

REVISTA DE

Administración Pública



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

F. A. CASTILLO BLANCO

Público y privado en la defensa del espacio urbano: hacia una necesaria revisión del sistema reaccional vigente

J. ORTEGA BERNARDO

Competencias, servicios públicos y actividad económica de los municipios

G. G. RUIZ ZAPATERO

Los efectos de las leyes tributarias inconstitucionales

169

Madrid

Enero/Abril

2006

ISSN: 0034-7639

ESTUDIOS



JURISPRUDENCIA



CRÓNICA

ADMINISTRATIVA



BIBLIOGRAFÍA



DOCUMENTOS
Y DICTÁMENES



Revista de Administración Pública
ISSN: 0034-7639, núm. 169,
Madrid, enero-abril (2006)

Consejo de Redacción

Director:

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Universidad Complutense de Madrid*

Secretaría:

CARMEN CHINCHILLA MARÍN, *Universidad de Castilla-La Mancha*

José María Boquera Oliver, *Universidad de Valencia*
Antonio Carro Martínez, *Letrado de las Cortes Generales*
Manuel Francisco Clavero Arévalo, *Universidad de Sevilla*
León Cortiñas Peláez, *Universidad Nacional Autónoma de México*
Luis Coscolluela Montaner, *Universidad Complutense de Madrid*
Rafael Entrena Cuesta, *Universidad de Barcelona*
Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Universidad Complutense de Madrid*
Rafael Gómez-Ferrer Morant, *Universidad Complutense de Madrid*
Jesús González Pérez, *Universidad Complutense de Madrid*
Jesús Leguina Villa, *Universidad de Alcalá de Henares*
Ramón Martín Mateo, *Universidad de Alicante*
Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, *Universidad Complutense de Madrid*
Luis Morell Ocaña, *Universidad Complutense de Madrid*
Alejandro Nieto García, *Universidad Complutense de Madrid*
José Ramón Parada Vázquez, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*
Fernando Sainz Moreno, *Universidad Complutense de Madrid*
Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Universidad Complutense de Madrid*
José Luis Villar Palasí, *Universidad Complutense de Madrid*

Declaración de interés público

«*Artículo único.* Se declara de "interés público" a la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, fundada en el año 1950 por el *Instituto de Estudios Políticos*, en consideración a los elevados méritos que concurren en dicha publicación, en la que se contienen importantes estudios monográficos de Derecho Político y Administrativo, tanto nacional como de Derecho comparado, de gran trascendencia doctrinal, con difusión del estudio de dichas materias, y realizando una labor formativa y vocacional muy valiosa, cuyos efectos en la esfera de la Administración Pública son una evidente realidad actual.»

(Orden del Ministerio de Información y Turismo de fecha 10 de mayo de 1961.)

El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de esta Revista

II. NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

TOMÁS FONT I LLOVET
ALFREDO GALÁN GALÁN
ORIOI MIR PUIGPELAT
JOAQUÍN TORNOS MAS

I. FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL SINDICATO MANOS LIMPIAS PARA INSTAR LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA DE DISOLUCIÓN DE BATASUNA

El Auto de 16 de enero de 2006 de la Sala Especial del Tribunal Supremo prevista en el artículo 61 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, inadmite la «solicitud» de adopción de las medidas necesarias para impedir la celebración del Congreso que Batasuna pretendía organizar el 21 de enero de 2006 formulada por el Secretario General del denominado Sindicato Colectivo de Funcionarios Públicos Manos Limpias.

En dicha solicitud se pedía a la Sala Especial del Tribunal Supremo que, en ejecución de su sentencia de 27 de marzo de 2003, por la que se ilegalizó el citado partido político, requiriera al Consejero de Interior del Gobierno vasco la prohibición del referido Congreso.

El Auto aquí comentado inadmite la solicitud por *falta de legitimación* del Sindicato Manos Limpias. Siguiendo fielmente lo ya establecido en el Auto de 15 de abril de 2005 (en el que inadmitió la demanda de ilegalización del Partido Comunista de las Tierras Vascas formulada por el Centro de Estudios Jurídicos Tomás Moro), la Sala Especial afirma que el artículo 11 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, reconoce en exclusiva al Gobierno central y al Ministerio Fiscal la legitimación para instar tanto la disolución judicial de un partido político como la ejecución de la resolución judicial por la que se ordene dicha disolución. Para el Tribunal, dicha limitación legislativa de los sujetos legitimados es un «claro tributo a la importancia que en toda democracia tienen tanto los partidos políticos como el pluralismo (que éstos encarnan)» (FJ 2.º).

Al igual que el mencionado Auto de 15 de abril de 2005, el ahora comentado se encarga de subrayar que dicha inadmisión por falta de legitimación «en modo alguno prejuzga la suerte que pudiera correr otro proceso que fuera formulado por las partes legitimadas para ello» (FJ 2.º), dando incluso traslado del expediente al Ministerio Fiscal para que examine los comportamientos delictivos —no residenciables ante esta Sala Especial— imputados a Batasuna y a determinados poderes públicos por el Secretario General de Manos Limpias en su solicitud (OM).

II. ANULACIÓN DE DIVERSOS PRECEPTOS DEL DECRETO FORAL NAVARRO 197/2001, DE 16 DE JULIO, EN MATERIA DE OFICINAS DE FARMACIA.
FALTA DE COBERTURA LEGAL Y VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA

La interesante STS de 16 de noviembre de 2005 declara la nulidad de pleno Derecho de los artículos 4.2.b), 8.1, 4.9 y 14.3 del Decreto Foral navarro 197/2001, de 16 de julio, por el que se dictan normas de desarrollo de la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de atención farmacéutica en materia de oficinas de farmacia, en resolución de un recurso de casación interpuesto por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Navarra. Los dos primeros preceptos ya habían sido declarados nulos por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en su sentencia de instancia, de fecha 25 de marzo de 2003. A su vez, el TS ya se había pronunciado sobre otros preceptos de dicho Decreto —los artículos 3, 4.2.d), 4.5 y 6.2—, reputándolos válidos, en su STS de 19 de mayo de 2005, desestimando el recurso entonces interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos.

Según el párrafo cuestionado del artículo 4.2.b) del referido Decreto, la solicitud de la autorización de apertura de una nueva oficina de farmacia debía venir acompañada del «[d]ocumento acreditativo del título jurídico que garantice el derecho real de disfrute y la disponibilidad de local para el ejercicio de la actividad de oficina de farmacia. El Departamento de Salud podrá requerir a quien figure como propietario de dicho local que acredite la propiedad del mismo mediante la correspondiente escritura o anotación registral». A juicio del TS, dicha exigencia, con la que se quería evitar el abuso de derecho consistente en presentar la solicitud de autorización con la única intención de impedir la instalación de posibles competidores o retrasar la tramitación de los procedimientos (sin pretender llevar a cabo la actividad), es nula por *carecer de cobertura en la Ley Foral* que el Decreto desarrolla y constituir una limitación *desproporcionada*. Para el TS, la situación de abuso de derecho que se pretende combatir, tan frecuente anteriormente, bajo el régimen de falta de competencia precedente, ha dejado de serlo en el contexto liberalizador del sector propiciado por la referida Ley Foral (los artículos 26 y 27 de la Ley imponen ahora sólo un número mínimo de farmacias que cubran todo el territorio de la Comunidad, fija un número máximo de farmacias muy elevado —una cada 700 habitantes— y reduce la distancia mínima entre unas y otras a 150 metros). Por otro lado, el TS considera que, aunque imprescindible *de facto* para realizar la actividad, el local es un bien fungible que ha de poder ser sustituido por otro que resulte más adecuado antes de la apertura.

El artículo 8.1, a su vez, con la misma finalidad de evitar el antes frecuente abuso de derecho, declaraba caducado el derecho en el caso de que la farmacia no fuera abierta al público en un plazo de seis meses desde el otorgamiento de la autorización y prohibía al farmacéutico la solicitud de una nueva autorización en un plazo de tres años. Para el TS, la caducidad por falta del cumplimiento de las condiciones establecidas (en este caso, la

apertura en un determinado plazo) es consustancial al régimen de las autorizaciones administrativas y es, por tanto, perfectamente válida. No lo es, sin embargo, la prohibición de solicitar nueva licencia en el plazo de tres años, que el Tribunal considera *carente de cobertura en la Ley Foral y absolutamente desproporcionada* en relación con la finalidad perseguida, evitar un abuso de derecho que ya no se repetirá en el nuevo contexto normativo.

En cuanto al artículo 14.3, limitaba la publicidad en el interior de las oficinas de farmacia al disponer que «[e]l mostrador de la zona de atención al usuario no contendrá expositores u otros elementos publicitarios que puedan dificultar la comunicación con el usuario y la única publicidad, promoción o información permitida en esta zona será la dirigida a promocionar la salud o prevenir la enfermedad». El TS, tras declarar la *incongruencia omisiva* del TSJ, que no se pronunció sobre esta pretensión del recurrente, anula dicho precepto al introducir una prohibición *carente de cobertura en la Ley Foral* y, además, *superflua*, en la medida en que ya la Ley del medicamento regula con la debida atención la publicidad en el ámbito de los medicamentos.

El TS, finalmente, declara también la nulidad del artículo 4.9, en cuya virtud «[n]o se podrán otorgar dos o más autorizaciones a favor del mismo beneficiario. La propuesta de resolución de otorgamiento de nueva autorización para quien ya ha sido previamente autorizado para la instalación o traslado será notificada al interesado para que en el plazo improrrogable de quince días opte por una de ellas, declarándose el cierre o caducidad de las restantes». La tacha de invalidez afecta sólo al segundo apartado, puesto que el TS considera que la prohibición de la tenencia de más de una oficina de farmacia constituye un «principio consolidado», reforzado en los últimos tiempos por el impulso que ha experimentado la libre competencia en el sector de las oficinas de farmacia. El TSJ, que ya criticó la redacción de dicho apartado, lo salvó con la interpretación de que el riesgo alegado por el recurrente de que el precepto pudiera llevar a la pérdida de las dos autorizaciones (en el caso de que la nueva fuera objeto de impugnación exitosa por parte de otro interesado en su obtención) podía ser contrarrestado, o bien entendiendo que existía una condición resolutoria de la primera autorización condicionada al efectivo funcionamiento de la actividad que deriva de la segunda, o permitiendo la posibilidad de rehabilitación de aquélla, o exigiendo, en fin, la responsabilidad patrimonial de la Administración. En opinión del TS, esta interpretación del TSJ es loable, pero, a diferencia de la que pueda efectuar el Tribunal Constitucional en sus sentencias interpretativas, no es vinculante para la Administración, no impidiendo, por tanto, el riesgo de que se produzca la situación de pérdida de las dos autorizaciones (la nueva y la que ya se venía disfrutando) denunciada por el recurrente. Al no prever el referido precepto de forma expresa mecanismos de salvaguardia como los apuntados por el TSJ, y no poder el TS determinar la forma en que ha de quedar redactado dicho apartado (por expresa prohibición del artículo 71.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), el mismo aboca a una situación insostenible de *inseguridad jurídica* que obliga a declararlo inválido.

El TS, en cambio, mantiene la vigencia de la *Disposición Transitoria 3.^a* del referido Decreto, en cuya virtud la mayor superficie mínima exigida a las oficinas de farmacia (75 m² frente a los 60 m² anteriores) será requerida a las solicitudes de traslado y transmisión de oficinas de farmacia que se presenten a partir de su entrada en vigor, impidiendo así que los titulares de oficinas de menor superficie puedan efectuar dicho traslado o transmisión. Para el TS, dicha previsión no cercena el derecho de los farmacéuticos con locales de menor superficie a seguir disfrutando de los mismos en concepto de titulares, extinguiendo únicamente su derecho a transmitirlo y a trasladarse; y dicha extinción resulta «razonable», al tener lugar «con base en la facultad de innovar el ordenamiento jurídico en un ámbito privado en que la finalidad social es elevada» (FJ 14.^o).

El TS termina condenando en costas a la Comunidad Foral de Navarra por un importe de 2.400 euros (OM).

III. CONTROL JUDICIAL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia han ido perfilando cada vez con mayor precisión cuál es el alcance del control judicial sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno, superando las limitaciones formales y materiales que en el pasado habían acotado los poderes del juez de forma estricta, como por lo demás ha sucedido con el conjunto de las potestades discrecionales.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de junio y de 6 de octubre de 2005, relativas a la impugnación del RD 139/2003, de 7 de febrero, que regula la formación médica especializada, dan ocasión al Tribunal para compilar su doctrina sobre los diversos aspectos del control de los reglamentos a que se extiende la actividad judicial, siguiendo pronunciamientos anteriores como la sentencia de 28 de junio de 2004. Por su claridad, vale la pena reproducir parte del Fundamento Jurídico 1.^o:

«Las delimitaciones sustantivas y formales de la potestad reglamentaria determinan el ámbito del control judicial de su ejercicio, atribuido por el art. 106 de la Constitución, en relación con el art. 26 de la LOCFG y el art. 1 de la Ley 29/98 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Ello se plasma en el juicio de legalidad de la disposición general en atención a las referidas previsiones de la Constitución y el resto del ordenamiento, que incluye los principios generales del Derecho y que conforman las referidas exigencias sustantivas y formales a las que ha de sujetarse, cumplidas las cuales, queda a salvo y ha de respetarse la determinación del contenido y sentido de la norma, que corresponde al titular de la potestad reglamentaria que se ejercita y que no puede sustituirse por las valoraciones subjetivas de la parte o del propio Tribunal que controla la legalidad de la actua-

ción, como resulta expresamente del artículo 71.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, que aun en el supuesto de anulación de un precepto de una disposición general no permite determinar la forma en que ha de quedar redactado el mismo».

Una vez recordada la prohibición de «sustitución» del Gobierno por el juez, se sistematizan los elementos de la potestad reglamentaria que son objeto del control judicial:

«Este alcance del control judicial del ejercicio de la potestad reglamentaria se recoge en la sentencia de 28 de julio de 2004, según la cual: “además de la titularidad o competencia de la potestad reglamentaria, tradicionalmente se consideran exigencias y límites formales del reglamento, cuyo incumplimiento puede fundamentar la pretensión impugnatoria: la observancia de la jerarquía normativa, tanto respecto a la Constitución y a la Ley, como interna respecto de los propios Reglamentos (...) la inderogabilidad singular de los reglamentos; y el procedimiento de elaboración. Y se entiende que son exigencias y límites materiales, que afectan al contenido de la norma reglamentaria, la reserva de Ley, material y formal, y el respeto a los principios generales del Derecho. Pues, como establece el artículo 103 CE, la Administración está sometida a la Ley y al Derecho; un Derecho que no se reduce al expresado en la Ley sino que comprende dichos principios en su doble función legitimadora y de integración del ordenamiento jurídico, como principios técnicos y objetivos que expresan las ideas básicas de la comunidad y que inspiran dicho ordenamiento».

«En nuestra más reciente jurisprudencia se ha acogido también, de manera concreta, como límite de la potestad reglamentaria la interdicción de la arbitrariedad, establecida para todos los poderes públicos en el artículo 9.3 CE. Principio que supone la necesidad de que el contenido de la norma no sea incongruente o contradictorio con la realidad que se pretende regular, ni con la “naturaleza de las cosas” o la esencia de las instituciones».

Una vez delimitado positivamente el alcance del control, el Tribunal también se extiende en señalar los límites en negativo de su propia función jurisdiccional:

«Ahora bien, respetadas tales exigencias, el Gobierno, titular de la potestad reglamentaria puede utilizar las diversas opciones legítimas que permite la discrecionalidad que es inherente a dicha potestad. O, dicho en otros términos,

nuestro control jurisdiccional, en el extremo que se analiza, se extiende a la constatación de la existencia de la necesaria coherencia entre la regulación reglamentaria y la realidad sobre la que se proyecta, pero no alcanza a valorar, como no sea desde el parámetro del Derecho, los distintos intereses que subyacen en el conflicto que aquélla trata de ordenar, careciendo este Tribunal de un poder de sustitución con respecto a la ponderación efectuada por el Gobierno. Y ni siquiera procede declarar la invalidez de la norma por razón de la preferencia que de aquellos intereses refleje la disposición reglamentaria, como no suponga una infracción del ordenamiento jurídico, aunque sea entendido en el sentido institucional con que es concebido tradicionalmente en el ámbito de esta jurisdicción (...) y que se corresponde con el sentido del citado artículo 9 de la Constitución» (TF).

IV. PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS.

AUDIENCIA DE LOS INTERESADOS EN LOS REGLAMENTOS ORGANIZATIVOS

Una de las sentencias del Tribunal Supremo acabadas de reseñar, la de 6 de octubre de 2005, debe resolver, además, sobre el valor del trámite de audiencia a los interesados en el procedimiento para la elaboración de disposiciones generales, señalando la nulidad que acarrea su omisión, incluso si se trata de reglamentos organizativos en cuanto afecten a terceros.

Dice el Fundamento Jurídico 5.º que «resulta innegable que tras la Constitución, art. 105.a), el trámite de audiencia está consagrado como una de las garantías básicas en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que afecten a los ciudadanos a través de las organizaciones reconocidas por la Ley. Constituye por tanto un requisito esencial para la validez del resultado del procedimiento que tiene por objeto que los interesados hagan valer la defensa de los derechos e intereses que corresponda sino también facilitar el acierto en la elaboración de la disposición que concierna a la vista de las propuestas de modificación del texto inicialmente propuesto (...)».

Y el Tribunal se cuida de subrayar las consecuencias invalidantes de la omisión del trámite, al señalar que «justamente tal obligatoriedad en el trámite de audiencia conlleva que su incumplimiento acarree la nulidad de la disposición en cuestión». En todo caso, se precisa que el significado de la audiencia «es que las organizaciones representativas, a que se refiere el art. 105 CE, sean escuchadas en el correspondiente trámite de alegaciones mas, como reiteradamente declara la jurisprudencia, en modo alguno puede comportar que los citados alegatos o sugerencias deban ser asumidos en todo o en parte».

En fin, en el Fundamento 6.º extiende la obligatoriedad del trámite a los reglamentos internos, en los términos ya adelantados que ahora se recuerdan:

«Bajo la vigencia del apartado cuarto del art. 130 LPA 1958 la jurisprudencia ha venido sosteniendo el carácter preceptivo y no discrecional del citado trámite a los representantes de los intereses en juego pero exigiendo que las disposiciones en cuestión afecten directa o seriamente a los intereses de los administrados organizados en las citadas corporaciones (...). En la misma línea se decanta el Tribunal Constitucional al entender (STC 18/1982, de 4 de mayo) que el hecho de que un reglamento pueda ser considerado como un reglamento interno de organización administrativa no excluye el cumplimiento de aquel requisito si se produce la afectación de intereses de los administrados. Criterio también mantenido por este Tribunal (SSTS 27 de mayo de 2002 y 21 de octubre de 2003)» (TF).

V. CONCENTRACIÓN ECONÓMICA (INTEGRACIÓN DE VÍA DIGITAL EN SOGECABLE). AUTORIZACIÓN DEL CONSEJO DE MINISTROS SUBORDINADA A CONDICIONES

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2005 (RJ 2005/7428) declara no haber lugar y, por lo tanto, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por «Valencia del Cable, SA» y otras entidades contra dos Acuerdos del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002 por los que se subordina la operación de concentración económica consistente en la integración de «Vía Digital» en «Sogecable».

Según el parecer mayoritario del Tribunal, el Consejo de Ministros, a través de los Acuerdos impugnados y dentro del margen de discrecionalidad de que disfruta en decisiones claramente pertenecientes al ámbito de la política económica, ha autorizado una operación de concentración atendiendo de manera motivada y razonable a las exigencias del Derecho de la competencia. En virtud de tales exigencias, el Consejo de Ministros ha impuesto unas condiciones a la concentración que se revelan adecuadas, razonables y proporcionadas para paliar los efectos anticompetitivos directos de la operación, teniendo en cuenta tanto la naturaleza de los mercados afectados como la concreta situación preexistente entre ellos en nuestro país, así como las presumibles consecuencias de la no autorización de la operación, muy principalmente la previsible salida del mercado de una de las dos empresas afectadas en peores condiciones para el interés general y los derechos de los consumidores que con la autorización de la concentración sometida a las condiciones que se fijan.

Discrepan del fallo de la sentencia dos Magistrados, dando lugar a sendos votos particulares. Una discrepancia sólo parcial es la que mantiene, en primer lugar, el Magistrado D. Eduardo Espín Templado en su voto particular. Pone de manifiesto, de entrada, su coincidencia con el criterio de la Sala en lo que respecta a la conformidad a Derecho de la decisión del Consejo de Ministros de autorizar la operación de concentración, si bien subordinándola a la aceptación de determinadas condiciones que tratan de

paliar sus efectos anticompetitivos. La falta de acuerdo se circunscribe a esa conformidad a Derecho de sólo algunas de estas condiciones. En concreto, de las siguientes.

En primer término, se discrepa de la suficiencia de las condiciones decimotercera a decimosexta y decimonovena. Estas condiciones son las que se refieren a los efectos anticompetitivos de futuro en mercados afectados de manera más indirecta, como lo son el de la telefonía, acceso a Internet e infraestructuras, y sobre éstos en relación con el de la televisión de pago y el de comercialización de contenidos en general. Considera el Magistrado discrepante que, en estos mercados afectados por la concentración de forma más indirecta, los compromisos de comportamiento, impuestos por las condiciones establecidas, no parece que sean suficientes para poder evitar los peligros a los que tratan de hacer frente esas condiciones.

En segundo y último lugar, también se discrepa de la legalidad de la condición decimoctava, referida a los precios. En breve, dicha condición establece que, durante el plazo de cuatro años desde el Acuerdo del Consejo de Ministros, la empresa Sogecable no podrá incrementar los precios cobrados a los abonados por la prestación de sus servicios por encima de un límite fijado como IPC-X (siendo «X» un porcentaje que será determinado con carácter anual atendiendo a la evolución, estructura competitiva y demás características de los mercados afectados). El voto particular parte de la premisa de que la fijación del precio de los bienes y servicios que las empresas ofrecen a sus clientes es una decisión libre de ellas, salvo que se trate de un sector intervenido, lo que no sucede en el caso enjuiciado. La restricción preventiva, a priori, de esta facultad empresarial que el Consejo de Ministros ha impuesto, reduciendo el incremento de precios en los próximos años, va más allá de los límites que la defensa de la competencia exige.

El fallo congruente con el voto particular expuesto, según su defensor, es una estimación parcial del recurso. Manteniendo la decisión de la Sala relativa a la conformidad a Derecho de los Acuerdos tomados por el Consejo de Ministros, debería matizarse, sin embargo, en un doble sentido. De entrada, con la anulación de la condición decimoctava, por las razones expuestas. Y, por otro lado, con la también anulación de las condiciones decimotercera a decimosexta y decimonovena, retrotrayendo las actuaciones al Consejo de Ministros para que acuerde otras condiciones que sean suficientes en relación con los riesgos de colusión contraria a la competencia que trataban de ser conjurados con las condiciones anuladas o, en caso de no considerar conveniente autorizar la concentración con tal modificación de los términos acordados inicialmente, para que revoque la autorización concedida en su momento a la operación de concentración.

El segundo voto particular es formulado por el Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona. En su opinión, la decisión correcta debió ser declarar la nulidad de los Acuerdos impugnados. Comparte este Magistrado el pronunciamiento mayoritario en cuanto al rechazo de los motivos de nulidad basados en supuestos defectos de procedimiento, pero considera que la sentencia debió ser favorable a la estimación de la demanda en cuanto a los motivos sustantivos alegados.

La discrepancia de fondo con la tesis sostenida por la mayoría obedece, según confiesa el autor del voto particular, a una concepción diferente del sentido y el designio de las normas reguladoras del control de concentraciones. Diferencias que no son nuevas, puesto que ya quedaron expuestas en el voto particular que este Magistrado formuló a la sentencia de este mismo Tribunal de 29 de marzo de 2004 (RJ 2004\5011), con ocasión del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprobó la fusión de las empresas «Ebro Agrícolas, Compañía de Alimentación, SA» y «Sociedad Azucarera de España, SA», subordinada también al cumplimiento de determinadas condiciones.

En síntesis, los razonamientos del Magistrado discrepante son los siguientes. Al interpretar el marco jurídico en que se desenvuelve la actuación del Consejo de Ministros cuando ejerce las potestades que le confiere el artículo 17 de la Ley de Defensa de la Competencia, más en concreto cuando autoriza bajo condiciones una operación de concentración abiertamente restrictiva de la competencia, se trae a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2002 (RJ 2002\9844), en la que se sientan algunos criterios sobre la subordinación condicional que pueden incluir los acuerdos autorizatorios.

En concreto, el mencionado artículo 17 contempla la posibilidad de que el Consejo de Ministros condicione su aprobación a la concentración. Entre las hipótesis previstas por aquel precepto, junto a la de no oponerse a la operación de concentración o declararla improcedente, se encuentra la de subordinar su aprobación a la observancia de determinadas condiciones. La legislación española, tras la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia por la Ley 9/2001, de 4 de junio, prevé de modo explícito la distinción entre condiciones de carácter estructural y condiciones de comportamiento. En el caso enjuiciado no se han impuesto remedios o condiciones estructurales, que son las más adecuadas para preservar la competencia, sino de mero comportamiento. Por otro lado, la interpretación conjunta de los artículos 14, 15 y 16 de la Ley de Defensa de la Competencia permite sostener que, en nuestro país, el criterio rector a efectos de autorizar las concentraciones económicas es el que se basa en apreciar si mediante ellas se crea o se refuerza una posición de dominio que restringe la competencia, en la medida en que dichas operaciones obstaculizan el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado. Continúa afirmando que es lícito, al valorar la operación notificada, analizar no sólo el dato estructural de la posición que en los mercados afectados va a tener la empresa resultante de la concentración, sino otros factores más dinámicos, como la competencia potencial, las barreras de entrada en el mercado o el poder compensatorio de la demanda y de la oferta. Todo lo cual aboca a prohibir las concentraciones, como lesivas para la competencia, en cuanto con ellas se cree o se refuerce una posición de dominio a favor de la empresa resultante que desplace a los competidores y perjudique a los consumidores.

A la luz de estos razonamientos, ampliamente explicados en el voto particular, su autor llega a la conclusión de que las condiciones impuestas por el Consejo de Ministros no compensan de modo suficiente los muy

graves efectos anticompetitivos de la operación notificada ni cumplen los requisitos exigibles (eficiencias generadas de manera sustancial, inmediata y fácilmente verificable) (AG).

VI. PRINCIPIO DE COLABORACIÓN ENTRE ADMINISTRACIONES TERRITORIALES:
ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO Y EL GOBIERNO VASCO
Y LA DIPUTACIÓN FORAL DE VIZCAYA

La Diputación Foral de Vizcaya y el Gobierno vasco impugnaron el Real Decreto 172/2000, de 4 de febrero, por el que se modificó la concesión de la autopista Bilbao-Zaragoza otorgada por la Administración estatal a favor de «Autopista Vasco-Aragonesa, Concesionaria Española, Sociedad Anónima». La sentencia que resuelve el recurso analiza con tal motivo el alcance y eficacia del principio de colaboración interadministrativa, ya que los recurrentes fundamentan la nulidad del acto impugnado en el hecho de no haber sido informados de un acuerdo concesional cuyo contenido incidía en sus intereses, ya que se trataba de la concesión de una autopista que transcurre por su territorio.

El Real Decreto impugnado modificó los términos del acuerdo concesional ampliando el plazo e imponiendo al mismo tiempo una significativa rebaja de las tarifas. Como acabamos de señalar, las entidades recurrentes sostuvieron en su recurso la nulidad de lo actuado al no haber sido informadas previamente del acuerdo de renovación de los términos de la concesión. Las citadas entidades basan su recurso en la afirmación de que el acuerdo impugnado vulneró los principios de cooperación, colaboración y lealtad institucional establecidos en los artículos 3.1 y 2 y 4 de la Ley 30/1992, y en el artículo 3.3 del Decreto 3140/1975. Para las partes recurrentes, la aplicación de dichos principios obligaba al Ministerio de Obras Públicas a informar a la Diputación Foral de Álava y al Gobierno vasco del contenido del acto impugnado.

Los recurrentes, si bien no discuten la competencia de la Administración estatal para alterar el contenido de una relación concesional de la que es titular, entienden que el acuerdo es nulo por vulneración de los principios de colaboración y lealtad interadministrativa. A estos argumentos se añade la falta de motivación del acuerdo impugnado, cuestión esta última que también será rechazada por la sentencia que comentamos.

Al margen de otras consideraciones de interés, nos importa destacar de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2005 el examen que lleva a cabo del principio de colaboración en las relaciones Estado-Comunidad Autónoma, en la medida en que, a nuestro entender, se trata de un estudio del citado principio de singular profundidad, si bien la conclusión final a la que se llega supone diluir su eficacia jurídica.

Comienza el Tribunal rechazando que, de acuerdo con la normativa sectorial aplicable, exista en el caso examinado un derecho de las entidades recurrentes al trámite de audiencia dentro del procedimiento de modificación del acuerdo concesional, lo que le lleva a continuación a plantear-

se si del principio general de colaboración podría desprenderse un derecho de las recurrentes a ser informadas de dicha modificación.

Llegados a este punto, el Tribunal lleva a cabo un completo examen de la doctrina del Tribunal Constitucional y del propio Tribunal Supremo sobre el contenido del principio de colaboración y de lealtad institucional. Destaca la sentencia que comentamos que dicho principio no altera el sistema de reparto competencial, pero sí impone fórmulas racionales de consulta, participación, coordinación o concertación, especialmente en supuestos de concurrencia de títulos competenciales, pudiendo exigir en cada caso la aplicación de las técnicas más adecuadas para hacer realidad la colaboración interadministrativa, entre ellas el intercambio de información.

Pues bien, tras este repaso jurisprudencial, se concluye de la siguiente forma: *«Se desprende de todo ello, que tales principios se plasman en las correspondientes técnicas de actuación, mediante el establecimiento de instrumentos, medios y sistemas que propicien la mutua información y la creación de órganos mixtos y de colaboración que permitan la necesaria coordinación en el ejercicio de las competencias, salvaguardando la titularidad de las mismas, de acuerdo con las previsiones legales que en cada caso se establecen, tratando de garantizar su eficaz ejercicio por quien tiene su titularidad, evitando las disfunciones que pudieran derivar del propio sistema de distribución de las mismas, lo que no se corresponde ni identifica necesariamente, en contra de lo que se mantiene por los recurrentes, con un trámite formal de audiencia como requisito de un procedimiento en el que no está previsto legalmente, como es el caso del objeto de estos recursos, en los que se reconoce que la titularidad de la competencia corresponde al Estado e, incluso, que su ejercicio plasmado en el **Real Decreto 172/2000** se ajusta al ordenamiento jurídico, limitándose a invocar la omisión de un trámite de audiencia no exigible en el procedimiento en cuestión y que no encuentra amparo en la genérica invocación de los referidos principios de relación interadministrativa, no alegándose infracción material alguna ni invasión o afectación concreta y actual de la titularidad o ejercicio de competencias de las Administraciones recurrentes, lo que lleva necesariamente a desestimar estas alegaciones en las que se fundan los recursos acumulados».*

El párrafo que acabamos de transcribir es el que nos lleva a entender que el valor informador del principio de colaboración se diluye, ya que no se extrae de su contenido lo que en principio debería ser su objetivo principal, es decir, modular la forma de ejercer las competencias. Para el Tribunal Supremo, al no existir en el procedimiento de referencia una norma específica que exigiera un trámite de audiencia, no era posible reclamar el derecho a ser informado en base al principio de colaboración. Consiguientemente, los razonamientos abstractos sobre el contenido de este principio que antes se habían expuesto en la propia sentencia, y que parecían conducir a forzar la utilización de técnicas de interrelación administrativa en el momento de ejercer las competencias respectivas, quedan sin traducción práctica, lo que puede conducir a desincentivar el desarrollo de las necesarias formas de colaboración ante la falta de sanción por su no utilización (JT).

VII. SANCIONES E INTERESES DE DEMORA

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2005 confirma la doctrina establecida en la sentencia del mismo Tribunal de 18 de septiembre de 2001, dictada en un recurso de casación en interés de ley. En esta última sentencia, como es sabido, el Tribunal Supremo estableció que puesto que las sanciones tributarias no tienen la misma naturaleza que el resto de los elementos que integran la deuda tributaria, porque son manifestación del *ius puniendi* del Estado, y su carácter afflictivo es incompatible con el indemnizatorio o compensatorio de los intereses de demora, durante el tiempo de suspensión de la ejecución en vía administrativa y contencioso-administrativa de la medida sancionatoria no se devengaban intereses de demora.

En la sentencia que ahora comentamos, de 26 de octubre de 2005, el Tribunal extiende el contenido de la doctrina anterior a las sanciones dictadas en materia de protección de datos, más allá, por tanto, del ámbito estricto de las sanciones tributarias, rechazando el recurso casacional en interés de ley planteado en este caso frente a una sentencia de la Audiencia Nacional que anuló en su día los intereses de demora.

El Abogado del Estado considera la doctrina errónea y gravemente dañosa, ofreciendo en relación a esto último el dato según el cual entre los años 1995 a 2004 el monto de las sanciones suspendidas ascendió a 8.376.669,19 euros, por lo que los intereses de demora podrían alcanzar una cifra muy considerable.

Para el Tribunal Supremo, procede examinar en primer lugar si la sentencia recurrida es o no errónea, y en este punto viene a reiterar lo ya dicho en su sentencia del año 2001 antes citada, asumiendo que la doctrina establecida para las sanciones tributarias es plenamente aplicable a los otros tipos de sanciones administrativas y, en concreto, para las sanciones en materia de protección de datos (JT).

VIII. EL DERECHO A LA RENOVACIÓN DE LAS CONCESIONES EN MATERIA DE RADIODIFUSIÓN

Los hechos que están en la base de la importante sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2005 son los siguientes: la Generalidad de Cataluña resolvió no conceder la renovación de la concesión de una determinada emisora de radio en frecuencia modulada, acordando la extinción de la concesión y el inicio de un nuevo procedimiento concesional. Impugnado dicho acuerdo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó la validez de la resolución impugnada, negando el automatismo en los procedimientos de renovación de licencias y la concurrencia de circunstancias sobrevenidas de carácter táctico y jurídico que no permitían prestar el servicio conforme a la legalidad vigente en el momento en que debió otorgarse la renovación. Concretamente, estas novedades eran la re-

forma de la legislación en materia de contratación pública y el incremento de los porcentajes obligatorios de emisión en lengua catalana.

El Tribunal Supremo analiza la normativa estatal y catalana aplicable en materia de telecomunicaciones y, en concreto, los preceptos relativos a la renovación de las concesiones. Destaca en este punto cómo la normativa más reciente tiende claramente a vincular la no renovación con supuestos de incumplimiento del concesionario. Así, la modificación de la disposición adicional sexta de la Ley estatal 31/1987 llevada a cabo por la Ley 53/2002, o el Decreto catalán 186/2002, que establece que la resolución definitiva sobre la solicitud de renovación será expresa y de carácter reglado, pudiendo únicamente denegarse en los casos en que se hubieran incumplido los requisitos legalmente establecidos.

El examen de la normativa aplicable lleva al Tribunal a concluir que con carácter general, y en razón de la naturaleza de la institución concesional, prevalece la continuidad de la relación concesional si se han cumplido las condiciones y requisitos establecidos inicialmente. Por ello, al solicitarse la renovación, debe llevarse a cabo un examen desde el punto de vista negativo, es decir, se debe analizar si han existido infracciones o incumplimientos por parte del concesionario, para concluir que ante la falta de tales infracciones o incumplimientos procede la renovación.

Tras las consideraciones generales, entrando en el examen del caso concreto, se afirma que no concurren las circunstancias que llevaron al Tribunal de instancia a confirmar la validez de la denegación de la no renovación. Es decir, las modificaciones en la legislación contractual no tienen relevancia determinante sobre la forma de la prestación del servicio y, por otro lado, las nuevas reglas de la política lingüística podían ser asumidas por la anterior concesionaria. Se concluye así que las razones objetivas que se invocaron en las resoluciones administrativas para denegar la renovación de las concesiones no justificaron el acuerdo adoptado, ya que no afectaban a la naturaleza del título ni a la prestación del servicio.

Importa destacar que la doctrina general favorable a la renovación de las concesiones se produce en un supuesto que afecta a la materia de radiodifusión y en el que, por tanto, está en juego el artículo 20 de la Constitución y el derecho a crear y mantener medios de comunicación radiofónicos. Ello explica que ante una solicitud de renovación deba primar el criterio favorable a su otorgamiento, mientras que la denegación sólo proceda si durante el período concesional ya agotado se han producido infracciones o incumplimientos por parte del concesionario (JT).

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

- 1. Temas de interés.** La *Revista de Administración Pública* publica trabajos de investigación originales sobre Derecho Administrativo, Administración Comparada e Historia de la Administración.
- 2. Envío de originales.** Los trabajos deberán ser originales e inéditos; en caso de ser publicados una vez enviados a esta Secretaría, los autores deberán notificarlo y proceder a la retirada de los mismos. Se enviarán en lengua castellana, escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se harán llegar, en todo caso, en papel (una copia) y, además, en soporte electrónico, bien sea en disquete o CD-ROM, a nombre de la Secretaría de la *Revista*, a la dirección: CEPC, Plaza de la Marina Española, 9, 28071 MADRID, o por correo electrónico a la dirección **public@cepc.es**. Sólo se tomarán en consideración por el Consejo de Redacción aquellos trabajos que se hayan enviado, directamente, a la dirección de la *Revista* antes indicada.
- 3. Formato.** Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman tamaño 12. La extensión total no debiera superar las 40 páginas (10.000 a 12.000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfonos de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y con tres a cinco palabras clave (en los dos idiomas).
- 4. Normas de edición:**
 - a) Bibliografía.** Las referencias bibliográficas, que se limitarán a las obras citadas en el trabajo, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en mayúsculas, del autor, bajo el título «Bibliografía» y al final del original. Ejemplo:

PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): «La convalidación de los actos administrativos», *Revista de Administración Pública*, 151, págs. 9-30.

PÉREZ PÉREZ, Luis (2004): *Derecho Administrativo*, Madrid, CEPC.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005a) y PÉREZ PÉREZ, Luis (2005b).
 - b) Notas a pie de página.** Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se incluirá su forma abreviada. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): 90.
- 5. Reseñas de libros.** La *Revista de Administración Pública* acepta sugerencias sobre libros para su recensión, cuya extensión no podrá superar las 5 páginas.
- 6. Proceso de publicación.** La *Revista de Administración Pública* decidirá, a través de su Consejo de Redacción, la publicación de los trabajos requiriendo, en los casos en los que lo considere necesario, informes de evaluadores externos anónimos. Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 5 días. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.
- 7. Copyright.** El autor o los autores ceden a la *Revista*, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.
- 8. Advertencia.** Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

ISSN 0034-7639



9 770034 763905

00169

19,00 €