del territorio y urbanismo por las Comunidades Autónomas, respecto de la que el Estado, a partir de la creación de los órganos de poder de éstas, carece de potestad para legislar, pero a pesar de que el Parlamento de la Comunidad Autónoma promulgase la Ley 1/1997 (BOJA n.º 73 de 26 de junio de 1997), en la que se incorporan al ordenamiento jurídico autonómico todos los preceptos y disposiciones declarados nulos en la citada sentencia del Tribunal Constitucional y con efecto retroactivo (disposición final tercera de la referida Ley 1/1997) a partir del momento de la publicación de aquella sentencia, ello no legitima una actuación llevada a cabo con anterioridad al amparo de unos preceptos de la*

*legislación estatal declarados inconstitucionales y nulos por el Tribunal Constitucional, razón que, unida a las anteriores, obliga a estimar este primer motivo de casación.*

[...]

*La estimación, sin embargo, del primer motivo de casación invocado con la subsiguiente anulación de la sentencia recurrida, nos obliga, según lo dispuesto por el art. 102.1.3.º de la Ley de esta Jurisdicción, reformada por Ley 10/1992, de 30 de abril, a resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, consistente, ante la nulidad por inconstitucionalidad de los preceptos en que se basaba el acuerdo municipal impugnado, en determinar si dicho acuerdo viene legitimado por el ordenamiento jurídico aplicable en defecto de aquél, que, como hemos declarado en nuestras sentencias de 29 de mayo, 21 de septiembre, 18 y 25 de octubre de 1999, no es otro que el establecido por el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/76, de 9 de abril, ya que el Tribunal Constitucional en su referida Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, anuló también la disposición derogatoria única 1 en lo relativo al Real Decreto 1346/76, de 9 de abril, de manera que éste recuperó vigencia en aquellas materias no reguladas por las normas subsistentes del nuevo Texto Refundido de 1992, entre las que se encuentra la expropiación por los Ayuntamientos de los solares o fincas en situación de venta forzosa al haber sido incluidos en el Registro Municipal de Solares de Edificación Forzosa, aunque en la actualidad dicha materia se rija en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía por su propia legislación, promulgada con posterioridad a la publicación de la mencionada Sentencia del Tribunal*

*Constitucional 61/97, y su eficacia se retrotraiga a la fecha de la publicación de esta sentencia (25 de abril de 1997), sin que, por consiguiente, pueda regular los actos realizados con anterioridad a tal fecha.»*

Concluye el Tribunal declarando que, incluida la finca en el Registro Municipal de Solares y otros Inmuebles de Edificación Forzosa, es conforme a derecho la expropiación que se acuerda por no haberse cumplido la obligación de edificar en los plazos establecidos por el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, pero el justiprecio a satisfacer no puede estar limitado al cincuenta por ciento del aprovechamiento, como preveía el régimen jurídico declarado inconstitucional, sino que ha de ajustarse a lo establecido por los arts. 157.2 y 3 y 161.3 del propio Texto Refundido de 1976 y 20.3 del Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares, aprobado por Decreto 635/1964, de 5 de marzo.

## *8.2. Fijación del justiprecio*

La Sala Tercera ha venido sentando criterios jurisprudenciales aptos para la fijación del justiprecio en ciertos supuestos en los que su determinación no es objeto de reglas tasadas legalmente (como ocurre, de forma especialmente relevante, en el ámbito urbanístico). Así, destaca el mantenimiento de la regla jurisprudencial sobre capitalización de la diferencia de rentas para fijar **la indemnización procedente por expropiación del derecho arrendaticio**. El Tribunal ha declarado (**STS, 6.<sup>a</sup>, 23-9-1999, RC 4193/95**) que el justiprecio deberá fijarse en función de la capitalización de la diferencia de rentas entre el local expropiado y otro de similares características y situación, sin perjuicio de la indemnización de gastos de traslado.

La exigencia constitucional de **igualdad en la aplicación de la ley** ha determinado que la Sala Tercera considere que se infringe dicho principio cuando en pleitos distintos se fijan justiprecios distintos para fincas idénticas, si no se comprueba mediante la debida aportación de la prueba practicada en otros procesos cuál es la razón de la discrepancia, sentándose la siguiente doctrina: *“Es, asimismo, doctrina reiterada de esta Sala ... que el respeto del principio de igual trato en aplicación de la ley aconseja, a fin de evitar cualquier discriminación, incorporar en los diferentes pleitos que puedan versar sobre idéntico objeto el informe o informes periciales emitidos en los procesos ya substanciados para evitar la contradicción con los precedentes litigios entre las mismas partes u otras diferentes en situación equivalente y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones esencialmente iguales, de manera que no se puede llegar, a no ser que se vulnere el derecho a la igualdad en aplicación de la ley, a pronunciamientos distintos salvo que se justifique suficientemente el apartamiento de la anterior doctrina. El art. 61.5 de la nueva Ley de la Jurisdicción recoge esta orientación jurisprudencial al disponer que “el Juez podrá acordar de oficio, previa audiencia a las partes, o bien a instancia de las mismas la extensión de los efectos de las pruebas periciales a los procedimientos conexos” (STS, 6.ª, 9-11-1999, RC 5921/95).*

En la aplicación de los criterios tasados de la legislación urbanística para la fijación del justiprecio se han producido también notables novedades. La jurisprudencia reciente se inclina por entender que el **terreno destinado a viales o dotaciones para suelo urbano debe valorarse como suelo urbanizable aun cuando aparezca clasificado como no urbanizable**. La Sala ha dicho al respecto lo siguiente *“En relación con los sistemas generales en suelo no clasificado o clasificado como no*

urbanizable, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1994, cuya doctrina es seguida por la de 3 de diciembre de 1994, declara que debe valorarse como urbanizable un suelo no clasificado destinado expropiado a completar el sistema general viario del municipio. Dando un paso más allá, que ha sido seguido por la jurisprudencia posterior, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1996 (recurso número 4181/1993), cuya doctrina ha sido seguida por las de 14 de enero de 1998 (recurso de casación 6017/1993), 11 de julio de 1998 (recurso de casación número 1869/1994) y 17 de abril de 1999 (recurso de casación 8750/1994) declara que debe valorarse como urbanizable el suelo clasificado en el Plan General de modo expreso como no urbanizable y destinado a sistemas generales si esta clasificación se ha hecho de manera que suponga la singularización y el aislamiento del suelo afectado, pues el trazado y características de la red viaria y el desarrollo de los sistemas de la estructura general de ordenación urbanística del territorio (arts. 12.2.1.e) y 2.2.a) del Texto refundido aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril) se incluyen específicamente entre las previsiones para el suelo urbano y el urbanizable. De lo contrario se incumpliría la obligación de equidistribución de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, impuesta por los arts. 3.2.b) y 87.1 del Texto refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril". El Tribunal sienta, como conclusión, que el suelo destinado a viales llamado a integrarse en la trama urbana debe ser valorado con arreglo a su valor urbanístico, como si de suelo urbanizable se tratase, aun cuando formalmente no aparezca clasificado o lo esté artificialmente como suelo no urbanizable. El art. 105 del Texto refundido aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, en efecto, establece que el suelo urbanizable será valorado con arreglo



al aprovechamiento que resulte de su uso e intensidad de ocupación, determinado en el Plan General, en el supuesto de que se trate de suelo urbanizable no programado, o con arreglo al aprovechamiento medio del sector, en el supuesto de que se trate de suelo urbanizable programado. Debe recordarse, por lo demás, que, según el criterio ya consolidado del Tribunal, cuando se trata de suelo urbano carente de aprovechamiento, debe acudir al aprovechamiento correspondiente a los terrenos colindantes para el cálculo del que debe asignársele a efectos de valoración para respetar el principio de igual distribución de los beneficios y cargas del planeamiento. (STS, 6.<sup>a</sup>, 7-3-2000, RC 8948/95).

### 8.3. *Garantías expropiatorias*

Debe destacarse también por su gran importancia la aplicación de las garantías expropiatorias a los **convenios realizados sub specie expropriationis**. La jurisprudencia ha insistido en los últimos años sobre la necesidad de absoluto respeto a las garantías inherentes al instituto de la expropiación, entre ellas la reversión, como instrumento para evitar la arbitrariedad en las exacciones coactivas de bienes o derechos patrimoniales llevadas a cabo por la Administración. Un ejemplo del carácter expansivo de estas garantías lo encontramos en la extensión de las mismas a los convenios realizados sub specie expropriationis, cuestión sobre la que la STS, 6.<sup>a</sup>, 3-11-1999 (RC 5909/95) ha declarado lo siguiente “....cuando se produce un convenio de cesión de terrenos al Ayuntamiento con la finalidad de evitar la expropiación, el hecho de que dicha transmisión haya tenido lugar sub specie expropriationis, esto es, en contemplación a una operación expropiatoria que, iniciada o no, constituye la

*base del negocio jurídico realizado (ya que el mismo no habría tenido lugar o se habría producido en condiciones distintas en la hipótesis de que no se hubiese contemplado el ejercicio potencial de la potestad expropiatoria por parte de la Administración), la operación realizada queda sometida, desde el punto de vista sustantivo, y en la medida en que sea compatible con las estipulaciones del convenio, a la disciplina y efectos propios de las exacciones coactivas de bienes mediante indemnización y, por ende, al régimen de garantías inherentes a la expropiación forzosa en cuanto resulte aplicable, pues otra solución privaría al propietario o titular de derechos o intereses económicos susceptibles de expropiación de la facultad de beneficiarse de las medidas con que el ordenamiento jurídico protege el derecho de propiedad cuando la actuación de la Administración no se constriñe a delimitar su contenido en aras de los intereses públicos o de su función social, sino que opera una privación de su contenido esencial justificada por razones de utilidad pública o interés social compensada mediante la incorporación al patrimonio del titular del valor económico equivalente al bien o derecho que es objeto de privación y esto ocurre no sólo cuando se consuma el expediente expropiatorio, sino también cuando se pone fin a él por acuerdo entre el expropiante o el beneficiario y el expropiado sobre el monto del justiprecio (acuerdo 24 de la Ley de Expropiación forzosa) o cuando, finalmente, se sustituye el procedimiento por un convenio entre ambas partes orientado a conseguir el mismo fin expropiatorio evitando la dilación e incertidumbre que comporta su tramitación.*

*Entre las garantías que rodean al propietario expropiado está el ejercicio del derecho de reversión en los supuestos previstos por la Ley de expropiación forzosa, por lo que la disciplina de este derecho debe entenderse aplicable a aquellos casos*

*en los que se produce una cesión de terrenos a la Administración motivada por la finalidad de evitar la expropiación de los mismos, como ocurre, de forma paradigmática, cuando el terreno está destinado por el planeamiento a viales y consta la procedencia del procedimiento expropiatorio como forma de ejecutar las determinaciones del planeamiento que comportan dicho destino al que se da efectividad mediante la cesión”.*

Destaca en esta materia el tratamiento que el Tribunal ha dado a la cuestión relativa al derecho de **reversión** de los bienes expropiados. La regulación de la reversión que todavía aplica el Tribunal Supremo no prevé la existencia de **plazos de prescripción o caducidad** para el citado derecho, lo que determina que en ocasiones su ejercicio tenga lugar respecto de expropiaciones forzosas lejanas en el tiempo. Sin duda esta situación, difícilmente compatible con la realidad económica actual, es la que ha motivado la modificación de los arts. 54 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa por la reciente Ley de Ordenación de la Edificación (Ley 38/1999, de 5 de noviembre). La jurisprudencia, sin embargo, ha venido manteniendo rigurosamente los criterios interpretativos de la Ley de Expropiación de 1954 sobre ausencia de prescripción, acuñados desde su promulgación. La doctrina aplicable a la Ley ya derogada, cuyo estudio es indispensable para comprender el nuevo régimen legal **STS, 6.<sup>a</sup>, 19-10-1999, (RC 4771/95)** responde a una antigua y consolidada jurisprudencia de la Sala, “...la cual no se limita, como supone el abogado del Estado, a estimar que el sistema general de la prescripción adquisitiva no es de aplicación al derecho de reversión (sentencia de 7 de febrero de 1989 por él citada), sino que se ha pronunciado desde distintas perspectivas y en reiteradas ocasiones en el sentido de que tampoco es aplicable al instituto de la reversión la prescripción extintiva”.

También debe hacerse una referencia a la **retasación de los bienes** expropiados por el transcurso de dos años sin abonar el justiprecio expropiatorio. En este punto la Sala Tercera, después de diversas vacilaciones a lo largo de varios años, ha fijado recientemente su criterio contrario a admitir dicha retasación cuando se trata de la **indemnización del derecho arrendaticio por inclusión de la finca en el Registro de Solares de Edificación Forzosa (STS, 6.<sup>a</sup>, 30-10-1999, RC 5504/95)**:

*«El propietario del inmueble, incluido en el Registro Municipal de Solares, o los terceros adquieres del mismo no están obligados a pagar las indemnizaciones a los arrendatarios o titulares de derechos personales sino cuando se extingan éstos, que en el primer caso será cuando se otorgue la licencia de obras y en el segundo cuando se enajene la finca, de manera que ni la fecha de la inclusión del solar o finca en el Registro Municipal de Solares ni la de iniciación del expediente de valoración y tampoco la de fijación del justiprecio o de las indemnizaciones son relevantes para apreciar una posible demora en el cumplimiento de la obligación de indemnizar a los arrendatarios, ya que no hay tal obligación de pago sino cuando se extinguen los arrendamientos, como se deduce de lo establecido concordantemente por los arts. 157.3 y 161 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, pues la remisión que éste y aquél precepto hacen a la Ley de Expropiación Forzosa lo es exclusivamente a los efectos de determinación del justiprecio e indemnizaciones procedentes, y, por consiguiente, al procedimiento marcado en el capítulo III del Título II de la Ley de Expropiación Forzosa.*

*Ahora bien, de lo dispuesto en los citados arts. 157.3 y 161.3 del tantas veces citado Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, también se deduce que las*

*indemnizaciones en favor de los arrendatarios deben ser las que correspondan al momento de extinguirse los arrendamientos, por lo que, como la fijación de aquéllas puede tener lugar, en aplicación de lo dispuesto por el art. 157.1 del propio Texto Refundido, con anterioridad a ese momento, será el propio órgano tasador el que de oficio o a instancia de los interesados habrá de fijar una pauta o criterio de actualización con el fin de evitar que al tiempo de la extinción se hayan devaluado las indemnizaciones procedentes, entre cuyos criterios lógicamente está el de su incremento con el interés legal del dinero, si bien cabría cualquier otro para obtener idéntico resultado, que, de no ser previsto por el Jurado o no ser establecido con acierto, dejará abierta la vía de los recursos.*

*Una vez vencida la obligación de pago de las indemnizaciones por haberse enajenado forzosamente la finca o concedido al propietario la oportuna licencia de edificación, si no se satisfacen las indemnizaciones, aparte de que no procederá el desalojo por más que los arrendamientos u otros derechos personales se hayan extinguido y lo mismo las obligaciones derivadas de ellos (entre otras el pago de la renta), incurren en mora el adquirente de la finca o el propietario, pero tal morosidad no es la contemplada específicamente en el capítulo V del Título II (arts. 56 a 58) de la Ley de Expropiación Forzosa sino la establecida con carácter general por el Código civil para los supuestos de incumplimiento de las obligaciones consistentes en el pago de una cantidad de dinero, en los que, según dispone el art. 1.108 del Código civil, si no hay pacto en contrario su reparación consistiría en el pago de los intereses convenidos y a falta de convenio del interés legal, de manera que la demora en el pago de las indemnizaciones fijadas en favor de los*

*arrendatarios de los inmuebles incluidos en el Registro Municipal de Solares, salvo pacto en contrario, ha de repararse mediante el abono del interés legal de la cantidad adeudada, sin que sea, por consiguiente, aplicable el instituto de la retasación, contemplado por el art. 58 de la Ley de Expropiación Forzosa.»*

## 9. Función Pública

### 9.1. Administración Local

Dentro de las sentencias dictadas por la Sala III del Tribunal Supremo en relación con la función pública de las corporaciones locales cabe destacar **la STS, 4.<sup>a</sup>, de 16/05/00 (RC 5006/1994)**, que al abordar el problema de la competencia para la realización del **informe económico financiero preceptivo para la aprobación del presupuesto municipal**, recuerda que “*los arts. 1.1 y 4.1, apartado g) del Real Decreto 11745/1987, de 18 de septiembre imponen como requisito necesario que el informe económico-financiero sea redactado por un funcionario de habilitación nacional con la titulación suficiente*”, a fin de garantizar que los datos económico-financieros que han de ser tenidos en cuenta en el informe “*sean valorados con los debidos criterios de legalidad y adecuación a las circunstancias económicas de la Corporación por una persona con la formación suficiente, habida cuenta de la importancia que tiene el presupuesto para el funcionamiento de la Corporación*”. Por ello, se rechaza la suscripción del informe económico-financiero por un Interventor Habilitado de la Escala Auxiliar Administrativa, aunque sea con la supervisión del Secretario.

## 9.2. *Administración de Justicia*

Durante el presente año judicial se han dictado sentencias relevantes en torno a la organización de la Administración de Justicia, y singularmente en lo relativo a la estructuración y régimen jurídico de la Carrera Judicial.

Por su interés cabe destacar ante todo la **STS, 7.<sup>a</sup>, 14/07/99 (RCA 617/1998)**, que aunque dictada cronológicamente en el año judicial precedente, se incorpora a esta crónica por su importancia, y por haberse publicado a finales de aquel año judicial, con la consiguiente imposibilidad de incorporación a la selección de jurisprudencia correspondiente a dicha anualidad. El interrogante al que da respuesta esta Sentencia es si las faltas disciplinarias pueden ser impuestas en relación con comportamientos no incardinables de modo directo e inmediato en el servicio, visto el art. 416 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece en su apartado 1.º que *“las faltas cometidas por los Jueces y magistrados en el ejercicio de sus cargos podrán ser muy graves, graves y leves”*. ¿Cómo interpretar esa expresión, “en el ejercicio de sus cargos”? **Se trata, en suma, de determinar si un juez o magistrado en activo puede ser sancionado disciplinariamente por acciones realizadas fuera de la actividad jurisdiccional.**

La respuesta al interrogante planteado es abordada puntualizando que *“el orden disciplinario aplicable a jueces y magistrados tiene un más amplio perfil que el que corresponde a los funcionarios públicos, y ello a causa de la singular posición que aquellos ocupan dentro del Estado. Jueces y Magistrados son simultáneamente empleados públicos y titulares de un poder del Estado. Esto explica que su estatuto jurídico personal comprenda dos grupos de deberes: unos, comunes a los*

*de los funcionarios, y referidos a la vertiente puramente profesional de su dedicación; y otros que les son específicos o singulares, y que van ligados a la relevancia constitucional del cometido que les corresponde dentro del Estado”. La dualidad que se acaba de señalar hace comprensible –sigue diciendo la sentencia– que el orden disciplinario tenga asimismo un perfil bifronte. “De una parte, y desde un punto de vista de pura funcionalidad material, está llamado a garantizar, de manera idéntica a como sucede en cualquier organización compleja, que la actividad interna del aparato burocrático judicial se desarrolle con regularidad y sin perturbaciones. De otra parte, y en lo concerniente al elevado rango que la Constitución asigna a la potestad jurisdiccional, ese orden disciplinario pretende que el Poder Judicial aparezca externamente ante la sociedad con los rasgos y exigencias que resultan inexcusables para el buen funcionamiento del sistema democrático”.*

Lo que acaba de exponerse hace fácilmente comprensible que *“las obligaciones estatutarias de Jueces y Magistrados, y el orden disciplinario establecido para garantizar su efectividad, no puedan quedar limitados únicamente a la estricta actuación jurisdiccional que individualmente hayan de desarrollar, y que, por el contrario, trasciendan y alcancen a conductas ajenas a dicha actuación”*. Y consecuencia de ello es –concluye la sentencia– que la expresión “en el ejercicio de sus cargos”, contenida en el art. 416.1 de la LOPJ, *“no puede operar como un elemento típico, común a todas las faltas disciplinarias, y consistente en la exigencia de que, para que una conducta pueda ser subsumida en dichas faltas, tenga que haber sido realizada por el juez o magistrado, necesariamente, durante el ejercicio de actividades jurisdiccionales. Sobre todo si se tiene en cuenta, además, que la literalidad de esa expresión incluida en el art. 416.1 no es inequívoca, pues encontrarse ‘en el ejercicio*



*de un cargo' significa también, en el lenguaje usual, hallarse en la situación de estar ostentándolo”.*

Otra importante Sentencia dictada a lo largo de este año judicial en relación con la organización de la Administración de Justicia es la **STS, 7.<sup>a</sup>, 16/03/00 (RCA 3/1998)**, sobre la posibilidad de realizar el **nombramiento de Fiscal del Tribunal Supremo en favor de un miembro de la Carrera Fiscal que ocupa el cargo de Vocal del Consejo General del Poder Judicial**. En ella se realiza una delimitación del alcance y contenido del art. 120 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, recordémoslo, establece que *“los vocales del Consejo General del Poder Judicial no podrán ser promovidos durante la duración de su mandato a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo ni nombrados para cualquier cargo de la Carrera Judicial de libre designación o en cuya provisión concurra apreciación de méritos”*.

El precepto que se acaba de transcribir constituye –dice esta sentencia– una norma de carácter prohibitivo que, justamente por tal carácter, *“no puede ser objeto de interpretaciones extensivas o aplicaciones analógicas más allá de los concretos y específicos supuestos que contempla, entre los que no se incluye el cargo de Fiscal del Tribunal Supremo. Más aún, una eventual inclusión de tal cargo dentro de la regla prohibitiva contenida en aquel art. no tendría sentido, pues siendo el espíritu y finalidad del precepto garantizar la máxima objetividad e imparcialidad en la provisión de aquellos puestos para cuya adjudicación el Consejo General del Poder Judicial tiene un papel determinante, carece de justificación su extensión a aquellos cargos en orden a cuya provisión el Consejo General del Poder Judicial no tiene intervención alguna, como es el aquí debatido”*.

Tampoco autoriza tal extensión –sigue diciendo la sentencia– el art. 47 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, ya

que este precepto viene a establecer para los miembros del Ministerio Fiscal un paralelismo respecto de las situaciones administrativas de los Jueces y Magistrados, tal y como se regulan en la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero la regulación de las situaciones administrativas de los Jueces y Magistrado se contempla en la Ley Orgánica en el Capítulo VII del Título I del Libro IV (titulado “De los Jueces y Magistrados”), mientras que el art. 120 se ubica en el Capítulo III del Título II del Libro II de la misma Ley Orgánica (referido al “Gobierno General del Poder Judicial”), lo que debe relacionarse con el hecho de que el precepto no va dirigido a los Jueces y Magistrados, sino a los Vocales del Consejo General del Poder Judicial, cualquiera que sea su procedencia, y no se refiere tanto a un problema de cambio de situación administrativa como a una prohibición de nombramiento para un cargo, lo que es cosa bien distinta. Finalmente –concluye el razonamiento de la sentencia–, *“la Disposición Adicional del Estatuto no puede tener virtualidad para aplicar a los miembros del Ministerio Fiscal la regla prohibitiva del art. 120 en lo relativo al nombramiento para el cargo de Fiscal del Tribunal Supremo, por las razones ya señaladas en el sentido de que este cargo no se contempla en dicho art. ni tendría sentido su inclusión en el mismo, no dándose por consiguiente las razones que justificarían una eventual extensión analógica del mandato contenido en aquella norma, al no concurrir en ambos casos la ‘identidad de razón’ o igualdad jurídica esencial que es presupuesto necesario para la aplicación analógica de las normas jurídicas (art. 4-1 Cc)”*.

### 9.3. Universidad

En materia de empleo público cabe destacar una sentencia relativa a la función pública docente universitaria, en relación con

una cuestión que ha dado y sigue dando lugar a una abundante litigiosidad, como es el llamado **complemento “por méritos docentes”**. A este complemento retributivo se refiere, en efecto, la **STS, 7.<sup>a</sup>, 29/10/99 (RCIL 7111/1995)**, donde se declara como doctrina legal que *“el tiempo de servicios prestados como funcionario interino no es computable a efecto del cumplimiento del período de dos años desde el acceso a cualquier plaza del correspondiente Cuerpo docente universitario, que el art. 2.5.1 del Real Decreto 1.086/1989, de 28 de agosto, exige para obtener el derecho a ser evaluado, con el fin de percibir el componente del complemento específico por méritos docentes a que se refiere el art. 2.3.c) del texto reglamentario mencionado”*.

#### 9.4. Régimen disciplinario

La imposición de sanciones disciplinarias en el ámbito de la función pública como consecuencia de la previa condena penal por la comisión de un delito doloso ha dado lugar a numerosos recursos en los Tribunales del Orden contencioso-administrativo, centrados en torno a la posible infracción del principio **“non bis in idem”**, consagrado en el art. 25 de la Constitución (según ha reiterado una consolidada y uniforme doctrina del Tribunal Constitucional). Ciertamente, se trata de un tema sobre el que han recaído sentencias con pronunciamientos no siempre compatibles, cuando no abiertamente contradictorios, pero esas discordancias tal vez puedan quedar ya superadas a la vista de la **STS, 7.<sup>a</sup>, de 30/05/00 (RC 513/1996)**, que ha analizado el problema desde una perspectiva global e integradora.

La sentencia comienza recordando la doctrina del Tribunal Constitucional, resaltando, a estos efectos, en primer lugar, que

para entender justificada una doble sanción al mismo sujeto por unos mismos hechos no basta simplemente con la dualidad de normas, sino que es necesario, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto. Sentado esto, recuerda la Sentencia, en segundo lugar, que la existencia de una relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma para justificar esa dualidad de sanciones, ya que tales relaciones no son un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales.

Sobre esta base, la cuestión polémica es centrada por esta sentencia en los siguientes términos: *“si el dato, consistente en que la condición de funcionario público del sujeto activo haya sido considerada en la calificación penal realizada para imponer una condena de ese carácter, determina, por sí solo y necesariamente, que el bien jurídico protegido por la infracción penal aplicada sea el buen funcionamiento de la Administración pública, y, por dicha razón, hace que la aplicación de una sanción disciplinaria junto a la penal deba comportar obligatoriamente una vulneración de la prohibición ‘non bis in ídem’”*.

Para dar respuesta a este interrogante, la Sala parte de las siguientes premisas:

A) El bien jurídico protegido en cada infracción penal no viene determinado por la condición del sujeto activo, sino por aquel valor social o individual cuya lesión o puesta en peligro encarna la acción típica de la infracción.

B) La rúbrica de los títulos con los que aparece sistematizada la parte especial del Código penal es un importante elemento de interpretación para determinar cual es el bien jurídico protegido en cada supuesto delictivo.

C) La singular condición de funcionario del sujeto activo, cuando es considerada para la definitiva calificación penal de unos hechos, lo puede ser de dos maneras o con dos finalidades distintas.

Puede ser ponderada como un elemento imprescindible para que una determinada acción tenga relevancia penal. Y cuando así sucede la norma penal lo que suele reflejar es el propósito de reprimir determinadas conductas funcionariales porque se estiman contrarias al interés propio de la Administración pública de la que dicho funcionario es agente o elemento integrante. Pero, en otras ocasiones, opera sobre acciones o conductas que habrían sido constitutivas de infracción penal aunque las hubiera realizado un particular no funcionario; es decir, la condición funcional se sobreañade a infracciones en las que el bien jurídico protegido no constituye un interés propio de la Administración pública. Apareciendo entonces esa condición funcional, no como elemento imprescindible para apreciar la existencia de una figura penal, sino como circunstancia genérica de agravación de la pena, o como determinante de un subtipo agravado de otro tipo básico u ordinario.

Y cuando esto segundo acontece, ello es revelador de que la condición de funcionario no opera en el ámbito penal como elemento expresivo de la protección de un determinado interés que es propio o exclusivo de la Administración pública, sino como factor demostrativo de una superior culpabilidad, o de una mayor perversidad moral, en esas acciones que serían delictivas aunque las hubiera realizado un sujeto no funcionario, y hace que esas acciones sean merecedoras de una mayor penalidad.

D) A efectos penales no son identificables ni confundibles los conceptos de Estado y Administración pública, aunque esta

forme parte de aquel. El Estado es la global estructura con la que se organiza una colectividad para resolver su convivencia (aspecto orgánico), y también el conjunto de valores y derechos fundamentales que se proclaman como esenciales para esa convivencia (aspecto moral). Y la Administración pública es solo una parte de la organización estatal, y sus cometidos representan por ello solamente una parcela de la actividad estatal.

A partir de estos datos, dice la Sentencia que lo que procede es *“contrastar, entre sí, la infracción disciplinaria sancionada con los tipos delictivos cuyas aplicaciones determinaron las condenas penales impuestas. Y ello en aras de averiguar si en ambos grupos de infracciones son o no coincidentes el fundamento de la sanción, o los bienes jurídicos objeto de protección”*. Realizada esa comparación, si se determina que *“la presencia del dato funcional en dichos delitos no es expresiva del propósito de salvaguardar a la Administración pública, sino del interés de penalizar más gravemente el atentado a otros derechos o intereses que no son propios de la Administración pública (por el hecho de que el prevalerse de la condición de funcionario público en el sujeto activo de ese atentado implique una superior culpabilidad), habrá que concluir que la posterior imposición de una sanción disciplinaria por esa condena penal no infringirá el principio ‘non bis in idem’”*.

## **10. Responsabilidad patrimonial**

### *10.1. Estado legislador*

Uno de los puntos en los que más espectacularmente ha avanzado la jurisprudencia en los últimos años es el de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos.

Recientemente se han dictado importantes sentencias reconociendo la responsabilidad del Estado legislador en virtud de **la promulgación de una ley luego declarada inconstitucional**. Con ello vienen a contrarrestarse, en cierta medida, las limitaciones que, en detrimento del principio de justicia, impone el principio de respeto a la cosa juzgada por parte de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad pronunciadas por el Tribunal Constitucional. La sentencia que a continuación se recoge proclama este principio con una amplitud exenta de cualquier ambigüedad (STS, 6.<sup>a</sup>, 29-2-2000, RCA 49/98):

*«Se ha mantenido que si la ley no declara nada sobre dicha responsabilidad, los tribunales pueden indagar la voluntad tácita del legislador (ratio legis) para poder así definir si procede declarar la obligación de indemnizar. No debemos solucionar aquí esta cuestión, que reconduce a la teoría de la interpretación tácita la ausencia de previsión expresa legal del deber de indemnizar. No es necesario que lo hagamos, no sólo porque la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común es posterior a los hechos que motivan la reclamación objeto de este proceso, sino también porque, por definición, la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado, el cual no podía ser establecido a priori en su texto. Existe, en efecto, una notable tendencia en la doctrina y en el derecho comparado a admitir que, declarada inconstitucional una ley, puede generar un pronunciamiento de reconocimiento de responsabilidad patrimonial cuando aquélla ocasione privación o lesión de bienes, derechos o intereses jurídicos protegibles.*

*Este mismo principio ha sido defendido desde tiempo relativamente temprano por nuestra jurisprudencia, se parando el supuesto general de responsabilidad del Estado legislador por imposición de un sacrificio singular de aquél en que el título de imputación nace de la declaración de inconstitucionalidad de la ley. La sentencia de esta Sala de 11 de octubre de 1991, además de remitir la responsabilidad por acto legislativo a los requisitos establecidos con carácter general para la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (que la lesión no obedezca a casos de fuerza mayor; que el daño alegado sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado; que no exista el deber de soportarlo; y que la pretensión se deduzca dentro del año en que se produjo el hecho que motive la indemnización) y de afirmar que “en el campo del Derecho tributario, es obvio que la responsabilidad del Estado-legislador no puede fundarse en el principio de la indemnización expropiatoria”, añade que “el primer hito señalado por el Tribunal Constitucional para la responsabilidad del Estado-legislador ha de buscarse en los efectos expropiatorios de la norma legal. Pero con ello queda no agotado el tema. Ciertamente, el Poder Legislativo no está exento de sometimiento a la Constitución y sus actos –leyes– quedan bajo el imperio de tal Norma Suprema. En los casos donde la Ley vulnere la Constitución, evidentemente el Poder Legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento, y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar. Por tanto, la responsabilidad del Estado-legislador puede tener, asimismo, su segundo origen en la inconstitucionalidad de la Ley”.*

*La determinación del título de imputación para justificar la responsabilidad del Estado legislador por in -*



*misiones legislativas en la esfera patrimonial (que ha vacilado entre las explicaciones que lo fundan en la expropiación, en el ilícito legislativo y en la teoría del sacrificio, respectivamente) ofrece así una especial claridad en el supuesto de ley declarada inconstitucional.*

*Ciertamente, se ha mantenido que la invalidación de una norma legal por adolecer de algún vicio de inconstitucionalidad no comporta por sí misma la extinción de todas las situaciones jurídicas creadas a su amparo, ni tampoco demanda necesariamente la reparación de las desventajas patrimoniales ocasionadas bajo su vigencia. Para ello se ha recordado que los fallos de inconstitucionalidad tienen normalmente eficacia prospectiva o ex nunc (los efectos de la nulidad de la Ley inconstitucional no vienen definidos por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional «que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso» [sentencia del Tribunal Constitucional 45/1989, fundamento jurídico 11]).»*

Frente a la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual la declaración de inconstitucionalidad que se contiene en la sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996, no permite revisar un proceso fenecido mediante sentencia judicial con fuerza de cosa juzgada la Sala considera, sin embargo, que la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia:

*«El resarcimiento del perjuicio causado por el poder legislativo no implica dejar sin efecto la confirmación de la autoliquidación practicada, que sigue manteniendo todos sus efectos, sino el reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable, producido por el abono de unas cantidades que resultaron ser indebidas por estar fundado aquél en*

*la directa aplicación por los órganos administrativos encargados de la gestión tributaria de una disposición legal de carácter inconstitucional no consentida por la interesada. Sobre este elemento de antijuridicidad en que consiste el título de imputación de la responsabilidad patrimonial no puede existir la menor duda, dado que el Tribunal Constitucional declaró la nulidad del precepto en que dicha liquidación tributaria se apoyó.*

*La sentencia firme dictada, al no corregir el perjuicio causado por el precepto inconstitucional mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad a la que acudieron otros tribunales, consolidó la actuación administrativa impugnada, que en ningún momento fue consentida por la entidad interesada, la cual agotó todos los recursos de que dispuso. Con ello se impidió la devolución de lo indebidamente ingresado consiguiente a la anulación de la actuación viciada. Esta devolución se produjo, en cambio, en otros supuestos idénticos resueltos por otros órganos jurisdiccionales que creyeron oportuno plantear la cuestión. La firmeza de la sentencia, así ganada, no legitimó el perjuicio padecido por la recurrente, directamente ocasionado por la disposición legal e indirectamente por la aplicación administrativa de la norma inconstitucional. Es precisamente dicha sentencia, de sentido contrario a la pronunciada por los tribunales que plantearon la cuestión de inconstitucionalidad y la vieron estimada, la que pone de manifiesto que el perjuicio causado quedó consolidado, al no ser posible la neutralización de los efectos del acto administrativo fundado en la ley inconstitucional mediante la anulación del mismo en la vía contencioso-administrativa, no obstante la constancia de la sociedad interesada en mantener la impugnación contra el acto que consideraba inconstitucional.*

*Concurren, pues, los requisitos para que declaremos la obligación de la Administración del Estado de indemnizar los perjuicios ocasionados por la aplicación de la norma declarada inconstitucional».*

## *10.2. Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*

No siempre resulta fácil la distinción entre **el error judicial y el funcionamiento anormal** de la Administración de Justicia. La Sala Tercera se muestra en este punto favorable a una interpretación flexible que permite atemperar determinados supuestos de anulación por omisión de trámites esenciales a los requisitos menos rigurosos del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, y se ha pronunciado en los siguientes términos (STS, 6.<sup>a</sup>, 21-12-1999, RC 7159/95):

*«El significado del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, contemplado en los arts. 121 de la Constitución y 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como causa de responsabilidad patrimonial del Estado, no puede quedar reducido exclusivamente a lo que en la sentencia recurrida se denomina “estructura judicial como servicio público”, por más que las dilaciones constituyan el supuesto típico de funcionamiento anormal (Sentencias del Tribunal Constitucional 128/1989 y 73/1992, entre otras), sino que comprende también la omisión de fases o etapas procesales, trámites o requisitos, que impidan el recto enjuiciamiento de los asuntos». Precisando en el supuesto concreto, la Sala considera que hubiera existido funcionamiento anormal si el juez no hubiese respetado el precepto legal que imponía al magistrado declarar expresamente los hechos*

*que estimase probados pero no si la sentencia contenía tal relato de hechos probados, aunque su insuficiencia hubiera determinado que se declarase nula, «de manera que no se trata de una omisión sino de una cuestión de apreciación y, por consiguiente, del otro supuesto contemplado por los citados preceptos de la Constitución y de la Ley Orgánica del Poder Judicial como causa también de responsabilidad patrimonial del Estado.»*

### *10.3. Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*

Merece destacarse la **STS, 6.<sup>a</sup>, 4-4-2000, (RC 8065/95)** que ha admitido la existencia de responsabilidad patrimonial por los **daños morales causados por la omisión del consentimiento informado** incluso en un supuesto en el que la importante intervención quirúrgica llevada a cabo fue correcta. La sentencia recurrida precisaba que no se había demostrado que se hubiese informado por los médicos a quienes debían decidir en el caso acerca del riesgo mínimo que se corría con la intervención. Según la Sala, la falta de demostración de este extremo equivale a tener por probado el incumplimiento de este deber, en virtud del principio de la carga de la prueba (art. 10 de la Ley de Sanidad):

*«Se da así realidad legislativa al llamado “consentimiento informado”, estrechamente relacionado, según la doctrina, con el derecho de autodeterminación del paciente característico de una etapa avanzada de la configuración de sus relaciones con el médico sobre nuevos paradigmas y que en la fecha en que se produce la intervención quirúrgica que da lugar a este proceso*

*constituye una institución recientísima en el plano de nuestra legislación.*

[...]

*Respecto del consentimiento informado en el ámbito de la sanidad se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto la importancia de los formularios específicos, 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. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada –puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente– y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica –no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión–, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario.*

*Por ello 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. 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 virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, invocada en su defensa por la Administración recurrida (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración). La obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración. Por otra parte, no es exigible a la parte recurrente la justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad.»*

Según concluye la Sala, la circunstancia de no haberse informado debidamente a los representantes del menor de los graves riesgos de la operación no desempeña una virtualidad causal en la paraplejía subsiguiente a la intervención y que los daños corporales derivados de la operación no están, ligados al funcionamiento anormal del servicio público sanitario y no son indemnizables. Pero afirma que *“No cabe duda, sin embargo, de que, al omitir el consentimiento informado, se privó a los representantes del menor de la posibilidad de ponderar la conveniencia de sustraerse a la operación evitando sus riesgos y de asegurarse y reafirmarse en la necesidad de la intervención quirúrgica y se imposibilitó al paciente y a sus familiares para tener el debido conocimiento de dichos riesgos en el momento*

*de someterse a la intervención. Esta situación no puede ser irrelevante desde el punto de vista del principio de autonomía personal, esencial en nuestro Derecho, que exige que la persona tenga conciencia, en lo posible y mientras lo desee, de la situación en que se halla, que no se la sustituya sin justificación en el acto de tomar las decisiones que le corresponden y que se le permita adoptar medidas de prevención de todo orden con que la persona suele afrontar los riesgos graves para su salud.*

*Esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que esta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención. En el sistema de valoración del daño corporal regulado en la Ley de Responsabilidad civil y seguro de vehículos de motor, a cuyos criterios esta Sala acude de modo analógico y orientativo para la ponderación necesaria en la indemnización del daño moral, no se halla incluido un daño moral por omisión de información para obtener el consentimiento de la naturaleza del que estamos contemplando. Sin embargo, el concepto con el que hallamos una mayor analogía es el previsto en la tabla II para los daños morales complementarios en el caso de secuelas de especial gravedad, dado que se trata de un concepto que parece encaminado a valorar con independencia, cuando la secuela padecida es de especial intensidad, un daño moral añadido al correspondiente a la situación concreta de lesión permanente o invalidez y a las circunstancias personales, familiares y sociales que la rodean”.*

## 11. Urbanismo

### 11.1. Efectos de la STC 61/1997

La doctrina más esperada por los expertos en urbanismo es la incidencia que tiene en materia urbanística la declaración de inconstitucionalidad de la Ley del Suelo de 1992, operada por la STC 61/97.

Merece destacar la **STS. 5.<sup>a</sup>, 14-2-2000 (RC 7675/96)** que planteó genéricamente el problema de la normativa a aplicar por la inconstitucionalidad sobrevenida de preceptos del TRLS por la STC 61/97, siendo para ello decisivo el “Germen normativo” del precepto: *“La incidencia, de la declaración de inconstitucionalidad de un gran número de preceptos del citado texto 1/92, operada por la referida sentencia del Tribunal Constitucional, necesariamente deberá ser distinta según sea el germen normativo del precepto de que se trata, toda vez que, no se puede olvidar, aquella declaración de inconstitucionalidad se produjo en un estricto ámbito competencial –arts. 148 y 149 de la Constitución. Así las cosas, la declaración de inconstitucionalidad, por la indicada causa, de un precepto –como es el caso que aquí nos ocupa– cuyo nacimiento se produjo en un momento no afectado por ningún defecto competencial, no puede ser, en principio, la misma que la de aquellos otros preceptos –distintos del que ahora nos interesa– que no tienen cobertura competencial en normativa anterior”*.

Se plantea, también, la posibilidad de aplicar un precepto del Texto Refundido de 1976 que sin tener el mismo tenor literal que el precepto del Texto Refundido de 1992, declarado inconstitucional, mantiene el contenido sustancial argumentado que *“... La sentencia del Tribunal Constitucional declaró también*



*la inconstitucionalidad de la disposición derogatoria única del Texto Refundido de 1992, en cuanto abrogaba, entre otros, el anterior Texto de 1976. Por esta vía se produce la reminiscencia de esta última disposición, convirtiéndose por tanto en derecho supletorio estatal, y desde esta nueva perspectiva nada impide que, en virtud precisamente de dicha ‘reaparición’, puede ser ahora aplicado ya que, en definitiva, el precepto ahora tenido en cuenta –el 183.2 del T.R. de 1976– tiene el mismo contenido material que el 247.2 del TR de 1992. Ninguna trascendencia tiene, por otra parte, la tan sólo aparente falta de identidad en la dicción de ambos preceptos, ya que la autorización para la aprobación del nuevo texto se extendía también, según ya hemos indicado, a la fórmula amplia prevista en el art. 85.2 de la Constitución de ‘regularizar, aclarar y armonizar’ las disposiciones objeto de integración. Ello explica que en el nuevo texto refundido se recogieran expresiones acuñadas por la jurisprudencia en la interpretación precisamente del viejo art. 183 –así por ejemplo, ‘agotamiento generalizado de (los) elementos estructurales o fundamentales (del edificio)’ como sinónimo de ruina técnica– pero que en nada altera la esencia de la institución, ya que si bien dicha nueva expresión no es una mera transposición en la dicción del primitivo precepto, tampoco supone una innovación material, al permanecer inalterable, en uno y otro texto, el contenido sustancial de dicha clase de ruina”.*

La **STS. 5.<sup>a</sup>, 21-3-2000 (RC 3497/94)**, con ocasión del problema relativo a la atribución a los Ayuntamientos de la competencia para establecer reservas, no previstas en el Plan, de terrenos de posible adquisición para el Patrimonio Público del Suelo (PMS) por el procedimiento de delimitación de unidades de ejecución, se plantea el problema de las **cláusulas de retroactividad de las Leyes autonómicas** dictadas tras la sentencia

del Tribunal Constitucional. En tal sentido razona que “...*la desaparición del mundo jurídico de los preceptos del TR-92 no produce sin más la disconformidad a Derecho de los actos dictados en su aplicación, porque, siendo la causa de la inconstitucionalidad un vicio formal, a saber, la incompetencia del Estado, hay que acudir al ordenamiento de la respectiva Comunidad Autónoma (en primer lugar) o al viejo Texto Refundido de 9 de Abril de 1976 (en segundo lugar) para comprobar por ese orden si algún precepto puede servir de soporte al acto impugnado*”. ... En la Comunidad de Andalucía se promulgó la Ley 1/1997, de 16 de junio en la que se aprobó como Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía el contenido de la mayor parte de los arts. del TR-92. Tal Ley entró en vigor el mismo día de su publicación en el BOJA (Disposición Final 3.<sup>a</sup>) y no sería aplicable si no fuera porque añade que “*retrotrae su eficacia al momento de la publicación de la sentencia 61/1997, del Tribunal Constitucional, de 20 de marzo, producida el 25 de Abril de 1997*”. Esta cláusula de retroactividad plantea dos problemas, a saber, el de su licitud y el de su extensión. A) La retroactividad de las leyes está admitida en el art. 9-3 de la CE, que sólo la prohíbe para las disposiciones “sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”, no puede decirse que la Ley 1/1997 haya incurrido en una retroactividad prohibida constitucionalmente, por estas dos razones: 1.<sup>a</sup> La sentencia del TC 61/97 no declaró la inconstitucionalidad de los arts. 276 y 280-1 del TR-92, de forma que a los Ayuntamientos nunca les ha faltado habilitación legal para constituir Patrimonios Municipales del Suelo con la finalidad de destinar los terrenos a la construcción de viviendas de protección pública o a otros usos de interés social. 2.<sup>a</sup> La auténtica novedad de la legislación 1990-92, anulada por la STC y luego asumida por la Ley 1/1997, del Parlamento Andaluz, radicó en

conceder a los Ayuntamientos una competencia para reservar bienes con destino al PMS que antes correspondía a la Comunidad Autónoma. Pero esta norma de distribución de competencias entre entidades públicas no es una norma restrictiva de derechos, y menos sancionadora, y puede por ello tener efectos retroactivos.) En cuanto a la extensión de esa lícita retroactividad: La interpretación literal de la Disposición Final 3.<sup>a</sup> de la Ley 1/1997 significaría que la retroactividad concedida a sus disposiciones era una retroactividad de dos meses (26-6-97 a 25-4-97), lo que parece absolutamente inadecuado para conseguir los efectos legalizables que proclama su Exposición de Motivos. Así pues, la retroactividad de la Ley 1/1976 debe ser llevada en este caso, atendiendo a su espíritu y finalidad (tal como enseña el art. 3.1 del Código Civil) a todas las actuaciones urbanísticas realizadas “al amparo de la Ley 8/1990 y del TR-92”. La conclusión de todo ello es que la Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía 1/97 convalidó hacia atrás actuaciones como la presente, otorgando al Ayuntamiento de Osuna la competencia para aprobar el proyecto aquí impugnado, que ahora ya no puede serle negada.

Esta búsqueda del derecho aplicable por la **inconstitucionalidad sobrevenida** planteó el problema de si podía ser **apreciada de oficio** por el Tribunal Supremo, toda vez que no había sido planteado por las partes –siendo doctrina reiterada que el principio «iura novit curia» no rige en casación–. La mencionada **STS. 5.<sup>a</sup>, 21-3-2000 (RC 3497/94)** justifica una excepción a este principio para no llegar a un resultado prohibido por la Constitución. *“Desde luego, la doctrina del Tribunal Supremo es constante en la afirmación de que el principio ‘iura novit curia’ no rige en casación. Esta es, sin duda, la regla general, acorde con la consideración del recurso de casación como un recurso extraordinario. Pero esta regla general*

debe ser excepcionada en el presente supuesto, porque la posible confirmación de un acto administrativo y de una sentencia que han aplicado un precepto posteriormente declarado inconstitucional produciría un resultado en sí mismo contrario a la Constitución, que pasaría por las manos del Tribunal Supremo sin que éste pudiera remediarlo. Una consecuencia de esa naturaleza auténticamente excepcional, no puede encontrar explicación en la mera consideración del recurso de casación como un recurso extraordinario, y en la limitación del conocimiento a los motivos alegados. En el caso que nos ocupa el motivo no es un motivo nuevo, (que podía y debía ser alegado por la parte) sino un motivo sobrevenido por inconstitucionalidad, lo que es distinto. Y la posibilidad del TS de fundar su decisión teniendo en cuenta y aplicando la declaración de inconstitucionalidad hecha por el TC, (aunque el recurrente no haya esgrimido un tal motivo, entre otras cosas porque su escrito de interposición del recurso de casación es anterior a la STC) deriva de estas dos consideraciones: 1.<sup>a</sup> Es el propio art. 161.1.a) de la Constitución Española el que señala un límite a la eficacia de las sentencias del TC, a saber, el de que no afectará a las sentencias recaídas con el valor de cosa juzgada. Es decir, que cualquier otra sentencia sí habrá de resultar afectada por la declaración de inconstitucionalidad, ya que el precepto no incluye en su prohibición el caso de sentencias no firmes pero pronunciadas en procesos extraordinarios. Por lo demás el art. 161.1.a) de la CE no exige la alegación de parte para la efectividad de lo que proclama, ni el art. 164.1 pone condición alguna, sino sólo la publicación en el BOE, para que las sentencias del TC produzcan efectos frente a todos; también desde luego frente a todos los Tribunales, que no podrían inaplicarlas ni siquiera aduciendo el carácter extraordinario de algunos procesos. 2.<sup>a</sup> Si la STC no hubiera existido,

*este Tribunal Supremo hubiera podido, en trance de dictar sentencia, plantear de oficio en este recurso de casación y por cualquier vicio adecuado cuestión de inconstitucionalidad sobre el precepto del TR-92 en que el acto administrativo se basó, y cuya aplicación la Sala de instancia confirmó, y ello aunque el recurrente no hubiera dudado de la constitucionalidad del precepto. (Que ello es posible en el recurso de casación se sigue sin duda del art. 163 de la CE, que expresa el mandato de plantear cuestión de inconstitucionalidad usando la expresión ‘en algún proceso’, lo que con toda probabilidad quiere decir ‘en cualquier proceso’). Dictada en tal caso por el TC sentencia de inconstitucionalidad, el Tribunal Supremo habría de resolver el caso conforme a la misma, (art. 38.3 LOTC). Pues bien; si en ese caso ya hemos visto que el Tribunal Supremo hubiera podido actuar de oficio, aun sin motivo esgrimido por la parte, no hay razón para, existiendo ya la sentencia del TC, exigir ahora para hacer aplicación de ella una iniciativa de parte que el ordenamiento constitucional no considera necesaria en la otra alternativa procesal. De todo lo cual se deduce que este TS debe hacer aplicación de la STC 61/1997 aunque el recurrente no haya alegado ningún motivo sobre la causa de inconstitucionalidad en que el TC fundó su sentencia. Respecto a los efectos hacia el pasado de la sentencia 61/1997, de 20 de marzo, y a falta de disposición en contrario del propio Tribunal Constitucional, han de retrotraerse a la fecha de publicación de las normas declaradas nulas, eficacia ‘ex tunc’ propia de la nulidad de pleno derecho”.*

## 11.2. Planeamiento

El Tribunal Supremo en su **STS, 5.<sup>a</sup>, 2-2-2000 (RC 6513/94)** precisando los **límites de los Tribunales en materia urbanística**

ha establecido que sólo a la administración con potestad urbanística le corresponde precisar el contenido propio de los instrumentos de planeamiento, así tratándose de una unidad de actuación la determinación de la superficie, segregación de fincas, etc., sólo puede ser pedida y declarada por la Administración urbanística competente sin que, en su defecto, sea suplida por la intervención de los Tribunales porque *“los Tribunales de este orden jurisdiccional ostentan una función revisora de la actuación administrativa que es, sin duda alguna, plena (art. 106.1 CE), pero que tiene como límite no poder extenderse a sustituir a las Administraciones Públicas en el ejercicio de potestades que, conforme a los dogmas del principio de la división de poderes, sólo a ellas corresponden constitucionalmente. Es a la Administración urbanística a la que compete, en su caso, delimitar una nueva unidad de actuación que sustituya a la anulada, conforme a criterios en los que no puede ser sustituida por este orden de jurisdicción, sin perjuicio, como es obvio, de la posibilidad de una revisión jurisdiccional ulterior”*.

La **STS, 5.<sup>a</sup>, 3-5-2000, (RC 6195)** se plantea el problema de la **clasificación del suelo los casos en que el Ayuntamiento no dispone de PGOU ni de proyecto de delimitación de suelo urbano**. Frente a la tesis de que todo el terreno del término municipal, si el Ayuntamiento no dispone de planeamiento general o de un Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano, es suelo no urbanizable la Sala razona que *“conforme a los arts. 78.a) y 81.2 TRLS, han de clasificarse necesariamente como suelo urbano los terrenos que cuenten con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica. 3.º Para los Ayuntamientos la obligación de formular un Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano era una obligación inexcusablemente exigida por la Disposición Transitoria Quinta 3 TRLS, y la inclusión en él, como urbanos,*

*aquellos terrenos que tuvieses los antes indicados servicios, un deber impuesto por el art. 81.2 de la misma ley, por lo que el disfrute por los propietarios de aquellos de los derechos inherentes a esa clasificación no puede quedar cercenado por el incumplimiento por parte del Ayuntamiento de sus obligaciones. 4.º el contrasentido de que precisamente en suelo consolidado como urbano no puedan concederse licencias de construcción para viviendas, puesto que una de las limitaciones que impone el art. 85.1.2.º para la concesión de licencias de obras en suelo no urbanizable, cuando se trate de viviendas, es que se proyecte construirlas en lugares donde no exista posibilidad de formación de un núcleo de población. 5.º El propio art. 74.1 TRLS, se hace cargo de la situación del suelo urbano carente de Plan o norma urbanística, y regula las condiciones máximas de altura en que pueden autorizarse las construcciones, lo que implica que aunque no exista esa normativa urbanística no se puede privar a los propietarios del derecho a edificar”.*

El Tribunal Supremo se ha planteado los **efectos que la declaración de nulidad de un PGOU produce sobre la validez de licencias otorgadas a su amparo**, respecto de aquellas licencias que no son firmes por estar pendientes de resolver algún recurso contra ellas —por imperativo del art. 120 de la LPA—. La **STS. 5.ª, 23-11-99 (RC 2278/94)** dice que “*es unánime, la jurisprudencia que declara que las sentencias que anulan una disposición de carácter general producen efectos ‘erga omnes’, quedando la misma sin efecto para todos. La declaración de nulidad de una disposición general produce efectos ‘extunc’, que se retrotraen al momento en el Plan invalidado entró en vigor, y no ‘ex nunc’, a partir de la fecha de su declaración. El art. 120 de la Ley de procedimiento administrativo de 1958, aplicable a los supuestos de recurso administrativo y a*

*los de recurso jurisdiccional, contempla que, por obvias razones de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución), en caso de estimación de un recurso interpuesto contra una disposición general, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma. No afecta sin embargo dicha garantía a los actos que no hayan obtenido firmeza, al estar pendiente de resolución un recurso interpuesto contra ellos, como ocurre en el presente supuesto”.*

### 11.3. *Disciplina*

La **declaración de ilegalidad de la orden de derribo** de un edificio conlleva una **indemnización** para sus titulares pero su importe depende de la situación o adecuación a su completa legalidad urbanística, de modo que si el edificio está fuera de ordenación por cambio de planeamiento, la indemnización debe ser menor. Así se pronuncia la **STS, 5.<sup>a</sup>, 17-2-2000 (RC 5038/94)**, concretando el porcentaje de la merma en la indemnización: *“Lo que no puede olvidarse es que este edificio no se convierte en legal por el mero hecho de haber sido anulado el acto que ordenó derribarlo, o, lo que es lo mismo, que la mera caducidad de las facultades administrativas de derribo no producen la legalización de la obra. Para un supuesto semejante (arts. 184 y 185 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976), la jurisprudencia de este Tribunal Supremo lo tiene así declarado. El edificio queda en situación parecida a la de ‘fuera de ordenación’, (art. 60 del TRLS), es decir, con limitación de ciertas facultades dominicales y, consecuentemente, con una devaluación en su valor de mercado. Como puede comprenderse, la indemnización que corresponda por el derribo ilegal de un edificio de esta naturaleza no puede ser la misma que si el*



*edificio estuviera dentro de ordenación, ni puede tratarse de igual manera al edificio que queda fuera de ordenación por un simple cambio de planeamiento que a aquél que lo está por haberse erigido sin licencia y contra Plan y que sólo debe su permanencia a la caducidad de las facultades administrativas de intervención. Teniendo en cuanto todas estas circunstancias, esta Sala cree que una indemnización de un 35% del valor del edificio es la adecuada en el presente caso”.*

**Las autorizaciones de derribo de edificios sometidos al régimen especial de la LAU de 1964 en relación con la posibilidad de reedificación han sido analizados por la STS, 5.<sup>a</sup>, 11-11-99 (RC 5811/93).** En dicha sentencia se afirma que *“La autorización gubernativa de demolición es, en definitiva, un simple medio instrumental para posibilitar la construcción de nuevo edificio, en lugar del previamente demolido. De donde se desprende, que cuando apareciese acreditado que las normas urbanísticas impiden la reedificación proyectada a que se refiere el art. 78.1 de dicha Ley de Arrendamientos Urbanos, no procederá la autorización gubernativa de demolición, puesto que la misma aparece supeditada a la posterior reconstrucción, y si ésta no es urbanísticamente posible, aquella no será viable, al quedar vacío de contenido el interés público perseguido con la susodicha autorización gubernativa. Así pues, la viabilidad de la nueva edificación debe quedar acreditada en el procedimiento que concluye con esa autorización, al ser lo decisivo para la autorización gubernativa el compromiso de reedificación y su viabilidad legal”.*

Por lo que respecta a la **tipología de la edificación** se ha sostenido por la STS, 5.<sup>a</sup>, 26 -1- 2000 (RC 4099/94) que no se puede obligar a que un edificio que se vaya a construir se adapte al estilo o ambiente de los edificios cercanos pues el hecho

de que “*en la manzana colindante con la finca sobre la que se pretende construir existieran tres edificaciones que respondieran a una misma tipología constructiva, no es suficiente para imponerla a las demás a menos que se tratara de una tipología típica o tradicional, o de que fuera exigida por el plan de aplicación*”. Añadiéndose que “*...el art. 73. b) TRLS no tiene como finalidad la protección de los intereses de particulares determinados a la contemplación del paisaje, sino los intereses de la generalidad, y no existe prueba alguna tendente a acreditar que la erección del edificio a que se refiere la licencia impugnada origine otras limitaciones al campo visual que las de los inmuebles vecinos, insuficientes para oponerse a una licencia que, en cuanto a la alineación establecida, se ajusta a las determinaciones del planeamiento*”.

La Sala en su **STS, 5.<sup>a</sup>, 4-4-2000 (RC 6192/94)** también incide en la **distinción entre la licencia de primera ocupación** –uso asignado en la zona del edificio, salubridad y seguridad– **y en la licencia de obras** –legalidad urbanística–, de modo que si ha caducado el plazo que tiene la Administración para exigir el restablecimiento de la legalidad urbanística, no puede denegar la licencia de primera ocupación si el uso de la edificación está autorizado.

La problemática en torno a la **naturaleza de las obras, en orden a su carácter provisional o definitivo**, ha sido abordada en la **STS, 5.<sup>a</sup>, 1-12-99, (RC 2323/94)**, considerando que a tales efectos lo relevante la facilidad de su desmontaje y no su eventual posibilidad. “*La provisionalidad hace referencia a la facilidad de su desmontaje, y no a su mera posibilidad; en efecto, toda obra es susceptible de demolición o de desmontaje, en unos casos con aplicación de técnicas más sofisticadas, en otros con medios más simples, así que la*

*mera posibilidad de demolición (o reposición del suelo a su estado originario) no puede ser el criterio de interpretación decisivo, pues en tal caso todas las obras serían provisionales, en contra de la excepcionalidad de la norma. En consecuencia, obras provisionales son obras fácilmente desmontables, lo que no ocurre cuando para la instalación pretendida se exigen excavaciones considerables en el suelo que, por si fuera poco, tienen que ser repetidas cuando aquella deba ser retirada”.*

**La aplicación del principio de proporcionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora ejercida por los ayuntamientos en materia de restablecimiento de la legalidad urbanística** viene limitada por el carácter imperativo de las normas de planeamiento: *“En virtud de su coercibilidad, una transgresión de las mismas desencadena el mecanismo encaminado a la restauración de la legalidad vulnerada que establece, en lo que aquí importa, el art. 184 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976” de modo que, si bien en otros órdenes es posible que la Administración disponga, – y en consecuencia, aplique– otros medios más proporcionales para sancionar una conducta infractora, (p. ej. sanciones a los responsables de una infracción, previa tramitación del oportuno expediente sancionador) no ocurre lo mismo en los casos que, contradicen el planeamiento urbanístico porque “la Administración resulta obligada a restaurar la realidad física alterada o transformada por medio de la acción ilegal. No tiene posibilidad de optar entre dos o más medios distintos por lo que no resulta de aplicación el principio de proporcionalidad. La vinculación positiva de la Administración Pública a la Ley (art. 103.1 CE) obliga a ésta a respetar la Ley: es decir, a ordenar la demolición”.* (STS,5.<sup>a</sup>, 28-4-2000 RC 369/95).

## II. TRIBUTARIO

### 1. Retenciones e ingresos a cuenta.

El Tribunal ha ido delimitando progresiva y paralelamente los impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre Sociedades a través de importantes sentencias que constituyen un bloque homogéneo de gran transcendencia.

Destaca como primera en el tiempo aquella sentencia que, tras analizar los principios a que debe sujetarse la regulación de los ingresos a cuenta en el impuesto de la renta de las personas físicas, declara ilegal el aumento al 20% de las **retenciones sobre los ingresos provenientes de actividades profesionales (STS, 2.<sup>a</sup>, 6-7-1999, RCA 126/98)**.

Valorando la cuestión desde el punto de vista del principio de igualdad, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo considera justificadas las distinciones en el tipo de retención aplicable introducidas a raíz de la modificación operada por el art. 4 del Real Decreto 113/1998, de 13 de enero, que modificó el art. 51.1 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por Real Decreto 1841/1991, de 30 de diciembre, por no ser arbitraria la diferencia del tratamiento aplicado a los distintos grupos de contribuyentes por rentas del trabajo, dimanantes de la actividad empresarial o que provienen de actividades profesionales. Pero, independientemente de ello, el Tribunal introduce en esta sentencia una interesante novedad, pues declara nulo el precepto ya citado, en cuanto incrementa el tipo de retención de los profesionales del 15% al 20%, por considerarlo injustificado desde el punto de vista de los principios de capacidad económica y no confiscación. Considera, en primer término, que

la elevación citada no tiene una debida justificación en la Memoria Jurídica ni Económica del proyecto de Reglamento y pondera el dato decisivo de que en la escala general fijada en la Ley del Impuesto se contemplan tipos inferiores al 20%, circunstancia que lleva a considerar aquélla como desproporcionada.

La Sala declara, en este sentido, que *“la escala general, fijada en la Ley del Impuesto, contempla tipos inferiores al 20%—concretamente, del 17 y del 19.55% en el art. 74 de la Ley 18/1991, de 6 de junio e incluso un primer tramo de 4.620.000 ptas., en el que el tipo es del 0%—, asignados por el legislador a las rentas o rendimientos de menor entidad. Si, en abierto contraste, la norma reglamentaria impone retenciones que ascienden al 20% sobre los ingresos brutos, ello quiere decir que los profesionales de menores ingresos se ven obligados a anticipar pagos a cuenta del impuesto muy superiores a los que en definitiva les corresponderá asumir.*

*En consecuencia, la subida del 15% al 20% es desproporcionada, máxime si se la hace repercutir sobre los rendimientos íntegros, con la consecuencia de afectar a rentas que no están dentro del ámbito del impuesto.*

*La norma reglamentaria impugnada ha ido, por tanto, más lejos de la capacidad económica del contribuyente y puede alcanzar efectos confiscatorios en los profesionales de rendimientos más bajos, pues en la medida en que las retenciones rebasan las cuotas del impuesto y obligan a los sujetos pasivos a satisfacerlas acudiendo a recursos diferentes de los rendimientos de su actividad, es manifiesto que quebrantan también el art. 31.1 de la Constitución Española al producir efectos confiscatorios, sin que tales efectos perversos queden desvirtuados por los pagos fraccionados del impuesto, pues, como*

*señala el recurso, no se ha establecido en éstos, al igual que existe para las rentas del trabajo personal, una escala con tramos adecuados (como ha hecho después la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, arts. 50 y concordantes), en los que se tuviera en cuenta que no es lo mismo una actividad profesional con pocos gastos y un elevado rendimiento que una actividad con muchos gastos y escaso rendimiento”.*

Siguiendo la misma línea argumental, el Tribunal se ha pronunciado también sobre la **retención por rentas provenientes del arrendamiento de inmuebles urbanos**. En esta materia, la Sala **STS, 2.<sup>a</sup>, 22-1-2000, (RCA 128/98)** ha declarado la conformidad a derecho de la retención del 15% introducida por el Real Decreto 113/1998, de 30 de enero, que modifica determinados arts. de los Reglamentos de los impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre Sociedades, sobre los rendimientos procedentes del arrendamiento de inmuebles urbanos.

Así, la Sala ha considerado que la exclusión de la obligación de retener cuando el valor catastral del patrimonio inmobiliario conjunto sea superior a 100.000.000 pesetas no es admisible, pues el contraste entre las personas no sujetas al impuesto sobre actividades que perciban rentas superiores a 150.000 pesetas anuales (sujetas a la retención) y las de aquellos que estando sujetas al mismo tengan un valor catastral acumulado de sus propiedades superior a 100.000.000 pesetas (no sujetas a la retención) constituye una desmesura carente de justificación. No obstante, dado que el artículo en el que se introduce esta distinción, el art. 43.2.k) del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, no fue objeto de impugnación (el artículo se utilizó sólo como argumento para defender la improcedencia de la retención de las rentas por arrendamientos de inmuebles urbanos), la Sala no pronuncia su

nulidad, por entender que no es aplicable el art. 27 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, dado que no se trata de un recurso indirecto ni se declara la ilegalidad de la norma impugnada.

La **retención en los arrendamientos de locales de negocio** ha sido también objeto de tratamiento. En efecto, después de reconocer -siguiendo el precedente de la sentencia de 22 de enero de 2000- la legitimación de una asociación de propietarios para su impugnación, la Sala **STS, 2.<sup>a</sup>, 2-3-2000, (RCA 67/99)** ha anulado los arts. 27 y 40 del Real Decreto 2717/1998, por el que se regulan los pagos a cuenta en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes y se modifica el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades en materia de retenciones e ingresos a cuenta, en la medida en que modifica el art. 62.3 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, en el punto concreto del señalamiento del tipo de 18% de retención e ingreso a cuenta en el caso de arrendamiento o subarrendamiento de inmuebles urbanos.

El Tribunal ha declarado en esta materia que el porcentaje de retención del 18% para los arrendamientos de local de negocio no puede discutirse desde el punto de vista de la igualdad (principio que, de resultar afectado por la exclusión de determinados arrendadores con determinado nivel de patrimonio, no está en relación con los preceptos directamente impugnados) ni desde el punto de vista de la progresividad (habida cuenta del carácter provisional de las retenciones), pero sí desde el punto de vista de la capacidad económica.

En efecto, la Sala ha precisado que, “lo que resulta evidente es que el tipo de retención aplicable ‘... *sobre todos los conceptos que se satisfagan al arrendador, excluido el IVA*’ representa

*(o puede representar) un porcentaje bastante más elevado sobre la renta legalmente gravable que se comprenda en todos esos conceptos que se satisfagan al arrendador; de manera que seña - lado el tipo del 18 por 100 a tal efecto, el gravamen real que puede suponer normalmente será superior a ese 18 por 100, en magnitudes variables y en ocasiones, sin duda, excesivas.*

*De otra parte, resulta un tanto contradictorio e inexplicable que el Real Decreto 113/1998, de 30 de enero, estableciera este porcentaje en el 15 por 100, y que el Real Decreto 2.717/1998, de 18 de diciembre, es decir, poco más de diez meses después, lo eleve al 18 por 100 al tiempo que se opera por parte de la Hacienda Pública un importante ajuste a la baja del gravamen por Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En cualquier caso, el 18 por 100 es un tipo impositivo superior al mínimo establecido en el Impuesto y, frente a ello, no justifica su razón de ser –que opone la Abogacía del Estado– ni la posible existencia de fraude o elusión fiscal en este sector (que, en su caso, debe ser combatido por otros medios y no por el de aumentar el gravamen sobre la generalidad), ni los tipos impositivos que correspondan a otras retenciones o pagos a cuenta, que están calculados en razón a las características de la fuente de que proceden, cosa que no se justifica haber hecho en este caso desde el momento que gravándose ‘... todos los conceptos que se satisfagan al arrendador, excluido el IVA’ con el 18 por 100 puede llegarse a un tipo de retención real sobre la renta neta (única efectivamente sometida al Impuesto) muy superior al que corresponda al obligado tributario por aplicación estricta de las normas reguladoras del tributo”.*

*Pero también ha advertido la Sala que “Sin perjuicio de lo anterior, habiendo establecido de nuevo el tipo del 18 por 100 el art. 93 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de 5 de*



*febrero de 1999 que, asimismo se halla recurrido ante esta Sala, los efectos de esta sentencia quedan limitados, por lo que a retenciones del Impuesto sobre la Renta se refiere, al periodo comprendido entre el 1.º de enero de 1999 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto 2.717/1998) y el día 10 de febrero de 1999 (fecha de entrada en vigor del nuevo Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas)”*.

Finalmente es preciso hacer mención a la **STS, 2.ª, 19-5-2000 (RCA 75/1999)** en la que se aborda la legalidad del **Reglamento de Renta de personas físicas aprobado por RD 214/1999, de 5 de febrero**. En dicha sentencia se plantean numerosos problemas relacionados con las **retenciones** en dicho impuesto, anulándose finalmente diversos preceptos de su articulado.

La citada sentencia comienza por sentar la legitimación de la Cámara de Comercio para impugnar el Reglamento al entender que *“las retenciones afectan a los contribuyente, pero también es innegable que el sistema de retenciones establece obligaciones de hacer (retener, declarar, ingresar etc...) gravosas y complejas a todas las empresas, cualquiera que sea su actividad, como sujetos retenedores, es mas el sistema de retenciones no es gestionado por los sujetos contribuyentes, sino en su mayor parte por las empresas españolas dedicadas al comercio, a la industria y a la navegación, aumentando sus costes burocráticos y sus responsabilidades tributarias...”*.

Anula el inciso del segundo parrado del aparato 2, regla primera del art. 78 por el que se establece que *“el importe de estas últimas no podrá ser inferior al de las obtenidas durante el año anterior, salvo que concurren circunstancias que permitan acreditar de manera objetiva un importe inferior”*, al considerar que dicho inciso constituye una presunción legal *“iuris tantum”* que

debe ser enjuiciada desde la perspectiva del principio de reserva de Ley, llegando a la conclusión de que *“Es cierto que el art. 10 de la Ley General Tributaria que contiene las diversas materias que deben regularse por Ley, no incluye las presunciones legales, sin embargo el art. 118 de la misma Ley dispone que de manera especial que las presunciones deberán ser establecidas por Ley, sin que la amplia habilitación concedida por la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, para regular reglamentariamente el sistema de retenciones, alcance a establecer presunciones legales, como la que contemplamos, razón por la cual ha de concluirse que el precepto carece de apoyo legal”*.

También anula la letra d), apartado 3 del art. 78 del citado Real Decreto por entender que la exclusión del mínimo familiar por ascendientes, a efectos de determinar la base de retención que sirve para el cálculo del tipo de retención, carece de justificación y por ello es arbitraria. En tal sentido razona que *“El sistema de retenciones, establecido por la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, pretende, respecto de los rendimientos del trabajo personal, acercar al máximo posible la base que sirve para calcular el tipo de retención a la base imponible del Impuesto sobre la Renta, derivada de estos rendimientos, e incluso que el tipo de retenciones sea el que se corresponda a esta última base, según la escala progresiva del Impuesto, para que así se cumpla en la medida de lo posible, que los contribuyentes, paguen el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, vía retenciones, según van obteniendo sus rendimientos de trabajo personal, cumpliéndose el fin auténtico de las retenciones que los anglosajones denominan ‘PAYE’ o sea ‘pay as you earn (paga según ganas)’, sin que, y esto es muy importante, existan apenas devoluciones”* añadiendo a continuación que *“la Ley 40/1999, de 9 de febrero y sobre todo los Reales*

decretos 2717/1998 de 19 de diciembre y 214/1998 de 5 de febrero, lo que han hecho ha sido individualizar la determinación de los tipos de retención, por equivalencia con el tipo medio derivado de una a modo de liquidación previa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, correspondiente a los rendimientos del trabajo personal”. La Sala afirma que “ha examinado la memoria jurídica y económica justificativa de los Proyectos de los reales Decretos 2717/1998, de 18 de diciembre y 214/1999, de 5 de febrero y no explicación o razón alguna que fundamente la exclusión del mínimo familiar por ascendientes”. Concluye afirmando que nos hallamos ante un principio inmanente al sistema de retenciones que consiste en que la cuantía de estas, especialmente en los rendimientos del trabajo personal deba acercarse lo mas posible a las cuotas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, una vez terminado el ejercicio económico, principio que ha sido plasmado en le mandato legal (Disposición Adicional 12) al ordenar que se tengan en cuenta la tarifa y los mínimos personal y familiares, in que, como acertadamente ha mantenido el Consejo de Estado, tenga el Gobierno facultades discrecionales para desarrollar el principio referido y las norma legales reproducidas, de manera que la exclusión, dentro de las partidas deducibles para hallar la base de la retención, del mínimo familiar por ascendientes debe estar debidamente fundada.

## 2. Deducciones por adquisición o rehabilitación de vivienda

En relación con los requisitos fijados por el Reglamento del Impuesto sobre las Rentas de las Personas Físicas para **las deducciones por adquisición de vivienda habitual** se ha dictado

la **STS, 2.<sup>a</sup>, 11-3-2000, RCA 124/99**, en la que el Tribunal Supremo analiza, en primer término, la legitimación de la Organización impugnante (Organización de Consumidores y Usuarios), que resuelve en sentido afirmativo, por entender que *“La impugnación se contrae al desarrollo que el Reglamento 214/1999, de 5 de febrero, hace de la deducción por inversión en vivienda habitual, y abarca el art. 52.2.c) (adquisiciones de determinados inmuebles que no se consideran vivienda), 53 (condiciones de financiación de la vivienda habitual para la aplicación de los porcentajes de deducción incrementados) y 54.2 (deducciones en las cuentas vivienda), materia que sin duda es de relevante interés colectivo para los consumidores y usuarios afiliados a la Asociación, en cuanto participan, como adquirentes, en el intenso tráfico de compra y venta de viviendas.*

*Hay, pues, intereses colectivos indiscutibles de los ciudadanos, cuya defensa constituye uno de los objetivos característicos de OCU, como puede apreciarse en el art. 3.2 de sus Estatutos: ‘Difundir y defender los derechos de los consumidores y usuarios, en cuanto son personas que compran o utilizan bienes para su uso individual, familiar o colectivo y resultan afectados por los diferentes aspectos de la vida social que inciden directa o indirectamente en el consumidor o usuario’.*

*O dicho de otro modo, en el caso presente, la disposición impugnada es susceptible de afectar a los intereses colectivos de todos los ciudadanos y, entre el de los asociados de OCU, la cual al accionar lo hace con legitimación nacida del art. 19.1 b)”.*

Centrada la cuestión relativa a los requisitos exigidos para **la deducción cuando en la adquisición o rehabilitación de la vivienda se utilice financiación ajena**, la Sala admite que el

Reglamento fije una cuantía mínima del importe financiado, por contar el precepto con habilitación legal, pero no que se condicione la deducción a que la financiación ajena proceda de entidades bancarias, de crédito, aseguradoras o préstamos de las empresas a sus trabajadores, pues ello comporta introducir una restricción no prevista en la Ley del Impuesto, por lo que se declara nulo el art. 53.1.b) del Reglamento.

Por el contrario, el Tribunal no considera desproporcionados los requisitos establecidos sobre **amortización de un porcentaje mínimo del crédito durante los tres primeros años, por responder a las condiciones económicas normales, ni la exclusión de los porcentajes incrementados en la deducción de los supuestos de construcción o ampliación de viviendas.** Respecto a este último punto, afirma en la sentencia que no existe una antinomia entre esta limitación y el precepto del art. 52.1, que asimila fiscalmente a la adquisición o rehabilitación de viviendas la construcción o ampliación de las mismas, pues, dado el concepto estricto de la Ley del Impuesto sobre vivienda habitual, ha sido el Reglamento el que ha efectuado la ampliación *“Mas el propio Reglamento ha estimado oportuno no conceder los porcentajes incrementados del 25% y del 20% (sin duda pensados para favorecer la promoción de viviendas y activar el mercado inmobiliario), a los supuestos de construcción y ampliación de viviendas que nada tienen que ver con dicha finalidad. La construcción, porque no es habitual la adquisición previa por el interesado de un solar para edificar él mismo la vivienda, y la ampliación porque es una actividad errática, sin incidencia apreciable en las condiciones de oferta del mercado inmobiliario”.*

Precisando más esta materia, la Sala, tras reconocer la legitimación de una asociación de propietarios para su impugnación,

ha declarado la nulidad del art. 53.1.b del Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que, a propósito de la **regulación de las condiciones de financiación de la vivienda habitual para la aplicación de los porcentajes de deducción incrementados**, exige que la financiación se realice a través de una entidad de crédito o entidad aseguradora o mediante préstamos concedidos por las empresas a sus empleados (STS, 2.<sup>a</sup>, 18-3-2000, RCA 150/99). Estima la Sala que, en relación con la exigencia legal de que la financiación sea ajena, lo que hace Reglamento *“no es concretar las condiciones de aplicación de unos porcentajes que la Ley establece, sino limitar, naturalmente sin la debida habilitación del precepto de la Ley que desarrolla ni de ningún otro, las condiciones de una financiación, que son básicas para el reconocimiento del derecho a deducir y que la Ley solo supedita el requisito de la alienación –financiación ajena–. Y es preciso tener presente que este derecho a la deducción por inversión en vivienda habitual no obedece solo a estrictos criterios de política fiscal o a finalidades, más o menos coyunturales, de estímulo o protección de determinadas actividades o inversiones que se juzgan importantes para el desarrollo comercial, industrial o social de la nación, sino que da satisfacción a un derecho reconocido constitucionalmente a todos los españoles, como es el ‘derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada’ –art. 47 de la Norma Fundamental–. En consecuencia, en la medida en que el precepto reglamentario excluye otras formas de financiación ajena perfectamente legítimas, cuya procedencia no puede ser desvirtuada por meras conjeturas o sospechas de fraude o encubrimiento de donaciones cuando se trata, vgr. de préstamos entre parientes, conforme aduce la representación del Estado, habida cuenta que ello supondría la inadmisibile*

*permisión de que un precepto reglamentario pudiera ser redactado en función de meras suposiciones o sospechas, procede también la estimación del recurso en este punto y, por ende, la declaración de nulidad del ap. b) del art. 53.1.1.º del Reglamento aquí impugnado*". Por el contrario, el Tribunal ha declarado conforme a derecho la inaplicación de los porcentajes incrementados de deducción a las cantidades destinadas a la construcción o ampliación de la vivienda y a las depositadas en cuenta vivienda.

### 3. Régimen jurídico de las “operaciones vinculadas”

Dentro de este bloque de sentencias referidas a los impuestos sobre la Renta de las Persona Físicas y sobre Sociedades, el Tribunal **STS, 2.ª, 11-2-2000, (RCA 25/99)** ha realizado una amplia exposición de las dificultades que plantea el régimen tributario de las llamadas “**operaciones vinculadas**”, es decir, aquéllas que se realizan en el seno de un grupo de sociedades sometidas al mismo poder de decisión y en el que, por consiguiente, los precios de las transacciones realizadas no son los propios del mercado de libre competencia, por lo que se denominan “**precios de transferencia**”.

Este tipo de operaciones posibilita la consecución de diversas finalidades económicas, ya que “*la vinculación o poder de decisión dentro del grupo permite no sólo la utilización de precios de transferencia, sino la retención de beneficios, que no se distribuyen por las filiales a su sociedad matriz, o la subcapitalización de las filiales, de manera que éstas se financian de modo excesivo a través de préstamos o créditos de la matriz, para así disminuir su beneficio, por deducción de elevados intereses, en comparación con la normal y prudente*

*financiación de las empresas con capitales propios, o la imputación de gastos de la matriz a sus filiales”.*

Pues bien, el Tribunal, al conocer de un recurso indirecto contra una liquidación por Impuesto de Sociedades practicada por la Agencia Estatal de Administración Tributaria contra una sociedad por enajenación de las acciones que poseía de otra sociedad a favor de tres consejeros y de un socio de la primera, en la que se aplicó el valor resultante del activo y pasivo de la sociedad para determinar el valor de las acciones como base imponible por incremento del patrimonio, declara la nulidad del art. 131.2.b), un inciso del 131.3 y otro del 133.B.2 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, por entender que *“el art. 16, apartados 3 a 5 de la Ley 61/1978, es aplicable solamente a las operaciones vinculadas que se incardinan dentro de los componentes del hecho imponible, consistentes en **rendimientos** de explotaciones económicas, actividades profesionales o artísticas, y en **rendimientos** de elementos patrimoniales cedidos, no afectos a explotaciones económicas y demás actividades citadas, en cambio, la determinación de **los incrementos o disminuciones de patrimonio** debe hacerse de acuerdo con las normas del art. 15 de la Ley 61/1978, sin que les sea aplicable el art. 16, apartados 3 a 5 de dicha Ley, debiendo resaltar que si el art. 15 preceptúa en alguna de sus reglas de valoración, que el valor de adquisición o enajenación no será el precio convenido, sino el valor de mercado, tal disposición pertenece al art. 15, y por ello ha sido incorrecto, introducir en alguno de los arts. del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, de desarrollo del art. 15 de la Ley, la mención del art. 39 del Reglamento (operaciones vinculadas) al socaire de que el valor de mercado mencionado en el art. 15 de la Ley 61/1978, es el mismo valor de mercado referido en el art. 16, apartados 3 a 5 de la misma”.*



#### 4. Comunicación de datos tributarios y derecho a la intimidad

Por último, dentro de este complejo bloque jurisprudencial, la Sala ha abordado **STS, 2.<sup>a</sup>, 18-3-2000, (RCA 135/99)** el examen de los arts. 78.3.f), 79.2, 81.2 (epígrafes 5.º, 6.º y 7.º, apartados 3 y 4), 82 y 101 del Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, desde la perspectiva de la posible **lesión del derecho a la intimidad por la imposición de la obligación de comunicar determinados datos por el perceptor de las rentas al pagador** (obligación de satisfacer pensión compensatoria al cónyuge, abono de alimentos a los hijos por decisión judicial, aumento de descendientes, minusvalías...), y ha sentado el criterio con arreglo al cual deben ser aplicados los preceptos impugnados para que no se produzca la denunciada vulneración del derecho a la intimidad consagrado como fundamental en el art. 28 de la Constitución.

En primer término, la Sala declara la legitimación de un Sindicato para la impugnación de los citados preceptos, argumentando que le viene reconocida por el art. 19 de la Ley de la Jurisdicción de 1998, al ser indiscutible la generalidad de los fines e intereses que el mismo persigue, y que los trabajadores son, potencialmente, sin exclusión, sujetos pasivos de los impuestos, sin que quepa hablar en este supuesto de intereses difusos. Contempla el Tribunal que *“La demanda del Sindicato recurrente fundamenta la impugnación en que la intromisión en el espacio privado de la intimidad de los contribuyentes, que atribuye a los preceptos impugnados, se efectúa en un doble nivel: primero, en cuanto los datos comunicados al retenedor o pagador conciernen no sólo al perceptor de rentas que los facilita, sino también a terceras personas –el cónyuge, los alimentarios, los*

*discapacitados, etc.—. Y en segundo lugar, en cuanto tales datos son facilitados a un empresario físico o social sin garantía alguna de que la intimidación del receptor o de su familia será respetada”. Y estima que la objeción planteada cuenta con un planteamiento a primera vista razonable, pues “No es lo mismo que tales datos se faciliten a la Administración tributaria, en cuyo seno podrán mantenerse reservadamente, a que sean entregados a empresas privadas, sin que tampoco el legislador haya adoptado precaución alguna para evitar su utilización fuera de los estrictos fines de calcular las bases y cuotas de la retención. Ni siquiera se han previsto sanciones para corregir las posibles disfunciones que se produjeran.*

*Desde esta perspectiva, el sacrificio de la intimidación parece haber quedado sin resguardo alguno”.*

Sin embargo, también valora la Sala que “*las normas legales han de interpretarse de forma acorde con la realidad social (art. 3 CC) y en este sentido no cabe la menor duda —el expediente así lo demuestra en numerosos pasajes— que la política de retribuciones plasmada en el Reglamento 214/1999 responde a conveniencias colectivas y a una política que satisface demandas justas y llenas de asentimiento general.*

*Se impone por tanto interpretar las normas impugnadas en el sentido de que deben entenderse sin perjuicio del derecho de cada contribuyente de optar por participar tales datos directamente a la Administración, a fin de que ésta haga llegar a los pagadores las bases y tipos de retención.*

*De negarse la Administración, quienes ejercitaran esa opción, insita en el articulado del Reglamento, habrían de acudir forzosamente al recurso correspondiente para obtener el respo a su intimidación.*

*Al reconocer esta opción, la Sala rebasa el argumento del Abogado del Estado, consistente en que no hay lesión, porque los contribuyentes pueden renunciar a comunicar los datos íntimos al pagador y aguardar las devoluciones que correspondan, pues este razonamiento es, en sí mismo, inaceptable, dado que es arbitrario y desproporcionado que el preceptor, para percibir sus ingresos netos, sin retenciones improcedentes, tenga que sacrificar su intimidad y la de terceras personas y someterse al sistema de retenciones fijado por el Reglamento”.*

Esta doctrina se reitera posteriormente **STS, 2.<sup>a</sup>, 20-5-2000, (RCA 70/99)** en relación con la impugnación por la misma parte recurrente de los arts. 10.f), 12.2, 14 (apartado 2, números 5, 6 y 7 y apartados 3 y 4), 15 (salvo apartado 5) y 35.f) y g) del Real Decreto 2717/1998, de 18 de diciembre, por el que se regulan los pagos a cuenta en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) y en el Impuesto sobre la Renta de los no Residentes (IRNR), y se modifica el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades en materia de Retenciones e Ingresos a Cuenta, cuya vigencia ha estado supeditada a la liquidación del impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio de 1999. Al resolver el supuesto planteado, la Sala añade que los preceptos impugnados no incurren tampoco en infracción de las disposiciones de la Ley Orgánica 5/1992, reguladora del tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

### **III. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA**

#### **1. Ámbito de la jurisdicción**

Aunque el elevado número de asuntos pendientes a la entrada en vigor de la vigente Ley Jurisdiccional de 1998 ha

implicado que la antigua ley de 1956 aún siga siendo aplicada en numerosos procesos, no obstante son cada vez más las resoluciones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en las que entran en aplicación las novedades más destacadas de la nueva regulación. Así ha ocurrido con una materia tan polémica como es la relativa a los tradicionalmente denominados “actos políticos”, actualmente calificados como “**actos de gobierno**”, a los que se refiere el art. 2.a) de la Ley 29/1998. Este precepto es, justamente, objeto de consideración en la **STS, 7.<sup>a</sup>, de 26/11/99 (RCA 130/1999)** -sobre la impugnación de un Acuerdo del Consejo de Ministros, recaído en un expediente de extradición pasiva, por el que se acuerda la entrega de un extranjero al Estado que lo reclama-, donde con carácter previo al examen de la cuestión de fondo debatida se aborda –y se desestima– la concurrencia de la causa de inadmisibilidad opuesta conjuntamente por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, consistente en que el acto impugnado no es susceptible de control jurisdiccional. Ahora bien, siendo esta una materia eminentemente casuística, no han faltado ocasiones en que la misma Sala ha admitido la causa de inadmisibilidad que se rechazaba en la Sentencia que acaba de reseñarse. Así ocurre en el **ATS, 7.<sup>a</sup>, 16/02/00 (RCA 58/2000)**, dictado asimismo en relación con la problemática derivada de un caso de extradición.

La **STS, 7.<sup>a</sup>, de 26/11/99**, sostiene que la legislación aplicable, dimanante de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998 de 13 de julio, no excluye del control jurisdiccional el acto impugnado en la vía de protección de los derechos fundamentales, puesto que estaríamos ante un acto del art. 97 de la Constitución, que sería de derecho constitucional, y aun en el supuesto de tratarse de un acto de Gobierno en materia de relaciones internacionales, sería el Derecho Constitucional y Administrativo y no el Derecho Internacional el que regularía

tales actos en el ámbito de nuestro Derecho Interno, por lo que *“si bien el control judicial se mueve en este ámbito dentro de unos estrictos límites, más estrechos que en relación con los restantes actos sometidos a control, ello no excluye el necesario conocimiento por esta Sala de los elementos reglados de los actos del Gobierno, teniendo en cuenta que el art. 26.3 de la Ley del Gobierno 50/1997, no excluye del conocimiento por esta jurisdicción de los actos del Gobierno y de los órganos regulados en la ley”*.

A continuación, la sentencia recuerda que *“el art. 2.a) de la Ley 29/1998, establece que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y los elementos reglados del acto, cualquiera que fuera la naturaleza de dichos actos, lo que implica, de conformidad con la exposición de motivos de la nueva ley, que se parte del principio del sometimiento de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, que se excluye el reconocimiento de categorías exentas o excluidas del control jurisdiccional y que, en todo caso, corresponde a esta jurisdicción determinar el carácter político o administrativo del acto recurrido, teniendo en cuenta que el reconocimiento del control sobre los elementos reglados del acto, no excluye la vigencia del art. 24.1 de la Constitución y permite que el legislador defina mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos, por lo que corresponde a esta Sala examinar eventuales extralimitaciones o incumplimientos de los requisitos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión en el Acuerdo de Consejo de Ministros recurrido”*.

Descendiendo, pues, a las singularidades del caso concreto sometido a enjuiciamiento, la sentencia rechaza la concurrencia

de la causa de inadmisibilidad aducida, teniendo en cuenta que *“es siempre controlable el elemento reglado judicialmente asequible de los actos de los poderes públicos, sin que quepa aquí acusar al órgano jurisdiccional de que se introduzca en el ámbito de una discrecionalidad ajena al estricto control jurisdiccional, cuando lo invocado en el recurso es la causación de indefensión y la omisión del procedimiento legalmente establecido y dichos aspectos procedimentales y de competencia son aspectos reglados, susceptibles de control jurisdiccional”*. Sobre esta base, *“aunque todo el ámbito relativo a la extradición está reconocido en el art. 13.3 de la Constitución, que queda al margen del procedimiento de protección de los derechos fundamentales, los derechos alegados por los recurrentes se fundamentan en el art. 24.1 de la Constitución y se basan en el incumplimiento de concretas garantías procedimentales, lo que permite llegar a la Sala a la conclusión de que el Acuerdo impugnado presenta, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, un alcance directamente aplicativo, suficiente para admitir su impugnabilidad a través de la vía procesal utilizada”*.

En cuanto al **ATS de 16/02/00**, analiza la viabilidad procesal de un recurso interpuesto por la vía del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona (arts. 114 y siguiente de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción), contra lo que la parte recurrente considera como incumplimiento de los deberes que corresponden al Gobierno Español, que vulnera, en su opinión, *“los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, de defensa contradictoria y al proceso debido al demandante”*, consistiendo dicho incumplimiento en la *“voluntad”* del Gobierno Español y del Departamento de Asuntos Exteriores de no recurrir la decisión del Ministro del Interior Británico de dejar en libertad a una Autoridad política extranjera, procesado por un Juzgado de

*Instrucción español, solicitando de la Sala la parte recurrente que se ordene al Gobierno y a su Ministro de Relaciones Exteriores que comuniquen inmediatamente a la Fiscalía Británica la orden, emanada de dicho Juzgado de Instrucción, de ejecutar todas las acciones necesarias para que la extradición del procesado se lleve a efecto, “incluso la de recurrir la decisión anunciada por el Ministro del Interior Británico, de dejar en libertad al procesado... suspendiendo el procedimiento de extradición”.*

Pues bien, sobre esta concreta pretensión declara la Sala que “*prima facie*” resulta –y por ello tal cuestión es examinable en el ámbito de la pretensión de inadmisión del recurso–, que el Gobierno Español cumplió con su obligación de solicitar la extradición activa iniciada por un Organismo Jurisdiccional español, conforme a lo que resulta de los arts. 824 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del Convenio Europeo de Extradición, mas de ningún precepto o Convenio se desprende que la obligación se extienda a recurrir contra una eventual decisión denegatoria por parte de un Gobierno extranjero, máxime cuando tal pretendido recurso ha de enmarcarse en el ámbito de lo que es dirección de la política exterior que corresponde al Gobierno, según el art. 97 de la Constitución, por medio de actuaciones que no son administrativas sometidas a control judicial, y en las que aquél interviene como órgano político y no como órgano de la Administración ejerciendo potestades administrativas, supuestos en que no pueden deducirse ante el órgano jurisdiccional contencioso administrativo pretensiones encaminadas a lograr un pronunciamiento judicial que sustituya a la decisión del Gobierno, en cuanto que compete a aquel Orden un control de legalidad, según el art. 106 de la Constitución, no de oportunidad política en ámbitos de soberanía, y menos cuando, a falta de normas concretas al respecto, no existen

*aspectos reglados accesibles a la fiscalización jurisdiccional, lo que impone la conclusión de la inadmisibilidad del recurso, al no derivarse de dicho hipotético incumplimiento, por lo que razonado queda, vulneración del derecho fundamental invocado por no ser judicialmente tutelables las pretensiones formuladas, y al no existir, desde tal punto de vista, actuación o inactividad susceptible de impugnación (art. 69, c de la Ley de esta Jurisdicción).*

## 2. Medidas cautelares

Especial relevancia tiene en materia de medidas cautelares la sentencia que declara no haber lugar a la suspensión de la ejecución de una medida cautelar adoptada por el **Tribunal de Defensa de la Competencia** en un expediente seguido en relación con el sector de la distribución de labores de tabaco (**STS, 3.<sup>a</sup>, 7-6-2000, RC 9748/98**). Pone de manifiesto la Sala que de las normas aplicables se infiere claramente el deseo del legislador de liberalizar de forma inmediata el mercado de distribución del sector, al crear la autorización administrativa para la distribución al por mayor. Pues bien, la medida cautelar adoptada por el Tribunal de Defensa de la Competencia está encaminada, principalmente, a lograr esta finalidad, que el Tribunal estima ya suficientemente dilatada. Con esa liberalización no sólo se pretende permitir la entrada en el mercado del sector a otras empresas sino, sobre todo, beneficiar a los consumidores, que se verían favorecidos por los efectos que sobre los precios y la calidad de los productos operaría una medida de libre comercio. La Sala concluye que el auto recurrido ha infringido la jurisprudencia que exige ponderar “todos” los intereses en conflicto y por ello ha de ser revocado.



La Sala finaliza afirmando que de acogerse el razonamiento principal del auto recurrido, referente a que *“la ejecución in - mediata de la medida cautelar supondría el agotamiento de sus efectos antes de la sentencia, se estaría propiciando una generalización de la suspensión para todas las medidas cautelares que adopte el Tribunal de Defensa de la Competencia”*.

Se ha planteado también la cuestión relativa a la procedencia o improcedencia de la suspensión provisional en vía jurisdiccional de las resoluciones gubernativas de **expulsión de extranjeros**. En esta materia la Sala Tercera ha mantenido su criterio favorable a acordar la suspensión de las resoluciones administrativas de expulsión de extranjeros cuando la ejecución del acto puede llevar consigo perjuicios de imposible o difícil reparación, a tenor de lo dispuesto en el art. 122 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, regulación hoy sustituida por la contenida en los arts. 129 y siguientes de la nueva Ley. Normalmente se aprecia la existencia de dichos perjuicios cuando la expulsión supone para el extranjero la ruptura de una situación de arraigo en España por el quebranto de la unidad familiar o de lazos de tipo social, laboral o económico.

La Sala ha contemplado una situación de especial importancia jurídica, resolviendo un caso en que la presencia de dichos lazos se produce de forma sobrevenida al acuerdo gubernativo de **expulsión (STS, 6.<sup>a</sup>, 20-10-1999, RC 2711/96)**, pues la situación familiar se alteró después de interpuesto el recurso contencioso administrativo, como consecuencia del matrimonio de la recurrente con un ciudadano español:

*«La respuesta, en opinión de esta Sala, ha de ser necesariamente afirmativa dado que si la Ley Jurisdiccional de 1956, aplicable por razón de fechas, prevé que la*

*suspensión, art. 123, puede pedirse en cualquier momento del proceso parece obvio que puedan alegarse todas las circunstancias concurrentes en ese momento, por lo que no hay razón para que en el curso de la tramitación de la pieza de suspensión no puedan alegarse las circunstancias nuevas que se produzcan. A idéntica conclusión se llega tras la lectura del art. 132 de la vigente Ley Jurisdiccional, que ha de servirnos como criterio interpretativo aun cuando no resulte aplicable por razón de fechas, en cuanto establece que las medidas cautelares podrán modificarse en cualquier momento en virtud de las circunstancias que concurren, luego es obvio que las circunstancias sobrevenidas cuando por su naturaleza sean relevantes, cual acontece en el caso de autos, pueden y deben ser tomadas en consideración y por tanto el recurso de casación debe prosperar procediendo decretar la suspensión del acto recurrido».*

La Sala viene asimismo manteniendo el criterio de que, para determinar la procedencia o improcedencia de la suspensión del acuerdo de expulsión, se ponderen los intereses afectados, incluyendo los intereses públicos en juego, aspecto al que atribuye particular relevancia la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El interés público puede resultar afectado cuando el extranjero expulsado ha incurrido en conductas contrarias al orden público (**STS, 6.<sup>a</sup>, 14-3-2000, RC 4324/97**):

*«La sentencia recurrida, en el plano de la apreciación de los hechos que en exclusiva le compete, reconoce la existencia de perjuicios de difícil o imposible reparación que la ejecución de la orden de expulsión ha de acarrear al recurrente, pues como tal debe considerarse la referencia a que el interesado alega y justifica*

*perjuicios específicos de imposible o difícil reparación, cual situación de arraigo o vinculación con el país derivada de su permanencia continuada y estable, lazos familiares y trabajo. Sin embargo, considera que las razones de interés general relacionadas con el orden público prevalecen frente a las privadas, pues el fundamento de la expulsión radica en la existencia de razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública que avalan la adopción de dicha medida según el art. 15 del Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, al haber sido juzgado y condenado el actor por un delito contra la salud pública». En el caso examinado esta Sala considera que las razones de orden público alegadas son suficientes para que deban tener prevalencia sobre el interés particular afectado.*

La cuestión presenta notables matices cuando se trata de un **ciudadano comunitario**, con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto 766/1992, en cuyo art. 15 se dispone que cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar, entre otras, la medida de ordenar la expulsión o devolución del territorio español, si bien con sujeción a determinadas reglas o criterios, entre los que figura el de que cuando se adopten tales medidas por razones de orden público o de seguridad pública deberán estar fundadas exclusivamente en el comportamiento personal de quien sea objeto de las mismas [apartado d)]. Sin embargo, la Sala no advierte infracción alguna de este precepto, pues estima que no cabe duda de que la medida impuesta lo ha sido en consideración exclusiva a la conducta del recurrente, cuya potencial peligrosidad para la salud pública ha sido puesta de relieve mediante una condena penal por un delito contra la salud pública castigado con una pena de cierta gravedad. Añade que el Derecho comunitario no obsta a entender que no procede la

suspensión de la orden de expulsión cuando el peligro para los intereses públicos se infiere de la conducta del afectado puesta de relieve mediante una condena penal por un delito específico contra la salud pública de especial gravedad, reveladora de la realización de una actividad lesiva para la salud de la población y no sólo potencialmente peligrosa para la salud del interesado.

A efectos de ponderar la situación de arraigo que puede dar lugar a la suspensión de la expulsión del territorio nacional, la Sala Tercera ha equiparado la unión de hecho estable y continuada al matrimonio, declarando lo siguiente (**STS, 6.<sup>a</sup>, 15-11-1999, RC 5413/96**):

*«Esta Sala del Tribunal Supremo ha entendido que, para apreciar la existencia de vínculos familiares, tienen singular transcendencia la convivencia de hecho y los lazos afectivos (Sentencias de 28 de diciembre de 1998 –recurso de casación 5533/94– y 23 de enero de 1999 –recurso de casación 7456/94–), que la propia Sala de instancia reconoce que concurren en este caso, al declarar en la fundamentación jurídica del auto de estimatorio de la súplica que la solicitante de la medida cautelar «convive con ciudadano español.»*

Por lo que respecta a la **suspensión de los Planes de urbanismo** y dada la naturaleza especial de los mismos –como disposición general– frente a los actos administrativos –de carácter particular– la **STS, 5.<sup>a</sup>, 7-2-2000, (RC 10184/97)**, establece los criterios a ponderar para denegar la suspensión de su eficacia, otorgando prevalencia del interés público en juego: “ *Cuando se trata de la suspensión de planes de urbanismo ... incide sobre una disposición de carácter general, en la que el interés público se presenta más acentuado que en los actos administrativos,*

*y que esta circunstancia condiciona la suspensión, supeditándola a la producción de unos daños o perjuicios, no sólo imposibles o difíciles de reparar sino de una entidad superior o al menos igual a los que acarrearían a la comunidad las dilaciones en ejecutar”.*

### 3. Ejecución de sentencia

La STS, 5.<sup>a</sup>, 22-9-99 (RC 6211/97) ha abordado el problema de las **facultades del Tribunal para adoptar medidas respecto de la ejecución de un acto administrativo que ha sido confirmado por sentencia** y a tal efecto sostiene que *“Siendo la sentencia desestimatoria, es decir, confirmatoria del acto administrativo impugnado, la ejecución que procede es la del acto, y no la de la sentencia, la cual, a efectos de ejecución, lo ha dejado intacto, sin quitar ni añadir nada a su propia fuerza ejecutiva. Su práctica corresponde al Ayuntamiento y no al Tribunal de Justicia, sin que sea lícito solicitar a la Sala aclaraciones sobre la ejecución del acto, o decisiones sobre la forma, modos, maneras, condiciones o procedimientos para su ejecución, pues de esa forma se pretende hacer del Tribunal de Justicia un asesor jurídico de la Corporación legal, al margen de la vía procesal y de lo decidido en el recurso, que desnaturalizaría con toda evidencia la función judicial con - tencioso administrativa. Pues una sentencia desestimatoria confirma el acto administrativo impugnado, lo deja tal como fue dictado por la Administración demandada, y el Tribunal de Justicia no puede decir ni aconsejar ni ordenar a aquella cómo tiene que ejecutarlo; un acto administrativo confirmado judicialmente no goza de ninguna fuerza ejecutiva especial, sino que tiene la misma que cualquier otro acto no impugnado. Y*

*tal ejecución corresponde al Ayuntamiento, y no a la Sala, sin perjuicio de que si la ejecución administrativa se desvía del acto, pueda ello originar un proceso nuevo, que de ninguna manera habrá de ventilarse como apéndice del anterior, del que quedaría completamente desvinculado... ”.*

#### 4. Conflictos de Jurisdicción

**La STS, 4.<sup>a</sup>, 15/03/00 (RC 4827/1994)** aborda el problema de la delimitación de los respectivos ámbitos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Jurisdicción Civil, en relación con la **declaración de arrendamiento histórico efectuada por una Administración autonómica**. Tal cuestión es analizada por esta sentencia partiendo de la base de que el campo de actuación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa viene determinado por los arts. 1.º y 3.º de la Ley de 1.956 en concordancia con el 9.º4 de la LOPJ, “*extendiéndose a conocer de las impugnaciones contra todos los actos o disposiciones de la Administración sujetos a esta rama específica del derecho, sean éstos válidos o nulos, siempre que hayan sido acordados en virtud de la potestad de imperio que le viene conferida*”. A estos efectos –sigue diciendo la Sentencia– “*no resulta relevante el que dicha potestad se hubiese ejercido de manera debida o indebida, el posible carácter exorbitante de la que le hubiese sido otorgada, ni tampoco la naturaleza esencial o meramente formal del acto impugnado. Siempre que como resultado de ese mismo ‘imperium’ se produzca una actuación de la Administración, incluso aunque se trate de una mera actuación de hecho, la pretensión anulatoria de la misma ha de ejercitarse por la vía contencioso-administrativa de conformidad con los preceptos legales antes citados, con el fin*

*de eliminar, si procede, aunque no sea más que la apariencia formal de legalidad generada por ese mismo acto. Sostener lo contrario, defiriendo a la Jurisdicción Civil el conocimiento de la pretensión anulatoria de la declaración efectuada por la Administración, equivaldría a sostener la tesis de que la Administración puede ser emplazada como demandada o code mandada en el curso de un procedimiento civil por los actos dictados con sujeción al Derecho Administrativo, y en el ejercicio de las potestades que el ordenamiento jurídico le confiere, lo cual no se adecua a lo previsto en dicho ordenamiento”.*

## 5. Cuestión de ilegalidad

**La STS, 4.<sup>a</sup>, 22/02/00 (cuestión de ilegalidad 1/99)** revisite una gran importancia, no sólo por su propio contenido, del que deriva la declaración de nulidad de un precepto reglamentario sancionador, sino también, y sobre todo, porque es una de las primeras sentencias que se ha dictado en el marco de una “cuestión de ilegalidad” de las reguladas en los arts. 123 y siguientes de la Ley Jurisdiccional, por lo que permite ilustrar la operatividad de este novedoso mecanismo procesal.

La Sentencia que analizamos centra la cuestión debatida puntualizando que son dos las razones por las que la Sala a quo aprecia la ilegalidad del art. 7.2.a) del Real Decreto 1095/89, una, porque ha tipificado como infracción, la pesca durante las épocas de celo, reproducción o crianza, y otra, porque ha posibilitado la calificación de la infracción como menos grave, y, ni uno ni otro supuesto, se dice, aparecen en la Ley 4/1989 de 27 de marzo. Concretamente, la Sala de Instancia plantea la cuestión de ilegalidad del art. 7.2.a) del Real Decreto 1095/1989, en

el particular que define como infracción «el ejercicio de la pesca durante las épocas de celo, reproducción o crianza», por estimar que tal infracción no se contempla en la Ley 4/89.

Pues bien, dice la Sentencia del Tribunal Supremo que *“aparte de que en materia sancionadora es preciso que la ley defina el ilícito, y no es posible por la vía de la analogía o de la interpretación extensiva la ampliación a supuestos no expresamente previstos en la ley, hay que destacar que en el caso de autos, la Ley 4/1989, no sólo no se ocupa, ni tiene por objeto la regulación de la caza y de la pesca, sino que su objeto es el medio ambiente, y si este título, le ha permitido, o le ha servido de título habilitante para dictar algunas normas en materia de caza y pesca... esta regulación se ha de entender y declarar como válida en la medida en que no regula acabadamente la materia de caza y de la pesca, que está atribuida por el art. 148.11 a las Comunidades Autónomas, y siendo ello así, y tratándose cual se trata en el caso de autos de una infracción específica en materia del ejercicio de la pesca, a no ser que estuviese expresamente prevista en la Ley 4/1989, no se puede pretender su inclusión en la misma por la vía de la integración con otras normas, pues también tiene declarado esta Sala III del Tribunal Supremo que las dudas o supuestos límites entre las previsiones de la Ley 4/1989, cuando se refieren a la materia específica de caza o pesca, se han de resolver en favor de la competencia a las Comunidades Autónomas por estar a ellas atribuida su regulación, art. 148,11 de la Constitución”*.

Las valoraciones anteriores llevan a la Sala a estimar la cuestión de ilegalidad planteada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, y en su consecuencia a declarar la nulidad del art. 7.2.a) del Real Decreto 1085/89, en el particular que define como infracción el



ejercicio de la pesca en épocas de celo, reproducción o crianza, por vulneración del principio de legalidad, art. 25.1 de la Constitución y en razón, a que tal infracción no aparece prevista en la Ley 4/1989, que el Real Decreto citado desarrolla.

## 6. Cuestiones de competencia

La entrada en vigor de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio, ha supuesto, entre otros aspectos, una profunda modificación de las competencias atribuidas a los órganos de la Jurisdicción, siendo la novedad mas importante la regulación de las atribuidas a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, atribución que ha supuesto una redistribución de las que tradicionalmente correspondían al resto de los órganos que conforman la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Ello ha dado lugar a que el Tribunal Supremo se haya pronunciado sobre numerosas cuestiones de competencia de las que debemos destacar dos; una relativa a los actos de los órganos periféricos de la Tesorería General de la Seguridad Social y otra la que se refiere a las resoluciones dictadas por la Oficina Española de Patentes y Marcas relativas a la propiedad industrial.

### 6.1. *Actos de los órganos periféricos de la Tesorería General de la Seguridad Social de cuantía que no exceda de 10 millones de pesetas*

Por lo que respecta a éstos, el Tribunal Supremo ha dado cumplida respuesta a la cuestión trabada (STS, 1.<sup>a</sup>, 11-4-2000,

**RC 376/1999; 18-4-2000, RC 484/1999; 19-4-2000, RC 410/1999 y 11/2000; 22-5-2000, RC 506/1999; 23-5-2000, RC 521/1999 y 11-7-2000, RC 554/1999 y 559/1999)** declarando que la competencia para el conocimiento de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra los actos de los órganos periféricos de la Tesorería General de la Seguridad Social corresponde a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y no a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo que son los órganos con los que se planteaba la controversia competencial. Así se argumenta que *“al supuesto que enjuiciamos no es aplicable la norma contenida en el art. 9.c) de la Ley 29/1998, referente a aquellos casos en que el recurso tiene por objeto actos emanados de los organismos públicos con personalidad jurídica propia y entidades pertenecientes al sector público estatal con competencia en todo el territorio nacional y no resulta aplicable dicha norma porque el órgano autor del acto administrativo impugnado carece de competencia en todo el territorio nacional, presupuesto, el de la competencia que hay que referirlo específicamente (arts. 12.1 y 53.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) a la que tiene atribuida el concreto órgano del que el acto proviene y no a la de los órganos centrales de la Administración –en este caso el Organismo autónomo– en que el órgano se incardina”, rechazan* la Sala el argumento sostenido por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social basado *“en lo que denomina vis atractiva que a favor de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia parece contenerse, a su juicio, en el art. 10.1.j) de la LJCA, precepto al que no cabe acudir, como de su propia dicción literal se desprende, cuando hay normas (aquí, el art.8.3, párrafo primero de aquella Ley) que atribuyen expresamente la competencia a otro órgano de este orden jurisdiccional”*.

En consecuencia, la Sala declara la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, teniendo en cuenta que *“se impugnan actos administrativos de cuantía inferior a 10.000.000 pts., dictados por un órgano periférico cuya competencia se extiende al territorio de una sola provincia, ....., y que se encuentra incardinado en la estructura de la Tesorería General de la Seguridad Social, a la que nuestro ordenamiento jurídico encomienda la gestión de los recursos económicos y de administración de la Seguridad Social en tanto que estas competencias están reservadas al Estado en garantía de la unidad y la solidaridad del sistema público (STC 124/1989, de 7 de julio), teniendo la consideración de servicio común con personalidad jurídica propia, independiente de la Administración General del Estado, debiendo ser considerado organismo público autónomo (según se desprende de la Disposición Adicional Sexta, en relación con los arts. 41, 42, 43.1.a), 44.1 y 2.a) y 45 de la Ley 6/1997, de 14 de abril) que desarrolla las funciones que tiene encomendadas a través de órganos centrales con competencias sobre todo el territorio nacional y otros de ámbito provincial cuyas atribuciones se constriñen al territorio de una provincia. En el caso enjuiciado, los actos objeto del recurso contencioso-administrativo provienen de una Subdirección Provincial en Madrid de la Tesorería General de la Seguridad Social, por lo que su control jurisdiccional corresponde (ex art.1.1, 2.d), 8.3 y 13.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la J.C.A.) a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Madrid” (STS, 1.º, 11-7-2000, RC 554/1999).*

## 6.2. Propiedad industrial

El Tribunal Supremo también ha abordado el problema competencial suscitado en torno a las resoluciones adoptadas por la

Oficina Española de Patentes y Marcas en lo relativo a la concesión del registro de marcas, declarando (STS, 1.<sup>a</sup>, 30-6-2000, RC 1999/2000) la competencia de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra las resoluciones dictadas por aquel organismo publico.

Lo primero que examina el Tribunal Supremo al resolver la cuestión de competencia planteada es determinar la naturaleza jurídica de la Oficina Española de Patentes y Marcas, declarando que *“es un organismo publico vinculado a la Administración General del Estado y que extiende su competencia a todo el territorio español... adscrito al Ministerio de Industria y Energía, a través de su Subsecretaria, que tiene personalidad jurídica propia –art. 1 del RD 1270/1997, de 24 de julio–, y que en la actualidad se encuentra adscrito al ministerio de Ciencia y Tecnología, ex art. 5.2 del RD 557/2000, de 27 de abril”* añadiendo a continuación que *“podría, pues, sostenerse que los recursos que se deduzcan frente a sus actos están atribuidos al conocimiento de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo –art. 9, letra c), de la ley de esta Jurisdicción–, más sucede que esta atribución de competencia no es absoluta sino que tiene lugar ‘sin perjuicio de lo dispuesto en la letra i) del apartado 1 del art. 10’ que asigna a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento –en única instancia– de los recursos que se interpongan en relación con ‘los actos y resoluciones dictados por órganos de la Administración General del Estado cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico sea inferior al de Ministro o Secretario de Estado en materias de personal, propiedades especiales y expropiación forzosa’”*.

En este sentido, el Tribunal Supremo resuelve la controversia surgida entre un Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo y una Sala de lo Contencioso-Administrativo de un Tribunal Superior de Justicia afirmando que *“ninguno de los órganos jurisdiccionales contendientes niega que la propiedad industrial sea una propiedad especial, pero abstracción hecha de esta coincidencia inicial, el alcance que uno y otro atribuyen al art. 10.1.i) de la Ley de esta Jurisdicción es diametralmente distinto”* pues mientras el Juzgado Central estima que la propiedad industrial en discusión ha de englobarse dentro del concepto genérico de propiedad especial, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid afirma que el termino propiedad especial del art. 10.1.i) solo ha de referirse respecto de aquellas de titularidad pública excluyendo la propiedad industrial de las mismas al estar sujeta al derecho privado, argumentación, esta última, que es rechazada por el Tribunal Supremo ya que *“el intento de reducir el significado de la expresión ‘propiedades especiales’, en este orden jurisdiccional, a las de titularidad pública, porque la intervención administrativa en las restantes propiedades especiales, entre las que se encuentra la propiedad industrial –se dice– es colateral o tangencial, carece de apoyatura en la jurisprudencia (una reciente Sentencia de esta Sala, de 22 de septiembre de 1999, afirma en un recurso de casación en materia de marcas que ‘no cabe duda que estamos ante un asunto relativo a propiedad especial’”*.

En consecuencia con lo expuesto la Sala concluye *“que la competencia controvertida corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, como consecuencia de la salvedad que el art. 9.c) ‘in fine’ de la Ley de esta Jurisdicción hace a los dispuesto en el art. 10.1.i) de esta Ley, y en lo que interesa a las ‘propiedades*

*especiales', en relación con lo que dispone el art. 13, letra c), de la misma Ley”.*

## **7. Recurso de casación**

Con relación al recurso de casación y en particular a las causas de inadmisión del mismo, el Tribunal Supremo, a la vista de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, ha sentado unos criterios entre los que destacan, por su trascendencia, en primer lugar la incidencia que en el recurso de casación tiene la creación de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo en relación con el Derecho transitorio y, en segundo lugar, las denominadas “cuestiones de hecho”.

### *7.1. Problemas derivados de la aplicación del Derecho Transitorio*

La cuestión resuelta por el Tribunal Supremo con relación a la aplicación del Derecho Transitorio a las causas de inadmisión del recurso de casación se concreta en el tratamiento que, a efectos impugnatorios, debe darse a las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 29/1998 en los procesos pendientes antes de esa fecha, cuya competencia corresponda, conforme a la misma, a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y que la Disposición transitoria primera, apartado 1, preceptúa continuaran tramitándose ante dichas Salas ante su conclusión.

Así, la Sala para responder a la cuestión planteada, acude (ATS, 1.<sup>a</sup>, 16-6-2000, RC 606/1999; 30-6-2000, RC 1346/1999 y 14-7-2000, RC 6116/1999) a una interpretación sistemática de las Disposiciones Transitorias Primera. 2, inciso final, y Tercera.1 de la nueva Ley 29/1998 de la que resulta que del régimen de recursos establecidos en la nueva Ley para las sentencias descritas en el primer párrafo esta excluido el “*recurso de casación porque, en definitiva, ya ha conocido de este asunto el órgano colegiado al que habría correspondido conocer en grado de apelación. No se olvide (Disposición Transitoria Única.2 de la LO 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la LOPJ) que estas Salas pueden constituirse con un solo magistrado en los asuntos ahora atribuidos a los Juzgados y que estaban pendientes a la entrada en vigor de la ley*”.

Pues bien a dichas sentencias les resulta de aplicación la Disposición transitoria primera, apartado 2, ultimo inciso, de la Ley 29/1998, lo que significa que el régimen de recursos es el establecido en esa ley para las sentencias dictadas en segunda instancia, contra las que no cabe recurso de casación, pues éste solo procede –art. 86.1– contra las recaídas en única instancia. Y ello es así a pesar de que en el apartado 1 de la Disposición transitoria primera, que contempla los “procesos pendientes” ante las expresadas Salas, se soslaya cualquier referencia al respecto toda vez que el inciso final del apartado 2 de la misma transitoria, es decir, la regla que equipara el régimen de impugnación de las sentencias de las expresadas Salas a las dictadas en segunda instancia, cuando se trata de procesos que, conforme a la Ley 29/1998, se hayan atribuido a los Juzgados, esta redactada en plural, “en estos casos” expresión que permite comprender tanto los casos del apartado 2 como los del apartado 1, en el que se contemplan las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los

Tribunales Superiores de Justicia cuya competencia corresponda a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

## 7.2. *Cuestiones de hecho*

Con relación a las mismas se viene consolidando en la doctrina de la Sala lo que ya venía siendo indiscutible en la jurisprudencia dictada con relación a la Ley Jurisdiccional de 1956, afirmando el Tribunal Supremo (**STS, 1.º, 17-7-2000, RC 3586/1999**) *“que la pretendida infracción del art. 1.214 –se entiende del Código Civil– no guarda relación alguna con las normas que rigen los actos y garantías procesales sino con el juicio efectuado por la Sala de instancia al apreciar los hechos, como queda evidenciado que, al socaire de este motivo, se pretenda recusar la valoración de la prueba efectuada por aquella, cuestión ésta que, por otra parte, se encuentra ‘extra muros’ del recurso de casación”*.