

DIRECTOR: MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá

Nº 58

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

© Lex Nova 2012

Lex Nova, S.A.U.
Edificio Lex Nova
General Solchaga, 3. 47008 Valladolid
T +034 983 457038 · F +034 983 457224
E-mail: clientes@lexnova.es
www.lexnova.es

Impresión

Rodona Industria Gráfica, S.L.
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 Pamplona

Depósito Legal: VA. 777-1998
ISSN 1139-4951
Printed in Spain — Impreso en España

Dirección General

Daniel Tejada Benavides

Esta revista ha sido coordinada por Miguel Sánchez Morón, con la colaboración de Henar del Olmo y Jaime Barbero, del Departamento de Producción Editorial de Lex Nova.

La Editorial, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Esta revista no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, ni prestarse, alquilarse o cederse su uso de cualquier otra forma, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Lex Nova no asume responsabilidad alguna consecuyente de la utilización o invocación de la información contenida en esta publicación.

Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

Esta revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología, entre otros; por ello, se encuentra integrada en la clasificación bibliográfica de las siguientes bases de datos y organismos:



El texto de las resoluciones jurisprudenciales citadas o reproducidas en esta obra tiene como fuente los documentos oficiales distribuidos por el CENDOJ. Esta publicación se limita a transcribirlos total o parcialmente, respetando la literalidad y sentido de los documentos originales.

LA VERSIÓN ON LINE DE ESTA COLECCIÓN, QUE HA SIDO SELECCIONADA POR EL CGPJ PARA SU UTILIZACIÓN POR LOS MIEMBROS DE LA CARRERA JUDICIAL, PUEDE CONSULTARSE EN **PORTALJURIDICO.LEXNOVA.ES**

LEX NOVA



THOMSON REUTERS

DIRECTOR

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá

SECRETARÍA TÉCNICA

MARGARITA BELADIEZ ROJO

Universidad Complutense de Madrid

CONSEJO DE REDACCIÓN

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

JAVIER BARNÉS VÁZQUEZ

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Huelva

ANTONIO EMBID IRUJO

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid

JAVIER GARCÍA ROCA

Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla

ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

Magistrado del Tribunal Constitucional

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Castilla-La Mancha

MANUEL REBOLLO PUIG

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba

JOAQUÍN TORNOS MAS

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Barcelona

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO (de los artículos enviados)

ESTANISLAO ARANA

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada

LUIS ARROYO

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Castilla-La Mancha

XABIER ARZOZ

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

RAFAEL BUSTOS

Profesor Titular de Derecho Público. Universidad de Salamanca

MIGUEL CASINO

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad Carlos III de Madrid

FEDERICO CASTILLO BLANCO

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada

EDORTA COBREROS

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

ELOY COLOM PIAZUELO

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

ALFREDO GALÁN

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Barcelona

ROBERTO GALÁN VIOQUE

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla

AGUSTÍN GARCÍA URETA

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

FELIPE IGLESIAS

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid

MANUEL IZQUIERDO CARRASCO

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba

IÑAKI LASAGABASTER

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

MARIANO LÓPEZ BENÍTEZ

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba

ORIOI MIR

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Barcelona

ENCARNACIÓN MONTOYA

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla

OCTAVIO SALAZAR

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Córdoba

BEATRIZ SETUÁIN

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

ÍNDICE GENERAL

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

DISCRIMINACIÓN POSITIVA POR RAZÓN DE GÉNERO Y ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS.

Miguel Sánchez Morón 7

LA DOCTRINA DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Augusto González Alonso 17

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.

Ortega Álvarez, L. (coord.); Moreno Molina, J.A.; Maeso Seco, L.F.; Sánchez Rodríguez, F.; Morcillo Moreno, J.; Punzón Moraleda, J.; Magán Perales, J.M.; Gallego Córcoles, I. 31

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS.

García Roca, J. (coord.); Santolaya Machetti, P.; Canosa Usera, R.; Perelló Domenech, I.; Bustos Gisbert, R.; Carmona Cuenca, E.; Brage Camazano, J.; Díaz Crego, M.; Queralt Jiménez, A.; García Vitoria, I.; Hernández Ramos, M.; Pérez-Moneo Agapito, M.; Arenas Ramiro, M.; Fernández Vivas, Y.; Rosino Calle, R. 51

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS.

García Roca, J. (coord.); Santolaya Machetti, P.; Canosa Usera, R.; Perelló Domenech, I.; Bustos Gisbert, R.; Carmona Cuenca, E.; González Pascual, M.I.; Brage Camazano, J.; Díaz Crego, M.; Queralt Jiménez, A.; García Vitoria, I.; Hernández Ramos, M.; Pérez-Moneo Agapito, M.; Arenas Ramiro, M.; Fernández Vivas, Y.; Rosino Calle, R. 59

IV. FUENTES DEL DERECHO.

Menéndez Rexach, A. (coord.); De Marcos Fernández, A.; Díez Sastre, S. 85

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

Menéndez Rexach, A. (coord.); Domínguez Martín, M.; López de Castro García-Morato, L.; Rodríguez-Chaves Mimbrero, B.; Chinchilla Peinado, J.A. 101

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA. <i>Sánchez Morón, M. (coord.); Casino Rubio, M.; Del Olmo Alonso, J.; Rodríguez Ayala, V.</i>	117
VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. <i>Rebollo Puig, M. (coord.); Alarcón Sotomayor, L.; Bueno Armijo, A.M.; Rodríguez Portugués, M.A.</i>	129
VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA. <i>López Menudo, F. (coord.); Carrillo Donaire, J.A.; Guichot Reina, E.</i>	151
IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA. <i>López Menudo, F. (coord.); Guichot Reina, E.; Carrillo Donaire, J.A.</i>	161
X. FUNCIÓN PÚBLICA. <i>Sánchez Morón, M. (coord.); Marina Jalvo, B.; Cantero Martínez, J.; Fuentetaja Pastor, J.A.</i>	169
XI. URBANISMO. <i>Ortega Álvarez, L. (coord.); Alonso García, C.; Delgado Piqueras, F.; Serrano Lozano, R.; Villanueva Cuevas, A.</i>	183
XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL. <i>Embid Irujo, A. (coord.); Colom Piazuelo, E.; Embid Tello, A.E.; Jiménez Compaired, I.; Setuáin Mendía, B.; Valcárcel, P.</i>	195
XIII. MEDIO AMBIENTE. <i>Embid Irujo, A. (coord.); Domper Ferrando, J.; Embid Tello, A.E.; Jiménez Compaired, I.; Salinas Alcega, S.; Setuáin Mendía, B.; Valcárcel, P.</i>	219
XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO. <i>Tornos Mas, J. (coord.); Gracia Retortillo, R.; Mollevi i Bortolo, J.; Vilalta Reixach, M.</i>	239
XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD. <i>Agirreazkuenaga Zigorraga, I. (coord.); Cobreros Mendazona, E.</i>	247
XVI. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES. <i>Fernández Farreres, G. (coord.); Alcantarilla Hidalgo, F.J.</i>	257

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y REVISTAS.

<i>Menéndez Sebastián, E.M. (coord.); García Vitoria, I.; Villanueva Cuevas, A.</i>	275
---	-----

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

ARTÍCULOS DOCTRINALES

DISCRIMINACIÓN POSITIVA POR RAZÓN DE GÉNERO Y ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
*Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Alcalá*

RESUMEN

Discriminación positiva por razón de género y adjudicación de contratos públicos

Este artículo analiza la doctrina recientemente fijada por el Tribunal Supremo sobre la inclusión de cláusulas particulares de los contratos del sector público que primen la contratación de personal femenino por las empresas licitadoras, considerando que esa circunstancia puede establecerse como criterio de preferencia final entre ofertas que alcancen la misma valoración en virtud de otros criterios destinados a determinar la oferta económicamente más ventajosa.

Palabras clave: Contratos públicos, discriminación positiva, igualdad de género.

ABSTRACT

Positive discrimination on the ground of sex and awarding of public contracts

This article analyzes the doctrine recently set by the High Court about the inclusion of particular clauses in those contracts of the public sector that give priority to feminine personnel staff recruiting by the undertaking tender, considering that such circumstance can be settled down as the approach of final preference among the offers with the same rating by virtue of other approaches focused on determining the most economically favourable offer.

Key words: Contratos públicos, discriminación positiva, igualdad de género.

SUMARIO

1. LA CUESTIÓN.
2. LA SENTENCIA.
3. LAS CONSECUENCIAS.

1. LA CUESTIÓN

Tenía que llegar. Era solo cuestión de tiempo que se planteara ante los Tribunales si es posible o no introducir criterios de discriminación positiva por razón de género para la adjudicación de los contratos del sector público. Nada se establece al efecto en las normas europeas y españolas sobre la contratación pública. Pero cabía esperar que alguna Administración pública u órgano de contratación decidiera algún día incluir entre los criterios de valoración de las ofertas de algún pliego de cláusulas, de una u otra manera, ese tipo de criterios. Y ello debido a la relevancia y el ímpetu con que se han desarrollado desde

hace unos años las políticas de igualdad de género, en concreto las que intentan reconducir la situación de desigualdad real de las mujeres en el mercado laboral. Pues, como ya he señalado en otro lugar (en el Prólogo a *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011), la contratación pública no es solo una actividad económica más, sometida a las reglas de la libre e igual competencia, sino que es también, de manera inevitable, un instrumento de política económica y social (e inclusive ambiental). Y si era previsible que alguna Administración o poder adjudicador incluyera entre los criterios de valoración de las ofertas criterios de igualdad de género, cabía esperar igualmente que, en algún caso al menos, habría alguien interesado en promover un conflicto sobre el asunto.

El caso ha llegado efectivamente a la Justicia y ya tenemos una primera sentencia del Tribunal Supremo sobre el particular, la Sentencia de 17 de julio de 2012, dictada por la Sección Séptima en el recurso núm. 5377/2009 y de la que ha sido Ponente el Magistrado Nicolás Maurandi Guillén. Esta sentencia fija un criterio sobre el particular, que probablemente se consolidará en nuestra jurisprudencia, a no ser que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declare otra cosa. Es ese criterio el que se quiere explicar y comentar aquí, a la luz de los fundamentos de la sentencia. Pero antes es preciso examinar brevemente las premisas legales de que se parte.

Como se ha dicho, ni la legislación europea ni la española regulan expresamente si cabe incluir entre los criterios de adjudicación de un contrato público alguno que valore si las empresas ofertantes promueven medidas de igualdad de género en el ámbito laboral propio. Como muchos recordarán, el artículo 53.1 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios viene a disponer que el contrato debe adjudicarse a la «oferta económicamente más ventajosa», para lo cual el poder adjudicador puede tomar en cuenta distintos criterios «vinculados al objeto del contrato público de que se trate», de los que menciona a título de ejemplo «la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio postventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de ejecución». En definitiva, se trata con ello de asegurar la igualdad de los licitadores y garantizar una concurrencia eficaz en beneficio del interés público.

Ello no obstante, y dado que los criterios enunciados en la Directiva para determinar la oferta económica más ventajosa no están tasados, el Tribunal de Justicia ha declarado en varias sentencias que es posible completarlos también con algún tipo de criterios o cláusulas sociales, pero siempre que ese tipo de criterios se prevean en el pliego o anuncio de licitación, tengan relación con el objeto del contrato y respeten los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular el principio de no discriminación. Una primera alusión a estos criterios se deduce ya de la Sentencia de 20 de septiembre de 1988, *Beentjes* (Asunto C-31/87), pero la doctrina es más clara en la Sentencia de 26 de septiembre de 2000, *Comisión contra Francia* (Asunto C-225/1998), sobre ciertos contratos de obras en la Región Nord-Pas-de-Calais, que consideró conforme a Derecho la utilización como criterio de adjudicación de una condición de lucha contra el desempleo, en concreto, el compromiso de contratación por la empresa adjudicataria de parados de larga duración. Sin embargo, en ningún asunto se ha planteado un caso similar al que ahora examinamos.

En realidad, la Directiva 2008/24/CE solo se refiere a las «consideraciones de tipo social», sin mayor concreción, como posibles condiciones especiales de ejecución del contrato a imponer por los poderes de adjudicación. Pero tales condiciones de ejecución son obligaciones que se imponen en los pliegos a cualquier posible adjudicatario por igual y no constituyen un criterio a ponderar para determinar la oferta más ventajosa y seleccionar al contratista. Por otra parte, el artículo 26 de la Directiva, que se refiere a esas condiciones especiales de ejecución, no menciona de manera expresa que puedan imponerse a los adjudicatarios de un contrato público obligaciones de discriminación positiva por razón de género. Aun así, si se entiende que tales obligaciones son consideraciones de tipo social —como parece lógico— no sería ilícito imponerlas.

Por lo que se refiere a nuestra legislación, recordemos que el actual artículo 150 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2001, de 14 de noviembre), que regula los criterios de valoración de las ofertas, es mucho más explícito en cuanto a la posibilidad de incluir criterios de carácter social. Sin embargo, esta posibilidad no es ilimitada, sino que, tomando como base la jurisprudencia del Tribunal de Justicia citada, matiza los términos de esa posibilidad. En concreto, el precepto permite valorar, para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, criterios vinculados con «la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar».

Esta última fórmula legal, de compleja redacción, alude a cierto tipo de características sociales del contrato a adjudicar, pero claramente referidas a los efectos que la ejecución del contrato puede tener sobre los destinatarios de las prestaciones del contrato, como pueden ser los beneficiarios principales de una obra pública o servicio. No parece, en cambio, que permita valorar como criterio de adjudicación las condiciones sociales o laborales internas con las que opera la empresa contratista.

A estas últimas sí se refiere con toda nitidez el artículo 118 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, según el cual los órganos de contratación pueden establecer condiciones especiales de ejecución del contrato y, entre ellas, las relacionadas con «consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo u otras finalidades...» semejantes. No hay duda, pues, de que este tipo de cláusulas pueden introducirse en los pliegos o en el anuncio de licitación, pero como condición especial de ejecución del contrato, conforme a la juris-

La contratación pública no es solo una actividad económica más, sometida a las reglas de la libre e igual competencia.

prudencia *Beentjes*, no como criterio de valoración de las ofertas para la adjudicación. En realidad, lo que el actual artículo 118 de nuestro Texto Refundido hace no es sino precisar o desarrollar lo dispuesto en el artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE. Y, a tal efecto, añade la posible condición de discriminación positiva a favor del empleo femenino, en cuanto que persigue el objetivo de eliminar las desigualdades entre hombre y mujer en el mercado laboral. Ahora bien —insistimos—, una cosa es la condición de ejecución del contrato, que debe cumplir por igual cualquier empresa que resulte adjudicataria, y otra muy distinta que la discriminación por razón de género pueda utilizarse para valorar y diferenciar entre unas y otras ofertas de cara a la adjudicación del contrato.

Esto último ni siquiera se contempla por Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, texto legal ambicioso que contempla todo tipo de medidas con el objetivo, entre otros, de combatir la desigualdad real que existe entre personas de uno y otro género en cuanto al acceso a un puesto de trabajo, la permanencia en él y las condiciones laborales.

Esta Ley Orgánica incorpora, en efecto, un criterio de transversalidad del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres (art. 15), según el cual «las Administraciones Públicas lo integrarán de forma activa en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades». Recoge así esa regla de transversalidad que figura igualmente en la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa al principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (art. 29), Directiva esta que constituye una refundición de las anteriores Directivas 76/207/CEE y 2002/73/CE, sobre la misma materia.

Ahora bien, por lo que se refiere a la contratación pública, el artículo 33 de la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad —que, por cierto, se tramitó al mismo tiempo que la Ley de Contratos del Sector Público de 2007—, preveía solo con carácter general que las Administraciones Públicas pudieran establecer condiciones especiales de ejecución de los contratos con el fin de promover la igualdad entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo. Eso sí, en el artículo 34.2, referido exclusivamente a los contratos de la Administración General del Estado, da un paso más y permite establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del contrato «la preferencia de adjudicación» de los contratos a las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices tendentes a promover la citada igualdad entre hombres y mujeres, pero «siempre que estas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación», y respetando además la preferencia que establece la actual disposición adicional cuarta del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público a favor de las empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social.

Esta última regla de «preferencia» no constituye en sí misma un nuevo criterio de valoración de las ofertas. Es algo distinto, pues, si así está previsto en el pliego, juega *a posteriori* de esa valoración y tan solo en caso de igualdad absoluta o de empate en la puntuación otorgada a dos o más ofertas. Sin embargo, y de manera un tanto peculiar, se tiene

en cuenta para resolver el recurso a que aquí nos referimos y —lo que es más importante— para fijar una doctrina jurisprudencial sobre la cuestión.

2. LA SENTENCIA

De hecho, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2012 resuelve un recurso de casación interpuesto contra Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 16 de julio de 2009 por la Confederación Nacional de la Construcción. Como se deduce del texto de aquella, el proceso trae causa de un anuncio de concurso abierto publicado por la Consejería de Fomento de la Junta de Extremadura para adjudicar las obras de una estación depuradora de aguas residuales. Entre los criterios de adjudicación del concurso se incluía uno denominado «igualdad», que otorgaba puntuaciones en atención al «porcentaje de personal femenino fijo en la empresa». Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra este aspecto del pliego, la sentencia de instancia lo desestimó.

Esta sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura se funda en lo dispuesto por los artículos 33 y 34 de la ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres, tal como se deduce del texto de la sentencia de casación, rechazando la alegación de la recurrente según la cual el criterio de «igualdad» incluido en el pliego no era objetivo ni tenía relación con el objeto del contrato. A juicio del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, aquellos preceptos legales demuestran que el legislador ha querido introducir una serie de medidas de discriminación positiva que favorezcan la incorporación laboral y profesional de la mujer. A partir de aquí y, por lo que se refiere a la contratación pública, considera que

«... los preceptos referidos deben ser interpretados literal y teleológicamente, por ello en el ámbito contractual administrativo, carecería de sentido realizar una diferenciación entre fases de licitación, adjudicación o ejecución. Lo que se pretende es primar en un grado razonable a aquellos contratistas que hayan incorporado a su plantilla a mujeres. Eso no choca con el resto de los criterios, que en este supuesto enjuiciado la Administración ha tenido en consideración y a los que otorga mayor puntuación, como son la proposición económica, viabilidad técnica, seguridad, etc. **Estas medidas pueden favorecer laboralmente a la mujer, en caso de igualdad de méritos de los candidatos**, pero no si falta ese requisito, en cuyo caso el trato distinto sí es contrario a la igualdad (Sentencias Kalanke y Marschall). En consecuencia la legislación contractual-administrativa, no puede aislarse de esta ley orgánica, ley transversal, en el sentido de que irradia los principios de igualdad real y no discriminación, sobre todos los ámbitos de la vida política, jurídica y social, y contiene medidas dirigidas a la actuación de los poderes públicos en muy diversos ámbitos, introduciendo las correspondientes modificaciones en todas las leyes estatales afectadas por la regulación del principio de igualdad real.

En consecuencia, se sigue el criterio de adjudicación no a la mejor oferta económica sino a la más ventajosa para los intereses generales, determinando el Legislador que dentro de los mismos cabe primar a las empresas que en su plantilla existan mujeres desempeñando funciones laborales».

Esta argumentación, que pone el énfasis en el principio de igualdad, no deja de ser algo confusa, pues no queda claro en ella si los criterios de discriminación positiva a favor de la integración laboral de las mujeres sólo pueden ser utilizados para la adjudicación del contrato en caso de empate o igualdad entre las ofertas una vez aplicados los demás criterios, o bien pueden considerarse un criterio más de valoración para determinar la oferta «más ventajosa para los intereses generales», por utilizar la expresión que usa la sentencia, de manera que el contrato debe adjudicarse a la oferta que obtenga mayor puntuación sumando éste y los demás criterios ponderados en el pliego. Esta duda es la que despeja la Sentencia del Tribunal Supremo que ahora comentamos, que no en vano transcribe en negrita, como nosotros hemos hecho, el párrafo de la sentencia de instancia que le parece decisivo.

La demandante recurrió en casación alegando, en sustancia, que el criterio controvertido del «porcentaje de personal femenino en la empresa» no podía utilizarse como criterio de adjudicación, ya que no es un criterio objetivo, sino subjetivo, y no está ligado al objeto del contrato, como exige la Directiva 2004/18/CE, inclusive por lo que se refiere a los criterios de adjudicación de carácter social, según la doctrina fijada en la sentencia *Beentjes* del Tribunal de Justicia. A juicio de la recurrente, la sentencia confunde los criterios de adjudicación con los criterios de selección del contratista —esto es, las exigencias o requisitos particulares de solvencia— y con las condiciones especiales de ejecución del contrato. En realidad, según su tesis, aquel factor o elemento de igualdad podría jugar más como un requisito de selección o solvencia que como un criterio de adjudicación e incluso podría establecerse lícitamente como condición de ejecución, pero nunca como criterio a tener en cuenta para valorar las ofertas y puntuarlas. Y ello no solo conforme a la legislación de contratos públicos, sino también conforme a la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad de hombres y mujeres. Asimismo, la sentencia de instancia estaría equiparando erróneamente un criterio de preferencia y un criterio de adjudicación, pues aquellos solo juegan *a posteriori* y una vez se haya procedido a la valoración de las ofertas en virtud de criterios de adjudicación exclusivamente objetivos.

Por otra parte, señala la recurrente en casación que los criterios de discriminación positiva con la finalidad de corregir las desigualdades reales entre hombres y mujeres por lo que se refiere al acceso a un puesto de trabajo no pueden alterar los criterios objetivos de adjudicación y solo pueden tenerse en cuenta para diferenciar entre aquellas proposiciones que igualen en sus términos a las más ventajosas económicamente. Así se deduce de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia el 17 de octubre de 1995 en el caso *Kalanke* (asunto C-450/93) y el 11 de noviembre de 1997 en el caso *Marschall* (asunto C-409/95).

Conviene recordar aquí que estas últimas sentencias no se refieren a la contratación pública sino a la igualdad entre hombres y mujeres en el acceso al empleo público. En ellas el Tribunal de Justicia europeo declaró que es contraria al Derecho comunitario una normativa nacional que otorga preferencia automática para acceder al empleo público a las candidatas femeninas en aquellos sectores en que las mujeres están infrarrepresentadas. Conforme a la Directiva 76/207/CEE, es posible otorgar preferencia las candidatas femeninas en estos casos, pero siempre que presenten igual capacitación que los candidatos masculinos, en virtud de los mismos criterios objetivos de valoración de méritos, de manera que ha de ignorarse aquella preferencia cuando uno o varios criterios objetivos inclinen la balanza a favor del candidato masculino.

Para resolver la cuestión planteada en casación —fase en la que, por cierto, no compareció la Junta de Extremadura— el Tribunal Supremo hace hincapié sobre todo en la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, que pone en conexión con lo dispuesto en los artículos 9.2 y 14 de la Constitución y, particularmente, con la finalidad pretendida por la mencionada Ley Orgánica 3/2007, cuya exposición de motivos transcribe en parte la sentencia que comentamos. De esta Ley Orgánica dicha sentencia destaca la dimensión transversal de la igualdad entre hombres y mujeres, para deducir que en materia de contratación pública tal principio de igualdad no solo puede perseguirse mediante el instrumento jurídico de las condiciones especiales de ejecución del contrato previstas en el pliego. Tampoco esta limitación se deriva de una lectura conjunta de los artículos 33 y 34 de la Ley Orgánica 3/2007, habida cuenta de que el apartado 2 del último permite establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación a las empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices de promoción de la igualdad de género, «siempre que sus proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación». Por otra parte, la aplicación de preferencias en la adjudicación de contratos por razones sociales está ya incorporada a nuestra legislación de contratos públicos, dado que la actual disposición adicional cuarta del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público la reconoce a favor de las empresas que incluyan en su plantilla trabajadores con discapacidad en número superior al 2%, eso sí, siempre que las correspondientes proposiciones igualen en sus términos las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base a la adjudicación. Preferencia esta que respeta en todo caso, como prioritaria, el mismo artículo 34.2 de la Ley Orgánica 3/2007, tal como expusimos.

De otra parte, por lo que se refiere a si la sentencia recurrida ha confundido o no los criterios de preferencia con los de adjudicación o si ha infringido la regla de objetividad de estos criterios de adjudicación, el Tribunal Supremo se limita a constatar, en un breve fundamento, que aquella sentencia declara que las medidas de discriminación positiva de que se trata «pueden favorecer laboralmente a la mujer, **en caso de igualdad de méritos entre los candidatos**». De ahí deduce el Tribunal Supremo que —lo haya expresado la sentencia *a quo* con mayor o menor fortuna— al porcentaje de personal femenino fijo en la empresa no se le atribuye el valor de un criterio de adjudicación, sino que es un elemento para otorgar una preferencia en la adjudicación «solamente en el caso de que, con la aplicación de los criterios objetivos que deben regir en la adjudicación, se produzca una situación de igualdad o empate entre dos o más ofertas o proposiciones. Es decir, la puntuación correspondiente al personal femenino en la empresa se declara válida

Una cosa es la condición de ejecución del contrato, que debe cumplir por igual cualquier empresa adjudicataria, y otra que la discriminación por razón de género pueda utilizarse para valorar y diferenciar entre unas y otras ofertas de cara a la adjudicación del contrato.

—por la propia sentencia de instancia, según interpreta el Tribunal Supremo— si se utiliza con posterioridad a los criterios objetivos de adjudicación y como simple preferencia para decidir el empate que pudiera haberse producido.

En razón de estas consideraciones, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

3. LAS CONSECUENCIAS

La Sentencia del Tribunal Supremo que analizamos es importante porque fija un criterio doctrinal claro y perfectamente fundado, que parece coherente con la legislación europea y española dirigida a promover la igualdad de mujeres y hombres en el mercado laboral, sin por ello contrariar los principios y reglas de la legislación española y europea de contratación pública.

Para ser justos, conviene no obstante distinguir en este comentario el contenido doctrinal de la sentencia de la resolución del caso concreto a que se refiere el fallo. Pues, a juzgar por los antecedentes que en su propio texto se mencionan, parece que el pliego de cláusulas recurrido incluía el porcentaje de personal femenino en la empresa no como un mero criterio de preferencia para resolver eventuales empates de puntuación entre ofertas sobre la base de otros criterios objetivos, sino como un criterio puntuable más, que podría haber decantado de por sí la adjudicación a favor de una empresa o proposición peor puntuada en virtud de otros criterios. Tampoco queda demasiado claro que la sentencia de instancia otorgara al citado elemento simple valor de criterio de preferencia en caso de empate, pues su argumentación es algo confusa. En realidad el Tribunal Supremo reinterpreta no solo lo que dice la sentencia sino también el contenido del pliego recurrido, en una especie de sentencia «manipulativa» que concluye con un fallo desestimatorio. En otros términos, lo que para el caso concreto se viene a decir es que el pliego de cláusulas del contrato aprobado por la Junta de Extremadura permitía valorar el porcentaje de personal femenino en la empresa como un simple criterio de preferencia en caso de empate y no como un criterio de adjudicación y que, así entendido —como supuestamente lo habría entendido también la sentencia de instancia—, el pliego es conforme a Derecho. Puede que la conclusión sea algo forzada.

Pero lo que aquí interesa es lo que trasciende al fallo concreto, es decir, la doctrina que para este tipo de casos establece el Tribunal Supremo. Pues no será insólito que se planteen o que se hayan planteado ya ante los Tribunales cuestiones semejantes, y porque esa doctrina debe servir de guía a las Administraciones y entidades públicas que, al elaborar un pliego de cláusulas contractuales, deseen introducir medidas de promoción de la igualdad de género en el mercado de trabajo.

Tales medidas de promoción o discriminación positiva y, en particular, la exigencia o referencia a un número o porcentaje de personal femenino en las empresas licitadoras, no pueden ser consideradas y articuladas como un criterio más de valoración de las ofertas a efectos de determinar la proposición económicamente más ventajosa. Aun desestimando el recurso, el Tribunal Supremo ha venido a asumir de manera implícita las alegaciones al respecto de la parte recurrente. Pues lo cierto es que el criterio en cuestión no es objetivo

ni tiene de por sí —salvo que se demuestre lo contrario en algún otro caso concreto— relación directa con el objeto del contrato. De donde se deduce que no cumple los requisitos elaborados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y por nuestro mismo Tribunal Supremo para la admisión de criterios sociales de valoración de las ofertas. Basta recordar que el Tribunal Supremo viene considerando contrario a Derecho la inclusión de criterios subjetivos de adjudicación en los pliegos de cláusulas (véanse, por ejemplo, las SSTs de 21 de marzo de 2003, 9 de diciembre de 2004, 11 de junio de 2006, 24 de septiembre de 2008 y 16 de febrero de 2010), doctrina esta que respeta implícitamente la sentencia que comentamos.

En definitiva, la acción pública dirigida a combatir la discriminación real que sufren las mujeres en el acceso al empleo y en la estabilidad laboral puede instrumentarse a través de la contratación del sector público, ya sea imponiendo a los contratistas condiciones especiales de ejecución de los contratos que protejan o primen el empleo femenino o inclusive mediante un criterio de preferencia final para la adjudicación del contrato en caso de empate entre varias proposiciones. De esta manera puede estimularse la contratación de personas de sexo femenino, ya que las empresas podrán adoptar las medidas pertinentes antes de presentar sus ofertas, si quieren valerse de esa preferencia. Lo que no cabe es desvirtuar los principios de libre e igual concurrencia en la contratación pública en virtud de ese criterio social o de discriminación positiva, conforme a los cuales carecería de justificación objetiva y razonable que una oferta económicamente más ventajosa en función de criterios objetivos y relacionados con el objeto del contrato, cualesquiera que sean, fuera postergada a favor de otra empresa, por el mero hecho de que ésta cuente con un mayor porcentaje de personal femenino.

LA DOCTRINA DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

AUGUSTO GONZÁLEZ ALONSO

Letrado del Tribunal Supremo

RESUMEN

La doctrina de la discrecionalidad técnica a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo

El presente artículo doctrinal tiene por objeto analizar las matizaciones introducidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en pronunciamientos recientes en relación con la doctrina de la discrecionalidad técnica aplicable en los procedimientos de selección de personal al servicio de las Administraciones Públicas. El análisis de la jurisprudencia demuestra las distintas fases por las que el Alto Tribunal ha evolucionado a lo largo de los últimos años: desde una primera fase en la que la discrecionalidad técnica se alzó como un baluarte inexpugnable al control judicial se fueron dando pasos firmes hacia el criterio largamente sostenido en el tiempo de dejar abierta la puerta al control jurisdiccional de los elementos reglados, de los hechos determinantes y de los principios generales del Derecho, distinguiéndose entre lo que constituye el «núcleo material de la decisión» y sus «aledaños». Finalmente, la jurisprudencia ha dado un salto adelante al consolidar el criterio de que el control jurisdiccional puede alcanzar al núcleo duro de la decisión material del órgano de selección en relación con el error en que pudo incurrir al adoptar aquélla, error que puede ser revisado no sólo cuando sea ostensible, manifiesto y no necesitado de conocimientos científicos especializados, sino también cuando así sucede, precisando en este caso de una prueba propuesta y practicada en juicio con todas las garantías legales.

Palabras clave: Discrecionalidad técnica, doctrina, jurisprudencia del TS, garantías legales.

ABSTRACT

The doctrine of technical discretion in light of the jurisprudence of the High Court

The aim of the current doctrinal article is to analyze the clarifications included by the jurisprudence of the High Court in their recent pronouncements relating to the technical discretion doctrine in procedures of staff recruiting for Public Administrations positions.

The analysis of the jurisprudence shows the different evolution phases of the High Tribunal throughout the last years: from a first phase in which the technical discretion rose as an unassailable rampart for the judicial control, they were taking firm steps toward the largely extended in time approach of leaving the door opened to the jurisdictional control of the regulated elements, of the decisive facts and of the general principles of Law, distinguishing between what constitutes «the material core of the decision» and its «adjacent». Finally, the jurisprudence has made a jump forwards as it has consolidated the approach that the jurisdictional control can reach the hard core of the material decision of the recruiting body in connection with the error incurred when adopting that one, such an error that cannot only be reviewed when it is ostensible, evident and not needful of scientific specialized knowledge, but also when so it happens, specifying in this case of a proposed test and practiced in trial with all the legal warranties.

Key words: Technical Discretion, doctrine, jurisprudence of the High Court, legal warranty.

SUMARIO

1. LA JUSTIFICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA.
 2. LOS LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA: LAS MATIZACIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO.
 3. LOS LÍMITES DEL CONTROL JURISDICCIONAL EN ESTA MATERIA.
 4. LA TÍMIDA RECONSIDERACIÓN DE LOS CRITERIOS ANTERIORES EN LA STS DE 16 DE FEBRERO DE 2011 (RC 1473/2008).
 5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.
-

1. LA JUSTIFICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA

Como es bien sabido, no todos los actos que son dictados por la Administración Pública son actos reglados, en los que la predeterminación del supuesto de hecho da lugar a una consecuencia jurídica establecida en el ordenamiento jurídico, sino que un buen número de aquellos son la consecuencia del ejercicio de una potestad discrecional otorgada por la norma con la finalidad de que la Administración dicte el acto que considere que mejor satisface los objetivos perseguidos dentro de un abanico posible de soluciones igualmente lícitas.

Ahora bien, esa potestad discrecional cuenta con unos límites claramente establecidos: los objetivos a perseguir han de estar presididos siempre por el servicio objetivo del interés general, y la Administración ha de actuar en todo momento —ora despliegue una potestad reglada, ora una discrecional— guiada por los principios constitucionales de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. En este sentido, el Tribunal Supremo ha declarado repetidamente que, ni aun en el caso de actos discrecionales, las facultades de la Administración son omnímodas, pues han de estar presididas por la idea del buen servicio al interés general; y ello sin perjuicio de la potestad que tiene la Administración, cuando ejerce una potestad discrecional, de elegir entre varias alternativas legalmente indiferentes, ya que la decisión discrecional se basa en criterios extrajurídicos (de oportunidad o conveniencia) que la ley predetermina.

El grado de vulnerabilidad de la decisión discrecional de la Administración queda demostrada por cuanto siempre pervive la facultad de los Tribunales de Justicia de examinar después si la decisión adoptada por la Administración se ha producido con arreglo a los fines para los que la Ley le concedió la libertad de elegir, dado que discrecionalidad no significa arbitrariedad, estando la arbitrariedad de los poderes públicos prohibida o vedada por el artículo 9.3 de la Constitución. La actividad discrecional de la Administración no ha de ser caprichosa, ni arbitraria, ni ser utilizada para producir una desviación de poder sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de informes previos que la norma jurídica de aplicación determine, e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquélla persigue. Si no se cumplen esos cán-

nes, los Tribunales de Justicia pueden entrar a controlar la legalidad de la actuación administrativa así como el sometimiento de esa actuación a los fines que la justifican, que no son otros que los del interés general (*ex* artículo 106.1 CE). No pueden quedar en nuestro ordenamiento espacios administrativos inmunes al control de los órganos judiciales, tanto por la fuerza expansiva del citado precepto de la Constitución como por la gravedad de que quede afectado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva bajo el acantanamiento que la Administración pueda pretender bajo el ejercicio de potestades discrecionales.

Pero, ¿hasta dónde llegan las facultades de control jurisdiccional de los actos discrecionales...? Pues el Tribunal Supremo ha determinado diversos elementos de control de dichos actos: por un lado, el control de los hechos determinantes o de los presupuestos de hecho que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad: los hechos son tal como la realidad los exterioriza, no como la Administración pretende o desearía. No le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos aunque tenga facultades discrecionales para su valoración. Y, en segundo lugar, mediante el enjuiciamiento de la actividad discrecional a la luz de los principios generales del Derecho previstos en el artículo 1.4 del Código Civil que son la atmósfera en que se desarrolla toda la vida jurídica, y ello porque la Administración no sólo está sometida a la ley, sino también al Derecho. El límite que la Justicia tiene para controlar la potestad discrecional de la Administración es que no puede sustituir a ésta ni determinar la solución que considere justa, sino que ha de dejar a salvo la discrecionalidad de su acción y la variedad de acciones posibles.

Pues bien, la discrecionalidad técnica resulta ser un trasunto de la discrecionalidad administrativa, pero aplicada a determinados ámbitos materiales concretos en los que se aplican criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados requeridos por la naturaleza de la actividad desplegada por los órganos administrativos. El ámbito material en el que más se despliega esta potestad discrecional es el del personal al servicio de las Administraciones Públicas, y más en concreto, en los procesos de selección de dicho personal.

El presupuesto para que se reconozca el pleno despliegue de la discrecionalidad técnica es, precisamente, la composición técnica de los órganos de selección del personal, su especialización en la materia concreta sobre la que van a ser examinados los aspirantes, y que se trata de unos órganos *ad hoc* especializados y creados más allá de las estructuras administrativas ordinarias. La llamada discrecionalidad técnica de los Tribunales y órganos de selección, que viene a significar que el juicio técnico emitido no puede ser sustituido por otros órganos, administrativos o judiciales —salvo que haya existido desviación de poder, error o arbitrariedad—, hace descansar esta presunción de certeza y de razonabilidad en la especialización e imparcialidad de los órganos

Ni aun en el caso
de actos
discrecionales,
las facultades de
la Administración
son omnímodas.

seleccionadores (*vid.* STC 34/1995, de 6 de febrero). Según el Tribunal Constitucional, la introducción de cargos políticos (o de representantes sindicales) en los órganos de selección incorpora puntos de vista distintos, incompatibles objetivamente con el principio de imparcialidad (*vid.* STC 353/1993, de 29 de noviembre, recurso de amparo 284/1991).

Ahora bien, ¿qué sucede cuando la composición de esos órganos selectivos no es técnica, como ha venido sucediendo en el ámbito de la Administración Local durante mucho tiempo? Efectivamente, el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de administración local, aplicable a los procedimientos de selección de los funcionarios al servicio de las entidades locales que no tengan habilitación de carácter estatal, dispone en su artículo 4 que los Tribunales tendrán una composición predominantemente técnica, actuando como presidente el de la corporación o miembro de la misma en quien delegue. Se trata de una norma que sigue vigente y que sin duda podría cuestionar la aplicación de la doctrina de la discrecionalidad técnica cuando se incumple una de sus premisas, que es precisamente la composición técnica del órgano de selección. En todo caso, en este ámbito hay que entender que dicho precepto está superado por las prescripciones de los artículos 55 y 60 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP), que exigen una absoluta imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, así como independencia y discrecionalidad técnica en su actuación, además de vedar la participación en dichos órganos de personal de elección o de designación política, de funcionarios interinos y de personal eventual.

La discrecionalidad técnica en materia de empleo público quedó blindada como principio de actuación de los órganos de selección desde el momento en que la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública dispuso en su artículo 19.2 (todavía vigente tras el EBEP) que el Gobierno habría de regular la composición y funcionamiento de los órganos de selección, garantizando la especialización de los integrantes de los órganos selectivos y la agilidad del proceso selectivo sin perjuicio de su objetividad. Ya desde entonces la especialización y consiguiente composición técnica se ha venido exigiendo para la composición de los órganos de selección. El Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de puestos de trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado exige igualmente que los órganos de selección (tribunales y comisiones permanentes de selección de personal) estén formados por funcionarios de carrera (en el Estado no caben, por tanto, ni políticos ni personal eventual ni de confianza o asesoramiento especial) y que se vele por la especialización de sus miembros.

2. LOS LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA: LAS MATIZACIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO

Los límites marcados jurisprudencialmente al despliegue de la discrecionalidad técnica por los órganos de selección de personal al servicio de la Administración parten de la misma

base constitucional que permite el control de la legalidad de la actuación administrativa: el artículo 106 de la Constitución. A partir de él, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo tienen asentada la doctrina que establece que la discrecionalidad técnica de los órganos de selección no puede constituir un saber especializado impenetrable para los Tribunales.

Según el Tribunal Constitucional, la existencia de un ámbito de discrecionalidad administrativa técnica en determinados supuestos, entre los que se encuentra la calificación de exámenes y pruebas en las oposiciones y concursos, no supone la desaparición del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE. El acto administrativo de calificación podrá ser objeto, sin duda, de la acción fiscalizadora de los Tribunales de Justicia, pero lo que sucede en tales casos es que la revisión jurisdiccional —en cuanto la valoración del tribunal calificador en lo que de apreciación técnica tenga en sí misma escapa al control jurídico— experimenta determinadas modulaciones o limitaciones que encuentran su fundamento en una presunción de razonabilidad o de certeza de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones (*vid.*, por todas, STS, Sala 3.^a, Sección 7.^a, 14/09/2010, RC 303/2007) a favor del control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica de la Administración.

Recuérdese que la naturaleza técnica de los actos administrativos no es exclusiva de los tribunales calificadores de procesos selectivos, sino también de otros órganos administrativos, impropiaamente llamados tribunales, como los médicos, los económico-administrativos, o los que deciden sobre el justiprecio en procedimientos expropiatorios (Jurados Provinciales o Territoriales de Expropiación Forzosa), resoluciones todas ellas investidas de la misma presunción de acierto y legalidad dada su composición técnica y especializada, presunción que puede ser destruida mediante la oportuna prueba pericial practicada en juicio con las debidas garantías procesales.

Efectivamente, el Tribunal Constitucional (*vid.* STC 353/1993, de 29 de noviembre de 1993, recurso de amparo 284/1991), haciendo suya una consolidada doctrina jurisprudencial aplicada por los Tribunales ordinarios, ha venido manifestando que, aunque los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa son ciertamente competentes para enjuiciar la legalidad de la actuación de los órganos juzgadores de las oposiciones o concursos, en modo alguno pueden sustituir a éstos en lo que sus valoraciones tienen de apreciación técnica, pues de admitirse esta hipótesis tendrían que constituirse en cada caso en fiscalizadores de cada tribunal o comisión calificadora con parámetros no jurídicos, sino pertenecientes en cada ocasión a una técnica diversa, esto es, la concerniente a la materia cuyos conocimientos se exigiera a los opositores o concursantes, y tal supuesto es absurdo no solo porque implicaría la omnisciencia de los órganos judiciales, sino porque éstos están llamados a resolver problemas jurídicos en términos jurídicos y nada más. Lo que no supone desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 de la CE ni el principio del sometimiento pleno de la Administración Pública a la Ley y al Derecho (artículo 103.2 CE), ni la exigencia del control judicial sobre la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (artículo 106.1 CE), así como tampoco ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible.

En ese sentido, hay que subrayar que la especialización y la imparcialidad de los órganos de selección de personal al servicio de las Administraciones Públicas hace nacer una presunción de certeza y de razonabilidad de la actuación administrativa, cuya base constitucional se encuentra en el artículo 103 CE, y cuya base legal se recoge en el artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Se trata, en todo caso, de una presunción *iuris tantum*, que cabe desvirtuarla, según el Tribunal Constitucional (*vid.* STC 353/1993, de 29 de noviembre, recurso de amparo 284/1991) si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, entre otros motivos, por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega.

3. LOS LÍMITES DEL CONTROL JURISDICCIONAL EN ESTA MATERIA

Y aquí se llega a la necesidad de marcar claramente los límites hasta donde puede alcanzar la fiscalización jurisdiccional de la actuación administrativa en estos supuestos. Según el Tribunal Supremo, pueden ser objeto de control los actos dictados en el ejercicio de la discrecionalidad técnica en los casos en que se aprecie desviación de poder, una arbitrariedad notoria cuya interdicción está prevista en el artículo 9.3 CE, o por vulnerar las bases de las convocatorias o normas específicamente aplicables, en estos dos últimos casos por estar ante elementos reglados en que el principio de discrecionalidad técnica no entra en juego. Por ejemplo, el Tribunal Supremo se pronunció en la STS, Sala 3.^a, Sección 7.^a, 27-06-2008, RC 1405/2004, en relación con un proceso selectivo en el que la forma de puntuación y valoración que se otorgaba a cada uno de los ejercicios prácticos no constaba en las bases de la convocatoria; así, el Alto Tribunal concluye que el órgano de selección introduce un contenido no previsto en las citadas bases y contrario a éstas, pues aun cuando puedan existir en ellas previsiones que establezcan un mínimo para cada uno de los supuestos que formen parte de un ejercicio, ello debe disponerse expresamente en aquellas, pues de otra forma se rompe con lo previsto en las bases, que hay que presumir que al no establecer estas previsiones se remite a un examen conjunto del ejercicio. En consecuencia, concluye el Tribunal Supremo que el órgano calificador no estaba autorizado para introducir este límite y que, en cualquier caso, el principio de publicidad exige que los criterios de actuación del órgano de selección sean precedentes a la realización de la prueba, y que sean notificados a los aspirantes, ya que sólo así se garantiza además el principio de seguridad jurídica, pues los participantes adecuarán entonces su ejercicio a los criterios manifestados por el tribunal calificador.

En definitiva, es jurisprudencia consolidada (*vid.* STS, Sala 3.^a, Sección 7.^a, 13-07-2011, RC 4964/2007, y STS, Sala 3.^a, Sección 7.^a, 28/11/2011, RC 2487/2010) la que establece que se pueden controlar los elementos reglados, los hechos determinantes y los principios generales del Derecho. Y también es admitida por la doctrina constitucional y por la jurisprudencia el control de la discrecionalidad técnica cuando se ha incurrido en su ejercicio en un error ostensible, patente y manifiesto, de modo que sea detectable con simples comprobaciones sensoriales o con criterios de lógica elemental común.

En todo caso, y con el fin de que el ciudadano y los Tribunales de Justicia conozcan los criterios en los que se basa la decisión adoptada por la Administración, se exige una estricta motivación del juicio técnico llevado a cabo por el tribunal calificador o el órgano de selección cuando sea solicitado por el aspirante o cuando sea objeto de impugnación en vía contencioso-administrativa, exteriorizando así los aspectos fácticos y jurídicos tenidos en cuenta para alcanzar la decisión administrativa.

Conviene traer a colación en este punto que la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha completado aquellos límites tradicionales de control jurisdiccional de la actuación discrecional técnica en los procesos selectivos mediante la distinción entre el «núcleo material de la decisión» y sus «aledaños». El primero estaría representado por el estricto dictamen o juicio de valor técnico (criterio de fondo del tribunal calificador: valoración de los méritos y conocimientos de los candidatos, decidir si la respuesta es correcta o no); los segundos (los aledaños) comprenderían, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades. Esas actividades preparatorias o instrumentales serían las encaminadas a delimitar la materia que vaya a ser objeto de ese juicio técnico, a fijar los criterios de calificación que vayan a ser utilizados y a aplicar individualizadamente dichos criterios a cada uno de los elementos materiales que constituyan el objeto de la valoración; esto es, serían los pasos que resultan necesarios para llegar a la estimación cualitativa finalmente contenida en el estricto juicio técnico. Pues bien, no cabe controlar jurisdiccionalmente el núcleo duro material de la decisión del órgano de selección, que es el criterio de fondo del tribunal calificador: valorar los méritos y conocimientos de los candidatos o decidir si una respuesta es correcta o no; sin embargo, cabe el control de los aledaños, con claros ejemplos como los que se han señalado.

Un primer ejemplo revelador lo constituye la STS, Sala 3.^a, Sección 7.^a, 04-05-2005, RCA DERECHOS FUNDAMENTALES 267/2003, en el que el Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto. El Alto Tribunal argumenta que, si bien el órgano de selección no puede valorar los méritos de cualquier manera ni en función de sus preferencias personales, debiendo ajustarse a lo que previesen las bases de la convocatoria («aledaños de la decisión»), si así lo hace y se motiva adecuadamente la decisión adoptada (según las bases, a partir de los informes emitidos por los directores de los centros directivos en los que se hallen los puestos de procedencia de los concursantes) de modo que se expliquen las razones que han dado lugar a alcanzar una determinada conclusión en la valoración de méritos, aunque dicha valoración no pueda estar exenta totalmente de cierto componente subjetivo, no puede ser revisada por un Tribunal de Justicia ni menos aún puede considerarse infringido el artículo 23.2 de la Constitución Española.

Recuérdese que la naturaleza técnica de los actos administrativos no es exclusiva de los tribunales calificadores de procesos selectivos, sino también de otros órganos administrativos, impropiaamente llamados tribunales.

Un segundo ejemplo de posible control jurisdiccional de los aledaños de la decisión de un tribunal calificador lo constituye la doctrina jurisprudencial acuñada en relación con el principio de especialidad y de composición eminentemente técnica del órgano de selección, elementos que apuntalan el principio constitucional de mérito y capacidad en el acceso a la función pública consagrado en el artículo 103.3 de la Constitución Española. El Tribunal Supremo, en STS, Sala 3.ª, Sección 7.ª, 05/03/2007, RC 508/2002, entre otras, dispone que la mitad más uno de los vocales de los tribunales calificadores han de ser técnicos del orden que corresponde a las plazas convocadas, de modo que las exigencias de cualificación técnica y de especialización en los integrantes de los órganos calificadores de los procesos selectivos se presenta como un mecanismo tendente a asegurar la efectividad de aquel principio constitucional de mérito y capacidad. Además, se consagra el criterio en virtud del cual la especialización de los tribunales calificadores resultaría huera y carente de virtualidad si la exigencia de una composición predominantemente técnica se considerase operativa únicamente en el momento inicial de designación y nombramiento de los vocales y no, en cambio, para la constitución del tribunal en cada una de las sesiones de los distintos ejercicios de la convocatoria. Por ello, el *quorum* exigible para la válida constitución del órgano calificador y para las rotaciones o suplencias entre los miembros designados en cada una de las sesiones ha de ser suficiente y, además, ha de respetar la exigencia de especialización técnica derivada de una presencia mayoritaria de los vocales técnicos.

Y un tercer ejemplo revelador lo constituye la STS, Sala 3.ª, Sección 7.ª, 18-05-2007, RC 4793/2000, para el caso de pruebas selectivas consistentes en exámenes tipo test con varias respuestas alternativas, en las que sólo una es la correcta. En estos supuestos, el Tribunal Supremo ha consolidado la doctrina en virtud de la cual ha de exigirse una cota máxima de precisión para la formulación tanto de las preguntas como de las respuestas alternativas a que se enfrentan los aspirantes.

Por otra parte, cuando un Tribunal de Justicia se pronuncia sobre el principio de discrecionalidad técnica en los procedimientos selectivos, suele marcar una pauta de importancia en relación con las consecuencias jurídicas de su pronunciamiento cuando éste es anulatorio de parte del acto administrativo: por un lado, acude al principio de conservación de los actos administrativos previsto en el artículo 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en base al cual si se produce la anulación de una parte de un ejercicio de las pruebas selectivas o de la totalidad de un ejercicio de un conjunto de pruebas, si las restantes partes o ejercicios de aquéllas son suficientes para ahuyentar el fantasma de la aleatoriedad en la valoración de los aspirantes, pudiendo hacerse un juicio suficiente de la preparación y formación de los aspirantes, así como garantizando los principios de igualdad, mérito y capacidad, no se procede a anular e invalidar el proceso selectivo en su conjunto, conservando los actos válidos correspondientes; por otro lado, hay que tener muy presente que cuando la actuación de la Administración se somete a control judicial, la controversia puede centrarse en aspectos jurídicos o fácticos, y si se da el segundo caso, la apelación ante el Tribunal superior puede reproducir la valoración de los hechos realizada en la instancia, dando lugar a una nueva conclusión jurídica distinta. Sin embargo, y sirva sólo como apunte, esta reproducción de los hechos y su valoración no puede ser realizada en casación, teniendo en cuenta el carácter de recurso extraordinario de que goza este, ya

que el Tribunal Supremo ha de respetar la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia, salvo que aquélla se haya realizado de forma ilógica o arbitraria, única puerta abierta a su reconsideración en sede casacional.

4. LA TÍMIDA RECONSIDERACIÓN DE LOS CRITERIOS ANTERIORES EN LA STS DE 16 DE FEBRERO DE 2011 (RC 1473/2008)

El Tribunal Supremo dictó sentencia en fecha 16 de febrero de 2011, resolviendo el recurso de casación núm. 1473/2008, en el cual se aborda la doctrina de la discrecionalidad técnica cuestionando el principio consolidado y expuesto en el apartado anterior en virtud del cual los órganos judiciales no pueden sustituir a los tribunales calificadores y órganos de selección en el núcleo duro material de la decisión que constituye el estricto dictamen o juicio de valor técnico.

En primer lugar, y siguiendo las tesis ya asentadas, el Alto Tribunal entiende que la citada doctrina de la discrecionalidad técnica no puede alzarse en un impedimento de control efectivo de la actividad de los tribunales calificadores, porque supondría establecer una exención a la cláusula universal de residenciabilidad judicial de todos los actos administrativos, prevista en el artículo 106.1 de la Constitución Española y una violación de los preceptos constitucionales previstos en los artículos 23.2, 24 y 103 de la norma fundamental. Ese baluarte doctrinal supondría —a juicio del TS— una denegación de Justicia, ya que ésta no puede limitarse a ser una revisión meramente formal, sino que ha de penetrar en el fondo del asunto para resolver los intereses legítimos de los ciudadanos.

Hasta ahí, la jurisprudencia del Tribunal Supremo reproduce los criterios asentados en pronunciamientos anteriores, respaldados por el Tribunal Constitucional. Ahora bien, para que pueda abordarse esa revisión jurisdiccional es preciso que se realicen las pruebas pertinentes que lleven a la conclusión del error en que ha incurrido el acto administrativo recurrido, con una excepción: las materias jurídicas, en las que rige el principio *iura novit curia*. Y aquí es donde surge la novedad respecto al criterio sostenido hasta ese momento: en los casos en que la materia objeto de las pruebas de selección sea jurídica, el Tribunal Supremo abre la puerta a que los conocimientos y la solvencia interpretativa de los órganos judiciales, que se da razonablemente por sentada (más aún en el orden contencioso-administrativo), permita enjuiciar las resoluciones que ponen fin a los procesos selectivos en los que se ha desplegado con toda su virtualidad el principio de discrecionalidad técnica.

No es, sin embargo, la primera resolución jurisdiccional que apunta ese criterio. La STS, Sala 3.ª, Sección 7.ª, 02-03-2007, RC 855/2002, aun reafirmando la doctrina clásica que establece que el Tribunal Judicial no puede sustituir el criterio del tribunal calificador por el suyo propio, al ser aquél un juicio técnico, ello no impide que se puedan fiscalizar los actos administrativos dictados siempre que dicho juicio técnico no sea sustituido por el criterio del órgano judicial en tanto aplique ciencia propia, con la excepción precisamente del ordenamiento jurídico, que *ex lege* debe conocerlo el Juez. En consecuencia, el principio *iura novit curia* ya fue acogido por la jurisprudencia en resoluciones anteriores a la de 16 de febrero de 2011. Pero se da un paso más en dicha resolución, al disponer que lo anterior no puede impedir que el interesado utilice los medios de prueba pertinentes que

tenga a su disposición: puesto que las resoluciones de los tribunales y órganos de selección gozan de una presunción de acierto y legalidad dada su composición técnica especializada, esta puede ser sólo desvirtuada mediante pruebas que acrediten, a juicio de los órganos judiciales, la ilegalidad de la solución. Es decir, no solo no se descarta, sino que se admite expresamente que la presunción de legalidad pueda ser desvirtuada por prueba en contrario, y especialmente por la pericial, que será valorada por el Tribunal con arreglo a las reglas de la sana crítica (*ex* artículo 348 LEC), prueba a presentar en aquellos supuestos en que el error ostensible, manifiesto y patente que permitía la revisión de la decisión del tribunal u órgano de selección no pueda ser suplido por los órganos jurisdiccionales por su propia ciencia, sin el auxilio de la prueba necesaria, especialmente la pericial, que pudiera demostrar que la resolución administrativa es contraria a Derecho (*vid.* STS, Sala 3.^a, 14-06-2006). Otros pronunciamientos jurisprudenciales han permitido desvirtuar la presunción de acierto y legalidad de los juicios valorativos encuadrables en la llamada discrecionalidad técnica de los órganos de selección mediante la realización de una prueba testifical (*vid.* STS, Sala 3.^a, Sección 7.^a, 13-07-2011, RC 4964/2007). Por tanto, el error que pueda imputarse a un órgano de selección en el ejercicio de su discrecionalidad técnica puede ser revisado y estimado en vía judicial si dicho error resulta constatable con simples comprobaciones sensoriales o con criterios de lógica elemental o común, es decir, que no requiere de saberes especializados, o si el error aparece acreditado por una prueba pericial, pero no si el presunto error se construye y apoya en las solas argumentaciones del recurrente (*vid.* STS, Sala 3.^a, Sección 7.^a, 28-11-2011, RC 2487/2010).

El salto cualitativo que representan estas dos sentencias ha dado lugar a temores comprensibles entre los órganos de selección de personal de las Administraciones Públicas, al considerar que se deja una puerta abierta a un cuestionamiento en cascada de los procesos selectivos cuando el núcleo duro material de la decisión técnica también puede ser revisado en sede jurisdiccional en los supuestos en los que el error ya no es sólo patente, manifiesto y ostensible (en cuyo caso cabe, sin ambages, la enmienda judicial), sino cuando ese error requiere de un análisis intelectual crítico (que ya no lo hace tan ostensible ni manifiesto), el cual puede abrirse mediante la propuesta y admisión de una prueba pericial específica en el ámbito material de conocimiento que ha examinado el tribunal calificador, aunque aquel no verse sobre materias jurídicas (en las cuales ya queda abierta la revisión judicial a través de los conocimientos propios en Derecho de los Tribunales de Justicia).

5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

A la luz de lo hasta aquí expuesto, resulta evidente que la doctrina de la discrecionalidad técnica de los tribunales y órganos de selección de personal al servicio de las Administraciones Públicas ha experimentado un acotamiento progresivo desde su inicial fuerza expansiva, de modo que la composición técnica, su constitución como órgano *ad hoc* alejado de las estructuras burocráticas tradicionales y su especialización científica o de conocimientos no bastan ya para que la presunción de acierto y validez de sus decisiones sucumban ante la fuerza impetrada por el artículo 106 de la Constitución, que no deja espacios de actuación administrativa sin control judicial. Tan sólo el núcleo duro material de la decisión técnica de aquellos órganos de selección queda fuera de la posible

revisión jurisdiccional, pero poco a poco se ha ido abriendo la puerta a su fiscalización por los Tribunales de Justicia en los ámbitos materiales del Derecho en los que se presumen los conocimientos y sabiduría de nuestros Tribunales, e incluso en los demás ámbitos materiales de la ciencia en que ya es posible desvirtuar la presunción *iuris tantum* de los órganos de selección mediante la debida prueba practicada con todas las garantías procesales.

Sin embargo, si la sensibilidad de nuestro Poder Judicial es elevada en relación con la doctrina de la discrecionalidad técnica aplicada por los órganos de selección de personal, dados los excesos cometidos en algunos ámbitos, cabría reflexionar sobre algunas medidas que coadyuvarían a reducir la susceptibilidad tanto ciudadana como de los poderes públicos. A título meramente ejemplificativo, cabría reforzar los mecanismos de nombramiento de los miembros de los tribunales y órganos de selección por las autoridades encargadas de dicha designación. Los miembros de los tribunales no debieran ser designados de forma discrecional, como sucede en la actualidad, en una suerte de propuesta elaborada por el departamento de recursos humanos correspondiente, que incluye los nombres de personas que no han sido incorporados a esa propuesta con criterios objetivos y transparentes.

Es posible, igualmente, reforzar la redacción de la normativa básica en relación con el acceso al empleo público (ya sea personal funcionario o laboral) con el fin de excluir por ley de la composición de los órganos de selección a personal eventual, de confianza, de asesoramiento especial, representantes de partidos políticos, sindicatos y otras organizaciones o asociaciones de corte público o privado. Y debiera elaborarse un listado de personal funcionario o laboral dispuesto a participar en los procesos selectivos, atendiendo a sus conocimientos, formación y experiencia profesional acreditada en el ámbito material de selección del personal a que está llamado a participar, así como su integridad, independencia y cumplimiento del código de conducta de los empleados públicos previsto en el artículo 52 del EBEP.

Para que pueda abordarse esa revisión jurisdiccional es preciso que se realicen las pruebas pertinentes que lleven a la conclusión del error en que ha incurrido el acto administrativo recurrido.

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. PRINCIPIOS GENERALES.
3. FUENTES.
4. RECURSOS.
 - A) **Recurso por omisión (inactividad) y recurso de anulación.**
 - B) y C) **Recurso por responsabilidad extracontractual y responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario.**
 - D) **Cuestiones prejudiciales.**
 - E) **Medidas cautelares.**
5. MERCADO INTERIOR.
 - A) **Libre circulación de mercancías.**
 - B) **Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios.**
 - C) **Libre circulación de trabajadores.**
 - D) **Libre circulación de capitales.**

1. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia del TJUE seleccionada en la presente crónica no contiene doctrina muy novedosa sobre principios generales del Derecho comunitario, fuentes, recursos y mercado interior. No obstante lo anterior, sin apartarse de la que viene siendo su «reiterada jurisprudencia» en estas materias, el Tribunal de Justicia nos ha brindado nuevos e interesantes argumentos para la reflexión durante el período analizado.

2. PRINCIPIOS GENERALES

La sentencia del Tribunal General (Sala Sexta) de 27 de septiembre de 2012, en el asunto T 139/09, República Francesa contra Comisión Europea, aplica la reiterada jurisprudencia del Tribunal sobre el principio de motivación.

El asunto tuvo por objeto un recurso de anulación de la Decisión C(2009) 203 final de la Comisión, de 28 de enero de 2009, relativa a los «planes de campaña» en el sector hortofrutícola ejecutados por la República Francesa.

Constituye doctrina del Tribunal la que entiende que el alcance de la obligación de motivación depende de la naturaleza del acto de que se trate y del contexto en que fue adoptado. La motivación debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución de la que emane el acto, de manera que, por un lado, el juez de la Unión pueda ejercer su control de legalidad y, por otro, los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada para poder defender sus derechos y comprobar si la decisión es fundada o no.

No es necesario para el Tribunal que la motivación especifique todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes, «en la medida en que la cuestión de si la motivación de un acto cumple las exigencias del artículo 253 CE debe apreciarse en relación no sólo con su tenor literal, sino también con su contexto», así como con el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate (sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 1998, Comisión/Sytraval y Brink's France, C 367/95 P, Rec. p. I 1719, apartado 63, y sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2011, Sniace/Comisión, T 238/09, no publicada en la Recopilación, apartado 37).

Considera así el Tribunal que la Comisión no está obligada a pronunciarse sobre todas las alegaciones que los interesados aduzcan. Le basta con exponer los hechos y las consideraciones jurídicas que revisten una importancia esencial en el sistema de la Decisión (sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de julio de 2008, Chronopost y La Poste/UFEX y otros, C 341/06 P y C 342/06 P, Rec. p. I 4777, apartado 96, y sentencia del Tribunal General de 3 de marzo de 2010, Freistaat Sachsen y otros/Comisión, T 102/07 y T 120/07, Rec. p. II 585, apartado 180).

De la jurisprudencia europea se desprende que, si bien una decisión de la Comisión que sea acorde con una práctica decisoria constante puede motivarse de forma sucinta, concretamente mediante una referencia a dicha práctica, cuando va sensiblemente más allá que las decisiones precedentes, la Comisión debe desarrollar su razonamiento de manera explícita (sentencias del Tribunal de Justicia de 26 de noviembre de 1975, Papiers Peints y otros/Comisión, 73/74, Rec. p. 1491, apartado 31; de 11 de diciembre de 2008, Comisión/Département du Loiret, C 295/07 P, Rec. p. I 9363, apartado 44, y de 29 de septiembre de 2011, Elf Aquitaine/Comisión, C 521/09 P, Rec. p. I 0000, apartado 155).

A la luz de estos principios, el Tribunal se pronuncia sobre el motivo del recurso relativo a la insuficiente motivación de la Decisión impugnada y entiende que la mera circunstancia de que la jurisprudencia a la que se refirió la Comisión en la Decisión impugnada tuviera por objeto únicamente cotizaciones obligatorias no basta para acreditar que la motivación de esta última era insuficiente.

Para el Tribunal, la Decisión impugnada muestra de manera suficientemente clara, explícita e inequívoca el razonamiento seguido por la Comisión para determinar si unas medidas financiadas a la vez mediante contribuciones del Estado y mediante contribuciones voluntarias de profesionales de un sector podían, según ella, constituir ayudas de Estado en el sentido de lo dispuesto en el artículo 87 CE, apartado 1, de forma que el juez

de la Unión pueda ejercer su control de legalidad y los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada para poder defender sus derechos y comprobar si la decisión es fundada o no.

3. FUENTES

En el período al que se circunscribe esta crónica no ha habido novedades a resaltar en materia de fuentes del Derecho de la Unión. Con todo, merecen especial mención los siguientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia.

En primer lugar, la **STJUE de 6 de septiembre de 2012, As. C-308/11, *Chemische Fabrik Kreussler***, señala que, para definir el concepto de «acción farmacológica» [incluido en el artículo 1, punto 2, letra b), de la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano, en su versión modificada por la Directiva 2004/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004], se puede tomar en consideración la definición que figura en el Documento de orientación para la delimitación entre la Directiva sobre los productos cosméticos y la Directiva sobre los medicamentos. Ello a pesar de que dicho Documento, amén de no figurar entre los actos jurídicos de la Unión mencionados en el artículo 288 TFUE, no es jurídicamente vinculante ni puede oponerse a los justiciables (fundamentos 22 y 23). Ahora bien, en la medida en que tal Documento fue elaborado por un grupo de expertos procedentes de las autoridades nacionales, de los servicios de la Comisión y de las asociaciones profesionales de la industria, sí que puede ofrecer elementos útiles para la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión pertinentes y, de este modo, contribuir a garantizar una aplicación uniforme de éstas (fundamento 25). Por tanto, el órgano jurisdiccional nacional lo puede tener en cuenta siempre que garantice que la interpretación que efectúe se ajuste a los criterios enunciados por la jurisprudencia relativa a la interpretación de los actos de Derecho de la Unión, incluida la que se refiere al reparto de competencias entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia en el marco del procedimiento prejudicial (fundamento 26).

En segundo término, **STJUE de 11 de septiembre de 2012, As. C-43/10, *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias y otros***, recuerda que, durante el plazo de adaptación del Derecho interno a una directiva, los Estados miembros destinatarios de ésta deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por ésta. Además, como tal obligación de abstención se impone a todas las autoridades nacionales, debe entenderse referida a la adopción de cualquier medida, general o específica, que pueda producir ese efecto negativo (fundamento 57). Dicha obligación de abstención se impone asimismo a los Estados miembros en un período transitorio durante el cual están autorizados a seguir aplicando sus sistemas nacionales, aun cuando no sean conformes con la directiva en cuestión (fundamento 58). Y también sucede cuando una directiva establece un período transitorio durante el que los Estados miembros no están obligados a adoptar todas las medidas que dicha directiva prevé (fundamento 59).

Otra sentencia a destacar es la **STJUE de 18 de octubre de 2012, As. C-371/11, *Punch Graphix Prepress Belgium***. En ella, el Tribunal de Justicia, tras señalar que la

Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, en su versión modificada por la Directiva 2006/98/CE del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, no define el concepto de «liquidación», establece que se puede tomar en consideración para la interpretación de dicho concepto la definición de «fusión» que figura en la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro, en su versión modificada por la Directiva 2006/98 (fundamento 34). Y fundamenta dicha conclusión en el hecho de que las propuestas de ambas directivas fueron presentadas por la Comisión el mismo día y el mismo día fueron adoptadas por el Consejo. Además, desde el punto de vista material, ambas Directivas tienen por objetivo común abolir las restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros que pudieran afectar a las operaciones a que se refieren esas Directivas, a saber, en el caso de la Directiva 90/435, la cooperación entre sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes y, por lo que atañe a la Directiva 90/434, las fusiones, las escisiones y las aportaciones de activos realizados entre sociedades de Estados miembros diferentes. Por consiguiente, con arreglo al plan del legislador, estas Directivas, que regulan diferentes formas de cooperación transnacional entre las sociedades, constituyen un todo, en la medida en que se completan mutuamente (fundamento 35).

Por su parte, la **STJUE de 18 de octubre de 2012, As. C-428/11, Purely Creative y otros**, recuerda una conocida regla hermenéutica, a saber: al aplicar el Derecho nacional, el tribunal nacional que debe interpretarlo está obligado a hacerlo, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva en cuestión (fundamento 41).

Respecto a la no discriminación, la **STJUE de 18 de octubre de 2012, As. C-603/10, Pelati**, reseña que, cuando una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en Derecho de la Unión para evitar la aparición de discriminaciones en contra de los propios nacionales o de eventuales distorsiones de la competencia, existe un interés manifiesto de la Unión en que, para evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho de la Unión reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse (fundamento 18).

En cuanto a la defensa de los derechos que los justiciables puedan deducir del Derecho de la Unión, dicha sentencia señala, en su fundamento 23, que, a falta de normativa de la Unión en la materia, las modalidades procesales dirigidas a garantizar dichos derechos se han de determinar por el ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía de procedimiento de los Estados miembros, siempre que esta regulación, de un lado, no sea menos favorable que la aplicable a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y, de otro, no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad).

Por otro lado, con relación a la facultad de la Comisión para representar a la Unión ante un órgano jurisdiccional nacional, la **STJUE de 6 de noviembre de 2012, As. C-19/11**,

Europese y otros, entiende que, al haberse incoado el procedimiento en cuestión antes de la entrada en vigor del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y regirse la representación de la Unión por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, la Comisión sí puede representar a la Comunidad ante el órgano jurisdiccional nacional, sin necesidad de disponer de un mandato específico a tal efecto.

Dicho pronunciamiento también es interesante porque responde a la cuestión de si el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se opone a que la Comisión interponga —como representante de la Unión— una demanda de indemnización del daño ocasionado a ésta como consecuencia de un comportamiento anticompetitivo cuya contrariedad al Derecho de la Unión fue declarada mediante una decisión de dicha institución. Al respecto, tras confirmar el derecho de cualquier persona —y también de la Unión— a solicitar la reparación del daño sufrido cuando exista una relación de causalidad entre ese daño y un acuerdo o práctica prohibidos, el Tribunal precisa que dicho derecho ha de ejercitarse respetando los derechos fundamentales de las partes garantizados, en particular, por la Carta. En este sentido, si bien es cierto que los órganos jurisdiccionales nacionales se hallan vinculados por las constataciones de la Comisión acerca de la existencia de un comportamiento contrario a la competencia, no lo es menos que sólo ellos son competentes para apreciar la existencia del daño y de la relación de causalidad directa entre dicho comportamiento y el daño sufrido, ejerciendo un control tanto de hecho como de Derecho y valorando las pruebas. Por ello, aun cuando la Comisión se haya visto inducida a determinar los efectos concretos de la infracción en su decisión, son los órganos jurisdiccionales nacionales los que han de determinar individualizadamente el daño ocasionado a cada una de las personas que han ejercitado una acción de indemnización. Por tales motivos, la Comisión no es juez y parte en su propia causa. Aclarado lo cual, el Tribunal de Justicia concluye que la Carta no se opone a que la Comisión ejercite en nombre de la Unión, ante un órgano jurisdiccional nacional, una acción de indemnización del daño irrogado a la Unión como consecuencia de un acuerdo o práctica contrarios al Derecho de la Unión.

Por último, las **SSTJUE de 22 de noviembre de 2012, As. C-119/12, Probst, y As. C-219/11, Brain Products**, reiteran la jurisprudencia del Tribunal de Justicia con relación a la determinación del sentido de los términos de una directiva. A este respecto, el alcance exacto de tales términos ha de efectuarse conforme a su sentido habitual en el lenguaje corriente, teniendo en cuenta, amén del tenor literal, el contexto en el que se utilizan y los objetivos perseguidos por la normativa de la que formen parte.

4. RECURSOS

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

Durante el tiempo al cual se suscribe la presente crónica de jurisprudencia no se percibe un cambio notable de la jurisprudencia de los Tribunales de la Unión Europea en los asuntos de anulación y omisión. No obstante, vamos a reseñar algunas de las sentencias recaídas en estos asuntos. Como hemos señalado en otras crónicas el número de sentencias en asuntos por omisión es muy pequeño y algunas de ellas no prosperan, como sucedió al Reino de España que, una vez interpuesto un recurso por omisión tendente a que se declarase que la

Comisión se había abstenido ilegalmente de abonar el pago correspondiente al saldo de la ayuda financiera comunitaria concedida a determinados proyectos del Fondo de Cohesión durante el período de programación 2000-2006, desistió en fecha reciente de su recurso, siendo por ello condenada en costas.

Una primera sentencia recaída en un recurso de anulación que podemos recordar es la sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta) de 26 de octubre de 2012, *CF Sharp Shipping Agencies/Consejo*, T-53/12, en la que respecto al plazo de interposición del recurso de anulación, el Tribunal General recordó en su apartado 26 la línea jurisprudencial establecida de que el plazo de dos meses previsto en el artículo 263 TFUE, párrafo sexto, es aplicable, en principio, tanto cuando el recurso de anulación de un acto se interpone a través de un acto de iniciación del procedimiento como cuando se interpone, en el curso del proceso, mediante la adaptación de las pretensiones de anulación de un acto anterior derogado y sustituido por el acto en cuestión.

Otra sentencia que podemos recordar es la sentencia del Tribunal General (Sala Primera), de 21 de septiembre de 2012, *Wesergold Getränkeindustrie/OHMI – Lidl Stiftung (Western Gold)*, T-278/10, en la que el Tribunal General señalaba que en el contexto de un recurso de anulación si el Tribunal concluye que una resolución de la Sala de Recurso impugnada en un recurso interpuesto ante él adolece de una ilegalidad, debe anularla. No puede desestimar el recurso sustituyendo la motivación del órgano competente por la suya propia.

Igualmente, podemos recordar la sentencia del Tribunal General (Sala Sexta) de 20 de septiembre de 2012, *Francia/Comisión*, T-154/10, en la que se ponía de relieve la necesidad de que para que un acto de la Comisión pueda ser objeto de un recurso de anulación debe estar destinado a producir efectos jurídicos obligatorios, lo que se debe determinar atendiendo a su sustancia. Esto no sucede respecto a aquellos actos que tienen carácter preparatorio y no están destinados a producir efectos jurídicos.

Respecto al Reino de España podemos mencionar el auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 3 de octubre de 2012, *Cooperativa Vitivinícola Arousana/OAMI y Sotelo Ares*, C 649/11 P, donde se determinó que la Cooperativa Vitivinícola Arousana no podía hacer uso de la marca comercial Rosalía de Castro al existir ya registrada la marca Rosalía, pues daría origen a confusión de las marcas en conflicto. Interesa destacar cómo el tribunal señaló que las alegaciones dirigidas contra los fundamentos de Derecho formulados a mayor abundamiento en una sentencia del Tribunal General deben rechazarse desde un principio, puesto que no pueden dar lugar a su anulación.

Respecto las conclusiones de los abogados generales podemos recordar las conclusiones del abogado general Pedro Cruz Villalón presentadas el 26 de junio de 2012 en el asunto *Otis y otros*, C-199/11, en cuyo apartado quincuagésimo incide sobre el sentido del recurso de anulación. En sus palabras:

«Como es sabido, el recurso de anulación constituye un cauce de revisión jurisdiccional que permite un control integral del acto atacado. Los motivos tasados en el párrafo segundo del artículo 230 CE (ahora párrafo 2 del artículo 263 TFUE) son lo suficientemente amplios como para permitir una revisión jurídica de todos los elementos integrantes del acto. El hecho de que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal General reconozca a

la Comisión un margen de apreciación técnico no significa que el control jurisdiccional sea un control de mínimos, como han argumentado las sociedades demandadas en sus observaciones escritas. El reconocimiento de este margen decisorio encuentra correspondencia en la justicia administrativa de los diversos sistemas jurídicos representados en la Unión, cuyo control sobre la administración se vuelca en las cuestiones de Derecho, y sujeta los aspectos técnicos a un análisis basado en el error manifiesto. La extensión y la intensidad de este tipo de control jurisdiccional en los Estados miembros es, además, compatible con las exigencias del CEDH. Por tanto, la revisión llevada a cabo por los tribunales de la Unión sobre las decisiones de la Comisión adoptadas al amparo del apartado 1 del artículo 81 CE (ahora apartado 1 del artículo 101 TFUE), constituye, desde un punto de vista general, una revisión jurisdiccional completa que, en caso de que la decisión carezca de fundamento, garantiza al justiciable una tutela judicial efectiva».

Por su parte el abogado general Yves Bot en sus conclusiones presentadas el día 5 julio de 2012 en el asunto Jager & Polacek/OAMI, C-402/11 P, recordó que también es posible interponer un recurso de anulación frente a aquellos actos que, sin responder formalmente a la calificación de «decisión», producen, por su contenido, efectos jurídicos vinculantes. Esto ayuda a evitar que las instituciones puedan sustraerse del control del juez la Unión por el mero hecho de incumplir requisitos formales, tales como el nombre del acto, su motivación o la mención de las disposiciones que constituyen su fundamento legal.

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

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

D) Cuestiones prejudiciales

Como de costumbre, las sentencias prejudiciales dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el período que comprende esta crónica han sido *numerosas* (más de ochenta). Y, como también es habitual, la Curia comunitaria no ha desaprovechado la ocasión que le brindan estas sentencias para pronunciarse (confirmando la que viene siendo su reiterada jurisprudencia en la materia): *a)* sobre *los motivos de (in)admisión prejudicial* (vid. STJUE de 25 de octubre de 2012, *Rintisch*, as. C-553/11, STJUE de 18 de octubre de 2012, *Punch Graphix Prepress Belgium*, as. C-371/11, STJUE de 8 de noviembre de 2012, *KGH Belgium*, as. C-351/11, STJUE de 18 de octubre de 2012, *Édukövízig y Hochtief Solutions*, as. C-218/11, STJUE de 15 de noviembre de 2012, *Bericap*, as. C-180/11, STJUE de 25 de octubre de 2012, *Folien Fischer y Fofitec*, as. C-133/11 y STJUE de 4 octubre de 2012, *Format Urządzenia i Montaż Przemysłowe*, as. C-115/11); *b)* sobre varias solicitudes de *reapertura de la fase oral del procedimiento* (vid. STJUE de 22 de noviembre de 2012, *Bank Handlowy y Adamiak*, as. C-116/11 y STJUE de 6 de septiembre de 2012, *Döhler Neuenkirchen*, as. C-262/10), que han sido sistemáticamente rechazadas; *c)* sobre *la validez del Reglamento CE núm. 1193/2009 de la Comisión*, de 3 de noviembre

de 2009 (por el que se fijan los importes de las cotizaciones por producción en el sector del azúcar para las campañas 2002 a 2006), que, por cierto (*vid.* STJUE de 27 de septiembre de 2012, *Zuckerfabrik Jülich*, as. C-113/10), ha sido declarado inválido (*vid.* apdo. 70 de esta sentencia); y al mismo tiempo *d)* dar respuesta a tres *cuestiones prejudiciales presentadas por órganos jurisdiccionales españoles* (*vid.* STJUE de 22 de noviembre de 2012, *Espada Sánchez y otros*, as. C-410/11, STJUE también de 22 de noviembre de 2012, *Elbal Moreno*, as. C-385/11 y STJUE de 9 de noviembre de 2012, *Rodríguez Cachafeiro y Martínez-Reboredo Varela-Villamor*, as. C-321/11).

En cualquier caso, ninguna de estas sentencias merece una especial atención ni nuestro comentario, pues todas ellas —como ya hemos anticipado— no hacen sino confirmar la que viene siendo la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con cada una de las materias que constituyen su objeto.

Sí merecen nuestro análisis, por el contrario, *tres sentencias que llamaremos «principales»* y que han sido seleccionadas para este estudio, a saber: la **STJUE de 18 de octubre de 2012, Nolan, as. C-583/10**; la **STJUE también de 18 de octubre de 2012, Mednis, as. C-525/11**; y la **STJUE de 27 de noviembre de 2012, Pringle, as. C-370/12**. Y ello por la sencilla razón de que, o bien «se apartan de la regla general» establecida por el Tribunal de Justicia en asuntos similares, o bien introducen alguna novedad digna de ser señalada.

En efecto, *la primera de estas Sentencias* (la de 18 de octubre de 2012, *Nolan*, as. C-583/10) resulta peculiar porque *el Tribunal de Justicia de la Unión declara su propia incompetencia* para conocer de la cuestión prejudicial presentada. Y lo hace coincidiendo con el parecer expresado por la Comisión Europea y el Gobierno británico (y en contra del sostenido por la Autoridad de Vigilancia AELC) en el marco de un asunto donde se discute si la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio (relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de despidos colectivos) resulta de aplicación, o no, a una empleada civil británica (la Sra. Nolan) que ha sido despedida como consecuencia del cierre de una base militar estadounidense en el Reino Unido.

Pues bien, en opinión del Tribunal de Justicia (coincidente como ya se ha dicho con la del Gobierno británico y la Comisión Europea) ocurre que en el supuesto de autos hay que recordar que la propia Directiva 98/59 establece que «... no se aplicará a los trabajadores de las administraciones públicas o de las instituciones de Derecho público, o de las entidades equivalentes en los Estados miembros que no conozcan esta noción...». Algo que, en opinión de la Corte comunitaria, resulta plenamente aplicable en este caso, pues: «... las fuerzas armadas forman parte de una administración pública o de una entidad equivalente...». Así pues, y según se desprende claramente del tenor literal del artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 98/59: «... el personal civil de una base militar está comprendido en la exclusión prevista por esa disposición...».

Pero sucede, además, que esta apreciación queda corroborada por el objetivo y la lógica de aquella Directiva. En efecto, «... ha de recordarse que la Directiva 98/59 estuvo precedida por la Directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos...»; y que, en su consecuencia: «... la Directiva 98/59 forma parte de la normativa sobre el mercado interior...». Pues bien, a la luz de esta consideración, y aun siendo cierto que la dimensión y el funcionamiento de las fuerzas armadas influyen en la situa-

ción del empleo en un Estado miembro determinado, el Tribunal de Justicia entiende que «... no constituyen, en cambio, consideraciones que afectan al mercado interior o a la competencia entre empresas...».

Por último, la Corte comunitaria añade en este caso (apdo. 51 de la Sentencia): que «... los autos no contienen indicaciones suficientemente precisas de que el Derecho nacional haya declarado automáticamente aplicables las soluciones establecidas por la Directiva 98/59 en una situación como la de litigio principal...». Y que, por consiguiente (apdo. 52 de la Sentencia): «... no cabe considerar que las disposiciones de la Directiva 98/59 a las que se refiere la cuestión planteada hayan sido declaradas, como tales, aplicables de manera directa e incondicional por el Derecho nacional a una situación como la de litigio principal...»; como tampoco, dicho sea entre paréntesis (apdo. 56 de la Sentencia): que exista «... un interés de la Unión en que se lleve a cabo una interpretación uniforme de las disposiciones de ese acto...».

Así las cosas, y habida cuenta de todo lo expuesto hasta aquí (apdo. 57 de la Sentencia), el Tribunal de Justicia de la Unión —en contra de lo que en él es costumbre— declara que «... no es competente para responder a la cuestión prejudicial planteada...» por el órgano jurisdiccional interno (en este caso, la *Court of Appeal England & Wales*).

Tampoco es habitual —y de ahí su inclusión entre estas tres sentencias «principales»— que se solicite a la Curia Comunitaria la *limitación de los efectos (ex tunc o retroactivos) del pronunciamiento prejudicial*, que es justo lo que acontece —según nos relata el propio Tribunal de Justicia— en la **STJUE de 18 de octubre, Mednis, as. C-525/11**. En efecto, el Gobierno letón solicita en este caso que el Tribunal de Justicia limite los efectos en el tiempo de la sentencia prejudicial y, en apoyo de su solicitud (*vid.* apdo. 40 de la misma), este Gobierno invoca: por un lado, el riesgo de que tal interpretación tenga repercusiones graves sobre los recursos presupuestarios nacionales; y, por otro, la buena fe de la Administración tributaria letona.

Pues bien, lo trascendente de esta Sentencia se encuentra justamente en la respuesta que la Curia comunitaria da a esta petición del Gobierno letón. Y es que en ella encontramos la que viene siendo la línea jurisprudencial (negativa) marcada por el Tribunal de Justicia en este tipo de supuestos. Una línea que cabe sintetizar como sigue (*vid.* apdos. 41 a 44 de la Sentencia):

a) Que la regla general, en relación con los pronunciamientos prejudiciales de interpretación, es la de la retroactividad. O, por mejor decir, la de que la norma interpretada «... puede y debe ser aplicada por el juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación...».

b) Que, por lo mismo y «... sólo con carácter excepcional...» puede el Tribunal de Justicia (aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión) verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición o un principio por él interpretados «... con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe...».

c) Que, para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos requisitos esenciales, a saber: «... la buena fe de los sectores interesados y el riesgo de trastornos graves...».

d) Que, de hecho, el Tribunal de Justicia únicamente admitió y admite esta solución: «... en circunstancias muy determinadas...»; y, en particular: «... cuando existía un riesgo de repercusiones económicas graves debidas concretamente al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y era patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa de la Unión en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones o los principios del Derecho de la Unión...». Una incertidumbre, por cierto, «... a la que habían contribuido eventualmente los mismos comportamientos adoptados por otros Estados miembros o por la Comisión...».

e) Que, por último y según reiterada jurisprudencia de la Corte comunitaria: «... las consecuencias económicas que podrían derivarse para un Estado miembro de una sentencia dictada con carácter prejudicial no justifican, por sí solas, la limitación de los efectos de esa sentencia en el tiempo...».

En suma, y unido todo ello a previa verificación de la inexistencia de estas razones y requisitos en el caso de autos (*vid.* apdos. 42 a 46 de la Sentencia), el Tribunal de Justicia de la Unión declara que «... no procede limitar en el tiempo los efectos de la presente sentencia...» (apdo. 47).

En fin, y llegados a este punto, no nos resta sino referirnos al tercero y último de nuestros tres pronunciamientos prejudiciales «principales», a saber: la **STJUE de 27 de noviembre de 2012, Pringle, as. C-370/12**. Una sentencia que reclama nuestra atención por dos razones fundamentales. De una parte, porque tiene su origen en una cuestión de validez que atañe al relativamente nuevo Mecanismo de Estabilidad Europeo (o MEDE). Un mecanismo creado mediante Decisión 2011/199/UE del Consejo Europeo, de 25 de marzo (cuyo art. 1 modifica el art. 136 del TFUE) y que pretende —en el medio y corto plazo— constituirse en garantía de una más adecuada gestión de la crisis económica, al tiempo que en refuerzo del maltrecho sistema financiero de los países que integran la zona euro. Pero de otra parte, esta sentencia nos importa sobre todo porque nos orienta acerca de *las atribuciones —también interpretativas— que va a ostentar el Tribunal de Justicia de la Unión en relación con este MEDE*.

Así, y en los apdos. 170 a 177 de este pronunciamiento prejudicial, la propia Curia comunitaria nos informa de la existencia y del alcance de su competencia interpretativa en lo que atañe a este mecanismo (junto con el Consejo de gobernadores) en los siguientes términos literales que conviene ahora reproducir:

«... Es preciso observar que, en virtud del artículo 37, apartado 2, del Tratado MEDE, el Consejo de Gobernadores decidirá de cualquier controversia entre un miembro del MEDE y el MEDE, o entre miembros del MEDE, respecto de la interpretación y aplicación de dicho Tratado, incluida cualquier controversia sobre la compatibilidad de las decisiones adoptadas por el MEDE con dicho Tratado. En virtud del apartado 3 del mismo artículo, si un miembro del MEDE recurre la decisión a que se refiere el apartado 2, el asunto se someterá al Tribunal de Justicia.

En primer lugar, conviene constatar a este respecto que del decimosexto considerando del Tratado MEDE se deduce que la competencia que el Tribunal de Justicia deberá ejercer en

virtud del artículo 37, apartado 3, del mismo Tratado se fundamenta directamente en el artículo 273 TFUE. En virtud de este último artículo, el Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse sobre cualquier controversia entre Estados miembros relacionada con el objeto de los Tratados, si dicha controversia le es sometida en virtud de un compromiso.

En segundo lugar, aunque es cierto que el artículo 273 TFUE subordina la competencia del Tribunal de Justicia a la existencia de un compromiso, nada impide, dado el objetivo pretendido por esa disposición, que el acuerdo a ese efecto se manifieste previamente, mediante referencia a una categoría de controversias definidas de antemano, en virtud de una cláusula como el artículo 37, apartado 3, del Tratado MEDE.

En tercer lugar, las controversias sometidas a la competencia del Tribunal de Justicia están relacionadas con el objeto de los Tratados en el sentido del artículo 273 TFUE. Debe señalarse al respecto que un litigio ligado a la interpretación o a la aplicación del Tratado MEDE también puede tener por objeto la interpretación o la aplicación de las disposiciones del Derecho de la Unión [...].

En cuarto lugar, es verdad que el artículo 273 TFUE subordina la competencia del Tribunal de Justicia al requisito de que en la controversia de la que éste conozca sean parte exclusivamente Estados miembros. Siendo así, dado que el MEDE está integrado exclusivamente por Estados miembros, una controversia en la que sea parte el MEDE puede considerarse como una controversia entre Estados miembros en el sentido del artículo 273 TFUE.

De ello se deduce que la atribución al Tribunal de Justicia por el artículo 37, apartado 3, del Tratado MEDE de una competencia para interpretar y aplicar las disposiciones de ese Tratado cumple las condiciones enunciadas en el artículo 273 TFUE...».

E) Medidas cautelares

No se ha dictado sentencia novedosa alguna con relación a este tópico del Derecho procesal de la Unión en el período que comprende la presente crónica. Así pues, nada cabe señalar en cuanto al mismo.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

En el período analizado (trimestre comprendido entre el 15 de julio de 2012 y el 31 de octubre de 2012), el Tribunal ha emitido un total de cinco fallos, de los que en esta crónica destacamos los siguientes:

El primer pronunciamiento es fruto de una cuestión prejudicial. Se trata de la **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 14 de junio de 2012, G. Brouwer (asunto C-355/119)**, en la cual se interpreta la normativa sobre la PAC y en concreto las normas ganaderas comunitarias sobre protección de terneros (se trata de una cuestión de bienestar animal), y viene motivada por el entrecruzamiento de legislaciones en materia de cría y transporte de estos animales; y más concretamente con el requisito que impide mantener atados a los animales.

El Tribunal señala que la Directiva 91/629/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1991, relativa a las normas mínimas para la protección de terneros, en su versión modificada por el Reglamento (CE) núm. 806/2003 del Consejo, de 14 de abril de 2003, debe interpretarse en el sentido de que la exigencia prevista en dicha Directiva, según la cual las condiciones relativas a la cría de terneros deben ser conformes con las disposiciones generales establecidas en el anexo de la citada Directiva, entre ellas la prohibición —salvo casos excepcionales— de atar a los terneros, es aplicable a terneros que un agricultor mantiene confinados en una explotación lechera con fines agrícolas.

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 6 de septiembre de 2012, *Lowlands Design Holding BV* (asunto C-524/11), en la cual se resuelve una cuestión prejudicial planteada por un tribunal holandés sobre el arancel aduanero común (en lo sucesivo, AAC) y en concreto la interpretación de la partida referente a sacos de dormir para bebés. Se trata en concreto de la clasificación en una u otra de las distintas subpartidas del AAC. En concreto, por las dimensiones de los sacos de dormir para bebés existía la duda de si los mismos debían clasificarse como ropa para niños.

El fallo establece que la Nomenclatura Combinada del Anexo I del Reglamento (CEE) núm. 2658/87 del Consejo, de 23 de julio de 1987, relativo a la Nomenclatura Arancelaria y Estadística y al AAC, en su versión modificada por el Reglamento (CE) núm. 1719/2005 de la Comisión, de 27 de octubre de 2005, debe interpretarse en el sentido de que unos sacos de dormir como los controvertidos en el litigio principal deben ser clasificados en la subpartida 6209 20 00 como «prendas y complementos (accesorios), de vestir, para bebés, de algodón» si, por sus dimensiones, son convenientes para niños cuya altura total de su cuerpo no supere 86 cm. De no ser así, estos productos deben ser clasificados en la subpartida 6211 42 90 como «demás prendas de vestir para mujeres o niñas, de algodón».

En 2.º lugar, la **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 6 de septiembre de 2012, *Laimonis Treimanis* (asunto C-487/11)**, tiene por origen también una cuestión prejudicial procedente de Letonia; y en concreto sobre si un automóvil importado desde un tercer estado por un familiar del importador puede ser incluido dentro de la franquicia de importación de bienes personales, que como tal está exenta de gravamen.

El TJUE admite la posibilidad, aunque con condiciones, y en concreto vincula esta posibilidad al requisito de la residencia efectiva. La norma comunitaria aplicable es el Reglamento (CEE) núm. 918/83 del Consejo, de 28 de marzo de 1983, relativo al establecimiento de un régimen comunitario de franquicias aduaneras; y el mismo debe interpretarse en el sentido de que un vehículo automóvil de uso privado importado de un país tercero al territorio aduanero de la UE puede ser importado con franquicia de derechos de importación siempre que el importador haya trasladado efectivamente su residencia normal al territorio aduanero de la UE, lo que incumbe comprobar al juez nacional. Se considera que el vehículo automóvil utilizado a título gratuito por un miembro de la familia del mencionado importador, es decir, por una persona que convive con éste o que está fundamentalmente a su cargo, lo que corresponde dilucidar al juez nacional, está destinado a las necesidades del hogar del importador, y este uso no da lugar a la pérdida del derecho a dicha franquicia.

De la misma fecha y también como resultado de una cuestión prejudicial es la **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 6 de septiembre de 2012, *Chemische Fabrik Kreussler* (asunto C-308/11)**, donde vuelve a aparecer un tema, el de los medicamentos

de consumo humano, al que nos hemos referido repetidamente en estas crónicas de jurisprudencia comunitaria. En esta ocasión se trataba de un colutorio bucal, y la duda que se le planteaba al órgano judicial requirente es si el producto en cuestión podía ser incluido entre aquellos que producen una «acción farmacológica», lo cual requiere acudir a definiciones dadas por los mismos órganos comunitarios.

La cuestión discutida es muy técnica, y el Tribunal acaba reconociendo esta posibilidad al producto discutido. La normativa comunitaria aplicable al caso es la Directiva 2001/83 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano, en su versión modificada por la Directiva 2004/27CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004. Esta normativa debe interpretarse en el sentido de que para definir el concepto de «acción farmacológica» es posible acudir a la definición que figura en el Documento de orientación elaborado conjuntamente por los servicios de la Comisión y las autoridades competentes de los Estados miembros para la delimitación entre la Directiva 76/768 sobre productos cosméticos y la Directiva 2001/83 sobre medicamentos. Para poder considerar que una sustancia ejerce una «acción farmacológica» no es necesario que se produzca una interacción entre las moléculas que la componen y un componente celular del cuerpo del usuario, ya que es suficiente una interacción entre dicha sustancia y un componente celular cualquiera presente en el cuerpo del usuario.

También de la misma fecha es la **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 6 de septiembre de 2012, Comisión/Bélgica (asunto C-150/11)**, y que de este apartado es la que destacaremos por sus consecuencias prácticas, dado que nos resulta una sentencia especialmente interesante. Cualquiera que haya residido en Bélgica conocerá que un requisito del Estado belga que era obligar a matricular con placas belgas a los vehículos de aquellos ciudadanos (incluso comunitarios) que estuviesen viviendo un determinado tiempo en Bélgica. Ello implica además la posibilidad de ser sancionado, lo cual no es un caso aislado dado el elevado número de residentes comunitarios en Bélgica, por ser este país sede de muchas de las instituciones de la Unión. En este caso, la cuestión sometida a conocimiento del tribunal era la exigencia por parte de Bélgica de una nueva ITV para aquellos vehículos que cambiasen de propietario, desconociendo totalmente las posibles ITV que el vehículo hubiera pasado en otros Estados miembros.

El Tribunal es tajante y confirma el incumplimiento por parte de Bélgica de lo establecido por la Directiva 1999/37/CE del Consejo, de 29 de abril de 1999, relativa a los documentos de matriculación de los vehículos, en la versión modificada por la Directiva 2006/103/CE del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, al exigir sistemáticamente, además de la presentación del permiso de circulación, la presentación del certificado de conformidad del vehículo a efectos de la inspección técnica previa a la matriculación de un vehículo anteriormente matriculado en otro Estado miembro, y al someter a tales vehículos, que cambian de propietario, a una inspección técnica previa a su matriculación sin tener en cuenta los resultados de la inspección técnica llevada a cabo en otro Estado miembro.

Y sin que a ello puedan alegarse razones de interés público; pues salvo la Directiva 1999/37 no permite a los Estados miembros exigir un documento que no sea el permiso de circulación al matricular un vehículo anteriormente matriculado en otro Estado miembro. En efecto, cuando una cuestión está regulada de forma armonizada a escala de la Unión, toda medida nacional a este respecto debe apreciarse a la luz de las disposiciones de esta

medida de armonización y no de las del Derecho primario (SS. Ee 12 de octubre de 1993, *Vanacker y Lesage*, C-37/92; de 13 de diciembre de 2001, *DaimlerChrysler*, C-324/99; y de 30 de abril de 2009, *Lidl Magyarország*, C-132/08).

B) Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios

La más reciente sentencia de este bloque temático, y también la más interesante de las analizadas en este período, versa sobre la normativa comunitaria en materia de contratos. Nos referimos a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 18 de octubre de 2012, *Édukövízig* (asunto C-218/11). La sentencia es la respuesta a una cuestión prejudicial formulada por un tribunal húngaro sobre interpretación de los artículos 44.2 y 47, apartados 1.b), 2 y 5, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. En concreto sobre los requisitos sobre capacidad económica y financiera que pueden exigir las entidades adjudicadoras. Respecto de los cuales el tribunal realiza dos pronunciamientos:

1.º) Los artículos 44, apartado 2, y 47, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/18/CE deben interpretarse en el sentido de que las entidades adjudicadoras pueden exigir un nivel mínimo de capacidad económica y financiera por referencia a uno o a varios elementos concretos del balance, siempre que sean objetivamente apropiados para informar sobre la concurrencia de dicha capacidad en el operador económico y que dicho nivel se adapte a la importancia del contrato en cuestión de manera que constituya objetivamente un indicio positivo de la existencia de una base económica y financiera suficiente para la ejecución del contrato, sin ir más allá de lo razonablemente necesario a este respecto. La exigencia de un nivel mínimo de capacidad económica y financiera no puede, en principio, excluirse por la única razón de que dicho nivel se base en un elemento del balance sobre el que pueden existir divergencias entre las normativas de los diferentes Estados miembros.

2.º) En segundo lugar, el artículo 47 de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que un operador económico que no pueda cumplir un nivel mínimo de capacidad económica y financiera basado en la inexistencia de resultado negativo en el balance de los candidatos o licitadores en más de uno de los tres últimos ejercicios concluidos, en virtud de un contrato que le impone la transferencia sistemática de sus beneficios a su sociedad matriz, sólo tiene la posibilidad, para satisfacer ese nivel mínimo de capacidad, de invocar las capacidades de otra entidad, conforme al apartado 2 de dicho artículo. Carece de incidencia a este respecto que la legislación del Estado miembro de establecimiento de dicho operador económico y la del Estado miembro de establecimiento de la entidad adjudicadora difieran en la medida en que la primera autoriza tal contrato sin limitaciones, mientras que la segunda sólo lo permite si la transferencia de beneficios no convierte en negativo el resultado del balance.

En segundo lugar podemos destacar la **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 19 de julio de 2012, *SIA Garkalns* (asunto C-470/11)**, en la cual nos vuelve a aparecer el problema, ya analizado en estas crónicas de jurisprudencia, de la regulación de los juegos de azar, aunque en esta ocasión lo analizado es una normativa nacional especialmente restrictiva respecto a los lugares en los que es posible abrir un salón de juegos.

En esta cuestión se dirime la negativa del Ayuntamiento de Riga (Letonia) a autorizar la apertura de una sala de juegos de azar dentro de un centro comercial de dicha ciudad. La normativa letona es especialmente restrictiva respecto a los lugares en los que no se puede autorizar la apertura de un salón de juegos. El tribunal confirma la adecuación a derecho de la normativa letona. El artículo 49 TCE no se opone a una norma de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que confiere a los municipios una amplia facultad de apreciación al permitirles denegar una licencia de apertura de un casino, de un salón de juegos o de un bingo basándose en un «*menoscabo sustancial de los intereses del Estado y de los habitantes del territorio administrativo de que se trate*», siempre que dicha norma tenga realmente por objeto reducir las ocasiones de juego y limitar las actividades en este ámbito de manera coherente y sistemática o garantizar el orden público, y siempre que la facultad de apreciación de los municipios competentes se ejerza de manera transparente, permitiendo un control de la imparcialidad de los procedimientos de concesión de licencias, lo que corresponde comprobar al tribunal remitente.

En tercer lugar, debemos citar la **Sentencia del TJUE del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 25 de octubre de 2012, Comisión/Bélgica (asunto C-387/11)**, donde se declara el incumplimiento por parte de Bélgica de los artículos 49 TFUE y 63 TFUE, y de los artículos 31 y 40 del Acuerdo sobre el EEE de 2 de mayo de 1992, al mantener normas distintas en relación con la tributación de los rendimientos del capital mobiliario según sean percibidos por sociedades de inversión residentes o por sociedades de inversión no residentes que no poseen un establecimiento permanente en Bélgica.

Por último, la **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 6 de septiembre de 2012, DI. VI. Finanziaria di Diego della Valle (asunto C-380/11)**, está originada por la retirada, de acuerdo con el derecho luxemburgués, de un beneficio tributario del que disfrutaba la empresa recurrente. El tribunal entiende que la normativa comunitaria se opone a la normativa de un Estado miembro en virtud de la cual la concesión de una reducción del impuesto sobre el patrimonio se supedita al requisito de permanecer sujeto al tributo durante los cinco ejercicios impositivos siguientes.

C) Libre circulación de trabajadores

a) Derechos de entrada y residencia

En el período analizado hasta seis sentencias han tenido ocasión de interpretar distintas normas de Derecho de la Unión relacionadas con los derechos de entrada y residencia.

En primer lugar, la **STJUE de 5 de septiembre de 2012, Rahman, as. C-83/11**, ha tenido ocasión interpretar el art. 3 de la Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Según este precepto, el Estado miembro de acogida facilitará la residencia de los miembros de la familia que no entren en la definición estricta de «miembro de la familia» del art. 2.2 de la Directiva⁽¹⁾, siempre que, en el país de procedencia, estén a cargo o

(1) A tenor del artículo 2, punto 2, de la Directiva 2004/38, ha de entenderse, a los efectos de dicha Directiva, por «miembro de la familia»: «a) el cónyuge; b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión

vivan con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o en caso de que, por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia.

El Tribunal concluye, en primer lugar, que los Estados miembros no están obligados a acoger todas las solicitudes de entrada o de residencia presentadas por los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que no estén comprendidos en la definición del artículo 2, punto 2, de la citada Directiva, aunque demuestren que están a cargo de dicho ciudadano. No obstante —añade el Tribunal—, incumbe a los Estados miembros velar por que su legislación contenga criterios que permitan a las referidas personas obtener una decisión sobre su solicitud de entrada y de residencia que esté basada en un estudio detenido de su situación personal y que, en caso de denegación, esté motivada. Por lo demás, la sentencia reconoce que los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación en lo que respecta a la elección de los referidos criterios que, no obstante, han de ser conformes con el sentido habitual del término «facilitará».

Por otro lado, para que una persona esté comprendida en la categoría de miembro de la familia «a cargo» de un ciudadano de la Unión contemplada en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38, la situación de dependencia debe existir en el país de procedencia del miembro de la familia de que se trate, y ello al menos en el momento en que dicha persona solicita reunirse con el ciudadano de la Unión a cuyo cargo está.

Finalmente, el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38 debe interpretarse en el sentido de que, en el ejercicio de su margen de apreciación, los Estados miembros pueden establecer requisitos específicos acerca de la naturaleza o la duración de la situación de dependencia, siempre que dichos requisitos sean conformes con el sentido habitual de los términos relativos a la dependencia empleados en el artículo 3, apartado 2, párrafo primero, letra a), de la Directiva y no priven a dicha disposición de su efecto útil.

Por lo demás, la **STJUE de 8 de noviembre de 2012, as. C-40/11, Iida**, ha añadido que fuera de las situaciones reguladas por la Directiva 2004/38/CE, y cuando tampoco existe otro elemento de conexión con las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de ciudadanía, un nacional de un tercer país no puede invocar un derecho de residencia derivado de un ciudadano de la Unión.

Por su parte, la **STJUE de 6 de septiembre de 2012, Czop, as. C-147/11 y C-148/11**, ha negado que pueda hacerse una interpretación extensiva del art. 12 del Reglamento (CEE) núm. 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad⁽²⁾. Dicho precepto dispone que «los hijos de un nacional de un Estado miembro que esté o haya estado empleado en el territorio de otro Estado miembro serán admitidos en los cursos de enseñanza general, de aprendizaje y de formación profesional en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, si esos hijos residen en su territorio [...]». Dado su claro tenor literal, el TJUE concluye que

registrada [...]; c) los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b); d) los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b)».

(2) El Reglamento núm. 1612/68 ha sido derogado por el Reglamento (UE) núm. 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (DO L 141, p. 1). El artículo 10 de este último Reglamento retomó el tenor del artículo 12 del Reglamento núm. 1612/68.

este precepto únicamente se aplica a los hijos de los trabajadores por cuenta ajena, sin que pueda aplicarse, como solicitaba la demandante en el litigio principal, a una trabajadora por cuenta propia.

Esta sentencia tiene además ocasión de reiterar cómo ha de realizarse el cómputo de los períodos de residencia a efectos del art. 16.1 de la Directiva 2004/38/CE. Dicho precepto, como es sabido, otorga un derecho de residencia permanente a los ciudadanos de la Unión que hayan residido legalmente durante un período continuado de cinco años en el Estado miembro de acogida. Pues bien, los períodos de residencia de un nacional de un tercer Estado en el territorio de un Estado miembro, transcurridos antes de la adhesión de ese tercer Estado a la Unión deben computarse a efectos de la adquisición del derecho de residencia permanente en virtud del artículo 16, apartado 1, de ésta (en el mismo sentido, *vid.* sentencia de 21 de diciembre de 2011, *Ziolkowski y Szeja*, C-424/10 y C-425/10, apartado 63).

Por otro lado, la **STJUE de 19 de julio de 2012, *Dülguer*, C-451/11**, y la **STJUE de 8 de noviembre de 2012, *Gülbahce*, as. C-268/11**, analizan una vez más la Decisión 1/80 del Consejo de Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía. La primera sentencia reitera que el apartado 7.1 de la Decisión debe interpretarse en el sentido de que un miembro de la familia de un trabajador turco, nacional de un tercer país distinto de Turquía, puede invocar, en el Estado miembro de acogida, los derechos resultantes de dicha disposición, cuando se cumplen todos los demás requisitos previstos por ésta.

Mayor interés reviste la ya citada sentencia de 8 de noviembre de 2012. El art. 6 de la Decisión reconoce al trabajador turco que forme parte del mercado legal de trabajo de un Estado miembro el derecho, después de un año de empleo legal, a la renovación de su permiso de trabajo con el mismo empresario si dispone de un empleo.

La duda que resuelve la sentencia reseñada es si este precepto es aplicable en el caso de que, años después de su concesión, se revoque con carácter retroactivo el documento de residencia que permitió al nacional turco acceder al mercado de trabajo del Estado miembro en cuestión. En el caso que origina los autos, el sr. Gülbahce entró en Alemania en 1998 con un visado por reagrupación familiar, al haber contraído matrimonio con una nacional alemana. Este permiso se revoca con efecto retroactivo, ya que las autoridades alemanas tuvieron conocimiento de que el Sr. Gülbahce no convivía con su esposa desde octubre de 1999. Al considerar que el permiso de residencia en virtud del cual el nacional turco obtuvo su primer empleo era ilegal, las autoridades alemanas no consideran aplicable el art. 6.1 de la decisión núm. 1/80.

Esta interpretación, no obstante, es corregida por el TJUE, que recuerda que con arreglo al artículo 6, apartado 1, primer guion, de la Decisión núm. 1/80, es suficiente que un trabajador turco haya desempeñado un empleo legal durante más de un año para que tenga derecho a la renovación de su permiso de trabajo con el mismo empresario, dado que esta norma no hace depender el reconocimiento de este derecho de ningún otro requisito, y en particular de los requisitos con los que se ha obtenido el derecho de entrada y residencia.

En todo caso, el Tribunal Europeo también advierte que el desempeño de un empleo por un nacional turco al amparo de un permiso de residencia expedido a raíz de un comportamiento fraudulento —como un matrimonio de conveniencia— o de una autorización

de residencia provisional que sólo es válida a la espera de una resolución definitiva sobre su derecho de residencia no crea derechos en beneficio de dicho nacional con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Decisión núm. 1/80.

Finalmente, la **STJUE de 16 de noviembre de 2012, as. C-364/10, Hungría c. República Eslovaca**, dictada en el marco de un recurso por incumplimiento, ha declarado que la República Eslovaca no ha vulnerado el Derecho de la Unión al prohibir la entrada en su territorio al Sr. Sóylom, presidente de Hungría. Ello es así porque el hecho de que un ciudadano de la Unión ejerza las funciones de Jefe de Estado justifica una limitación, basada en el Derecho internacional, del ejercicio del derecho de circulación que le confiere el artículo 21 TFUE.

b) Derecho a salir de un Estado Miembro

La **STJUE de 5 de octubre de 2012, Byankov, as. C-249/11**, ha declarado que la normativa búlgara que permite prohibir a las personas que hayan contraído deudas dinerarias con una cuantía considerable que abandonen el país vulnera el derecho a la libre circulación de personas. Ello es así, por un lado, porque dicha medida persigue únicamente el objetivo de proteger a los acreedores, sin que, por tanto, pueda relacionarse con motivos de orden público, seguridad pública o salud pública que permitirían una restricción a la libertad de libre circulación. Por otro, porque el Derecho de la Unión cuenta con normas jurídicas adecuadas para proteger los derechos de los acreedores sin necesidad de limitar la libertad de circulación del deudor.

c) Igualdad de trato

Sendas sentencias del TJUE han analizado dos cuestiones relativas a la igualdad de trato.

En primer lugar, la **STJUE de 25 de octubre de 2012, Prete, C-367/11**, ha declarado que el art. 39 CE se opone a la legislación belga que supedita el derecho al subsidio de espera a favor de jóvenes que buscan su primer empleo al requisito de que el interesado haya cursado al menos seis años de estudios en un centro docente del Estado miembro de acogida. Este requisito no supera el canon de proporcionalidad, ya que impide que se tengan en cuenta otros datos representativos que pueden demostrar la existencia de un vínculo real entre el solicitante del subsidio y el mercado geográfico laboral en cuestión, de forma que va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de dicha disposición, que consiste en garantizar la existencia de ese vínculo. En el supuesto concreto que origina la sentencia, el Tribunal resalta la existencia de una serie de datos que pueden contribuir a demostrar la existencia del vínculo real entre la solicitante del subsidio de espera y el Estado miembro de acogida. En concreto, se trataba de una ciudadana francesa que, tras su matrimonio con un ciudadano belga, llevaba más de dos años residiendo en Bélgica, período en el que había buscado empleo de forma activa en el Estado de acogida.

En segundo lugar, la **STJUE de 8 de noviembre de 2012, Radziejewski, C-461/11**, concluye que el derecho a la libre circulación de personas se opone a la normativa sueca que supedita la concesión de la medida de condonación de deudas al requisito de residencia en Suecia. Ello es así porque un requisito de residencia como el controvertido va más allá

de lo necesario para alcanzar el objetivo que persigue la medida: determinar satisfactoriamente la situación financiera y personal de deudor. En este sentido, se subraya que el hecho de residir en otro Estado miembro no parece ser obstáculo, a la vista de la legislación sueca, para efectuar los controles procedentes tras la concesión de una medida de condonación de deudas.

d) Seguridad social

Por su parte, la **STJUE de 27 de septiembre de 2012, Patena ASBL, C-137-11**, ha declarado que el Derecho de la Unión se opone a la normativa belga en la medida en que ésta, a efectos de establecer la obligatoriedad de afiliación en el régimen de trabajadores autónomos de la seguridad social, establece una presunción *iuris et de iure* de que se ejerce en su territorio una actividad consistente en la gestión, desde otro Estado miembro, de una sociedad que tributa en el primer Estado. El Tribunal Europeo reconoce que con la presunción controvertida se puede evitar el fraude en materia de seguridad social que consiste en eludir el carácter obligatorio del régimen de seguridad social de los trabajadores autónomos mediante una deslocalización artificial de la actividad de los administradores de sociedades establecidas en Bélgica. Sin embargo, al conferir un carácter *iuris et de iure* a esa presunción, la normativa belga va más allá de lo estrictamente necesario para alcanzar ese objetivo legítimo de luchar contra el fraude, ya que obstaculiza con carácter general la posibilidad de que esos trabajadores justifiquen ante el juez nacional que el lugar de ejercicio de su actividad se encuentra realmente en el territorio de otro Estado miembro, en el que realizan concretamente los actos relacionados con esa actividad.

D) Libre circulación de capitales

a) Ventajas fiscales

En el ámbito de la libre circulación de capitales, únicamente son reseñables un grupo de sentencias que analizan la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea de una serie de ventajas fiscales.

Así, en primer lugar, la **STJUE de 8 de noviembre de 2012, as. C-342/10, Comisión contra Finlandia**, ha declarado que la República de Finlandia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 63 TFUE y del artículo 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992, al establecer y mantener en vigor un régimen de imposición discriminatorio de los dividendos pagados a los fondos de pensiones no residentes. Ello es así porque la República de Finlandia exige de hecho del impuesto los dividendos percibidos por los fondos de pensiones residentes, mientras que están sujetos al impuesto los dividendos de la misma naturaleza pagados a los fondos de pensiones no residentes, lo que constituye una restricción a la libre circulación de capitales. Una condena similar a recibido el Reino de Bélgica, a través de la **STJUE de 25 de octubre de 2012, as. 387/2011, Comisión contra Bélgica**, por mantener normas distintas en relación con la tributación de los rendimientos del capital mobiliario según sean percibidos por sociedades de inversión residentes o por sociedades de inversión no residentes que no poseen un establecimiento permanente en Bélgica.

Finalmente, la **STJUE de 12 de noviembre de 2012, as. C-35/11, *Test Claimants***, ha declarado que los artículos 49 TFUE y 63 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación de un Estado miembro que aplica el método de exención a los dividendos de origen nacional y el método de imputación a los dividendos de origen extranjero, si se acredita, por un lado, que el crédito fiscal de que disfruta la sociedad beneficiaria de los dividendos en el marco del método de imputación es equivalente a la cuantía del impuesto efectivamente pagado por los beneficios subyacentes a los dividendos repartidos y, por otro, que el nivel efectivo de tributación de los beneficios de las sociedades en el Estado miembro de que se trate es generalmente inferior al tipo impositivo nominal establecido.

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ
JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA
LUIS F. MAESO SECO
FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ
JUANI MORCILLO MORENO
JESÚS PUNZÓN MORALEDA
JOSÉ MARÍA MAGÁN PERALES
ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
 2. PROCESOS CONSTITUCIONALES.
 - A) **Recurso de inconstitucionalidad.**
 - B) **Cuestiones de inconstitucionalidad.**
 - C) **Recursos de amparo.**
 3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS.
 - A) **Condiciones básicas de igualdad y expropiación forzosa (art. 149.1.1.^a y 18.^a CE): contradicciones entre la legislación urbanística extremeña y el texto refundido de la Ley de suelo.**
 - B) **Administración de Justicia (art. 149.1.5.^a CE): constitucionalidad de las disposiciones legales estatales que garantizan la homogeneidad de la estructura básica de la oficina judicial.**
 - C) **Comercio interior y ordenación general de la economía (artículo 149.1.13.^a CE): el régimen de autorización de la venta ambulante es una competencia autonómica que no incide en la actividad económica general.**
 - D) **Ordenación general de la economía (art. 149.1.13.^a CE): extralimitación en el ejercicio por el Estado de sus competencias de fomento.**
 - E) **Régimen local (art. 149.1.18.^a CE): inconstitucionalidad sobrevenida del precepto legal autonómico que contradice el régimen de mayorías establecido por la legislación básica estatal para la adopción de acuerdos municipales.**
 - F) **Aguas (art. 149.1.22.^a CE), medio ambiente y espacios naturales (art. 149.1.23.^a CE): validez de los preceptos de la Ley de acompañamiento de 2003 que modifican las Leyes de evaluación de impacto ambiental y de aguas.**
 - G) **Nulidad del precepto de la ley de costas que interpreta en abstracto el alcance de la competencia autonómica sobre ordenación territorial y del litoral.**
-

1. INTRODUCCIÓN

En esta crónica se analiza la doctrina más novedosa e interesante de las 25 sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional los meses de julio, agosto y septiembre de 2012: 6 recursos de inconstitucionalidad, 5 cuestiones de inconstitucionalidad, un conflicto positivo de competencias y 13 recursos de amparo constitucional. 8 de estos recursos de amparo fueron estimados, dos inadmitidos en la sentencia y 3 desestimados. Entre los recursos de amparo predominan claramente los asuntos sancionatorios y los de ámbito penal o penitenciario. Las vulneraciones más alegadas por los recurrentes han sido el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), a la legalidad penal (art. 25 CE), y a la libertad personal (art. 17.1 CE).

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de inconstitucionalidad

No hay doctrina novedosa.

B) Cuestiones de inconstitucionalidad

No hay doctrina novedosa.

C) Recursos de amparo

a) *Admisibilidad de la demanda*

- a) Doctrina constitucional novedosa: especial trascendencia constitucional para la interpretación de la Constitución y determinación y alcance del contenido de los derechos fundamentales [art. 50.1.b) LOTC]

El Tribunal Constitucional ha dictado tres recursos de amparo sobre cuestiones que no se había pronunciado hasta el momento.

En la *STC 145/2012, de 2 de julio*, el Tribunal Constitucional estimó vulnerado el art. 24.1 CE (y art. 25.1 CE) al considerar que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid incurrió en una selección irracional y arbitraria de la norma al no tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y otorgó efectos *ex nunc* a una sentencia de dicho Tribunal que declaraba la contradicción entre una norma de Derecho originario europeo y una norma española (concretamente la previsión contenida en la disposición adicional undécima, apartado 1, párrafo segundo, función 14, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, modificada por el Real Decreto-ley 4/2006, de 24 de febrero) (STJUE de 17 de julio de 2008). Por tanto, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid debió inaplicar la norma jurídica española conforme a toda la doctrina jurídica europea de vinculación y respeto al Derecho Europeo por los Estados miembros. Además el Tribunal Constitucional puntualizó que, a pesar de que no le corresponde con-

trolar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho de la Unión Europea, puesto que este control compete exclusivamente a los órganos de la jurisdicción ordinaria y, en su caso, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y que la eventual infracción del Derecho de la Unión por leyes estatales o autonómicas no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas no constitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, las *quejas planteadas por la empresa demandante tienen un claro contenido constitucional* y forman parte del objeto de protección del recurso de amparo, por lo que es constitucionalmente competente para conocer este asunto.

En la *STC 142/2012, de 2 de julio*, el Tribunal Constitucional decide en este caso concreto si el *acceso por la Guardia Civil a la agenda del teléfono móvil* de una coimputada es un acto administrativo sólo con incidencia en el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) o alcanza también al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). La diferencia en que con el art. 18.3 CE la intervención de las comunicaciones requiere siempre resolución judicial. Sin embargo, en el art. 18.1 CE no existe esa misma garantía de previa resolución judicial respecto del derecho a la intimidad personal. En este caso concreto, el Alto Tribunal estimó que este comportamiento sólo incidía en el ámbito del derecho a la intimidad, por el carácter limitado de la intervención e información obtenida del teléfono móvil.

En la *STC 141/2012, de 2 de julio*, el Tribunal Constitucional reconoce pronunciarse por primera vez sobre el *internamiento psiquiátrico* urgente de una persona, acordado sin control judicial. Tras la exposición de doctrina referente al caso sobre el derecho a la libertad personal del art. 17.1 CE, el Alto Tribunal falla la vulneración de dicho derecho fundamental.

- b) Especial trascendencia constitucional para la aplicación o general eficacia de la Constitución [art. 50.1.b) LOTC]

Con carácter general, la Sala 2.^a del Tribunal Constitucional suele centrarse más en asuntos de mala aplicación o inaplicación de la doctrina constitucional por parte de los poderes públicos, en especial los tribunales. El Tribunal Constitucional estima constitucionalmente relevante las vulneraciones de los derechos fundamentales provenientes de leyes o cualesquiera otras disposiciones de carácter general [supuesto c) *STC 155/2009, de 29 de junio, FJ 2*]. En la *STC 156/2012, de 17 de septiembre*, el Tribunal Constitucional vuelve a estimar la vulneración del art. 25.1 CE, como ya lo hiciera en la *STC 90/2012* entre otras, por el mismo precepto (art. 40.2) de la Ley 24/2003, de 10 de julio, de la viña y el vino. El Tribunal se remite sin más a los razonamientos de la citada sentencia para apoyar la estimación del recurso.

De especial relevancia, a nuestro juicio, es la *STC 153/2012, de 16 de julio*, donde el Tribunal Constitucional insiste en el papel de principales vigilantes y garantes de derechos fundamentales de los tribunales ordinarios, en especial tras la LO 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC. En esta sentencia el Tribunal Constitucional critica la inadmisión sin motivación del incidente de nulidad de actuaciones (art. 241.1 LOPJ) dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Burgos. Este tipo de inadmisiones condena a la indefensión a los litigantes, pues a pesar de la eventual existencia de una vul-

neración de un derecho fundamental, el Tribunal Constitucional puede no poder conocer del caso si adolece de especial relevancia constitucional. Por ello, el Tribunal Constitucional insiste en la trascendencia del incidente de nulidad de actuaciones (art. 241.1 LOPJ) en la tutela de los derechos fundamentales de los litigantes. El Alto Tribunal ya había insistido en la importancia de este incidente, pero siempre en asuntos ante el Tribunal Supremo. Esta vez lo hace en un caso protagonizado por un tribunal inferior.

En la *STC 155/2012, de 16 de julio*, el Tribunal concede el amparo al estimar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) porque el Tribunal Económico-administrativo Foral de Gipuzkoa no entró a analizar las cuestiones legales planteadas por el recurrente vulnerando su derecho a obtener una respuesta fundada en derecho, desconociendo doctrina constitucional dictada en casos iguales. De la misma forma, en la *STC 154/2012, de 16 de julio*, el Tribunal Constitucional califica como excesivamente rigorista la interpretación dada por la Audiencia Provincial de Pontevedra de la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ sobre la constitución del depósito para recurrir, negando la posibilidad de subsanar la no constitución de depósito como ya había reconocido el Tribunal Constitucional en otras decisiones (entre otras, véase la *STC 130/2012*). De esta manera, se estima vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en su dimensión de acceso al recurso (art. 24.1 CE). En la *STC 144/2012, de 2 de julio*, el Tribunal Constitucional sanciona que la Audiencia Provincial de Huelva (Sala de apelación) modificara el relato de hechos probados de la sentencia del Juzgado de lo Penal (juzgado de instancia) mediante una nueva valoración y revisión de las pruebas personales practicadas en el juicio sin haberlas sometido en la segunda instancia a la debida contradicción, intermediación y oralidad. Este comportamiento de la Audiencia Provincial no respeta la doctrina contenida en la *STC 167/2002* en relación a la ponderación de las pruebas personales en la segunda instancia. Por consiguiente, la Audiencia Provincial vulnera el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por no existir por tanto una prueba válidamente practicada, efectuando una interpretación arbitraria y parcial de la prueba, para llegar a su conclusión condenatoria tan solo en base a meras convicciones.

c) Especial trascendencia constitucional en el ámbito penitenciario y penas privativas de libertad

Es de destacar que un importante número de decisiones del Tribunal Constitucional tratan de vulneración de derechos fundamentales planteados en el ámbito penitenciario, como la *STC 157/2012, de 17 de septiembre*, sobre un asunto de refundición de condenas (inadmitido en la sentencia por no agotar la vía judicial previa); la *STC 152/2012, de 16 de julio*, sobre redención de penas por el trabajo (inadmitido igualmente en la sentencia por falta de agotamiento de la vía judicial previa); y la *STC 158/2012, de 17 de septiembre*, que no estima vulneración del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) al realizarse el cómputo de años en prisión por acumulación de condenas. Finalmente, en la *STC 140/2012, de 2 de julio* el Alto Tribunal estimó vulnerado el art. 17.1 CE del recurrente al estimar que los autos impugnados no cumplieron con las exigencias constitucionales de motivación reforzada de las resoluciones judiciales que acuerdan o mantienen la prisión provisional, como establece una sólida doctrina constitucional.

3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

A) Condiciones básicas de igualdad y expropiación forzosa (arts. 149.1.1.^a y 18.^a CE): contradicciones entre la legislación urbanística extremeña y el texto refundido de la Ley de suelo

La STC 148/2012, de 5 de julio, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del suelo y ordenación territorial de Extremadura. El tiempo transcurrido desde la interposición del recurso obliga al TC a tener en cuenta los cambios legislativos que se han producido en la legislación básica del Estado (la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo y el posterior texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio) y en la legislación autonómica que es objeto de control (Ley 9/2010, de 18 de octubre). La Sentencia advierte de que el Tribunal tiene pendientes de resolver varios recursos de inconstitucionalidad contra la vigente legislación estatal de suelo, por lo que la «valoración que este Tribunal haya de hacer, para la resolución del presente recurso, del texto refundido de la Ley de suelo del 2008 en cuanto canon de constitucionalidad de los preceptos autonómicos impugnados, se realiza, exclusivamente, a efectos de la resolución de la controversia competencial que en el mismo se plantea, sin prejuzgar en absoluto cualesquiera otros motivos de inconstitucionalidad —especialmente de carácter sustantivo— que aquí no se han planteado».

La Sentencia no contiene doctrina novedosa respecto de las competencias del Estado que inciden en la materia urbanística y se limita a examinar la adecuación de la Ley autonómica con la legislación general estatal. El TC declara inconstitucionales y nulos varios artículos de la Ley extremeña 15/2001 relacionados con los criterios de valoración urbanística por contradecir lo dispuesto en la Ley estatal del suelo e impone también algunas declaraciones de interpretación conforme que se llevan al fallo.

B) Administración de Justicia (art. 149.1.5.^a CE): constitucionalidad de las disposiciones legales estatales que garantizan la homogeneidad de la estructura básica de la oficina judicial

La STC 163/2012, de 20 de septiembre, desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña en relación con la modificación que lleva a cabo la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de diversos preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial relativos a la dotación de oficinas judiciales y al régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia. La Sentencia ratifica la jurisprudencia previa del TC, contenida en las SSTC 253/2005 y 31/2010, según la cual las competencias autonómicas en materia de Administración de Justicia quedan limitadas a aquellas atribuciones encomendadas al ejecutivo estatal que no resulten imprescindibles para el mantenimiento del carácter nacional de los cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia. En sentido inverso, la necesaria existencia de un núcleo homogéneo en el régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia justifica la reserva a unas instancias comunes de aquellas materias que puedan afectar de forma decisi-

va a elementos esenciales del estatuto de dicho personal, tal y como haya sido configurado en cada momento por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

C) Comercio interior y ordenación general de la economía (artículo 149.1.13.^a CE): el régimen de autorización de la venta ambulante es una competencia autonómica que no incide en la actividad económica general

La STC 143/2012, de 2 de julio, declara que el Real Decreto 199/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la venta ambulante o no sedentaria, vulnera las competencias de la Comunidad Autónoma de Cataluña. La Sentencia atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia para establecer el régimen de las autorizaciones administrativas necesarias para ejercer la venta ambulante y rechaza que la regulación jurídico-pública de esta modalidad comercial tenga incidencia directa y significativa en la actividad económica general.

D) Ordenación general de la economía (art. 149.1.13.^a CE): extralimitación en el ejercicio por el Estado de sus competencias de fomento

La STC 150/2012, de 5 de julio, declara inconstitucionales varios artículos del Real Decreto-ley 13/2009, de 26 de octubre, por el que se crea el fondo estatal para el empleo y la sostenibilidad local. La Sentencia encuadra este fondo —que tenía como finalidad reactivar la economía, reducir el desempleo y garantizar la suficiencia financiera de las entidades locales— dentro de la materia «planificación general de la economía» (art. 149.1.13.^a CE). El Tribunal rechaza la concurrencia del resto de títulos competenciales invocados por el Estado en el Decreto-ley (los apartados 1.^a, 14.^a y 18.^a del art. 149.1 CE). El Tribunal se remite a su doctrina sobre el ejercicio de la potestad subvencional (STC 13/1992) y reitera que en los supuestos en los que el Estado dispone de un título genérico, básico o de coordinación, la regulación estatal de la subvención debe dejar siempre un margen a las Comunidades Autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino de los fondos, así como para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación. Además, la gestión de estos fondos corresponde a las Comunidades Autónomas, de modo que las partidas deben territorializarse. El Decreto-ley impugnado incumple estas condiciones al Ministerio de Política Territorial la administración, gestión y dirección del fondo, así como su control y seguimiento.

E) Régimen local (art. 149.1.18.^a CE): inconstitucionalidad sobrevenida del precepto legal autonómico que contradice el régimen de mayorías establecido por la legislación básica estatal para la adopción de acuerdos municipales

La STC 159/2012, de 17 de septiembre, declara la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 131.2 de la Ley del Parlamento de Canarias 14/1990, de 26 de julio, de régimen jurídico de las Administraciones públicas de Canarias. El TC constata la contradicción —que ya había advertido en la STC 66/2011, en un recurso de amparo que forma parte de los antecedentes de hecho de la cuestión de inconstitucionalidad que resuelve en este caso

el Tribunal— entre este precepto legal autonómico y el art. 47.2 d) de la Ley reguladora de las bases de régimen local (LBRL). Mientras la norma estatal, cuyo carácter básico confirma el TC, exige mayoría absoluta del número legal de miembros de las corporaciones para alterar la capitalidad del municipio, la norma autonómica eleva esta mayoría a «las dos terceras partes del número de hecho y, en todo caso, la mayoría absoluta del número legal de miembros de las corporaciones».

La Sentencia explica que la divergencia entre la norma autonómica y la legislación básica del Estado tiene su origen en la reforma operada en el art. 47.2 LBRL mediante la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local. En su versión anterior a dicha reforma, el precepto citado requería para la adopción de ese tipo de acuerdos «el voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho y, en todo caso, la mayoría absoluta del número legal de miembros», incorporándose literalmente esta exigencia al art. 131.2 de la Ley del Parlamento de Canarias 14/1990, de 26 de julio. En consecuencia, se ha producido una inconstitucionalidad sobrevenida de la norma autonómica a raíz de que el legislador estatal sustituyera, como se ha indicado, ese criterio por el de la «mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación».

F) Aguas (art. 149.1.22.^a CE), medio ambiente y espacios naturales (art. 149.1.23.^a CE): validez de los preceptos de la Ley de acompañamiento de 2003 que modifican las Leyes de evaluación de impacto ambiental y de aguas

La STC 149/2012, de 5 de julio, confirma la constitucionalidad de los preceptos de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que modifican las Leyes de evaluación de impacto ambiental (Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio) y de aguas (Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio). Se declaran válidos los preceptos legales que atribuyen a la Administración competente para la autorización del plan o proyecto la realización de la evaluación ambiental de las zonas especiales de conservación. A la misma conclusión se llega en relación con las modificaciones legales introducidas para trasponer la Directiva marco del agua.

G) Nulidad del precepto de la ley de costas que interpreta en abstracto el alcance de la competencia autonómica sobre ordenación territorial y del litoral

La STC 162/2012, de 20 de septiembre, declara la inconstitucionalidad del art. 114.2 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas, introducido por el art. 120.6 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, es inconstitucional y nulo. El precepto impugnado disponía que la competencia autonómica sobre ordenación territorial y del litoral «alcanzará exclusivamente al ámbito terrestre del dominio público marítimo-terrestre, sin comprender el mar territorial y las aguas interiores». La Sentencia considera que el legislador estatal ha incurrido en un vicio formal de inconstitucionalidad, porque el legislador estatal no puede, sin una expresa previsión constitucional o estatutaria para ello, llevar a cabo «una interpretación conceptual y abstracta del sistema de distribución de competencias con el objetivo de delimitar las atribuciones de las Comunidades Autónomas». Sin embargo, la Sentencia aclara que no existe un menoscabo de la competencia autonómica desde un punto de vista material porque la ley se limita a recoger la doctrina

previa del Tribunal Constitucional sobre el alcance de las competencias autonómicas sobre ordenación del territorio. Se utiliza como precedente la STC 149/1991.

La misma Sentencia desestima el resto de impugnaciones planteadas por la Junta de Andalucía, que hacían referencia a los cambios operados por la ley de acompañamiento de 2002 en las tasas fiscales relacionadas con el juego (Decreto 3059/1966, de 1 de diciembre), la creación por esta ley de una tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional y la alteración de la fórmula de cálculo de financiación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

JAVIER GARCÍA ROCA
PABLO SANTOLAYA MACHETTI
RAÚL CANOSA USERA
ISABEL PERELLÓ DOMENECH
RAFAEL BUSTOS GISBERT
ENCARNA CARMONA CUENCA
MARÍA ISABEL GONZÁLEZ PASCUAL
JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO
MARÍA DÍAZ CREGO
ARGELIA QUERALT JIMÉNEZ
IGNACIO GARCÍA VITORIA
MARIO HERNÁNDEZ RAMOS
MIGUEL PÉREZ-MONEO AGAPITO
MÓNICA ARENAS RAMIRO
YOLANDA FERNÁNDEZ VIVAS
ROBERTO ROSINO CALLE

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.
2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.
 - A) Derecho a la vida (art. 2 CEDH).**
 - a) La obligación de investigar de forma eficaz delitos que conlleven la muerte de un sujeto conlleva también la de analizar si tales delitos tienen una motivación racista.
 - B) Prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH).**
 - a) Prohibición de tratos inhumanos y de discriminación (artículos 3 y 14 CEDH). La falta de investigación adecuada sobre la utilización de perfiles raciales en actuación policial, motivada exclusivamente por motivos raciales, provoca la violación de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, y de la prohibición de discriminación.
 - b) Vulneración de la vertiente procedimental del derecho a no sufrir malos tratos: falta de investigación diligente.
 - C) Derecho a la libertad y la seguridad (art. 5 CEDH).**
 - a) Las privaciones de libertad indeterminadas devienen arbitrarias, superado el elemento punitivo, si no ofrecen los instrumentos de rehabilitación pertinentes.
 - D) Derecho a un proceso justo (art. 6 CEDH).**
 - a) Derecho a un juicio justo y obligación de excluir cualquier prueba obtenida con violación del art. 3 CEDH.
 - b) Derecho a un juicio justo y art. 8, derecho a la vida privada familiar. Retirada judicial de los derechos parentales sin posibilidad de revisión.
 - E) Derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH).**
 - a) Alcance del secreto profesional de los Abogados, requisitos para efectuar un registro de datos electrónicos y derechos del artículo 8 CEDH.
 - b) Requisitos para la expulsión de emigrantes de larga residencia y derecho al respeto de la vida privada y familiar.
 - c) Retorno forzoso de niño tras secuestro y derecho al respeto de la vida privada y familiar. Interrelaciones entre la Convenciones de La Haya sobre secuestro de niños, de Nueva York sobre menores, y la tutela reforzada del CEDH.
 - d) La vulneración del derecho a la vida privada en caso de negligencias médicas.
 - e) Posibilidad de investigar la maternidad biológica y derecho a la vida personal y familiar.

F) Libertad de expresión (art. 10).

- a) Graduación de su contenido en función del interés general. Escasa protección de la libertad de expresión comercial.
- b) Libertad de expresión y de reunión: exhibición de banderas identificadas con períodos autoritarios. Contra-manifestaciones.
- c) Ataques al honor del juez en el marco de procedimientos judiciales. Legitimidad de la sanción aun sin probarse la veracidad o no de las imputaciones.

G) Libertad de reunión (art. 11).

- a) Las manifestaciones de policías en las que se pide la dimisión del Gobierno no están protegidas por la libertad sindical. Sentencia Sindicato de Policía de la República de Eslovaquia.
- b) Contramanifestaciones, ofrecimiento de un itinerario alternativo y libertades de expresión, reunión y manifestación pacífica.

H) Derecho a un recurso efectivo (art. 13).

- a) El cumplimiento de obligaciones internacionales no justifican el incumplimiento de las obligaciones derivadas del CEDH (en relación con derechos de los arts. 8 y 13 CEDH).
- b) Ausencia de mecanismos de control de la autorización judicial de intervención de las comunicaciones y su implementación (art. 8 CEDH y art. 13 CEDH).

I) Demandas individuales (art. 34 CEDH).

- a) La no consideración de la medida cautelar de no extradición de un individuo por parte de los Tribunales nacionales lesiona el reconocimiento de las demandas individuales.

J) Derecho de propiedad (art. 1 del Protocolo 1).

- a) Incautación de colección de armas.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

A) Derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE).

- a) En cuanto afecta a un derecho fundamental, el acuerdo de prórroga de la prisión provisional debe ser objeto de motivación reforzada.
- b) En el internamiento forzoso urgente en un centro psiquiátrico deben aplicarse las garantías del art. 17 CE.

B) Derecho a la intimidad (art. 18.1 CE).

- a) El acceso ilícito a la agenda del teléfono móvil, sin acceder al registro de llamadas, constituye vulneración del derecho a la intimidad pero no del secreto de las comunicaciones.

C) Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

- a) Acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE): La falta de alegaciones en vía administrativa no excusa de un pronunciamiento sobre el fondo en vía contenciosa.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

A) Libertad religiosa (art. 10 CDFUE).

- a) Estatuto de Refugiado.

- B) **Derecho a la no discriminación y ciudadanía de la Unión (art. 18 TFUE).**
 - a) Orden de detención y entrega.
 - C) **Dignidad humana (art. 1 CDFUE).**
 - a) Solicitud de asilo.
5. TRIBUNAL SUPREMO.
- A) **Sala 1.^a, de lo Civil.**
 - a) Vulneración del derecho al honor (art. 18 CE), en su vertiente de prestigio profesional, por reiteración en la utilización de expresiones injuriosas o vejatorias.
 - B) **Sala 3.^a, de lo Contencioso-Administrativo.**
 - a) Derechos Fundamentales.
 - b) Extranjería.
-

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En esta crónica se analizan las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del período de julio-agosto-septiembre, con una selección de las más importantes de entre las 348 dictadas en ese período. Asimismo, se disecciona la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en materia de derechos fundamentales en ese período.

En primer lugar, cabe destacar, entre las sentencias de Estrasburgo, la condena a España en el asunto **BS contra España, de 24 de julio de 2012**, por la violación del artículo 14 CEDH en relación con el artículo 3 CEDH, por el uso de perfiles raciales en las actuaciones policiales, con relación a la detención de una prostituta de raza negra y la falta de investigación por las autoridades sobre si hubo un móvil racial o no, como parecía (también, sobre ello, pero con relación al derecho a la vida, el asunto **Fedorchenko y Lozenko c. Ucrania, de 20 de septiembre de 2012**). También tiene especial interés para España acaso el asunto **Fáber c. Hungría, de 24 de julio de 2012**, relativo a la exhibición de banderas identificadas con períodos autoritarios en una contra-manifestación a otra contra el racismo, asunto en el que se aprecia vulneración del art. 11 CEDH por la sanción impuesta (multa de en torno a 200 euros), apreciadas las circunstancias de lugar y tiempo y el comportamiento no violento de quien ondeaba la bandera y se negó a desistir de su conducta ante el requerimiento policial. Tiene también su trascendencia el asunto **El Haski c. Bélgica, de 25 de septiembre de 2012**, sobre prohibición de valoración de pruebas obtenidas en un país con «riesgo real» de vulneración de derechos fundamentales (aquí, art. 3 CEDH).

Entre las sentencias del Tribunal Constitucional, cabe destacar la **STC 141/2012, de 2 de julio**, sobre el internamiento forzoso en un centro psiquiátrico con carácter urgente al amparo del art. 763.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya falta de carácter orgánico se había declarado inconstitucional (sin nulidad) ya en la STC 132/2010, y su control judicial con arreglo al principio de proporcionalidad y las garantías derivadas del art. 17 CE y

conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Es también interesante, sobre el derecho a la intimidad y su delimitación del derecho al secreto de las comunicaciones, la cuestionable **STC 142/2012, de 2 de julio**, sobre el acceso policial al teléfono móvil de un coimputado, supuestamente limitado a los contactos telefónicos y sin afectar a las llamadas realizadas o recibidas.

De las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, puede mencionarse el asunto **Y, Z c. Alemania, de 5 de septiembre**, sobre el alcance de la libertad religiosa (y cuándo puede hablarse de persecución por ella) con relación al asilo y estatuto de refugiado, y de interés con relación a nuestra ley interna de trasposición de la orden europea de detención y entrega.

Y en cuanto a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, cabe destacar la interesante **STS de 9 de julio de 2012**, que versa sobre los derechos del art. 18 CE en su proyección a las personas jurídicas, diferenciándolos de los derechos de los empleados afectados.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Derecho a la vida (art. 2 CEDH)

- a) *La obligación de investigar de forma eficaz delitos que conlleven la muerte de un sujeto conlleva también la de analizar si tales delitos tienen una motivación racista*

En el asunto **Fedorchenko y Lozenko c. Ucrania, de 20 de septiembre de 2012**, el TEDH analiza las muertes de varios familiares del demandante en el transcurso de un incendio provocado en su vivienda. A pesar de que 5 familiares del demandante murieron en ese incendio y de que, en el mismo día, se prendió fuego a otras dos casas de familias de etnia romaní residentes en el mismo municipio, nadie fue condenado por ello tras 11 años de investigación. En esta lógica, el TEDH se plantea si la investigación desarrollada por las autoridades ucranianas fue diligente o si, por el contrario, se produjo una vulneración procedimental del art. 2 CEDH. La conclusión del TEDH es clara, en la medida en que el Alto Tribunal pone de manifiesto que el gobierno no ha remitido información sobre el caso, indicando las actuaciones concretas desarrolladas por la policía nacional, y que varios tribunales ucranianos consideraron que la investigación desarrollada presentaba varias carencias tanto formales como sustantivas. Sin embargo, lo más llamativo del pronunciamiento del TEDH en la materia era que el Alto Tribunal no sólo consideraba vulnerado el art. 2 CEDH, en su vertiente procedimental, sino también el art. 14 CEDH, en la medida en que el delito investigado podría haber tenido motivaciones racistas (al ser cometido contra tres familias de etnia romaní), pero a pesar de la existencia de indicios que apuntaban en tal sentido, las autoridades ucranianas no desarrollaron diligencia alguna tendente a determinar si existía un nexo causal entre el delito y algún tipo de odio racial. El TEDH recordaba así que el art. 14 CEDH impone a las autoridades nacionales, cuando investiguen actos violentos, la obligación de adoptar las medidas necesarias para desenmascarar posibles motivaciones racistas; obligación que se habría incumplido, claro está, en este caso.

B) Prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH)

- a) *Prohibición de tratos inhumanos y de discriminación (artículos 3 y 14 CEDH). La falta de investigación adecuada sobre la utilización de perfiles raciales en actuación policial, motivada exclusivamente por motivos raciales, provoca la violación de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, y de la prohibición de discriminación*

En el asunto **BS contra España, de 24 de julio de 2012**, se analizan los hechos relacionados con la detención de una mujer nigeriana, residente legal en España desde 2003, que había sido detenida por la policía mientras ejercía la prostitución en tres ocasiones. Las detenciones se habían producido, según la demandante, tras haber sido agredida tanto verbal como físicamente por la policía, y por los únicos motivos de estar ejerciendo la prostitución, su color de piel y su género; la demandante alegaba que se le había detenido sólo por su aspecto racial, pues otras mujeres que estaban en la zona ejerciendo la prostitución no habían sido detenidas.

En este caso, las autoridades nacionales alegaron que la intervención policial se había producido únicamente en el ejercicio de sus funciones preventivas de reprimir el ejercicio de la prostitución en la zona, ante el aumento de la alarma social. Asimismo, los Tribunales competentes, tras analizar los Informes policiales y los Informes médicos aportados por la demandante, consideraron que no había indicios suficientes de los hechos alegados por la Sra. BS, aunque no entraron a analizar el asunto ni admitieron diligencias adicionales propuestas. Y el Tribunal Constitucional consideró que el amparo carecía de contenido constitucional, aspecto éste más que cuestionable y que vuelve a poner en tela de juicio la discrecionalidad de la «especial trascendencia constitucional».

El TEDH concluyó que el artículo 3 CEDH, cuando es alegado por el demandante, conlleva una obligación para el Estado de investigar los hechos, lo que en este caso no se había producido, provocando la correspondiente lesión. No obstante, respecto de la alegación de malos tratos denunciada, el TEDH concluyó que la imprecisión de los informes presentados, así como la falta de una investigación adecuada, le impedían encontrar violación de este artículo 3 CEDH en este sentido. Y, por último, en relación con la prohibición de discriminación, el TEDH concluyó que ante su alegación, las autoridades nacionales deberían haber llevado a cabo todas las medidas necesarias para desenmascarar cualquier motivación racista y establecer si el odio étnico o prejuicio racial podían haber jugado un papel en el transcurso de los acontecimientos. Y como en el presente caso, dicha investigación no se realizó y de los hechos descritos parece deducirse que los motivos raciales sí jugaron un papel determinante en la actuación policial llevada a cabo, el TEDH concluyó una violación del citado artículo 14 CEDH y condenó a España a indemnizar a la Sra. BS. Aunque tenemos que concluir aquí que el TEDH no llega a considerar que se le deba imponer a España una obligación de modificar su ordenamiento jurídico interno con el fin de evitar este tipo de situaciones en tanto que, en palabras del Tribunal, en el presente caso no se da un problema estructural de fondo. Algo también más que cuestionable.

b) *Vulneración de la vertiente procedimental del derecho a no sufrir malos tratos: falta de investigación diligente*

Los hechos de los que trae causa la sentencia **M. y otros contra Italia y Bulgaria, de 31 de julio de 2012**, son los siguientes: los demandantes, L. M., S. M., I. I. y K. L., miembros de una misma familia gitana de nacionalidad búlgara, se trasladaron a Milán bajo la promesa de trabajar en una gran villa a cargo de unos gitanos de origen serbio. Al poco de llegar a su destino, los padres de L. M. huyeron de la finca, alegando que habían sido maltratados brutalmente y que su hija había sido secuestrada por los dueños de la villa. Tras escapar volaron de vuelta a Bulgaria y al cabo de los días volvieron a Italia para denunciar ante la policía italiana los hechos y lograr el rescate de L. M. La policía liberó a la entonces menor de las manos de sus supuestos captores 2 semanas más tarde. Después de estos hechos y pese a la denuncia de la menor de malos tratos, rapto y violación, la policía, tras interrogar a los implicados en el caso, cerró el caso por falta de indicios que indicaran la comisión de ningún delito.

Tras estudiar la demanda, el TEDH estimó que Italia había conculcado el art. 3 CEDH en su vertiente procedimental porque, pese a los hechos alegados, las autoridades italianas se limitaron a hacer un par de interrogatorios sin proceder a otras averiguaciones preliminares como, por ejemplo, realizar una exploración médica a la menor o interrogar a otras personas que pudieran haber presenciado los hechos denunciados. El TEDH desestimó, en cambio, las alegaciones relativas a la supuesta violación de los arts. 4 (prohibición de esclavitud y trata de seres humanos) y 14 (trato discriminatorio por el origen gitano de los implicados en el caso).

C) Derecho a la libertad y la seguridad (art. 5 CEDH)

a) *Las privaciones de libertad indeterminadas devienen arbitrarias, superado el elemento punitivo, si no ofrecen los instrumentos de rehabilitación pertinentes*

La sentencia **James, Wells y Lee contra Reino Unido, de 18 de septiembre de 2012**, viene a poner de manifiesto, una vez más, los problemas que plantea el sistema de sentencias de prisión indeterminada (en sus iniciales inglesas, IPP) previsto en Gran Bretaña. Este sistema, en su versión revisada después de sentencias de Estrasburgo previas, supone que una sentencia condenatoria incorpora un período de privación de libertad correspondiente a la parte punitiva de la pena, «tariff», y en caso de riesgo, una prolongación de la privación de libertad sometida a controles sucesivos por las Comisiones de Revisión, quienes se encargan de verificar si el riesgo inicial sigue existiendo o no. Entre otras cosas, este sistema se caracterizaba porque el riesgo se presumía si el declarado culpable contaba con condenas previas por delitos violentos o sexuales, salvo que el juez considerase irrazonable hacer tal asunción.

En este caso, los demandantes alegaban la violación del art. 5 CEDH debido a que, una vez finalizado el período de «tariff» de su pena, y pese a que la normativa lo establecía como obligatorio, no fueron puestos en ningún curso de rehabilitación debido, principalmente, a la falta de recursos puesta de manifiesto por los operadores jurídicos implicados en el sistema penitenciario. Así, los demandantes permanecieron en prisión a la espera

de recibir dichos cursos, necesarios para las evaluaciones de Comisión de Revisión, que debía decidir sobre su puesta en libertad o, como mínimo, su mejora de grado en prisión. El TEDH admitió las alegaciones de los demandantes y concluyó que la prolongación de la privación de libertad una vez expirado el período correspondiente al elemento punitivo de la pena («tariff») provocó una violación del art. 5. 1 CEDH. El sistema de «tariff» al que fueron expuestos los demandantes desapareció en 2008.

D) Derecho a un proceso justo (art. 6 CEDH)

a) *Derecho a un juicio justo y obligación de excluir cualquier prueba obtenida con violación del art. 3 CEDH*

En el asunto **El Haski c. Bélgica, de 25 de septiembre de 2012**, se analizan distintos vicios procedimentales que habrían determinado la condena del demandante como miembro de una organización terrorista (asociada al fundamentalismo islámico), vulnerando así el art. 6 CEDH. En concreto, el demandante alegaba que en el proceso penal que finalizó con su condena se habrían utilizado testimonios obtenidos en Francia y en Marruecos, a través de técnicas de interrogatorio que debían considerarse torturas o tratos inhumanos o degradantes.

El TEDH considera que aquellas pruebas que hayan podido ser obtenidas con vulneración del art. 3 CEDH suscitarán graves dudas en relación con el carácter justo del proceso considerado en su conjunto, que es su parámetro de enjuiciamiento. Así, recuerda el TEDH en línea con su jurisprudencia *Othman c. Reino Unido*, de 12 de enero de 2012, que cuando un justiciable plantee que alguna de las pruebas utilizadas en su contra ha sido obtenida con vulneración del art. 3 CEDH, los tribunales internos deberán desechar tal medio de prueba. Si tal alegación no ha sido probada más allá de toda duda razonable, pero la prueba testimonial se obtuvo en un Estado en el que el sistema judicial no ofrece mecanismos adecuados para realizar un análisis independiente de eventuales vulneraciones del art. 3 CEDH, será suficiente con que el acusado pruebe que existe un «riesgo real» de que la prueba haya sido obtenida con violación del citado derecho. En el caso analizado, el TEDH llega a la conclusión de que sí se habría producido la vulneración del art. 6 CEDH, en la medida en que el demandante fue condenado gracias a testimonios obtenidos en el año 2004 en Marruecos y provenientes de sujetos que habrían participado en los atentados de Casablanca. Según información proveniente de diversas ONGs y de organismos internacionales los acusados de participar en esos atentados fueron sometidos de forma sistemática a torturas y tratos inhumanos y degradantes, sin que se realizara ningún tipo de investigación al respecto. En ese contexto, parecía razonable considerar que existía un riesgo real de que las pruebas utilizadas contra el ahora demandante hubieran sido obtenidas vulnerando el art. 3 CEDH.

b) *Derecho a un juicio justo y art. 8, derecho a la vida privada familiar. Retirada judicial de los derechos parentales sin posibilidad de revisión*

En el asunto **M.D. y otros c. Malta, de 17 de julio de 2012**, el TEDH se enfrenta a una particularidad procesal maltesa. La recurrente perdió la custodia de sus hijos como con-

secuencia de una condena penal por maltratarlos. Tras la condena la madre se rehabilitó, pues los maltratos eran el resultado de la influencia y presión de su pareja, de la que se había separado, pero no disponía de ninguna acción para recuperar, o revisar la pérdida de, sus derechos como madre. La imposibilidad de que ninguna autoridad judicial revocara en ninguna circunstancia una orden como la impuesta automáticamente como consecuencia de la condena penal constituye, a juicio del TEDH, una violación del art. 6 en su vertiente de derecho a acceder a los tribunales; y también del art. 8, por el carácter automático de la medida y la imposibilidad de revisarla una vez firme la resolución. Desde la perspectiva española esta decisión puede ser interesante para aquellos supuestos en los que se imponen automáticamente penas complementarias con independencia de la voluntad de la víctima (así, la pena de alejamiento en las condenas por maltrato cuando la maltratada desea volver a convivir con su pareja). Pero lo más interesante de esta decisión es de naturaleza procesal. Por una parte, cabe destacar los términos de la condena en cuanto que ordena que las autoridades maltesas deberán evitar violaciones similares en el futuro de modo que puedan ser revisadas estas medidas por autoridades judiciales independientes. Por la otra, es igualmente interesante el reconocimiento de *locus standi* a la madre natural en defensa de los intereses de sus hijos aunque las autoridades nacionales hayan retirado todos los derechos de patria potestad.

E) Derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH)

a) *Alcance del secreto profesional de los Abogados, requisitos para efectuar un registro de datos electrónicos y derechos del artículo 8 CEDH*

El caso **Robathin contra Austria, de 3 de julio de 2012**, enjuicia un supuesto de hecho donde se estiman violados los derechos del artículo 8 CEDH como consecuencia de un registro policial de los documentos electrónicos. El recurrente, Abogado de profesión, fue investigado por varios delitos de robo y malversación de fondos realizados en el ejercicio de su profesión. El juez instructor ordenó un registro de su despacho para buscar documentos electrónicos, —en ordenadores, CDs o discos—, relacionados con movimientos bancarios referidos a dos personas por resultar el recurrente sospechoso de esos delitos. El registro judicial se realizó con la presencia de policías, un Abogado defensor del investigado y un representante del colegio de abogados. A results de los documentos electrónicos encontrados, el actor fue condenado a tres años de prisión.

El TEDH determina que no hay previsiones sobre datos electrónicos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal pero sí sobre la búsqueda de objetos y, en consecuencia, estima que existe una suficiente previsión legal de la interferencia. Asimismo el fin del registro era evidentemente legítimo. Pero revisa si la medida era necesaria en una sociedad democrática y la autorización de registro estuvo razonablemente limitada. Aplicando los estándares fijados en el caso **Wieser y Bicos Beteiligungen GbmH**, recuerda que la ley austríaca establece los siguientes requisitos para efectuar un registro de datos electrónicos: presencia del registrado; elaboración de un informe o acta del registro; sellado de los documentos hallados y puestos a disposición del juez; presencia de un representante del Colegio de Abogados. Además la autorización estuvo limitada a los datos referidos a dos clientes. No obstante la autorización judicial de registro no estuvo convenientemente motivada respecto

de las propias razones del registro y sus circunstancias, lo que se estima viola los derechos del artículo 8 CEDH.

Un Voto disidente de dos Magistrados rechaza la violación y afirma que debió tenerse en cuenta al revisar las garantías que no se estaba analizando realmente un caso de secreto profesional, porque las medidas de registro no estaban encaminadas a la relación de defensa entre el Abogado y sus clientes sino a la propia conducta delictiva del Abogado. En consecuencia debió bastar con el cumplimiento de los requisitos fijados en la ley procesal austríaca.

b) Requisitos para la expulsión de emigrantes de larga residencia y derecho al respeto de la vida privada y familiar

El supuesto enjuiciado en el asunto **Samsonikov contra Estonia, de 3 de julio de 2012**, pone de manifiesto la dificultad práctica de un juicio como el que nos ocupa. El recurrente nació en Estonia, vivía allí y nunca había residido en Rusia, pero poseía nacionalidad rusa gracias a sus padres; asimismo se educó en la lengua rusa, moviéndose habitualmente en un círculo de personas de esa minoría, obteniendo permisos temporales de residencia, pero no la residencia permanente ni la nacionalidad. Fue condenado por tres delitos de escasa gravedad y al parecer sufría de SIDA y hepatitis C y vivía con una mujer. Poco después fue arrestado en Suecia por un delito de tráfico de drogas y, estando detenido, pidió una prórroga de su permiso de residencia al organismo de emigración de Estonia.

El TEDH maneja como fuente externa de referencia la **Recomendación Rec (2000)15 del Comité de Ministros del Consejo de Europa** a los Estados miembros respecto de emigrantes de larga residencia. Recuerda que los derechos del artículo 8 CEDH protegen la totalidad de los lazos sociales de los emigrantes y la comunidad en la que viven como parte de su «vida privada» y, en ocasiones, de su «vida familiar», pudiendo venir directamente afectada una u otra garantía según las circunstancias. También trae a colación que el Convenio ciertamente no concede el derecho a entrar o residir en un concreto país, pero sí a no ser expulsado de él sin ciertas garantías. En particular, los criterios fijados en el **Caso Boultif** son los siguientes: la naturaleza y seriedad de los delitos cometidos; la duración de la estancia en el país del que se le trata de expulsar; la nacionalidad de las personas afectadas; la situación familiar del recurrente; si el cónyuge conocía o no el delito cuando entró en la relación; si había niños en el matrimonio y su edad; y las dificultades del cónyuge para encontrarse con el recurrente al país al que sea expulsado. A estos criterios se añaden ahora dos más: el mejor interés de los niños en uno u otro país, la solidez de los lazos sociales y culturales del recurrente en el país de destino y en el de acogida.

De acuerdo con estos complejos criterios se estima —por 5 votos contra 2— que la expulsión y prohibición de entrada en el país por tres años no era desproporcionada. Previamente la Corte pondera —en un juicio de perfiles arriesgados— que el recurrente se educó en Estonia, donde vivían su padre y su hermano pero con familias separadas, así como que su relación con una mujer empezó poco después de ser deportado de Suecia, y que nunca pidió la nacionalidad de Estonia, que Rusia es un país fronterizo con Estonia, que hablaba la lengua rusa y tenía parientes allí; e incluso se pronostica o profetiza que allí podría seguir la relación con esa mujer si ambos lo deseaban.

Un Voto particular disidente de dos Magistrados pone acertadamente en tela de juicio la exactitud de esta ponderación, subrayando los ingredientes contrarios: estaba enfermo de SIDA y hepatitis C y algunas de las medicinas que había recibido no estaban disponibles en Rusia; siempre había vivido en Estonia, donde se educó, y su único lazo con Rusia era la nacionalidad que había recibido a los 20 años... Sobre todo, el Voto subraya los fuertes lazos del recurrente con Estonia, donde siempre había vivido desde niño, y la escasa entidad de los delitos.

c) *Retorno forzoso de niño tras secuestro y derecho al respeto de la vida privada y familiar. Interrelaciones entre las Convenciones de La Haya sobre secuestro de niños, de Nueva York sobre menores, y la tutela reforzada del CEDH*

El caso **B. contra Bélgica**, de 10 de julio de 2012, analiza un supuesto de relación entre tratados internacionales y el CEDH y de ahí su interés general. Los hechos son estos. Los recurrentes, madre e hijo, residían en Bélgica. La madre vivía en EE.UU. desde los tres años, donde conoció a un súbdito americano, de esta unión nació un niño que obtuvo la doble nacionalidad belga y estadounidense. En 2008 la madre parte de los EE.UU. con el niño, sin autorización del padre, y ambos se instalaron en Bélgica. El padre no se conformó con esta decisión y recurrió ante los tribunales americanos, que declararon el secuestro del niño, iniciándose un procedimiento en Bélgica conforme a la **Convención de La Haya sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños de 25 de octubre de 1980**, que concluyó en primera instancia dando la razón a la madre, pero decidiéndose en apelación el retorno forzoso del niño a los EE.UU. Los recurrentes alegan la lesión de su derecho al respeto de la vida familiar (artículo 8 CEDH) y denunciaban que el tribunal de apelación no profundizó suficientemente en la situación familiar ni ponderó el interés superior del menor como ordena la **Convención de Nueva York de derechos del niño de 20 de noviembre de 1989**.

El TEDH argumenta que el derecho a continuar viviendo juntos la madre y el hijo es un elemento fundamental del derecho a la vida familiar, y subraya que en esta materia de secuestro (*enlèvement*) internacional de niños las garantías del artículo 8 CEDH deben ser interpretadas a la luz de las exigencias e interacciones de las dos Convenciones citadas que tratan de luchar contra los desplazamientos y retorno ilícitos de los menores; la primera sentando un procedimiento urgente y sumario y la segunda sentando unos principios sustantivos entre los que destaca el superior interés del menor. Por otro lado, la Corte recuerda el principio de subsidiariedad que debe informar su papel en este asunto, debiendo abstenerse de sustituir a las jurisdicciones nacionales. No obstante —de forma algo contradictoria—, remarca el informe psicológico del experto que aconsejó no separar al niño de la madre y advertía de los riesgos del retorno forzoso a los EE.UU. y de conceder la tutela exclusiva al padre. Como conclusión el TEDH considera que el tribunal de apelación no determinó de manera clara si existía uno de los riesgos previstos en la Convención de La Haya y que, por tanto, no se satisficieron las garantías previstas en este procedimiento internacional y en el artículo 8 CEDH, no resultando el retorno una medida necesaria.

Junto a un Voto concurrente de dos jueces, que insisten en la protección reforzada respecto de las otras dos Convenciones que otorga el CEDH, hay otro Voto disidente de otros tres jueces, que sostienen que el razonamiento del tribunal de apelación no fue insuficiente

ni arbitrario; y, sobre todo, advierten, no es razonable imponer sobre las jurisdicciones internas un examen en profundidad de la situación familiar en cada caso en estos procedimientos de retorno iniciados conforme a la Convención de La Haya, donde se exige una cierta celeridad, como si fuera un procedimiento sobre el fondo sobre la concesión de los derecho parentales o de visita.

Quizás un camino intermedio resulte aconsejable, pero el TEDH hace bien en advertir a los jueces que no están ante un mero procedimiento de trámite y que están en juego graves riesgos para la salud psicológica de los niños que deben ponderar desde el interés superior del menor. Tiene pues interés general la interacción entre las Convenciones de La Haya y Nueva York y la garantía reforzada que al juego de las dos proporciona el artículo 8 CEDH que parece ofrecer una mayor protección. Mientras una protección constitucional más intensa permite desplazar la protección ofrecida por el sistema del Convenio, parece, en cambio, que la tutela dispensada por el CEDH permite sobreponerse a la de ambas convenciones internacionales de resultar más garantista.

d) La vulneración del derecho a la vida privada en caso de negligencias médicas

En el asunto **Spyra y Kranczkowski c. Polonia, de 25 de septiembre de 2012**, el TEDH analiza un asunto curioso en el que se plantea la posibilidad de que una negligencia médica, que provocó deficiencias graves en un niño, por el tratamiento inadecuado que habría recibido en el hospital nada más nacer, determine la condena de Polonia por violación del art. 8 CEDH. En el caso objeto de estudio, el TEDH aclara, en primer lugar, que el análisis del caso debe producirse desde la óptica del art. 8 CEDH, que protege la integridad moral y física de los individuos y garantiza el consentimiento informado de los pacientes. Recuerda así el TEDH que, según su jurisprudencia, los actos u omisiones de las autoridades en relación con las políticas de salud pública pueden determinar la vulneración, en ciertos supuestos, del art. 2 CEDH. En ese sentido, el precepto indicado obliga a las autoridades a imponer a los hospitales, sean públicos o privados, la obligación de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida de sus enfermos. Igualmente, recuerda el TEDH, el art. 2 CEDH obliga a los Estados parte a instaurar un sistema judicial eficaz e independiente que permita determinar la causa de la muerte de un sujeto que estaba en manos de personal médico (de hospitales públicos o privados) y, en su caso, obligar a los profesionales de la salud a responder por eventuales negligencias. Esos mismos principios, entiende el TEDH, pueden aplicarse en relación con la protección del derecho a la integridad personal a través del art. 8 CEDH. Sin embargo, la aplicación de esos principios al caso objeto de estudio no pueden determinar, entiende el TEDH, la vulneración del art. 8 CEDH, en la medida en que todos los informes de expertos emitidos en el proceso interno determinaron que la deficiencia del menor no tuvo su origen en ninguna mala praxis médica y en la medida en que los demandantes contaron con varios mecanismos para hacer valer sus pretensiones ante las autoridades internas.

e) Posibilidad de investigar la maternidad biológica y derecho a la vida personal y familiar

En el asunto **Godelli c. Italia, de 25 de septiembre de 2012**, el TEDH vuelve a pronunciarse sobre una cuestión no del todo nueva en la jurisprudencia de Estrasburgo: la posi-

bilidad de los niños dados en adopción de conocer la identidad de sus padres biológicos. En el caso objeto de estudio, la demandante es una mujer que fue dada en adopción nada más nacer y que, al tratar de investigar sus orígenes y conocer a sus progenitores, se topa con una legislación interna que preserva de forma total el anonimato de aquellas mujeres que hayan dado en adopción a sus hijos y así lo deseen. Siguiendo su jurisprudencia en la materia, el TEDH analiza el caso desde la óptica del derecho a la vida privada, al estimar que ese derecho protege la identidad personal del sujeto, de la que la identidad de los progenitores forma parte. En esa línea, el TEDH recuerda que, en situaciones como la analizada, no sólo está en juego el derecho a la vida privada de los hijos, que deben poder conocer la identidad de sus progenitores, sino también el derecho a la vida privada de las madres, que deben poder garantizar su anonimato. Además, el interés general plasmado en el deseo de garantizar la salud de madres y niños, así como de evitar que se desarrollen abortos ilegales o abandonos salvajes de recién nacidos, también juega un papel importante en estos asuntos. Todos esos elementos deben ser adecuadamente ponderados por los Estados parte a la hora de legislar en la materia. Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurriera en el caso *Odièvre c. Francia*, de 13 de febrero de 2003, el TEDH pone de manifiesto que la legislación italiana que se aplicó a la demandante concedía una preferencia absoluta a los intereses de los progenitores, de modo que, si la madre pedía el anonimato, no se reconocía al hijo ni la posibilidad de solicitar la reversión de ese anonimato, ni tampoco la posibilidad de solicitar información de su madre, aun cuando esa información no permitiera su identificación. En tal situación, estimaba el TEDH que el Estado parte no había ponderado adecuadamente los intereses en liza.

F) Libertad de expresión (art. 10)

a) *Graduación de su contenido en función del interés general.*

Escasa protección de la libertad de expresión comercial

En el asunto **Mouvement Raélien suisse v. Suiza, de 13 de julio**, una Gran Sala del TEDH da un paso adelante en la clarificación del contenido de la libertad de expresión como una libertad graduada en una discutida sentencia que se aprueba por un solo voto. El caso versa sobre la negativa de las autoridades suizas a que una asociación (el Movimiento Raeliano) pudiera pegar unos posters de publicidad en lugares públicos. El movimiento afectado es una asociación cuya finalidad es el contacto con los extraterrestres. La negativa de las autoridades se fundaba no en lo excéntrico de la finalidad de la sociedad, sino en la consideración de que el movimiento estaba envuelto en actividades inmorales y contrarias al orden público al proponer un sistema político basado en el dominio de los inteligentes (la «geniocracia») y en la generalización de la clonación humana, y un tribunal había considerado que la asociación «teóricamente» abogaba por la pedofilia y el incesto. Ante la alegación de censura realizada por los afectados, los tribunales nacionales avalaron la posición de las autoridades gubernativas por el peligro para el orden público y la moral derivable de esos carteles y porque no debía darse la impresión de que el Estado toleraba o aprobaba las tesis del citado movimiento.

El TEDH destaca como un rasgo diferencial respecto a otros supuestos planteados con anterioridad el que no se trataba de una prohibición general para la expresión de ideas,

sino una prohibición del uso de un espacio público supervisado y regulado. Un espacio al que los individuos no tenían un derecho ilimitado de acceso. Después recuerda que el margen de apreciación dejado a los Estados miembros para restringir la libertad de expresión es pequeño en cuestiones políticas y mucho mayor en aquellas áreas en las que las expresiones puedan ofender a las convicciones religiosas o éticas y también en materias comerciales y en publicidad. Lo que la asociación pretendía hacer se aproxima mucho al «commercial speech» pues se pretendía atraer a posibles socios del movimiento y no se pretendía discutir cuestiones políticamente importantes. Aunque el póster no anunciara un producto, podría compararse con el «commercial speech» por tener una cierta función proselitista. Esta visión graduada de la libertad de expresión no es compartida en uno de los votos particulares pues supone, a su juicio, la «introducción de una nueva categoría de “lower-level speech”» que no es acorde con la jurisprudencia.

La valoración de una situación de este tipo puede variar de un Estado miembro a otro o incluso dentro de un mismo Estado federal puede variar entre regiones porque caerá dentro del margen de apreciación nacional de cada Estado. No es problema la existencia de distintas respuestas en los Estados miembros. Aunque como señalará el principal voto particular disidente, esta suerte de *margen de apreciación federal* (*sic*, parágrafo 7 VP) puede debilitar el fin perseguido por la restricción. Sea como fuere, el TEDH se limita a examinar si la decisión suiza es o no correcta desde la óptica del CEDH teniendo en cuenta el margen de apreciación nacional; perspectiva criticada, de nuevo, en los votos particulares.

Respecto al juicio de proporcionalidad aplicable a la restricción acordada, el TEDH defiende, por un lado, que tomadas en su conjunto las razones esgrimidas por las autoridades nacionales para limitar el ejercicio de la libertad de expresión constituían un fin legítimo (en concreto la protección de la salud, la moral y los derechos de otros y la prevención del crimen) y la medida era proporcionada porque no impedía absolutamente la diseminación de sus ideas pues sólo prohibía una fórmula (pegar posters en espacios públicos regulados) y permitía otras fórmulas diferentes de publicidad. Esta conclusión va a ser considerada, con cierta razón, paradójica en el principal voto particular: se permite prohibir los posters porque se permite la pervivencia de la página web anunciada en los posters. Así, a juicio de la minoría, si la asociación podía expresarse libremente en internet, igualmente debía poder expresarse en espacios públicos regulados por los Estados.

En definitiva, se trata de una sentencia generadora de una fuerte discusión dentro del propio tribunal sobre temas tan claves como la graduación de la libertad de expresión y en particular la importancia de la libertad de expresión comercial; los problemas generados para la libertad de expresión por la convivencia entre medios analógicos y medios digitales o, en fin, el clásico problema del uso de espacios públicos para el ejercicio de derechos.

b) *Libertad de expresión y de reunión: exhibición de banderas identificadas con períodos autoritarios. Contra-manifestaciones*

De interés para España puede resultar el caso **Fáber c. Hungría, de 24 de julio**. En este caso el recurrente se queja de la multa (aproximadamente 200 euros) que se le impone por hacer ondear una bandera tradicional húngara vinculada históricamente con regímenes autoritarios (una versión de esta bandera fue la utilizada por el gobierno húngaro en la épo-

ca de la ocupación nazi) a menos de cien metros de una concentración contra el racismo y el odio ante la cual grupos de extrema derecha habían convocado una contramanifestación. El recurrente se negó, en tal contexto, a obedecer a la policía cuando le ordena retirar la bandera o dejar la manifestación. Al no hacer ninguna de las dos cosas, se le impone la multa recurrida.

El TEDH recuerda el poco margen existente para limitar la libertad de expresión política o en debates acerca de cuestiones de interés público. Por ello cualquier restricción ha de estar muy fundada. Las manifestaciones que pueden ofender a los ciudadanos están protegidas por el art. 11 CEDH; por muy desagradables que puedan resultar las expresiones utilizadas durante las manifestaciones, la democracia se vería en peligro si se restringiera el derecho de reunión de los ciudadanos o el derecho a expresar sus ideas con la única excepción de los casos de incitación a la violencia o rechazo a los principios democráticos. La bandera podría haber sido considerada provocadora por las autoridades. El TEDH reconoce que exponer un símbolo ubicuo durante la época nazi puede crear incomodidad entre las víctimas y sus familiares, que pueden considerar esas exhibiciones como una falta de respeto. Pero esos sentimientos, absolutamente comprensibles, no pueden por sí mismos establecer límites a la libertad de expresión o de manifestación. Lo que no cabe, y hasta aquí llega el derecho de contramanifestación, es que acabe inhibiendo el derecho a manifestarse. Las autoridades nacionales han de aplicar un juicio de proporcionalidad en toda medida restrictiva del derecho tanto a manifestarse como a contramanifestarse que pueden resultar convenientes e incluso justificadas para garantizar el orden público. Pero sólo pueden adoptar las medidas proporcionales. En el caso, el recurrente no fue agresivo ni violento. El mero ondear de la bandera no alteró el orden público; no amenazó el derecho de reunión porque no se presentó de manera intimidante, ni capaz de incitar a la violencia. La restricción no estaba, pues, justificada.

Pese a esta conclusión, el TEDH concluye (recordando su jurisprudencia en **Ollinger contra Austria**) que en otros contextos un comportamiento de este tipo puede ser restringido por las autoridades nacionales. Así, podría prohibirse si esa bandera se exhiba en sitios donde se cometieron asesinatos masivos o si expresa identificación con los perpetradores de tales crímenes. Esto es, dependiendo del tiempo y lugar podrán ser prohibidos, en concreto cuando ello suponga la glorificación de los crímenes de guerra, de genocidio o de crímenes contra la humanidad.

c) Ataques al honor del juez en el marco de procedimientos judiciales. Legitimidad de la sanción aun sin probarse la veracidad o no de las imputaciones

En el asunto **Lopuch contra Polonia, de 24 de julio de 2012**, la Corte de Estrasburgo avala una sanción a la recurrente por escribir en sus alegaciones (esto es, actuando como un particular, no como periodista) en el marco de un procedimiento judicial, denunciando su continuo maltrato por una banda mafiosa que actuaba con la tolerancia del juez de distrito. Aunque la veracidad de los hechos nunca fue objeto de investigación, el TEDH sostiene la corrección de la multa impuesta dada la poca entidad de ésta (la menor de las previstas en la ley); lo inadecuado del procedimiento seguido por la recurrente para denunciar esos hechos que socavaban la confianza en la justicia y los continuos avisos del juez a la recurrente para que no usara ese lenguaje. La falta de realización de prueba

de la verdad provoca algún recelo en el voto particular que es, sin embargo, concurrente con la mayoría.

G) Libertad de reunión (art. 11)

a) *Las manifestaciones de policías en las que se pide la dimisión del Gobierno no están protegidas por la libertad sindical. Sentencia Sindicato de Policía de la República de Eslovaquia*

En el asunto **Trade Union of the Police in the Slovak Republic y otros contra Eslovaquia, de 25 de septiembre de 2012**, los demandantes son el Sindicato de la Policía en la República Eslovaca, así como tres de sus miembros, entre los que se incluyen su Vicepresidente y otro anterior vicepresidente de dicha organización sindical, que convocó una manifestación para protestar contra las reformas legislativas que el Gobierno pretendía llevar a cabo y que afectaban al régimen de seguridad social de los policías además de fijar una reducción de sus salarios. Posteriormente, el Ministro del Interior, en rueda de prensa, criticó la celebración de la manifestación, afirmando que los funcionarios que hubieran participado en ella habían actuado en contra del código ético de la policía y que se abriría una investigación, advirtiendo que se producirían despidos por estos hechos. Así ocurrió, y tanto el presidente del sindicato de policía como otros cargos fueron apartados de sus puestos de responsabilidad.

Tras acudir al Tribunal Constitucional eslovaco alegando que su libertad de expresión, así como el derecho de manifestación y asociación, habían sido vulnerados, el Alto Tribunal desestimó su recurso. Por todo ello, los recurrentes acudieron al TEDH. El Tribunal comienza por considerar que la libertad de expresión está estrechamente relacionada con la libertad de asociación en un contexto sindical, por ser la primera uno de los objetivos de la segunda, que actúa en este caso como *lex specialis* y en ella se centra, en su manifestación como libertad sindical. El Tribunal recuerda que el art. 11.2 *in fine* CEDH autoriza a imponer «restricciones legales» a esta libertad en el caso de los miembros de sus fuerzas armadas, la policía o administración. En este sentido, y dado que el papel de los funcionarios públicos en una sociedad democrática es ayudar al gobierno en el cumplimiento de sus funciones, el deber de lealtad y reserva asume un significado especial para ellos. Estas consideraciones se aplican igualmente a militares y policías.

Analizando con más detalle las circunstancias del caso, el Tribunal admite que los demandantes fueron intimidados por las declaraciones del ministro, lo que supone una injerencia en el ejercicio de su libertad de asociación. Sin embargo, teniendo en cuenta la posición de subordinación que tiene el Cuerpo de Policía respecto del Ministerio del Interior, el Tribunal destaca que los oficiales de policía no pueden expresar sus opiniones en público, y deben actuar siempre de manera imparcial y reservada, de manera que no pueda haber ninguna duda sobre su imparcialidad. Además, teniendo en cuenta que se habían proferido gritos en contra del Gobierno, así como eslóganes que advertían del riesgo de que la policía pudiera involucrarse con la mafia si sus derechos sociales no eran atendidos, el Tribunal considera que la injerencia fue proporcionada, sin lesión del art. 11 del Convenio, en relación con el art. 10 CEDH.

b) *Contramanifestaciones, ofrecimiento de un itinerario alternativo y libertades de expresión, reunión y manifestación pacífica*

El asunto **Berladir y otros contra Rusia, de 10 de julio de 2012**, enjuicia los siguientes hechos. Una gran manifestación de miles de personas fue autorizada en Moscú contra la inmigración el día de la liberación de la ciudad y en la que se profirieron eslóganes racistas del tipo: «Rusia para los rusos», «Chechenos la guerra ha acabado, volveos». Asociaciones de derechos humanos organizaron una pequeña contramanifestación —una cincuentena de personas— en el mismo día y lugar para manifestar su oposición a esos valores. El Alcalde sólo autorizó la gran manifestación racista y prohibió la segunda, ofreciendo un itinerario alternativo. Pero los recurrentes prefirieron retirar su solicitud y seguir adelante con su proyecto como habían planeado. La contramanifestación fue interrumpida y sus participantes fueron detenidos, golpeados o multados. Los recurrentes aducían que la ley no preveía las consecuencias de incumplir con el itinerario alternativo y la inexistencia de un mecanismo judicial que revisara las decisiones gubernativas controvertidas. El Gobierno demandado argüía las insignificantes desventajas infligidas.

El TEDH razona que el artículo 11 CEDH no reconoce una libertad de lugar (*freedom of forum*) para ejercer el derecho de manifestarse y que no es su misión sustituir a las autoridades nacionales en el establecimiento de los hechos, y concluye que la interferencia no fue desproporcionada y las sanciones impuestas muy pequeñas.

Un realista Voto disidente de dos Magistrados, entre ellos el Juez ruso Kovler, argumenta que no había razones algunas para la interferencia en los derechos y que es muy sintomático que las decisiones judiciales que revisaron la resolución de la autoridad gubernativa sobre el itinerario alternativo fueron posteriores a la manifestación, lo que resulta improcedente en un sistema de garantías, y además no contenían un juicio de proporcionalidad.

H) Derecho a un recurso efectivo (art. 13)

a) *El cumplimiento de obligaciones internacionales no justifican el incumplimiento de las obligaciones derivadas del CEDH (en relación con derechos de los arts. 8 y 13 CEDH)*

La SETDH de Gran Sala **Nada contra Suiza, de 12 de septiembre de 2012**, resolvía un asunto en el que debía valorarse si la implementación hecha por Suiza de unas resoluciones de Naciones Unidas reguladoras de medidas antiterroristas se adecuaba a los estándares de garantía del CEDH. Suiza aplicó esta normativa al demandante, el Sr. Nada —italiano, de avanzada edad y salud delicada—, por ser sospechoso de pertenecer a un grupo terrorista talibán. Asimismo, en este asunto cobraba especial relevancia el lugar de residencia del demandante, un enclave italiano —Campione d'Italia— en territorio suizo. La relevancia de este dato venía determinada porque la aplicación de las medidas antiterroristas suponía la prohibición de entrar en Suiza, así como de transitar por territorio helvético. Esta prohibición impidió que el Sr. Nada pudiera viajar a Italia durante 6 años, donde estaba siendo tratado de una enfermedad y donde habitaban sus familiares y amigos. En 2005 las autoridades suizas concluyeron que el Sr. Nada no tenía relación alguna con el terroris-

mo yihadista. Ante estos hechos el TEDH, después de analizar los concretos aspectos del caso, concluyó que Suiza hizo una implementación excesivamente literal de la normativa de Naciones Unidas, sin tomar en consideración elementos específicos del asunto del Sr. Nada que condicionaban la aplicación de las medidas; a saber, la situación geográfica de su lugar de residencia, la duración de las medidas impuestas y, finalmente, la nacionalidad, edad y salud del demandante. Todo ello teniendo en cuenta que la normativa del Consejo de Seguridad implementadas permitían un margen de apreciación del que Suiza no hizo uso. Además, se aprecia vulneración del art. 13 CEDH, por no disponer Suiza de ningún mecanismo efectivo a través del que el Sr. Nada pudiera confrontar las medidas restrictivas de derechos que le habían sido impuestas con el CEDH.

b) Ausencia de mecanismos de control de la autorización judicial de intervención de las comunicaciones y su implementación (art. 8 CEDH y art. 13 CEDH)

En el caso **Draksas contra Lituania, de 31 de julio de 2012**, el TEDH resolvía sobre la filtración de unas conversaciones telefónicas interceptadas por el Servicio de Seguridad del Estado lituano. El asunto tiene cierta relevancia porque tiene relación con el proceso de *impeachment* seguido contra el exPresidente Paksas, caso ya comentado en estas crónicas. Las comunicaciones telefónicas del Sr. Draksas fueron, según el TEDH, legítimamente interceptadas por las autoridades competentes pero, en cambio, consideró que Lituania había vulnerado el art. 8 CEDH respecto de las filtraciones a la prensa porque las autoridades competentes no habían cumplido con el deber de salvaguardia y de protección del contenido de las conversaciones interceptadas. Asimismo, el TEDH declaró vulnerado el art. 13 CEDH porque, una vez que el demandante tuvo conocimiento de que le habían sido interceptadas las comunicaciones, no existía ninguna vía en el ordenamiento jurídico lituano que permitiera recurrir ni administrativa ni jurisdiccionalmente contra la orden judicial de intervención telefónica ni contra su implementación.

I) Demandas individuales (art. 34 CEDH)

a) La no consideración de la medida cautelar de no extradición de un individuo por parte de los Tribunales nacionales lesiona el reconocimiento de las demandas individuales

En el asunto **Rrapo contra Albania, de 25 de septiembre de 2012**, el demandante, de nacionalidad albana, denunciaba que su extradición a Estados Unidos por los delitos allí cometidos puso en peligro su vida y su derecho a no sufrir tratos inhumanos y degradantes por la posibilidad de ser condenado a muerte, e iba en contra del artículo 1 del Protocolo núm. 13 CEDH, que abolía la pena de muerte, lo que descarta el TEDH, en tanto que existían notas informativas del Gobierno norteamericano que confirmaban la no imposición de la pena de muerte al citado sujeto. Pero la omisión de la medida provisional solicitada a los Tribunales nacionales de no realizar la extradición mientras se analizaban los hechos sí que supuso, a falta de una justificación objetiva, una violación del derecho a que las demandas individuales no se vean entorpecidas por las autoridades nacionales, tal y como dispone el artículo 34 CEDH.

J) Derecho de propiedad (art. 1 del Protocolo 1)

a) Incautación de colección de armas

En la curiosa STEDH **Waldemar Nowakowski c. Polonia, de 24 de julio**, se discute la reclamación realizada por un ciudadano polaco que fue miembro de la resistencia antinazi y después miembro del ejército polaco, como consecuencia de la incautación de su colección de armas por carecer de licencia. La colección incluía 199 piezas recogidas a lo largo de 50 años y de las que solo 24 son devueltas. El TEDH considera lesionado el derecho de propiedad debido a la levedad de la acusación penal en la que se enmarca la incautación (la ausencia de licencia); la continuidad en el tiempo de la colección, que era bien conocida y que nadie había intentado limitar en el pasado contra el reclamante, y la desproporcionalidad de la medida, que incluía la incautación de todas las armas con independencia de que estuvieran o no en condiciones de ser usadas.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE)

a) En cuanto afecta a un derecho fundamental, el acuerdo de prórroga de la prisión provisional debe ser objeto de motivación reforzada

La **STC 140/2012, de 2 de julio (Sala Segunda)**, estima el recurso de amparo presentado por don M.A.A. contra el acuerdo de prórroga de la prisión provisional y las resoluciones judiciales confirmatorias de la Audiencia Provincial. El recurrente fue condenado como autor de un delito sobre sustancias nocivas para la salud a las penas de tres años y seis meses, inhabilitación especial y multa. En el fallo de esta Sentencia se acordó, asimismo, «sustituir la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional, con la prohibición de regresar a España durante el tiempo de diez años». Interpuesto recurso de casación contra esta condena, la misma Sala sentenciadora acordó prorrogar la prisión provisional hasta la mitad del tiempo de la condena impuesta.

En este caso, el Tribunal considera que la Audiencia Provincial no motivó suficientemente el acuerdo de prórroga de la prisión provisional pues no ponderó de forma adecuada, como le fue solicitado por el recurrente, el hecho de que la pena efectivamente impuesta fuera la expulsión del territorio nacional. Como consecuencia de ello, la medida adoptada no era idónea ni necesaria y se tradujo en vulneración del derecho a la libertad personal.

b) En el internamiento forzoso urgente en un centro psiquiátrico deben aplicarse las garantías del art. 17 CE

La **141/2012, de 2 de julio (Sala Segunda)**, trata un tema que no había sido objeto hasta ahora de la atención del Tribunal: el internamiento forzoso *urgente* en un centro psiquiátrico desde la perspectiva del derecho a la libertad personal del art. 17 CE. La necesidad de sentar doctrina sobre esta cuestión, junto con la consideración de que afecta a un colectivo de personas muy vulnerables, hace que el Tribunal examine el fondo del asunto a pesar de

que el recurrente había desistido del recurso de amparo una vez terminada la tramitación y antes de dictar Sentencia. El mismo Tribunal Constitucional se pronunció sobre la materia en la STC 132/2010 (*vid.* comentario en *RJA* núm. 51), en la que se estableció que las normas que prevén el internamiento forzoso en un centro psiquiátrico constituyen limitaciones del derecho de libertad personal y, como tales, deben ser reguladas por ley orgánica.

Ahora bien, el presente recurso de amparo versa sobre la medida de internamiento forzoso en un centro psiquiátrico con carácter urgente, regulado en el art. 763.1 LEC, que le fue aplicada al recurrente. Este precepto prevé que, en caso de urgencia, se puede acordar dicho internamiento dando cuenta del mismo a la autoridad judicial en el plazo de 24 horas.

El Tribunal recuerda que la medida de internamiento urgente debe satisfacer los requisitos de necesidad y proporcionalidad, y examina las garantías aplicables según la legislación vigente y *ex art.* 17.2 CE en la fase extrajudicial y judicial de este tipo singular de internamiento forzoso. Y en el caso concreto, concluye que se vulneró el derecho a la libertad personal del recurrente de tres maneras diferentes: a) El Juzgado encargado del caso no cumplió con el límite de las 72 horas fijadas en la LEC; b) el recurrente no recibió información ni en cuanto a designar Abogado y Procurador para su defensa ni sobre la práctica de posibles pruebas; y c) la decisión judicial que acordó la continuación del internamiento carecía de la motivación reforzada que le era exigible. Por todo ello, el Tribunal concede el amparo solicitado.

B) Derecho a la intimidad (art. 18.1 CE)

- a) *El acceso ilícito a la agenda del teléfono móvil, sin acceder al registro de llamadas, constituye vulneración del derecho a la intimidad pero no del secreto de las comunicaciones*

La **STC 142/2012, de 2 de julio (Sala Primera)**, desestima el recurso de amparo interpuesto por don A.D.V. contra las sentencias que le condenaron por sendos delitos de recepción y de uso de documento falso. Recuerda el Tribunal que quedó demostrado en el proceso penal que la Guardia Civil accedió a la agenda del teléfono móvil de la coimputada, sin el consentimiento de ésta, pero no al registro de llamadas. El Tribunal Constitucional considera que este acceso a la agenda afecta al derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) pero no al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). Esta distinción es importante debido al diferente régimen constitucional de protección de ambos derechos dado que, según jurisprudencia consolidada, la intervención de las comunicaciones requiere siempre resolución judicial mientras que en el derecho a la intimidad no existe esa misma garantía. Esto significa que excepcionalmente se ha admitido la legitimidad constitucional de que en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal la policía judicial realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas, siempre que se hayan respetado las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad (por todas, STC 281/2006).

En el presente caso, se consideró probado en el proceso penal (y, por tanto, no fue discutido por el Tribunal Constitucional) que el acceso de los agentes de la Guardia Civil al teléfono móvil de la coimputada se limitó a los datos recogidos en el archivo de contactos

telefónicos pero no en el registro llamadas efectuadas y/o recibidas. El Tribunal concluye que aquellos datos no forman parte de una comunicación actual o consumada ni proporcionan información sobre actos concretos de comunicación pretéritos o futuros, por lo que no supusieron vulneración del secreto de las comunicaciones.

En cuanto a la posible vulneración del derecho a la intimidad, que supondría la invalidez de las pruebas obtenidas para su utilización en el proceso, el Tribunal no entra a dilucidar esta cuestión porque considera que existieron otras pruebas incriminatorias que fundamentaron la condena penal y, por lo tanto, la prueba obtenida con el acceso a la agenda del teléfono móvil no fue relevante para dicha condena.

Sin embargo, el carácter objetivo del recurso de amparo quizás hubiese exigido un mayor esfuerzo argumental para dilucidar si hubo vulneración del derecho a la intimidad. Asimismo, aunque se consideró probado en el proceso penal, es difícil entender que los agentes de la Guardia Civil accedieran sólo a la agenda del teléfono móvil y no al registro de llamadas (lo que resulta contestado por el recurrente en amparo). Tal vez hubiera sido precisa mayor argumentación sobre la prueba de esta circunstancia.

C) Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)

a) *Acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE): La falta de alegaciones en vía administrativa no excusa de un pronunciamiento sobre el fondo en vía contenciosa*

STC 155/2012, de 16 de julio de 2012, Sala Segunda. Frente a la desestimación de un recurso contencioso-administrativo, que denegó entrar en el análisis de la legalidad de las liquidaciones tributarias y de la sanción que se combatían, basándose en que no se habían formulado alegaciones en la previa vía administrativa, el Tribunal Constitucional, siguiendo la estela marcada ya por las SSTC 75/2008, de 23 de junio y 25/2010, de 27 de abril, considera que esa falta de alegaciones en vía administrativa no puede hacer perder la oportunidad al recurrente de fundar el subsiguiente recurso contencioso-administrativo en cuantos motivos considerase oportuno, dentro de los cuales habría de fallar el órgano judicial, por lo que, al no entrar en el fondo, el órgano judicial limitó el derecho del demandante de amparo al acceso a una resolución de fondo en términos incompatibles con el art. 24.1 CE.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

A) Libertad religiosa (art. 10 CDFUE)

a) *Estatuto de Refugiado*

Asunto **Y, Z contra Bundesrepublik Deutschland (C-711/11 y C-99/11), de 5 de septiembre.** Y y Z entraron en Alemania y solicitaron asilo y protección como refugiados. Ambos pertenecen a un movimiento reformador del islam (la comunidad ahmadí), motivo por el que fueron perseguidos, golpeados y encarcelados en Pakistán. De hecho, el código penal pakistaní impone hasta tres años de prisión a los miembros de dicha comunidad que pretendan ser musulmanes o propaguen su religión. El Servicio Federal de Migración y

Refugiados decidió que fueran expulsados a Pakistán. Y y Z recurrieron esta decisión a los Tribunales. Sucesivas instancias jurisdiccionales les conceden el asilo, pero el citado servicio federal lleva el caso al Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo.

De acuerdo con la Federación sería de aplicación la tradicional jurisprudencia constitucional alemana conforme a la cual no cabe entender que una persona es perseguida por motivos religiosos si sólo sufre limitaciones en el ejercicio público de su religión. El Tribunal Federal decide elevar una cuestión prejudicial y pregunta si el contenido esencial de la libertad religiosa se limita a la práctica de esta en el ámbito doméstico o si existe un acto de persecución cuando la práctica en público de la religión puede implicar un riesgo para la vida, la integridad física o la libertad.

El Tribunal de Justicia considera que el criterio empleado por la jurisprudencia alemana relativo a la práctica privada o pública de la religión no es pertinente para determinar si existe una persecución. El concepto de religión recogido en la Directiva aplicable abarca también la participación en actos religiosos en público. En consecuencia, la existencia de un acto de persecución puede resultar de un menoscabo en la manifestación externa de la libertad de religión. Para determinar, por tanto, que una injerencia en la libertad religiosa constituye un acto de persecución debe comprobarse si la participación en público de actos religiosos puede ocasionar un riesgo real de ser perseguido o de ser sometido a actos inhumanos o degradantes. En otros términos, no cabe rechazar el estatuto de refugiado porque se espere que el solicitante renuncie a la práctica de actos religiosos.

B) Derecho a la no discriminación y ciudadanía de la Unión (art. 18 TFUE)

a) Orden de detención y entrega

Asunto **Lopes da Silva (C-42/11)**, de 5 de septiembre de 2012. El Señor Lopes da Silva fue condenado por el Tribunal Criminal de Lisboa a una pena de cinco años de prisión mediante sentencia de 3 de diciembre de 2002. El 14 de septiembre de 2006 el Tribunal Criminal de Lisboa dictó una orden de detención europea para ejecutar dicha pena. Con posterioridad el Sr. Lopes da Silva se instaló en Francia, y se casó con una nacional francesa con la que vive en territorio francés desde el 11 de julio de 2009. Además, desde el 2008 trabaja en Francia en una empresa de transportes en el marco de un contrato por tiempo indefinido.

El 19 de mayo de 2010 el Sr. Lopes da Silva fue citado por la policía francesa para proceder a ejecutar la orden de detención europea, ejecución que es recurrida por el Sr. Lopes da Silva sobre la base de que supone una violación del art. 8 CEDH. Además, a su juicio, la ley francesa ha transpuesto incorrectamente la Decisión Marco 2002/584, ya que tan sólo permite que la ejecución de la orden de detención se condicione a la posibilidad de que la persona cumpla la pena en territorio francés si se trata de un nacional. Sin embargo, el art. 4 de la Decisión Marco extiende este beneficio a los residentes y personas que habiten en un Estado Miembro. La Corte de Apelación de Amiens decide elevar una cuestión prejudicial sobre la posible incompatibilidad entre la interpretación que ha llevado a cabo el legislador francés y el art. 18 TFUE.

La importancia del caso reside en el hecho de que el artículo 11 de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, tiene exactamente el mismo

tenor que la ley francesa. El Tribunal de Justicia, con cita de anterior jurisprudencia, vuelve a insistir en que los términos «resida» o «habite» en un Estado Miembro son conceptos autónomos del Derecho de la Unión. En este sentido, recuerda que la finalidad del art. 4 de la Decisión Marco es aumentar la posibilidad de reinserción social. Por tanto los nacionales de otro Estado miembro que estén integrados en la sociedad no deberían estar sometidos a un trato diferente que los nacionales. En consecuencia, cuando se solicite una orden de detención respecto de una persona que tenga un grado de integración similar al de un nacional, la autoridad judicial debe tomar en consideración la posibilidad de que dicha persona cumpla la condena en el Estado que debe ejecutar la orden de detención. En definitiva, dado que los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de interpretar el derecho nacional a la luz de la finalidad y letra de la citada Decisión Marco, han de examinar si la situación de un extranjero es equiparable a la de un nacional.

C) Dignidad humana (art. 1 CDFUE)

a) *Solicitud de asilo*

Asunto **Cimade, GISTI y Ministre d'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration (C-179/11), de 27 de septiembre de 2011**. Cimade y GISTI interpusieron recurso ante el Conseil d'Etat solicitando que se anulara una circular del gobierno francés conforme a la cual los solicitantes de asilo no tenían derecho al subsidio temporal desde el momento en que la República francesa requiriese a otro Estado miembro para que se hiciera cargo de un solicitante del asilo o lo readmitiera. El Conseil d'Etat decide elevar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia sobre la protección que otorga la Directiva 2003/09/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003 en el caso de que un Estado requiera a otro que se haga cargo del solicitante de asilo, así como sobre el momento en que las obligaciones del primer Estado cesarían. El Tribunal de Justicia afirma que la dignidad humana, reconocida en el art. 1 CDFUE, se opone a que un solicitante de asilo sea privado, aunque sea temporalmente, de la protección mínima establecida por la citada Directiva. Esta obligación no cesa porque sea requerido otro Estado, ni aunque éste acepte la petición, sino que persiste hasta que se lleva a cabo el traslado efectivo del solicitante de asilo a otro Estado miembro.

5. TRIBUNAL SUPREMO

A) Sala 1.^a, de lo Civil

a) *Vulneración del derecho al honor (art. 18 CE), en su vertiente de prestigio profesional, por reiteración en la utilización de expresiones injuriosas o vejatorias*

En la **STS 511/2012, de 24 de julio de 2012**, Sala Primera, ponente Juan Antonio Xiol Rius, el TS estima vulnerado el derecho al honor del director del diario *ABC*, en su vertiente de prestigio profesional, por las expresiones vejatorias (entre otras, «ridículo», «bobo», «avieso», «desdichado» «jerifalte», «necio», «inútil», «carca») proferidas contra él de forma constante durante más de un año en el programa *La Mañana*, de la emisora COPE.

El TS se enfrenta así nuevamente a una colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión, pero esta vez en el contexto de una suerte de pleito entre dos medios de comunicación de tirada nacional sobre la línea editorial adoptada por *ABC* tras el cambio en la dirección de ese periódico. A fin de resolver el litigio planteado, el TS recuerda su jurisprudencia habitual sobre la prevalencia del derecho al honor frente a la libertad de expresión cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto innecesarias a este propósito, en la medida en que si bien nuestra CE reconoce el derecho a la crítica, no reconocería ningún derecho al insulto. En la aplicación de tales criterios, el TS tiene en cuenta que, aunque las críticas vertidas tenían evidente interés público, ya que no sólo se pronunciaban sobre un personaje público, sino que se hacían eco de una polémica entre dos medios de comunicación sobre la calidad de la información que uno estaba ofreciendo, la utilización constante de términos injuriosos en contra de una persona, que eran extraordinariamente duros, y se prolongaron de forma llamativa en el tiempo, no resultaba proporcionada, vulnerando así el derecho al honor del recurrente. Parece así que la reiteración de la crítica apuntada resultaba esencial a la hora de determinar si se había o no vulnerado el derecho al honor del recurrente.

B) Sala 3.^a, de lo Contencioso-Administrativo

a) *Derechos Fundamentales*

- a.1) Derecho a la intimidad (art. 18 CE). Derecho a la intimidad, inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones. Ámbito sancionador

STS de 9 de julio de 2012. Ponente D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva. Se plantea recurso contra una sanción por conducta prohibida de la Ley de Defensa de la Competencia, en cuyo expediente sancionador se procedió a realizar una investigación domiciliaria en la sede social de la empresa, interviniéndose diversa documentación en papel, CD y DVD. Se alega que la sanción se impuso por los datos obtenidos con vulneración de derechos fundamentales: se copiaron en discos desprecintados e indiscriminadamente documentos que se encontraban en los buzones de correo electrónico de empleados de la empresa, infringiendo el derecho a la intimidad (se recogieron datos de carácter personal y familiar además de los comerciales), así como la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas (por haberse grabado datos no relacionados con el objeto de la investigación) y el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente. Los fundamentos de la sentencia de instancia que desestima el recurso recuerdan el amplio alcance que se da a las inspecciones, para que no pierdan toda su utilidad, dado que el objetivo es acceder a documentación que difícilmente será facilitada por la empresa de forma voluntaria, y que no se puede obtener por otra vía.

El recurso de casación se desestima. La Sala considera que el derecho a la intimidad personal y familiar en este caso no ha sido infringido, dado que no cabe invocar ese derecho en una sociedad anónima, y remite a la doctrina del Tribunal Supremo. Sí son titulares de ese derecho sus empleados, pero no han reaccionado por considerarlo lesionado. La sociedad tendrá derecho a la reserva sobre determinados ámbitos de su actividad y de sus medios y recursos, pero esa protección no descansa en el derecho a la intimidad,

sino en otros títulos jurídicos como los derechos a la propiedad privada y a la libertad de empresa.

Tampoco se considera vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, porque la interceptación de lestras se produjo mediando autorización judicial y no se acreditó ningún exceso sobre ella ni sobre los márgenes que le imponía la Orden de inspección. Podrían reclamar este derecho los empleados, pero no son ellos los que recurren.

- a.2) Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). El derecho de tutela judicial efectiva se refiere a actuaciones de la Jurisdicción, no de la Administración (art. 24.1 CE)

STS de 20 de julio de 2012. Ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas. La Sentencia de instancia acogió la existencia de violación del derecho fundamental, por omisión de notificación de una resolución a la sociedad recurrente por parte de la AEAT, generadora de indefensión material. El TS estima que estamos ante un problema de eficacia del acto administrativo que verá demorado sus efectos hasta la correcta notificación o hasta que el interesado se dé por notificado, problema de legalidad ordinaria. No se impide el acceso a la Jurisdicción sino que tan solo se demora, hasta que la Administración notifique la resolución o la parte se dé por notificada, como de hecho ha sucedido en este caso. No cabe considerar que el derecho fundamental de tutela judicial efectiva pueda referirse al solo hecho de la indefensión, aunque esta pueda producirse en la actuación de la Administración y no en la de un órgano jurisdiccional (salvo en la actuación sancionadora de aquella, que no es aquí el caso). Frente a la indefensión ocasionada en el procedimiento administrativo cabe acudir precisamente ante la jurisdicción en el ejercicio del derecho de tutela judicial efectiva sin indefensión; y será, en su caso, la eventual indefensión producida en el órgano jurisdiccional la que sería cubierta por el derecho fundamental; pero no la que pudiera haberse causado en el procedimiento administrativo.

- a.3) Derecho a la huelga (art. 28 CE)

- a.3.a) Asistencia sanitaria. Personal adscrito a instalaciones y centros deportivos. No se consideran servicios esenciales los necesarios para garantizar la asistencia sanitaria a los usuarios

STS de 9 de julio de 2012. Ponente D. José Díaz Delgado. Se denuncia la infracción de los artículos 15, 28.2 y 43 CE, con ocasión de la huelga del personal adscrito al área sanitaria-asistencial de socorrismo. En el caso analizado, considera el Tribunal que, «si el centro de natación en cuestión no presta servicio esencial alguno, difícilmente puede calificarse de esencial un servicio complementario, cual es la asistencia sanitaria».

- a.3.b) Huelga general. Insuficiente motivación tanto en la concreción de los servicios esenciales como en la fijación de servicios mínimos. Colisión de derechos fundamentales: derecho a la huelga, a la educación y al trabajo

STS de 9 de julio de 2012, RC 3151/2011. Ponente D. José Díaz Delgado. Se denuncia en casación, por la Junta de Galicia, la infracción de los artículos 28.2 y 35 CE y del artí-

culo 54.1.a) de la Ley 30/1992 entre otros, frente a la sentencia de instancia que estima el recurso de Comisiones Obreras frente al Decreto de la Junta que establece servicios mínimos para la huelga convocada el 8 de junio de 2010. La Sala de instancia, citando la jurisprudencia de la propia Sala y del Tribunal Constitucional, llega a la conclusión de que el Decreto recurrido no contenía los datos precisos para enjuiciar la proporcionalidad de la restricción que impuso al derecho de huelga. La premura en la convocatoria formal de huelga obligó a resolver con celeridad, y al tratarse de una huelga general se alega la dificultad del deber de motivación. La Sala de instancia estima el recurso, señalando que la previa negociación no está excluida y puede ser deseable, pero no es un requisito indispensable para la validez de la decisión administrativa.

b) *Extranjería*

b.1) Asilo. Permanencia en España al amparo del art. 17.2 de la Ley de Asilo 5/1984, por razones humanitarias. Valoración de la prueba. Costa de Marfil

SSTS de 29 de junio de 2012 (RC 5594/2011 y 5935/2011). Ponente D.^a María Isabel Perelló Domenech. La denegación del derecho de asilo por parte del Ministerio del Interior se fundamentaba en considerar las alegaciones de los solicitantes como manifiestamente inverosímiles; las sentencias de instancia estimaron en parte los recursos contencioso-administrativos planteados, declarándose la procedencia de autorizar la permanencia en España por razones humanitarias en el marco de la legislación general de extranjería. En ellas se razona que, teniendo en cuenta un reciente informe emitido por el ACNUR sobre la situación existente en Costa de Marfil, es procedente autorizar la permanencia en España por razones humanitarias, con justificación en la situación de conflicto interno que vive aquel país. En ambos casos el Abogado del Estado recurre en casación. La Sala desestima los recursos. Se hace referencia al art. 17.2 de la Ley 5/1984, que contempla la autorización de permanencia en España, para el caso de que la petición de asilo haya sido inadmitida a trámite o rechazada, lo que implica que la denegación del asilo no determina el rechazo de la autorización de permanencia por razones humanitarias, sino que abre la puerta al examen de esta posibilidad. Por otro lado, cuando se trata de valorar la autorización de permanencia en España por razones humanitarias al amparo del art. 17.2 de la Ley de Asilo, no se requiere la constatación de una persecución individual, que de acreditarse suficientemente darían lugar a la concesión del asilo, cobrando relieve el análisis del conflicto social y del modo en que éste afecta a la persona inmersa en él, que se puede acreditar a través de la información detallada y actualizada sobre la evolución del país de origen, mediante informes del ACNUR, que permite aportar datos idóneos para considerar la posible aplicación de la situación de los conflictos o disturbios a que se refiere ese artículo, cuya finalidad es la protección humanitaria.

b.2) Reagrupación familiar. Nacionalizado español, con sus padres. No es necesario el requisito de la necesidad de reagrupación. Jurisprudencia comunitaria

STS de 28 de septiembre de 2012. Ponente D.^a Isabel Perelló Domenech. Se interpone recurso contra resolución del Consulado que desestimaba el interpuesto contra la denegación del visado para reagrupación familiar a los padres de la recurrente. Dado que la

reagrupante tiene la nacionalidad española, no se puede exigir el requisito de la justificación de la necesidad de reagrupación, que sí lo es en caso de ser el reagrupante extranjero. Persistiendo el requisito de que los reagrupados «se hallen a cargo» del reagrupante. Se estima el recurso de casación. El Consulado debió abstenerse de valorar lo que ya había sido tomado en consideración por la Subdelegación del Gobierno con ocasión de la tramitación de los permisos de residencia y debió conceder el visado ante la ausencia de indicios suficientes que hagan dudar de la identidad de las personas o la autenticidad de los documentos, así como de hechos nuevos y relevantes.

JAVIER GARCÍA ROCA
PABLO SANTOLAYA MACHETTI
RAÚL CANOSA USERA
ISABEL PERELLÓ DOMENECH
RAFAEL BUSTOS GISBERT
ENCARNA CARMONA CUENCA
MARÍA ISABEL GONZÁLEZ PASCUAL
JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO
MARÍA DÍAZ CREGO
ARGELIA QUERALT JIMÉNEZ
IGNACIO GARCÍA VITORIA
MARIO HERNÁNDEZ RAMOS
MIGUEL PÉREZ-MONEO AGAPITO
MÓNICA ARENAS RAMIRO
YOLANDA FERNÁNDEZ VIVAS
ROBERTO ROSINO CALLE

IV. FUENTES

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. LEY ORGÁNICA: EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES, INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA.
3. BASES.
 - A) **En materia de educación: competencias básicas estatales en la regulación de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la educación.**
 - B) **En materia de régimen local: problemas derivados de la inconstitucionalidad sobrevenida de una ley autonómica por la aprobación posterior de una ley estatal básica incompatible con la anterior.**
 - C) **En materia de función pública: el precepto legal autonómico que limita al cuidado de los hijos menores de seis años el derecho a la reducción de jornada, reconocido en la legislación básica estatal para atender a los menores de hasta doce años, es conforme con la Constitución.**
 - D) **En materia de subvenciones: nulidad de diversos preceptos reglamentarios estatales que vulneran las competencias autonómicas de gestión de las subvenciones.**
4. LEY.
 - A) **Reserva de ley en materia sancionadora: el principio de taxatividad determina la nulidad del precepto legal que traslada la calificación de las sanciones administrativas al momento de su aplicación.**
5. DECRETO-LEY. ES UN TIPO DE NORMA APTA PARA LA FIJACIÓN DE LAS BASES, SIN PERJUICIO DE LA NECESIDAD DE CUMPLIR LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR EL ART. 86 CE.
6. REGLAMENTO.
 - A) **Procedimiento de elaboración.**
 - a) Solo en el caso de que se produzcan modificaciones esenciales en el procedimiento de elaboración es necesario repetir el trámite de audiencia pública.
 - b) La falta de fundamentación de la regulación no determina su nulidad.
 - B) **Límites materiales: la desviación de poder como fundamento de la nulidad de un reglamento exige su prueba.**
 - C) **Carácter discrecional de la potestad reglamentaria.**

7. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.

- A) **Igualdad en las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de propiedad (art. 149.1.1.ª CE), en relación con la competencia exclusiva autonómica en materia de urbanismo: nulidad del precepto estatal que excluye del cómputo de la edificabilidad los espacios ubicados en grandes establecimientos comerciales que se destinen al suministro de combustible a vehículos.**
- B) **Igualdad en la Ley. No se vulnera cuando los términos de la comparación no son iguales.**
- C) **Principio de seguridad jurídica: protege la expectativa razonablemente fundada del ciudadano sobre cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La revisión de la jurisprudencia constitucional se ha realizado hasta la STC 185/2012, de 17 de octubre y la de la jurisdicción contencioso-administrativa hasta el índice Cendoj: 28079130032012100519.

2. LEY ORGÁNICA: EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES, INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

En la **STC 184/2012, de 17 de octubre**, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la educación.

En esta Sentencia se plantean diversas cuestiones relacionadas con la reserva de Ley Orgánica. En primer lugar se analiza la impugnación de la disposición final décima de la citada Ley, cuestionada por atribuir carácter orgánico a las referencias a los conciertos en el nivel de educación infantil incluidos en el art. 75 de la Ley Orgánica de calidad de la educación y en la disposición adicional decimonovena ya que, a juicio del recurrente, estas cuestiones no pueden calificarse como desarrollo de un derecho fundamental; en segundo lugar, la impugnación de la disposición adicional tercera, apartado 3, de la misma Ley Orgánica, por no tener atribuido formalmente carácter orgánico.

El Tribunal Constitucional resume en esta sentencia su jurisprudencia sobre las leyes orgánicas en el sentido que se expone a continuación. Cuando en la Constitución se contiene una reserva de Ley debe entenderse que tal reserva lo es en favor de la Ley Orgánica —y no una reserva de Ley ordinaria— sólo en los supuestos que de modo expreso se contienen en la Norma fundamental (art. 81.1 y conexos). La reserva de Ley Orgánica no puede interpretarse de forma tal que cualquier materia ajena a dicha reserva, por el hecho de estar incluida en una Ley Orgánica haya de gozar definitivamente del efecto de congelación de rango y de la necesidad de una mayoría cualificada para su ulterior modificación (art. 81.2 CE), pues tal efecto puede y debe ser excluido por la misma Ley Orgánica o por una Sentencia del Tribunal Constitucional que declaren cuáles de los preceptos de aquélla no

participan de tal naturaleza. Llevada a su extremo, la concepción formal de la Ley Orgánica podría producir en el ordenamiento jurídico una petrificación abusiva en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado, ya que la Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previendo tan sólo para supuestos tasados y excepcionales una democracia basada en mayorías cualificadas o reforzadas.

En conclusión, el Tribunal afirma que, si es cierto que existen materias reservadas a Leyes Orgánicas (art. 81.1 CE), también lo es que las Leyes Orgánicas están reservadas a estas materias y que, por tanto, sería disconforme con la Constitución la Ley Orgánica que invadiera materias reservadas a la Ley ordinaria, si bien admite que la Ley Orgánica puede contener preceptos no orgánicos relativos a materias conexas.

El criterio «restrictivo» para determinar el alcance de la reserva de Ley Orgánica en materia de derechos fundamentales se aplica tanto en lo referente al término «desarrollar» como a «la materia» objeto de reserva.

A continuación el Tribunal analiza en primer lugar la indebida atribución de carácter orgánico a la regulación de los conciertos en el nivel de educación infantil. El Tribunal mantiene que tales conciertos tienen una evidente relación con la financiación pública, dirigida a garantizar la gratuidad de la enseñanza consagrada en el art. 27.4 CE, en relación con una etapa educativa que, si bien es voluntaria para las familias, es de obligada prestación por los poderes públicos. A juicio del Tribunal, esta vinculación justifica que su regulación tenga carácter orgánico.

En segundo lugar, se plantea si la disposición adicional tercera, apartado 3, de la Ley Orgánica de calidad de la educación debería tener carácter orgánico, lo cual supone en este caso considerar su regulación como desarrollo del derecho fundamental a la educación del art. 27 CE. El Tribunal, partiendo del criterio estricto que mantiene en relación con la reserva de ley orgánica, considera que las normas relativas a los libros de texto y demás materiales curriculares que contiene la disposición adicional tercera, apartado 3, de la Ley Orgánica de calidad de la educación no deben ser objeto de reserva de ley orgánica, ya que se refieren a una actividad ejecutiva directamente relacionada con la administración de la enseñanza. Para el Tribunal resulta indudable que la citada disposición no contiene una regulación directa del derecho a la educación dirigida a la delimitación y definición del mismo. En consecuencia, el Tribunal declara que la disposición adicional décima de la Ley Orgánica de calidad de la educación no vulnera el art. 81.1 CE.

3. BASES

A) En materia de educación: competencias básicas estatales en la regulación de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la educación

Como se ha expuesto anteriormente, en la **STC 184/2012, de 17 de octubre**, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la educación. En esta sentencia se analiza de forma muy pormenorizada el concepto de bases como

atributivo de competencias al Estado en materia de educación, considerando el Tribunal que no se ha producido ninguna infracción constitucional relativa a la aplicación de este concepto en la Ley Orgánica impugnada.

La parte recurrente planteaba en el recurso de inconstitucionalidad, en primer lugar, que una parte de la regulación de la Ley Orgánica de calidad educativa no satisfacía los criterios necesarios para configurar una ordenación general y uniforme para todas las Comunidades Autónomas; en segundo lugar, que otros preceptos invadían el ámbito competencial de desarrollo normativo y ejecución de las Comunidades Autónomas en esta materia; en tercer lugar, que la regulación en cuestión realizaba remisiones al reglamento para establecer normas básicas sin prever los suficientes criterios legales para que tal remisión fuera posible, y, por último, en relación con esta materia, la injustificada asunción de competencias ejecutivas por el Estado, y la insuficiente regulación de la participación autonómica, o su ausencia, en la adopción de determinadas decisiones estatales.

En todos los casos enumerados el Tribunal Constitucional declaró que los preceptos impugnados eran conformes con la Constitución.

**B) En materia de régimen local: problemas derivados de la inconstitucionalidad
sobrevenida de una ley autonómica por la aprobación posterior
de una ley estatal básica incompatible con la anterior**

La **STC 159/2012, de 17 de septiembre**, estima la cuestión de inconstitucionalidad presentada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Santa Cruz de Tenerife, contra el art. 131.2 de la Ley del Parlamento de Canarias 14/1990, de 26 de julio, de régimen jurídico de las Administraciones públicas de Canarias, que exige el voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho y, en todo caso, la mayoría absoluta del número legal de miembros de las corporaciones, en las materias previstas en el artículo 47.2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, entre las que se regula la alteración de la capitalidad de los municipios canarios. Esta regulación coincidía con la establecida por el art. 47.2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local.

El fundamento de esta cuestión de inconstitucionalidad es la actual divergencia entre el art. 131.2 de la Ley canaria y el art. 47.2 d) de la Ley reguladora de las bases de régimen local (LBRL), que ha sido modificado y, en la actualidad, exige en relación con esta cuestión el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de las corporaciones.

EL Tribunal recuerda que la actual divergencia entre los preceptos estatal y autonómicos citados tiene su origen en la reforma de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, que modificó el art. 47.2 LBRL. En su versión anterior a dicha reforma, como se ha expuesto, el precepto citado requería para la adopción de ese tipo de acuerdos «el voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho y, en todo caso, la mayoría absoluta del número legal de miembros». Esta exigencia se incorporó literalmente al art. 131.2 de la Ley del Parlamento de Canarias 14/1990, de 26 de julio, el cual devino contrario al art. 47.2 LBRL a raíz de que el legislador estatal sustituyera, como se ha indicado, ese criterio por el de la «mayoría absoluta del número legal de miembros» de la corporación.

En este caso resulta de aplicación la doctrina constitucional sobre las leyes autonómicas compatibles con la ley estatal en el momento de ser dictadas, pero que, como consecuencia de la modificación posterior de la legislación básica estatal, devienen disconformes con ella. En estos casos, según reiterada jurisprudencia constitucional, la modificación de la legislación básica estatal no ha determinado el desplazamiento o la pérdida de eficacia de la norma autonómica, sino su inconstitucionalidad sobrevenida. En consecuencia, corresponde al Tribunal Constitucional y no a los órganos judiciales, fiscalizar estas normas, dado que son normas postconstitucionales con rango de ley.

El Tribunal Constitucional ha establecido que para que exista en estos casos una infracción constitucional es necesaria la concurrencia de dos circunstancias: que la norma estatal infringida por la ley autonómica sea, en el doble sentido material y formal, una norma básica, y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado; y, en segundo lugar, que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa.

En este caso no cabe duda del carácter básico de la regulación del art. 47 LBRL. El Tribunal Constitucional ha declarado expresamente en diversas ocasiones el carácter básico de esta regulación debido a que se refiere a aspectos esenciales del modelo de autonomía local garantizado en todo el Estado, como es el funcionamiento democrático de los órganos de gobierno de las Corporaciones locales y, dentro de él, en concreto, lo que afecta al *quorum* y mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos de los órganos colegiados superiores, ya que considera que los preceptos relativos a estas cuestiones definen precisamente un modelo de democracia local. En consecuencia, la norma estatal opera como parámetro de constitucionalidad mediata de la norma legal autonómica cuestionada.

Por otro lado, ya se ha constatado el carácter contradictorio de las disposiciones estatal y autonómica analizadas. Como consecuencia de la modificación realizada por la Ley 57/2003, la regla de la mayoría de dos tercios fue sustituida por la de mayoría absoluta, como requisito necesario para la adopción de acuerdos de alteración de la capitalidad de un municipio, por lo que la norma autonómica que originariamente se limitaba a reproducir el contenido de la norma básica estatal y que requería una mayoría de dos tercios, devino incompatible con la estatal. La incompatibilidad entre ambas normas puede calificarse como efectiva y no es salvable por vía interpretativa. Por todo lo cual, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional el precepto autonómico cuestionado.

C) En materia de función pública: el precepto legal autonómico que limita al cuidado de los hijos menores de seis años el derecho a la reducción de jornada, reconocido en la legislación básica estatal para atender a los menores de hasta doce años, es conforme con la Constitución

En la **STC 181/2012, de 15 de octubre**, se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TSJ de Cataluña en relación con el art. 26.a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006, de 5 de julio, de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las Administraciones públicas.

El órgano judicial promotor de la cuestión considera que la previsión normativa contenida en el art. 26.a) de la citada ley puede contradecir lo dispuesto en el art. 48.1.h) de la

Ley 7/2007, de 12 de abril, por el que se aprueba el estatuto básico del empleado público (LEEP), y, a su través, las competencias reservadas al Estado en el art. 149.1.18.^a CE, que otorga al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación básica de régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones públicas. El fundamento de esta contradicción reside en que la norma autonómica solo prevé el derecho a la reducción de la jornada para el cuidado de un menor de seis años, y la ley estatal lo reconoce en el caso de un menor hasta los doce.

El art. 48.1.h) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por el que se aprueba el estatuto básico del empleado público (LEEP) dispone que «Las Administraciones Públicas determinarán los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración. En defecto de legislación aplicable los permisos y su duración serán, al menos, los siguientes: h) Por razones de guarda legal, cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, de persona mayor que requiera especial dedicación, o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a la reducción de su trabajo, con la disminución de sus retribuciones que corresponda». Esta regulación pone en duda el carácter básico del art. 48.1.h) de la ley estatal, que se limita a establecer una regla de supletoriedad del Derecho estatal en esta materia. El propio Tribunal hace referencia a esta cuestión, en la que, sin embargo, no entra, ya que no ha sido planteada en el proceso de inconstitucionalidad.

Prima facie, parece que una norma estatal sobrevenida plantea la duda de inconstitucionalidad en relación con la norma previa autonómica. Sin embargo, se trata de una situación en la que el Estado prevé que lo dispuesto en el art. 48.1.h) LEEP se aplique en defecto de normativa de las distintas Administraciones vigente al momento de la entrada en vigor de la Ley del estatuto básico del empleado público. Por lo tanto, es el propio legislador estatal el que permite que las Administraciones públicas determinen los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración. Y sólo «en defecto de legislación aplicable» los permisos y su duración serán, al menos, los establecidos en el citado precepto.

El Tribunal considera que no existe, por tanto, disconformidad del art. 26 a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006 con el art. 48.1.h) LEEP, por lo que declara que el precepto autonómico no es inconstitucional

D) En materia de subvenciones: nulidad de diversos preceptos reglamentarios estatales que vulneran las competencias autonómicas de gestión de las subvenciones

La **STC 173/2012, de 15 de octubre**, resuelve el conflicto positivo de competencias planteado por la Xunta de Galicia frente a la Orden TAS/421/2008, de 19 de febrero, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones sometidas al régimen general de subvenciones de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad. El Gobierno de la Xunta de Galicia considera que dicha Orden vulnera las competencias autonómicas en materia de asistencia social y promoción del desarrollo comunitario, asumidas con carácter exclusivo en el Estatuto de Autonomía de Galicia.,

Para el representante de la Xunta, al tratarse de subvenciones en materia de servicios sociales, los fondos subvencionales correspondientes deberían haber sido territorializados

entre las Comunidades Autónomas, asignándole a la Xunta de Galicia la dotación correspondiente. En consecuencia, rechaza que la determinación que establece la orden impugnada de que las organizaciones y entidades beneficiarias de la subvención deban tener ámbito de actuación en todo el territorio del Estado justifique que los fondos subvencionales queden sin territorializar y sean gestionados por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

En esta Sentencia el Tribunal expone su reiterada doctrina, según la cual «el poder de gasto del Estado no puede concretarse y ejercerse al margen del sistema constitucional de distribución de competencias, pues no existe una competencia subvencional diferenciada resultante de la potestad financiera del Estado» (STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 4, con remisión a otras).

En la STC 13/1992, FJ 8, el Tribunal determinó que, según sea el reparto constitucional de competencias en la materia de que se trate, las subvenciones estatales que se establezcan deben reconducirse a alguno de los cuatro supuestos generales que la citada sentencia expone, con las consecuencias en el reparto competencial que en ella se expresan.

A partir de los criterios contenidos en el fundamento jurídico 8.a) de la STC 13/1992, el Tribunal considera incluida en la esfera de la competencia estatal la regulación de los aspectos centrales del régimen subvencional —objeto y finalidad de las ayudas, modalidad técnica de estas, beneficiarios y requisitos esenciales de acceso—, mientras que sitúa dentro de la competencia autonómica lo atinente a su gestión, esto es, la tramitación, resolución y pago de las subvenciones, así como la regulación del procedimiento correspondiente a todos estos aspectos, ya que es doctrina reiterada de este Tribunal que «las normas procedimentales *ratione materiae* deben ser dictadas por las Comunidades Autónomas competentes en el correspondiente sector material, respetando las reglas del procedimiento administrativo común».

Sobre la misma cuestión, ver **STC 177/2012, de 15 de octubre**.

4. LEY

A) Reserva de ley en materia sancionadora: el principio de taxatividad determina la nulidad del precepto legal que traslada la calificación de las sanciones administrativas al momento de su aplicación

En la **STC 166/2012, de 1 de octubre**, se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad presentada por el titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 13 de Barcelona en relación con el artículo 30 de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/1993, de 5 de marzo, del estatuto del consumidor, en el concreto inciso que establece que las infracciones a dicha Ley «se calificarán como leves, graves o muy graves en función del riesgo que supongan para la salud o seguridad de los consumidores, con especial atención a las de los que están especialmente protegidos por la presente Ley, en función de la cuantía del beneficio obtenido como consecuencia directa o indirecta de la infracción, en función de la situación de predominio del infractor en algún sector del mercado y en función de su reincidencia». El planteamiento de la cuestión se debe a que el juez considera que el inciso señalado no concreta cuándo las infracciones reguladas son leves, graves o muy graves,

relegando esta tarea a la fase de aplicación, lo que supone una vulneración del contenido esencial mínimo que exige la jurisprudencia constitucional relativa al artículo 25.1 CE.

El Tribunal Constitucional ha destacado reiteradamente que la necesidad de que la ley predetermine suficientemente las infracciones y las sanciones, así como la correspondencia entre unas y otras, no implica un automatismo que suponga la exclusión de todo poder de apreciación por parte de los órganos administrativos a la hora de imponer una sanción concreta, pero matiza que, sin embargo, tampoco cabe encomendar por entero tal correspondencia a la discrecionalidad judicial o administrativa.

En consecuencia, las leyes que remiten la calificación de las infracciones como leves, graves o muy graves a un órgano administrativo vulneran el art. 25.1 CE, dado que se trata de leyes en blanco que infringen la seguridad jurídica de los ciudadanos.

5. DECRETO-LEY. ES UN TIPO DE NORMA APTA PARA LA FIJACIÓN DE LAS BASES, SIN PERJUICIO DE LA NECESIDAD DE CUMPLIR LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR EL ART. 86 CE

En la **STC 170/2012, de 4 de octubre de 2012**, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra determinados preceptos del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios.

En esta Sentencia el Tribunal afirma que el art. 86 CE autoriza al Gobierno para dictar, mediante decreto-ley, normas con fuerza de ley, por lo que este tipo de regulación permite cumplir el requisito formal de las bases, que es su regulación a través de una norma con rango de ley. No obstante, en la medida en que la regulación por Decreto-ley supone una sustitución del Parlamento por el Gobierno, constituye una excepción al procedimiento legislativo ordinario y a la participación de las minorías que éste dispensa. En consecuencia, como tal, debe quedar sometida en cuanto a su ejercicio a la necesaria concurrencia de todos los presupuestos circunstanciales y materiales que exige el art. 86 CE. Entre éstos, destaca la necesaria conexión entre la facultad legislativa excepcional y la existencia del presupuesto habilitante, esto es, una situación de extraordinaria y urgente necesidad.

A continuación, el Tribunal recuerda su reiterada doctrina en virtud de la cual la apreciación de la urgencia y necesidad en el dictado de una norma de la naturaleza de un decreto-ley corresponde en primera instancia al Gobierno. Esto no quiere decir que esa potestad gubernamental se encuentre exenta de todo control, pues corresponde al Tribunal Constitucional analizar la razonabilidad del juicio previamente formulado por el Gobierno, a fin de comprobar la existencia de la situación de urgencia que constituye el presupuesto habilitante de la norma conforme a su regulación constitucional, evitando así supuestos de uso abusivo y arbitrario de esta figura. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que cuando la impugnación del Decreto-ley se circunscribe a determinados preceptos del mismo, el Tribunal Constitucional deberá analizar si la regulación en concreto de los preceptos impugnados cumple o no el citado requisito, sin perjuicio de la relación que evidentemente existe entre los preceptos en cuestión y el resto de la regulación de la norma.

Para determinar la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad, en primer lugar, hay que analizar los motivos que, habiendo sido tenidos en cuenta por el Gobierno

para la aprobación del Decreto-ley, hayan sido explicitados de una forma razonada, y, en segundo lugar, la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a ella.

Según el Tribunal, los motivos que justifican la extraordinaria y urgente necesidad deben buscarse en el propio preámbulo del decreto-ley, en el debate parlamentario de convalidación o en su propio expediente de elaboración, con el fin de valorar conjuntamente los factores que han llevado al Gobierno a aplicar esta concreta fuente del Derecho.

En segundo lugar, como se ha expuesto, se fiscaliza la conexión de sentido entre las medidas concretamente impugnadas y la situación de urgencia a la que se pretende atender con su aprobación. En este sentido, el Tribunal precisa los límites aplicables a este juicio de adecuación o idoneidad, especificando que no le corresponde discutir acerca de la «bondad técnica», la «oportunidad» o la «eficacia» de las medidas impugnadas, sino que debe limitarse a examinar la correspondencia entre ellas y la situación que se trata de afrontar; solo cabe rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una determinada situación, en el caso que se trate de un uso abusivo o arbitrario de dicha facultad. Por lo tanto, el Tribunal no tiene que pronunciarse sobre el mayor o menor éxito de las medidas liberalizadoras aprobadas a través de un decreto-ley, sino sobre su adecuación para conseguir la finalidad perseguida con ellas.

Una vez definida la adecuación del Decreto-ley a la regulación constitucional del art. 86, debe analizarse su conformidad con el orden constitucional de distribución de competencias. Y en este contexto, el Tribunal Constitucional admite la posibilidad de que se regulen las bases sobre una determinada materia a través de Decreto-ley.

6. REGLAMENTO

A) Procedimiento de elaboración

a) Solo en el caso de que se produzcan modificaciones esenciales en el procedimiento de elaboración es necesario repetir el trámite de audiencia pública

En la **STS de 5 de octubre de 2012** (Id. Cendoj 28079130032012100515) se resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra del Real Decreto 749/2010, de 7 de junio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, y otros reglamentos relativos al ámbito tributario.

Una de las cuestiones que se plantean en este caso es si es necesario o no repetir el trámite de audiencia pública en el caso de que en el procedimiento de elaboración de los reglamentos se produzcan modificaciones del proyecto con posterioridad a dicho trámite. En este sentido, el Tribunal rechaza la posibilidad de estimar la pretensión de que se declare la nulidad del apartado 5 del artículo 63 del Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, cuyo texto se añade por el Real Decreto 749/2010, de 7 de junio, fundamentada en la alegación de que no se ha respetado el procedimiento legalmente establecido, por no haberse observado el trámite de audiencia

que prescriben el artículo 105 de la Constitución y el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Aunque se produjo una modificación del texto con posterioridad al momento de ser sometido a audiencia pública y el mismo día en que el texto definitivo fue remitido al Consejo de Estado, esto no justifica, a juicio del Tribunal, que deba retrotraerse el procedimiento de elaboración de la disposición general al momento de su iniciación, ni que deba ser sometido a un segundo trámite de audiencia. Estas consecuencias solo deben tener lugar en los supuestos de modificaciones esenciales, fundamentales o sustanciales del texto finalmente aprobado respecto del texto sometido a información pública, que no sean consecuencia de las alegaciones formuladas.

b) La falta de fundamentación de la regulación no determina su nulidad

En la misma sentencia a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior, los recurrentes alegan que, al elaborar los reglamentos impugnados, el Consejo de Ministros se ha desentendido de «los datos esenciales para una formación racional y susceptible de motivación de la voluntad» (*sic*), con infracción del artículo 97 de la Constitución y del artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, pues en el expediente administrativo no se reflexiona ni debate en relación con el alcance que puede tener la crisis inmobiliaria y financiera, que se ha convertido en un lugar común para convalidar toda clase de actuaciones injustificadas, como en este caso.

En este sentido, se aduce que el Gobierno no ha tenido en cuenta la información sobre los problemas estructurales de naturaleza financiera que ha originado el colapso del fondo Santander Banif Inmobiliario, ni el desplome del negocio de gestión de activos del Banco de Santander, ni el pésimo funcionamiento de los servicios públicos destinados a la protección de los inversores, ni el colapso del fondo Segurfondo Inversión FII, ni el riesgo de los fondos de inversión inmobiliarios, ni la indignación de los pequeños inversores que integran el ahorro popular, ni la erosión y destrucción del ahorro popular bajo gestión de la industria de inversión colectiva en España. Además, para reforzar estos argumentos se añade que el Consejo de Estado se refirió en su Dictamen preceptivo a la acumulación de conceptos jurídicos indeterminados en la regulación del art. 63.5 impugnado, conceptos que determinan una cierta inseguridad jurídica.

El Tribunal Supremo considera que las alegaciones formuladas en relación con la oportunidad y el cumplimiento de la finalidad del Real Decreto impugnado no han ido acompañadas de la fundamentación de ninguna vulneración del principio de legalidad.

B) Límites materiales: la desviación de poder como fundamento de la nulidad de un reglamento exige su prueba

En la STS de 5 de octubre de 2012 (Id. Cendoj 28079130032012100515) se resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra del Real Decreto 749/2010, de 7 de junio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, y otros reglamentos en el ámbito tributario.

El Tribunal Supremo desestima la pretensión de que se declare la nulidad de pleno derecho de los artículos 33.3 y 63.5 del Reglamento de Instituciones de Inversión Colectiva y de la disposición derogatoria única del Real Decreto 749/2010, de 7 de junio, en el inciso que declara derogado el artículo 24.3 de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 24 de septiembre de 1993, sobre fondos y Sociedades de inversión inmobiliaria, fundamentada en la concurrencia de desviación de poder. El fundamento de la pretensión es que el Gobierno se ha apartado del fin que justifica la potestad reglamentaria, que no es otro que proteger a los partícipes frente a los abusos de las gestoras. A juicio del Tribunal esta pretensión debe ser rechazada, puesto que no se demostró, ni siquiera indiciariamente, que la regulación reglamentaria recurrida tuviera por objeto facultar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores a realizar actuaciones arbitrarias en favor de un Fondo de Inversión Inmobiliaria con la finalidad de causar quebrantos económicos a los partícipes.

C) Carácter discrecional de la potestad reglamentaria

En la **STS de 30 de octubre de 2012** (Id. Cendoj 28079130042012100698) se resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Amigos del Museo del Ejército de Madrid, contra el Real Decreto 636/2010, de 14 de mayo, por el que se regula el funcionamiento y se establece la estructura orgánica básica del Museo del Ejército; en concreto, impugna la parte de ese reglamento en la que se acuerda el traslado de dicho museo al Alcázar de Toledo.

La corrección de errores del citado Real Decreto, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 23 de octubre de 2010, eliminó en el párrafo cuarto del preámbulo la referencia al Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de julio de 1996 como origen de la decisión de trasladar el museo del Ejército del Palacio del Buen Retiro y su Salón de Reinos en Madrid al Alcázar de Toledo. La ausencia de este Acuerdo previo supone, a juicio de los demandantes, que el traslado del Museo del Ejército a su nueva sede en Toledo «se hizo sin el apoyo de una disposición legal (*sic*) y por ello la norma que exterioriza esa decisión es inválida, debiendo declararse nula de pleno derecho».

El Tribunal Supremo aclara que, con independencia de que existiera o no dicho Acuerdo del Consejo de Ministros, no existe ningún impedimento para que el Gobierno pudiera dictar el Reglamento en cuestión. El ordenamiento jurídico español encomienda la potestad reglamentaria al Gobierno como órgano colegiado, compuesto por el Presidente, los Vicepresidentes y los Ministros (artículos 97 de la Constitución y 1 y 23 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno). Y en esos preceptos solamente se sujeta el ejercicio de esa potestad a la Constitución y a la Ley.

Por otra parte, en relación con este supuesto, la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, prevé que los museos se creen mediante Real Decreto (art. 61.2). Por lo que no hay ningún impedimento para que su organización básica y su sede se establezcan mediante una norma del mismo rango. Y ninguna norma con rango superior (rango de ley) reserva el Salón de Reinos del Palacio del Buen Retiro, ni ningún otro lugar concreto, al Museo del Ejército. El establecimiento de la sede del Museo del Ejército supone el ejercicio de una potestad discrecional del Gobierno, en el sentido de que puede optar por varias alternativas, todas ellas igualmente válidas y lícitas, siempre, claro está, que no incurra en arbitrariedad o desviación de poder.

7. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A) Igualdad en las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de propiedad (art. 149.1.1.^a CE), en relación con la competencia exclusiva autonómica en materia de urbanismo: nulidad del precepto estatal que excluye del cómputo de la edificabilidad los espacios ubicados en grandes establecimientos comerciales que se destinen al suministro de combustible a vehículos

En la **STC 170/2012, de 4 de octubre**, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra determinados preceptos del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios.

Entre otros preceptos, se impugna la letra a) de la disposición transitoria primera del citado Real Decreto-ley, que dispone que el espacio que ocupen las instalaciones y equipamientos que resulten imprescindibles para el suministro de productos petrolíferos en establecimientos comerciales no computará a efectos de volumen edificable ni de ocupación. Para la Generalitat de Cataluña, que es la parte recurrente, esta regulación es contraria a sus competencias en materia de urbanismo, mientras que para el Abogado del Estado se trata de una medida accesoria y conexas, ligada a la decisión estatal relativa a la implantación de instalaciones de distribución al detalle de los productos petrolíferos en establecimientos comerciales.

Con carácter previo, tiene interés recordar que el Tribunal ya se ha pronunciado sobre la cuestión de si la exclusividad competencial autonómica en materia de urbanismo impide que el Estado pueda ejercer competencias, con contenido distinto de la urbanística, pero que requieran para su ejercicio una proyección sobre el suelo de una Comunidad Autónoma. Sintetizando la jurisprudencia constitucional sobre esta cuestión, cabe afirmar que la exclusividad competencial de las Comunidades Autónomas en materia de urbanismo no autoriza a desconocer la competencia que, con el mismo carácter, viene reservada al Estado por virtud del art. 149.1 CE; en consecuencia, la competencia autonómica en materia de urbanismo debe coexistir con las que ostenta el Estado en virtud del art. 149.1 CE, cuyo ejercicio, en la medida en que afecte puntualmente a la materia urbanística, puede condicionar lícitamente la competencia de las Comunidades Autónomas sobre el sector material de que se trate (por ejemplo, establecimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad urbana, determinados aspectos de la expropiación forzosa o de la responsabilidad administrativa).

Sin embargo, la decisión de optar por un concreto instrumento o técnica urbanística no puede ser considerada como integrante de las condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad, sino que pertenece a la competencia sobre la materia urbanística. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional sobre el aprovechamiento tipo, las unidades de ejecución, y con la técnica de la reparcelación.

En este caso, el Decreto-ley, al establecer la previsión de la letra a) de la disposición transitoria primera, persigue una solución para el problema específico del incremento de volumen edificable y de ocupación que generarían las nuevas instalaciones y equipamientos de suministro en los establecimientos comerciales, resolviendo con ello el eventual

conflicto que pudiera existir entre las determinaciones contenidas en el previo planeamiento urbanístico y la norma estatal.

La solución que aporta el Estado consiste en no computar en dichos volúmenes el espacio que ocuparían las nuevas instalaciones en los establecimientos comerciales ya existentes. El efecto del precepto es, por tanto, que mediante la exclusión del mencionado cómputo y el correlativo efecto de ampliación o extensión de la edificabilidad permitida que lleva asociado se supera el límite establecido conforme al planeamiento urbanístico, relativo al volumen que puede ser ocupado por una edificación en una determinada parcela, modificando, en consecuencia, el régimen aplicable al suelo en el que se ubica un establecimiento comercial. Se trata, por tanto, del establecimiento de una técnica urbanística, al permitir incrementar la ocupación y edificabilidad de una determinada parcela y, por tanto, la intensidad de su uso, al dejar construir una estación de servicio a los establecimientos comerciales, en los casos en que se haya agotado ya el volumen máximo de edificabilidad y ocupación

Por lo tanto, el Estado no es competente para introducir técnicas urbanísticas, esto es, técnicas específicas de la ordenación urbana, como son las relativas al cómputo del volumen edificable o de ocupación, que suponen una modificación del planeamiento al que están sujetos todos los poderes públicos. El Tribunal declara que no cabe, por lo tanto, que el Estado cree técnicas e instrumentos urbanísticos para la consecución de objetivos vinculados al ejercicio de sus competencias pues, en estos casos, no nos encontramos en el ejercicio de dichas competencias sino en el ámbito propio del urbanismo de competencia exclusiva autonómica.

La regulación impugnada tiene por objeto la determinación de un uso al que debe destinarse el suelo, lo que constituye uno de los aspectos esenciales de la competencia autonómica sobre urbanismo, por lo que el Tribunal Constitucional considera que es inconstitucional por vulnerar la competencia autonómica en materia de urbanismo.

B) Igualdad en la Ley. No se vulnera cuando los términos de la comparación no son iguales

La **STS de 30 de octubre de 2012** (Id. Cendoj 28079130032012100493) resuelve el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Federación Española de Autocaravanistas contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 20 de marzo de 2009, que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado contra el Decreto del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias 280/2007, de 19 de diciembre, que aprueba el Reglamento de Campamentos de Turismo.

En esta Sentencia el Tribunal afirma que el contenido del Reglamento impugnado no ha vulnerado el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, ya que concurren razones de interés público para su regulación, vinculadas a la preservación de recursos naturales y medioambientales que aconsejan la limitación de la actividad de acampada libre y la prohibición de acampar en zonas no habilitadas.

Los recurrentes consideran que el Decreto impugnado, al prohibir a las personas dormir en su autocaravana —lo que, a su juicio, constituye un impedimento injustificado «al

ejercicio de la libertad» (*sic*)—, vulnera el principio de igualdad, en la vertiente de igualdad en la Ley. En este sentido, consideran que el Decreto establece en relación con los propietarios de autocaravanas la prohibición de dormir en estos vehículos, prohibición no prevista en relación con los usuarios de otros tipos de vehículos.

El Tribunal rechaza esta alegación, señalando que en este caso no cabe apreciar un término de comparación adecuado, al diferenciarse los vehículos preparados para servir de alojamiento de las personas de los demás vehículos o turismos ordinarios. En consecuencia, considera que no se ha vulnerado el principio de igualdad y recuerda la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional para fundamentar su decisión.

Conforme a una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, la vulneración del principio de igualdad, en lo relativo a la igualdad jurídica que prohíbe la discriminación, exige demostrar que un poder público ha causado una desigualdad de tratamiento que se revele injustificada por no ser razonable. A juicio del Tribunal Supremo, en el supuesto enjuiciado no se ha producido la discriminación alegada.

No toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable. El principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional.

El principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados.

Por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita, no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador, superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.

C) Principio de seguridad jurídica: protege la expectativa razonablemente fundada del ciudadano sobre cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho

En la Sentencia a la que se hace referencia en el apartado anterior se analiza la posible infracción del principio de seguridad jurídica, garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución, en relación con la redacción del artículo 3, apartado 2, del Decreto del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias 280/2007, de 19 de diciembre, que aprueba el Reglamento de Campamentos de Turismo. Este precepto establece que «se entiende por acampada libre, la instalación eventual de tiendas de campaña, caravanas u otros albergues móviles con intención de permanecer y pernoctar en lugares distintos a los campamentos de turismo autorizados».

Los recurrentes alegan que la citada definición de «acampada libre» vulnera el principio de seguridad jurídica debido a la «incerteza» u «oscuridad» de la expresión «intención de permanecer» que aplica el artículo 3.2 del Decreto del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias 280/2007, de 19 de diciembre, que aprueba el Reglamento de Campamentos de Turismo.

El Tribunal Supremo rechaza que esta regulación sea contraria al principio de legalidad por acoger «conceptos o términos indeterminados que amparan un halo de incerteza» en las relaciones de los conductores de autocaravanas con los poderes públicos. En este sentido, recuerda la jurisprudencia constitucional relativa al alcance del principio de seguridad jurídica, garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución, en virtud de la cual este principio procura la claridad y no la confusión normativa, esto es, la expectativa razonablemente fundada del ciudadano sobre cuál debe ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho. Por este motivo, sólo si en el ordenamiento jurídico en que se insertan —y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho— el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica.

ANA DE MARCOS FERNÁNDEZ
SILVIA DÍEZ SASTRE

V. ACTOS ADMINISTRATIVOS Y PROCEDIMIENTO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO.
 - A) **Acto impugnabile.**
 - a) Inexistencia de vía de hecho.
 - b) Actividad meramente informativa.
 - c) Inactividad material.
 - d) Actividad inimpugnabile: acto que no pone fin a la vía administrativa.
 - e) Inexistencia de acto consentido en caso de acto presunto.
 - f) Actos de trámite.
3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.
 - A) **Iniciación.**
 - a) Carácter sustantivo de los plazos para la interposición de recursos administrativos.
 - b) Archivo de denuncia ante la inexistencia de indicios de irregularidad, sin naturaleza sancionadora.
 - c) Impugnación autónoma de la resolución declarativa de fraude de ley.
 - B) **Tramitación.**
 - a) Suspensión del procedimiento sancionador, y no del procedimiento de restauración de la legalidad urbanística, compatible con el primero.
 - b) Levantamiento de suspensión de procedimiento sancionador tras la interrupción por acciones penales.
 - c) Modificación no esencial que no requiere nueva información pública en procedimiento de deslinde de costas.
 - d) Diligencia argucia que no interrumpe la prescripción en los procedimientos tributarios.
 - e) Eficacia interruptora de las actuaciones inspectoras en el procedimiento tributario.
 - f) Inactividad de la Administración e ineficacia interruptora de las solicitudes del interesado en orden a que se completara el expediente.
 - g) Eficacia interruptora de la prescripción de los actos administrativos anulados en los supuestos de apertura de un expediente de fraude de ley.

C) Terminación.

- a) Inaplicación del instituto de caducidad en el expediente especial de fraude de ley en los procedimientos de gestión tributaria con anterioridad a la LGT de 2003.
- b) Silencio administrativo y resolución tardía.

4. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

A) Validez.

- a) Nulidad de modificación de aforo de discoteca sin proceder a revisión de oficio.

B) Motivación.

- a) Motivación insuficiente: evaluación de tramo de investigación.
- b) Motivación suficiente: resolución de jurado de expropiación.
- c) Motivación suficiente: sanción tributaria.

5. EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

A) Notificación.

- a) Acto notificado a persona que se halla en el domicilio.
- b) Falta de notificación: afecta a la eficacia, no al art. 24 CE.
- c) Notificación correcta: no comunicación de cambio de domicilio.
- d) Notificación por correo certificado y notificación personal.

B) Ejecución.

6. ELIMINACIÓN DEL ACTO.

A) Recursos administrativos.

- a) Cómputo de plazo.

B) Revisión de oficio.

- a) Inadmisión a trámite de revisión de oficio por falta de invocación de causa.
- b) Denegación de revisión de oficio por incompetencia: procedencia.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el análisis de las sentencias dictadas en el período comprendido entre los meses de junio y julio de 2012, ambos incluidos, con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia. En el período analizado llama la atención el gran número de sentencias estudiadas, si bien no hay ninguna que merezca ser especialmente destacada.

2. CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO

A) Acto impugnabile

a) *Inexistencia de vía de hecho*

La **STSJ de Castilla y León de 19 de junio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 1.^a), sentencia núm. 1192/2012, se pronuncia sobre la alegación de los recurrentes que consideran que el objeto del recurso es una vía de hecho. En concreto, el objeto del recurso es identificado en los siguientes términos: «la actividad administrativa por la vía de hecho de la Dirección General de Recursos Humanos de la Gerencia Regional de Salud, que acordó el exceso a la celebración de la fase de oposición (...) de los aspirantes excluidos por la resolución de 1 de octubre de 2008, que habían interpuesto recurso de reposición contra dicha resolución, declarando, por tanto, la nulidad de dicho ejercicio o examen, así como el resultado de mismo». El Tribunal considera que la actuación impugnabile no puede ser considerada como una vía de hecho, ya que, en los términos de la jurisprudencia ya consolidada en este ámbito (y que se cita), (1) no consta que la Administración haya llevado a cabo alguna actuación material que carezca de soporte en una previa resolución administrativa, sino que su actuación se ha materializado en varios actos administrativos dictados en el curso de proceso selectivo y que en sí mismos tienen apariencia de legalidad; y (2), que tampoco concurre alguna actividad material de ejecución que exceda evidentemente de ámbito al que dan cobertura esos actos administrativos previos.

b) *Actividad meramente informativa*

La **STSJ de Murcia de 13 de julio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 1.^a), recurso núm. 492/2009, considera que se ha impugnado un acto administrativo no susceptible de controversia. No se trata de un acto administrativo de disposición donde se decide algo a favor o en contra del interesado. Es simplemente una información que emite la Administración en cumplimiento de su deber ilustrativo, indicándole al reclamante cuál es la vía para conseguir la finalidad de reintegro de unos intereses que le debe una empresa privada y ajena a la Administración.

c) *Inactividad material*

La **STSJ de Murcia de 15 de junio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.^a), sentencia núm. 602/2012, afirma que la pretensión de la actora se realiza de conformidad con lo dispuesto en el art. 29.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Se trata de la falta de recepción definitiva de una obra de concesión para la construcción y explotación de aparcamiento subterráneo.

d) *Actividad inimpugnabile: acto que no pone fin a la vía administrativa*

La **STSJ de Murcia de 8 de junio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.^a), sentencia núm. 566/2012, determina la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, puesto que el actor acudió a esta vía jurisdiccional sin formular la previa reclamación

económico-administrativa y cuya resolución, expresa o presunta, ponía fin a la vía administrativa según se establece en el Reglamento del Consejo Económico-administrativo.

De igual forma, la **STS de 28 de junio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.^a), sobre una liquidación girada por una Confederación Hidrográfica en concepto de canon de regularización.

e) Inexistencia de acto consentido en caso de acto presunto

La **STS de 25 de julio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 6.^a), recurso de casación núm. 3243/2009, recuerda la doctrina constitucional de configuración de silencio administrativo que declara que, ante una desestimación presunta, el ciudadano no puede estar obligado a recurrir en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento de acto presunto, pues ello supondría imponerle un deber de diligencia que no le es exigible a la Administración. En definitiva, deducir de este comportamiento pasivo el consentimiento con el contenido de un acto administrativo presunto, en realidad nunca producido, negando al propio tiempo la posibilidad de reactivar el plazo de impugnación mediante la reiteración de la solicitud desatendida por la Administración, supone una interpretación que no puede calificarse de razonable y, menos aún, con arreglo al principio de *pro actione*, de más favorable a la efectividad del derecho fundamental garantizado por el art. 24 CE.

En términos similares, la **STS de 23 de julio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 6.^a), recurso de casación núm. 80/2010, recuerda la jurisprudencia constitucional relativa a los actos presuntos y a la interpretación flexible que hay que darle al plazo de seis meses para interponer recurso contencioso-administrativo en estos casos.

f) Actos de trámite

La **STS de 27 de junio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3.^a), recurso de casación núm. 3579/2008, califica como acto de trámite no impugnabile una liquidación provisional en materia de energía (cantidad que Unión Fenosa ha de ingresar a cuenta, para a financiación de déficit), por no entrar en la categoría de actos susceptibles de recursos administrativos a que se refiere e art. 107 LRJPAC.

Por su parte, la **STSJ de Madrid de 20 de julio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 1.^a), sentencia núm. 889/2012, considera como acto de trámite cualificado (por su carácter decisorio) y, por tanto, impugnabile, una comunicación de la Secretaría General Técnica de Ministerio de Interior sobre la adquisición de arcos de seguridad a los que se refiere el art. 54 del Reglamento de Armas.

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) Iniciación

a) Carácter sustantivo de los plazos para la interposición de recursos administrativos

La **STSJ de Madrid de 13 de junio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 8.^a), recurso contencioso-administrativo núm. 1163/2005, confirma el carácter extem-

poráneo de la reclamación económico-administrativa interpuesta e inadmitida. Ante la alegación del reclamante del principio de antiformalismo del procedimiento administrativo, recuerda la jurisprudencia consolidada por la cual este principio solo puede invocarse en cuanto al cumplimiento de formalidades pero no respecto de plazos sustantivos como son los de interponer recursos, porque así lo exige el principio de seguridad jurídica.

b) Archivo de denuncia ante la inexistencia de indicios de irregularidad, sin naturaleza sancionadora

La **STS de 12 de junio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3.^a), recurso de casación núm. 2069/2009, analiza el archivo de denuncia por parte del Servicio de Defensa de la Competencia, basado en la ausencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia. En este contexto, la Sala subraya que la resolución administrativa recurrida no es de carácter sancionador. Se trata, por el contrario, de una decisión de archivo adoptada por el Servicio y confirmada por el Tribunal de Defensa de la Competencia al no encontrar indicios de infracción que justificasen la incoación de un procedimiento sancionador. Por fuerza, en una decisión en la que no se ha ejercido la potestad sancionadora tienen mayor peso las valoraciones del órgano regulador, en la medida en que no se ha apreciado una concreta infracción jurídica y, por tanto, no se ha adoptado una decisión restrictiva de derechos. Esto no quiere decir que goce el órgano regulador de discrecionalidad para iniciar o no un expediente sancionador, sino simplemente que el rigor del control sobre sus decisiones es siempre más estricto cuando se proyecta sobre una resolución sancionadora en la que se aprecia una concreta vulneración de un precepto jurídico que sobre una de tipo exculpatorio, en la que el juicio jurídico sobre una hipotética infracción es de carácter negativo y se traduce en una afirmación de inexistencia de indicios de irregularidad.

c) Impugnación autónoma de la resolución declarativa de fraude de ley

La **STS de 27 de junio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.^a), recurso de casación núm. 1509/2009, en su análisis sobre la impugnabilidad de la resolución declarativa de fraude de ley, repasa la evolución normativa del fraude de ley y su procedimiento aplicable según la jurisprudencia. En particular, en relación con la declaración de fraude de ley tramitada con arreglo al procedimiento administrativo común, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley General Tributaria de 2003, la jurisprudencia ha confirmado que es susceptible de impugnación autónoma en la vía económico-administrativa. Por ello, en aplicación al caso, la Sala desestima el recurso ya que si no se recurre en plazo, la declaración en fraude de ley deviene firme y consentida, y no cabe cuestionar posteriormente la procedencia de la declaración de fraude de ley en vía de reclamación interpuesta frente a la liquidación.

B) Tramitación

a) Suspensión del procedimiento sancionador, y no del procedimiento de restauración de la legalidad urbanística, compatible con el primero

La **STS de 12 de julio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.^a), recurso de casación núm. 3324/2010, analiza la ausencia de suspensión del procedimiento de

restauración de la legalidad urbanística por construcción de naves sin licencia en suelo rústico. Para ello, reitera la jurisprudencia consolidada sobre la dualidad y compatibilidad entre los procedimientos aplicables ante la ejecución de obras sin licencia: el procedimiento tendente a la restauración de la legalidad urbanística y el procedimiento sancionador. Así, no puede admitirse que se califique como sanción una orden de demolición de obras ilegalizables construidas sin licencia, ya que esta no ostenta naturaleza sancionadora, sino la de una medida de simple reparación del ordenamiento urbanístico vulnerado, en aplicación de la legislación urbanística. También desde el punto de vista de la legislación de procedimiento administrativo general, el artículo 130.2 de la LRJPA establece la compatibilidad de la potestad sancionadora con las medidas de reposición.

Dado que el procedimiento de restauración de la legalidad urbanística carece de naturaleza sancionadora, en aplicación al caso, la Administración no estaba obligada a suspender su tramitación, como sí hizo, en cambio, con el procedimiento incoado para la imposición de sanción por la ejecución de obras sin licencia, suspensión que resultaba obligada por aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

b) Levantamiento de suspensión de procedimiento sancionador tras la interrupción por acciones penales

La **STS de 5 de junio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 4.^a), recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 195/2010, analiza si la fecha de reanudación del plazo para resolver y notificar la resolución en el procedimiento sancionador por infracciones en el orden social, tras la concurrencia de actuaciones penales, es la de firmeza de la resolución penal o la de su toma de conocimiento por la Administración. Tras el análisis de las previsiones específicas de la norma reguladora del procedimiento sancionador en esta materia y de la jurisprudencia reciente, la Sala estima el recurso y anula la sentencia recurrida, en cuanto adoptó como fecha para la reanudación del cómputo del plazo de la caducidad del procedimiento sancionador por infracciones de orden social, tras concurrencia con actuaciones penales, la de la toma de conocimiento por la Administración de la resolución penal, contrariando la doctrina sentada por esta Sala del Tribunal Supremo para supuestos similares.

c) Modificación no esencial que no requiere nueva información pública en procedimiento de deslinde de costas

La **STS de 18 de julio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.^a), recurso de casación núm. 985/2009, confirma la sentencia de instancia, desestimatoria del recurso interpuesto contra una resolución de deslinde de dominio público marítimo-terrestre.

El recurrente alegaba la vulneración del art. 25 del Reglamento de Costas, ya que al fijarse en la aprobación definitiva de deslinde una anchura de la servidumbre de protección de cien metros en lugar de los veinte de la delimitación provisional se había producido una modificación sustancial de ésta sin respetar la exigencia de abrir un período de información pública con audiencia de los propietarios afectados, según impone el citado precepto del Reglamento de la Ley de Costas. Sin embargo, la Sala rechaza el citado motivo de casación

en base a dos argumentos: primero, según la jurisprudencia reciente de dicha Sala, es altamente discutible que deba calificarse de modificación sustancial, en el deslinde de un tramo de costa de siete mil metros, la ampliación de la anchura de la servidumbre de protección de veinte a cien metros en una longitud de trescientos metros, y segundo, aun admitiendo la hipótesis de que estuviésemos ante un supuesto de modificación sustancial, el procedimiento previsto en el artículo 25 del Reglamento de Costas se había respetado, como acertadamente declaró el Tribunal de instancia. De los hechos probados no se puede cuestionar que la sociedad mercantil ahora recurrente tuvo perfecto conocimiento de la ampliación de la anchura de la servidumbre de protección, a pesar de lo cual no formuló alegaciones, de manera que ni se incumplió el trámite ni se ha causado indefensión a la recurrente.

d) Diligencia argucia que no interrumpe la prescripción en los procedimientos tributarios

La **STS de 23 de julio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso de casación núm. 1835/2008, se pronuncia sobre la efectividad de la prescripción en el ámbito tributario durante la tramitación de los procedimientos económico-administrativos. Recuerda la jurisprudencia sentada por esta Sala por la que, aunque no exista una definición de «diligencia argucia o irrelevante», hay que señalar que solo interrumpe la prescripción la actividad administrativa en la que concurren las siguientes notas: 1) actividad real dirigida a la finalidad de la liquidación o recaudación de la deuda tributaria, 2) que sea jurídicamente válida, 3) notificada al sujeto pasivo, y 4) precisa en relación con el concepto impositivo que se trate. Ello significa que sólo son susceptibles de interrumpir la prescripción los actos tendencialmente ordenados a iniciar o a proseguir los respectivos procedimientos administrativos o que, sin responder a la mera finalidad de interrumpir la prescripción, contribuyan efectivamente a la liquidación, la recaudación o la imposición de sanción en el marco del impuesto de que se trate; por el contrario, debe prescindirse de aquellas actuaciones que resulten puramente dilatorias, como las que se limitan a dejar constancia de un hecho evidente, a anunciar la práctica de actuaciones futuras, a recoger la documentación presentada sin efectuar valoración alguna o a reiterar la solicitud de una documentación que ya obra en el expediente.

e) Eficacia interruptora de las actuaciones inspectoras en el procedimiento tributario

Las **SSTS de 18 de junio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.^a), recursos de casación núm. 2500/2009 y 4960/2009, analizan la eficacia interruptora de las actuaciones inspectoras en el contexto de liquidaciones del impuesto de sociedades. En particular, en relación con el primer recurso citado, la Sala confirma de eficacia interruptora de las diligencias referidas a alguno de los conceptos tributarios incluidos en las actuaciones, respecto de la totalidad de estas, dado que no es necesario que cada diligencia se refiera a todos los tributos y ejercicios a que se extiende la comprobación.

En el supuesto del recurso 4960/2009, la Sala recuerda la jurisprudencia establecida por la misma Sala, por la cual, con carácter general, las diligencias practicadas durante un procedimiento de inspección tienen eficacia interruptora siempre y cuando guarden relación con los impuestos recogidos en el acuerdo de inicio de procedimiento, pese a que no

se liquide finalmente por esos conceptos. En el caso concreto, existía una clara continuidad en la actuación administrativa de comprobación e inspección, con evidente relevancia para la liquidación de los impuestos a los que se refería el inicio de las actuaciones inspectoras. Por ello la circunstancia de que el acta levantada y la posterior liquidación no abarcaran la totalidad de los tributos objeto de investigación, no puede ser motivo suficiente para privar a la diligencia enjuiciada de la eficacia interruptora propia de toda actuación inspectora.

f) *Inactividad de la Administración e ineficacia interruptora de las solicitudes del interesado en orden a que se completara el expediente*

La **STS de 5 de julio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.^a), recurso de casación núm. 5856/2008, desestima el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de instancia en materia de liquidación de impuesto de sociedades, confirmando la existencia de prescripción de la deuda tributaria, ya que durante la sustanciación del procedimiento económico-administrativo se produjo una clara inactividad del órgano administrativo no imputable al interesado. Frente a dicha pasividad, las solicitudes del interesado en orden a que se completara el expediente carecen de eficacia interruptora de la prescripción.

g) *Eficacia interruptora de la prescripción de los actos administrativos anulados en los supuestos de apertura de un expediente de fraude de ley*

Las **SSTS de 14 de junio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.^a), recursos de casación núm. 6386/2009 y 2413/2010, analizan si es aplicable la doctrina relativa a la eficacia interruptora de la prescripción de los actos administrativos anulados a los supuestos de apertura de un expediente de fraude de ley. Según jurisprudencia reiterada, con carácter general, las actuaciones administrativas de comprobación, calificación y liquidación tributaria relacionadas con una declaración de nulidad que no tenga la naturaleza de nulidad de pleno derecho pueden dar lugar a nuevas actividades administrativas dirigidas a declarar el correcto importe del tributo a liquidar y, además, en cuanto válidas para esta finalidad, lo son también para que se considere interrumpido el cómputo del plazo legalmente establecido para que se produzca la prescripción. Todo ello, por supuesto, siempre que esta segunda actuación administrativa se produzca antes de que el efecto prescriptivo se haya consumado.

En el caso enjuiciado, se cuestionaba la aplicación de la citada doctrina en el caso de una declaración de nulidad de la primera liquidación, que originó que la organización de gestión tributaria abriese a los recurrentes un expediente de fraude de ley, según lo normado en el artículo 24 de la LGT de 1963. Pues bien, el Tribunal Supremo estima el motivo de casación afirmando con claridad que «No hay razón para variar esta doctrina en el supuesto de la apertura de un expediente de fraude: su viabilidad depende de una previa actuación administrativa de comprobación que induzca al órgano de gestión a apreciar la posibilidad de que concurra el tipo descrito en el art. 24 de LGT de 1963, momento en que para alcanzar las consecuencias fiscales que en el mismo se autorizan, impone la Ley la garantía complementaria del expediente especial que, no obstante, no deja de ser una derivación del ordinario y en torno a los mismos hechos y en este sentido perfectamente integrable en el

procedimiento general de comprobación e investigación y por esto afectado por los actos de interrupción de la prescripción que concurran en el mismo, todo lo cual determina que debamos estimar el motivo» (FJ 3.º).

C) Terminación

a) *Inaplicación del instituto de caducidad en el expediente especial de fraude de ley en los procedimientos de gestión tributaria con anterioridad a la LGT de 2003*

Las **SSTS de 14 de junio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.ª), recursos de casación núm. 6386/2009 y 2413/2010, recogen la jurisprudencia reiterada sobre la inaplicación del instituto de la caducidad al expediente especial de fraude de ley contemplado en el art. 24 de la Ley General Tributaria de 1963. Los demandantes pretendían que se declarase la prescripción de la facultad de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante liquidación, al considerar que no se había producido la interrupción del plazo de prescripción al no haberse observado el plazo máximo de duración del expediente de fraude de ley —tres meses—, lo que determinaría su caducidad y como consecuencia de ella, la invocada no interrupción de la prescripción. Sin embargo, la Sala niega que haya tenido lugar la caducidad pretendida: aunque se parta de la aplicación del plazo de duración del procedimiento de tres meses, no resulta de aplicación tal figura, dado que no existe laguna legal en el ordenamiento jurídico tributario, en función de lo establecido conjuntamente en el artículo 105 de la LGT 1963 (que disponía que la inobservancia de los plazos por la Administración no implicará la caducidad de la acción administrativa, pero autorizará a los sujetos pasivos para reclamar en queja) y de la DA 5.ª ap. 1 de la LRJPC sobre la aplicación subsidiaria de la LRJPAC en defecto de normativa tributaria específica.

b) *Silencio administrativo y resolución tardía*

La **STSJ de Cataluña de 20 de junio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 4.ª), sentencia núm. 750/2012, recuerda que los supuestos de silencio administrativo positivo constituyen un verdadero acto administrativo finalizador de procedimiento e irrevocable, por lo que cualquier resolución expresa posterior sólo podría ser confirmatoria del mismo.

4. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Validez

a) *Nulidad de modificación de aforo de discoteca sin proceder a revisión de oficio*

La **STSJ de Madrid de 21 de junio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.ª), sentencia núm. 979/2012, anula el acto por el que se modifica una licencia de actividad de una discoteca previa. En concreto, se procede a la modificación del aforo autorizado para ese local, reduciéndolo, por no ser conforme a la legalidad vigente. Considera el Tribunal que su eliminación y consiguiente modificación del aforo se debería realizar a través del correspondiente procedimiento de revisión de oficio. Lo que no es admisible es que la modificación del aforo se efectúe al margen de todo procedimiento administrativo,

sin respeto alguno a los derechos procedimentales reconocidos a los interesados y sin que al respecto ni tan siquiera se haya aducido la concreta causa o razón legal determinante de dicha modificación.

B) Motivación

a) *Motivación insuficiente: evaluación de tramo de investigación*

La **STSJ de Cataluña de 16 de julio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 4.^a), sentencia núm. 866/2012, afirma la ausencia de motivación, tanto en la resolución, como en el informe del comité asesor, relativos a una evaluación negativa del tramo de investigación para la obtención de complemento específico de investigación realizada por personal docente universitario.

b) *Motivación suficiente: resolución de jurado de expropiación*

La **STSJ de Castilla y León de 3 de julio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.^a), sentencia núm. 346/2012, afirma que resulta suficiente la motivación de la resolución de un Jurado Provincial de expropiación forzosa por la que se fija justiprecio de finca rústica para la ejecución de obras de red eléctrica. En esta resolución se deja constancia de los motivos y razones de los criterios de valoración válidos y remisión a la valoración tenida en cuenta por la beneficiaria.

c) *Motivación suficiente: sanción tributaria*

La **STSJ de Andalucía de 11 de junio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.^a), sentencia núm. 1901/2012, afirma que resulta suficiente la resolución sancionadora notificada, ya que en la misma se hace constar detalladamente cuál es la infracción, los criterios tenidos en cuenta para el cálculo de la sanción y la normativa que ha sido de aplicación.

5. EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

A) Notificación

a) *Acto notificado a persona que se halla en el domicilio*

La **STS de 20 de julio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.^a), recurso de casación núm. 4189/2011, considera correcta la práctica de la notificación en el domicilio designado por la parte interesada a lo largo de procedimiento administrativo, habiéndose practicado dicha notificación a una persona debidamente identificada en dicho domicilio, de cuya identidad se dejó expresa constancia como exige el art. 59.2 LRJPAC. El Tribunal afirma que si el interesado discute la eficacia de la notificación bajo el argumento de que quien consta como receptor de dicha notificación es una persona desconocida o inexistente, o sin relación alguna profesional, personal, familiar o de cercanía con aquel a quien a notificación se realiza, o que por cualquier otra circunstancia no estaba en condiciones de hacerse cargo de la notificación de una forma operativa y eficaz, deberá aportar

datos suficientes para sustentar semejante afirmación, no bastando la mera alegación de que así ocurre, pues el art. 59.2 LRJPAC parte de la presunción de que quien se encuentra en un domicilio tiene una relación de vinculación, afinidad o confianza con el titular en grado suficiente como para hacerse cargo de las notificaciones que a éste se dirigen. Se trata de una presunción *iuris tantum* y recae sobre el titular del domicilio y destinatario de la notificación la carga de desvirtuar tal presunción mediante a aportación de datos y elementos de prueba que permitan contrarrestarla.

De igual forma, la **STS de 8 de junio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3.^a) afirma la presunción de que el acto legó a conocimiento de interesado en el caso de una notificación en el domicilio señalado por el recurrente y que fue recogida por el portero de la finca.

b) Falta de notificación: afecta a la eficacia, no al art. 24 CE

La **STS de 20 de julio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 7.^a), recurso de casación núm. 2234/2011, afirma que la falta de notificación de la resolución por parte de la Administración afecta a la eficacia del acto administrativo, que verá demorados sus efectos hasta la correcta notificación o hasta que el interesado se dé por notificado, pero no supone una vulneración del derecho fundamental del art. 24 de la Constitución Española.

c) Notificación correcta: no comunicación de cambio de domicilio

La **STSJ de Madrid de 28 de junio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3.^a), sentencia núm. 1036/2012, afirma que la notificación ha cumplido de forma escrupulosa los requisitos exigidos para las notificaciones, siendo tan sólo imputable al recurrente la no notificación de cambio de domicilio a la Administración.

d) Notificación por correo certificado y notificación personal

La **STSJ de Murcia de 19 de junio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 1.^a), sentencia núm. 475/2012, señala que, cuando existen intentos de notificación personal, junto con intentos de notificación por correo certificado, y a los efectos de la caducidad del procedimiento sancionador, el *dies a quo* lo constituye la fecha del intento de notificación personal, de conformidad con lo exigido por el art. 58.4 LRJPAC.

B) Ejecución

La **STS de 7 de junio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.^a) determina la procedencia de la inadmisión a trámite de la solicitud de suspensión al no poder deducirse de la documentación incorporada al expediente la existencia de indicios de los perjuicios de difícil o imposible reparación. Tampoco procede la obtención de la suspensión por silencio positivo por la demora de la Administración en dictar resolución en más de un año, ya que existe previsión legal de desestimación presunta en caso de que el procedimiento económico-administrativo exceda del plazo de duración de un año.

6. ELIMINACIÓN DEL ACTO

A) Recursos administrativos

a) *Cómputo de plazo*

La **STSJ de Madrid de 29 de junio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 8.^a), sentencia núm. 542/2012, recuerda el modo en que han de computarse los plazos de interposición de recursos administrativos, de tal forma que, aunque el cómputo de fecha a fecha se inicie al día siguiente al de la notificación o publicación, el día final de dichos plazos será siempre el correspondiente al mismo número ordinal del día de la notificación o publicación del mes o año que corresponda.

Sobre el cómputo de plazos, también en un recurso de alzada, también la **STSJ de Cataluña de 15 de junio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3.^a), sentencia núm. 469/2012.

B) Revisión de oficio

a) *Inadmisión a trámite de revisión de oficio por falta de invocación de causa*

La **STS de 15 de junio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.^a), recurso de casación núm. 4182/2011, se pronuncia, recogiendo jurisprudencia anterior, sobre el ejercicio de la potestad de revisión de oficio y afirma que, tanto si se ejercita por la propia Administración como si es a solicitud del interesado, es necesario que se invoque alguno de los supuestos contemplados por el art. 62 LRJPAC. La revisión de oficio no constituye una fórmula alternativa para impugnar fuera de plazo los actos administrativos consentidos y firmes, sino sólo para revisarlos por motivos de oportunidad. La discusión sobre si un acto de gravamen se ajusta o no al ordenamiento jurídico sólo puede hacerse por el interesado impugnando en tiempo y forma el acto discutido.

b) *Denegación de revisión de oficio por incompetencia: procedencia*

La **STS de 18 de julio de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3.^a), recurso núm. 519/2010, considera que la decisión del Consejo de Ministros por la que se rechaza la solicitud de revisión de oficio es ajustada a Derecho. Una vez que se ha producido la modificación de competencias en materia de vías pecuarias, y a la vista de que la Comunidad Autónoma de Andalucía ostenta las atribuciones sobre clasificación, deslinde y amojonamiento, recuperación, desafectación, modificación de trazado y otras análogas respecto de las vías pecuarias situadas en su territorio, le corresponde a ella y no a la Administración General del Estado, revisar, o no, en el seno de los procedimientos dirigidos a declarar de oficio su nulidad de pleno derecho, el acto administrativo que aprobó la clasificación de las vías pecuarias objeto de litigio.

LUCÍA LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO
MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS.
 - A) **Determinación de la capacidad económica y financiera por referencia sólo a determinados puntos del balance de las empresas licitadoras.**
 - B) **Resulta ilegal introducir en la adjudicación nuevos criterios no contemplados por el Pliego de Cláusulas Administrativas.**
 3. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS.
 - A) **El subcontratista no puede reclamar del órgano de contratación que retenga y pague las cantidades que le adeude el contratista.**
 4. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS.
 - A) **No cabe fundamentar el posible incumplimiento del órgano de contratación en deficiencias del proyecto no subsanadas que no fueron denunciadas.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de agosto y noviembre de 2012, tanto por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo como por lo que respecta a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y la Audiencia Nacional.

2. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

A) **Determinación de la capacidad económica y financiera por referencia sólo a determinados puntos del balance de las empresas licitadoras**

La **STSJ de la Unión Europea de 18 de octubre de 2012 (Asunto C-218/11)** precisa que los artículos 44, apartado 2, y 47, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que las entidades adjudicadoras pueden exigir un nivel mínimo de capacidad económica y financiera por referencia a uno o a varios elementos concretos del

balance, siempre que sean objetivamente apropiados para informar sobre la concurrencia de dicha capacidad en el operador económico y que dicho nivel se adapte a la importancia del contrato en cuestión de manera que constituya objetivamente un indicio positivo de la existencia de una base económica y financiera suficiente para la ejecución del contrato, sin ir más allá de lo razonablemente necesario a este respecto. La exigencia de un nivel mínimo de capacidad económica y financiera no puede, en principio, excluirse por la única razón de que dicho nivel se base en un elemento del balance sobre el que pueden existir divergencias entre las normativas de los diferentes Estados miembros. Además, el TJUE precisa que si un operador económico que no pueda cumplir un nivel mínimo de capacidad económica y financiera basado en la inexistencia de resultado negativo en el balance de los candidatos o licitadores en más de uno de los tres últimos ejercicios concluidos, en virtud de un contrato que le impone la transferencia sistemática de sus beneficios a su sociedad matriz, sólo tiene la posibilidad, para satisfacer ese nivel mínimo de capacidad, de invocar las capacidades de otra entidad, conforme al apartado 2 de dicho artículo. Carece de incidencia a este respecto que la legislación del Estado miembro de establecimiento de dicho operador económico y la del Estado miembro de establecimiento de la entidad adjudicadora difieran en la medida en que la primera autoriza tal contrato sin limitaciones, mientras que la segunda sólo lo permite si la transferencia de beneficios no convierte en negativo el resultado del balance.

B) Resulta ilegal introducir en la adjudicación nuevos criterios no contemplados por el Pliego de Cláusulas Administrativas

La STS de 11 de octubre de 2012 (Rec. Casación núm. 3253/2009), FJ 7.º, reitera la ilegalidad de resolver la fase de adjudicación de un contrato del sector público con base en criterios no contemplados previamente en el Pliego de Cláusulas Administrativas. Efectivamente la facultad de la Administración de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa se configura como una facultad discrecional, a los criterios objetivos previamente establecidos en el pliego, que vincula a ambas partes. La legislación contractual jurídico-pública reconoce al poder adjudicador una facultad discrecional al hacer la selección del adjudicatario, ya que no está obligada a elegir al mejor postor desde el punto de vista económico, sino al que, cumpliendo las condiciones del pliego, resulte más ventajoso a los intereses generales de la Administración, sin atender exclusivamente a la oferta económica. La discrecionalidad en la adjudicación debe responder a los principios del artículo 103.1 de la Constitución, requiriéndose la necesaria motivación como elemento que permita el control judicial. Desde estos parámetros, el TS precisa que «(...) Efectivamente, una cosa es el margen de discrecionalidad, del que goza la Administración para considerar la oferta más ventajosa, y otra la introducción en el informe técnico de criterios, que no estaban contemplados en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Los criterios de este eran el precio, las mejoras introducidas y el plazo de entrega a los que se atribuía un peso de 45, 40 y 15 puntos respectivamente. Sin embargo el informe técnico, a propósito del segundo criterio de valoración “mejoras”, introduce de forma sorpresiva dos subcriterios. Al entender que las mejoras introducidas son valorables en euros y en tiempo otorga a las primeras un peso del 25% y del 15% a las valorables en tiempo. De este modo, una vez presentadas las ofertas, y a la vista de las mejoras presentadas, se incorporan subcriterios

que no estaban previstos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que alteran el peso de los inicialmente contemplados, aspecto sobre el que el Gobierno de Canarias no hizo referencia alguna en la instancia y que, incluso minimiza ahora en el recurso, al entender que esa circunstancia fue irrelevante en la adjudicación; pero lo cierto es que, al actuar así, se quebró la igualdad de condiciones en la que han de concurrir los licitadores a partir de los criterios objetivos y públicos contenidos en el Pliego (...).

3. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

A) El subcontratista no puede reclamar del órgano de contratación que retenga y pague las cantidades que le adeude el contratista

Tras reconocer que si el Pliego o el contrato no prohíbe la subcontratación el contratista puede subcontratar la ejecución parcial del mismo, la **STSJ de Madrid de 6 de septiembre de 2012 (Rec. Apelación núm. 321/2012)**, FJ 2.º, clarifica que el subcontratista no puede dirigirse a la Administración contratante para solventar las deudas que con ella tenga contraídas el contratista. En concreto precisa que «(...) regulan la subcontratación en el ámbito de la contratación pública, de forma que, cumpliendo los requisitos establecidos, puede el adjudicatario concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o por su naturaleza y condiciones se deduzca que ha de ser ejecutada directamente por el adjudicatario. Pues bien, la normativa citada en sus apartados tercero y cuarto respectivamente, disponen que «los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato». Por tanto, el legislador ha delimitado el ámbito del contrato celebrado entre el órgano de contratación y el contratista del propio de la relación jurídico privada surgida entre contratista y subcontratista, que vincula exclusivamente al contratista-subcontratante y al subcontratista, y en el ámbito de los dos quedan circunscritos sus efectos. La Administración contratante no entabla vínculo contractual alguno con el subcontratista, de tal manera que sólo y exclusivamente tiene frente a sí al contratista principal, quien asume, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración. Por ello, si hay un incumplimiento del subcontrato, la Administración podrá resolver el contrato por incumplimiento del contratista de sus obligaciones contractuales, pero sin entrar en las relaciones jurídico privadas entabladas como consecuencia del subcontrato y, por tanto, sin perjuicio de las acciones que el contratista pueda emprender contra el subcontratista incumplidor, que son ajenas, por otra parte, al contrato mismo. En consecuencia, el subcontratista jamás será responsable frente al órgano de contratación, puesto que esa responsabilidad es «exclusiva del contratista principal». Pero al mismo tiempo y por la misma razón, significa que el contratista es el único responsable frente al subcontratista por las obligaciones contraídas con éste; por tanto, solo a él podrá exigir la satisfacción de sus derechos, por lo que los subcontratistas no tienen acción directa contra los órganos de contratación para conseguir el pago directo por éstos de las cantidades que les adeuden los contratistas, ni para obligarlas a consignar o retener las cantidades adeudadas al contratista hasta tanto éste haya satisfecho sus deudas con el subcontratista, con el fin de facilitar su cobro, puesto que el artículo 200.4 del TRLCAP obliga

a la Administración a pagar a los contratistas en un plazo no superior a sesenta días desde la fecha de expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, sin mencionar ninguna excepción a este supuesto (...).

Ahora bien, que el contratista no tenga tal derecho a trabar y recibir el pago de lo adeudado por el contratista, al regirse tales relaciones jurídico-privadas por su propia normativa, no significa que no tenga la condición de interesado a efectos de la Ley 30/1992 y pueda reclamar de la Administración los documentos y certificados necesarios para acreditar la realidad de la ejecución de la obra, puesto que «(...) es evidente que el subcontratista de un contrato, cuyo pliego de condiciones prevé la posibilidad de que el adjudicatario del mismo contrate con terceros la ejecución parcial del mismo es parte interesada en dicho procedimiento, por lo que es evidente, tal y como sostiene el Juzgador de la Instancia, que puede solicitar de la Administración demandada la expedición de aquellas copias que afecten a las obras y suministros por ella efectuados a favor de la contratista (...).

4. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS

A) No cabe fundamentar el posible incumplimiento del órgano de contratación en deficiencias del proyecto no subsanadas que no fueron denunciadas

La STS de 13 de septiembre de 2012 (Rec. Casación núm. 2105/2008), FJ 8.º, precisa que resulta legalmente inadmisibles solicitar una indemnización por incumplimiento contractual de la Administración basado en la existencia de deficiencias en el proyecto si en el momento de la licitación no se cuestionó dicho proyecto, y, aceptándolo sin reservas, se logró la adjudicación del contrato. Si el proyecto adolecía de deficiencias sustanciales que lo hacían irrealizable, el adjudicatario debería no haber suscrito el contrato o, si estas se manifestaron con posterioridad, el contratista debería haber instado su resolución, con las eventuales consecuencias derivadas de ella, y no mantenerse en el marco de la plena eficacia del contrato, y dentro de ella imputar a la Administración incumplimientos, para basar en ellos la pretendida indemnización.

JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO
BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

SUMARIO

1. COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

Impugnación de acuerdos por la Administración del Estado. La observancia del plazo regulado en el art. 44.2 de la Ley Jurisdiccional viene determinada por la fecha de recepción del requerimiento en el órgano al que va destinado.

2. ADMINISTRACIÓN LOCAL.

A) Competencias municipales.

- a) Publicidad exterior. Limitaciones de publicidad sobre vehículos de transporte privado.
- b) Extralimitación. Una corporación municipal al aprobar un reglamento orgánico no puede afectar al elenco de obligaciones de otra administración distinta.
- c) Ruido. Exclusión improcedente de la limitación legal al límite de nivel de ruidos a todas las actividades que se desarrollen en servicios municipales.

B) Denominación de entidades locales. Cuestión de inconstitucionalidad. Contradicción sobrevenida entre el criterio legal previsto en la Ley autonómica y el que hoy establece el art. 47.2 LRBR, después de la modificación introducida por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, respecto de la mayoría legalmente exigible para la adopción de acuerdos en materia de alteración del nombre y de la capitalidad del municipio.

C) Impugnación de acuerdos de las entidades locales.

- a) Legitimación del Abogado del Estado para impugnar acuerdos de los entes locales.
- b) Inadmisibilidad del recurso presentado por un concejal que no votó en contra del acuerdo de la Asamblea General de un Consorcio que aprobaba definitivamente un Reglamento, pese a haberse opuesto a su aprobación inicial.

D) Organización municipal. Nulidad de Acuerdo que aprueba la modificación de las Bases de Ejecución del Presupuesto al otorgar retribuciones no permitidas a concejales no adscritos.

3. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS.

A) Colegios profesionales. Visado colegial obligatorio. Cuestiones diversas derivadas del RD 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio.

B) Profesiones tituladas.

- a) Título universitario de «graduado en ingeniería de la edificación» que habilita para el ejercicio de la profesión regulada de arquitecto técnico. Nueva titulación que induce a error sobre sus efectos profesionales. Confusión con el título de ingeniero.
 - b) La profesión titulada de físico es una actividad profesional que no afecta a los intereses públicos y generales.
-

1. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Impugnación de acuerdos por la Administración del Estado. La observancia del plazo regulado en el art. 44.2 de la Ley Jurisdiccional viene determinada por la fecha de recepción del requerimiento en el órgano al que va destinado

Por Decreto de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de 8 de noviembre de 2005 se declaró la reserva natural del macizo del Pico del Lobo-Cebollera en el norte de Guadalajara. La Administración del Estado interpuso recurso frente a él, al entender que varios epígrafes de su Anejo segundo invadían competencias estatales. Dicho recurso fue estimado por la STSJ de Castilla-La Mancha de 29 de junio de 2009. La Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha recurre en casación la resolución del Tribunal Superior de Justicia y el **Tribunal Supremo, en Sentencia de 13 de septiembre de 2012** (recurso 4453/2009), lo estima, procediendo en consecuencia a declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Administración del Estado por extemporáneo.

La Comunidad Autónoma alega la infracción del artículo 44.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, aduciendo que para el cómputo del plazo de dos meses para la formulación del requerimiento previo regulado en dicho precepto debe atenderse al momento de entrada de este en el órgano destinatario. El motivo es acogido por el Tribunal Supremo que, tras recordar el tenor del artículo 44, afirma que en la redacción de este artículo se reconoce la huella del artículo 65 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, cuya regulación se circunscribe a los actos y disposiciones de las entidades locales y que coexiste con el primero. Afirma, pues, que «ambas regulaciones sobre el requerimiento interadministrativo potestativo guardan identidad de razón, aunque sean distintos los plazos previstos en una y otra», pues el mecanismo para instar la anulación es la práctica de un requerimiento. La sección 5.^a de la Sala Tercera recuerda que, a la hora de interpretar el artículo 65.2 de la Ley de Bases del Régimen Local, ya ha tenido oportunidad de manifestar en diversas sentencias que «para determinar si el plazo ha sido observado la fecha relevante no es la de emisión del requerimiento sino la de su recepción por el órgano destinatario». Así, en la STS de 19 de octubre de 2009 (recurso 5720/2010), ya se manifestó citando lo dispuesto en las SSTS de 5 de marzo de 2004, 9 de marzo de 2006 y 26 de septiembre de 2007 [esta última comentada en el número 39 de esta *Revista Justicia Administrativa*], que lo determinante para saber si el requerimiento se ha formulado o no dentro del plazo de 15 días previsto en la norma es la fecha de su entrega o recepción en el Ayuntamiento, o la de presentación en una oficina de correos que acredite fehacientemente su depósito en tal fecha, sin que pueda otorgarse relevancia a la fecha en que se emite el acto de requerimiento. En sentido similar se pronunció también la STS de 10 de septiembre de 2009 (recurso 1005/2005). Estas dos SSTS de 10 de septiembre y 19 de octubre de 2009 fueron objeto de análisis en el número 46 de la *Revista Justicia Administrativa* y también en el número 47 de esta revista hicimos referencia a la STS de 14 de diciembre de 2009 (recurso 3851/2005).

El Tribunal Supremo entiende que las consideraciones expuestas son plenamente aplicables al requerimiento entre administraciones regulado en el artículo 44.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues ambas regulaciones responden a una misma razón. Por ello, manifiesta lo siguiente:

«Cuando se opta por el requerimiento previo en lugar de acudir directamente al recurso contencioso-administrativo, es necesario presentarlo ante la Administración requerida dentro del plazo previsto y no basta con dictar en ese plazo la resolución por la que se dispone el requerimiento ni tampoco que se registre su salida dentro del plazo señalado. Los requerimientos, para ser considerados como tales, han de ser notificados al requerido, porque su efectividad —su producción—, tiene lugar cuando llega al conocimiento del requerido el contenido de la intimación, lo que en el supuesto de que el destinatario sea la Administración se corresponde con la fecha de presentación en el registro del órgano administrativo al que va dirigido o en las demás formas previstas legalmente.

Así lo ha declarado ya esta Sala en repetidas ocasiones; y no solo con relación al requerimiento previsto en el artículo 65.2 de la Ley de Bases de Régimen Local —al que se refieren las sentencias antes citadas— sino también a propósito del requerimiento regulado en el artículo 44.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo. Puede verse en este sentido la sentencia de la Sección 2.^a de esta Sala de 17 de junio de 2009, (casación 1256/07).

Es verdad que puede producir alguna distorsión a cuanto venimos señalando la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Constitucional SSTC 86/1988 y 140/1990, que la sentencia recurrida cita como argumento de refuerzo de su conclusión. Según el Tribunal Constitucional, el plazo de dos meses que establece el artículo 63.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para la formulación del requerimiento (de incompetencia) ha de exigirse sólo respecto de la adopción del acuerdo y su comunicación y envío al requerido, con independencia del lapso aleatorio de tiempo, puramente circunstancial, que pudiera transcurrir entre esa formulación y la posterior recepción por su destinatario. Pero esa doctrina se ha dictado en interpretación del precepto que establece el plazo para formular el requerimiento de incompetencia en los conflictos positivos; debiendo recordarse que el objetivo de los conflictos constitucionales de competencia lo constituye la reivindicación de la competencia propia cuando es ejercida por otro o la denuncia de los excesos en el ejercicio de una competencia ajena, siempre que la controversia afecte a la definición o delimitación de los títulos competenciales en litigio y, más exactamente, a la delimitación de estos títulos contenida en la Constitución, los Estatutos de Autonomía o las Leyes del bloque de la constitucionalidad que delimitan las competencias estatales y autonómicas (véase por todas el FJ 3.^o de la STC 44/2007). Sin pretender por nuestra parte profundizar en esa materia, únicamente queremos poner de manifiesto que la interpretación sobre la regulación de la tramitación y resolución de los conflictos constitucionales de competencia (artículo 63.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) es difícilmente trasladable a un ámbito bien distinto como es el recurso contencioso administrativo, y, más específicamente, a esa figura del requerimiento previo de anulación regulado en el artículo 44.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo».

En suma, en el caso que nos ocupa el requerimiento de la Administración General del Estado a la Administración autonómica debe entenderse formulado fuera del plazo de dos meses legalmente establecido porque la observancia del plazo viene determinada no por la fecha en que se dicta la resolución en que se acuerda el requerimiento, ni por la fecha reflejada en el registro de salida del órgano emisor, sino por la fecha de recepción del requerimiento en el órgano destinatario, que es el momento en que debe entenderse producida y practicada la intimación exigiendo a la Administración destinataria que deje sin efecto la actuación de que se trate.

2. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Competencias municipales

a) *Publicidad exterior. Limitaciones de publicidad sobre vehículos de transporte privado*

Dos nuevas **Sentencias del Tribunal Supremo de 16 y 23 de octubre de 2012** (recursos 1964 y 2505/2011, respectivamente), estiman el recurso de casación interpuesto por dos asociaciones privadas frente a la anulación del artículo 2.2 de la Ordenanza Reguladora de la Publicidad Exterior del Ayuntamiento de Madrid. En el número anterior de esta revista ya comentamos la STS de 13 de marzo de 2012 (recurso 1304/2011), por lo que a su comentario nos remitimos.

b) *Extralimitación. Una corporación municipal al aprobar un reglamento orgánico no puede afectar al elenco de obligaciones de otra administración distinta*

La Diputación Provincial de Palencia impugna el Reglamento del Parque de Bomberos Voluntarios del Ayuntamiento de Venta de Baños, aprobado con fecha 14 de abril de 2011, al entender que dos de sus preceptos establecen unas obligaciones exigibles a dicha institución provincial que no fueron asumidas en el Convenio Específico de Colaboración en materia de Prevención de Incendios y Salvamento, suscrito entre ambas administraciones con fecha 5 de febrero de 2007.

El Ayuntamiento de Venta de Baños se opone a dicha pretensión de anulación, aduciendo que, pese a que la Diputación aparece en el mencionado convenio como un mero «colaborador», sin embargo, en virtud de lo establecido en el artículo 36.1.c) de la Ley de Bases del Régimen Local, es la competente para prestar el servicio de protección civil y prevención y extinción de incendios, ya que a tenor del artículo 26.1.c) de la citada Ley este servicio sólo se atribuye a municipios con una población superior a 20.000 habitantes y el citado municipio no alcanza este número.

Visto lo anterior, el **TSJ de Castilla y León, en Sentencia de 4 de septiembre de 2012** (recurso 907/2011), estima el recurso interpuesto por la Diputación y entiende que el Ayuntamiento no tiene competencia para dictar disposiciones que obliguen a la Diputación a sufragar los gastos derivados de la asistencia médica y jurídica a los miembros del Cuerpo de Bomberos Voluntarios del Ayuntamiento en el ejercicio de su actividad. Los preceptos impugnados establecen una atribución de obligaciones jurídicas exigibles a una administración distinta de la autora del Reglamento, para lo cual, como aduce la Administración recurrente, no hay ninguna habilitación previa que lo permita. Por ello, la Sala entiende que la cuestión a debatir no es tanto si la administración competente para la prestación del servicio de protección civil y prevención y extinción de incendios es o no la Diputación Provincial de Palencia, lo que debe ser considerado ajeno a lo que constituye el objeto del proceso, «sino si una Corporación municipal —en este caso el Ayuntamiento de Venta de Baños— puede, con ocasión de aprobar un reglamento, afectar al elenco de obligaciones de otra administración distinta desplegando el mismo sus efectos “ad extra”, propios de un reglamento jurídico. Y desde luego que la respuesta a dicha cuestión habrá de ser negativa».

- c) *Ruido. Exclusión improcedente de la limitación legal al límite de nivel de ruidos a todas las actividades que se desarrollen en servicios municipales*

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de julio de 2012** (recurso 1242/2008) estima el recurso interpuesto por un particular frente a los Acuerdos del Ayuntamiento de La Roda de 29 de julio y 28 de octubre de 2008, por los que se modificaba el art. 97 de la Ordenanza Municipal de Policía y Buen Gobierno y un apartado de las Ordenanzas sobre volumen, higiene y calidad de la edificación de las Normas Subsidiarias del municipio, con el fin de extender la excepción en la limitación del nivel de ruido en interior de las viviendas y en ambientes exteriores, que existe para los ruidos procedentes del tráfico y transportes, a los originados por las actividades de tipo religioso, cultural, deportivo, de ocio o esparcimiento que se celebren en vías públicas o en recintos de los servicios públicos municipales.

El recurrente había constatado que los niveles de ruido en su vivienda, provenientes de instalaciones municipales en las que se desarrollaban actividades de las descritas anteriormente, superaban las permitidas por la normativa estatal. Por ello, tras efectuar un repaso sobre las resoluciones de distintos tribunales sobre la protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio y a la salud por exposiciones prolongadas a elevados niveles de ruido, recuerda cómo uno de los objetivos de la Ley 37/2003, del Ruido, es garantizar en España un nivel mínimo de protección frente al ruido. Por su parte, el artículo 7 del reglamento que la desarrolla regula las servidumbres acústicas, destinadas a conseguir la compatibilidad del funcionamiento o desarrollo de las infraestructuras de transporte viario, ferroviario, aéreo y portuario, con los usos del suelo, actividades, instalaciones o edificaciones implantadas o que puedan implantarse en la zona de afección por el ruido originado en dichas infraestructuras, permitiendo la superación de los objetivos de calidad acústica aplicables a las correspondientes áreas. Pero en ningún caso recoge dentro de las servidumbres acústicas las originadas por actividades de tipo religioso, cultural, deportivo, de ocio o esparcimiento que se celebren en vías públicas o en recintos de los servicios públicos municipales. Más bien, indica la Sala, «parece que para estas actividades el legislador ha previsto la suspensión provisional de los objetivos de calidad acústica a través del procedimiento del art. 9 de la Ley 37/2003, limitado a determinadas áreas acústicas y previa valoración de la incidencia acústica. Pero las ordenanzas recurridas ni se limitan a determinada área ni se acredita valoración de la incidencia». Tampoco esta regulación tiene acomodo en otras situaciones permitidas por la regulación estatal, como las de emergencia o las que son consecuencia de la prestación de servicios de prevención y extinción de incendios, sanitarios, de seguridad u otros de naturaleza análoga a los anteriores.

B) Denominación de entidades locales. Cuestión de inconstitucionalidad.

Contradicción sobrevenida entre el criterio legal previsto en la Ley autonómica y el que hoy establece el art. 47.2 LRBRL, después de la modificación introducida por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, respecto de la mayoría legalmente exigible para la adopción de acuerdos en materia de alteración del nombre y de la capitalidad del municipio

La **STC 159/2012, de 17 de septiembre**, apura las consecuencias de la STC 66/2011, de 16 de mayo, comentada en el núm. 53 de esta revista. Como se recordará, lo que se discu-

tió entonces era fundamentalmente si, en los supuestos de renovación por el Estado de la normativa básica, los órganos judiciales pueden válidamente, en virtud de la cláusula de prevalencia del Derecho estatal del art. 149.3 CE, dejar de aplicar la norma autonómica con rango de ley en vigor y sobrevenidamente contradictoria con los nuevos preceptos básicos o, por el contrario, debe forzosamente plantear ante el Tribunal Constitucional la oportuna cuestión de inconstitucionalidad.

En la citada STC 66/2001, la Sala Primera del Tribunal Constitucional se pronunció mayoritariamente a favor de esta última solución y, en consecuencia, declaró que las resoluciones judiciales entonces impugnadas, que habían aplicado el art. 47.2.d) LRBRL (en la redacción dada al mismo por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local), en perjuicio de lo dispuesto en el art. 131.2 de la Ley del Parlamento de Canarias 14/1990, de 26 de julio, de régimen jurídico de las Administraciones públicas de Canarias, sobre la mayoría requerida para la adopción de acuerdos de alteración de la capitalidad de los municipios, vulneraron el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), y ordenó retrotraer las actuaciones al momento anterior al del dictado de la sentencia por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Santa Cruz de Tenerife.

Precisamente en cumplimiento de esta Sentencia constitucional, el citado Juzgado, bien que algo a regañadientes, para decir toda la verdad, acordó, por Auto de 4 de marzo de 2012, plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del citado art. 131.2 de la Ley del Parlamento de Canarias 14/1990, de 26 de julio, de régimen jurídico de las Administraciones públicas de Canarias, por su posible contradicción con lo dispuesto en el citado art. 47.2.b) LRBRL.

La STC 159/2012, de 17 de septiembre, que ahora se comenta, resuelve la cuestión promovida y, como naturalmente era de esperar, declara la inconstitucionalidad del precepto autonómico, habida cuenta de su insalvable contradicción con lo dispuesto hoy en el citado precepto básico estatal. Pues, en efecto, «a resultas de la modificación operada por la Ley 57/2003 la regla de la mayoría de dos tercios fue sustituida por la de mayoría absoluta, como requisito necesario para la adopción de acuerdos de alteración de la capitalidad de un municipio, por lo que la norma autonómica que originariamente se limitaba a reproducir el contenido de la norma básica estatal, y que requería una mayoría de dos tercios, devino incompatible. Esa incompatibilidad resulta efectiva y no es salvable por vía interpretativa» (FJ 4 *in fine*).

Una decisión, que aunque previsible, es realmente muy significativa y que confirma que, para el Tribunal Constitucional, «la modificación de la legislación básica estatal no ha determinado, en suma, el desplazamiento o la pérdida de eficacia de la norma autonómica, sino su inconstitucionalidad sobrevenida, por lo que no compete a los órganos judiciales, sino al Tribunal Constitucional fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley [...]. La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia *erga omnes*, la inconstitucionalidad de las leyes, tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es expresión de la voluntad popular —como se declara en el preámbulo de nuestra Constitución— y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España» (FJ 5). Por si alguna duda podía existir todavía, importa

notar que la misma doctrina puede leerse igualmente en la **STC**, Sala Segunda, **187/2012**, de **29 de octubre**.

C) Impugnación de acuerdos de las entidades locales

a) Legitimación del Abogado del Estado para impugnar acuerdos de los entes locales

La **STS de 26 de junio de 2012** (recurso 4271/2001) declara haber lugar al recurso de casación interpuesto, casa y anula la Sentencia del TSJ del País Vasco de 6 de junio de 2011 desestimatoria del recurso deducido contra las bases aprobadas por el Ayuntamiento de Durango por la que se regulaban las ayudas individuales de transporte a familiares de personas en régimen penitenciario.

La Sentencia del TS considera que las ayudas mencionadas no son conformes a Derecho, puesto que carecían del Plan Estratégico que con carácter previo al establecimiento de cualquier subvención exige la Ley General de Subvenciones en su artículo 8.1.

Adicionalmente, examina la cuestión planteada en la sentencia de instancia sobre la posible falta de legitimación del Abogado del Estado para impugnar acuerdos de los entes locales en supuestos como el planteado. Respecto a esta cuestión, el TS señala que la competencia del Estado para dictar normativa básica (en relación con la Ley General de Subvenciones) se entiende completa si a dicha competencia se le vincula la correspondiente legitimación estatal, a través de la Abogacía de Estado, para velar por el correcto cumplimiento de esta por parte de las Administraciones Públicas. Este principio general sólo tendría excepción si una norma con rango de Ley negara expresamente dicha legitimación, excepción que no concurre al examinar los artículos 65 y 66 de la LBRL.

La jurisprudencia del TS ha declarado, en reiteradas ocasiones, que el procedimiento de impugnación de acuerdos de las corporaciones locales por la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas debe ser interpretado restrictivamente, en cuanto implica una limitación de la autonomía local en aras de facultades de tutela reconocidas a las Administraciones territoriales de ámbito superior (STS de 14 de junio de 2006), y que, por lo tanto, no es absoluta (STS de 13 de octubre de 1998), sino una legitimación que responde a la naturaleza bifronte del régimen jurídico de las entidades locales, en cuando Estado y Comunidades Autónomas concurren a su determinación. De esta manera, se legitima a uno y otras en función del ordenamiento eventualmente infringido, bien por ser materia en la que es competente el Estado o la Comunidad Autónoma, o bien por invasión del respectivo ámbito de competencias. En consecuencia, a la Administración del Estado le corresponde el control de legalidad para impugnar los acuerdos de los Entes Locales que infrinjan la legislación del Estado o aquéllos que invadan competencias propias de la administración estatal.

b) Inadmisibilidad del recurso presentado por un concejal que no votó en contra del acuerdo de la Asamblea General de un Consorcio que aprobaba definitivamente un Reglamento, pese a haberse opuesto a su aprobación inicial

Un concejal interpuso recurso de casación frente a la STSJ del País Vasco de 20 de junio de 2011, la cual desestimaba el recurso interpuesto por éste frente al Acuerdo de la Asam-

blea General del Consorcio de Residuos de Guipúzcoa de fecha 23 de julio de 2009, que aprobaba el Reglamento de gestión del servicio público de transferencia y tratamiento de residuos urbanos. Durante la tramitación del citado Reglamento el concejal recurrente votó en contra de la aprobación inicial, pero luego no estuvo presente el día de la votación de la aprobación definitiva, por lo que no pudo votar en contra de esta.

El recurrente interpone el recurso por infracción del art. 23 CE, en tanto que presidente de una Mancomunidad, en tanto que concejal de un Ayuntamiento adscrito y en tanto que particular interesado. Según la sala de instancia, dado que la Mancomunidad había desistido del recurso, no puede sostenerse la actuación del recurrente en tanto que presidente de esa entidad, pues no se puede desvincular la capacidad de actuación procesal del primero de la condición de parte de la Mancomunidad. Tampoco se ha acreditado en ningún momento que el recurrente, en su condición de persona física, sea titular de un derecho o interés legítimo afectado por el Reglamento controvertido. En relación con la legitimación del recurrente derivada de su condición de concejal de una de las entidades integradas en la Mancomunidad, la Sala de instancia tampoco la reconoce, porque los miembros de una Corporación local sólo están legitimados para impugnar los acuerdos de dicha entidad sobre los que hubiesen votado en contra —art. 63.1.b) de la Ley de Bases del Régimen Local—, y no de otras corporaciones o entidades como el Consorcio, cuyo acuerdo se impugna.

La **STS de 12 de julio de 2012** (recurso 4604/2011) desestima el recurso de casación interpuesto por el concejal, confirmando la inadmisibilidad del recurso por la Sala de instancia. Recuerda como en la STS de 7 de noviembre de 2005 (recurso 7053/2002) se declaró que el artículo 63.1.b) de la Ley de Bases del Régimen Local solamente exige, para la impugnación de los acuerdos de las entidades locales por sus miembros, que se ostente el cargo electo en el momento de la interposición del recurso y que se hubiera votado en contra del acuerdo impugnado. También recuerda otras sentencias como la STS de 21 de enero de 2003, la de 14 de noviembre de 2005 o la de 3 de julio de 2006, donde se añadía que, cuando los miembros de una entidad local no se encuentran presentes, debe entenderse que no votan en contra del acuerdo. La norma no afecta a los concejales que no formen parte de un órgano concreto cuya resolución se impugne, los cuales pueden impugnarlo según las reglas generales (STS de 16 de diciembre de 1999). Por último, dados los tiempos que la jurisdicción contencioso-administrativa tarda en resolver un asunto, no se puede exigir la conservación del cargo del concejal —con la consiguiente reelección cuando proceda— para apreciar la legitimación, pues ello supondría privarle de todo sentido y virtualidad práctica (STS de 1 de diciembre de 2003).

Por ello, el Tribunal Supremo entiende que no ofrece ninguna duda «que la legitimación se atribuye a los miembros de la corporación que hubieren votado en contra de la adopción o aprobación de un determinado acto». En el presente asunto resulta incontestable que la Mancomunidad de San Marcos mostró su abstención en la propuesta de aprobación definitiva del Reglamento aunque en la aprobación inicial hubiere votado en contra. Por ello, reitera lo manifestado por la STS de 14 de noviembre de 2005 (recurso 1281/2003), que fue analizada en el número 31 de la *Revista Justicia Administrativa* y que afirmaba que «abstenerse de mostrar una opinión contraria a un concreto acuerdo municipal en el acto de formación de voluntad y luego pretender su impugnación en vía jurisdiccional por la

vía de la legitimación especial recogida en el art. 63.1.b) LBRL bajo el argumento de que el acto impugnado lesiona la legalidad puede comportar no solo un abuso de derecho sino metajurídicamente una desconsideración hacia los votantes mediante cuyo voto el componente del órgano colegiado pudo acceder a la condición de miembro del ente local». Por tanto, una racional exégesis de la norma exige que tal actitud deba exteriorizarse primero en el seno del órgano colegiado, en el que se integra el discrepante ejerciendo su derecho de participación política, para luego, en su caso, acudir a su impugnación jurisdiccional por la vía de la legitimación especial apoyada justamente en esa voluntad contraria a la mayoritaria expresada en el interior del órgano que representa la voluntad popular en el municipio como es el pleno.

D) Organización municipal. Nulidad de Acuerdo que aprueba la modificación de las Bases de Ejecución del Presupuesto al otorgar retribuciones no permitidas a concejales no adscritos

La representación del Excmo. Ayuntamiento de Mondragón/Arrasate interpuso recurso de casación frente a la STSJ del País Vasco de 23 de mayo de 2011 (recurso 1453/2008), que estimaba el recurso interpuesto por el Abogado del Estado frente al Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 18 de septiembre de 2008, que aprobaba definitivamente la modificación de las Bases de Ejecución del Presupuesto de 2008, en relación a ciertos apartados del artículo 18. Esos preceptos contenían dotaciones económicas a concejales no adscritos que no eran procedentes.

La sentencia de instancia consideró que los apartados impugnados de dichas bases presupuestarias incurrieran en una vulneración del régimen legal de asignaciones económicas a los grupos políticos que establece la Ley de Bases del Régimen Local, en cuyo artículo 73 se determina la distribución de las dotaciones económicas entre los grupos políticos y en cuyo artículo 75 se concretan las retribuciones, asistencias e indemnizaciones que pueden percibir los concejales. Entre otras razones, porque varios apartados no pueden aplicarse a concejales no adscritos o sin grupo, pues el concepto o supuesto de hecho que confiere la dotación económica no puede ser el de la pertenencia individual o la Presidencia de comisiones informativas, sino el del número de concejales o número de presidentes de Comisiones con que un grupo determinado cuenta «midiendo así y traduciendo a términos económicos el poder político-representativo que cada grupo ostenta en la Entidad Local».

La parte recurrente, por su parte, considera que el acuerdo impugnado se enmarca dentro de las competencias municipales y que los Reglamentos Orgánicos municipales se han declarado de preferente aplicación frente al Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

El **Tribunal Supremo**, mediante **Sentencia de 3 de julio de 2012** (recurso 4270/2011), desestima el recurso de casación y, en aplicación de los principios de unidad de doctrina y seguridad jurídica, reitera lo expuesto en las SSTs de 18 de mayo y de 5 de junio de 2012 (recursos 6679/2010 y 1449/2011, respectivamente), a las que ya nos referimos en la crónica anterior, las cuales sostienen que la potestad de autoorganización no es ilimitada o carente de marco constitucional de referencia, sino que se ha de expresar y manifestar teniendo en cuenta las competencias básicas del Estado y de las propias Comunidades Autónomas.

También recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional, que parte de la STC 20/2011, de 6 de febrero, y luego se reproduce en otras muchas —como hemos tenido oportunidad de comentar en el número 52 de esta revista—, sobre los concejales no adscritos.

El Tribunal considera que el problema no se centra en la prelación aplicativa del Reglamento orgánico municipal sobre el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, sino que lo que se analiza es la conformidad o no del citado Reglamento con el art. 73.3 de la Ley de Bases del Régimen Local, que contempla la figura del concejal no adscrito. No se vulnera, por tanto, el principio de autoorganización municipal, por cuanto dicha potestad «no otorga una libertad absoluta a los Municipios, sino que se ejercita dentro del marco constitucional y legal al efecto constituido».

También la parte recurrente entiende, haciendo una interpretación bastante amplia, que el artículo 75 permite el reconocimiento de derechos económicos a los concejales individualmente considerados. El Tribunal Supremo recuerda, en cambio, que «la norma del artículo 73.3... es clara en cuanto dispone en relación con el supuesto que nos ocupa que los derechos económicos de los miembros no adscritos no puedan ser superiores a los que les corresponderían de existir el grupo de procedencia». Esta conclusión es la alcanzada por la sentencia de instancia cuando anula el apartado controvertido ya que éste contempla una dotación económica que se integra por un componente fijo idéntico para todos los grupos, y, por tanto, estos conceptos económicos se refieren a los grupos que integran la Corporación municipal y no a concejales adscritos a título individual.

En fin, el Tribunal concluye diciendo que «esas compensaciones económicas se destinan a los órganos de Gobierno y con carácter fijo a los grupos municipales y por tanto no podrán ser percibidas por concejales no adscritos que conservan todos sus derechos políticos y económicos pero que no los pueden percibir en el caso de estos últimos a través de ningún grupo municipal ya que no pertenecen a ninguno. Sus emolumentos serán personales y por las tareas que desempeñen en el seno de la Corporación y así se les reconozcan».

3. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS

A) Colegios profesionales. Visado colegial obligatorio. Cuestiones diversas derivadas del RD 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio

Varias Sentencias del **Tribunal Supremo** (TS) han tratado en los últimos meses la cuestión del visado colegial obligatorio, al haber interpuesto varios Colegios Oficiales recurso contencioso administrativo contra el RD 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio. Cabe destacar, inicialmente, las **Sentencias de 31 de enero de 2012** (recursos 408/2010; 431/2010; 452/2010; y 468/2010), **9 de marzo de 2012** (recurso 463/2010), y **12 de marzo de 2012** (recurso 388/2010), que ya fueron comentadas en el número 56 de esta revista.

Más recientemente, las **Sentencias del TS de 14 de septiembre** (recurso 482/2010), **17 de septiembre** (recursos 422/2010, 471/2010, 474/2010, 479/2010, y **24 de septiembre de 2012** (recursos 473/2010, 481/2010 y 493/2010), vuelven a reproducir los argumentos ya expuestos en la crónica reseñada desestimando sendos recursos de casación y reiterando

la validez del RD 1000/2010 en el sentido de que, de conformidad con el desarrollo que realiza el mencionado RD de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, los proyectos considerados como de obligatoriedad de obtención del visado, son únicamente los nueve supuestos allí recogidos debiendo estos proyectos seguir los procedimientos que hasta ahora se seguían para el visado de los proyectos en los Colegios Profesionales, quedando exentos de visado el resto de proyectos no incluidos en el artículo 2, quedando además anulados los requerimientos de proyectos visados con anterioridad a la entrada en vigor del RD.

B) Profesiones tituladas

- a) *Título universitario de «graduado en ingeniería de la edificación» que habilita para el ejercicio de la profesión regulada de arquitecto técnico. Nueva titulación que induce a error sobre sus efectos profesionales. Confusión con el título de ingeniero*

Nuevamente el TS vuelve a reproducir los argumentos de la STS de 9 de marzo de 2010 que reseñamos en el núm. 55 de la presente crónica. En esta ocasión, la **STS de 2 de octubre de 2012** (recursos 582/2010), estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de noviembre de 2010 por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos de Grado y su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y títulos publicado en el BOE de 16 de diciembre de 2010, anulando el punto del anexo relativo a los títulos de «Graduado en Ingeniería de la Edificación» de las Universidades de Burgos, País Vasco y San Pablo-CEU, por inducir a confusión ya que un arquitecto técnico no es un ingeniero, e infringir, por lo tanto, el apartado 1 de la DA 19.^a de la LO 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, que prohíbe utilizar para la denominación de títulos oficiales y con calidez en todo el territorio nacional «aquellas otras denominaciones que, por su significado, puedan inducir a confusión». Esta jurisprudencia ha sido reiterada en otros muchos pronunciamientos —**SSTS de 22 de noviembre de 2011, 26 de junio de 2012 y 24 de julio de 2012** (recursos 308/2010, 598/2009, 597/2009 y 319/2010, respectivamente)—.

El TS aprovecha en esta sentencia para reiterar lo expuesto en dos **Sentencias de 26 de junio de 2012** (recursos 597 y 598/2012) sobre la misma materia, en las que igualmente alcanzó similar conclusión estimatoria del recurso, pero en las que se refirió a una posible distinta solución de los referidos casos en el futuro en base a la futura Ley de servicios profesionales. La Ley Ómnibus de 2009, sobre el libre acceso de las actividades de servicios y su ejercicio, incorporó parcialmente al Derecho español la Directiva 2006/123/CE, no concluyendo la necesaria reforma del marco regulador de los servicios profesionales. El Gobierno se comprometió a elaborar una nueva Ley de servicios profesionales en un plazo de doce meses para definir qué profesionales mantendrían la colegiación obligatoria, así como la reserva de actividad para determinadas profesiones con el objetivo de fortalecer el principio de libertad de acceso y ejercicio en todas las actividades profesionales, sin que esta Ley haya sido aprobada aún. Por lo tanto, hasta que no se apruebe esta nueva norma, la denominación de titulaciones que creen los profesionales no puede producir confusión.

b) *La profesión titulada de físico es una actividad profesional que no afecta a los intereses públicos y generales*

Si en la anterior crónica nos referíamos a diversas Sentencias del Tribunal Supremo en las que concluía el Alto Tribunal que las profesiones tituladas de geólogo, biólogo y químico no son actividades profesionales que afecten a los intereses públicos y generales, por lo que el Gobierno no debe regular estas profesiones, a similar conclusión llega en la **STS de 5 de junio de 2012** (recurso 562/2010), en relación con la profesión de físico.

La Sentencia declara que no ha lugar al recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Colegio Oficial de Físicos de España frente a la desestimación por silencio administrativo por el Gobierno de la petición realizada por el Colegio para que se establecieran por el Gobierno las condiciones a las que deben adecuarse los planes de estudios que habiliten para el ejercicio de esta profesión regulada y se declarara el derecho de los físicos de España a que se regulen y ordenen los estudios universitarios a fin de que habiliten para el ejercicio de dicha profesión regulada.

En esta ocasión el TS reproduce las palabras del Tribunal Constitucional en la Sentencia del Pleno 83/84 sobre los requisitos que deben concurrir para que una profesión sea regulada en el marco del artículo 36 de la CE y que el legislador entiende que no concurren en la profesión titulada de físico: «Este es el caso (...) del ejercicio de las profesiones tituladas, a las que se refiere el art. 36 CE, y cuya simple existencia (esto es, el condicionamiento de determinadas actividades a la posesión de concretos títulos académicos, protegido incluso penalmente contra el intrusismo) es impensable sin la existencia de una Ley que las discipline y regule su ejercicio». Y en la STC 42/1986, el propio Tribunal Constitucional insiste en esta idea afirmando que: «Compete, pues, al legislador atendiendo a las exigencias del interés público y a los datos producidos por la vida social, considerar cuándo existe una profesión, cuándo esta profesión debe dejar de ser enteramente libre para pasar a ser profesión titulada. Por ello, dentro de las coordenadas que anteriormente se han mencionado, puede el legislador crear nuevas profesiones y regular su ejercicio, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que la regulación del ejercicio de una profesión titulada debe inspirarse en el criterio del interés público y tener como límite el respeto del contenido esencial de la libertad profesional».

El TS declara, igualmente, que el ámbito de estas profesiones reguladas debe tener un tratamiento restrictivo, y por ello resulta aplicable solo, como ya se ha dicho, a las actividades profesionales que afecten a los intereses públicos y generales, a los que no afecta la profesión titulada de Físico.

MIGUEL CASINO RUBIO
JESÚS DEL OLMO ALONSO
VANESA RODRÍGUEZ AYALA
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

SUMARIO

1. CONCEPTO DE SANCIÓN.
 - A) **Actos que constituyen sanción.**
 - B) **Actos que no constituyen sanción.**
2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD.
 - A) **No cabe la invocación del derecho a la igualdad en la ilegalidad.**
 - B) **Tipicidad de las infracciones: la vulneran las cláusulas tipificadoras generales.**
 - C) **Las relaciones de sujeción especial solo permiten flexibilizar el principio de tipicidad si así lo prevé una disposición legal o constitucional.**
3. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE.
 - A) **Aplicación retroactiva de una Ley para prestarle cobertura legal a una ordenanza que tipificaba *ex novo* sanciones más beneficiosas para el ciudadano.**
 - B) **Retroactividad de la norma sancionadora más favorable aprobada durante la tramitación de la casación.**
4. ANTIJURIDICIDAD.
 - A) **Su exclusión por cumplimiento de un deber.**
5. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD.
 - A) **Interpretación razonable de la norma tributaria que excluye la culpabilidad.**
6. SUJETOS RESPONSABLES.
 - A) **La responsabilidad subsidiaria de los administradores por sanciones tributarias no vulnera el principio de personalidad de la sanción.**
7. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: *NON BIS IN IDEM*.
 - A) **La sanción administrativa impuesta en tanto se tramita un proceso penal por los mismos hechos es nula por incumplimiento del deber de la Administración de paralizar el procedimiento sancionador.**

8. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
- A) Legitimación del denunciante para recurrir el archivo de su denuncia contra un juez por su posible responsabilidad disciplinaria.
 - B) Falta de legitimación del que promueve un parte disciplinario para impugnar la resolución no sancionadora.
 - C) La tolerancia previa de la Administración hacia una conducta ilegal no genera una confianza legítima que le impida iniciar luego un procedimiento sancionador.
 - D) La falta del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo sancionador es subsanable.
9. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.
- A) Las circunstancias que exoneran de la responsabilidad debe probarlas quien las alega.
 - B) Hay que probar todos los elementos del tipo infractor sin posibilidad de presumir la existencia de alguno de ellos.
 - C) Valor probatorio del parte militar incriminatorio del superior jerárquico.
 - D) La mera incoación del procedimiento sancionador no afecta a la presunción de inocencia.
10. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
- A) Hay que motivar expresamente la imposición de la sanción más grave cuando se prevén varias para el mismo ilícito.
 - B) Para motivar la concurrencia de culpabilidad no basta con indicar que no concurre ninguna de las causas excluyentes de la responsabilidad previstas en la Ley.
 - C) La falta de motivación de la resolución sancionadora no puede subsanarse en vía de recurso administrativo ni judicial.
11. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
- A) Origina la nulidad de la sanción extemporánea.
 - B) El *dies a quo* del cómputo del plazo es la fecha de iniciación del procedimiento y no la fecha de realización de actividades inspectoras.
12. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES.
- A) Fundamento constitucional del principio de proporcionalidad.
 - B) La concurrencia de una única agravante no permite la imposición de la sanción en su grado máximo, salvo que se trate de una agravante específica en ese sector.
13. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN.
- A) El plazo de prescripción de las infracciones disciplinarias no se interrumpe durante el tiempo en que se haya perdido la condición de militar.
14. EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES. SUSPENSIÓN DE LAS RECURRIDAS EN VÍA JURISDICCIONAL.
- A) A las sanciones tributarias se aplican los mismos criterios que a cualquier acto administrativo a la hora de resolver su suspensión en vía jurisdiccional.
 - B) También en relación con la obligación de constituir caución.

15. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA.

- A) **El juez puede apreciar de oficio la prescripción de la infracción.**
 - B) **Pronunciamientos divergentes sobre la posibilidad de que los jueces sustituyan la infracción y la sanción acordadas por la Administración por otras nuevas.**
 - C) **Indemnización por anulación judicial de sanciones.**
-

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

A) Actos que constituyen sanción

— Las multas impuestas por la comisión de infracciones deportivas, ya se trate de infracciones tipificadas en el art. 69 del Título IX de la Ley del Deporte, relativas al incumplimiento de los Clubs del deber de garantizar las necesarias medidas de seguridad en los recintos deportivos, como de infracciones previstas en el Título XI de la Ley del Deporte, consistentes en infracciones de reglas del juego o competición. Como aclara la **STS de 7 de octubre de 2011**, Sección Segunda (recurso de casación núm. 2342/2007), «las sanciones impuestas en el ámbito de la disciplina deportiva son el resultado del ejercicio de la potestad disciplinaria que las federaciones deportivas ejercen bajo la coordinación y tutela de la Administración Pública —Consejo Superior de Deportes— en el marco de las normas y potestades que la Ley del Deporte atribuye a los órganos deportivos (...). Así las cosas, debe predicarse el carácter administrativo tanto de los órganos encargados del régimen sancionador como de las infracciones y sanciones impuestas». Su calificación como verdaderas sanciones administrativas impide su consideración como gastos fiscalmente deducible a los efectos de lo dispuesto en el art. 14 LIS, lo que suponía el objeto principal del litigio.

B) Actos que no constituyen sanción

— La imposición de penalidades contractuales previstas en el pliego del contrato. El Ministerio de Fomento impuso a la *Compañía Transmediterránea, S.A.*, contratista del servicio de líneas de interés público «fachada peninsular – Ceuta y Melilla», una penalización contractual por importe de 889.354,05 euros, por incurrir en una falta de cumplimiento contractual de carácter leve (no mantener un buque durante la noche en el puerto de Ceuta). La **STS de 13 de febrero de 2012**, Sección Séptima (recurso de casación núm. 719/2010), recogiendo parcialmente jurisprudencia anterior, aclara que «las consecuencias de una cláusula penal integrada en un contrato no constituyen una manifestación del derecho sancionador, entendido en el sentido de potestad del Estado de castigar determinadas conductas tipificadas como sancionables por la Ley y respecto de las cuales se necesita, para aplicar la sanción, una prueba de culpabilidad que permita entender que mediante la misma se ha superado el principio de presunción de inocencia. Por el contrario, la naturaleza de dichas cláusulas contractuales responde a una concepción civil, en la que se predica el principio de la presunción de culpa en el contratante que no cumple lo pactado o incurre en algún defecto en su cumplimiento (...) Efectivamente, la resolución en la que se

aplica a la Compañía recurrente el régimen de penalidades previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, a las cuales se ha sometido el contratista al suscribir el contrato administrativo, comprometiéndose a realizar por su cuenta y riesgo el objeto del contrato con estricta sujeción a los pliegos y demás documentos que sirvieron de base a la adjudicación, no constituye una manifestación de la potestad sancionadora de la Administración, sino la aplicación de una cláusula contractual, a la que no le son de aplicación los principios generales del Derecho sancionador».

— La pérdida de la condición de guardia civil a consecuencia de la condena penal de inhabilitación especial para empleo o cargo público. Lo reitera, en esta ocasión, la **STS de 16 de enero de 2012**, Sección Séptima (recurso de casación núm. 3901/2010), que niega que dicha pérdida «constituya una sanción disciplinaria nueva, lo que determina que no se precise la tramitación del procedimiento administrativo típico ni la audiencia al interesado». Más bien, «la pena de inhabilitación (...) opera automáticamente, tan pronto como se produce el hecho determinante en la ley, esto es la sanción penal».

— La revocación de la licencia de armas, Libro de Coleccionista y Condición de Armero, por pérdida sobrevenida de los requisitos necesarios para ser titular de los mismos. Como otras muchas sentencias anteriores recaídas sobre hechos similares, la **STS de 27 de enero de 2012**, Sección Tercera (recurso de casación núm. 871/2009), insiste en que no se trata de una sanción y, «al no constituir la revocación de una autorización discrecional, por desaparición de las condiciones que justifican su otorgamiento, una manifestación del derecho punitivo del Estado sino el imprescindible control administrativo de la subsistencia de las circunstancias, aptitudes y condiciones exigibles para ser titular del permiso y licencia concedidos, no cabe la invocación de la prescripción de la acción, ni de la falta de acción típica o del principio *non bis in idem*».

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) No cabe la invocación del derecho a la igualdad en la ilegalidad

La Generalidad valenciana detectó que un administrado se encontraba emitiendo sin licencia por el canal 52 UHF de Alicante, por lo que acordó la apertura de expediente sancionador y la imposición de la medida cautelar del cese de las emisiones y el precinto de las instalaciones. Junto a otros motivos, el administrado impugna esta actuación administrativa por considerar que otras emisoras que se encontraban en la misma situación no habían sido objeto de procedimiento administrativo, lo que supondría una vulneración del derecho fundamental a la igualdad. Una vez más, en la **STS de 16 de enero de 2012**, Sección Séptima (recurso de casación núm. 4273/2010), se recuerda que «no puede ampararse la igualdad en la ilegalidad», por lo que se confirma la corrección del acuerdo de iniciación.

B) Tipicidad de las infracciones: la vulneran las cláusulas tipificadoras generales

El Ayuntamiento de Villabilla tipificó en su Ordenanza reguladora de las instalaciones y funcionamiento de las infraestructuras radioeléctricas, como infracción leve, «Aquellas

otras acciones y omisiones, no contempladas en los apartados anteriores, que vulneren lo dispuesto en lo referente a las instalaciones radioeléctricas». Impugnado este precepto por posible vulneración del principio de tipicidad, la **STS de 17 de enero de 2012**, Sección Cuarta (recurso de casación núm. 5514/2007), recuerda que el principio de legalidad, «desde un punto de vista material, exige la predeterminación normativa en condiciones tales que permita predecir, con suficiente grado de certeza y cognoscibilidad, el acto que constituye la infracción y su consecuencia en forma de sanción». De ello se deduciría la invalidez de «las cláusulas que a modo de cajón de sastre definen como falta administrativa las infracciones reglamentarias que no figuren expresamente tipificadas», como la infracción enjuiciada, cuya nulidad, ya declarada en la sentencia de instancia, es confirmada.

La sentencia se detiene en aclarar que, aunque parecida, la infracción regulada por la Ordenanza de Villalbilla no es igual que la contenida en el art. 55.e) de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, por la que se consideran infracciones leves «Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones impuestas a operadores de redes o de servicios de comunicaciones electrónicas o de sus usuarios, previsto en las leyes vigentes, salvo que deba ser considerado como infracción grave o muy grave, conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores». La sentencia considera que esta infracción «sí acota el ámbito de lo que se define como falta, por la doble nota objetiva del contenido cuya obligación constituye infracción, que son “las obligaciones impuestas a los operadores de redes o servicios de comunicaciones”, y que vengan previstas “en las leyes vigentes”, lo que permite tanto conocer de antemano a sus posibles destinatarios el ámbito de la falta, como, por ello, poder adecuar su conducta (...) Mientras que la falta que nos ocupa tipifica como infracción leve aquellos actos no contemplado como infracción grave o muy grave que “vulneren lo dispuesto en lo referente a las instalaciones radioeléctricas”, sin acotar de ninguna manera aquello que consista en “lo referente a las instalaciones”, de manera que haga discernible la conducta objeto de reproche».

C) Las relaciones de sujeción especial solo permiten flexibilizar el principio de tipicidad si así lo prevé una disposición legal o constitucional

En relación con la misma infracción tipificada en la Ordenanza reguladora de las instalaciones y funcionamiento de las infraestructuras radioeléctricas referida en el epígrafe anterior, el Ayuntamiento de Villalbilla alegó, como posible justificación de la flexibilización del principio de tipicidad, la existencia de una relación de sujeción especial, debiendo entenderse «que el titular de una instalación radioeléctrica tiene suficiente conocimiento tanto de las concretas obligaciones que tiene en tal cualidad, como de la calificación de sus incumplimientos, de lo que desprende que se respeta el principio de seguridad jurídica». La misma **STS de 17 de enero de 2012**, Sección Cuarta (recurso de casación núm. 5514/2007), antes citada, reconoce que en la doctrina constitucional se ha admitido «la modulación del derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito de ciertas relaciones administrativas, en tanto en cuanto que la naturaleza o contenido de esta categoría administrativa permita una más fácil predicción de aquellas conductas y sanciones, así en relación con un preso (STC 2/1987), un Policía Nacional (STC 69/1989) o un Arquitecto colegiado (STC 219/1989)». Sin embargo, recuerda que esta misma doctrina constitucional (SSTC 132/2001, 161/2003 y 232/2006) ha señalado, en relación con varias infracciones contenidas en Ordenanzas

reguladoras del servicio de autotaxi, que «ningún precepto constitucional prevé, ni explícita ni implícitamente, la limitación de derechos constitucionales en un ámbito de actividad económica privada, aunque esté intervenida y reglamentada, como este. Tampoco ninguna ley vigente al tiempo de la infracción sancionada modulaba el disfrute de los derechos fundamentales de quien hoy pide nuestro amparo. Por tanto, y con independencia de cómo se denomine la relación que une al titular de la licencia de autotaxi con su Ayuntamiento, no hay fundamento alguno para que la sanción impuesta al recurrente carezca de la cobertura legal que, con carácter general, exige el art. 25.1 CE». En aplicación de esta doctrina, la sentencia constata que el Ayuntamiento de Villalbilla «a pesar de afirmar que la relación de la operadora con el municipio supone una situación de sujeción especial, es lo cierto que no identifica qué fundamento constitucional o legal habilita al Ayuntamiento la modulación del principio de legalidad en materia sancionadora al destinatario potencial del régimen sancionador previsto en la Ordenanza». En consecuencia, rechaza también esta posible justificación y, según indicamos en el epígrafe anterior, confirma la nulidad de la Ordenanza en este punto.

3. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE

A) Aplicación retroactiva de una Ley para prestarle cobertura legal a una ordenanza que tipificaba *ex novo* sanciones más beneficiosas para el ciudadano

La STS de 25 de octubre de 2011, Sección Cuarta (recurso de casación núm. 281/2010) declara ajustados a Derecho los artículos 84.2 y 93.1, 2 y 3 de la Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona, de 23 de diciembre de 2005, que prevén que cuando las personas infractoras sean menores de edad y en otros casos las sanciones de multa tipificadas en tal ordenanza puedan sustituirse por las de asistencia a sesiones formativas, trabajos para la comunidad o cualquier otra actividad de carácter cívico. La sentencia de instancia los anuló por falta de cobertura legal pues en el régimen local tan sólo se contempla la sanción de multa. Frente a ello, el Ayuntamiento de Barcelona alega en casación que tales artículos podrían hallar cobertura en el art. 30.3 de la Ley estatal 1/2006, de 13 de marzo, aprobada algunos meses después de la Ordenanza de convivencia de Barcelona, en la que se prevé expresamente la posibilidad de que en la imposición de sanciones por el incumplimiento de deberes contenidos en las Ordenanzas se pueda sustituir la sanción de multa por trabajos en beneficio de la comunidad u otras medidas que tengan la finalidad de sensibilizar al infractor sobre cuáles son las normas de conducta en el espacio urbano o de reparar el daño moral de las víctimas. Según la Sala, el motivo debe ser estimado pues «resulta evidente que a través de la mencionada Ley se purifica o convalida *ex lege* la Disposición general recurrida (...); por lo que, de conformidad con lo establecido en los artículos 128.2 y 57.3 de la Ley 30/1992 debe reconocerse, en virtud de esta nueva regulación legal, carácter retroactivo a los artículos (...) de la Ordenanza (...), en cuanto que las medidas sustitutorias o alternativas son más beneficiosas para el sancionado». En el mismo sentido, STS de 18 de octubre de 2001, Sección Cuarta, recurso de casación núm. 228/2010, Ar. 1197 de 2012.

B) Retroactividad de la norma sancionadora más favorable aprobada durante la tramitación de la casación

La entidad *Tecnatom, S.A.*, cedió datos personales de sus trabajadores sin mediar consentimiento expreso de estos a la entidad *Medicina Laboral Interactiva*, hechos por los que fue sancionada con multa de 300.506,05 euros como autora de una infracción muy grave de la LOPD consistente en «la comunicación o cesión de los datos de carácter personal, fuera de los casos en que estén permitidas». Con posterioridad, y mientras se encontraba en tramitación el recurso de casación, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, restringió la tipificación de infracción muy grave a la cesión sin consentimiento de datos especialmente protegidos, calificando simplemente como graves el resto de cesiones de datos sin consentimiento. Atendiendo a esta nueva regulación, más favorable a la entidad sancionada, la **STS de 23 de enero de 2012**, Sección Sexta (recurso de casación núm. 5962/2008), recuerda que «de acuerdo con el art. 128.2 LRJPAC las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor», lo que obliga a su aplicación «en cualquier instancia administrativa o judicial donde se encuentre pendiente de enjuiciamiento o ejecución una resolución sancionadora, ya que no tendría sentido confirmar judicialmente la legalidad de una resolución administrativa, según la normativa vigente cuando fue dictada, para que la Administración proceda a dictar seguidamente otra que aplique retroactivamente la nueva norma sancionadora más favorable». En consecuencia, la sentencia estima procedente aplicar «de forma retroactiva el nuevo régimen sancionador de la LOPD, más favorable para el recurrente al tipificar los hechos como falta grave, declarando procedente la sanción establecida por el artículo 45.2 LOPD para dichas faltas, en su cuantía mínima de 40.001 euros al no haber apreciado la resolución sancionadora la concurrencia de ningún criterio de graduación». En los mismos términos, y para unos supuestos muy similares, aunque referidos a otras entidades distintas, se pronuncian también la **STS de 30 de enero de 2012**, Sección Sexta (recurso de casación núm. 6116/2008), y la **STS de 14 de febrero de 2012**, Sección Sexta (recurso de casación núm. 462/2008).

4. ANTIJURIDICIDAD

A) Su exclusión por cumplimiento de un deber

El Ayuntamiento de Miranda de Ebro (Burgos) informó a unos medios de comunicación de los hechos que había cometido un funcionario municipal (insultar al alcalde y varios concejales), por los que fue sancionado disciplinariamente con seis meses de suspensión, así como de las razones que impidieron la ejecución de esta sanción. La Agencia de Protección de Datos consideró, sin embargo, que la conducta del Ayuntamiento era constitutiva de una infracción grave de incumplimiento de su deber de confidencialidad, tipificada en el art. 10 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, por lo que acabó sancionándolo. No obstante, la **STS de 19 de octubre de 2011**, Sección Sexta (recurso de casación núm. 4586/2008), considera, como hizo la sentencia de instancia, que, en este caso, prevalece el deber de informar sobre el derecho a la protección de los datos personales, y declara la sanción improcedente. Razona la Sala que «sobre la Corporación Local existe una obligación de informar a los ciudadanos de la actividad que desarrolla, salvo en los asuntos

que afecten (...) a la intimidad de las personas». Así las cosas, «la información transmitida por el Ayuntamiento recurrente es veraz y se refiere a hechos con relevancia pública». En definitiva, «en el presente caso debe prevalecer el derecho a la libertad de información ya que la información transmitida, la mera y aséptica noticia a la que se da publicidad, no resulta infundada ni vertida con intención de desacreditar (...), teniendo una indudable trascendencia social, en una localidad pequeña, por la materia y las personas intervinientes».

5. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

A) Interpretación razonable de la norma tributaria que excluye la culpabilidad

La **STS de 13 de enero de 2012**, Sección Segunda (recurso de casación núm. 2742/2010), confirma la falta de culpabilidad apreciada por la Sentencia de instancia en la entidad *Mahou, S.A.*, sancionada por la comisión de una infracción relativa al Impuesto de Sociedades. Entiende la Sala, de conformidad con jurisprudencia suya anterior, que la interpretación realizada por la sancionada en relación con la procedencia de la dotación realizada a la provisión por depreciación de su cartera, aunque errónea, resultaba razonable. Consecuentemente, confirma también la nulidad de la sanción. A idéntica conclusión y resultado llega también la **STS de 31 de enero de 2012**, Sección Segunda (recurso de casación núm. 2595/2010), relativa a una sanción impuesta en un asunto idéntico, que afectaba al mismo impuesto y a la misma entidad, aunque referida a un ejercicio fiscal distinto.

También la **STS de 20 de enero de 2012**, Sección Segunda (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 49/2010) aprecia la existencia de una interpretación razonable, aunque errónea, de una norma tributaria, que excluye la concurrencia de culpabilidad en la entidad sancionada por la Administración tributaria. Se trataba, en concreto, de la posibilidad de aplicar un beneficio fiscal en la Ley del Impuesto de Sociedades por reinversión de los beneficios obtenidos con la venta de elementos patrimoniales en otros inmuebles distintos no afectos a explotaciones económicas.

6. SUJETOS RESPONSABLES

A) La responsabilidad subsidiaria de los administradores por sanciones tributarias no vulnera el principio de personalidad de la sanción

La Administración tributaria adoptó un acuerdo de derivación de responsabilidad subsidiaria de las deudas y sanciones tributarias impuestas a la entidad *Construcciones Chiripitas, S.L.*, dirigido contra quien era su administrador en el momento de la comisión de las infracciones. Frente a la posible vulneración del principio de personalidad de la sanción que dicha derivación podría suponer, la **STS de 13 de enero de 2012**, Sección Segunda (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 56/2010), indica que «en la nueva LGT/2003, el art. 41.4 excluye, con carácter general, la posibilidad de que se reclame al responsable el pago de las sanciones impuestas al deudor principal, pero (...) se establece expresamente la responsabilidad por sanciones (...) de los administradores que con su actuación permitan el incumpli-

miento de las obligaciones tributarias de las personas jurídicas [art. 43.1.a) LGT/2003]. Conforme al artículo 182 LGT/2003, se extiende la responsabilidad por sanción en los referidos supuestos sin que se produzca ningún tipo de vulneración del principio de personalidad de la sanción». Así se derivaría, además, de la STC 76/1990, de 26 de abril.

7. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS:
NON BIS IN IDEM

A) La sanción administrativa impuesta en tanto se tramita un proceso penal por los mismos hechos es nula por incumplimiento del deber de la Administración de paralizar el procedimiento sancionador

La entidad mercantil *Davexca Noroeste, S.L.*, fue sancionada con multa de 800.001 euros como autora de una infracción urbanística por la realización de obras ilegales en suelo rústico de protección de costas. La Administración sancionadora no dio traslado al Ministerio Fiscal del posible carácter delictivo de tales hechos, por lo que tramitó el expediente sin suspenderlo e impuso la sanción que estimó procedente. No obstante, los mismos hechos fueron posteriormente objeto de un proceso penal por ser constitutivos de un posible delito contra la ordenación del territorio, proceso del que la Administración sancionadora no tuvo conocimiento hasta la interposición del recurso de reposición, que rechazó. Impugnada la actuación administrativa, la sentencia de instancia declaró su invalidez por vulneración del principio *non bis in idem* en su vertiente procedimental, al haber incumplido la Administración su deber de dar traslado de los hechos al Ministerio Fiscal y suspender el expediente sancionador en tanto no recayera resolución judicial firme. La **STS de 19 de enero de 2012**, Sección Quinta (recurso de casación núm. 1619/2009), confirma la invalidez de la sanción y rechaza el argumento hecho valer por la Administración sancionadora de no haber sido informada de la sustanciación de un proceso penal, pues aunque «la decisión de suspensión del procedimiento administrativo se adopta tras una previa comunicación entre el órgano administrativo y el jurisdiccional; y (...) en este caso no se produjo tal intercambio de datos (...) ello fue así por el inicial incumplimiento por parte de la Administración de la obligación señalada en el artículo 7.1 del mismo Reglamento [para el ejercicio de la potestad sancionadora], en cuya virtud, y dada la entidad de los hechos por los que se seguía el procedimiento administrativo, debería haberlos puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal (...). De haber actuado conforme a lo establecido en ese artículo 7.1, la Administración habría obtenido, qué duda cabe, los datos necesarios y habría podido dirigirse luego al órgano jurisdiccional penal (...) a fin de recabar la información conducente a constatar la identidad objetiva y subjetiva de ambos procedimientos».

8. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Legitimación del denunciante para recurrir el archivo de su denuncia contra un juez por su posible responsabilidad disciplinaria

El Tribunal Supremo se mantiene constante en su jurisprudencia sobre la falta de legitimación de los denunciantes para recurrir el archivo de sus denuncias contra jueces y

magistrados por la posible responsabilidad disciplinaria en que estos hayan podido incurrir. De este modo, se admite «la legitimación del denunciante para acudir a la vía contencioso-administrativa cuando lo que se pretende en el proceso no es la imposición de una sanción al magistrado denunciado sino que el Consejo General del Poder Judicial acuerde la incoación del oportuno procedimiento y desarrolle una actividad de investigación y comprobación en el marco de sus atribuciones». No obstante, cuando lo que se pretende es únicamente que se sancione a los magistrados denunciados, la Sala «viene declarando la falta de legitimación de la parte actora porque el éxito de esa pretensión de la demanda no produciría en principio ningún efecto favorable en su esfera jurídica en el proceso ni tampoco en las actuaciones jurisdiccionales a las que se refiere la denuncia presentada ante el CGPJ, pues la eventual sanción que pudiera ser impuesta, por sí sola, no le originaría ventaja alguna ni le eliminaría ninguna carga o inconveniente». Sobre estos argumentos, rechaza la legitimación del denunciante la **STS de 31 de enero de 2012**, Sección Séptima (recurso contencioso-administrativo núm. 252/2011).

B) Falta de legitimación del que promueve un parte disciplinario para impugnar la resolución no sancionadora

La **STS de 10 de octubre de 2011**, Sala de lo Militar, recurso de casación núm. 53/2011, Ar. 718 de 2012, declara que el guardia civil que denunció a un compañero por unos hechos posiblemente constitutivos de una infracción disciplinaria no está legitimado para impugnar en vía judicial el archivo del procedimiento. Recuerda la sentencia que «el art. 47.2 de la Ley Orgánica 12/07, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, previene exclusivamente la notificación al promotor del parte de la resolución finalizadora del procedimiento; agotándose con ese derecho a ser informado la cualidad de interesado en el procedimiento sancionador; pues esa cualidad no puede ser reconocida a quien, simplemente, pone en conocimiento de la Autoridad competente unos hechos que estima constitutivos de infracción (...). Quien da parte de un hecho, sea superior o subordinado, agota su interés en el asunto al dar cuenta de las novedades o irregularidades que hubiere observado. Y ello, por cuanto que el procedimiento sancionador no es un proceso entre partes, a diferencia del judicial».

C) La tolerancia previa de la Administración hacia una conducta ilegal no genera una confianza legítima que le impida iniciar luego un procedimiento sancionador

En el mismo asunto ya tratado en un epígrafe anterior, en el que la Generalidad valenciana acordó la apertura de expediente sancionador contra un administrado que se encontraba emitiendo sin licencia por el canal 52 UHF, el administrado impugnó el acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador alegando, entre otros motivos, la existencia de una confianza legítima en la corrección de su conducta. Dicha confianza se habría generado por la tolerancia dispensada por la Administración hasta esa fecha. La **STS de 16 de enero de 2012**, Sección Séptima (recurso de casación núm. 4273/2010), rechaza esta argumentación al estimar que «el hecho de que no se hubiera actuado contra ella con anterioridad no puede servir para eludir ese procedimiento [sancionador]. La falta de actuación previa de la Administración no excluye la ilegalidad del proceder de la recurrente (...) [por lo que

no puede ser legítima] una confianza que descansa en ella ni la perpetuación de situaciones contrarias a la misma».

D) La falta del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo sancionador es subsanable

La Agencia Española de Protección de Datos impuso una sanción de multa de 300.506,05 euros a la entidad *Tecnatom, S.A.*, resolviendo y notificando el mismo día en que acababa el plazo para ello y sin dar posibilidad de que se presentaran alegaciones en el trámite de audiencia posterior a la propuesta de resolución. Alegada la nulidad de pleno derecho de la resolución sancionadora por falta total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, al faltar un trámite esencial en el procedimiento, la **STS de 23 de enero de 2012**, Sección Sexta (recurso de casación núm. 5962/2008), niega toda relevancia a dicha omisión al entender que no ha causado indefensión material y que, en todo caso, esta habría quedado posteriormente subsanada en vía de recurso administrativo. Destaca la sentencia que «los hechos tenidos por probados en la Propuesta de Resolución fueron los mismos que se tuvieron en cuenta en el Acuerdo de inicio del expediente sancionador, de manera que cabe mantener que el recurrente tuvo conocimiento de los hechos por los que se seguía el procedimiento desde su mismo comienzo, y ha dispuesto y utilizado la oportunidad de efectuar las alegaciones que consideró oportunas a su derecho (...) tras el Acuerdo de inicio del expediente y (...) tras el período de prueba». Ello habría determinado que no se causara indefensión material, «pero además, en segundo término, la parte recurrente interpuso recurso de reposición contra la Resolución sancionadora de la AEPD, donde pudo también efectuar las alegaciones que interesaran a su derecho, que fueron examinadas por la AEPD en la Resolución expresa desestimatoria del recurso», lo que habría determinado la subsanación de los hipotéticos vicios que hubiera podido contener.

9. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) Las circunstancias que exoneran de la responsabilidad debe probarlas quien las alega

Una ciudadana china afincada en España, donde regentaba un negocio, fue descubierta por los servicios aduaneros del Aeropuerto de Madrid-Barajas cuando trataba de sacar, sin haberla declarado, la cantidad de 375.150 euros en efectivo con destino a Shanghai. A efectos de determinar la sanción que le podría corresponder por la comisión de esta infracción de falta de declaración, resultaba de especial importancia justificar el origen de los fondos, discutiéndose en sede judicial a quién correspondía probar el origen legal o ilegal de los mismos. La **STS de 27 de enero de 2012**, Sección Tercera (recurso de casación núm. 932/2010), zanja el debate haciendo recaer la carga de la prueba del origen de los fondos sobre la sancionada. En particular, la sentencia razona que «una derivación de la presunción de inocencia en materia sancionadora consiste en que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción pesa sobre la Administración. Pero esta consecuencia no abarca a todos y cada uno de los hechos que pueden ser relevantes en el seno del

proceso, regidos por los principios generales distributivos de dicha carga que se recogen en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Conforme a éstos, cada parte está gravada con la carga de probar los datos que constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor, regla condicionada a la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio. La justificación del origen de los fondos es un hecho positivo cuyas consecuencias son favorables a la sancionada y cuyos medios de prueba se hallan, de existir, a su plena disposición por tratarse de operaciones económicas en las que hubo intervenido. Es indiscutible entonces que la falta de prueba de ese específico hecho debe repercutir en perjuicio de su pretensión». Literalmente en los mismos términos, y en relación con unos hechos sustancialmente idénticos, aunque referidos a otro administrado, se pronuncia también otra **STS de 27 de enero de 2012**, Sección Tercera (recurso de casación núm. 3365/2010).

B) Hay que probar todos los elementos del tipo infractor sin posibilidad de presumir la existencia de alguno de ellos

La Dirección General de los Registros y del Notariado impuso a don Rómulo, notario en Sevilla, seis sanciones, cuatro por infracciones muy graves y dos por infracciones leves. La sentencia de instancia anuló las sanciones pues en los tipos muy graves previstos por la Ley 14/2000 por los que fue sancionado se exigía que de la autorización o intervención notarial contraria a la norma (que sí concurría en todos los casos) se derivasen perjuicios graves o para los clientes o para terceros o para la Administración y tales perjuicios no se habían probado. Alega en casación el abogado del Estado que el perjuicio para los clientes y para la Administración, dado que el notarial es un servicio público, se produce siempre que este servicio funciona mal y, en definitiva, siempre que se desvirtúa la fe pública. Pero la **STS de 14 de octubre de 2011**, Sección Sexta, recurso de casación núm. 5324/2008, Ar. 3450 de 2012, coincide con la Sala de instancia en que el tipo infractor descrito por la letra c) del artículo 43.Dos.A) de la Ley 14/2000 exige el requisito de la producción de unos perjuicios graves, que como los demás requisitos de la infracción habrán de resultar probados, sin que pueda presumirse.

C) Valor probatorio del parte militar incriminatorio del superior jerárquico

Al militar don Hugo se le impuso una sanción de reprensión por falta leve tipificada en el art. 9.1 de la Ley Orgánica 12/2007 por desconsideración con el superior en el ejercicio de sus funciones y vistiendo de uniforme. En concreto, porque ante las explicaciones solicitadas por el sargento comandante de puesto al expedientado acerca de por qué estando en funciones de comandante de puesto accidental no dio curso en unos casos o dio de manera incorrecta en otros a los documentos de pauta y otros precisos para el buen funcionamiento de la unidad, el encartado le dijo en voz alta «si dejaras la puta pauta en la pantalla en vez de meterla en el pen-drive no pasaría eso». El sargento comandante extendió un parte dando cuenta de los hechos acaecidos y en virtud del mismo y tras ratificarse en su declaración la autoridad disciplinaria sancionó a don Hugo. Al respecto, la **STS de 19 de octubre de 2011**, Sala de lo Militar (recurso de casación núm. 69/2011), insiste en el valor del parte como prueba de cargo incriminatoria que es susceptible de ser valorada como prueba desvirtuada.

ra de la presunción de inocencia, pero siempre que su contenido no entre en contradicción con otras pruebas que deban considerarse de descargo. De este modo, «Cuando el testimonio que en el parte se contiene sea la única prueba existente, ante la contradicción entre ofensor y superior ofendido, la valoración de la versión de este ha de analizarse con especial rigor, extremándose las cautelas y analizando cuidadosamente su contenido. (...) Es sabido que el parte no goza de presunción de veracidad y que no tiene relevancia sobre ningún otro medio de prueba. Y también es sabido que cuando el parte es emitido por el supuesto sujeto pasivo de la acción (o por el autor de una supuesta orden desobedecida, como en el caso ocurre) conviene extremar el rigor en el análisis mediante la valoración de elementos probatorios periféricos por cuanto pueden corroborar o no el contenido del parte». En los hechos había un testigo presencial que, aunque no presencié toda la conversación, declaró que la conversación mantenida entre el sargento y el guardia civil Hugo fue en tono normal, sin alzar la voz y con maneras correctas por ambas partes. En razón de lo anterior, termina la Sala, «no cabe atribuir al parte emitido valor probatorio bastante para enervar la presunción de inocencia que asiste al expedientado pues existe una versión testifical que, si no contradice, sí pone en cuestión los términos de la imputación hecha por el mando, sin que resulte razonable prescindir del testimonio de un tercero en lo que tiene de exculpativo y del que han de valorarse debidamente los únicos datos existentes para corroborar las distintas versiones y confirmar la realidad de lo sucedido». Se anula la sanción impuesta.

D) La mera incoación del procedimiento sancionador no afecta a la presunción de inocencia

De nuevo en el asunto ya referido en epígrafes anteriores, en el que la Generalidad valenciana incoó expediente sancionador contra un administrado que se encontraba emitiendo una señal de televisión sin la preceptiva licencia, el administrado impugnó la actuación administrativa alegando, entre otros motivos, una posible vulneración de su presunción de inocencia «por no haber justificado la Administración la correcta eficiencia de los aparatos medidores utilizados para obtener los datos que son la causa de este proceso». Como en anteriores pronunciamientos en los que el TS ha tenido que enfrentarse a alegaciones similares, la **STS de 16 de enero de 2012**, Sección Séptima (recurso de casación núm. 4273/2010), aclara que «la presunción de inocencia no ha sido lesionada por una resolución que se limita a iniciar el procedimiento sancionador. Será en su seno y, en el eventual proceso judicial que se entable contra la resolución dictada en él, donde deberán valorarse los elementos de hecho a partir de los que la Administración valenciana ha considerado procedente incoar un expediente sancionador».

10. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Hay que motivar expresamente la imposición de la sanción más grave cuando se prevén varias para el mismo ilícito

Un funcionario del Ministerio de Trabajo e Inmigración fue sancionado con la separación del servicio al ser declarado autor de la falta muy grave consistente en «el abandono

del servicio, así como no hacerse cargo voluntariamente de las tareas o funciones que tienen encomendadas». El tribunal *a quo* entendió probada la infracción, pero consideró que la resolución sancionadora no había motivado suficientemente la elección de la sanción de separación del servicio en lugar de otras, igualmente posibles pero menos gravosas, motivo por el que sustituyó la sanción impuesta por la Administración por otra de suspensión de cuatro años. Interpuesto recurso contra esta sentencia, la **STS de 8 de febrero de 2012**, Sección Séptima (recurso de casación núm. 4226/2010), la confirma, al considerar que «al margen de la calificación de la infracción, lo que se discute aquí no es aquella, sino la proporcionalidad, o mejor aún, la motivación que ha de exigirse a la Administración al hacer uso de ese principio cuando tiene que elegir entre varias sanciones a imponer, y ello exige, como acertadamente sostiene la sentencia, una justificación de los motivos de la elección suficientemente detallada y razonable para que pueda ser en su caso combatida por quien la sufre, y controlada en última instancia por el órgano jurisdiccional que ha de asegurar la tutela judicial efectiva», motivación que no había existido en el supuesto enjuiciado.

B) Para motivar la concurrencia de culpabilidad no basta con indicar que no concurre ninguna de las causas excluyentes de la responsabilidad previstas en la Ley

Lo reitera una vez más, de nuevo en relación con una sanción tributaria, la **STS de 13 de octubre de 2011**, Sección Segunda, recurso de casación núm. 2123/2009, Ar. 3429 de 2012, que recuerda que «el principio de presunción de inocencia garantizado en el art. 24.2 CE no permite que la Administración tributaria razone la existencia de culpabilidad por exclusión o, dicho de manera más precisa, mediante la afirmación de que la actuación del obligado tributario es culpable porque no se aprecia la existencia de una discrepancia interpretativa razonable (...) o la concurrencia de cualquiera de las otras causas excluyentes de la responsabilidad de las recogidas en el art. 77.4 LGT (actual art. 179.2 Ley 58/2003)». En el mismo sentido se pronuncian, también, las **SSTS de 6 y 10 de octubre de 2011**, Sección Segunda, recursos de casación núms. 631/2008 y 3250/2009, Ars. 7583 y 7678.

C) La falta de motivación de la resolución sancionadora no puede subsanarse en vía de recurso administrativo ni judicial

Como afirma la **STS de 13 de octubre de 2011**, Sección Segunda (recurso de casación núm. 2351/2009), «solo al órgano competente para imponer las sanciones tributarias le corresponde satisfacer las exigencias de motivación que dimanen de los arts. 24.2 y 25 CE», de modo que «la falta de motivación de la resolución sancionadora no puede ser suplida ni por el Tribunal Económico-Administrativo ni por el órgano judicial que, en este ámbito, sólo pueden llevar a cabo un mero control de legalidad (...). Y, por supuesto, resulta obvio que en ningún caso podrá cubrir dicho déficit el Abogado del Estado en el escrito de interposición de un recurso de casación». Reitera la imposibilidad de subsanar la falta de motivación de la sanción en vía judicial la **STS de 6 de octubre de 2011**, Sección Segunda (recurso de casación núm. 631/2008).

11. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Origina la nulidad de la sanción extemporánea

La **STS de 12 de enero de 2012**, Sección Segunda (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 73/2009), constata que la resolución sancionadora por la que se impusieron diversas sanciones en materia de Impuesto de Sociedades fue notificada después de haberse agotado el plazo máximo de seis meses previsto para la resolución y notificación del expediente. Consecuentemente, declara nulas tales sanciones.

B) El *dies a quo* del cómputo del plazo es la fecha de iniciación del procedimiento y no la fecha de realización de actividades inspectoras

La entidad *Endesa generación, S.A.U.*, fue sancionada como autora de una infracción grave por el incumplimiento del deber de presentar ofertas de venta de energía eléctrica en el mercado de producción por la Central Térmica de Foix durante el mes de noviembre de 2007. La sanción fue impuesta con fecha de 1 de septiembre de 2009 en un expediente sancionador iniciado el 23 de octubre de 2008. Sin embargo, las actividades de inspección previas al inicio del expediente comenzaron el 1 de febrero de 2008, por lo que la sancionada alegaba la posible caducidad del expediente. La **STS de 6 de febrero de 2012**, Sección Tercera (recurso de casación núm. 5195/2010), rechaza esta posibilidad, indicando que «a efectos del inicio del cómputo del plazo de caducidad, las fechas que resultan determinantes son las de iniciación de los procedimientos sancionadores, y no las fechas en que se produjeron las actuaciones administrativas de inspección preliminares».

12. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES

A) Fundamento constitucional del principio de proporcionalidad

Ante la posible desproporción de una sanción disciplinaria de separación de servicio impuesta a un Cabo 1.º del Ejército de Tierra por la comisión de una falta consistente en «consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con habitualidad», la **STS de 6 de febrero de 2012**, Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario militar núm. 114/2010) entra a analizar el principio de proporcionalidad, considerando que «el principio de proporcionalidad en la imposición de las penas deriva del valor justicia establecido en el artículo 1.º de la Constitución como garantía superior del ordenamiento jurídico y obliga, por tanto, a todos los poderes públicos (art. 9.1 CE)». En atención a los elementos concurrentes en supuesto de hecho, la Sentencia considera, sin embargo, que este principio fue respetado por la actuación disciplinaria de la Administración.

B) La concurrencia de una única agravante no permite la imposición de la sanción en su grado máximo, salvo que se trate de una agravante específica en ese sector

Un ciudadano fue descubierto cuando trataba de sacar de España dos maletas con 456.970 € sin declararlo a las autoridades aduaneras, incumpliendo así la obligación formal de infor-

mar de la salida de moneda en cuantía superior a 6.000 €. La sanción máxima que cabía imponer por la comisión de esta infracción era de multa por valor de la mitad de lo aprehendido. En consecuencia, y atendiendo a la concurrencia de una de las circunstancias genéricas previstas en el art. 131.3 LRJPAC («gravedad de los hechos»), la Administración impuso la sanción máxima posible (multa de 228.475 €). La **STS de 20 de enero de 2012**, Sección Tercera (recurso de casación núm. 933/2010), considera, sin embargo, que la existencia de una única agravante «debe producir sus consecuencias en orden a la individualización de la sanción por exigencias derivadas precisamente del principio de proporcionalidad», lo que lleva a la Sala a «minorar la sanción impuesta a fin de respetar la correspondiente adecuación de la entidad de la infracción cometida, a la mitad de la multa impuesta, esto es a 114.237,5 euros, en coherencia lógica con la repercusión que ha de tener en el importe de la multa la apreciación de una sola circunstancia agravante».

Frente a esta sentencia, es interesante destacar cómo la concurrencia de una única agravante, si es específica del sector en el que se produce la infracción, sí que «posibilita recorrer hasta el máximo el umbral de la multa asignada para la infracción». Esto permite a la **STS de 27 de enero de 2012**, Sección Tercera (recurso de casación núm. 932/2010), dictada en relación con una infracción idéntica, confirmar la posibilidad de imponer una sanción de multa por valor equivalente a la mitad de la cantidad aprehendida, al no ser posible justificar el origen del dinero, lo que se prevé como agravante específica en el art. 8.3 de la Ley 19/1993, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales. En idéntico sentido, y también ante un supuesto muy similar, otra **STS de 27 de enero de 2012**, Sección Tercera (recurso de casación núm. 3365/2010), también considera suficiente para imponer la multa en toda la extensión permitida por la norma la concurrencia de una única circunstancia agravante, aunque específica de esta materia: la ocultación del dinero aprehendido. De conformidad con esta última sentencia, «la consideración de esta circunstancia permitiría, por sí sola, la imposición de la multa en la magnitud máxima prevista en la Ley».

13. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN

A) El plazo de prescripción de las infracciones disciplinarias no se interrumpe durante el tiempo en que se haya perdido la condición de militar

Un soldado del Ejército de Tierra fue sancionado con un año de suspensión de empleo como autor de una falta disciplinaria consistente en «consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con habitualidad». Los hechos se consumaron el 12 de noviembre de 2007, iniciándose el procedimiento disciplinario con fecha de 16 de enero de 2008. El procedimiento se extendió más allá del 16 de julio de 2008, fecha en que terminaba el plazo para su resolución y notificación. No obstante, la única consecuencia de esta superación del plazo, como es habitual en los expedientes disciplinarios militares, fue que el plazo de prescripción de dos años volviera a correr de nuevo. Como resultado, el *dies ad quem* del plazo de prescripción de la falta cometida se desplazó al 16 de julio de 2010. Previamente, sin embargo, con fecha de 19 de septiembre de 2008, el soldado había causado baja en las Fuerzas Armadas por resolución voluntaria de su compromiso,

aceptada mediante Resolución de dicha fecha. Como resultado, por acuerdo de 14 de enero de 2009, se acordó el archivo provisional del expediente, dado que había dejado de estar sujeto al régimen disciplinario de la Fuerzas Armadas. Finalmente, y debido a su reingreso en las Fuerzas Armadas, con fecha de 19 de marzo de 2010 se acordó la reapertura de las actuaciones y se continuó su tramitación, siendo notificada la resolución sancionadora con fecha de 29 de noviembre de 2010, es decir, dos años, diez meses y trece días después de que se iniciara el expediente. La **STS de 10 de febrero de 2012**, Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario militar núm. 65/2011), considera prescrita la falta por la que se le sanciona y rechaza que el plazo de prescripción debiera entenderse suspendido durante el tiempo en que el sancionado había perdido su condición de militar. Dicha conclusión se sostendría, en primer lugar, en que la normativa aplicable regula expresamente las causas de interrupción de la prescripción, sin que entre ellas se encuentre el supuesto enjuiciado. En segundo lugar, la sentencia considera que «una solución distinta (...) comporta la consecuencia, indeseable por atentatoria a la seguridad jurídica, de que la eventual responsabilidad disciplinaria que aquel hubiere podido contraer no quedaría extinguida por el transcurso del tiempo legalmente determinado, permaneciendo indefinidamente vigente la acción disciplinaria en tanto no se reabriera el procedimiento o se extinguiera la responsabilidad disciplinaria por cualquier otra causa —por la muerte del encartado, por ejemplo—, con lo que dejaría de tener sentido el instituto de la prescripción de las infracciones disciplinarias que aquí contemplamos». A lo anterior se sumaría que «la Administración militar actuó con conocimiento (...) de la situación en que el Soldado Benjamín se hallaba en relación con el (...) [expediente sancionador], por lo que tuvo en sus manos enervar, no accediendo a la resolución del compromiso (...), los efectos que, cual ahora ocurre, el transcurso del tiempo ocasionado por el obligado archivo provisional del citado procedimiento disciplinario ha producido en la acción disciplinaria».

14. EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES. SUSPENSIÓN DE LAS RECURRIDAS EN VÍA JURISDICCIONAL

A) A las sanciones tributarias se aplican los mismos criterios que a cualquier acto administrativo a la hora de resolver su suspensión en vía jurisdiccional

La entidad *Construcciones Azagra, S.A.*, fue sancionada con una multa por la comisión de una infracción en materia tributaria. Impugnada en vía contencioso-administrativa dicha sanción, la entidad sancionada solicitó su suspensión cautelar alegando que debía acordarse porque así se evitaría una posible vulneración del principio de presunción de inocencia, por el carácter no recaudatorio de la multa y otros argumentos igualmente genéricos más. La Audiencia Nacional aceptó, sin más, dichos argumentos, concediendo la suspensión cautelar, lo que es impugnado por el Abogado del Estado al entender improcedente una suspensión automática que no sigue las reglas de los arts. 129 y ss. LJCA. La **STS de 16 de enero de 2012**, Sección Segunda (recurso de casación núm. 2303/2011), reitera que «el único régimen jurídico aplicable y al que debe someterse el tribunal al que le piden, como medida cautelar, la suspensión de la ejecutividad de un acto administrativo, sancionador o no, es el contemplado en los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/1998». Sin embargo,

entiende que el tribunal de instancia resolvió «la pretensión relativa a la suspensión desde criterios o parámetros abstractos (...) La referencia a la presunción de inocencia, al carácter no esencialmente recaudatorio del acuerdo sancionador, el importe de la multa o los breves plazos establecidos el procedimiento de recaudación para el ingreso de las sumas adeudadas no son concretas razones que expliquen la presencia de un *periculum in mora* susceptible de justificar, en este caso, la adopción de la medida cautelar, de modo que, de no acordarse, se haría ineficaz un eventual y posterior fallo estimatorio de la pretensión principal. No hay en los autos impugnados ni en la pretensión cautelar de *Construcciones Azagra, S.A.*, una concreta exposición o valoración de los perjuicios que la no suspensión de la ejecutoriedad de la sanción ocasionaría a la sociedad. No se explica cómo afectaría a sus recursos, a la productividad, a sus relaciones laborales, mercantiles, comerciales e industriales o, en general, a su actividad. No existe mención alguna a estas circunstancias que podrían justificar la toma en consideración de la medida cautelar instada». En consecuencia, declara contraria a Derecho la suspensión acordada por la sentencia de instancia.

B) También en relación con la obligación de constituir caución

En línea con la jurisprudencia recogida en el epígrafe anterior, la **STS de 25 de enero de 2012**, Sección Segunda (recurso de casación núm. 1698/2011), aclara que también resulta plenamente aplicable a las sanciones tributarias la previsión contenida en el art. 133 LJCA, de conformidad con la cual cuando «de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la prestación de caución o garantía suficiente para responder de aquellos». Este precepto exige que el órgano jurisdiccional valore «la conveniencia de establecer la garantía en cada caso, conciliando y ponderando todos los intereses que estén afectados de la contienda judicial y sean dignos de protección provisional, sin perder de vista que la finalidad de la caución es evitar los perjuicios que pudieran derivarse de la medida cautelar». En consecuencia, rechaza por insuficiente la valoración realizada por el tribunal *a quo*, que se limitó a desestimar la necesidad de caución al entender que su imposición «sería tanto como presumir la culpabilidad de la parte demandante con infracción del artículo 24.2 CE». En lugar de tan parca argumentación, el Tribunal Supremo entiende que el tribunal de instancia «debió ponderar (...) las peculiares circunstancias del caso para determinar si la correcta protección de los intereses públicos requería la prestación de caución, que es el medio de asegurar la efectividad del cobro por la Administración en caso de que la pretensión de fondo ejercitada se viese rechazada, y si concurrían motivos que justificasen la exclusión de dicha garantía». En consecuencia, casa la sentencia e impone la obligación de constituir caución en el plazo de un mes para que sea efectiva la suspensión decretada.

A un resultado idéntico llega la **STS de 2 de febrero de 2012**, Sección Segunda (recurso de casación núm. 2845/2011), que casa los autos dictados por el tribunal *a quo* en los que este rechazaba, de manera automática y sin realizar ejercicio de ponderación alguno, la obligación de constituir caución para acceder a la suspensión de la sanción, pues lo «procedente es en sede judicial aplicar los criterios que ofrecen los arts 129 y ss. de la LJCA (...) Pero de manera seria y rigurosa, no siendo suficiente (...) la mera invocación formal, para prescindiendo de aplicar los criterios que se exige legalmente, interpretados por la jurisprudencia, suspender automáticamente la sanción tributaria sin garantía».

15. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA

A) El juez puede apreciar de oficio la prescripción de la infracción

Haciendo una importante labor de recopilación jurisprudencial, la **STS de 10 de febrero de 2012**, Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario militar núm. 65/2011), apunta que «la de la prescripción de las infracciones, tanto penales como disciplinarias, es una institución de derecho material o sustantivo que debe ser estimada, concurrentes los presupuestos materiales sobre los que la misma se asienta (...), aunque la solicitud de apreciación de la misma no se inserte en el cauce procesal adecuado o, incluso, aun cuando, como en el caso de autos, no llegue a invocarse en modo alguno su concurrencia por las partes en el proceso, proclamándola de oficio en cualquier estado del procedimiento —hasta en casación e incluso hasta el momento de la firmeza de la Sentencia—, pues se trata de una cuestión de orden público que debe declararse en todo caso en aras a evitar que resulte sancionado quien, por especial previsión y expresa voluntad de la Ley, tiene extinguida la eventual responsabilidad disciplinaria que hubiere podido contraer». Esto es, «la prescripción, debe declararse de oficio y no puede quedar a la disposición de las partes». Dicha exigencia, según una reiterada doctrina de la Sala Tercera del TS recogida en esta misma sentencia, derivaría del principio de legalidad «que debe ser inherente a toda actividad administrativa según el art. 103 CE y que es controlable por los tribunales conforme al art. 106.1 de la misma Constitución (...) [de modo que] no entenderlo así sería (...) consagrar una situación atentatoria a la seguridad jurídica».

B) Pronunciamientos divergentes sobre la posibilidad de que los jueces sustituyan la infracción y la sanción acordadas por la Administración por otras nuevas

En el caso del notario sancionado por diversas infracciones muy graves y leves al que antes nos referimos, la sentencia de instancia anuló las sanciones que se le habían impuesto por no concurrir uno de los elementos del tipo infractor. Sobre ello, la **STS de 14 de octubre de 2011**, Sección Sexta, recurso de casación núm. 5324/2008, Ar. 3450 de 2012, explica que «tal vez podía la Administración haber considerado los hechos constitutivos de otras infracciones de la Ley 14/2000, (...) pero actuó la Sala de instancia conforme a Derecho al limitar su enjuiciamiento a la comprobación del encaje de los hechos probados en las normas sancionadoras aplicadas por la Administración, sin que le corresponda apreciar una infracción distinta a la declarada por Resolución administrativa sancionadora, en virtud de su propia calificación de los hechos. Así resulta de las sentencias del Tribunal Constitucional 218/2005 y 278/2006, que resaltan que el órgano judicial no puede llevar a cabo por sí mismo la subsunción de los hechos bajo preceptos legales seleccionados por él ex novo con el objeto de mantener una sanción administrativa».

Sin embargo, otras Secciones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo no son tan respetuosas con esta doctrina constitucional. Ejemplo de ello es la **STS de 16 de enero de 2012**, Sección Tercera (recurso de casación núm. 820/2009), que sustituye la infracción y la sanción acordadas por la Administración en relación con unos hechos ocurridos en el ámbito de la pesca marítima. Tales hechos habían consistido en una agresión leve (agarrar por la camisa) por parte del encargado de una nave que estaba descargando pescado contra

un inspector de pesca, lo que fue calificado por la Administración como una infracción muy grave consistente en la «resistencia, desobediencia u obstrucción grave a las autoridades de vigilancia o inspección o sus agentes, impidiendo el ejercicio de su actividad» [art. 8.h) Ley 14/1998]. Por tal infracción se impuso una sanción de multa de 100.000 € y otra de suspensión temporal del permiso de pesca por tres meses. No obstante, atendiendo a las circunstancias en las que se desarrollaron los hechos y al dato de que medió provocación por parte del inspector, la citada sentencia estima que los hechos deben calificarse como constitutivos de una infracción grave consistente en la «falta de colaboración o la obstrucción de las labores de inspección, sin llegar a impedir su ejercicio» [art. 7.1.p) Ley 14/1998], por lo que modifica infracción y sustituye las sanciones impuestas por la Administración por una sola de multa de 55.000 euros.

Algo similar ocurre con la **STS de 13 de enero de 2012**, Sección Quinta (recurso contencioso-administrativo núm. 220/2008), si bien en relación con un supuesto algo más complejo en el que cabía presumir la intención de la Administración de sancionar la infracción que la sentencia sanciona. Para entender los hechos debe retenerse que el régimen sancionador del Texto Refundido de la Ley de Aguas remite al Reglamento del dominio público hidráulico (RDPH) la fijación de los criterios para determinar si una infracción debe ser considerada grave o muy grave en lugar de menos grave. En concreto, el RDPH establece que la infracción tendrá la consideración de grave o muy grave cuando hubiera causado daños al dominio público hidráulico por valor de más de 4.507,59 euros o de 45.075,91 euros, respectivamente. Sin embargo, hasta la adopción de la Orden 85/2008, de 16 de enero, no existió un mecanismo válido para la determinación de tales daños, lo que ha dado lugar a que el Tribunal Supremo, desde su STS de 20 de junio de 2008, rechace todas las calificaciones de infracción grave o muy grave realizadas con anterioridad. En aplicación de esta jurisprudencia, de la que hemos dado noticia en anteriores crónicas, la **STS de 13 de enero de 2012**, Sección Quinta (recurso contencioso-administrativo núm. 220/2008), anula ahora una sanción muy grave impuesta a una Comunidad de Bienes al entender que no podía tenerse en cuenta el cálculo del perjuicio al dominio público hidráulico fijado en 1.183.424 euros. No obstante, la sentencia considera que «pese a decaer la valoración que se ha efectuado en el caso [como infracción muy grave] (...) el ilícito en que ha incurrido la comunidad sancionada sigue existiendo y está perfectamente tipificado en el artículo 316 c) RDPH, que da la consideración de menos graves a las infracciones definidas en el artículo 116. 3 b) TRLA». En consecuencia, estima que «procede imponer a la Comunidad de bienes recurrente la sanción de multa por infracción menos grave en su grado máximo», lo que supone sustituir la sanción de 601.012,10 euros impuesta por la Administración por una nueva sanción de 30.050,61 euros.

C) Indemnización por anulación judicial de sanciones

La sociedad mercantil *Alimentos Breogán, S.A.*, fue sancionada con 26.154 euros por infracción grave de manipulación de etiquetas de certificación geográfica protegida «Ternera Gallega», pero posteriormente la sentencia de instancia la anuló por ilegal. A dicha anulación siguió reclamación de 1.840.391 euros de la mercantil por los daños causados y la pérdida de la buena imagen de la empresa. Al respecto, la **STS de 11 de octubre de 2011**, Sección Cuarta (recurso de casación núm. 5813/2010), reitera que «cuando la causa

de la lesión deriva de un acto administrativo que ha sido anulado por no ser conforme a derecho, la jurisprudencia preconiza que se produce la antijuridicidad del daño cuando el administrado no tiene el deber jurídico de soportarlo (...); no obstante, debe tenerse en cuenta lo que la jurisprudencia denomina como “margen de tolerancia” según que la nulidad del acto o disposición fuese manifiesta o simple, reputando solo la primera como causa de imputación de responsabilidad, añadiéndose que en otro caso se llegaría a la conclusión inaceptable de que toda anulación judicial de un acto administrativo comportaría siempre la indemnización, lo cual supondría tanto como sentar un principio que, excediendo de los límites propios del sistema legal de la responsabilidad patrimonial administrativa, haría normalmente imposible el normal ejercicio de las potestades que el ordenamiento jurídico concede a la Administración. En suma, aunque la anulación de una resolución administrativa es el presupuesto inicial (...) la concurrencia del requisito de la antijuridicidad de la lesión no se produce cuando la actuación administrativa se ha mantenido dentro de unos márgenes de apreciación no sólo razonados, sino también razonables, supuesto en que no existe una lesión antijurídica (...). Con arreglo a esos postulados, la Sala rechaza la pretensión indemnizatoria, «y ello por tres razones fundamentales, la primera, porque la resolución sancionadora no se anuló por unan actuación administrativa torpe y exenta de toda razonabilidad, sino por un motivo jurídico que mereció una densa explicación en la sentencia (...), en segundo lugar, porque nunca se probó que la empresa no hubiera actuado en la forma que la norma tipificaba (...) y finalmente, porque no consta la suspensión judicial de la ejecutividad de la resolución sancionadora».

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR
ANTONIO M.^a BUENO ARMIJO
MANUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ PORTUGUÉS

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. GARANTÍAS FORMALES: VÍA DE HECHO EXPROPIATORIA.
 - A) **La omisión del trámite esencial de la información pública en el procedimiento expropiatorio equivale a una vía de hecho.**
 - B) **Improcedencia de aplicar los criterios valorativos en las actuaciones expropiatorias previstos en la Ley del Suelo en supuestos de vía de hecho.**
3. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO.
 - A) **Valoración del contrato de arrendamiento financiero o *leasing* inmobiliario a efectos expropiatorios.**
 - B) **Aplicabilidad del método de valoración de flujos de caja a los supuestos de cese del negocio derivados de una expropiación.**
4. GARANTÍAS SUSTANCIALES.
 - A) **Reversión de terrenos afectados a la ejecución de un Campus Universitario por medio de un proyecto urbanístico que adolece de indeterminación del fin que justifica la expropiación y que carece de un plazo rígido de ejecución.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Para redactar la presente crónica se han tenido en cuenta los pronunciamientos del Tribunal Supremo producidos desde el período cubierto en nuestra anterior crónica hasta el 31 de junio de 2012, en el que dicho Tribunal ha dictado algo más de 250 sentencias sobre la materia expropiatoria, de las que se reseña la doctrina más relevante.

2. GARANTÍAS FORMALES: VÍA DE HECHO EXPROPIATORIA

- A) **La omisión del trámite esencial de la información pública en el procedimiento expropiatorio equivale a una vía de hecho**

De acuerdo con la jurisprudencia de nuestros Tribunales sobre las llamadas vías de hecho, y de acuerdo asimismo con el parecer mayoritario de la doctrina especializada, no sólo hay

vía de hecho en un sentido propio y genuino cuando se omiten por completo las reglas de competencia y procedimiento: también la hay cuando se omiten trámites o garantías esenciales del procedimiento, lo que es proverbialmente sostenido por la jurisprudencia para el ámbito de las privaciones patrimoniales de naturaleza expropiatoria.

La dogmática clásica exigía, para hablar de vía de hecho, la existencia de una actuación administrativa material situada —además— al margen de la competencia o del procedimiento legalmente aplicable. Esta fue, ciertamente, la concepción originaria de las vías de hecho en la jurisprudencia del *Conseil d'État* francés, entendidas como ausencia de competencia (*manque de droit*) o de procedimiento (*manque de procédure*). Desde esta perspectiva, el concepto de vía de hecho hacía referencia a actuaciones materiales de la Administración cercanas a la idea de «atropello» o abuso de la fuerza; la coacción ilegítima en suma, la actuación material carente de los mínimos soportes jurídico-formales de competencia o de procedimiento que indefectiblemente habían de concurrir para que la actuación material pueda ser reputada legítima.

La jurisprudencia y la doctrina han ido afinando este concepto originario de vía de hecho para sustantivizar su concurrencia desde la perspectiva del efecto producido; o, si se quiere, de la intensidad del daño ocasionado en relación con la «esencialidad» del derecho considerado o garantizado en cada caso, y no de la «causa» (o ausencia de causa, por mejor decir) de dicha actuación material. En esta evolución, de orientación sustancialista, la jurisprudencia ha llegado a equiparar las «vías de hecho» con la omisión, no ya de todo procedimiento, sino de alguno de los trámites esenciales del mismo, pues tal cosa se equipara por la jurisprudencia al vicio consistente en prescindir «total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido» (art. 62.1.e LRJPAC); de modo que la omisión de un trámite esencial del procedimiento constituye un vicio que afecta al orden público y lesiona la garantía de la tutela efectiva de derechos esenciales del interesado, lo que explica que haya voces autorizadas que asimilan la vía de hecho con la teoría de las nulidades de pleno Derecho del acto administrativo. De hecho, hay un paralelismo evidente entre la *manque de droit* y el artículo 62.1.b) de la LRJPAC (nulidad por falta manifiesta de competencia por razón de la materia o del territorio), de un lado, y, la *manque de procédure* y el artículo 61.1.e) de la LRJPAC (ausencia de procedimiento), de otro.

Ambas causas parecen cristalizar en el art. 51.3 de la LJCA, que —*a sensu contrario*— asimila la vía de hecho a la actuación administrativa que se produce fuera la *competencia* o de las reglas del *procedimiento* legalmente establecido. No obstante, dentro de esta última causa pueden discernirse varios supuestos, entre los que destacan, junto a la carencia absoluta de procedimiento o el seguir un procedimiento distinto del legalmente previsto, los vicios esenciales del mismo —como se ha dicho—. Por lo tanto, las actuaciones materiales en vía de hecho no sólo incluyen las actuaciones materiales o «de plano», no precedidas de acto administrativo o decisión alguna; sino que también puede producirse una vía de hecho en un contexto jurídico de apariencia de legalidad y de legitimidad y que en tanto no sea anulado goza también de la presunción de legalidad, aunque esté produciendo un efecto material o ejecutorio ilegítimo y actuado en vía de hecho. Así, la jurisprudencia ha sostenido en numerosas ocasiones que constituye una vía de hecho tanto la inexistencia de la decisión ejecutiva o título previo como la existencia de irregularidades en esa decisión previa, pues ambas circunstancias suponen actuaciones materiales no precedidas del nece-

sario título jurídico, admitiendo expresamente que los vicios esenciales del procedimiento que quebrantan garantías esenciales del mismo, además de ser una causa de nulidad del acto o decisión administrativa, pueden constituir una vía de hecho (SSTS de 8 de junio de 1993 —RJ 4468—, de 15 de diciembre de 1995 —RJ 9469—, de 15 de octubre de 2008 —recurso de casación 2671/2007— y de 28 de marzo de 2012 —recurso de casación 1679/2009— así como Auto del TC de 16 de octubre de 1996 —298/1996—).

Que la omisión de un trámite o de una garantía esencial es una vía de hecho es una correlación especialmente factible en sede expropiatoria, dada la específica regulación del artículo 125 de la LEF. En efecto, y según la jurisprudencia, el concepto de vía de hecho en materia expropiatoria comprende tanto operaciones materiales o actos de desposesión u ocupación desprovistos por completo de formulación jurídica previa o de procedimiento alguno como la omisión de trámites que, por su consideración de esenciales, determinan la indefensión del interesado tiñendo la actuación administrativa de nulidad radical y haciéndola equiparable a una vía de hecho por omisión del procedimiento legalmente establecido. En este sentido, el citado artículo 125 de la LEF enumera los trámites del procedimiento expropiatorio que tienen esta consideración de esenciales, al establecer que en los casos en que la Administración pretenda ocupar u ocupe los bienes sin previa declaración de su utilidad pública o interés social (*causa expropriandi*); sin la declaración de la necesidad de ocupación concreta de los bienes o derechos a expropiar; o sin previo pago o consignación del justiprecio, emerge la defensa general que asiste al poseedor privado frente a las desposesiones o inquietaciones de su posesión, mediante la posibilidad que asiste al expropiado de interponer los interdictos de retener o de recobrar. Pero, además, la jurisprudencia ha extendido esa esencialidad a efectos de declarar la existencia de una vía de hecho expropiatoria, más allá de la literalidad del artículo 125 LEF, a la omisión otros de trámites formales del procedimiento que tienen igualmente carácter esencial, como los de información pública, audiencia, etc. (SSTS de 5 de mayo de 1998 —RJ 4596— de 27 de abril de 1999 —RJ 4627—, de 18 de enero de 2000 —RJ 903—, de 20 de diciembre de 2001 —RJ 6104 de 2002—, y de 8 de junio de 2002 —RJ 6138—, STS de 14 de diciembre de 2005 —RJ 1380 de 2006—, o STS de 28 de marzo de 2008 —RJ 1769—).

Cuando el trámite omitido es la audiencia del interesado afectado por la expropiación, ésta deviene indudablemente una vía de hecho como explica la **STS de 28 de marzo de 2012** (rec. núm. 1679/2009), y ello aun cuando se hayan practicado todos los trámites previstos en el procedimiento especial establecido para el caso (proyecto de trazado de una carretera, cuyo estudio informativo fue incluso sometido a información pública), pues se omitió del sometimiento a información pública del proyecto de trazado, que es el instrumento que contiene la relación concreta e individualizada de los bienes y derechos afectados: «al no haberse sometido información pública en su momento el proyecto de trazado que contenía aquella relación individualizada, se habría generado indefensión al expropiado, apreciando, por todo ello, una vía de hecho en la actuación de la Administración». Conviene la Sala (siguiendo su doctrina ya establecida en su anterior Sentencia de 15 de octubre de 2008) que «en este caso, reiteramos, a efectos de la normativa de carreteras, no resultaba preciso el cumplimiento de los requisitos de publicidad que se exigen a efectos del proceso de expropiación forzosa», pese a lo cual no dejó ahí la argumentación sino que entendió que resultaba «imprescindible determinar si existe o no obligación de someter a información pública el proyecto de trazado (único que contiene la relación

concreta e individualizada de los bienes y derechos afectados por el proyecto expropiatorio urgente que se inicia con su aprobación) a los efectos expropiatorios. La respuesta viene dada por el art. 56 del Reglamento de Expropiación Forzosa». Completa, como se ve, la Sala Tercera del Tribunal Supremo las normas procedimentales especiales con las generales reguladoras de la expropiación forzosa (en una neta aplicación de la regla hermenéutica que deriva de la relación entre ley general y ley singular), lo que le permite apreciar que, si bien en el presente caso la información pública del proyecto de trazado no era necesaria por imposición legal derivada de la Ley de Carreteras, tal regulación no amparaba «la omisión de tan esencial trámite a los efectos del proceso expropiatorio por un plazo de quince días (así lo exigen en proyectos expropiatorio de urgencia las SSTS de 29 de marzo de 1996 y 19 de enero de 1999), sin que tal omisión pueda ser sustituida, de un lado, ni por la información pública de los estudios informativos, ni de otro por (...)». Por todo ello, concluye la Sentencia dando razón al recurrente y considerando que hubo vía de hecho «resultando esencial dicho trámite de información pública y habiendo sido omitido, lo que ciertamente causó indefensión material al recurrente, quien en modo alguno pudo articular alegaciones».

A la hora de apreciar si existe o no vía de hecho, no se limita pues la Sala Tercera del Tribunal Supremo a comprobar si la Administración cumplió todos los trámites específicos de un procedimiento especial que conduce a la privación singular de bienes o derechos patrimoniales, como es el previsto en la Ley de Carreteras, sino que exige verificar que se han cumplido también los trámites «esenciales» previstos en la LEF entre los cuales está, sin ninguna duda, el de audiencia del interesado de modo que no le sea ocasionada indefensión. En otro caso, la vulneración manifiesta de la prohibición de indefensión en este tipo de procedimientos (art. 24.1 en relación con el 33.3 de la CE) determina, como explica la Sentencia de referencia, la existencia de una auténtica vía de hecho.

A parecida conclusión llegan las posteriores **SSTS de 12 de junio** (rec. núm. 4179/2009) y **27 de junio de 2012** (rec. núm. 3331/2009), que afirman igualmente la existencia de una vía de hecho en un supuesto de expropiación por el procedimiento de urgencia con omisión del trámite de información pública, añadiendo a los anteriores razonamientos la siguiente consideración de carácter general:

«... la omisión del trámite de información pública comporta la nulidad del procedimiento expropiatorio, por aplicación del artículo 62.1.º e) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; lo que comporta, en pura técnica jurídica, calificar el procedimiento expropiatorio en tales supuestos como auténtica vía de hecho; porque si bien dicha institución no puede asimilarse de manera absoluta en nuestro Ordenamiento con la nulidad de pleno derecho del mencionado precepto de la Ley de Procedimiento, es lo cierto que cuando se omite un trámite esencial, como lo es éste de información pública en el procedimiento expropiatorio, ha de asimilarse a las “actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase” que es como se define aquella institución en la Exposición de Motivos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa».

B) Improcedencia de aplicar los criterios valorativos en las actuaciones expropiatorias previstos en la Ley del Suelo en supuestos de vía de hecho

La STS de 27 de abril de 2012 (rec. núm. 2110/2009) resuelve el recurso de casación interpuesto por la concesionaria de la autopista Madrid-Sur frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 24 de septiembre de 2008 que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la propiedad de unos terrenos expropiados con ocasión de la ejecución de la mencionada autopista contra Resolución del Jurado Provincial de Expropiación de que fijaba el justiprecio de su finca, declarando la nulidad de la expropiación forzosa y determinando, que en ejecución de sentencia, se devolviesen al recurrente los terrenos ocupados de ser posible técnica, jurídica y económicamente, o que, en caso contrario, se abonara el valor del suelo determinado por el Jurado más un 25% sobre el valor del suelo.

El asunto tiene su origen en la expropiación de un terreno situado en el término municipal de Seseña, para la ejecución del proyecto denominado «Autopista de peaje R4, tramo M50-Ocaña». El Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Toledo valoró el terreno expropiado como rústico con expectativas urbanísticas. Frente a dicho acuerdo acudieron ambas partes a la vía jurisdiccional: la expropiada, para sostener la nulidad del expediente expropiatorio y que el terreno debería ser valorado como suelo urbanizable; y la beneficiaria, para denunciar que el acuerdo del Jurado, en lugar de valorar el terreno expropiado de conformidad con el criterio legal propio del suelo no urbanizable, había obtenido el justiprecio promediando la tasación del terreno por capitalización de rentas con la que le correspondería mediante el método residual.

La sentencia de instancia impugnada en casación afirma que, en relación al recurso contencioso-administrativo de la expropiada, procedía efectuar la declaración de nulidad de la expropiación forzosa por vicios graves en el procedimiento de declaración de necesidad de ocupación, debiéndose determinar el valor real del terreno en la época en que la lesión se produjo sin necesidad de atenerse a los métodos de valoración de la Ley del Suelo y Valoraciones de 1998, para lo cual procedía a establecer las bases de la ejecución de la sentencia. En cuanto al recurso contencioso-administrativo de la beneficiaria, el TSJ de Castilla-La Mancha consideró que el acuerdo del Jurado no vulneraba el criterio de valoración que para el suelo no urbanizable establecía el art. 26 de la Ley 6/1998; argumentando, en esencia, que al promediar la tasación por capitalización de rentas con la que correspondería por el método residual, lo que en realidad había valorado el Jurado eran las expectativas urbanísticas.

A juicio del Tribunal *a quo*, el Jurado aplicó un método de valoración *sui generis* fundado en que, al no haber fincas válidas para la comparación, debía hallarse una media entre el valor puramente agrícola del suelo no urbanizable y el valor del suelo urbanizable, lo que ese hacía capitalizando rentas potenciales, pero sin que haya una verdadera capitalización, pues no se expresa cuál es la renta ni cuál es el tipo de capitalización, aplicando por tanto un método valorativo para determinar las expectativas que tampoco es ninguno de aquéllos a que se refiere la Ley 6/1998.

La sentencia llega a esta valoración tras constatar que la expropiación era ilegal, y que, «siendo así, procede efectuar dicha declaración de nulidad. Esta declaración supondrá que en ejecución de sentencia deba determinarse si es posible material, jurídica y económicamente la devolución del suelo indebidamente ocupado. En este momento será capital

atender con el debido detalle a la cuestión, planteada por el actor en el proceso, relativa al hecho de que la expropiación ha afectado —y no por error o sobreocupación de hecho— a mayor superficie que la destinada al servicio público de la autovía, pues es claro que si puede llegar a declararse la imposibilidad de devolución del suelo ocupado por la autovía, no necesariamente debe suceder lo mismo con suelo ocupado que no se haya destinado a tal finalidad». Añadiendo que «En caso de que, respecto de todo o parte del terreno, se llegue a decretar la imposibilidad de devolución, procederá, según reiteradísima doctrina del Tribunal Supremo conocida sobradamente por las partes, la compensación o indemnización al interesado mediante el abono del valor del suelo al momento de producirse el daño (art. 141 de la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo Común), más un 25% por expropiación ilegal, y un 5% de premio de afección, para no hacer de peor condición al expropiado ilegal que al legal». La razón de que la sentencia de instancia no se atenga a los métodos concretos de valoración de la Ley 6/1998 es, al tratarse de una expropiación nula, lo que se está compensando en caso de ser imposible la restitución in natura es la indemnización que resulta de una ocupación en vía de hecho.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra esta sentencia por la beneficiaria porque la valoración asignada por el Tribunal a quo a los terrenos no se acuerda en el ámbito de una auténtica expropiación, sino en razón a la indemnización procedente por la indebida privación del bien expropiado mediante lo que, a virtud de la nulidad de la actuación expropiatoria, se convierte en una auténtica vía de hecho. Y es que, como sostuvo el Tribunal de instancia, se trataba simplemente de determinar el valor real del terreno en el momento en que la lesión ilícita se produjo, para lo cual no era forzoso acomodarse a ninguno de los criterios valorativos de la Ley del Suelo, establecidos para las expropiaciones regularmente efectuadas. Por el contrario, cuando se produce una privación ilícita, y siempre que así sea interesado por el el afectado, al objeto de evitarle la promoción de un nuevo proceso, la indemnización puede traducirse en la valoración asignada por el Jurado incrementada en un 25% sobre la base de que, apreciada una vía de hecho, no existe una auténtico justiprecio como compensación por la pérdida de la propiedad del bien al no existir, en realidad, una auténtica y legal expropiación forzosa. En palabras del Tribunal Supremo,

«Como hemos destacado en sentencia de 24 de marzo de 2009, una cosa es la indemnización procedente a consecuencia de la privación expropiatoria de bienes y derechos, y otra el reconocimiento del derecho a indemnización por la vía de hecho cometida por la Administración a consecuencia de la anulación de la actuación expropiatoria, cuya nulidad conlleva la devolución de las fincas de que se ha visto privado ilegalmente el expropiado en vía de hecho y que solamente cabe sustituir, ante la imposibilidad material de devolución por haberse realizado la obra objeto de la expropiación por una indemnización, al amparo de lo dispuesto en el artículo 105 de la Ley de la Jurisdicción».

3. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO

A) Valoración del contrato de arrendamiento financiero o *leasing* inmobiliario a efectos expropiatorios

La STS de 25 de junio de 2012 (rec. núm. 4070/2009) resuelve el recurso de casación deducido contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal

Superior de Justicia de Cataluña de 14 de mayo de 2009 (rec. núm. 269/2005), desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto por una empresa titular de un arrendamiento financiero sobre una finca del término municipal de Castellbisbal (Barcelona) afectada por el proyecto de línea de alta velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-frontera francesa. La recurrente cuestiona el justiprecio fijado por el Jurado Provincial de Expropiación en lo referente a la valoración de su derecho patrimonial. Dicho Acuerdo consideró como valor del derecho del arrendamiento financiero el coste que le supone al arrendatario la adquisición del bien inmueble, representado por la totalidad de las cuotas del arrendamiento, incluyendo la opción de compra, la carga financiera y el IVA, incrementando los pagos de cuotas ya realizados con el IPC y deflactando los pagos de cuotas pendientes.

El arrendatario financiero reclama, por su parte, el valor del suelo resultante de la aplicación de los criterios de valoración del artículo 28.4 de la Ley 6/1998, así como una indemnización por el perjuicio causado a la actividad o giro económico de la recurrente y por la expropiación de las plazas de *parking* que supone la expropiación. Y ello porque el recurrente entiende que las partes del contrato habían operado una modificación del contenido del contrato de *leasing* que le facultaba a erigirse a efectos expropiatorios como titular pleno del derecho de propiedad.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de Barcelona desestimó el recurso contencioso administrativo en la sentencia que es objeto del presente recurso de casación que resuelve la citada STS de 25 de junio, cuyo valor doctrinal gira en torno al método de valoración de este tipo de derechos de adquisición diferida en los que la voluntad real de las partes es convenir una compraventa con ventajas de financieras.

En este caso se trataba de un contrato de *leasing* de amortización total, toda vez que el valor residual a abonar para el ejercicio de la opción de compra era insignificante o de mero trámite, lo que claramente indica que las partes entendían el negocio como una auténtica compraventa del solar, y de acuerdo con este entendimiento de las partes, el arrendador y el arrendatario financiero pactaron la modificación del contenido del contrato de *leasing* en el sentido de facultar a parte arrendataria para que, a efectos expropiatorios, se erigiera como titular pleno del derecho de propiedad.

Según la sentencia del Tribunal *a quo*,

«Consiste la primera discusión en la valoración del suelo expropiado, aplicando el Jurado un método distinto al realizado por el expropiado y por la Administración, al considerarse que no debe valorarse el suelo como si la parte expropiada fuera propietaria, puesto que lo que ostenta es un derecho de arrendamiento financiero y al no estar ejercitada el derecho de opción contemplado en el mismo no ha venido aún propietaria, sin embargo por su naturaleza compleja no lo valora como un simple arrendamiento sino que utiliza un método referido al coste que le supone a la actora como arrendataria la adquisición de la parte expropiada del bien inmueble al estar obligado al pago de la totalidad de las cuotas al arrendador financiero y que por la expropiación no podrá adquirir, método de valoración que entendemos resulta del todo aplicable al supuesto de autos, y ello partiendo de la especial naturaleza del derecho que ostenta la parte recurrente sobre la finca expropiada (...).

De lo expuesto, se desprende el acierto de la resolución del Jurado en la valoración del derecho de arrendamiento financiero, puesto que parte para realizar el cálculo del total de las cuotas del arrendamiento financiero, incluyendo la carga financiera e IVA, a lo que añade el valor de la opción de compra y aplicando el porcentaje de suelo expropiado obtiene la

cantidad de (...), que incrementa mediante los pagos de cuota realizados mediante el IPC y deflactando los pagos de cuota pendientes, resultando una cantidad final de (...), que sujeta al valor de las construcciones, sobre las que no existe controversia (...) mas el 5% de premio de afección resulta la cantidad de (...), sin que la parte recurrente haya acreditado el error en la resolución del Jurado susceptible de desvirtuar la presunción de acierto y veracidad que es predicable de dicha resolución, puesto que aplica un método de valoración que se corresponde con la propiedad de los terrenos expropiados pero no con la valoración del derecho que realmente ostenta la parte expropiada como es el derecho de arrendamiento financiero al que hemos hecho referencia».

A tenor de las cláusulas contractuales, el Tribunal Supremo da por buenas estas conclusiones de la sentencia impugnada, pues la parte recurrente es titular de un derecho de arrendamiento financiero sobre la finca afectada parcialmente por la expropiación, sin que en la fecha de referencia en la valoración de la finca el arrendatario hubiera ejercitado la opción de compra, ni hubieran las partes otorgado la correspondiente escritura de compraventa.

Recuerda en este sentido el Tribunal Supremo que

«Una consolidada doctrina jurisprudencial de la Sala Primera de este Tribunal Supremo, ha insistido en la falta de identidad del contrato de arrendamiento financiero y el de compraventa, pues pese a su indudable semejanza persiguen finalidades y producen efectos distintos. Por todas, la sentencia de la Sala Primera de este Tribunal Supremo 1232/2004 de 14 diciembre, con cita de otras anteriores, ha puesto de relieve que se trata de un contrato jurídicamente distinto de la compraventa a plazos de bienes con reserva de dominio, que tiene por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas, a lo que se añade una opción de compra, a su término, en favor del usuario, lo que implica, según reiterados pronunciamientos de la Sala Primera, citados en la sentencia de 19 de julio de 1999 (recurso 107/1995) que “la entidad de leasing es la titular dominical del bien que, si es embargado, podrá ejercitar con éxito la tercería de dominio”.

Esta Sala Tercera ha mantenido igual solución y considera que el arrendatario financiero tiene un derecho de uso, sin que se produzca la transmisión de la propiedad hasta el ejercicio de la opción de compra, y así la sentencia de 27 de octubre de 1997 (recurso 4354/1994), sostiene que en dicho contrato el bien arrendado no ha entrado en el patrimonio del arrendatario, existiendo sólo un derecho de uso, y la sentencia de Sentencia de 3 de mayo de 2010 (recurso 520/2005) también mantiene que hasta que no se realiza la opción de compra, la entidad de leasing es la titular dominical del bien, de manera que las cuotas mensuales pagadas constituyen un gasto y no una inversión, que se consumará cuando, mediante la oportuna opción de compra, se produzca la incorporación del bien a título de dueño al patrimonio de quien, hasta ese momento, no era más que un arrendatario».

B) Aplicabilidad del método de valoración de flujos de caja a los supuestos de cese del negocio derivados de una expropiación

Varias sentencias del período considerado en esta crónica analizan los métodos de valoración aplicables a supuestos expropiatorios referidos a negocios situados al margen de una carretera que se ven afectadas por la ejecución de un proyecto de reforma de la misma que se traduce en el cese del negocio con imposibilidad de traslado del mismo. En estos casos,

y como hemos visto en crónicas anteriores, el método de valoración habitualmente empleado es el de capitalización de los beneficios medios anuales para la valoración de negocios.

Las **SSTS de 11 y 18 de junio de 2012** (rec. núm. 3499/2009 y 3856/2009, respectivamente), relativas a la valoración de estaciones de servicio situadas al margen de una autovía señalan, sin embargo, que dicho método no es excluyente de «cualquier otro medio de valoración que se estime razonable» a juicio del Jurado de Valoración o en virtud de la prueba pericial practicada; y, en particular el método de valoración basado en el descuento de flujos de caja (que, en esencia, se basa en calcular el valor actual del activo descontándole al mismo los futuros flujos de caja), que el Tribunal Supremo ya había validado con anterioridad en su STS de 8 de marzo de (rec. núm. 3225/2007), en un supuesto en el que se discutía la valoración de la pérdida de rentas, para cuya determinación se aplicó el mencionado método de descuento de flujo de caja.

4. GARANTÍAS SUSTANCIALES

A) Reversión de terrenos afectados a la ejecución de un Campus Universitario por medio de un proyecto urbanístico que adolece de indeterminación del fin que justifica la expropiación y que carece de un plazo rígido de ejecución

La **STS de 26 de junio de 2012** (rec. núm. 3533/2009) resuelve el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 15 de abril de 2009 que desestima la pretensión de reversión de ciertas fincas expropiadas para construcción del «Campus de la Universidad Pública de Navarra».

El asunto tiene origen en la solicitud de reversión de varias fincas que fueron expropiadas para la ejecución del Plan Sectorial de Incidencia Supramunicipal del mencionado «Campus de la Universidad Pública de Navarra». Dicha solicitud fue desestimada por acuerdo del Gobierno de Navarra de 5 de noviembre de 2007, contra el que los interesados interpusieron recurso contencioso-administrativo. La sentencia de instancia lo desestimó por entender que no procede la reversión en este caso por tratarse de un proyecto complejo, a ejecutar a lo largo del tiempo con arreglo a la evolución de las necesidades dotacionales de la Universidad Pública de Navarra.

En uno de los motivos del recurso de casación frente a esa sentencia los expropiados alegaron la infracción de los artículos 54 y 55 de la LEF arguyendo la concurrencia en este caso de todos los requisitos legalmente exigidos para la reversión de los bienes expropiados.

Para encuadrar el análisis de este motivo, el Tribunal Supremo parte de la siguiente afirmación de la sentencia impugnada: la pretensión de los recurrentes de reconocimiento del derecho de reversión de sus fincas se sustenta en el hecho, no discutido en el proceso de instancia, de que transcurridos más de cinco años desde la ocupación de aquellas (y más de quince desde que se inició el expediente expropiatorio) no se ha ejecutado ninguna obra y tampoco se ha establecido ningún servicio propio del fin expropiatorio. Si se parte de este presupuesto, para el Tribunal Supremo es claro que el debate no versa sobre hechos, pues nadie discute que transcurrieron más de cinco años desde la ocupación sin que en las fincas expropiadas no se levantase edificación alguna ni se ha estableciera ningún servicio universitario. El debate versa, como señala el Tribunal Supremo, sobre la calificación jurídica de

estos hechos. Se trata, en concreto, de determinar si lo ocurrido en este caso equivale, en palabras del apartado 1.º del artículo 54 de la LEF, a «no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la ocupación».

En este punto, el Tribunal Supremo sostiene que el presente caso «guarda alguna similitud con un problema bien conocido por la jurisprudencia», como es el de la reversión sobre aquellas infraestructuras que, habiendo sido ejecutadas en sus elementos principales, han dejado inejecutados aspectos secundarios. Centrado así el debate, la sentencia recuerda su reiterada jurisprudencia según la cual, si el proyecto que legitima la expropiación urbanística ha sido básicamente llevado a cabo, no procede la reversión del terreno no destinado efectivamente al mismo, de la que hemos informado en crónicas anteriores (cabe recordar aquí, entre otras, las SSTS de 20 de diciembre de 2004 y 22 de junio de 2005, esta última específicamente relativa a la expropiación de terrenos para un campus universitario).

El presente caso, sin embargo, presenta una característica que dificulta su solución mediante la simple aplicación del referido criterio jurisprudencial: tal como se desprende de la sentencia impugnada, aquí más que de aspectos secundarios no ejecutados, se trata de un proyecto no enteramente definido desde el principio; es decir, el Plan Sectorial de Incidencia Supramunicipal «Campus de la Universidad Pública de Navarra» está configurado como un proyecto en cierta medida abierto a la evolución de las necesidades de dotaciones universitarias y, por ello mismo, carente de un plazo rígido de ejecución. El problema es, así, si esa relativa indeterminación del fin que justifica la expropiación es legalmente admisible.

Ciñéndose a las muy particulares circunstancias del presente caso, la sentencia da una respuesta afirmativa a esa cuestión por varias razones.

«La primera y más importante es que las fincas cuya reversión se solicita nunca han dejado de estar potencialmente afectadas a la causa de utilidad pública que originó la expropiación, sin que conste que hayan sido utilizadas para ninguna finalidad ajena a la misma. Ello supone, como atinadamente dice la sentencia impugnada, que no ha habido utilización fraudulenta del instituto expropiatorio.

Debe tenerse en cuenta, además, la complejidad del proyecto —construir todo un campus universitario— y el comportamiento incuestionablemente leal de la Administración expropiante. En efecto, tal como reconocen expresamente los recurrentes, cuando el Gobierno de Navarra comprobó que la superficie inicialmente prevista era excesiva para las necesidades del proyecto, modificó éste y acordó la reversión de algunas de las fincas expropiadas. Esto quiere decir que aquéllas otras que continúan incluidas dentro del proyecto están efectivamente afectadas a la ejecución del mismo; es decir, el proyecto que legitima la expropiación ha sido revisado precisamente a fin de prescindir de todo el terreno que no fuera estrictamente necesario para su ejecución».

Tomando en consideración la concurrencia de todas estas circunstancias, el Tribunal Supremo entiende razonable concluir, como hizo la sentencia impugnada que aquél acoge, que no ha habido falta de ejecución de la obra ni se está en presencia de sobrantes a los efectos prevenidos en el artículo 54.1 de la LEF, de donde se sigue que no se cumple el supuesto de hecho de la reversión.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
EMILIO GUICHOT REINA
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD.
 - A) **Responsabilidad sanitaria. Responsabilidad por falta o retraso en la realización de pruebas diagnósticas. Indemnización por pérdida de oportunidades.**
 - B) **Responsabilidad sanitaria. Traslado en ambulancia: tiempo y medios razonables. Indemnización improcedente.**
 - C) **Responsabilidad sanitaria. Consentimiento informado: sólo puede omitirse en caso de urgencia vital.**
 - D) **Antijuridicidad del daño. Adopción de medidas cautelares de cierre temporal de centro de día: indemnización improcedente.**
 - E) **Antijuridicidad del daño. Accidentes de tráfico con impacto de un motorista que conduce con exceso de velocidad contra una bionda que le secciona la pierna: concurrencia de causas.**
 - F) **Antijuridicidad del daño. Anulación de una decisión de exclusión de un licitador de un procedimiento de contratación. Obligación de indemnizar.**
 - G) **Daños provocados por terceros y responsabilidad administrativa. Indemnización de las lesiones sufridas a consecuencia de la agresión realizada por un menor tutelado por la Administración.**
 3. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO.
 - A) **Legitimación pasiva. Rotura de balsa minera de la Boliden en Aznalcóllar. Inexistencia de responsabilidad administrativa.**
 - B) **Responsabilidad sanitaria. Legitimación pasiva.**
 - C) **Responsabilidad sanitaria. *Dies a quo*.**
 - D) **Prueba del nexo de causalidad. Responsabilidad sanitaria.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Buena parte de las sentencias recaídas en el período considerado en este número de la Revista versan sobre responsabilidad en el ámbito sanitario. De la no menguada tipología de subespecies que se generan en este ámbito la presente crónica brinda algunos de ellos: ausencia o retraso en la realización de pruebas diagnósticas, inadecuación de las realizadas,

supuestos daños derivados del funcionamiento de ambulancias, consentimiento informado... e incluso importantes aspectos relativos al ejercicio de la acción o de la carga de la prueba, este realmente decisivo.

Al igual que en crónicas anteriores también recoge la presente casos resonantes, bien por su envergadura económica o su reflejo mediático, como los pronunciamientos referidos a la catástrofe ecológica derivada de la rotura de la balsa minera de la empresa sueca Boliden en Aznalcóllar o el relacionado con la editorial El Derecho por haber sido excluida del concurso para proveer a los juzgados de bases de datos de legislación y jurisprudencia.

Desde el punto de vista principal es obligado destacar la STS de 28 de febrero de 2012 (Ar. 5029) ya que patentiza la «fuga» del sistema objetivo de responsabilidad hacia terrenos culpabilísticos. La sentencia pone el acento en el elemento antijuridicidad para excluir en este caso la responsabilidad de la Administración y esta solución no deja de levantar dudas sobre su acierto ya que cabe preguntarse si realmente la entidad reclamante tenía el deber de soportar el daño que sufrió; pero lo que más llama a reflexión es que, aunque se admita que el funcionamiento de la Administración fuera correcto, también por un funcionamiento normal puede resultar responsable en un sistema objetivo de responsabilidad como el que rige legalmente, cuestión ésta que en la sentencia no se plantea.

2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

A) Responsabilidad sanitaria. Responsabilidad por falta o retraso en la realización de pruebas diagnósticas. Indemnización por pérdida de oportunidades

Diversas sentencias recaídas en el período de esta crónica analizan un mismo género de supuestos de responsabilidad sanitaria, cual es el de los daños derivados de la falta o el retraso en la realización de pruebas diagnósticas. Este tipo de casos plantea difíciles problemas de determinación del nexo causal y del daño indemnizable, pues no dejan de basarse en una especulación sobre si el resultado se hubiera o no producido y en qué medida. No obstante, puede hablarse de una línea general consistente en declarar la responsabilidad, salvo que la Administración acredite que en todo caso se hubiera producido el mismo resultado, y fijar una indemnización a tanto alzado, de cuantías muy diversas. Veamos algunos ejemplos.

— En la **STS de 2 de enero de 2012**, Ar. 2, se reprocha no haber hecho un nuevo diagnóstico, a la vista de la falta de mejoría, que hubiera revelado que el dolor lumbar sufrido por el paciente no tenía causa renal sino en un aneurisma. El resultado fue el fallecimiento del paciente. Se otorga una indemnización de 50.000 euros. La misma indemnización se otorga en la **STS de 7 de febrero de 2012**, Ar. 3819, en el caso de la omisión de una prueba diagnóstica relevante y ya acordada por la Administración sanitaria, a la vista de las complicaciones surgidas en una intervención quirúrgica, con resultado de graves daños estéticos y psicológicos.

— En la **STS de 28 de febrero de 2012**, Ar. 4307, de nuevo es el retraso en la práctica de una prueba diagnóstica que hubiera sido eficaz para la detección de un cuadro neurológico grave y que podía implicar una nueva intervención la que da lugar al reconocimiento al paciente, que había quedado en situación de incapacidad permanente total para su profe-

sión habitual, del derecho a ser indemnizado por importe de 250.000 euros. Este es también el importe que se reconoce al afectado en la **STS de 20 de marzo de 2012**, Ar. 4808, en la que se produce una neoplasia de cérvix uterino por retraso y error de diagnóstico.

Una problemática en parte peculiar la presentan los casos en que el resultado de la falta o retraso en las pruebas es el nacimiento de niños con anomalías, pues en estos supuestos son dos los elementos claves: si era procedente o no la realización de pruebas de detección específicas a la vista de las circunstancias de edad y salud de la futura madre, y cuál es el daño indemnizable en estos casos y su cuantía. En el período considerado, encontramos hasta cuatro casos que responden a este esquema.

— Así, la **STS de 7 de marzo de 2012**, Ar. 4408, analiza una reclamación por nacimiento de un niño con malformaciones graves. Se realizaron las ecografías con un nivel básico, pero no concurría en este caso ninguna circunstancia que justificara pruebas más avanzadas, por lo que se descarta la indemnización.

— Por el contrario, encontramos tres sentencias condenatorias en un caso específico: el de nacimientos de niños con síndrome Down. Es así en la **STS de 20 de marzo de 2012**, Ar. 4676, en la que no se llevó a cabo la prueba de amniocentesis pese a ser un embarazo de alto riesgo. Se declara indemnizable no sólo el daño moral sino también el patrimonial por el mayor coste que supone la crianza de un niño con este síndrome, por un importe total de 280.000 euros. Esa misma cuantía reconoce la **STS de 28 de marzo de 2012**, Ar. 4462, según la cual la saturación del servicio originó la consulta tardía de la paciente para la primera visita trimestral y la omisión de ofrecimiento de la prueba en la segunda visita trimestral. Por el contrario, en la **STS de 28 de marzo de 2012**, Ar. 5544, se descarta la procedencia de indemnización, habida cuenta de que la madre era menor de 35 años cuando se quedó embarazada (tenía treinta y cuatro años y ocho meses) y los protocolos no prescriben la prueba a una edad inferior.

B) Responsabilidad sanitaria. Traslado en ambulancia: tiempo y medios razonables. Indemnización improcedente

Consideraciones en buena parte similares plantean los asuntos en que se enjuicia si el tiempo de reacción y los medios disponibles por el servicio de ambulancias son razonables o por el contrario insuficientes y, por ende, si puede o no establecerse un nexo causal con los daños sufridos.

La **STS de 14 de febrero de 2012**, Ar. 4895, atendiendo a estos criterios, da por buena la valoración del tribunal de instancia, y considera que un tiempo desde la llamada de aviso hasta el ingreso hospitalario de 17 minutos es razonable y que, ante indicaciones de que el paciente está muy mareado, pero que habla y no está inconsciente, no era exigible un transporte medicalizado.

C) Responsabilidad sanitaria. Consentimiento informado: sólo puede omitirse en caso de urgencia vital

La **STS de 26 de marzo de 2012**, Ar. 5102, aclara que la omisión del consentimiento informado sólo cabe en caso de urgencia vital. Lo hace con referencia a la reciente doctrina

constitucional sentada en la STC 37/2011, de 28 de marzo, que estimó un recurso de amparo por quebranto de los artículos 15 y 24.1 de la Constitución, al entender que «no basta con que exista una situación de riesgo para omitir el consentimiento informado, sino que aquél ha de encontrarse cualificado por las notas de inmediatez y de gravedad».

D) Antijuridicidad del daño. Adopción de medidas cautelares de cierre temporal de centro de día: indemnización improcedente

La STS de 28 de febrero de 2012, Ar. 5029, analiza si la Administración debe indemnizar a la empresa propietaria de un Centro de Día cuando, tras recibir una denuncia de malos tratos y trato degradante a los usuarios, decreta su cierre cautelar junto al acuerdo de inicio de expediente sancionador y posteriormente el expediente acaba con el archivo de actuaciones. El cierre se prolongó durante más de un año. La empresa reclamaba 291.000,26 €, de los que 105.051,52 € correspondían a ingresos dejados de percibir, 5.860,42 € a indemnizaciones y finiquitos por extinción de contratos de trabajo, y 180.088,32 € a daño moral por quebranto irreparable en la imagen. El Tribunal Supremo, al igual que el de instancia y siguiendo en ello al Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma en cuestión, considera que los que constituían el bien jurídico fundamental de la acción protectora de la Administración eran los derechos fundamentales de los usuarios, de manera que, ante una eventual situación de malos tratos, y habida cuenta de que el atestado policial anotaba indicios de su vulneración, la medida fue proporcionada. De este modo:

«Si efectivamente y como declaró la sentencia recurrida la medida cautelar era adecuada dadas las circunstancias concurrentes en el supuesto, en el que se habían denunciado graves conductas que afectaban a personas acogidas a un centro bajo cuyo cuidado y custodia se encontraban y, por ende, el cierre proporcional a la gravedad de los hechos denunciados, ya que no solo podía tratarse de conductas que dieran lugar a infracciones administrativas sino incluso penales, y que, además, se imputaban a quien ostentaba la titularidad y la dirección del centro, hay que concluir que aún cuando finalmente se archivases las diligencias penales y se levantase la medida cautelar el daño sufrido por la recurrente no era antijurídico, y, por tanto, aquélla estaba obligada a soportarlo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 30/1.992 que exonera a la Administración de indemnizar las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».

Obsérvese que nuestro sistema, teóricamente objetivo, en realidad actúa como un sistema de responsabilidad por culpa.

E) Antijuridicidad del daño. Accidentes de tráfico con impacto de un motorista que conduce con exceso de velocidad contra una bionda que le secciona la pierna: concurrencia de causas

La STS de 7 de febrero de 2012, Ar. 3342, tiene como presupuesto un desgraciado supuesto que ya hemos tenido ocasión de traer a estas páginas: el de los accidentes de tráfico con impacto de un motorista que conduce con exceso de velocidad contra una bionda que le secciona la pierna. Como en sentencias precedentes, y dando por bueno el razonamiento

to del tribunal de instancia, el Tribunal Supremo estima que pese que las biondas sean ajustadas a la normativa técnica vigente, el propio dato de que estén siendo sustituidas es revelador del conocimiento de la Administración de su potencial de riesgo, por lo que no hay obligación de soportar el daño. No obstante, tiene en cuenta que quedó acreditado en la instancia el buen estado de la carretera y el exceso de velocidad del conductor. Por ello, se imputa a la Administración sólo el 75% del importe del daño.

F) Antijuridicidad del daño. Anulación de una decisión de exclusión de un licitador de un procedimiento de contratación. Obligación de indemnizar

La **STS de 8 de febrero de 2012**, Ar. 5338, resuelve una reclamación que trae causa de la anulación judicial de la exclusión de la editorial El Derecho a un concurso para proveer a los juzgados de bases de datos de legislación y jurisprudencia por haber presentado su oferta en sobre abierto y no cerrado.

El Tribunal Supremo considera que la editorial en cuestión no tiene el deber de soportar el daño, pues corresponde a la Administración identificar el título jurídico en que pudiera fundarse dicho deber, lo que no hizo en este caso.

«6.º Queda así solo por decidir en el marco jurídico rector de la responsabilidad patrimonial si el administrado tiene o no el deber jurídico de soportar ese daño.

Al respecto ha de entenderse que la existencia del “deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley” (art. 141.1 de la L. 30/1992) la lesión causada al particular por el funcionamiento de la Administración, cuya lesión en principio determina de por sí su derecho a ser indemnizado por ella (art. 139.1 L. 30/1992), deberá, en su caso, justificarse por la Administración causante de la lesión, a la que incumbe determinar el título jurídico en razón del cual, “de acuerdo con la ley”, el particular deberá soportar el daño. En el caso actual el Abogado del Estado en ningún momento identifica cual sea el título jurídico en que, en su caso, pueda fundarse el deber jurídico de la recurrente de soportar el daño causado, cuya carga sustituye por la alegación del razonable comportamiento del Consejo General del Poder Judicial en la ejecución de lo ordenado en las sentencias anulatorias de los sucesivos Acuerdos del Secretario General, de los que deriva la lesión de la recurrente. Debe advertirse que la lesión en la que se basa la reclamación de responsabilidad patrimonial, no deriva de la actuación del Consejo en la ejecución de las Sentencias, sino de los Acuerdos que en ellas se anularon. La correcta actuación post sentencias en modo alguno elimina, ni la lesión producida por la precedente actuación materializada en los Acuerdos anulados, ni puede valer como título jurídico generador del deber de la recurrente de soportar la lesión que se le causa, en cuanto obstativo a su derecho de ser indemnizada. Hemos de entender así que, no existiendo en este caso el deber jurídico de soportar el daño causado, cuya existencia y relación causal con el funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, en cuanto Administración demandada, han quedado acreditados, debe estimarse la reclamación patrimonial. La definición concreta del daño la consideramos correcta.

El daño patrimonial es efectivo, no se le abonó a la recurrente la retribución correspondiente al período entre el 29 de marzo y el 29 de julio de 2007, que, de haber sido admitida en el concurso, hubiera percibido, y que ha evaluado conforme a los parámetros que el propio CGPJ empleó, en ejecución de la Sentencia núm. 294 y 301/2004; por lo que no es dable que ahora discuta lo adecuado de dichos parámetros.

Procede así, por todo lo expuesto, estimar el presente recurso contencioso-administrativo y condenar al CGPJ al abono de la suma de 99.918 euros en concepto de responsabilidad patrimonial».

**G) Daños provocados por terceros y responsabilidad administrativa.
Indemnización de las lesiones sufridas a consecuencia de la agresión
realizada por un menor tutelado por la Administración**

La STS de 7 de febrero de 2012, Ar. 3345, condena a la Administración a indemnizar por las lesiones sufridas a consecuencia de la agresión realizada por un menor tutelado por la Administración. Toma en consideración que, una vez producida la fuga, nadie se dirigió a la Policía informando de que el menor estaba de forma incorrecta en libertad, a diferencia de lo que era la práctica habitual.

3. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO

**A) Legitimación pasiva. Rotura de balsa minera de la Boliden en Aznalcóllar.
Inexistencia de responsabilidad administrativa**

Las SSTS de 12 de diciembre de 2011, Ar. 2012/2672, de 28 de diciembre de 2012, Ar. 462, de 6 de marzo de 2012, Ar. 4765, y de 13 de marzo de 2012, Ar. 5400, resuelven las reclamaciones por los daños que causó la catástrofe ecológica que produjo la rotura de la balsa en la Mina de Aznalcóllar en Huelva, concesionada por la empresa Boliden.

Descarta, en primer lugar, que la reclamación de daños planteada contra la Junta de Andalucía y sin mención a la empresa minera interrumpa el plazo de prescripción de la acción civil por daños que hubiera podido plantearse contra la empresa.

Considera, en segundo lugar, que no es obligación de la Administración autonómica comprobar la adecuada redacción técnica de los proyectos pues de ellos responden, en su caso, sus autores y beneficiarios. Y que, por ende, no cabe deducir su responsabilidad. Acoge los razonamientos de la Audiencia Nacional.

«Tal responsabilidad, plasmada en la legislación civil, es de amplia raigambre en nuestro ordenamiento (art. 1591 C. Civil) determinando los sujetos responsables sin que, en nuestro sistema, los vicios en la construcción de un edificio se proyecten sobre la administración que concedió la correspondiente licencia de obras. No basta con aducir que la mayor parte de las veces los incumplimientos de las Administraciones públicas en sus funciones de inspección y vigilancia constituyen el origen de los daños y que es raro que detrás de un evento de estas características no haya un rosario de incumplimientos procedimentales en los protocolos preceptivos de control. Ha de justificarse, siquiera indiciariamente, el incumplimiento esgrimido. Aquí no ha puesto de manifiesto la existencia de disposición alguna que obligara a la administración autonómica a realizar inspecciones técnicas de la balsa para acreditar su buen estado en cuanto a seguridad.

Y pese a los prolijos alegatos de la parte recurrente respecto al estado de los inclinómetros instalados en la balsa, cuya deficiencia ya refleja el FJ 11.º de la Sentencia de 22 de noviembre de 2004, no identifica ninguna norma que obligara a la administración autonómica

a comprobar no solo las condiciones técnicas del proyecto sino el desarrollo ulterior de los citados instrumentos. No ha de olvidarse que es a la deficiencia constructiva a la que ya la Sentencia de 22 de noviembre de 2004 imputa los daños por lo que la ausencia de Informe de Impacto Ambiental no acredita constituir concausa alguna».

B) Responsabilidad sanitaria. Legitimación pasiva

La STS de 20 de marzo de 2012, Ar. 4570, aclara que en los casos en que un paciente es derivado a otro sistema de salud la responsabilidad patrimonial corresponde a la Administración sanitaria de origen, sin perjuicio de la posible acción de repetición de ésta contra la autora material del daño.

C) Responsabilidad sanitaria. *Dies a quo*

La STS de 8 de febrero de 2012, Ar. 3830, establece que el *dies a quo* en los casos de daños físicos se sitúa en la fecha en que se determina el alcance de las secuelas, no en el de las pruebas que detectaron la enfermedad, y que no es óbice el hecho de que la reclamación se deduzca antes de la determinación definitiva del alcance de las secuelas, si ésta se produce antes de la sentencia (en este caso, el fallecimiento del afectado). Considera, en efecto, que:

«(c)arecería por completo de sentido y sería contrario a la más elemental economía procesal, plantearse a título dialéctico la necesidad de formular de nuevo la reclamación de responsabilidad patrimonial».

D) Prueba del nexo de causalidad. Responsabilidad sanitaria

La STS de 2 de enero de 2012, Ar. 3, aborda un tema de gran trascendencia, cual es la carga de la prueba, que goza de particularidades en el caso de los daños sanitarios, en los que se produce una inversión de la carga de la prueba basada en el principio según el cual la Administración está en mejor posición para aportarla.

En efecto, el Tribunal Supremo considera que los padres tienen derecho a tener una historia clínica completa y rigurosa con el seguimiento y lo acontecido en el parto, y que corresponde a la Administración facilitar por su disponibilidad. De no hacerlo, en un caso como el que juzga, concluye que la Administración debe correr con los perjuicios de la falta de prueba sobre que ciertamente no fue el sufrimiento fetal lo que causó una hipoxia en el feto. Concede, por ello, una indemnización de 50.000 euros a los padres y de 400.000 euros a la niña.

EMILIO GUICHOT REINA
JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA

SUMARIO

1. INSTRUMENTOS DE GESTIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS.
 - A) **Relación de puestos de trabajo. No es obligatorio incluir en ella los puestos que implican tareas de carácter no permanente.**
 - B) **Relación de puestos de trabajo. La modificación de la Relación de Puestos de Trabajo no está sujeta a los requisitos procedimentales propios de la Plantilla, pues cada una de estas figuras tiene naturaleza y funciones distintas.**
2. ACCESO.

Debe exigirse la titulación procedente de conformidad con la normativa vigente. Acceso libre al Cuerpo de Agentes del servicio de Vigilancia Aduanera (Especialidad Marítima).
3. CARRERA ADMINISTRATIVA.
 - A) **Provisión de puestos de trabajo. Concurso específico. Comisión de valoración que no se constituyó conforme a Derecho.**
 - B) **El cambio de la forma de provisión de un puesto de trabajo no permite el ceso del funcionario que lo ocupa sino concurren causas de remoción.**
4. PERMISOS.
 - A) **El art. 48 del EBEP tiene carácter supletorio y, en consecuencia, permite que las Administraciones Públicas puedan determinar sus propios supuestos de concesión de permisos.**
 - B) **La situación administrativa de suspensión no enerva el derecho del funcionario a disfrutar de una licencia de baja por enfermedad.**
5. DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.
 - A) **No implica que la Administración deba acoger todas las sugerencias que le hagan las organizaciones sindicales durante el proceso de negociación.**
 - B) **Ha de prevalecer sobre el ejercicio de potestades organizativas si éstas repercuten en las condiciones retributivas y económicas del funcionario.**
 - C) **La supresión de puestos de trabajo en una RPT debe ser objeto de negociación colectiva.**

6. DERECHOS RETRIBUTIVOS.

El funcionario afectado por una modificación de la plantilla tiene derecho a un complemento personal, transitorio y absorbible hasta el montante consolidado de las retribuciones que percibía.

7. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS.

A) Imposibilidad de que un interino pase a la situación de excedencia por prestación de servicios en el sector público al devenir funcionario de carrera en la misma Administración.

B) El reintegro al servicio activo desde la situación de excedencia voluntaria por cuidado de hijos no es posible en puesto diferente desde el que se solicitó.

8. INCOMPATIBILIDADES.

La percepción de complemento específico que excede el 30% de las retribuciones básicas determina, por ley, la incompatibilidad entre una actividad pública y privada, con independencia de que la objetividad e imparcialidad del funcionario o el cumplimiento de sus deberes se vean afectados.

9. RÉGIMEN DISCIPLINARIO.

Tras el levantamiento de la medida cautelar de suspensión de funciones el expedientado tiene derecho al reintegro a su puesto de trabajo en las condiciones anteriores a la suspensión. Personal estatutario de los servicios de salud

10. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE SERVICIO.

Impugnación indirecta de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos en el que se basa la denegación de la solicitud de prolongación del servicio activo del personal estatutario de los Servicios de Salud.

1. INSTRUMENTOS DE GESTIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS

A) Relación de puestos de trabajo. No es obligatorio incluir en ella los puestos que implican tareas de carácter no permanente

En relación con las plazas de «Técnico de Educación Infantil» que dependen de un convenio entre el Ayuntamiento de Avilés y la Consejería de Educación y Cultura del Principado de Asturias de un año de duración, con independencia de que ese acuerdo haya sido objeto de renovación, a tenor de los arts. 15.1.f) LMRFP y 74 EBEP, la **STS de 25 de junio de 2012**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, recurso núm. 2583/2011, concluye que no se trata de plazas permanentes del Ayuntamiento sino que dependen del acuerdo con la Comunidad Autónoma. El Ayuntamiento asumió la competencia impropia de contratar al personal educativo de Educación Infantil en virtud del referido acuerdo con la Administración educativa, por tanto, carece de vocación de permanencia la prestación de esa competencia y es también temporal la prestación misma de ese personal educativo, razón por la cual no es obligado incluir dichas plazas en la RPT.

B) Relación de puestos de trabajo. La modificación de la Relación de Puestos de Trabajo no está sujeta a los requisitos procedimentales propios de la Plantilla, pues cada una de estas figuras tiene naturaleza y funciones distintas

La **STS de 17 de julio de 2012**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, recurso núm. 3547/2011, enjuicia la modificación de la RPT acordada por el Ayuntamiento de Boadilla del Monte. Dicha modificación conlleva la modificación del complemento específico de los puestos afectados y fue objeto de recurso de casación por considerar la Administración estatal que la Administración Local había infringido los arts. 90.1 LBRL y 126 TRRL.

La Sala desestima el recurso de casación señalando que los preceptos mencionados y los principios en ellos consagrados (racionalidad, economía y eficiencia) son relativos a las plantillas y no a las RPT. Tal como sostiene la **STS de 17 de julio de 2012**: «Establecida la Relación de Puestos de Trabajo como el instrumento idóneo para la modificación del contenido, valoración de complementos, etc., de cada puesto de trabajo, es claro que no puede modificarse sino a través de ésta, y no por una simple aprobación de la plantilla, que es un instrumento distinto y cuyas exigencias procedimentales contenidas en el art. 126 TRRL no son predicables de las relaciones de puestos de trabajo».

2. ACCESO

Debe exigirse la titulación procedente de conformidad con la normativa vigente. Acceso libre al Cuerpo de Agentes del servicio de Vigilancia Aduanera (Especialidad Marítima)

La **SAN de 19 de junio de 2012**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, recurso núm. 556/2010, anula la base específica de la convocatoria que para el acceso al Cuerpo de Agentes del servicio de Vigilancia Aduanera (Especialidad Marítima) exigía estar en posesión del certificado de Formación Básica de conformidad con la Orden FOM/22/96/2002, de 4 de septiembre, u otro certificado o título equivalente.

Señala la Sala que, sin perjuicio de la potestad autoorganizativa administrativa, la Administración no es libre para admitir cualquier titulación, pues, «(...) el legislador en la norma de creación del Cuerpo de Agentes de Vigilancia Aduanera (art. 56 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social) ha especificado el título concreto exigido para el ingreso en el Cuerpo de Agentes del Servicio de Vigilancia Aduanera y por lo tanto es ese título y los que le han sustituido que son la tarjeta profesional de Marinero Pescador, título profesional de marinero de Puente o de máquina los que la Administración debe exigir sin perjuicio de exigir adicionalmente otros certificados obligatorios establecidos en normas posteriores como es el certificado de formación básica previsto en la Orden FOM/22/96/2002 (...)».

3. CARRERA ADMINISTRATIVA

A) Provisión de puestos de trabajo. Concurso específico. Comisión de valoración que no se constituyó conforme a Derecho

En el caso enjuiciado por la **SAN de 25 de julio de 2012**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, recurso núm. 126/2012, la Comisión de Valoración se constituyó para la celebración de una entrevista (concurso específico) sin observar lo dispuesto al respecto por el art. 26.1 LRJPAC y por las propias bases de la convocatoria. La Comisión de Valoración no contaba con la presencia de Presidente, Secretario, y además, la mitad de sus miembros. Tampoco en la constitución de la Comisión se respetó la necesidad de velar por que el número de representantes sindicales no fuera superior al número de miembros designados por la Administración, ni por que contasen con el nivel y titulación exigidos. Por tanto, los acuerdos de valoración de la Comisión son nulos de pleno Derecho (art. 61.2.d LRJPAC).

B) El cambio de la forma de provisión de un puesto de trabajo no permite el cese del funcionario que lo ocupa sino concurren causas de remoción

Así lo sostiene la **STSJ de Aragón de 25 de junio de 2012**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, recurso núm. 448/2009. Sin perjuicio de la facultad de la Administración para la modificar la forma de provisión del puesto de trabajo, siempre que se den las circunstancias precisas para ello, pasando de concurso a libre designación, cuando el puesto afectado por el cambio está cubierto, inexcusablemente la Administración deberá respetar a quien lo ocupa hasta que, en su caso, sea apartado del mismo por los motivos que justifican el cese de un funcionario en un puesto obtenido por concurso con arreglo al art. 20.1.e) LMRFP. A su vez, tal como señala la Sala, una vez declarada judicialmente la nulidad del cese en el puesto de trabajo que no se ajusta a las exigencias expuestas, procede también declarar la nulidad del posterior nombramiento y de la toma de posesión del funcionario afectado en un nuevo puesto de trabajo.

4. PERMISOS

A) El art. 48 del EBEP tiene carácter supletorio y, en consecuencia, permite que las Administraciones Públicas puedan determinar sus propios supuestos de concesión de permisos

La **STC 181/2012, de 15 de octubre, Sala Primera**, ha concretado la naturaleza jurídica y el alcance del art. 48 del EBEP a propósito del permisos establecidos para los funcionarios públicos. Dicho precepto prevé que «las Administraciones Públicas determinarán los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración. En defecto de legislación aplicable los permisos y su duración serán, al menos, los siguientes: ... h) Por razones de guarda legal, cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, de persona mayor que requiera especial dedicación, o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a la reducción de su trabajo, con la disminución de sus retribuciones que corresponda».

Este pronunciamiento trae causa en la cuestión de inconstitucionalidad planteada la por Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en relación con el art. 26.a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006, de 5 de julio, de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las Administraciones públicas. Dicho precepto dispone que «las personas a las que se aplica la presente ley pueden disfrutar de una reducción de un tercio o de la mitad de la jornada de trabajo, con las percepción del 80% o del 60% de la retribución, respectivamente, en los siguientes supuestos: a) Para cuidar de un hijo o una hija menor de seis años, siempre que tenga su guarda legal». A partir de ahí el órgano judicial promotor de la cuestión considera que la previsión normativa contenida en el art. 26.a) de la citada ley podía contradecir lo dispuesto en el art. 48.1.h) del EBEP y del art. 149.1.18.^a de la CE, que otorga al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación básica de régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones públicas, dado que la primera norma solo prevé el derecho a la reducción de la jornada para el cuidado de un menor de seis años, y la ley estatal lo reconoce en el caso de un menor hasta los doce.

Aunque el precepto ha sido modificado recientemente por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y fomento de la competitividad, al ser una cuestión de inconstitucionalidad el TC no aplica su doctrina sobre el *ius superveniens*, según la cual el control de las normas que incurren en un posible exceso competencial debe hacerse de acuerdo con las normas del bloque de la constitucionalidad vigentes al momento de dictar Sentencia. Aclaradas estas cuestiones previas, el Tribunal considera que no resulta necesario pronunciarse sobre la naturaleza básica o no básica del precepto para solucionar la cuestión planteada. Nos encontramos ante dos normas con rango de ley que ofrecen una colisión en su aplicación al caso que, al tratarse de normas postconstitucionales, la elección de una debe conllevar la inaplicación de la otra o viceversa. La posibilidad de considerar el art. 48.1.h) del EBEP como básico no comportaría la inaplicación al caso de la Ley catalana por ser el propio precepto el que remite a las regulaciones de las Administraciones Autonómicas en caso de que éstas existan, tal como sucede con la ley catalana.

No nos encontramos, pues, ante un supuesto de inconstitucionalidad sobrevenida, sino, en todo caso, ante una situación en la que el Estado prevé que lo dispuesto en el art. 48.1.h) del EBEP se aplique en defecto de normativa de las distintas Administraciones vigente al momento de la entrada en vigor del EBEP. De hecho, tras la modificación operada del citado artículo por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, el legislador estatal ha establecido una regulación de los permisos que tendrán los funcionarios públicos que no incluye referencia alguna al carácter supletorio de dicha regulación en defecto de normativa aplicable. En suma, es el propio legislador estatal el que permite que las Administraciones públicas determinen los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración. Y sólo «en defecto de legislación aplicable» los permisos y su duración serán, al menos, los establecidos en el citado precepto.

Esta es la exégesis que deriva de la propia literalidad del precepto pues, de la redacción de este apartado, se desprende que el legislador básico ha respetado la competencia de autoorganización de las Administraciones Públicas para establecer su propia regulación sobre permisos, puesto que esta materia no forma parte del núcleo esencial del régimen

jurídico de la función pública, como declaró el Tribunal Constitucional en la Sentencia 99/87. En conclusión, «serán pues las normas de desarrollo posteriores al EBEP las que concreten los supuestos, efectos, requisitos y duración de los permisos. Dicha regulación se llevará a cabo, bien a través de las leyes reguladoras de la función pública de la AGE y de las Comunidades Autónomas previstas en el art. 6 de la Ley para el personal funcionario, bien a través de las normas convencionales para el personal laboral. Hasta la aprobación de dichas normas legales o convencionales, mantienen su vigencia las anteriores que regulen esta materia en cada Administración Pública». En segundo lugar, en cuanto a la interpretación de la expresión «en defecto de legislación» de su apartado 1, indica que la misma «significa que el listado de los permisos del art. 48 opera con carácter supletorio, es decir, sólo en el supuesto de que no existieran normas preexistentes a la entrada en vigor del Estatuto que regularan en cada Administración Pública el régimen de permisos, supuestos, requisitos, efectos y duración».

B) La situación administrativa de suspensión no enerva el derecho del funcionario a disfrutar de una licencia de baja por enfermedad

La STSJ de Extremadura de 26 de junio de 1012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a, ha estimado el recurso planteado por un funcionario de Correos que había sido sancionado con suspensión de empleo y sueldo y había solicitado una licencia de baja por enfermedad que le había sido denegada.

El TSJ de Extremadura analiza si durante el período en el que un funcionario se encuentra en suspensión de funciones posee derecho a que se le siga tramitando el subsidio por incapacidad temporal. Expuesto de otra manera, si la sanción de suspensión conlleva también la pérdida de los derechos que otorga el mutualismo administrativo. Una primera lectura de los preceptos, en concreto el art. 90 de la Ley 7/2007 o 22 del Real Decreto 365/1995, podría abonar tal tesis al entender que con la suspensión de funciones se pierde el puesto y los derechos inherentes. Ahora bien, el art. 7 del Real Decreto Legislativo 4/2000 es claro al respecto, al indicar que los funcionarios de carrera de la Administración Civil del Estado se incorporarán obligatoriamente, como mutualistas, a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, en el momento de la toma de posesión de su cargo, cuando adquieran la condición de funcionario, o sean rehabilitados en dicha condición, o reingresen al servicio activo y conservarán la condición de mutualista, con los mismos derechos y obligaciones que en la situación de servicio activo, cuando pasen, entre otras situaciones administrativas, a la suspensión provisional o firme de funciones.

Es decir, en el supuesto de suspensión firme se conserva la condición de mutualista con los mismos derechos y, en consecuencia, acreditada la contingencia del recurrente a través de los partes aportados documentalmente, el órgano correspondiente y competente para la expedición de licencia, vendría obligado a su concesión o denegación, lo que no es conforme a Derecho es la negativa por entender que el Recurrente se hallaba en suspensión de funciones.

5. DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A) No implica que la Administración deba acoger todas las sugerencias que le hagan las organizaciones sindicales durante el proceso de negociación

La SAN de 19 de junio de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a, ha desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Comisiones Obreras contra la Orden JUS/1741/2010, de 22 de junio, por la que se determina la estructura y se aprueban las relaciones de puestos de trabajo de las oficinas judiciales y de las secretarías de gobierno incluidas en la primera fase del Plan del Ministerio de Justicia para la implantación de la nueva Oficina Judicial. Entre otros muchos motivos, se impugna por falta de negociación colectiva con los representantes de los funcionarios, dado que la Orden impugnada encuentra su apoyo en el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, cuya constitucionalidad ha sido ya confirmada por varios Autos del Tribunal Constitucional. A juicio del recurrente, se habría vulnerado el principio de buena fe que debe presidir toda negociación colectiva, pues se han impuesto de forma unilateral las funciones de los distintos Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia, sin tener en cuenta las alegaciones formuladas por las organizaciones sindicales en las reuniones de la Mesa Sectorial, funciones que, por otro lado, exceden de las legalmente establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial para los distintos Cuerpos de funcionarios de la Administración de Justicia, estableciéndose además la asignación de funciones iguales a Cuerpos distintos.

La Sala concluye que es posible la atribución de funciones con el mismo objeto a distintos cuerpos, siempre dentro de la legalidad, diferenciando el grado o nivel de implicación o participación que corresponda a cada Cuerpo en el desempeño de la función. A mayor abundamiento, declara la Sentencia que, como resulta obvio, «el derecho a la negociación colectiva no implica que la Administración deba acoger todas las sugerencias que le hagan las organizaciones sindicales durante el proceso de negociación, o que de no acoger dichas sugerencias pueda imputarse a la Administración mala fe en el proceso de negociación».

B) Ha de prevalecer sobre el ejercicio de potestades organizativas si éstas repercuten en las condiciones retributivas y económicas del funcionario

La STSJ de Cataluña de 16 de julio de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a, ha desestimado la pretensión ejercitada por el funcionario recurrente. En este caso, el Ayuntamiento había suprimido la plaza de coordinador General —a la que el funcionario había accedido por concurso— mediante la modificación del catálogo y la plantilla. Entre otros aspectos, se solicitaba la anulación del Acuerdo del Ayuntamiento porque no se había negociado con los sindicatos ni se le había dado audiencia al recurrente.

En relación con el trámite de audiencia a los interesados y a los representantes de los trabajadores, el art. 32 de la Ley 9/1997 establece las materias que han de ser objeto de negociación entre la Administración y los representantes de los funcionarios, ahora sustituida por el EBEP. Y es que la necesidad de negociación o consulta previa a las organizaciones sindicales en las materias que enumera dicho precepto deriva de la aplicación del art. 28.1 de la Constitución. Una cosa es que queden exceptuadas las decisiones de

la Administración que afecten a su potestad de organización y otra que, en el ejercicio de estas u otras potestades, se pueda vulnerar dicha obligación de someter determinadas materias a la negociación colectiva, la cual ha de prevalecer incluso cuando el ejercicio de tales potestades organizativa pueda tener repercusión en las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (art. 34.2 de la Ley citada), y no cabe la menor duda de que las condiciones económicas o retributivas son condiciones de trabajo. Tras el análisis del expediente administrativo, no obstante, queda comprobado que se dio audiencia al demandante, como interesado en la supresión de la plaza y también la de los representantes sindicales, lo que permite desestimar este motivo.

C) La supresión de puestos de trabajo en una RPT debe ser objeto de negociación colectiva

La STSJ de La Rioja de 18 de junio de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a, ha declarado la nulidad de la Relación de Puestos de Trabajo (RPT) aprobada por el Decreto 130/2011, de 29 de julio, en la medida en que ha suprimido cuatro plazas de Guarda Forestal sin haber sido previamente negociado con los representantes sindicales.

Pues bien, para resolver si era o no preceptivo la negociación, la Sala parte en su análisis del nuevo régimen previsto en el EBEP por contraposición al régimen previsto en la Ley 9/1987. La Ley 7/2007, si bien excluye de la obligatoriedad de negociar las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización, añade a continuación el siguiente párrafo: «Cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos contempladas en el apartado anterior, procederá la negociación de dichas condiciones con las Organizaciones Sindicales a que se refiere este Estatuto». En consecuencia, la nueva regulación exige, contrariamente a lo prevenido en la Ley 9/87, que las decisiones de las Administraciones que afecten a sus potestades de organización, entre las que cabe citar las relativas a la aprobación de las Relaciones de Puestos de Trabajo como instrumento técnico legalmente previsto para llevar a cabo la ordenación del personal, en cuanto repercutan en las condiciones de trabajo de los funcionarios, sean objeto de negociación con las organizaciones sindicales».

En consecuencia, la falta de negociación, cuando sea procedente y obligatoria, supone la ausencia de un elemento esencial que vicia el procedimiento, y en consecuencia hace nulo al acto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Por tanto, para suprimir las cuatro plazas vacantes de Guardas Forestales, la Administración autonómica debía someterlo al trámite de negociación colectiva.

6. DERECHOS RETRIBUTIVOS

El funcionario afectado por una modificación de la plantilla tiene derecho a un complemento personal, transitorio y absorbible hasta el montante consolidado de las retribuciones que percibía

La STSJ de Cataluña de 16 de julio de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a, antes mencionada, se pronuncia también sobre la pretensión del funcionario

recurrente que, aun habiendo accedido a una plaza de coordinador general del ayuntamiento por un concurso, se adscribe a otra plaza distinta como consecuencia de la modificación del catálogo retributivo y de la plantilla del consistorio, lo que supone una rebaja en las retribuciones que hasta ese momento venía recibiendo.

Pues bien, considera la Sala que, si bien es cierto que no se ha aprobado una modificación de una relación de puestos de trabajo, también lo es que la supresión de un puesto del catálogo que venía siendo ocupado definitivamente por concurso por un funcionario, como decisión del Consistorio enmarcada en su potestad de autoorganización, no puede perjudicar a aquel funcionario que ha de ser removido y que tiene unos derechos adquiridos. Como nos dicen las Sentencias del TS de 17 de febrero y 11 de junio de 1988, de 12 de julio de 1991 y de 29 de marzo de 1995, «dentro del amplio campo que la noción estatutaria del régimen jurídico de los funcionarios ofrece a los poderes públicos para introducir innovaciones en dicho régimen, sin que frente a las mismas sea eficaz invocar la intangibilidad característica de los derechos adquiridos, la jurisprudencia, acompañada en su doctrina por una usual práctica normativa, ha delimitado aquel campo al sostener que aunque no pueda incluirse entre los derechos adquiridos el mantenimiento de una determinada estructura de las retribuciones, sin embargo, sí merece aquella calificación el montante consolidado de las mismas, al que normalmente suele atenerse, en caso de que el nuevo régimen lo disminuya, mediante la técnica de los complementos personales y transitorios absorbibles por futuros aumentos».

La Sala analiza el alcance del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, que prevé un complemento transitorio y reabsorbible cuando se modifique la relación de puestos de trabajo (RPT). En este caso no estamos ante una supresión de un puesto de trabajo de la RPT pero sí ante la supresión de un puesto de trabajo del catálogo de puestos de trabajo que es el instrumento que, transitoriamente, sustituye a la relación de puestos de trabajo, por lo que la Sala decide la aplicación de esta norma también para este contencioso. Realiza la sentencia una interpretación integradora de las potestades organizativas que tiene el nuevo equipo de gobierno del Ayuntamiento y los derechos del funcionario recurrente a ocupar la plaza que había adquirido por concurso y a percibir unas retribuciones consolidadas.

Precisamente para que esta situación consolidada no pueda petrificar el derecho se establece una garantía para los funcionarios que vengán afectados por la supresión del puesto de trabajo y por la pérdida retributiva que tal supresión comporta. Al no existir en la administración local un puesto similar al que ocupaba se creó otro, pero cuyas retribuciones eran inferiores. De ahí que sea también de aplicación la norma indicada, lo que lleva a la Sala a estimar la pretensión del recurrente y, en consecuencia, a reconocer como situación jurídica individualizada el derecho del recurrente al establecimiento de un complemento personal y transitorio hasta alcanzar la diferencia, que será absorbida progresivamente por las retribuciones complementarias provenientes de cualquier futura mejora retributiva que se pueda producir, excepto el complemento de productividad.

7. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

A) Imposibilidad de que un interino pase a la situación de excedencia por prestación de servicios en el sector público al devenir funcionario de carrera en la misma Administración

Una funcionaria interina (como Médico Especialista) que devino funcionaria titular (como Médico de Familia) solicitaba el pase a la situación de excedencia por prestación de servicios en el sector público, al amparo de lo dispuesto en el art. 66 de la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Sanitario, en virtud del cual dicha situación se reconocería a quienes presten servicios en organismos públicos y no les corresponda quedar en otra situación. La **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 18 de julio de 2012 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, recurso núm. 199/2012)**, rechaza esa posibilidad, primero, porque la funcionaria recurrente pretendía pasar a situación de excedencia por prestar servicios en la misma administración pública en virtud de una vinculación previa como interina. En efecto, el artículo 88 del EBEP dispone que la situación de servicio en una administración pública está reservada para aquellos funcionarios que obtengan destino en una administración pública diferente en virtud de un proceso de transferencia o de provisión de puestos de trabajo; en el caso que resolvía la Sentencia, la administración pública con la que aparecía vinculada la recurrente era la misma, el Servicio Galego de Saúde, por lo que falta el requisito de que se trate de una administración pública diferente. Y, en segundo lugar, el art. 15 del Reglamento General de Ingreso de Personal al Servicio de la Administración General del Estado y Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios de la Administración General del Estado (según la redacción dada por el RD 255/2006, de 3 de marzo), el desempeño de puestos con carácter de funcionario interino o de personal laboral temporal no habilitará para pasar a esa situación administrativa, por lo que la Sentencia concluye que de la misma manera que un funcionario no puede pasar a la situación de excedencia en virtud de un nombramiento como interino, a la inversa tampoco un interino puede constituirse en aquella situación cuando obtiene una plaza fija, pues lo que procede es la toma de posesión en ésta última, lo que conlleva el cese en la anterior.

B) El reingreso al servicio activo desde la situación de excedencia voluntaria por cuidado de hijos no es posible en puesto diferente desde el que se solicitó

La **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 16 de julio de 2012 (Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, recurso núm. 1024/2011)**, resuelve el caso de una funcionaria que, desde una situación de excedencia voluntaria por cuidado de hijos y dentro del período establecido para el reconocimiento de la reserva del puesto de trabajo, solicita el reingreso (incluso con carácter provisional) a puesto diferente desde el que se pasó a esa excedencia. La funcionaria consideraba la reserva del puesto de trabajo no como una obligación de retorno al mismo sino como una facultad a ejercitar en el marco de otros parámetros (como la movilidad geográfica voluntaria o la conciliación familiar). La Sentencia, en cambio, rechaza la pretensión de la funcionaria y razona que su puesto definitivo, y desde el que pasa a la situación de excedencia, es también el que mantiene durante su situación de excedencia voluntaria, de modo que a él habrá de reintegrarse cuando finalice esa situación, salvo que ésta se prolongue durante más de dos años,

en cuyo caso el reingreso podrá producirse en otro puesto de la misma localidad e igual retribución. Pues una cosa es el puesto de trabajo definitivo, que define la situación administrativa del funcionario, y otra el derecho a la reserva de ese puesto de trabajo definitivo, anejo a la situación de excedencia voluntaria por cuidado de familiar, que se configura como un derecho de orden temporal a mantener dicho puesto y reintegrarse al mismo en el tiempo legalmente previsto. En cambio, la posibilidad de que la actora ocupe —en su caso provisional y voluntariamente— un puesto de trabajo vacante distinto al definitivo quedaría sujeta a los casos y a través de los procedimientos legalmente previstos, como son los concursos de traslados o las comisiones de servicios, pero lo que no puede pretenderse es el reconocimiento de un derecho a ocupar un puesto de trabajo distinto al definitivo obviando cualquier suerte de procedimiento provisorio y legalmente previsto, basado en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

8. INCOMPATIBILIDADES

La percepción de complemento específico que excede el 30% de las retribuciones básicas determina, por ley, la incompatibilidad entre una actividad pública y privada, con independencia de que la objetividad e imparcialidad del funcionario o el cumplimiento de sus deberes se vean afectados

Funcionario municipal que ha ejercido su actividad de arquitecto municipal en el Ayuntamiento de Segovia y, al mismo tiempo, ha ejercido de manera privada esa misma profesión, emitiendo distintos informes y realizando otro tipo de actividades en relación a las actuaciones y proyectos desarrollados por distintos pueblos de la provincia. Por tanto, como actividad privada realizó las mismas funciones profesionales que las realizadas en la función pública y, además, el puesto que ocupaba tenía asignado un complemento específico que excedía el 30% de su retribución básica, excluidos los conceptos con origen en la antigüedad en el puesto de trabajo. A partir de estos hechos y del recurso que el funcionario interpone contra la sanción que le impuso la Administración, la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 24 de septiembre de 2012 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, recurso número 85/2012)**, señala que, al percibir un complemento superior al 30% de su retribución básica, la compatibilidad entre el ejercicio de la función pública y su actividad privada de arquitecto está prohibida directamente por la ley, produciéndose en consecuencia una situación de incompatibilidad. Por ello rechaza la alegación del funcionario de que no basta con que se produzca esa situación teórica de incompatibilidad, sino que sería necesaria la constatación de que la imparcialidad e independencia que se le debe exigir como funcionario público se ha visto afectada por la actividad privada realizada o de que se ha menoscabado el cumplimiento de sus deberes como funcionario. Para el Tribunal Superior de Justicia (invocando la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1994), la finalidad del sistema de incompatibilidades (incluida la tipificación de faltas por su incumplimiento) no es sólo eliminar situaciones reales de pérdida de la debida independencia o neutralidad en la función, sino también evitar el peligro de que ello pueda producirse, reforzando la credibilidad en las personas que desempeñen funciones públicas, con independencia de si corresponde a la Administración acreditar esa posible incompatibilidad por la vía de demostrar que la objetividad del funcionario o su régimen de actividad pública se ve afectada por la actividad privada y si, en todo caso, ello corresponde a una administración distinta de la sancionadora.

9. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Tras el levantamiento de la medida cautelar de suspensión de funciones el expedientado tiene derecho al reintegro a su puesto de trabajo en las condiciones anteriores a la suspensión. Personal estatutario de los servicios de salud

Así lo señala la **STSJ de Aragón de 13 de septiembre de 2012**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, recurso núm. 135/2011.

De conformidad con el art. 75.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, «(...) si el expediente no finaliza con la suspensión de funciones ni se produce la separación del servicio, el interesado se reincorporará al servicio activo en la forma que se establezca en la correspondiente resolución y tendrá derecho a la percepción de las retribuciones dejadas de percibir, tanto básicas como complementarias...». Puesto que el caso de autos la resolución de levantamiento de la medida cautelar de suspensión de funciones acordada en expediente disciplinario no adoptó medida alguna que limitase o modificase la forma en que debía reincorporarse el recurrente a su puesto de trabajo ni aportó justificación alguna de por qué no debía reincorporarse en las mismas condiciones y con las mismas funciones y contenido que tenía, la Sala estima el recurso de apelación y reconoce al recurrente la situación jurídica individualizada de reintegrarse a su puesto de trabajo en las condiciones anteriores a la suspensión provisional.

10. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE SERVICIO

Impugnación indirecta de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos en el que se basa la denegación de la solicitud de prolongación del servicio activo del personal estatutario de los Servicios de Salud

En los últimos años, la conflictividad en relación con la prolongación del servicio activo del personal estatutario de los Servicios de Salud ha sido muy numerosa. La singularidad que presenta la **STS de 24 de septiembre de 2012 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, recurso núm. 2191/2011)** es que debe resolver no tanto un recurso contra un acuerdo singular de denegación de la solicitud de prolongación del servicio activo como una impugnación indirecta del Plan de Ordenación de Recursos Humanos (en este caso, Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cantabria de 11 de enero de 2007, por el que se aprueba el plan de recursos humanos del Servicio Cántabro de Salud), que fundamenta dicha denegación y cuya existencia la legislación y la jurisprudencia exigen.

El Tribunal Supremo entiende que en este tipo de impugnaciones indirectas el análisis de la norma no puede ser completo y exhaustivo, sino que debe centrarse en el concreto contenido de la norma, determinante en su aplicación del contenido del acto impugnado. Rechaza, de entrada, que la jubilación forzosa sea el centro de gravedad del Plan de Ordenación de los Recursos Humanos para, en función de esa valoración, dar a pretendidos defectos del Plan de carácter general, que, en su caso, pudieran tal vez haber sido objeto de su impugnación directa, el significado de bases condicionantes de la validez jurídica del establecimiento de la jubilación forzosa.

La pretendida ilegalidad del Plan se derivaría del supuesto derecho a la prolongación del servicio activo hasta los 70 años, que se reconocería en el art. 26.2 de la Ley 55/2003, del Estatuto Marco de los Servicio de Salud, pues ello obligaría a que, para el establecimiento de la jubilación forzosa a los 65 años en un Plan de Ordenación de Recursos Humanos, fueran necesarios unos condicionamientos impeditivos o limitativos de ese pretendido derecho, de mayor rigor que los exigibles si se niega aquella base de partida. Aunque en anteriores pronunciamientos el Tribunal Supremo hablaba de un suerte de derecho condicionado, en la presente Sentencia viene a negar incluso la existencia de tal derecho y ha afirmado, en cambio, que nos encontramos ante una mera facultad, condicionada al ejercicio de una potestad de la Administración recurrida, el Servicio de Salud correspondiente, «en función de las necesidades de organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos». Y es que —a juicio del Tribunal Supremo— ni el citado artículo ni el art. 67.3 del EBEP (que se invoca como término de comparación), ni el art. 26.2 del Estatuto Marco, que se refieren ambos a una solicitud dirigida a la Administración a decidir motivadamente por ellos, son propiamente fórmulas normativas de enunciación apriorística de un derecho, sino, en su caso, y a lo más, de una especie de derecho debilitado, derivado del dato de una denegación inmotivada de la solicitud. No nos encontramos así ante una clave de ordenación normativa asentada en el establecimiento inequívoco de un derecho sino ante la necesidad de que la Administración justifique la autorización o denegación de la solicitud de prórroga en los términos referidos. Tal necesidad de justificación no puede convertirse en exigencia rigurosa trasladable al Plan de que éste haya de tomar como elemento de su ordenación el respeto de ese derecho, haciendo del mismo un eje del Plan, desde el cual deban, en su caso, enjuiciarse otros contenidos del mismo, para reclamar de ellos precisiones de detalle o justificaciones explícitas, innecesarias en razón de su inevitable generalidad. Es ahí, en esa transformación en autentico derecho, de una facultad, sometida al ejercicio de una potestad por la Administración, donde la Sentencia concluye que se incurre en la exageración del planteamiento del recurrente, rechazando la ilegalidad del Plan de Ordenación de Recursos Humanos en cuestión. Por tanto, el Tribunal rechaza que, para aceptar los contenidos ordenadores de un Plan de Ordenación de los Recursos Humanos con ocasión de la impugnación de un acto singular de aplicación, la Administración demandada deba soportar la necesidad de justificación de la adecuación a derecho del instrumento normativo que aplica. Este, en principio, vale jurídicamente, sin que, para admitir su valor, deba la Administración tener que justificar la corrección de sus contenidos. Será, en su caso, la parte recurrente, la que, si considera que el plan no es adecuado a derecho, deba demostrar los vicios que le impute; pero no cabe partir de que la Administración (que no es además la autora exclusiva del Plan, pues éste deriva de un pacto con los sindicatos), ante la impugnación de un acto aplicativo del Plan, y ante una impugnación indirecta de éste, deba justificar la corrección jurídica de su contenido.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

BELÉN MARINA JALVO

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

JESÚS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR

XI. URBANISMO

SUMARIO

1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO.
 - A) **Nulidad de la declaración de interés de regional del desarrollo de una «ecociudad» en un suelo no urbanizable protegido por su valor paisajístico.**
 - B) **Nulidad del plan parcial —e indirectamente del PGOU— por vulneración del principio de no regresión respecto de las protecciones inherentes a un terreno con valores ambientales.**
2. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO.
 - A) **Estudios de Detalle: necesidad de notificación personal a los interesados.**
 - B) **Proyecto de Reparcelación: anulación del instrumento de planeamiento que desarrolla.**
 - C) **Sistemas de Ejecución: Expropiación.**
3. MOMENTO Y VALORACIÓN DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS.
 - A) **En los expedientes o proyectos expropiatorios llevados o seguidos por el sistema de tasación conjunta, el momento inicial del expediente de justiprecio determinante del momento de referencia de la valoración debe situarse al momento de exposición al público del proyecto expropiatorio.**
4. INTERVENCIÓN EN LA EDIFICACIÓN Y USO DEL SUELO.
 - A) **Licencias para instalaciones en inmuebles pertenecientes a un Conjunto Histórico.**
 - B) **Disciplina urbanística: obras sin licencia.**

1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

- A) **Nulidad de la declaración de interés de regional del desarrollo de una «ecociudad» en un suelo no urbanizable protegido por su valor paisajístico**

Tras revocar la sentencia de instancia, la **STS de 5 de julio de 2012 (JUR 2012/253991)** anula la declaración de interés supramunicipal de Zona de Interés Regional (ZIR) para el desarrollo de una «ecociudad» de vivienda de protección oficial, efectuada por el Gobierno de La Rioja de 19 de septiembre de 2008. Los motivos fueron varios.

En primer lugar, la clasificación de los terrenos litigiosos como suelo no urbanizable de especial interés paisajístico en el PGM de Logroño implica que esos terrenos han de ser preservados de la transformación urbanística:

«No impide la anterior conclusión el hecho de que la ZIR que se contempla para el desarrollo de la citada ecociudad tenga el carácter de instrumento de ordenación del territorio, a tenor del artículo 15 y concordantes de la Ley 5/2006, de 2 de mayo de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja (LOTUR), con los efectos previstos para esos instrumentos en su artículo 17 y, en concreto, para las ZIR en su artículo 33, pues las limitaciones que se establecen en el citado artículo 12.2.a) del TRLS08 de preservar de la urbanización a los terrenos en los que concurren las circunstancias que en el mismo se contemplan —entre ellos, la protección establecida en el planeamiento urbanístico por razones paisajísticas, como se ha dicho— afectan también a los instrumentos de ordenación del territorio».

Un segundo motivo fue la falta de una necesidad o justificación pues, según demostraron los informes periciales, el PGM de Logroño tenía pendiente de consumir suelo urbanizable delimitado, suelo urbano no consolidado y suelo urbano ordenado para 14.297 viviendas y en suelo urbanizable no delimitado el 100%, es decir, otras 23.297 viviendas:

«En este sentido debemos recordar que el suelo en situación rural —incluso el llamado tradicionalmente no urbanizable común—, al que se refiere el artículo 12.2 TRLS08, tiene un valor ambiental, como se pone de manifiesto en el punto II de su exposición de motivos. El artículo 10 de la antes citada LRSV de 1998, que consideraba como suelo urbanizable en los municipios con planeamiento general, al que no tuviera la condición de urbano o de no urbanizable, fue derogado, como toda esa Ley, por la Ley estatal 8/2007, de suelo, y así se mantiene en el actual TRLS08.

Pues bien, en el artículo 10.1.a) del TRLS08 se establece que la ordenación territorial y urbanística puede atribuir un destino que comporte o posibilite el paso de la situación de suelo rural a la de suelo urbanizado, mediante la urbanización, pero al suelo preciso para satisfacer necesidades que lo justifiquen, y en este caso no existe en el municipio de Logroño necesidad para ampliar el suelo con destino residencial —con la implantación en un nuevo ámbito de nada menos que 56,54 ha (la parte recurrente alude también a nuevas 3000 viviendas)— cuando está acreditado que el PGM de Logroño tiene suelo clasificado para albergar más de 38.000 viviendas.

No sirve de argumento válido para mantener el Acuerdo impugnado que la mayor parte de las viviendas que se ubicarían en la llamada ecociudad sería para cubrir necesidades de vivienda protegida, pues a tenor del citado artículo 10.1.b) TRLS08 ha de destinarse, como mínimo, una reserva para vivienda sujeta a un régimen de protección pública del 30% de la edificabilidad residencial prevista por la ordenación urbanística en el suelo que vaya a ser incluido en actuaciones de urbanización, lo que ya se contemplaba en el artículo 69.1 de la LOTUR), que establece que los Planes Generales Municipales deberán incluir determinaciones para asegurar una reserva para vivienda protegida de cómo mínimo el 30 por ciento de las viviendas previstas en la delimitación de nuevos sectores de suelo urbanizable.

Los demás objetivos previstos en el Acuerdo impugnado para la llamada “ecociudad”, como son la optimización de los recursos necesarios, contribuir a la mejora de la calidad de vida, mejorar el sistema ambiental, la utilización de los recursos de forma eficiente, la

promoción del reciclaje y la reutilización, también pueden conseguirse con el desarrollo y ejecución del propio PGM de Logroño, pues esos objetivos no vienen impedidos por ese instrumento de planeamiento y tampoco por los que se puedan aprobar en su desarrollo».

El tercer motivo que condujo a la anulación fue la vulneración de la autonomía local:

«Pues bien, aunque es cierto que son diferentes las competencias de ordenación del territorio y urbanismo, y que en la citada LOTUR se contemplan las ZIR como instrumentos de ordenación del territorio, también lo es que en este caso se vulnera por la sentencia de instancia la autonomía municipal al referirse la ZIR litigiosa únicamente al ámbito del municipio de Logroño y establecerse con ella la actuación residencial de que se trata —que no trasciende el interés local, aunque se la llame “ecociudad”— al margen y en contra del propio PGM de Logroño, al ubicarse, como se ha reiterado, en suelo clasificado por ese instrumento de planeamiento como no urbanizable especial por razones paisajísticas».

En el mismo sentido que esta Sentencia, dictada en el recurso promovido por los empresarios de la construcción de La Rioja, se pronuncia otra STS de igual fecha a instancias del ayuntamiento de Logroño (RJ 2012/8282). Y otra también contemporánea (RJ 2012/7732) anula el Convenio suscrito por la Consejería para el desarrollo de la «ecociudad».

Aparte del valor doctrinal de estas Sentencias, el caso es bien expresivo del paroxismo urbanizador impulsado por ciertas Administraciones al amparo de la Ley del Suelo de 1998, aun después del estallido de la crisis, del pinchazo de la burbuja inmobiliaria y de la derogación de aquella por la Ley de Suelo de 2007.

B) Nulidad del plan parcial —e indirectamente del PGOU— por vulneración del principio de no regresión respecto de las protecciones inherentes a un terreno con valores ambientales

A instancias de un recurso promovido por una Asociación, la **STS de 10 de julio de 2012 (JUR 2012/260409)** casa la STSJ de Madrid y anula el plan parcial y el Acuerdo del Gobierno de Madrid de 13 de febrero de 2003 que aprobó las normas de un sector de suelo urbanizable en la revisión del PGOU de Villanueva de la Cañada.

Esta Sentencia se inspira en el llamado «principio de no regresión» («stand still»), en cuya virtud se han de preservar los avances de protección alcanzados en el contenido de las normas ambientales, atendiendo al carácter finalista de esta rama del ordenamiento, que deduce el Tribunal del art. 45 CE, de diversos preceptos del TRLS de 2008 y del Tratado de Lisboa de 2007 (FJ 7.º):

«Ello nos sitúa en el ámbito, propio del Derecho Medioambiental, del principio de no regresión, que, en supuestos como el de autos, implicaría la imposibilidad de no regresar —de no poder alterar— una protección especial del terreno, como es la derivada de Montes Preservados y de los terrenos que integran la Red Natura 2000 y los que forman parte del PORN Curso Medio del Río Guadarrama y su entorno, desde luego incompatible con su urbanización, pero también directamente dirigida a la protección y conservación, frente a las propias potestades de gestión de tales suelos tanto por aplicación de su legislación específica como por el planificador urbanístico».

Pero antes de conocer los dos motivos concretos que sustentan la decisión, conviene conocer las vicisitudes del caso; según las resume la propia Sentencia:

- 1.º El Consejo de Gobierno de la CA de Madrid de 20 de noviembre de 1998, al aprobar el citado PGOU, denegó expresamente la aprobación de los terrenos litigiosos, que conformaban el Sector núm. 3, entre otras razones porque el suelo estaba incluido en el ámbito del Decreto 44/1992, de 11 de junio, que establecía un régimen de protección preventiva para el curso medio del río Guadarrama y su entorno, lo que determinaba la incompatibilidad con su clasificación como suelo urbanizable.
- 2.º Sin que se interpusiera recurso administrativo o judicial alguno, cuatro años después el Ayuntamiento instó la revocación de ese Acuerdo porque, a su entender, vulneraba la autonomía local y las deficiencias por las que se denegó la aprobación eran subsanables, pues el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN) del Curso Medio del Río Guadarrama y su entorno (aprobado por Decreto 26/1999, de 11 de febrero), excluía del mismo los terrenos del citado Sector 3.
- 3.º El Gobierno Regional de Madrid el 1 de agosto de 2002 revocó el Acuerdo anterior de 1998, en cuanto denegó la aprobación del Sector 3 y, presentada nueva documentación por el Ayuntamiento, mediante Acuerdo de 13 de febrero de 2003 aprobó definitivamente la Revisión del PGOU en este Sector.

Sentado esto, el primer motivo para anular el planeamiento recurrido fue la ausencia de una motivación suficiente para desproteger terrenos forestales y reclasificarlos en suelos urbanizables:

«Vemos así que la razón por la que finalmente se aprobó la Revisión del PGOU en este Sector núm. 3 consistió en que el Decreto 26/1999, de 11 de febrero, aprobatorio del PORN del Curso Medio del río Guadarrama y su entorno, excluyó de su ámbito territorial los terrenos del sector que el anterior Decreto 44/1992, de 11 de junio, incluía con carácter preventivo, entendiéndose con ello que la única protección de que disponían los terrenos era la prevista en ese Decreto de 1992, sin reparar, ni tener en cuenta, ni analizar la protección dispensada por la legislación sectorial de Montes, ajena e independiente a la resultante del PORN.

Siendo, pues, esta la única causa por la que finalmente los terrenos se clasificaron como suelo urbanizable, y, partiendo de la protección forestal señalada, debe concluirse que, con independencia de la legalidad de adscripción de sistemas generales —que mantienen su clasificación formal de suelos no urbanizables— a suelos urbanizables a efectos de la obtención gratuita del suelo, como acertadamente reconoce la sentencia, la clasificación de este ámbito —como suelo urbanizable— estaba necesitada de una motivación adicional —como la que se viene reclamando en los Fundamentos anteriores— en la que se explicitaran las razones de interés general por las cuales la implantación de los nuevos usos residenciales debía efectuarse en este ámbito concreto, a la sazón disgregado del núcleo urbano o histórico del municipio y, como decimos, que gozaba de la protección, prevista en la legislación de Montes, más intensa en el caso de los suelos calificados como Montes Preservados, y en menor grado respecto del resto de masas forestales incluidas en el sector. Circunstancias estas, en modo alguno aclaradas, justificadas ni motivadas en el peculiar sistema de aprobación de la Revisión del PGOU que nos ocupa».

El segundo motivo fue que ni el PP ni el PGOU habían sido sometidos a evaluación ambiental estratégica, cuando a la fecha del Acuerdo ya estaba en vigor la Ley 2/2002, de 19 de junio «de evaluación de planes y programas». Y, aun antes, esta obligación venía impuesta por el Decreto madrileño 26/1999, de 11 febrero, que aprobó el PORN del curso medio del río Guadarrama.

2. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

A) Estudios de Detalle: necesidad de notificación personal a los interesados

En la STS de 12 de julio de 2012 (Ar. 8651), el Tribunal tiene que resolver sobre la impugnación de sendas Resoluciones municipales por las que se aprobaba un Estudio de Detalle que eran consideradas nulas por la recurrente, ya que su aprobación, a juicio de ésta, era un acto de aplicación del Plan General, igualmente considerado por la misma como nulo.

Sin embargo, antes de entrar sobre el fondo del asunto —que no va ser objeto de análisis en este comentario—, el TS debió resolver sobre la posible extemporaneidad del recurso, pues así fue declarado por la Sala de instancia, al entender que había transcurrido el plazo de dos meses establecido en el art. 46.1 de la LJCA para la interposición del mismo, lo que en su momento fue rebatido por la actor indicando que el acuerdo impugnado debía habersele notificado personalmente. A este respecto, la Sala de instancia indicó que dicha argumentación no podía ser acogida, pues es doctrina jurisprudencial aceptada que «al ser la publicación oficial de los planes generales o de los instrumentos de planeamiento requisito ineludible para su eficacia, dicha publicación es el medio a través del cual ha de llegar al conocimiento de los interesados que resulten afectados por el planeamiento urbanístico, por lo que el plazo para deducir los pertinentes recursos debe computarse a partir de la fecha en que termine tal publicación en el Boletín Oficial correspondiente» (FJ 2.º), y si bien es cierto que el art. 140 del RGP exige la notificación personal, ello se refiere al trámite de información pública y a los interesados que sean propietarios o directamente afectados y sus derechos estén comprendidos en el ámbito del estudio de detalle, lo que no sucedía, a su juicio, en el supuesto en el que nos encontramos.

Sin embargo, el TS va a estimar la argumentación de la recurrente. En este sentido, indica que el Estudio de Detalle litigioso es un instrumento de planeamiento de iniciativa particular, tal y como obra en el expediente, y si bien los instrumentos de planeamiento urbanístico tienen el carácter de disposiciones administrativas, y por ello, su eficacia y plazo de impugnación depende de su publicación en el Diario Oficial correspondiente, cuando dichos instrumentos son de iniciativa particular, junto a esa publicación, se exige su notificación personal a los interesados, como ha destacado el propio TS en jurisprudencia anterior, de manera que el plazo de dos meses para la interposición del recurso computa desde esa notificación personal.

En el supuesto litigioso, indica el TS, la recurrente había solicitado su consideración como interesado, y así había sido aceptado por Acuerdo municipal, habiéndosele notificado personalmente dicha circunstancia. En este caso, resalta el Tribunal, ni siquiera hubo notificación defectuosa, sino simplemente no hubo notificación, incumpliendo el Ayuntamiento la obligación de notificar el acuerdo de aprobación definitiva de un instrumento de planeamiento de iniciativa particular a un propietario directamente afectado. De esta

manera, indica el Tribunal que el recurso se formuló dentro del plazo de meses desde la notificación personal, lo que origina que anule la sentencia de instancia que declaró extemporáneo dicho recurso.

B) Proyecto de Reparcelación: anulación del instrumento de planeamiento que desarrolla

El TS tiene que resolver en su sentencia de 20 de septiembre de 2012 (Ar. 9201) un recurso planteado por la Generalidad Valenciana contra la sentencia del Tribunal de instancia que estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución de aquélla que aprobaba definitivamente el Proyecto de Reparcelación litigioso, para lo cual la recurrente argumenta que la anulación del Proyecto de Reparcelación se basó en la anulación previa en sentencia anterior del Plan de Reforma Interior y Homologación del que aquél trae causa, lo que suponía, a su juicio, la ejecución provisional de una sentencia que no era firme, ya que se encontraba en fase de recurso.

Este argumento es rechazado por el TS, indicando, en primer lugar, que los hechos sobrevenidos ya habían desvirtuado tal argumentación, al haber sido rechazado el recurso contra la sentencia previa de la cual la recurrente alegaba falta de firmeza para su ejecución, pero, en segundo lugar, el Tribunal entra en el argumento planteado, e indica que la sentencia recurrida no supone una ejecución provisional de una sentencia que entonces no era firme, sino «la constatación de que el vicio que determinó la nulidad del Plan de Reforma Interior y Homologación se transmite y afecta también al acuerdo de aprobación del proyecto de reparcelación que lo ejecuta. La anterior sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, aún careciendo entonces de firmeza, constituía causa suficiente para que la propia Sala de instancia anulase también, en congruencia con aquélla, el Proyecto de Reparcelación aprobado en ejecución de un planeamiento que había sido declarado nulo, habida cuenta que en el proyecto de reparcelación estaba presente el mismo vicio de nulidad» (FJ 3.º). En definitiva, entiende el Tribunal que anulada la disposición administrativa jerárquicamente superior —el Plan de Reforma Interior y Homologación—, la inferior dictada en su desarrollo incurre también causa de nulidad.

Esta argumentación, a juicio del TS, es consecuencia de la necesidad de coherencia de las resoluciones judiciales que deciden sobre cuestiones idénticas y del principio de seguridad jurídica, pero además indica que los efectos de las sentencias estimatorias son diversos según estas se califiquen como de anulación o de plena jurisdicción, de manera que, en las primeras —que es el caso controvertido—, la anulación produce efectos para todas las partes afectadas, y por tanto, a la Generalidad Valenciana, que fue parte procesal en el recurso contencioso-administrativo que dio origen a la sentencia que declaró la nulidad del citado Plan de Reforma Interior y Homologación. Dichos argumentos, por tanto, conllevan la desestimación del recurso interpuesto por aquélla.

C) Sistemas de Ejecución: Expropiación

El TS debe resolver en su sentencia de 25 de julio de 2012 (Ar. 9138) sobre la adecuación del sistema de expropiación elegido en un Plan General del Ayuntamiento de Las Palmas

de Gran Canaria, así como en el Plan Parcial que lo desarrolla, para la puesta a disposición de viviendas de promoción pública destinadas a sectores de población con mayores dificultades para su adquisición, elección que fue anulada en la sentencia de instancia.

A este respecto, el TS indica que la Administración actuante debe dar preferencia a los sistemas de compensación y cooperación, según se indica en el art. 119.1 del TRLS de 1976, pero también que la excepción a dicha regla determina que esa preferencia se produce cuando concurren razones de urgencia o necesidad que exija la expropiación, que es lo sucedido en el caso controvertido, según el Tribunal.

Para justificar su argumentación, el TS se remite al informe que realiza el Jefe de Planeamiento del Ayuntamiento citado, de donde extrae que la finalidad de la utilización de ese sistema de ejecución es la de intervenir en sectores de suelo urbanizable para poner a disposición de ciudadanos de bajo nivel económico un número mínimo de viviendas de promoción pública, sin que ello suponga limitación alguna a la iniciativa privada y sin afectar a la adecuada satisfacción del valor de los terrenos a los propietarios afectados por este tipo de actuaciones. Además, considera que la utilización de dicho sistema es una garantía de agilización y eficacia para la puesta a disposición de tales viviendas, más atendiendo a la finalidad social que se pretende lograr con ellas.

Por estas argumentaciones, a juicio del TS adecuadamente recogidas y explicadas en la documentación del Plan General y Plan Parcial litigiosos, considera aquél que debe declarar contraria a derecho la anulación del sistema de expropiación que realizó la Sala de instancia, estimando el recurso planteado en lo relativo a este asunto.

3. MOMENTO Y VALORACIÓN DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS

A) En los expedientes o proyectos expropiatorios llevados o seguidos por el sistema de tasación conjunta, el momento inicial del expediente de justiprecio determinante del momento de referencia de la valoración, debe situarse en el momento de exposición al público del proyecto expropiatorio

De igual modo a como comentábamos en nuestra crónica anterior, siguen sucediéndose numerosas Sentencias del Tribunal Supremo que vuelven a incidir en este aspecto. Cabe citar, por todas, la **STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) de 22 de octubre de 2012** y la **STS de 5 de noviembre de 2012**. Dichas Sentencias tuvieron lugar con ocasión de los recursos planteados contra la resolución del Jurado Territorial de Expropiación Forzosa de Madrid de fecha 3 de febrero de 2006 sobre fijación del justiprecio correspondiente a la expropiación forzosa del Ensanche Sur, Sectores PP1, PP2 y PP3 del Plan de Ordenación Urbana de Alcorcón, en término municipal de Alcorcón (Madrid).

El TS vuelve a reiterar lo siguiente:

«Ciertamente, en este tipo de supuestos, cuando se trata de proyectos expropiatorios seguidos por el sistema de tasación conjunta, el momento de referencia para la valoración habrá de ser, conforme a la previsión de dicha norma, el de exposición al público del proyecto de expropiación. Así se dijo ya en la reciente sentencia de esta Sala y sección de 8 de julio de 2011 (RJ 2011, 6347), recaída en casación 4392/2007. Además, con cita de la sentencia de

la misma Sala de 15 de junio de 2000 (RJ 2000, 6554), dictada en autos de casación núm. 761/96, también en aquella se viene a decir, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 136 del Reglamento de Gestión Urbanística, que, conforme a lo que ya se decía en la última de las citadas sentencias, se debe concretar la fecha de referencia valorativa en expedientes de tasación conjunta en la de exposición al público del proyecto de expropiación. En idéntica línea se expresa la Sala en su sentencia de 14 de abril de 2007 (RJ 2007, 3668), recaída en el recurso núm. 9122/2003.

No estará de más recordar literalmente lo que sobre este particular asunto decíamos en la sentencia de fecha 15 de junio de 2000, citada en la anteriormente referida también de 8 de julio de 2011: “En el caso de autos nos encontramos ante un expediente de valoración conjunta y por tanto tal valoración debe venir referida por imperativo del artículo 136 del Reglamento de Gestión Urbanística a la fecha de exposición al público del proyecto de expropiación, exposición que según el artículo 202 del mismo instrumento normativo debe efectuarse mediante la inserción de anuncios en el BOE, en el de la respectiva provincia y en un periódico de los de mayor circulación. En consecuencia, tal exposición no puede entenderse efectuada hasta que se producen las tres publicaciones antes referidas. En ningún caso cabe apreciar que la fecha a que debe referirse la valoración sea la de la aprobación inicial del Proyecto de expropiación y acuerdo de exposición al público (...), pues ello es contrario al tenor literal del artículo 136 del Reglamento”.

Conviene señalar al respecto que, tratándose del procedimiento de tasación conjunta y por su particular tramitación, la exposición al público y notificación individual de la tasación a los titulares de los bienes y derechos del expediente, para que en el plazo de un mes puedan formular las observaciones y reclamaciones que estimen convenientes, en particular en lo que concierne a la titularidad o valoración de sus respectivos derechos, cumple una función similar, por su contenido, al requerimiento efectuado al expropiado en el expediente de justiprecio individualizado, para que formule la correspondiente hoja de aprecio, momento al que la jurisprudencia y el art. 24 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, consideran como fecha de referencia de valoración de los bienes y derechos expropiados.

De este modo en el presente supuesto, la fecha de referencia para la valoración deberá quedar fijada en las fechas de publicación en Diarios Oficiales (BOE y BOCM), que tuvo lugar el 13 y 17 de mayo de 2004, respectivamente, no en la fecha que maneja el Jurado, que es la fecha de aprobación inicial del Proyecto, sino una fecha que habría de quedar situada, al menos en el 17 de mayo de 2004 y no antes». (Véanse el FJ 8 de la STS de 22 de octubre de 2012 y el FJ 7 de la STS de 5 de noviembre de 2012).

4. INTERVENCIÓN EN LA EDIFICACIÓN Y USO DEL SUELO

A) Licencias para instalaciones en inmuebles pertenecientes a un Conjunto Histórico

La **STS de 24 de julio de 2012** (Ar. 7993) declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 14 de diciembre de 2009, que había desestimado el deducido contra la Orden de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía, que a su vez había desestimado el recurso de alzada deducido contra la Resolución de la Delegación Provincial de dicha Consejería en Almería

por el que se resolvía no autorizar determinadas instalaciones de cableado aéreo y cajas de registro que pretendían efectuarse en la fachadas de inmuebles situados en el Conjunto Histórico de Almería.

La razón que llevó a la referida Administración autonómica a rechazar el proyecto era la idoneidad de dicha medida con el conjunto de disposiciones legales aplicables a la garantía de protección de la que disfrutaban los bienes afectados, decisión que confirman posteriormente ambas decisiones judiciales.

Particularmente, la Sala *a quo*, en el recurso de casación, invoca la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. Concretamente, los preceptos en los que se basa el razonamiento son los artículos 9.1, 20.4, 21, 23, 36, 37 y 39 de dicha disposición general, en los cuales se dispone que los bienes integrantes de dicho Patrimonio Histórico gozarán de singular protección y tutela, dotando a los Ayuntamientos de la facultad de autorizar directamente las obras que desarrollen el planeamiento aprobado y que afecten a dichos inmuebles, debiendo dar cuenta a la Administración competente para la ejecución de esta Ley de las autorizaciones o licencias concedidas en el plazo máximo de diez días desde su otorgamiento, siendo ilegales las obras que se realicen al amparo de las licencias contrarias al Plan aprobado, debiendo la Administración competente ordenar su reconstrucción o demolición con cargo al Organismo que hubiera otorgado la licencia en cuestión, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación urbanística sobre las responsabilidades por infracciones.

Las construcciones a las que se refiere dicha sentencia no han obtenido dicha preceptiva autorización municipal, pues los permisos de obras que concedió el Ayuntamiento lo eran exclusivamente para la realización de canalizaciones. Se confirma, por consiguiente, la legalidad de la denegación de la licencia solicitada.

B) Disciplina urbanística: obras sin licencia

En el período de tiempo al que se refiere esta crónica encontramos dos sentencias del Tribunal Supremo relativas la intervención administrativa en la edificación, y el consiguiente expediente de reposición de la legalidad urbanística y el sancionador incoado por la realización de obras en suelo calificado como rústico. Se trata de las **SSTS de 28 de junio de 2012** (Ar. 8456) y de **12 de julio de 2012** (Ar. 8484).

Los hechos que dieron lugar a la primera de las citadas consistieron en la realización de parcelación y construcción de una vivienda familiar en suelo no urbanizable. Advertidas las obras, el Director General de Urbanismo de la Junta de Andalucía dicta una resolución ordenando el restablecimiento de la legalidad urbanística vulnerada, concretamente la demolición de la construcción indebidamente levantada. Dicho acuerdo se confirma en reposición por la Consejería de Política Territorial, Obras públicas y Transportes de la Junta de Galicia y, más adelante, por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

La suprema instancia jurisdiccional confirma los argumentos de la sentencia recurrida, indicando la ilegalidad de la licencia concedida para operar dicha parcelación y edificación por el Ayuntamiento de Villamarín, basando su razonamiento fundamentalmente

en que el artículo 174.1 de la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia, prohíbe la realización de parcelaciones urbanísticas en suelo rústico, y que el artículo 182.2 de la misma Ley tipifica dicho hecho como infracción muy grave, siendo, por consiguiente, el acuerdo de concesión de licencia nulo de pleno derecho. Además, la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia, sólo permite las construcciones destinadas a usos residenciales que estén vinculadas a explotaciones agrícolas o ganaderas, por lo que las obras realizadas constituyen un uso prohibido en suelo rústico.

A mayor abundamiento, la posibilidad de legalización de las obras de construcción de la vivienda es rechazada porque esta se edificó en suelo rústico de protección ordinaria, lo cual es contrario a los artículos 36 y 33.2 y a la disposición transitoria primera, letra f), de la Ley de 2002, citada.

En la segunda decisión, el Tribunal Supremo llega a idéntica conclusión, confirmando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, al haberse construido dos naves sin la previa y preceptiva licencia municipal, ni autorización autonómica, en un terreno clasificado como rústico de protección ordinaria. Igual que en el supuesto anterior, las obras no resultan tampoco legalizables porque están destinadas a un uso industrial incompatible con este tipo de suelo, según dispone la Ley de Ordenación Urbanística gallega citada.

Por lo demás, la Sala de casación resuelve sobre la aplicación del principio de *non bis in idem* a estos supuestos en los que, además del procedimiento tendente a la restauración de los bienes afectados, se impone una sanción por la comisión de una infracción urbanística. El FJ 6.º considera a estos efectos que

«Es de sobra conocida que la ejecución de obras o instalaciones clandestinas por no estar amparadas por el preceptivo título habilitante, da lugar a la tramitación de, al menos, dos tipos de procedimientos: 1) el tendente a la restauración de los bienes afectados y 2) la imposición de sanciones por infracción urbanística, como se indica en el artículo 51 del Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, que aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística (RDU), siendo, los mismos, independientes y compatibles entre sí, como enfatiza el artículo 52 del RDU al indicar que “En ningún caso podrá la Administración dejar de adoptar las medidas tendentes a reponer los bienes afectados al estado anterior a la producción de la situación ilegal. Las sanciones por las infracciones urbanísticas que se aprecien se impondrán con independencia de dichas medidas”; dualidad y compatibilidad de procedimientos prevista en la legislación autonómica gallega, en los artículos 209 respecto del procedimiento de reposición y 216 en cuanto a la imposición de multa por infracción urbanística y su compatibilidad con las medidas de restauración, ambos de la Ley 9/2002.

Tal compatibilidad ha sido declarada en jurisprudencia consolidada de esta Sala, como es el caso, entre otras, de las SSTs de 26 de septiembre de 1995, 26 de octubre de 1998, 5 de julio de 1999, 19 de mayo de 2000 y de 22 de febrero de 2002, y en la más reciente de 10 de noviembre de 2005. En concreto, en la STS de 19 de mayo de 2000 declaramos que: “Tampoco puede admitirse, en segundo y decisivo lugar, que se califique como sanción una orden de demolición de obras ilegales construidas sin licencia, ya que la misma no ostenta naturaleza sancionadora, sino la de una medida de simple reparación del ordenamiento urbanístico vulnerado. Hemos dicho en otras ocasiones (así, últimamente, en la sentencia de 28 de abril de 2000) que las normas de relieve para este caso pertenecen a la categoría

de las denominadas imperativas o cogentes y, en cuanto a su protección, de las “plusquam-perfectae”. En virtud de su coercibilidad, una transgresión de las mismas desencadena el mecanismo que discute la recurrente, encaminado a la simple restauración de la legalidad vulnerada que establece, en lo que aquí importa, el artículo 184 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976.

Con la finalización del plazo de dos meses concedido en el mismo sin solicitar licencia, o sin haber podido obtenerla por incompatibilidad con el planeamiento, subsigue la orden de demoler lo construido ilegalmente, para restituir la realidad física al estado en que la misma se encontraba antes de producirse la transgresión garantizando, de esta forma, el cumplimiento forzoso de la norma urbanística vulnerada.

Es claro que este procedimiento es compatible y distinto de la imposición de sanciones a los responsables, previa tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, como resulta de lo establecido en el artículo 51.1, apartados 1 y 3, del Reglamento de Disciplina Urbanística de 23 de junio de 1978.

La coercibilidad de la norma urbanística se disocia así en estos dos mecanismos de protección conectados entre sí y compatibles entre ellos, sin que su dualidad infrinja, como es obvio, el principio “non bis in idem” (sentencias de 15 de diciembre de 1983, 3 de noviembre de 1992 y 24 de mayo de 1995).

También desde el punto de vista de la legislación de procedimiento administrativo general, el artículo 130.2 de la LRJPA establece la compatibilidad de la potestad sancionadora con las medidas de reposición».

CONSUELO ALONSO GARCÍA
FRANCISCO DELGADO PIQUERAS
LUIS ORTEGA ÁLVAREZ
RUBÉN SERRANO LOZANO
ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS

XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL

SUMARIO

1. BIENES LOCALES.
 - A) **Utilización de los bienes de dominio público.**
 - B) **Enajenación de bienes patrimoniales: cesión de bienes patrimoniales entre Administraciones públicas.**
 - C) **Potestades administrativas: potestad de recuperación de oficio.**
 - D) **Potestades administrativas: potestad de desahucio.**
2. AGUAS CONTINENTALES.
 - A) **Las cuencas hidrográficas de competencia de las Comunidades Autónomas no pueden incluirse en Demarcaciones Hidrográficas de competencia del Estado.**
 - B) **De nuevo sobre la hipotética perpetuidad de las concesiones en materia de aguas y el debate sobre la vigencia de la Ley de Obras Hidráulicas de 7 de julio de 1911.**
 - C) **Los contratos de cesión de derechos de uso de aguas. Condiciones de autorización. Contratos de cesión de derechos de uso de agua y trasvase de recursos hídricos entre ámbitos de planificación de cuencas: distinción de las respectivas regulaciones jurídicas.**
 - D) **Inscripción de aguas en el Catálogo de Aguas privadas de la cuenca. Condiciones para ello. Quien solicita la inscripción debe acreditar su derecho.**
3. AGUAS MARÍTIMAS.
 - A) **Competencias concurrentes sobre el demanio costero.**
 - B) **El deslinde de costas.**
 - C) **Limitaciones sobre las propiedades colindantes: extensión de la servidumbre de protección.**
 - a) Inconstitucionalidad de determinaciones autonómicas sobre la misma.
 - b) Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Costas: inaplicación.
 - D) **Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre.**
 - a) Caducidad del título concesional.
 - b) Régimen transitorio.
 - E) **Puertos: la extinción por transcurso del plazo de la concesión de uso del demanio portuario justifica el cese de la ocupación y el desahucio de las edificaciones.**

4. CARRETERAS.

- A) **Carácter preceptivo y vinculante del informe previsto en el artículo 10.2 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras: nulidad de un plan que no atiende al contenido de dicho informe.**

5. PATRIMONIO HISTÓRICO.

- A) **Interpretación que debe darse al artículo 6.b) de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español en supuestos en los que una Comunidad Autónoma declara Bien de Interés Cultural un inmueble adscrito a un servicio público gestionado por la Administración del Estado. La concurrencia competencial de dos Administraciones distintas en un mismo espacio físico en el que radica un Bien declarado de Interés Cultural, puede modular el ejercicio de la potestad sancionadora que ejercite la Administración autonómica.**

6. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO.

A) **Aguas continentales: cánones de regulación y tarifas de utilización del agua.**

- a) Relaciones con el canon de explotación de saltos de pie de presa.
- b) Fijación de la base imponible, criterios de reparto y, en general, problemas de cuantificación.
- c) Revisión, reclamaciones y recursos.

B) **Aguas continentales: exacciones por abastecimiento en baja**

- a) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: naturaleza jurídico-financiera e intervención de las comisiones de precios autonómicas.
- b) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: cuantías.
- c) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: revisión, reclamaciones y recursos.

C) **Aguas marítimas.**

- a) Tasas por ocupación del dominio público marítimo-terrestre.

D) **Otro dominio público estatal.**

- a) Tasas por reserva del espacio radioeléctrico.

E) **Impuesto sobre Bienes Inmuebles.**

- a) Bienes afectos a la defensa nacional.
- b) Autopistas de peaje.

F) **Impuesto de Construcciones, Instalaciones y obras.**

- a) Bienes públicos.
-

1. BIENES LOCALES

A) **Utilización de los bienes de dominio público**

Se ha dictado la STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, núm. 184/2012, de 24 de febrero, referida a un acuerdo municipal que deniega

la participación en un concurso para adjudicar plazas de aparcamiento, por no reunir las condiciones señaladas en las bases de la convocatoria y, en particular, la condición de empadronado con anterioridad a la aprobación de las mismas. El TSJ no se pronuncia sobre el fondo del asunto, al no haberse recurrido las bases de la convocatoria y devenir firmes para el recurrente, pero se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de las bases del concurso de adjudicación de plazas

En concreto, en ella se dice que el acuerdo que estableció los criterios objetivos que debían regir la admisión de las solicitudes de adjudicación de una de las plazas del parking en cuestión, con el fin de poder participar posteriormente en el sorteo, en el caso de que el número de solicitudes fuera superior al de plazas, no era una disposición de carácter general y, por tanto, no cabe decir que se le dieran efectos retroactivos en contra de lo dispuesto en el art. 9.3 de la Constitución o en el art. 62.2 de la Ley 30/1992. Se trata de un acto administrativo que, al igual que sucede, por ejemplo, con los que fijan las bases que deben regir las distintas convocatorias o concursos que aprueba la Administración, se dirige a una pluralidad de individuos indeterminada, sin vocación de permanencia en el ordenamiento jurídico, ya que se agota con su cumplimiento.

B) Enajenación de bienes patrimoniales: cesión de bienes patrimoniales entre Administraciones públicas

Se ha dictado la **STSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, núm. 704/2012, de 5 de julio**, que se ha pronunciado sobre la legalidad de la cesión directa de bienes patrimoniales de un Ayuntamiento al Instituto Gallego de la Vivienda y del Suelo para destinarlos a finalidades públicas. Posibilidad que ha sido admitida por la citada Sentencia.

En particular, en la Sentencia comentada se afirma que nada se opone a la transferencia de bienes patrimoniales inmobiliarios entre dichas Administraciones públicas con carácter preferente y al margen del normal régimen de concurrencia concursal-competitiva —máxime cuando la finalidad social de aquella enajenación aparece expresa y finalísticamente exteriorizada en la actuación administrativa impugnada—, de modo que por ende se debe estimar aquel apelatorio recurso promovido por dicha Administración municipal, revocándose aquel fallo *a quo* de instancia y confirmándose por ende tanto aquella Resolución de fecha 22 de diciembre de 2008, dictada por la Junta de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Ourense y por la que se acordó enajenar al Instituto Gallego de Vivienda y Suelo las parcelas municipales, bajo la condición de que su único destino fuese la construcción de viviendas sometidas al régimen de protección pública, por la cantidad fijada en el acuerdo, como aquella otra Resolución, de fecha 30 de diciembre de 2008, dictada por el Sr. Gerente de aquel Ente institucional-autonómico, en ejercicio de facultades delegadas de su Sr. Director General y por la que se acordó la adquisición de dichas parcelas allí sitas por el importe fijado y con igual fin. Y en apoyo de dicho fallo la STSJ comentada cita la Disposición final segunda de la Ley de Patrimonio para las Administraciones Públicas de 2003, art. 276.1 de la Ley de Administración Local de Galicia de 1997, arts. 79.2 y 80.2 de la Ley Bases de Régimen Local de 1985, arts. 76 y 79 de la Ley de Régimen Local de 1986 y art. 109.1 del Reglamento de Bienes de 1986.

C) Potestades administrativas: potestad de recuperación de oficio

Se ha dictado la **STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, núm. 876/2012, de 31 de mayo**, que se ha pronunciado sobre la legalidad de la denegación de una petición de unos particulares a un Ayuntamiento para que recuperara un bien público. El Tribunal se considera competente para controlar si resulta ajustado a Derecho dicho acto y estima correcta la denegación por no estar justificado el inicio de la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo.

Así, en la STSJ citada, después de resumir las condiciones requeridas en la jurisprudencia para recuperar los bienes usurpados, se afirma que, como se desprende de lo establecido en los arts. 44 y siguientes del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986, es incuestionable que a estas, en cumplimiento de la obligación que para defensa de sus bienes y derechos les impone el art. 68 de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985, les asiste el derecho para investigar, deslindar y recuperar la posesión de los caminos que, como bienes de uso público, se hallan bajo la tutela de dichas Corporaciones. La actividad de la Administración encaminada a la defensa o recuperación de sus bienes, si bien no puede ser objeto de medidas interdictales, art. 70.3 del citado Reglamento, sí está sujeta a revisión en cuanto a la legalidad de su actuación por parte de los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, a quienes, sin pronunciarse sobre la definitiva propiedad de los bienes, corresponde decidir si se han ejercitado correctamente las facultades del orden recuperativo, tanto en el aspecto formal o procedimental por actuarla por el órgano competente con arreglo al procedimiento legalmente establecido, conforme a los arts. 70 y 71 del citado Reglamento de Bienes, como en el fondo por concurrir *prima facie* tanto las circunstancias que califican a dichos bienes de dominio público y las que acreditan la usurpación o detención ilegal o no autorizada por parte de quien se arrogue la posesión o propiedad de ellas, teniéndolo así reconocida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, en sus Sentencias de 3 de octubre de 1990, 2 de julio de 1991, 25 de abril de 1994 y 15 de octubre de 1997. Si los bienes cuya posesión se trata de recuperar tienen la condición de patrimoniales, la recuperación de la posesión en vía administrativa requiere que la iniciación del procedimiento haya sido notificada antes de que transcurra el plazo de un año, contado desde el día siguiente a la usurpación. Pasado dicho plazo, para recuperar la posesión de estos bienes deberán ejercitarse las acciones correspondientes antes los órganos de la jurisdicción civil

En el presente supuesto, sigue diciendo la Sentencia comentada, los motivos del recurso han de ser desestimados, pues si bien los Municipios tienen la facultad de recuperar de oficio los bienes de dominio público que les hayan sido usurpados, como hemos descrito en el fundamento de derecho anterior, ello sólo lo llevan a cabo cuando precisamente los servicios técnicos jurídicos y catastrales consideren que dicha usurpación se ha producido realmente. En el supuesto debatido, el Ayuntamiento apelado considera que, a la vista de los datos registrales y catastrales, no se ha producido usurpación alguna de dominio público y, por tanto, deniega la incoación del expediente de recuperación instado por la apelante.

Al margen de la STSJ comentada, también se ha dictado la **STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, núm. 202/2012, de 16 de febrero**, que se ha pronunciado sobre la legalidad de la recuperación administrativa de una porción

de terreno ocupada por una chabola situada en un parque municipal. Recuperación que se considera ajustada a Derecho.

En particular, en la citada STSJ se afirma que debemos comenzar con dejar sentado que la chabola cuestionada está ubicada en terrenos municipales; concretamente, en el Parque Forestal de Entrevías; debiendo, por tanto, ser calificado como bien de dominio público. Al respecto conviene recordar que el art. 4.1.d) de la Ley de Bases de Régimen Local, entre otras potestades, reconoce o atribuye a los Municipios la de recuperación de oficio de sus propios bienes. Por su parte, el art. 79.3 de la citada Ley de Bases nos señala que «son bienes de dominio público los destinados a un uso o servicio público», que «son inalienables, inembargables e imprescriptibles y no están sujetos a tributo alguno» (art. 80.1), respecto de los cuales el Ayuntamiento tiene la potestad de recuperar por sí mismo su posesión en cualquier momento [art. 82.a)]. Y es, precisamente, el ejercicio de dicha potestad la que ha motivado el dictado de la resolución impugnada en vía judicial. Frente a dicho ejercicio no cabe invocar, cual erróneamente pretende el recurrente, el principio de proporcionalidad y menos aún en supuestos como en el presente, donde la ocupación del dominio público se efectúa sin título legitimador alguno.

A iguales consideraciones, sigue diciendo la STSJ citada, se llega desde la óptica del ejercicio, por parte del Ayuntamiento, del ejercicio de la potestad urbanística, toda vez que la chabola cuestionada aparece construida sin estar amparada por licencia de obras alguna, por lo que vienen en aplicación, como resalta la Sentencia apelada, los arts. 194 y ss. de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid .

Y, por último, está perfectamente acreditado que la chabola se ubica en suelo de dominio público, de titularidad municipal, siendo a estos efectos intrascendente si sobre el suelo indebidamente ocupado se encuentra o no pendiente de ejecutar alguna concreta actuación urbanística, pues ello no legitima ni deslegitima la recuperación de oficio efectuada por el Ayuntamiento. Lo verdaderamente relevante es que, con la indebida ocupación del bien de dominio público por parte de del recurrente, se está impidiendo, precisamente, que el bien en cuestión sea destinado al uso o servicio público, característica ésta sustancial de esta clase de bienes.

D) Potestades administrativas: potestad de desahucio

Se ha dictado la **STSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, núm. 541/2012, de 24 de mayo**, que se ha pronunciado sobre la legalidad de una orden dictada por un Ayuntamiento por la que se declaró la inexistencia de título para ocupar una vivienda ubicada en un colegio público y se le requirió al ocupante para que la abandonara en un plazo determinado. El Tribunal examina en el caso concreto si existía título para ocupar esa vivienda, llegando a una conclusión afirmativa, y anula la orden recurrida.

La duda en torno a la existencia del título de ocupación de la vivienda surge en la medida en que esta era un derecho integrado en un contrato de vigilancia, conserjería y limpieza de un colegio público concreto; y que dicho contrato fue modificado con posterioridad en dos ocasiones. La primera en lo referente a la persona que prestaba los servicios, al admitirse hacía años la cesión del mismo a su hija. Y la segunda, en lo relativo a la instalación

en la que se prestaban los servicios, al sustituir el colegio inicial por otras edificaciones. En la última de las modificaciones se indicaba expresamente que esta no supondría cambio de funciones ni tendría repercusión económica, continuando los titulares de los contratos realizando las mismas actividades y estando sujetos a los mismos derechos y obligaciones, pero en distintas instalaciones.

Ante esta situación, la STSJ comentada llega a la conclusión de que existe un título de ocupación de la vivienda fundamentado en un contrato válido y, por tanto, no puede ordenarse el desalojo de la vivienda.

A estos efectos, en la STSJ citada se afirma que mientras el art. 111 de la Ley de Régimen Local de 1986 prevé que «las Entidades locales podrán concertar los contratos, pactos o condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración, y deberán cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas, en su caso, a favor de dichas Entidades», el art. 1255 del Código Civil también prevé que «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público», sin perjuicio de que el art. 1258 de igual norma legal civil prescriba que «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

Y sigue diciendo la STSJ comentada que no se aprecia la concurrencia de ninguna de las infracciones denunciadas, pues no se puede contravenir la norma que regula la libertad de pactos siempre que no sean contrarios al ordenamiento, vinculando semejante extremo a dicha Administración municipal en cuanto paradójicamente impuso otrora en el ejercicio del *ius variandi* aquella modificación administrativo-contractual que como contrapartida unilateral, libre y voluntariamente asumida por aquella autoridad municipal antes referenciada, contemplaba la inveterada e indefinida prórroga en el uso de aquella vivienda antes reseñada.

2. AGUAS CONTINENTALES.

A) Las cuencas hidrográficas de competencia de las Comunidades Autónomas no pueden incluirse en Demarcaciones Hidrográficas de competencia del Estado

La **Sentencia del Tribunal Constitucional 149/2012, de 5 de julio**, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Junta de Andalucía contra diversos preceptos de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. En lo que, concretamente, vamos a tratar en este punto, la Sentencia resuelve la impugnación contra el art. 16 bis.5 del Texto Refundido de la Ley de Aguas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, que es uno de los que dentro de este texto son resultado de la transposición de la Directiva Marco de Aguas 2000/60/CE que se realizó mediante la Ley 62/2003 (también se impugnan los arts. 36.1, 36.2, 36 bis, 40.3 y 99 bis de dicho TRLA). Concretamente el precepto impugnado indica que «El Gobierno, por real

decreto, oídas las Comunidades Autónomas, fijará el ámbito territorial de cada demarcación hidrográfica que será coincidente con el de su plan hidrológico».

Lo que reprocha la Junta de Andalucía es que tal precepto pueda habilitar al Gobierno a delimitar las demarcaciones hidrográficas de competencia de las CC.AA. El Abogado del Estado dirá que solo se refiere a las demarcaciones hidrográficas de competencia del Estado, y eso mismo será afirmado por el TC. Y respondiendo también a la argumentación de la Junta de que en ningún caso ello habilitaría para incluir cuencas de competencia de las CC.AA. (art. 149.1.22.^a CE y los preceptos correspondientes de los EE.AA., así como la STC 227/1988 y, más recientemente, las 30 y 32/2011) se indica que:

«... no puede compartirse la interpretación conforme a la cual el art. 16 bis 5 del texto refundido de la ley de aguas permite al Estado incluir en la misma demarcación hidrográfica cuencas intercomunitarias de competencia estatal y cuencas intracomunitarias de competencia autonómica, pues lo cierto es que, de ser así, ello debería tener su reflejo en la regulación de los aspectos organizativos que contempla la Ley. Es decir, si el legislador pretendía habilitar al Gobierno de la Nación para incluir en una misma demarcación cuencas de competencia estatal y de competencia autonómica debería haber establecido alguna previsión respecto a la organización, la gestión y planificación en estas demarcaciones mixtas. Sin embargo, no ha hecho tal cosa, sino que, por el contrario, se ha limitado a regular, por un lado, la organización y funcionamiento de las confederaciones hidrográficas... con competencias respecto a las demarcaciones intercomunitarias, y a establecer ciertas previsiones en torno a la organización y gestión de las demarcaciones intracomunitarias, sin que, por otra parte, en precepto alguno de la ley se mencione o se prevea la existencia de demarcaciones mixtas, ni exista base jurídica alguna —hoy por hoy con la actual regulación— para su creación, al margen, claro está, de eventuales convenios, al efecto, entre el Estado y las Comunidades Autónomas» (FJ 7.^o).

Con este texto el TC deja fuera de juego la regulación que se ha hecho de la Demarcación hidrográfica mixta del Cantábrico oriental y la que debería hacerse en función de dicha interpretación, para las demarcaciones del Júcar y del Segura. Sin que la mención a los «eventuales convenios» sirva de nada porque los convenios no son norma sino elementos (actos administrativos) aplicativos de una determinada normativa.

Con lo que seguimos en un callejón sin salida en relación a la mejor forma de organizar el complejo panorama de la gestión del agua en España, mejor forma que permita, a la vez, aplicar el precepto constitucional relativo (art. 149.1.22.^a CE) y las prescripciones de la DMA. En todo caso y a continuación el TC no quiere acabar de prejuzgar la constitucionalidad de las hipotéticas fórmulas de demarcaciones hidrográficas mixtas o de la constitucionalidad de las competencias de las CC.AA. sobre la delimitación de sus propias demarcaciones, y lo hace con estas palabras:

«En definitiva, para resolver la presente controversia este Tribunal no ha de pronunciarse ahora sobre la eventual constitucionalidad de una regulación estatal que habilitara, efectivamente, al Gobierno de la Nación para delimitar tanto demarcaciones intercomunitarias como intracomunitarias, así como para configurar demarcaciones mixtas, pues lo cierto es que la correcta interpretación del significado y alcance del art. 16 bis 5 CE lleva a la desestimación de los motivos de impugnación alegados por la Letrada de la Junta de Andalucía,

sin que proceda, tampoco, que nos pronunciemos acerca de la constitucionalidad de la actual opción legislativa conforme a la cual corresponde a las Comunidades Autónomas la delimitación del ámbito de las demarcaciones hidrográficas intracomunitarias, puesto que esta cuestión no ha sido planteada por las partes en este proceso» (FJ 7.º).

B) De nuevo sobre la hipotética perpetuidad de las concesiones en materia de aguas y el debate sobre la vigencia de la Ley de Obras Hidráulicas de 7 de julio de 1911

La STS de 27 de abril de 2012 (NR 5824/2008) resuelve un recurso de casación planteado por una Comunidad de Regantes de la cuenca del Ebro que había pedido administrativamente al Ministerio de Ambiente, el 23 de septiembre de 2004, la concesión a perpetuidad del embalse de Ciurana. El Ministerio no contestó a tal petición y frente a la presunta denegación se formuló recurso contencioso-administrativo que fue desestimado por Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de septiembre de 2008. Contra ésta se formula el recurso de casación desestimado por la Sentencia aquí comentada.

El fundamento de la petición de la Comunidad se basa en uno de los sistemas de ejecución de obras hidráulicas previsto en la Ley de Obras Hidráulicas de 7 de julio de 1911 y que es el de ejecución por el Estado con auxilio de los particulares. En relación a este expresa el art. 5 de la Ley citada que «las obras pasarán a ser propiedad exclusiva de los propietarios o comunidades de regantes que hubiesen garantizado los auxilios, una vez que los hagan efectivo; pero el Gobierno, conservando siempre la facultad de inspeccionarlas, podrá confiar a aquellos su explotación y conservación en el momento que lo juzguen conveniente. Al pasar las obras a ser propiedad de los propietarios o comunidades, se expedirá a su favor el correspondiente título de concesión a perpetuidad, en que conste la aportación del Estado en concepto de subvención».

La primera cuestión a plantear es la de la vigencia de la Ley de 7 de julio de 1911. El TS constata que no ha sido nunca expresamente derogada y que, incluso, de algunos datos podría deducirse claramente su vigencia. Pero eso no quiere decir que la vigencia de la Ley implique la de todos y cada uno de sus preceptos. Y eso es lo que va a suceder con este precepto, que en lo relativo a la concesión a perpetuidad es incompatible con toda una evolución normativa que comenzaría con la Ley de Patrimonio del Estado de 1964 y seguiría, en el ámbito específico de las aguas, con lo previsto en la Ley de Aguas de 1985, que limita las concesiones a un plazo máximo de 75 años y que prevé la transformación de las anteriores perpetuas en estas con plazo máximo.

En otro orden de cosas el TS plantea si podría ser aplicable, precisamente, la Ley de Patrimonio del Estado con su limitación de las concesiones a un máximo de 99 años, e indica que sí porque aun cuando se hable de la Ley de Obras Hidráulicas de 1911, cuando, en realidad, concluyó sus aportaciones la Comunidad de Regantes referenciada era en 1996 cuando, incluso, estaba vigente la Ley de 1985.

Por otra parte el TS hace notar la misma incongruencia del art. 5 de la Ley de Obras Hidráulicas de 1911, que comienza hablando de la entrega de la propiedad de las obras para concluir el precepto refiriéndose al otorgamiento de una concesión «perpetua» que, por lo visto, ya no podría ser así. Con cita del conocido Dictamen del Consejo de Estado de

1964 concluye en que, siempre que los textos legales hablaran de una propiedad sobre un bien de dominio público, habría que concluir en que solo se podía referir a la concesión y esta, desde luego, por tiempo limitado.

Pero, incluso y en relación al hipotético otorgamiento de la concesión a la utilización del embalse el TS, con cita de la Sentencia del TS de 20 de febrero de 1999, pone hincapié en la discrecionalidad presente en el otorgamiento de las concesiones tal y como refiere el actual ordenamiento jurídico; y esa discrecionalidad, se dice, sería de gran utilidad en este momento para decidir si un embalse que tiene finalidades no solo de regadío sino de abastecimiento a poblaciones y de producción de energía hidroeléctrica puede otorgarse con exclusividad a una Comunidad de Regantes. Cuestión que la sentencia no decide pues, obviamente, ello debe quedar deferido en primera instancia a la Administración que, como se recordará, no se ha pronunciado expresamente en el procedimiento administrativo iniciado en 2004 por la petición de la Comunidad.

C) Los contratos de cesión de derechos de uso de aguas. Condiciones de autorización. Contratos de cesión de derechos de uso de agua y trasvase de recursos hídricos entre ámbitos de planificación de cuencas: distinción de las respectivas regulaciones jurídicas

Por primera vez llegan al TS cuestiones relativas a los contratos de cesión de derechos de uso de agua, la novedosa técnica de redistribución de derechos que puso en marcha la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de reforma de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, cuya regulación aparece hoy en los arts. 69 y ss. del TRLA. La **Sentencia** que debemos comentar es la de **24 de julio de 2012 (NR 6634/2009)**, que resuelve el recurso de casación interpuesto primitivamente por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de octubre de 2009, que resolvió el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Junta contra la resolución del Director General del Agua del Ministerio de Medio Ambiente de 11 de julio de 2007 que autorizó el contrato celebrado entre una Comunidad de Regantes sita en Castilla-La Mancha y la Mancomunidad de los Canales del Taibilla (aunque este nombre no aparezca explícitamente en la publicación oficial de la Sentencia, es fácil deducir que se trata de ella). Es decir, se trata de un contrato de cesión de derechos que implica un transporte de agua por las infraestructuras del trasvase Tajo-Segura.

Los reproches de la Junta de Comunidades son de dos tipos. El primero versa sobre la necesaria sujeción al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (vigente en el momento de la autorización del contrato) de éste al tratarse la Mancomunidad de un Organismo Autónomo de carácter comercial y no darse las condiciones de exclusión que fija el art. 3.1.f) del TRLCAP. La respuesta del TS va a ser clara: no se aplica el TRLCAP —que sería un planteamiento «desenfocado», *vid.* FJ 6.º— por aplicarse, en su lugar, el Real Decreto-ley 15/2005, de 16 de diciembre, de medidas urgentes para la regulación de las transacciones de derechos al aprovechamiento de agua, texto que se dictó para solucionar urgentemente una situación de sequía y que, al tiempo, era norma de excepción para la regulación general de los contratos de cesión de derechos de uso de agua tal y como los recogían de forma general los arts. 69 y ss. TRLA.

La segunda razón de la oposición es que el agua cuyos derechos se adquirirían por la Mancomunidad se dedicaba al abastecimiento de poblaciones y en aquel año ya se habían superado los 110 Hm³ que la regulación del trasvase Tajo-Segura (disposición adicional primera de la Ley 52/1980) permitía trasvasar con destino a abastecimiento, pues se habían trasvasado 147 Hm³. La respuesta del TS a esta razón va a ser igualmente negativa pues «una cosa es la cesión de derechos de uso de aguas establecida en el TRLA, que es lo que en el actual proceso se discute; y otra el trasvase, que es a lo que se refiere la disposición adicional primera de la Ley 52/1980». Y ello quiere decir «que la fijación de los límites para el (trasvase) nada tiene que ver con la regulación de la cesión de derechos de uso». Consiguientemente se fija la siguiente doctrina que, por su interés para el futuro, transcribimos literalmente:

«En el presente caso no se trata de trasvase de aguas de la cuenca del Tajo a la del Segura, que es a lo que se refiere la Disposición Adicional Primera de la Ley 52/1980, sino de la cesión de derechos de uso de las concesionarias de aguas de la cuenca del Tajo. Por ello no resulta de aplicación la Disposición Adicional Primera de la Ley 52/1980, sino que la regulación aplicable es la contenida en el art. 69 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, que no incluye los límites que la parte alude» (FJ 8.º).

**D) Inscripción de aguas en el Catálogo de Aguas privadas de la cuenca.
Condiciones para ello. Quien solicita la inscripción debe acreditar su derecho**

Siguen apareciendo Sentencias en las que se resuelven problemas relativos a la inscripción de las aguas que pretenden sus titulares que sigan siendo privadas (por aplicación de lo previsto en la disposición transitoria cuarta de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, en relación con las segunda y tercera también transitorias del mismo texto legal). En este caso se trata de la **STS de 13 de septiembre de 2012 (NR 3231/2009)**, en la que el Tribunal desestima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 19 de marzo de 2009 mediante la que se resolvía el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de 15 de diciembre de 2005 con la que se disponía la inscripción en el Catálogo de Aguas Privadas de la Cuenca de un aprovechamiento con una dotación máxima de 800 m³/Ha y una superficie de riego de 13,075 Ha de olivar. La opinión del recurrente era que la dotación debía ser de 1.500 m³/Ha.

En la Sentencia se pasa revista a la conocida doctrina jurisprudencial sobre el significado de la inscripción de los aprovechamientos en el Catálogo y se recuerda que en el acta de visita al aprovechamiento que levantan los técnicos de la Confederación las dotaciones que allí se reflejan no son las que ellos piensan que cumplen las prescripciones legales de la disposición transitoria cuarta, sino las que manifiesta el titular del aprovechamiento. Por lo tanto, en la inscripción final puede variar esta dotación en función de lo que se estime que eran características del aprovechamiento a la fecha que deben ser referidas (1 de enero de 1986, fecha de entrada en vigor de la Ley de Aguas), cosa que puede también referirse a la superficie regable y a otras características de aquel.

En el caso a resolver se acredita que el titular no solicitó la inscripción de una dotación concreta, ni de una superficie de riego, ni de un tipo de cultivo, sino que todo su interés ha

ido mostrado a probar cuál debería ser la dotación adecuada para el tipo de cultivo existente en el momento de la visita, no en la fecha referida a la que deben ir conectados los efectos legales. Además, corresponde al que solicita la inscripción probar el contenido de sus pretensiones conforme a las reglas generales de reparto de la prueba en el proceso civil que son aplicables al contencioso-administrativo, cosa que no ha sucedido en esta ocasión. Consiguientemente, se desestima el recurso de casación interpuesto.

3. AGUAS MARÍTIMAS

A) Competencias concurrentes sobre el demanio costero

En esta oportunidad hay que referir diversas sentencias que se pronuncian sobre situaciones de concurrencia competencial en relación con el demanio costero.

Es el caso de la **STC 162/2012, de 20 de septiembre (BOE 250, de 17 de octubre)**, que declara la inconstitucionalidad del precepto de la Ley 53/2002, de medidas fiscales, administrativas y del orden social que otorgó una nueva redacción al artículo 114 de la Ley de Costas, conforme a la cual «las Comunidades Autónomas ejercerán las competencias que, en las materias de ordenación territorial y del litoral, puertos y urbanismo, vertidos al mar y demás relacionadas con la presente Ley tengan atribuidas en virtud de sus respectivos Estatutos». Aceptando el reproche en ese sentido formulado por el recurrente, el TC recuerda doctrina previa, que permite tanto al legislador estatal como al autonómico interpretar el alcance y límites de su propia competencia solo cuando la ejercitan al aprobar las leyes que les corresponden. Lo que no procede, como en este supuesto, es ponerse en el lugar del constituyente: el legislador estatal está realizando una interpretación conceptual y abstracta del sistema de distribución de competencias con el objetivo de fijar el alcance de las autonómicas incidiendo, sin una expresa previsión constitucional o estatutaria al respecto, en la delimitación competencial entre Estado y Comunidades Autónomas. Este hecho determina la citada declaración de inconstitucionalidad.

Por su parte, la **STS de 16 de septiembre de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 2169/2011**, confirma la validez de las obras realizadas por una Autoridad portuaria en el entorno de un edificio declarado por la Comunidad Autónoma «Bien de Interés Cultural (BIC)». Dichas obras se han realizado en la zona de servicio del puerto sin que, por cierto, el Decreto que declara el BIC haya definido su entorno de protección. La única zona de protección del bien deriva de la previsión general que se incluye en las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento provinciales (100 metros), por lo que obras propias del dominio público portuario debidamente justificadas que, además, no afectan claramente al BIC por esa falta de entorno específicamente protegido, están debidamente justificadas a juicio de la Sala.

También hay que citar la **STS de 13 de septiembre de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 614/2009**, que recuerda el carácter preceptivo y vinculante del informe de la Administración estatal de costas en relación con los planes y normas de ordenación territorial o urbanística, por lo que respecta al cumplimiento de las prescripciones del ordenamiento costero (artículo 112 de la Ley de Costas). Por esa razón, confirma la anulación

de un Plan General sobre el que no queda acreditado que incorporase la subsanación de los errores detectados en aquel informe. En la medida en que el sentido favorable de este se condicionaba a dicha subsanación, su falta de demostración concluye dicha nulidad.

B) El deslinde de costas

La STS de 18 de julio de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 985/2009, supone, junto con la de 21 de marzo comentada en un informe anterior, y otra de la misma fecha que se referirá en el siguiente epígrafe, la ratificación definitiva de la ilegalidad del tristemente célebre hotel *El Algarrobico*. Este pronunciamiento aporta razonamientos interesantes sobre el deslinde de costas y sus consecuencias. Por ejemplo, niega que deba calificarse de modificación sustancial la fijación definitiva de la servidumbre de protección en 100 metros cuando en la delimitación provisional se había señalado en 20, considerando que se trata del deslinde de un tramo de costa de más de 7.000 metros y esta ampliación afecta solo a 30. En cualquier caso, aun admitiendo la hipótesis de que sí lo fuera, tampoco se habría incumplido el procedimiento establecido, pues la recurrente fue perfecta concededora de esta extensión sin formular alegación alguna. No se le causó indefensión, por lo que se rechaza este motivo de casación.

El TS también niega la responsabilidad patrimonial del Estado, dado que ni los recurrentes plantearon dicha reclamación en vía previa ante la Administración costera ni con la ampliación de la anchura de la servidumbre produjeron en éstos un daño antijurídico que hay la obligación de reparar. Tampoco entiende vulnerados los principios de confianza legítima y seguridad jurídica. En realidad, fue la precipitación de los demandantes en adquirir los terrenos y obtener licencias y permisos para construir un hotel cuando el deslinde estaba aún en tramitación la que produjo las consecuencias posteriores. Como todos los propietarios, tienen el deber jurídico de soportar la anchura de la servidumbre de protección legalmente establecida, que es de 100 metros en este caso.

C) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: extensión de la servidumbre de protección

a) Inconstitucionalidad de determinaciones autonómicas sobre la misma

Con carácter general, la anchura de la servidumbre de protección se sitúa en 100 metros medidos tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar (artículo 23 de la Ley de Costas). No obstante, conforme a lo establecido en las Disposiciones Transitorias Tercera de la Ley de Costas y Novena de su Reglamento, se reducirá a 20 metros en el caso de terrenos clasificados como suelo urbano a la entrada en vigor de esta o situados en un área urbana en que la edificación estuviera consolidada o dispusieran de los servicios exigidos en la legislación urbanística de esa fecha, y la Administración urbanística competente les hubiese reconocido expresamente ese carácter.

La constitucionalidad de esta reducción ya fue declarada por la fundamental STC 149/1991, que la entendió amparada por la competencia estatal para dictar legislación básica en materia de medio ambiente (artículo 149.1.23.ª CE), en conexión con la que se deriva del artículo 149.1.1.ª CE (regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad

de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales). Y ello no supone menoscabo de las competencias autonómicas para la ordenación del territorio y el urbanismo, que no se ven desconocidas por una regulación que pretende la protección y defensa del demanio costero. Es, pues, al Estado a quien corresponde fijar limitaciones y servidumbres sobre los terrenos colindantes con el dominio público marítimo-terrestre, entre ellas la servidumbre de protección. Y las Comunidades Autónomas no pueden establecer ninguna determinación al respecto, aunque sea simplemente para reproducir las previsiones estatales: esta actuación le quedaría vedada por la doctrina sobre la *lex repetita*, según la cual la reproducción de normas estatales es inconstitucional cuando la Comunidad Autónoma carece de la correspondiente competencia, salvo que dicha reiteración sea imprescindible para el entendimiento del precepto.

Esto no sucede en los supuestos sobre los que se pronuncian las **SSTC 87/2012, de 18 de abril, y 137/2012, de 19 de junio (BOE 117, de 16 de mayo, y 163, de 9 de julio, respectivamente)**. Ambas declaran la inconstitucionalidad de sendas redacciones de la Disposición Adicional Tercera de la Ley gallega de ordenación urbanística y protección del medio rural (la original y la modificada a través de la Ley de vivienda de la Comunidad en 2008), que extendían la reducción de la servidumbre de protección «a los núcleos rurales preexistentes de carácter tradicional contemplados en la Ley de adaptación de la del suelo de Galicia» y «al suelo de núcleo rural» previsto en la misma Ley urbanística. Como manifiesta el TC, la Comunidad Autónoma carece de competencia para adoptar decisión alguna que determine limitaciones o servidumbres sobre los terrenos colindantes con el demanio marítimo-terrestre. Ni siquiera por remisión mimética a la legislación estatal. Sus competencias sobre ordenación del territorio y urbanismo no pueden incidir sobre una fijación —la de la extensión de la servidumbre de protección— que corresponde al Estado en ejercicio de competencias que solo a él le pertenecen.

b) Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Costas: inaplicación

Por su parte, la **STS de 18 de julio de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 1106/2009**, referida asimismo a *El Algarrobico*, vuelve a confirmar la extensión de 100 metros de la servidumbre de protección en el tramo sobre el que se construyó el hotel. Y reitera al efecto una afirmación ya formulada en la primera Sentencia de 21 de marzo: que la desidia de la Administración de costas, manifestada en su informe favorable a la aprobación de una revisión de las Normas Subsidiarias de Planeamiento contraria a las determinaciones de la Ley de Costas sobre dicha extensión, no es motivo para incumplir lo establecido en este texto. Añade a ello un hecho fundamental: ni siquiera sería éste un supuesto de aplicación de las Disposiciones Transitorias Tercera.2.b) de la Ley de Costas y Octava.1.b) de su Reglamento, que, recuérdese, permiten el mantenimiento del aprovechamiento urbanístico a aquellos terrenos que a la entrada en vigor de la Ley estén clasificados como suelo urbanizable programado o apto para la urbanización, siempre que su plan parcial esté aprobado definitivamente. No obstante, si los planes parciales se aprobaron definitivamente con posterioridad al 1 de enero de 1988 y antes de la entrada en vigor de la Ley, y resultan contrarios a lo previsto en ella, deberán ser revisados para proceder a su adaptación, siempre que no se dé lugar a indemnización de acuerdo con la legislación urbanística. La misma regla se aplicará a los planes parciales cuya ejecución no se hubiera

llevado a efecto en el plazo previsto por causas no imputables a la Administración, cualquiera que sea la fecha de su aprobación definitiva.

Resulta evidente que lo relevante de estas disposiciones es la situación urbanística que tenían los terrenos en la fecha de entrada en vigor de la Ley de Costas, sin que puedan tomarse en consideración, como pretendían los recurrentes, instrumentos de ordenación o gestión aprobados ulteriormente ni, desde luego, obras de urbanización o edificación realizadas en fechas muy posteriores. En el caso que se analiza, Plan Parcial aplicable al sector no se había revisado para ajustarlo a las previsiones sobre anchura de la servidumbre de protección de la Ley de Costas. Incluso si se acepta que dicha revisión se hubiese producido indirectamente con la fijación de esta en cincuenta metros, al aprobar las Administraciones urbanísticas la revisión de las Normas Subsidiarias, tal determinación tampoco sería ajustada a Derecho porque no existían aprovechamientos urbanísticos, al tiempo de la entrada en vigor de la Ley de Costas, que se hubiesen patrimonializado y debiesen indemnizarse tras ser reducidos.

D) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre

a) Caducidad del título concesional

La concesión es un acto del poder público que amplía la esfera jurídica de los particulares otorgándoles una serie de derechos y obligaciones. Cualquier modificación o cambio del uso establecido no puede proceder de un acto unilateral del concesionario, necesitándose la aquiescencia de la Administración concedente. De hecho, es motivo de caducidad del título la alteración de su finalidad y, en general, el incumplimiento de otras condiciones cuya inobservancia esté expresamente sancionada con la caducidad en el título correspondiente (artículo 79, apartados d) y l). Por eso, la **SAN de 8 de octubre de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 141/2011**, confirma la caducidad de una concesión otorgada a una Cofradía de pescadores para construcción sobre el demanio de un edificio destinado a pósito, al haber arrendado este edificio al Ayuntamiento para la instalación de unas dependencias municipales. Como dice la Sala, no puede aceptarse, en contra de lo alegado por los recurrentes, que el título concesional sea un derecho que se integra en el patrimonio de la institución, que podría disponer libremente de él para darle usos que le reporten beneficios económicos. La obtención de una concesión demanial no puede ser conceptuada como una situación de dominio pleno que permita la libre disposición de los bienes y la modificación del uso para el que se concedió: la explotación del bien para una actividad ajena al uso y finalidad para el que se otorgó constituye un cambio de uso no autorizado determinante de caducidad.

b) Régimen transitorio

La Disposición Adicional Primera de la Ley de Costas recoge la posibilidad de otorgar una concesión a los titulares de espacios en el demanio costero que hubiesen sido declarados de propiedad particular por sentencia judicial firme anterior a la entrada en vigor de esa norma. Este título debería ser solicitado en el plazo de un año desde la mencionada fecha, teniendo una duración máxima de treinta años, prorrogables por otros treinta. Como re-

cuerda la SAN de 13 de julio de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 6/2011, existe jurisprudencia que ha concretado la fecha de inicio del cómputo de dicho plazo concesional, situándola en el día del otorgamiento del título solo en los casos en que éste se hubiera solicitado dentro del margen de un año otorgado al efecto. En el supuesto enjuiciado, el interesado procedió a dicha solicitud mucho tiempo después de aprobarse el deslinde que declara de dominio público los terrenos donde se ubica su inmueble. Como en ningún caso cabe dejar a la voluntad del propietario cuando se inicia el plazo de cómputo de la concesión, la Sala declara fecha al efecto la de aprobación del deslinde.

En todo caso, la concesión otorgada al amparo de esta Disposición deberá respetar los usos y aprovechamientos existentes. Por eso, no cabe solicitar la extensión a otros no acreditados, so pena de contravenir las intenciones y términos restrictivos de la Ley (SAN de 14 de septiembre de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 41/2011).

E) Puertos: la extinción por transcurso del plazo de la concesión de uso del demanio portuario justifica el cese de la ocupación y el desahucio de las edificaciones

La STS de 5 de octubre de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 6050/2011, ratifica la denegación de la suspensión de diversas resoluciones administrativas por las que se declaraba el cese de ocupación de terrenos de dominio público portuario y el consiguiente desahucio de los bienes ocupados (al haber finalizado el plazo concesional que justificaba la ocupación de estas dependencias), en tanto se resuelve el recurso presentado frente a ellas. Como señala el Tribunal, las medidas cautelares están concebidas para asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando que el transcurso del tiempo ponga en peligro su cumplimiento. La doctrina del *periculum in mora* impone la ponderación entre los intereses en presencia, resultando en este caso que el interés público existente —que la autoridad portuaria pueda disponer de los bienes inmuebles sujetos al dominio portuario— es de mayor intensidad que el privado —la continuidad del disfrute de los bienes por los antiguos concesionarios—, que, en todo caso, no sufre un daño irreversible ni irreparable en el supuesto de que prospere el recurso frente a las resoluciones: podrán recuperar la ocupación material de los bienes si se encuentran vacantes o, en su caso, ser indemnizados económicamente si se encontrasen ocupados por terceros.

4. CARRETERAS

A) Carácter preceptivo y vinculante del informe previsto en el artículo 10.2 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras: nulidad de un plan que no atiende al contenido de dicho informe

La STS de 13 de septiembre de 2012 (rec. núm. 614/2009) resuelve un recurso de casación interpuesto por la Generalidad Valenciana contra una sentencia del TSJ de dicha Comunidad que estimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Afectados de Almadrava Molins contra una resolución de la Consejería de Territorio y Vivienda de la Generalidad Valenciana que aprobaba el Plan General Transitorio del municipio de Denia. La sentencia recurrida había estimado el recurso de la

Asociación atendiendo a no haber observado el contenido de ciertos informes sectoriales de naturaleza preceptiva en el procedimiento de aprobación del citado Plan General.

El TS analiza las cuestiones suscitadas en relación con los informes emitidos por la Administración de Costas, de Carreteras y de la Diputación Provincial, pues la Comunidad Valenciana alegaba la infracción del artículo 83 de la Ley 30/1992 y de la jurisprudencia en relación con el carácter no vinculante de los informes salvo disposición expresa en contrario, así como la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en las sentencias 103/1988, de 8 de junio, y 40/1998, de 19 de febrero.

Respecto del informe de la Diputación Provincial considera que, en tanto que ningún precepto legal le atribuye carácter vinculante, de acuerdo con lo dispuesto el artículo 83.1 de la Ley 30/1992, debe entenderse que se trata de un informe no vinculante, de manera que el incumplimiento por la Comunidad de las observaciones contenidas en ese informe no puede determinar la anulación del Plan.

Sin embargo, explica, no ocurre lo mismo con los informes de las Administraciones competentes en materia de Costas y Carreteras. El artículo 112 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, contempla los supuestos en los que procede emitir informe preceptivo y vinculante por la Administración del Estado, entre los que se encuentran los «planes y normas de ordenación territorial o urbanística y su modificación o revisión, en cuanto al cumplimiento de las disposiciones de esta Ley y de las normas que se dicten para su desarrollo y aplicación». Se configura así este informe como preceptivo y vinculante, por lo que sus determinaciones deberán ser observadas por la Administración que aprueba el correspondiente instrumento de planeamiento. Por su parte, el artículo 10.2 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras establece que, «acordada la redacción, revisión o modificación de un instrumento de planeamiento urbanístico que afecte a carreteras estatales, el órgano competente para otorgar su aprobación inicial deberá enviar, con anterioridad a dicha aprobación, el contenido del proyecto al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, para que emita en el plazo de un mes, y con carácter vinculante, informe comprensivo de las sugerencias que estime conveniente». Esto es, dicho precepto también configura el citado informe como preceptivo y vinculante, por lo que igualmente la Administración que aprueba el instrumento de planeamiento debe observar las indicaciones contenidas en el mismo.

Así las cosas, y en tanto que en el caso de autos ocurría que la Administración de Carreteras había informado desfavorablemente el Plan General Transitorio del término municipal de Denia, formulando objeciones en aspectos relevantes como son los relativos a la delimitación de la línea límite de edificación contemplada en el artículo 25 de la Ley de Carreteras y a la imposibilidad de ubicar instalaciones como la Estación para Depuración de Aguas Residuales o la Planta Potabilizadora de aguas, considera acertada la conclusión de la Sala de instancia acerca de que en tanto que tales indicaciones del informe habían sido desatendidas, la naturaleza vinculante del informe determina que proceda la anulación del Plan.

5. PATRIMONIO HISTÓRICO

A) Interpretación que debe darse al artículo 6.b) de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español en supuestos en los que una Comunidad Autónoma declara Bien de Interés Cultural un inmueble adscrito a un servicio público gestionado por la Administración del Estado. La concurrencia competencial de dos Administraciones distintas en un mismo espacio físico en el que radica un Bien declarado de Interés Cultural, puede modular el ejercicio de la potestad sancionadora que ejercite la Administración autonómica

La STS de 17 de septiembre de 2012 (rec. núm. 2169/2011) se pronuncia sobre el recurso de casación interpuesto por la Autoridad Portuaria de A Coruña, contra una sentencia dictada por el TSJ de esa Comunidad que había desestimado el recurso planteado por ésta contra una resolución de la Consejería de Cultura y Deporte que le imponía una sanción de multa de 80.000 euros por la comisión de la infracción consistente en la realización de obras en el entorno de un Bien declarado de Interés Cultural —el Castillo de San Antón, cuyo uso actual es el de Museo Histórico-Arqueológico, de titularidad municipal—, sin autorización de la Consejería de Cultura de la Comunidad Autónoma. La infracción está tipificada en el artículo 91.h) de la Ley 8/1995, de 30 de octubre, del Patrimonio Cultural de Galicia.

La obra había sido ejecutada en zona de servicio del Puerto de A Coruña, en la lámina de agua, que tiene la consideración de dominio público portuario estatal, afectando la zona de 100 metros del entorno del referido castillo, y había consistido en la construcción de dos alineaciones de pantalanés flotantes para el amarre de pequeñas embarcaciones deportivas conectados con la zona terrestre por una estructura pilotada o pantalán fijo.

La parte actora articula un único motivo de impugnación cual es la infracción del artículo 6 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, pues considera que la construcción del pantalán denunciado se encuentra en la zona de dominio público marítimo terrestre, en la zona del puerto afecta al servicio público portuario y, por tanto, es competencia de Puertos del Estado, no de la Xunta.

Para dar respuesta a la cuestión planteada en el Asunto —relativa a la interpretación que debe darse al artículo 6.b) de la Ley de Patrimonio Histórico en aquellos supuestos en los que una Comunidad Autónoma declara un bien de interés cultural en cualquiera de sus categorías o, como en el caso, delimita el entorno de un bien previamente declarado de interés cultural con la categoría de monumento, cuando ese bien está adscrito a un servicio público gestionado por la Administración del Estado—, el TS se basa en lo resuelto en sus Sentencias de 3 de diciembre de 2008 y de 16 de marzo de 2011. Es así que recuerda que el artículo 6.b) de la Ley 16/1985 ha de ser interpretado distinguiendo los supuestos a los que se refiere, que tienen significados y perfiles muy distintos. Por un lado, se refiere a la defensa de los bienes culturales contra la exportación y la expoliación, materia sobre la que el Estado tiene un título competencial específico (artículo 149.1.28 CE); por otro, a los bienes afectos a los servicios públicos estatales. Considera obvio que la Ley 16/1985 no forma parte del bloque de la constitucionalidad, ni es norma atributiva de competencias, por lo que las que allí se recogen han de apoyarse en un título competencial, como el citado 149.1.28.^a CE. Pero el alcance del precepto es muy distinto para los bienes afectos a los servicios públicos (so pena de admitir que la simple afectación de un bien a un servi-

cio público alteraría la distribución de competencias establecida en la Constitución y los Estatutos) y se limita a las facultades necesarias para la «estricta gestión» del bien.

Del artículo 6.b) de la Ley 16/1985 tan sólo cabe deducir que tendrán competencia en la ejecución de la Ley en general (y no sólo para la defensa o protección) respecto de un bien ya adscrito a un servicio público estatal, los órganos también estatales encargados de la gestión del servicio, lo cual no es más que una consecuencia de la plenitud de ejercicio de la competencia de dichos órganos, que si la tienen exclusiva para la gestión del servicio, deberán extenderla también al régimen de uso y gestión de los bienes afectos a él y necesarios por ello para su prestación; lo contrario condicionaría dicho ejercicio y sería perturbador para la gestión del servicio mismo.

Ni en el PEPRI, ni en la declaración del BIC en la categoría de monumento se contiene, por tanto, una delimitación de su entorno a proteger. Esa delimitación es genérica de las Normas Complementarias. Por tanto, no existe una delimitación justificada para el caso específico del Castillo de San Antón que, a la vista de las peculiaridades de dicho Castillo y de su entorno, delimite éste de forma razonada justificando, además, las limitaciones que implica dicha delimitación en el caso concreto.

Por último, en la Sentencia el TS declara que la concurrencia competencial en el ejercicio de competencias de dos Administraciones distintas en un mismo espacio físico, en el que radica un Bien declarado de Interés Cultural, puede modular el ejercicio de la potestad sancionadora que puede desarrollar la Administración autonómica. En el caso de Autos, dentro del dominio público portuario se realizan obras propias de este (puerto deportivo), sin que se explique la utilidad que tiene la zona delimitada del BIC Castillo de San Antón *para el desarrollo de los usos portuarios, que es lo que justificaría la intervención de la Administración del Estado en su protección.*

6. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO

A) Aguas continentales: cánones de regulación y tarifas de utilización del agua

a) *Relaciones con el canon de explotación de saltos de pie de presa*

El **Tribunal Supremo**, mediante **sentencia de 21 de junio de 2012 (NR 1791/2008)**, ratifica su aún reciente doctrina acerca del sometimiento a los cánones de regulación y tarifas de aquellos operadores obligados al pago, además, del llamado canon de pie de presa, adjudicatarios de la explotación hidroeléctrica de saltos de agua.

b) *Fijación de la base imponible, criterios de reparto y, en general, problemas de cuantificación*

La **STS de 20 de junio de 2012 (NR 476/2011)** es la primera que se dicta para resolver la controvertida situación creada por el traslado sobre los usuarios de la parte de las inversiones financiadas con el Fondo de Cohesión o en general con fondos estructurales a través de los cánones de regulación y tarifas de utilización del agua. Se trataba de una cuestión controvertida en cuanto a su aplicación y en cuanto a la resolución de los conflictos crea-

dos, tal y como se ha podido comprobar en comentarios realizados en números anteriores de esta revista. Dada la trascendencia de esta sentencia, conviene recapitular y explicar el sentido de la nueva resolución.

En efecto, varias autoridades de cuenca consideran que los costes así financiados no deben ser imputados en los cánones y tarifas. Por el contrario, otras no lo han entendido así, y sí que han procedido a su imputación (al menos, las Confederaciones del Júcar y del Tajo). El asunto ha sido conflictivo y son muy numerosos los recursos que se han deducido al respecto, sin unanimidad en la respuesta. Mientras el TEAC y la Audiencia Nacional abogaban por que sí pueda repercutirse el coste de las obras objeto de la financiación europea, el TSJ de Madrid y el de Valencia han pensado exactamente lo contrario.

La Audiencia Nacional sigue la doctrina del TEAC y, como he apuntado, aprueba que se incluyan estas cantidades en las bases de los cánones y tarifas. La doctrina de este tribunal se resumía en el siguiente entrecomillado:

«De lo anterior resulta que las aportaciones que realiza la Unión Europea al Estado español por alguno de los conceptos descritos se integran en el Presupuesto de Ingresos del mismo y se otorgan al beneficiario, cuando se trata de un órgano de la Administración, a través de la Dirección General del Tesoro, que canaliza y adjudica tales aportaciones; por lo que, en definitiva, la ayuda se aporta por el Estado, ya que ha pasado a formar parte de su Presupuesto de Ingresos, sin que a ello obste que proceda en su origen del Fondo de Cohesión de la Unión Europea, al igual que ocurre con otras muchas aportaciones que se efectúan por dicho Fondo tanto al Estado español como a cualquier otro de la Comunidad Europea para muy diversos fines, y que pasan a formar parte de sus respectivos Presupuestos».

El TSJ de Madrid marcó claramente una posición contraria. Puso de manifiesto que la inversión subvencionada por los fondos europeos no podía considerarse gasto del Estado, ya que ello determinaría un retorno al Estado de un importe superior al importe de la inversión efectuada por éste, estimando los recursos. El TSJ de Valencia sigue el mismo criterio que el de Madrid.

El Alto Tribunal desestima el recurso de casación en interés de ley interpuesto por la Administración General del Estado contra una de las sentencias dictadas por el TSJ de la Comunidad Valenciana.

Dice el Tribunal Supremo que parece la evidencia misma que las cantidades a percibir por el Estado no pueden superar el coste de su inversión, pues entender las cosas de otra manera supondría admitir que el Estado puede percibir la amortización de inversiones efectuadas por otros entes (una Comunidad Autónoma, por ejemplo), lo que constituye un flagrante aprovechamiento de los bienes u obras ajenas. Añade que cuando esta financiación procede de fondos del FEDER tampoco puede el Estado aprovecharse del coste de aportaciones que él no ha realizado.

Concluye poniendo de manifiesto que admitir la hipótesis defendida por la Abogacía del Estado sería tanto como admitir el apoderamiento de los bienes ajenos sin el consentimiento de sus titulares; pues no hay datos que permitan entender que la financiación de FEDER es cedida al Estado y no a los beneficiarios de la obra.

A mi parecer, hay argumentos en Derecho para sostener lo que ha dicho el Tribunal Supremo —como también los había para sostener lo contrario—. Cara al futuro, el legis-

lador debe plantearse qué hacer, pues, tal y como lo razona el Alto Tribunal, basta cambiar cuatro palabras del texto legal para que sea posible. Y que sea posible me parece lo justo. Y es que la solución ofrecida por el Tribunal Supremo, además de colisionar frontalmente contra el principio de recuperación de costes sobre los usuarios, marcha contra la propia filosofía de estas fórmulas de financiación, esto es, el reequilibrio de los Estados, y no la ventaja de unos determinados usuarios. Dicho de otra manera, no me parece que se adecue a los principios del Derecho europeo que los usuarios de una obra beneficiada por fondos europeos paguen el agua a un precio mucho más reducido que otros que no han tenido esa fortuna.

c) Revisión, reclamaciones y recursos

El **TSJ de Andalucía, Sevilla**, dicta la **sentencia de 4 de mayo de 2012 (NR 288/2010)**, en la que mantiene su doctrina, basada en la naturaleza jurídica de los actos aprobatorios de los cánones y tarifas, que impide la formalización de ciertos argumentos de recurso con ocasión de la liquidación tributaria. Según este tribunal, el momento para impugnar determinados aspectos materiales de los cánones y tarifas viene al hilo del procedimiento de aprobación, sin que pueda repetirse de nuevo el examen de su legalidad.

B) Aguas continentales: exacciones por abastecimiento en baja

a) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: naturaleza jurídico-financiera e intervención de las comisiones de precios autonómicas

La naturaleza jurídico-financiera de la aportación de los consumidores por la distribución de agua —tasas, precios, tarifas— ha sido un tema de cierta moda, vinculado a la evolución jurisprudencial y a algunos cambios legales. La **sentencia del TS de 16 de julio de 2012 (NR 62/2010)** vuelve a incidir en la cuestión, casando la sentencia del TSJ de Canarias, Tenerife, de 14 de diciembre de 2009. El Alto Tribunal trata, de una parte, de recopilar y poner orden en las numerosas sentencias dictadas en los últimos años, que no siempre aparentaban una línea de coherencia. Dice lo siguiente el Tribunal Supremo:

«Pese al aparente “desorden”, la jurisprudencia ofrece un cuadro nítido y una evolución coherente. En relación con el mencionado servicio público municipal, aun reconociendo que hubo un período (entre la entrada en vigor de la Ley 39/1988 y la de la Ley 25/1998) en que podía financiarse mediante precios públicos [nunca se le ha planteado un supuesto tal], considera que partir de esa segunda Ley, y también bajo la vigencia de la Ley General Tributaria de 2003 (artículo 2.2) y del Texto Refundido de la Ley reguladora de Haciendas Locales, aprobado en 2004 [artículo 20.1.B)], los usuarios han de sufragarlo a través de una tasa que pasa a engrosar la partida de ingresos del presupuesto local, con independencia de la forma en que se gestione, ya que siempre se trata de servicios municipales de recepción obligatoria [artículo 25.2.1) de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local]».

No obstante ello, el Alto Tribunal se hace eco por primera vez de la supresión del apartado del artículo 2.2.c) de la LGT que aseguraba la naturaleza de tasa, llevado a cabo por la disposición adicional 58.^a de la Ley de Economía Sostenible. Para la sala «Parece claro,

que la supresión del segundo párrafo del artículo 2.2.a), llevado a cabo en 2011 por la Ley de Economía Sostenible, abre un panorama diferente, sobre el que no nos toca pronunciarnos para zanjar el actual supuesto».

En fin, los efectos de una modificación como ésta —una supresión que deja las reglas como estaban desde 1999 hasta junio de 2003— debían ser muy pocos si el Tribunal Supremo quiere seguir siendo coherente con el párrafo de su puño y letra que acabamos de reproducir. Pero el anuncio que efectúa luego parece aventurar otros horizontes.

b) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: cuantías

La **sentencia del TSJ de Castilla y León, Valladolid, de 20 de julio de 2012 (NR 1584/2010)**, aborda una serie de cuestiones de notable interés relacionadas con las tasas municipales por abastecimiento de agua. Aunque la sentencia es estimatoria, en un plano abstracto respalda la mayor parte de las decisiones adoptadas por el Ayuntamiento de autos y que podrían considerarse discutibles. Respalda en primer lugar que en el caso de un municipio con diversos núcleos de población puedan existir Ordenanzas Fiscales diferenciadas para cada uno de los núcleos, en este supuesto, territorio jurisdiccional de una entidad local menor. Considera también razonable que el Ayuntamiento haya realizado un estudio económico global para todo el municipio y, después, haya efectuado una proyección de costes sobre cada una de las Juntas Vecinales, teniendo en cuenta la ratio de acometidas y número de usuarios: la sala valora que no haya elementos que permitan diferenciar las necesidades. Y, finalmente, considera razonable que, habiéndose constatado que faltaba el contador en muchas viviendas, se haya optado por aplicar una cuota fija por la prestación del servicio. La estimación del recurso viene de la mano de un problema menor, referido a la defectuosa fijación de una partida en el estudio económico-financiero, que aparece muy por encima del importe real que factura la empresa que realiza la actividad material, y exigiría una minoración en la cuota individualizada.

También se discuten las cuantías de la tasa por suministro de agua de un cierto ayuntamiento catalán en el caso resuelto por la **sentencia del TSJ de Cataluña de 15 de mayo de 2012 (NR 367/2009)**, desestimándose completamente las pretensiones deducidas contra la Ordenanza Fiscal. El caso es que la modificación anual había traído una reestructuración del importe de la tasa, que resultará aumentada para unos usuarios (los del casco urbano) y disminuida para otros (los de una Urbanización). Al entender de la sala, estos aumentos y disminuciones no pueden considerarse, como se pretende, ni arbitrarios ni discriminatorios, todo ello considerando que la arbitrariedad y la discriminación no puede referirse a la situación o a las tarifas anteriores, sino en relación con el régimen legal al que han de ajustarse las Ordenanzas fiscales. Siendo esto así, excluida cualquier «desnaturalización» de la tasa en cuestión, al ser pacífico el respeto a la regla de ecuación coste-rendimiento, en términos globales, no cabe apreciar infracción jurídica alguna a la decisión municipal de unificación de las tarifas, cuyo importe individualizado no puede quedar condicionado por la mayor o menor distancia desde el lugar de captación al de cada uno de los concretos suministros, ni tampoco por la altura en que esté situado cada uno de ellos, lo que, amén de no exigido por el ordenamiento jurídico, resultaría inviable en la práctica.

c) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: revisión, reclamaciones y recursos

Tiene interés comentar la **sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 9 de mayo de 2012 (NR 109/2012)**, relativa a un asunto que concierne a la cuantía de la tasa por suministro de agua (es lo que se deduce de la sentencia, que hay una Ordenanza Fiscal y una tasa), tasa por lo demás exigida por una empresa concesionaria. El fondo carece de relevancia, pero sí interesa señalar cómo, aun tratándose de una tasa, se interpuso una demanda civil, que fue admitida, estimada y —ahora— desestimada la apelación. El caso sería similar, en lo que nos interesa, al resuelto por la **Audiencia Provincial de Madrid, mediante sentencia de 13 de febrero de 2012 (NR 830/2011)**, si bien el asunto se iniciará porque la entidad concesionaria reclamará el pago de las tasas de suministro de agua (y alcantarillado). Ahora bien, la Audiencia Provincial —que dará la razón a la concesionaria— rechazará entrar a discutir si la demandada (una entidad urbanística de conservación) era o no sujeto pasivo de las tasas, por la vía de la falta de legitimación pasiva, cuestión que se resolvió en realidad mediante acto administrativo por el ayuntamiento y que no fue objeto ni de recurso de reposición ni de recurso contencioso-administrativo. En suma, en función de que se trate o no de actos cuya impugnación sean objeto del orden contencioso-administrativo (por tratarse de actos dictados por administraciones) se establecerá la competencia judicial, siendo posible en pura teoría que el orden civil penetre en actuaciones relativas a tributos, pero siempre que sean efectuadas por sujetos tales como una empresa concesionaria.

Sobre reclamación del precio de las tarifas por suministro de agua trata también la **sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 20 de abril de 2012 (NR 12/2011)**: nótese de todas formas que aquí y ahora sí se trataba de tarifas intervenidas por el Ayuntamiento y autorizadas por la Comunidad Autónoma, y que se trataba de una reclamación instada por la entidad que realizaba el suministro, ante el impago por parte de la comunidad de propietarios beneficiaria de dicho suministro. Por lo demás, la sentencia da noticia de que se produjo un corte en el suministro, sin pronunciarse sobre si estuvo o no ajustado a derecho, dado que no debía ser cuestión conflictiva en el caso.

C) Aguas marítimas

a) Tasas por ocupación del dominio público marítimo-terrestre

La **sentencia del TSJ de Valencia de 26 de junio de 2012 (NR 1510/2009)** se refiere al canon por ocupación del dominio-público marítimo-terrestre que tenía que abonar una empresa dedicada a la acuicultura marina. Se discute si le era aplicable el artículo 84.2.a) de la Ley de Costas y por lo tanto la cuantía había de ser calculada por medio del método previsto en la Orden de 30 de octubre de 1992 (una base determinada teniendo en cuenta el valor de lo ocupado y los ingresos previstos en el aprovechamiento y un tipo del 8%) o si no lo era y entonces se aplicaría simplemente un tipo específico (una «peseta», dice la normativa) por metro cuadrado de espacio ocupado, en función del apartado c) de dicho artículo 84.2. La sentencia se decanta por la segunda solución. El referido apartado a) se refiere a la «ocupación de bienes de dominio público marítimo-terrestre», mientras que el c) se predicaba a los «supuestos de obras e investigación o explotación de recursos mineros y energéticos». Al parecer, el propio Abogado del Estado aceptaba aplicarlo por analogía.

D) Otro dominio público estatal

a) *Tasas por reserva del espacio radioeléctrico*

Se consolida la doctrina del TS en cuanto a la sujeción de las Confederaciones Hidrográficas a la tasa por reserva del espacio radioeléctrico, por la reserva de frecuencias destinada a la prestación del servicio de la red del Sistema Automático de Información Hidrológica. Se han dictado varias sentencias al respecto.

En el ámbito de esta tasa se ha dictado asimismo la interminable **sentencia del TS** de fecha **12 de abril de 2012 (NR 5216/2006)**, que mantiene la legalidad de la actuación administrativa por el concepto de «frecuencias adicionales para la prestación del servicio de telefonía móvil sistema DCS-1800» (año 2001). La sentencia sostiene que las fórmulas de cuantificación de la tasa no vulneran ni el Derecho Europeo, ni la Constitución, ni los principios reguladores de la cuantificación de las tasas. Es una cuestión controvertida, como demuestra el muy elaborado voto particular suscrito por tres magistrados y que apuesta por que la sentencia impugnada sí debió ser casada. También fallan a favor del Estado **dos sentencias del mismo tribunal de 19 de julio de 2012 (NR 321 y 5204/2006)**.

E) Impuesto sobre Bienes Inmuebles

a) *Bienes afectos a la defensa nacional*

La **sentencia del TSJ de Castilla y León, Burgos, de 15 de junio de 2012 (NR 50/2012)**, declara la exención de un inmueble propiedad del Ministerio de Defensa por entenderlo afecto a la defensa nacional. Se trataba de una antigua Academia de Intendencia y hoy Archivo General Militar. Se basa en una interpretación amplia del concepto, según la doctrina del Tribunal Supremo. La sentencia describe lo que entiende por edificio afecto a archivo militar y explica su subsunción en el concepto exento. El Ministerio también resulta vencedor en el litigio con el mismo Ayuntamiento (Ávila), relativo a un centro militar de cría caballar. La sentencia tiene la misma fecha **de 15 de junio de 2012 (NR 51/2012)**.

b) *Autopistas de peaje*

La **sentencia del TS de 17 de septiembre de 2012 (NR 7002/2010)** estima el recurso interpuesto por la Administración General del Estado contra una sentencia del TSJ de Madrid, que había reconocido el derecho de un Ayuntamiento a la compensación por los beneficios fiscales otorgados a los concesionarios de autopistas de peaje en el IBI. Al entender del TS, se trataba de un beneficio fiscal anterior a la entrada en vigor de la actual Ley de Haciendas Locales —arranca de 1967, sobre un impuesto que era propio del Estado en aquel momento—, por lo que el no cobro no supone un detrimento patrimonial para los ayuntamientos afectados.

F) Impuesto de Construcciones, Instalaciones y obras

a) *Bienes públicos*

Son numerosos los conflictos abiertos por obras de las que son dueñas otras administraciones distintas del ayuntamiento impositor, a la vista de los resquicios legales en materia de no sujeción, exención, determinación de la base imponible y bonificaciones.

Así, el caso resuelto por el **TSJ de Castilla-La Mancha**, mediante **sentencia de 17 de abril de 2012 (NR 412/2010)**, relativo a la tributación de la construcción de un albergue

propiedad de la Diputación Provincial, sito en el municipio de Cuenca. El TSJ considera que está sujeto al impuesto. Se daba la circunstancia de que las obras se realizaron sin amparo del ayuntamiento (no se solicitó licencia) y se pretendió hacer valer la prescripción, cuyo plazo, a pesar de las apariencias, sólo se computa a partir de la terminación de la obra, que es cuando se produce el hecho imponible.

El **TSJ de Madrid** defiende la sujeción al tributo en los casos de obra pública cuando el ente público promotor acude al procedimiento sustitutivo de licencia previsto en diversa legislación, declarándola de urgencia e interés público. Se trataba de la obra de construcción de un acuartelamiento de la guardia civil. Es la **sentencia de 19 de abril de 2012 (NR 1090/2011)**. No obstante ello, la Administración del Estado exprime los argumentos ligados al cálculo de la base imponible y consigue una sustancial rebaja en su cuantía. El mismo criterio se defiende en **dos sentencias de este tribunal de 10 de mayo de 2012 (NR 1177/2011 y NR 1190/2011)**. Como vamos a ver, la sala de Madrid estuvo muy activa en esta fecha.

En ocasiones se discute que el dueño de la obra sea realmente una administración y que ello sea relevante para el tratamiento fiscal que corresponda. Por ejemplo, en el caso resuelto por otra **sentencia del TSJ de Madrid de 10 de mayo de 2012 (NR 241/2011)**, de construcción de un complejo deportivo municipal. Podría pensar el lector que esto nos acercaba a la confusión como forma de extinción de las obligaciones, pero no era el caso: las obras se habían realizado previa adjudicación por el ayuntamiento en concurso para la gestión indirecta a través de concesión. El dueño de la obra era realmente la concesionaria. El problema jurídico más relevante podía ser que la obra no estaba realmente sometida a licencia —elemento del hecho imponible— sino a un procedimiento de control sustitutivo: a los efectos del impuesto se viene entendiendo equivalente.

La exención relativa a las obras propiedad de las Administraciones públicas destinadas a carreteras, ferrocarriles, etc., también suele ser objeto de discusiones. Así, la **sentencia del TSJ de Madrid de 10 de mayo de 2012 (NR 1177/2012)** la declara aplicable a un supuesto de construcción de intercambiador de transportes, instalación considerada complementaria de una estación de ferrocarril, vinculada a su uso principal, aunque no sea exclusivo.

En las obras promovidas por otras administraciones hay otro lugar común referido al cálculo de la base imponible que tiene que ver con la consideración como base imponible del presupuesto de adjudicación que finalmente resulte contratado y no del presupuesto de licitación. Se plantea en el caso resuelto por otra **sentencia del TSJ de Madrid también de 10 de mayo de 2012 (NR 1233/2011)**, relativo a una obra del servicio madrileño de salud.

En el ámbito de las bonificaciones por obras de excepcional interés, el **TSJ de Madrid**, mediante la **sentencia** arriba reseñada **de 10 de mayo de 2012 (NR 1190/2011)**, estima finalmente el recurso deducido en relación con la construcción de un centro escolar público en el municipio de Madrid. Y es que la Ordenanza Fiscal contemplaba una bonificación para obras gestionadas directamente por una Entidad de carácter público, en las que encajaban éstas.

ELOY COLOM PIAZUELO
ANTONIO EDUARDO EMBID TELLO
ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED
BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA
PATRICIA VALCÁRCEL
ANTONIO EMBID IRUJO

XIII. MEDIO AMBIENTE

SUMARIO

1. JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA.
 - A) **Incumplimientos de Estado: Bélgica, Portugal, Grecia y España. Directiva 2000/60/CE (Directiva Marco de Aguas). Falta de realización en plazo de Planes Hidrológicos de cuenca con ámbito de Demarcación.**
 - B) **La Directiva Marco del Agua y el Derecho interno griego en el caso del trasvase de aguas de un río griego. Consideración de otras Directivas con regulaciones próximas (evaluación de impacto ambiental, incluyendo la estratégica, y conservación de hábitats naturales y de la flora y fauna silvestre).**
 - C) **Organismos modificados genéticamente. Ámbito posible de las medidas nacionales sobre organismos modificados genéticamente admitidos en el catálogo común y autorizados como productos existentes hasta que se adopten medidas basadas en el artículo 26 bis de la Directiva 2001/18/CE. No caben restricciones o prohibiciones de comercialización por razones de protección de la salud y del medio ambiente que ya habrán sido tenidas en cuenta anteriormente en el procedimiento de autorización y de inclusión en el catálogo común.**
2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.
 - A) **Prohibición de discriminación en combinación con el derecho de propiedad. Reagrupamiento de terrenos de caza que no superan una determinada superficie. Oposición ética a la caza como argumento para evitar el reagrupamiento. El interés general de evitar una práctica anárquica de la caza y favorecer una gestión racional de los recursos cinegéticos.**
3. AGUAS CONTINENTALES.
 - A) **No puede aprobarse un Plan de Urbanismo o de Ordenación del Territorio sin el informe previo del Organismo de cuenca sobre afección a cauces y barrancos. Este es distinto del informe previsto sobre la existencia de recursos hídricos para nuevos usos urbanos del suelo.**
4. AGUAS MARÍTIMAS.
 - A) **Puertos.**
 - a) **Evaluación ambiental estratégica del Plan Especial del Puerto de Arrecife.**

5. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.
 - A) **La EIA, así como la evaluación de las zonas especiales de conservación, no son competencias de gestión ambiental y corresponden al Estado cuando es éste quien autoriza el proyecto.**
 6. ESPACIOS NATURALES.
 - A) **Los Planes de Ordenación de Recursos Naturales prevalecen sobre los Planes Rectores de Uso y Gestión de los Parques Naturales.**
 7. ESPECIES AMENAZADAS.
 - A) **La competencia autonómica ambiental no puede imponerse sobre la competencia estatal en materia de aguas vaciándola de contenido.**
 - B) **El interés medioambiental en el mantenimiento de la protección de una especie amenazada prevalece sobre el interés económico en la construcción de una infraestructura que afectaría a dicha especie.**
 8. RUIDO.
 - A) **Es legítimo que el legislador estatal vincule el planeamiento urbanístico en materia de protección frente al ruido.**
 9. FISCALIDAD AMBIENTAL.
 - A) **Tributos estatales en materia de aguas.**
 - a) Canon de control de vertido: sujetos pasivos.
 - b) Canon de control de vertido: cuantificación.
 - B) **Tributos autonómicos en materia de aguas.**
 - a) Hecho imponible.
 - b) Cuantificación de los tributos.
 - c) Aplicación de los tributos.
 - d) Impuestos específicos sobre vertidos al litoral.
 - e) Impuesto sobre el daño medioambiental causado por el agua embalsada de Galicia.
 - C) **Impuestos estatales sobre la energía.**
 - a) Impuesto sobre Ventas Minoristas de Hidrocarburos.
 - D) **Otros tributos autonómicos ambientales.**
 - a) Impuestos sobre grandes superficies comerciales.
 - E) **Incentivos fiscales en impuestos ordinarios.**
 - a) Impuesto sobre Sociedades.
-

1. JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

A) Incumplimientos de Estado: Bélgica, Portugal, Grecia y España. Directiva 2000/60/CE (Directiva Marco de Aguas). Falta de realización en plazo de Planes Hidrológicos de cuenca con ámbito de Demarcación

Continúan apareciendo Sentencias del Tribunal de Justicia señalando distintos incumplimientos de la Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (Directiva Marco de Aguas). En este caso los países demandados por la Comisión, y condenados, son Bélgica, Portugal, Grecia y España. En el caso de Bélgica se trata de la **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 24 de mayo de 2012, asunto C-366/11** y en el fallo se trata del incumplimiento de Bélgica de su obligación de aprobar los planes de gestión de distrito hidrográfico (en la terminología de la sentencia publicada en francés), tanto de los distritos enteramente situados en el territorio belga como de los internacionales, y de no haberlos comunicado a la Comisión. El plazo para hacerlo vencía el 22 de diciembre de 2009. El Reino de Bélgica, en su descargo, señala que ha puesto en marcha distintas actuaciones que se concretarán en el primer semestre de 2012.

En lo relativo a Portugal, se trata de la **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 21 de junio de 2012, asunto C-223/11** y en la misma se constatan idénticos incumplimientos en relación a los correspondientes planes de gestión de distrito hidrográfico.

En el caso griego la **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 19 de abril de 2012, recaída en el asunto C-297/11**, reprocha que no se haya cumplido el plazo establecido para la redacción de los planes de gestión de cuenca con ámbito de demarcación tanto de los situados en su territorio como de las demarcaciones internacionales.

Y, finalmente, para España debe verse la **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 4 de octubre de 2012, asunto C-403/11**. En ella se constata la falta de cumplimiento antes del 22 de diciembre de 2009, de la obligación de adoptar planes hidrológicos de cuenca (con independencia del Plan del Distrito de la Cuenca Fluvial de Cataluña, donde se produjo la aprobación antes de la formulación del dictamen motivado con fecha 28 de enero de 2011) así como el incumplimiento de la obligación de iniciar el procedimiento de información y consulta pública que debería haber tenido lugar antes del 22 de diciembre de 2008 de algunos Planes (aunque en este caso sí que se había cumplido el plazo en bastantes Planes).

B) La Directiva Marco del Agua y el Derecho interno griego en el caso del trasvase de aguas de un río griego. Consideración de otras Directivas con regulaciones próximas (evaluación de impacto ambiental, incluyendo la estratégica, y conservación de hábitats naturales y de la flora y fauna silvestre)

La **Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 11 de septiembre de 2012, asunto C-43/10, Administración autónoma provincial de Etolia-Acarmania y otros/Ministro de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Obras Públicas y otros Ministerios**, resuelve una decisión prejudicial planteada por el Symvoulío tis Epikrateias (Tribunal supremo competente en lo contencioso-administrativo), y cuyo objeto son diversos actos

relativos al proyecto de desviación parcial del curso superior de las aguas del río Acheloos (situado en Grecia Occidental) hacia el río Pineo (en Tesalia).

Esta Sentencia es, sin duda, la más importante de las que ha dictado el Tribunal de Justicia sobre la Directiva 2000/60/CE en cuanto que no se limita, como es usual, a constatar incumplimientos de los Estados en cuanto al plazo de transposición o a diversas obligaciones presentes en la Directiva (como se comenta en este mismo número, punto anterior, en lo relativo al incumplimiento de la adopción en plazo de los Planes Hidrológicos de Cuenca con ámbito de Demarcación), sino que se entra en cuestiones sustantivas, de fondo, sobre la adecuación —o no— del derecho griego a los preceptos de la Directiva. Es obvio que la doctrina que establece el Tribunal de Justicia sirve, igualmente, para la interpretación de la adecuación de los derechos internos de otros Estados (por ejemplo, España) a la Directiva Marco. Igualmente la Sentencia es importante porque trata de la interpretación de otras directivas que, en el plano de la práctica, suelen aplicarse unidas a los preceptos del derecho de aguas. Son éstas la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (luego modificada por otras hasta llegar a la Directiva codificadora 2011/92/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, en la que se derogan la de 1985 y sus modificaciones posteriores); la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de determinados planes y programas en el medio ambiente y, finalmente, la Directiva 92/43/CEE del Consejo de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres. No es usual, ni mucho menos, que en un mismo procedimiento judicial —y en el consiguiente fallo de la Sentencia— se consideren conjuntamente las cuatro Directivas mencionadas y los problemas de interpretación y aplicación correspondientes, lo que acrecienta el interés de la Sentencia.

El contenido de la Sentencia versa sobre trasvases de aguas de un río a otro (de una cuenca a otra, regulación que en el derecho español se conoce como «transferencia de recursos hídricos»), tema interesantísimo y que tiene múltiples variantes y posibilidades diversas de ser examinado. La primera de todas ellas para constatar que aun siendo la cuestión tratada una de índole «cuantitativo» en relación a los recursos hídricos, resulta perfectamente posible analizarla en relación a cuestiones «cualitativas» (o sea, de calidad de las aguas) que son las tratadas por la DMA. Y ello, además, en cuanto que es muy difícil —por no decir imposible— hacer esa tajante separación entre cuestiones de calidad y de cantidad en el régimen jurídico de las aguas como a veces se ha defendido entre nosotros para poner un valladar a la entrada en consideración del derecho europeo de aguas.

En todo caso debe constatar la imposibilidad de resumir aquí el contenido de la Sentencia, de la que solo se van a indicar en este lugar los vectores fundamentales remitiendo a un tratamiento pormenorizado sobre la misma que es el que se lleva a cabo en el trabajo de A. EMBID IRUJO «Algunos aspectos del Derecho europeo de aguas según la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2012 en el marco de la problemática suscitada por la desviación de un río (griego)», en la *Revista General de Derecho Europeo*, 28, 2012.

En este sentido lo más notable del contenido de la Sentencia podría resumirse en las siguientes proposiciones:

- Se puede aprobar un trasvase de aguas antes de que estén aprobados los Planes Hidrológicos de cuenca, con ámbito de Demarcación, en ejecución de la DMA. El Estado griego tiene, como todos, un plazo que se extiende hasta el 22 de diciembre de 2009 [incumplido, como se puede observar por la Sentencia que se comenta en el punto A) de esta misma revista] y al ser referidos los actos aprobatorios del trasvase a fecha anterior, no puede ponerse un obstáculo a estos en la inexistencia de los Planes.
- En todo caso la Administración griega debe abstenerse de realizar actuaciones que puedan poner en peligro el cumplimiento de los objetivos ambientales tal y como los contiene la DMA.
- El abastecimiento de agua, el regadío y la producción de electricidad son constitutivos de la existencia de un interés público superior que puede conducir a la aprobación de un trasvase si se dan las condiciones generales previstas en el art. 4.7 DMA durante el período transitorio hasta que estén aprobados los Planes Hidrológicos de cuenca.
- Puede aprobarse un trasvase aun cuando existan recursos hídricos en la cuenca receptora de las aguas a trasvasar.
- Si puede realizarse un trasvase en ausencia de planificación hidrológica, la falta de los trámites de información, consulta y participación del público no es obstáculo para tal aprobación porque en la DMA los mismos están referidos a la tramitación y aprobación de los Planes hidrológicos de cuenca.
- Un trasvase puede aprobarse por acto legislativo (sin necesidad de evaluación de impacto ambiental concreta, a los efectos de la Directiva 85/337) si se dan las condiciones que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia exige para tales actos legislativos: La primera es que el acto legislativo sea específico, que se refiera a un proyecto y presente las características de una autorización del mismo, entre ellas que otorgue al promotor el derecho a realizar tal proyecto, lo que supone que el proyecto debe ser detallado, con todos los datos pertinentes para la evaluación de sus repercusiones sobre el medio ambiente. La segunda que el legislador, al adoptar su decisión, tiene que tener información suficiente sobre el proyecto, igual que la que hubiera dispuesto quien tuviera que realizar, en los supuestos «normales», una evaluación de impacto ambiental.
- La propuesta sobre los Lugares de Importancia Comunitaria realizada por la Administración griega le vincula aunque en la época no hubiera sido ratificada por la Comisión Europea. En todo caso los proyectos relativos al abastecimiento de poblaciones y al regadío que afecten a dichos Lugares pueden ser incluidos entre los autorizables por razones imperiosas de interés público. Eso debe ser valorado por el Tribunal griego.

C) Organismos modificados genéticamente. Ámbito posible de las medidas nacionales sobre organismos modificados genéticamente admitidos en el catálogo común y autorizados como productos existentes hasta que se adopten medidas basadas en el artículo 26 bis de la Directiva 2001/18/CE. No caben restricciones o prohibiciones de comercialización por razones de protección de la salud y del medio ambiente que ya habrán sido tenidas en cuenta anteriormente en el procedimiento de autorización y de inclusión en el catálogo común

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 6 de septiembre de 2012, asunto C-36/11, Pioneer Hi Bred Italia Srl/Ministero delle Politiche agricole alimentari e forestali, resuelve una decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato en el procedimiento planteado entre los dos sujetos mencionados.

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 26 bis de la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente (OMG en adelante en este comentario) y por la que se deroga la Directiva 90/220/CEE del Consejo, modificada por la Directiva 2008/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. El artículo citado dice lo siguiente:

- «1. Los Estados miembros podrán adoptar las medidas adecuadas para impedir la presencia accidental de OMG en otros productos.
2. La Comisión recogerá y coordinará la información basada en estudios a escala comunitaria y nacional, observará la evolución relativa a la coexistencia de cultivos en los Estados miembros, y, sobre la base de dicha información y observación, elaborará orientaciones sobre la coexistencia de cultivos modificados genéticamente, cultivos convencionales y cultivos biológicos».

En el supuesto de hecho a que se refiere la sentencia, se trata de la interpretación de este artículo así como de la aplicación de otras normas como el Reglamento (CE) núm. 1829/2003, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre alimentos y piensos modificados genéricamente (que modifica una anterior Directiva 2052/53/CE del Consejo, de 13 de junio de 2002, referente al catálogo común de las variedades de las especies de plantas agrícolas), así como la interesante Recomendación de la Comisión de 13 de julio de 2010, sobre directrices para el desarrollo de medidas nacionales de coexistencia destinadas a evitar la presencia accidental de OMG en cultivos convencionales y ecológicos.

Resumiendo los hechos que sirven de fundamento a la Sentencia, queda acreditado que un determinado maíz modificado genéticamente está incorporado al catálogo común desde 8 de septiembre de 2004. Una sociedad de producción y de distribución a escala mundial de semillas, Pioneer, quiere cultivar esa variedad de maíz, por lo que solicita el 18 de octubre de 2006 al Ministero delle Politiche agricole alimentari e forestali una autorización para cultivar estas variedades. Este, mediante una Nota de 12 de mayo de 2004, comunica a la sociedad que no podía proceder a tramitar su solicitud de autorización de cultivos de híbridos de maíz modificados genéticamente que ya figuran en el catálogo común «hasta que las regiones adopten normas adecuadas que garanticen la coexistencia entre cultivos

convencionales, biológicos y modificados genéticamente...» (punto 51 de la Sentencia). Pioneer interpuso una sentencia impugnando la forma como el Ministerio italiano interpretaba el art. 26 bis *supra cit.* y en esas circunstancias el Consiglio di Stato —que estaba conociendo de la impugnación— interrumpió el proceso planteando al Tribunal de Justicia unas preguntas acerca de si es obligatorio otorgar la autorización cuando tenga por objeto OMG que figuren en el catálogo o bien se puede suspender la solicitud de autorización hasta que se adopten medidas de carácter general o si debe concederse la autorización incluyendo disposiciones adecuadas para evitar en cada caso concreto el contacto, incluso involuntario, de los cultivos de OMG con los cultivos convencionales o biológicos vecinos.

El Tribunal de Justicia indica que la Directiva 2002/53/CE indica en su undécimo considerando que es necesario que las semillas y plantas de siembra contempladas en ella puedan comercializarse libremente en la Unión a partir de su publicación en el catálogo común. Los Estados miembros deben velar para que a partir de tal publicación esas semillas no estén sujetas a ninguna restricción de comercialización (punto 64). Los requisitos y condiciones relativas a la protección de la salud ya habrán sido tenidos en cuenta previamente (igual con la aplicación del Reglamento 1829/2003) antes de la autorización e inclusión en el catálogo (punto 66). La conclusión es que «en la fase actual del Derecho de la Unión Europea un Estado miembro no está facultado para supeditar a una autorización nacional basada en consideraciones de protección de la salud o del medio ambiente, el cultivo de OMG autorizados en virtud del Reglamento núm. 1829/2003 e incluidos en el catálogo común con arreglo a la Directiva 2002/53» (punto 69 de la Sentencia). Solo en los casos expresamente establecidos en el Derecho de la Unión pueden los Estados miembros establecer prohibiciones o restricciones (puntos 70 y 71 de la Sentencia). Por ello, el art. 26 bis de la Directiva 2001/18 nunca podrá interpretarse en ese sentido (punto 74) y «únicamente puede dar lugar a restricciones, o incluso a prohibiciones geográficamente delimitadas, por efecto de medidas de coexistencia efectivamente adoptadas respetando la finalidad de dichas medidas. Por consiguiente esta disposición no permite a los Estados miembros adoptar una medida como la controvertida en el procedimiento principal, que, a la espera de que se adopten medidas de coexistencia, prohíbe de manera general el cultivo de OMG autorizados en virtud de la normativa de la Unión e incluidos en el catálogo común» (punto 75 de la Sentencia).

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- A) Prohibición de discriminación en combinación con el derecho de propiedad.
Reagrupamiento de terrenos de caza que no superan una determinada superficie.
Oposición ética a la caza como argumento para evitar el reagrupamiento.
El interés general de evitar una práctica anárquica de la caza y favorecer una gestión racional de los recursos cinegéticos**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su **sentencia de 4 de octubre de 2012, en el asunto Chabauty contra Francia**, se pronuncia sobre la demanda interpuesta por un nacional de ese país, obligado por la legislación interna a integrar los terrenos de su propiedad en una Asociación Comunal de Caza Agregada (ACCA), lo que en su opinión cons-

tituye una violación de la prohibición de discriminación contemplada en el artículo 14 del Convenio europeo en combinación con el derecho de propiedad consagrado en el artículo 1 del Protocolo núm. 1. Ese reagrupamiento se contempla en la ley núm. 64-696, de 10 de julio de 1964, que lo establece como obligatorio en algunos municipios y como facultativo en otros, de forma que los propietarios pierden su derecho exclusivo de caza en sus terrenos pero pueden llevar a cabo esa actividad en toda la superficie integrada en la ACCA. No obstante, los propietarios de terrenos de una superficie superior a un cierto umbral pueden oponerse a ese reagrupamiento. Como consecuencia de la sentencia de 29 de abril de 1999 del Tribunal de Estrasburgo, en el asunto *Chassagnou y otros contra Francia*, la ley núm. 64-696 era modificada por la ley núm. 2000-698 de 26 de julio de 2000, para permitir a los propietarios solicitar la no integración de sus terrenos en una ACCA, con independencia de la extensión de aquellos, argumentando su oposición a la caza por chocar con sus convicciones éticas.

En este asunto el demandante comienza esgrimiendo esas convicciones personales pero luego reconoce que en realidad el motivo de su solicitud es que, conforme a la jurisprudencia europea y nacional, el tratamiento entre grandes y pequeños propietarios que se contempla en la legislación francesa constituye una discriminación que vulnera el artículo 14 del Convenio en combinación con el artículo 1 del Protocolo núm. 1. Tras varios pronunciamientos contradictorios en las instancias internas (negativa de la prefectura, pronunciamientos favorables al demandante del tribunal administrativo y de la Corte de apelación y decisión en sentido contrario del Consejo de Estado) la cuestión llega al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este comienza reconociendo que en su sentencia en el asunto *Chassagnou y otros* expresó sus dudas sobre la validez del objetivo de favorecer una gestión racional de los recursos cinegéticos reagrupando a los pequeños cotos de caza, invocado por el Gobierno, como justificación de la diferencia de trato entre grandes y pequeños propietarios establecida por el Derecho francés. Sin embargo, a continuación advierte que su conclusión relativa a la violación del artículo 14 en combinación con el artículo 1 del Protocolo núm. 1 no se fundaba en eso sino en el hecho de que solo los pequeños propietarios estuviesen obligados a soportar una utilización de sus terrenos contraria a su conciencia. Es decir, que la ausencia de relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin buscado con la diferencia de trato resultaba de la falta de respeto de las convicciones éticas de los propietarios concernidos. Y así parecía comprenderlo el legislador francés que adoptaba la ley núm. 2000-698 antes citada.

A continuación el Tribunal analiza si el que solo los propietarios de terrenos que superan una determinada superficie puedan escapar de la integración en una ACCA constituye una discriminación contraria al Convenio. Para ello debe concluir si ese trato diferenciado carece de justificación objetiva y razonable, es decir si no persigue un fin legítimo o no existe relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin buscado. La sentencia recuerda el amplio margen de maniobra que el propio Tribunal reconoce a los Estados miembros en cuanto a la reglamentación del uso de los bienes en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1. A este respecto se señala que el trato diferenciado basado en la propiedad de bienes raíces no está ni entre los criterios de diferenciación que el Tribunal considera inaceptables como principio (como la raza o el origen étnico) ni entre los inaceptables en ausencia de consideraciones muy fuertes (como el sexo o la orientación sexual).

Por otra parte el Juez europeo advierte que la argumentación del Consejo de Estado francés se ajusta a su propia jurisprudencia. Se refiere en concreto a la consideración de que el régimen de las ACCA responde a un motivo de interés general consistente en prevenir una práctica desordenada de la caza y favorecer una gestión racional del patrimonio cinegético. Así como al considerar que no existe una afectación desproporcionada al derecho de propiedad, ya que los propietarios obligados a integrar sus terrenos se benefician de una compensación con el derecho a practicar la caza en la totalidad del territorio de la ACCA correspondiente. A eso se añade que, a pesar de sus reticencias al respecto del argumento dado por el Gobierno francés para obligar únicamente a los pequeños propietarios a participar en el sistema, éste se encuadra en el interés general de evitar una práctica anárquica de la caza y favorecer una gestión racional de los recursos cinegéticos. De hecho, esa conclusión ha sido reafirmada en otras sentencias posteriores como las de los asuntos *Lazaridi contra Grecia*, de 13 de julio de 2006, o *Baudinière et Vauzelle contra Francia*, de 6 de diciembre de 2007, justificando la no exigencia de esa obligación de reagrupamiento a los propietarios de grandes terrenos de caza en que éstos, dada la mayor extensión de sus propiedades, pueden por sí solos alcanzar ese objetivo de orientar esa actividad en un sentido favorable al mantenimiento de los recursos. A eso se añade que la obligación de reagrupamiento no implica más afectación del derecho de propiedad que la pérdida del derecho exclusivo a cazar en esos terrenos, lo que se compensa con el derecho equivalente a desarrollar esa actividad en toda la superficie de la ACCA, así como a participar en la gestión colectiva de la caza en ese espacio. Además, los pequeños propietarios que obtuviesen beneficios de la caza en sus terrenos o que hubiesen procedido a una ordenación cinegética antes de su integración en una ACCA podrán obtener una indemnización. Por todo ello se concluye que la obligación impuesta a los pequeños propietarios de integrar sus terrenos de caza con el fin, legítimo y de interés general, de favorecer una mejor gestión cinegética no es en sí misma desproporcionada en relación con ese objetivo por lo que, dado que el demandante no ha expresado una oposición a la caza por razones éticas, no existe violación del artículo 14 del Convenio en combinación con el artículo 1 del Protocolo núm. 1.

3. AGUAS CONTINENTALES

A) No puede aprobarse un Plan de Urbanismo o de Ordenación del Territorio sin el informe previo del Organismo de cuenca sobre afección a cauces y barrancos. Este es distinto del informe previsto sobre la existencia de recursos hídricos para nuevos usos urbanos del suelo

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2012 (recurso de casación 3971/2009)**, constata la inexistencia de informe de la Confederación Hidrográfica del Júcar en relación a la aprobación del Plan General de Ordenación Urbana de Teulada (Alicante). Frente a la confusa argumentación de la sentencia de instancia (que merece fuertes reproches del TS), éste centra perfectamente esa necesidad de informe necesario para la protección del dominio público hidráulico en lo preceptuado en la disposición adicional segunda, apartado 4.º, de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras pública, que comienza diciendo que «la Administración General del Estado, en el ejercicio de sus competencias, emitirá informe en la instrucción de los procedimientos

de aprobación, modificación o revisión de los instrumentos de planificación territorial y urbanística que puedan afectar al ejercicio de las competencias estatales. Estos informes tendrán carácter vinculante, en lo que se refiere a la preservación de las competencias del Estado...». Y así diferencia estos informes de los previstos en el art. 25.4 TRLA relativos a la existencia de recursos hídricos para los nuevos usos urbanos del suelo. Como no había existido el informe referenciado, se rechaza el recurso de casación contra la Sentencia de 10 de febrero de 2009 de la sección 2.^a de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que había anulado el acto de aprobación de tal Plan General.

4. AGUAS MARÍTIMAS

A) Puertos

a) *Evaluación ambiental estratégica del Plan Especial del Puerto de Arrecife*

Por su parte, la **STS de 11 de octubre de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 5552/2010**, interpreta lo establecido en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 9/2006, sobre evaluación ambiental de planes y programas. De acuerdo con ella, resulta obligatorio someter a dicha evaluación a los planes y programas cuyo primer acto preparatorio formal sea posterior al 21 de julio de 2004 —fecha en que venció la obligación de trasponer la Directiva 2001/42, de la que trae causa la Ley española—, entendiéndose por tal acto «el documento oficial de una Administración pública competente que manifieste la intención de promover la elaboración del contenido de un plan o programa y movilice para ello recursos económicos y técnicos que hagan posible su presentación para su aprobación». En el caso del Plan Especial analizado, el TS entiende que ese primer acto formal no es, como consideró la sentencia de instancia, el acuerdo municipal de aprobación inicial de aquel, sino el momento previo en que se produce formalmente la expresión de voluntad de proceder a su elaboración: la suscripción, con fecha 1 de julio de 2004, de un convenio de colaboración entre la Autoridad Portuaria y el Ayuntamiento que albergaba una encomienda de gestión para la formulación y aprobación de dicho Plan Especial. Es, pues, un acto anterior al momento a partir del cual la Ley 9/2006 impone la evaluación ambiental de planes y programas. Por esa razón, se estima el recurso de casación y se anula la sentencia recurrida, que había estimado el recurso contencioso-administrativo presentado precisamente por la falta de ese instrumento de control.

5. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

A) **La EIA, así como la evaluación de las zonas especiales de conservación, no son competencias de gestión ambiental y corresponden al Estado cuando es éste quien autoriza el proyecto**

En la **Sentencia del Tribunal Constitucional 149/2012, de 5 de julio de 2012 (recurso de inconstitucionalidad 2004/2004)**, se resuelve un recurso de inconstitucionalidad in-

terpuesto por la Comunidad Autónoma de Andalucía frente a diversos preceptos de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. En el recurso, se consideran vulneradas las competencias autonómicas sobre medio ambiente y espacios naturales, gestión medioambiental y aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos, aspectos todos ellos sobre los que se extendía la citada Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Se comentarán aquí los incisos de la Sentencia relativos a competencias medioambientales.

El primero de los motivos se refería a la inconstitucionalidad del modelo de cogestión de los parques nacionales. El TS entiende que ha desaparecido tanto la controversia competencial como el objeto del recurso, debido a la derogación de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres por la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad. El TS aclara que la gestión de los parques nacionales corresponde a las Comunidades Autónomas, tal y como se prevé en la Ley 5/2007, de 3 de abril, de la red de parques nacionales, por la que se eliminó el sistema de gestión mixta que aquí se alegaba como inconstitucional (pto. 2.º).

El segundo motivo se refiere al añadido de una disposición adicional cuarta al Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, refiriéndose a la evaluación de planes o proyectos que pudieran afectar de forma apreciable a las zonas especiales de conservación (ZEC). El Gobierno andaluz entendió vulnerada su competencia en materia de gestión ambiental. El TS, pese a la derogación de la antigua norma por el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, entiende que no se introducen modificaciones sustanciales, por lo que subsiste el objeto del recurso. Entiende que la evaluación ambiental de las ZEC es una técnica diferenciada de la EIA, si bien similar a ésta, pues tiene la misma finalidad, y llega a la conclusión de que «es conforme con el orden constitucional de competencias que la normativa confiere la evaluación de impacto ambiental a la propia Administración estatal que realiza o autoriza el proyecto de una obra, instalación o actividad que se encuentra sujeta a su competencia», citando para ello una asentada jurisprudencia que niega el carácter de competencia de gestión de la EIA (SSTC 101/2006, de 30 de marzo, 1/2012, de 13 de enero y 34/2012, de 15 de marzo) (pto. 3.º).

Por lo tanto, el TC desestima el recurso en todo, salvo en lo relativo a los Parques Nacionales, donde juzga desaparecido el objeto de la controversia.

6. ESPACIOS NATURALES

A) Los Planes de Ordenación de Recursos Naturales prevalecen sobre los Planes Rectores de Uso y Gestión de los Parques Naturales

En la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 10 de mayo de 2012 (rec. núm. 3831/2008)**, se resuelven los recursos de casación interpuestos por el Ayuntamiento de Valencia y por la Administración de la Comunidad Autónoma Valenciana contra la STSJ de la Comunidad Valenciana, que estimaba parcialmente un recurso contra el Decreto 259/2004, de 19 de noviembre, del Consejo de la Generalitat Valenciana, por el que se aprobó el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Natural de la Albufera.

La Sentencia de instancia declaraba nula, entre otras cosas, la disposición derogatoria primera de esta norma, por la que se derogaban las disposiciones de ordenación contenidas en el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN) del mismo parque que contradijesen lo dispuesto en el Plan Rector de Uso y Gestión de los Recursos Naturales.

El TS, con fundamento en los arts. 4, 5 y 19 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, certifica la prevalencia de los PORN sobre los Planes Rectores, aun cuando en la elaboración de estos últimos se hayan recabado los informes exigibles para aprobar el primero, como fue el caso (FJ 2.º). Así, dice el TS que la prevalencia «no es una cuestión de rango de las normas sino de la diferente naturaleza y finalidad de los Planes, perfectamente definidas en la citada Ley» (FJ 6.º). Si bien la Ley 4/1989 fue derogada por la actualmente vigente Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de patrimonio natural y biodiversidad, ésta también prevé en su art. 18 que «cuando los instrumentos de ordenación territorial, urbanística, de recursos naturales y, en general, física, existentes resulten contradictorios con los Planes de Ordenación de Recursos Naturales, deberán adaptarse a éstos».

Por ello, desestima los recursos de casación e impone las costas del proceso a ambas Administraciones local y autonómica con el límite de 3.000 € en cada caso.

7. ESPECIES AMENAZADAS

A) La competencia autonómica ambiental no puede imponerse sobre la competencia estatal en materia de aguas vaciándola de contenido

En la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 1 de junio de 2012 (rec. núm. 39/2009)**, se resuelve un recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Aragón contra la Sentencia del TSJ de Aragón de 4 de noviembre de 2008, que estimaba en parte un anterior recurso contra el Decreto 187/2005, de 26 de septiembre, por el que se establece un Régimen de Protección para la *Margaritifera Auricularia* y se aprueba el Plan de Recuperación.

La Sentencia de instancia había anulado la exigencia de informes medioambientales preceptivos y vinculantes de la Administración de la Comunidad Autónoma por no respetar la competencia exclusiva del Estado en materia de aguas.

En su recurso de casación, el Gobierno de Aragón alega que la sentencia ha vulnerado el régimen constitucional de distribución de competencias entre las Comunidades Autónomas y el Estado, indicando que la gestión hídrica debe estar sometida al medio ambiente.

El TS reconoce que sobre el mismo espacio físico converge aquí la acción de diferentes Administraciones Públicas y competencias: la de aguas cuando transcurren por más de una Comunidad Autónoma, como es el caso del río Ebro, que es exclusiva del Estado (art. 149.1.22.ª CE) y la de medio ambiente, donde la Comunidad Autónoma de Aragón tiene competencias sobre normas adicionales de protección (art. 149.1.23.ª CE) y gestión (148.1.9.ª CE). Reconoce también el carácter transversal y polifacético de la competencia medioambiental, que incide en la de aguas en este caso, pero indica que esto no puede justificar una *vis expansiva*, que fagocitaría las demás competencias que inciden sobre el territorio, y en este caso vaciaría de contenido la competencia estatal en materia de aguas, al sujetarla a un informe vinculante de la Comunidad Autónoma (FJ 5.º).

Dice el TS que las relaciones entre Administraciones deben asentarse sobre los principios de colaboración y cooperación, lo cual se manifiesta en la técnica de los informes aquí cuestionada (FJ 7.º). El informe previo, preceptivo y vinculante del Instituto Aragonés de Gestión Ambiental que establece el Decreto impugnado es aplicable a cualquier tipo de actividades o proyectos que no estén sujetos a Evaluación de Impacto Ambiental. El TS se pregunta si para la protección del molusco *Margaritifera Auricularia*, el medio más idóneo y proporcionado de cooperación es la emisión de un informe autonómico vinculante, y resuelve que no es así, dado que implica someter a control previo el ejercicio de la competencia en materia de aguas, bloqueando la actuación estatal y determinando el sentido de la resolución en una suerte de «derecho de veto» (FFJJ 8.º y 9.º).

Por ello, el TS desestima el recurso de casación confirmando la nulidad del citado informe preceptivo e imponiendo al Gobierno de Aragón unas costas de 2.500 € conforme al art. 139.3 LJCA.

B) El interés medioambiental en el mantenimiento de la protección de una especie amenazada prevalece sobre el interés económico en la construcción de una infraestructura que afectaría a dicha especie

En la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 9 de julio de 2012 (rec. núm. 1213/2010)**, se resuelve un recurso de casación interpuesto por la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife y por el Gobierno de Canarias, contra el auto de 3 de marzo de 2009 y su confirmación en súplica de 15 de junio de 2009, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, por el cual se suspendía la medida de exclusión de la *Cymodocea Nodosa* del catálogo de especies protegidas de Canarias.

El Tribunal Supremo llega a la conclusión de que la descatalogación de esta especie en peligro, que forma praderas marinas también llamadas «sebadales», obedeció a la necesidad de suprimir los obstáculos ambientales que impedían iniciar las obras de construcción de un nuevo puerto en el litoral de Granadilla de Abona (Tenerife), hecho avalado por que fue precisamente la Autoridad Portuaria ahora recurrente quien solicitó dicha descatalogación.

El debate jurídico planteado por la recurrente en casación versa sobre si la medida cautelar de suspensión de dicha descatalogación por el TSJ de Canarias cumple con las normas previstas en los arts. 130 y 133 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El art. 130 LJCA prevé el riesgo derivado de la duración del proceso, el *periculum in mora*, como uno de los presupuestos esenciales para la adopción de la medida cautelar. Riesgo que existe en este caso, pues la construcción del puerto de Granadilla de Abona acabaría totalmente con las praderas marinas de esta especie en este paraje. Si bien no supondría la extinción de la especie, el TS clarifica que la protección de una especie es la protección de sus individuos concretos, no de su existencia abstracta.

Al respecto, el TS certifica que en este caso hay dos intereses en conflicto: de un lado el de la realización de una obra pública (un puerto de interés general), la cual entraña también un interés medioambiental sobre la mejora de la política energética, pues el proyecto incluye una planta regasificadora para la reducción de la producción de las centrales térmicas.

cas de Tenerife, y por lo tanto conllevaría una reducción de las emisiones de CO₂. Por otro lado, está la protección medioambiental de la *Cymodocea Nodosa*, que ejerce una función ecológica relevante también en materia de consumo de CO₂.

El TS acredita que el interés medioambiental ha de ser prevalente, porque de no suspenderse el acto de exclusión del catálogo, el resultado sería irremediable: la destrucción del sebadal debido a la construcción del puerto. Mientras que si se suspende la descatalogación, tan sólo debe esperarse a la resolución del recurso, en su caso, para iniciar o continuar con las obras del puerto (FJ 4.º). Cita a continuación una asentada jurisprudencia en el sentido de afirmar esta prevalencia del interés medioambiental en casos de irreversibilidad (SSTS de 23 de julio de 2009, de 29 de enero de 2010 y de 21 de octubre de 2010).

En segundo lugar, el TS se pronuncia sobre la posible infracción del art. 133.1 LJCA, que obliga a la imposición de una caución o garantía al tiempo de acordar la medida cautelar de suspensión cuando de dicha medida puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza. Dice el TS al respecto que el mantenimiento de la catalogación de una especie como protegida no produce daños cuantificables para la fijación de una caución o garantía, añadiendo además que tales daños no se derivan de la fijación de la catalogación o no de la especie, sino de la paralización del inicio de las obras del puerto. Esta cuestión afectaría por tanto a otro tipo de impugnación, que es la referida al proyecto de la obra pública en cuestión (FJ 7.º).

Por todo ello, el TS confirma y mantiene la suspensión de la descatalogación de la *Cymodocea Nodosa* del catálogo canario de especies amenazadas.

En un Voto particular, la magistrada Dña M.ª Pilar Teso Gamella afirma la conexión directa, manifiesta y determinante entre la descatalogación de la citada especie y la construcción del puerto. En opinión de la magistrada, si esta conexión ha sido tomada como relevante para valorar los intereses en conflicto *ex art.* 130.1 LJCA, también debería haberlo sido para conllevar la fijación de la caución o garantía del art. 133.1 LJCA.

Asimismo, afirma, en la línea de los informes técnicos presentados por el Gobierno de Canarias, que el concreto sebadal afectado no supondría más que el 1,26% de la superficie total poblada por la especie en cuestión en el archipiélago, por lo que la construcción del puerto no pondría en peligro la existencia de dichas praderas marinas. Además, indica que ya se previeron medidas correctoras en la evaluación ambiental del proyecto en 2003, y cita un Dictamen de la Comisión Europea de 6 de noviembre de 2006, que consideraba la obra del puerto de Granadilla necesaria por razones imperiosas de interés público de primer orden.

Por ello, indica, debió haberse casado el auto impugnado y denegar la medida cautelar solicitada.

8. RUIDO

A) Es legítimo que el legislador estatal vincule el planeamiento urbanístico en materia de protección frente al ruido

En la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 8 de junio de 2012 (rec. núm. 126/2010)**, se resuelve un recurso conten-

cioso-administrativo interpuesto por la Xunta de Galicia contra determinados preceptos del Real Decreto 1367/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido en lo referente a la zonificación acústica, objetivos de calidad y emisiones acústicas, y contra la denegación expresa del requerimiento formulado por la Administración recurrente.

La Administración recurrente alega que el Estado ha invadido sus competencias exclusivas sobre urbanismo al establecer el contenido de los planes de urbanismo e imponer determinaciones específicas sobre el ruido al planificador. El Estado, por el contrario, considera fundamentadas dichas cláusulas en su competencia en materia de medio ambiente y sanidad.

El Tribunal Supremo comienza por destacar la importancia que la variable ambiental tiene sobre el urbanismo en las últimas normativas (FJ 3.º), y el carácter transversal y polifacético de la competencia medioambiental (FJ 4.º). A continuación resalta que la protección frente al ruido se proyecta sobre el urbanismo con un grado superior de intensidad que en otros ámbitos, y que esta protección «no puede quedar al albur de la mayor o menor sensibilidad de cada una (Administración) al respecto, sino que debe establecerse legal y reglamentariamente un umbral común de protección mediante, por lo que hace al caso, la vinculación al planificador urbanístico» (FJ 5.º).

Así, tras reconocer también la fundamentación sanitaria de esta vinculación del planeamiento (FJ 7.º), el TS desestima el recurso declarando el Real Decreto impugnado conforme con el ordenamiento jurídico.

9. FISCALIDAD AMBIENTAL

A) Tributos estatales en materia de aguas

a) *Canon de control de vertido: sujetos pasivos*

La **sentencia del TSJ de Valencia de 8 de mayo de 2012 (NR 3697/2008)** rechaza la argumentación del Ayuntamiento recurrente de que, al no realizar directamente el vertido al dominio público hidráulico, no pueda ser considerado sujeto pasivo del canon, toda vez que las competencias que le atribuye la LBRL son irrenunciables. Siendo pues responsabilidad de las corporaciones locales proveer a todas las aglomeraciones urbanas sitas en su municipio del preceptivo sistema de evacuación de aguas residuales, la Corporación Local titular del servicio habrá de ser ella la titular de la autorización, que es la condición que pone el RDPH para determinar el obligado al pago del canon.

b) *Canon de control de vertido: cuantificación*

Para tratar cuestiones propias de la cuantificación de este tributo siempre conviene introducir una explicación mínima acerca de las reglas de cálculo del mismo. El importe se alcanza multiplicando el volumen de vertido autorizado por el precio unitario de control de vertido. Este precio unitario se calcula multiplicando el precio básico por metro cúbico por un coeficiente de mayoración o minoración. Así pues, los elementos a considerar son

tres: el volumen de vertido; el precio básico de control de vertido por metro cúbico; y el coeficiente de mayoración o minoración.

El precio básico por metro cúbico se fija en 0,01653 euros para el agua residual urbana y en 0,04132 euros para el agua residual industrial. Estos precios básicos pueden revisarse periódicamente en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado (y la Ley de Presupuestos para 2012 lo ha hecho).

El coeficiente de mayoración o minoración se establece en función de la naturaleza, características y grado de contaminación del vertido, así como por la mayor calidad ambiental del medio físico en que se vierte. El coeficiente de mayoración del precio básico, que no podrá ser superior a 4, queda determinado en el anexo IV del RDPH. El cálculo se obtiene, para cada uno de los dos tipos de vertido previstos (agua residual urbana o industrial), del resultado de multiplicar tres factores correspondientes a los tres datos siguientes: características del vertido (de 1 a 1,28); grado de contaminación del vertido (de 0,5 a 2,5) y calidad ambiental del medio receptor (de 1 a 1,25). En el propio anexo se incluyen una serie de instrucciones operativas.

La **sentencia del TSJ de Valencia de 8 de mayo de 2012 (NR 3697/2008)** estima el recurso deducido por un ayuntamiento valenciano a la vista de la falta de explicación del cálculo del canon de control de vertidos, en particular la falta de explicación de por qué se emplea el método de estimación indirecta para calcular el volumen de vertido computado en cada una de las urbanizaciones que supuestamente vierten aguas al dominio público sin autorización.

En **dos sentencias del TSJ de Murcia de 23 de mayo de 2012 (NR 285 y 286/2008)** se considera, en primer lugar, que la autoridad de cuenca ha calculado correctamente el volumen de vertido. Para ello, teniendo en cuenta las características del municipio —un municipio pequeño—, se parte del número de habitantes, de la dotación de agua asignada por habitante y del porcentaje de volumen de retorno, todo ello según ciertas normas reglamentarias emanadas del Ministerio del ramo. Por lo demás, se trata de un volumen inferior al que figuraba en la solicitud municipal. En cuanto al coeficiente K de mayoración o minoración, al no cumplirse determinados límites de emisión, era innecesario medir los niveles de carga contaminante; además, procedía de un colector de saneamiento. En sentido análogo **otras de 28 de mayo de 2012 (NR 296/2008); 11 de junio de 2012 (NR 295/2008); 15 de junio de 2012 (NR 294/2008) y 9 de julio de 2012 (NR 284/2008)**.

Otra de las liquidaciones recurrida por el mismo ayuntamiento murciano ha sido anulada. Es el caso resuelto por la **sentencia del TSJ de Murcia de 11 de junio de 2012 (NR 293/2008)**. Tratándose de una liquidación dictada en ejecución de sentencia, la causa del fallo actual es la falta de motivación de una liquidación mayor que la fue inicialmente anulada en un conflicto previo. De una parte, se aparta del volumen de vertido consolidado en la liquidación primera (inferior). De otra, se fija un coeficiente K del 3,2 ($K_1 = 1,28$, $K_2 = 2,5$ y $K_3 = 1$) que tampoco se considera correcto, a la vista de los datos facilitados por el informe que se acompaña y que procede de la entidad regional que se ocupa de la depuración.

Reseñamos finalmente una **sentencia del TSJ de Asturias de 10 de julio de 2012 (NR 633/2011)**, que bebe de la reciente resolución del TS que ha anulado el apartado del RDPH según el cual «en todo caso se aplicará el coeficiente 4 de mayoración» (supuesto de vertidos ilegales).

B) Tributos autonómicos en materia de aguas*a) Hecho imponible*

La **sentencia del TSJ de Valencia de 23 de abril de 2012 (NR 1141/2009)**, estudiando las características de estos tributos —impuestos por el vertido y no tributos recuperadores de los costes de la actividad de depuración—, pone de manifiesto que se realiza el hecho imponible aunque el vertido sea evacuado a una fosa séptica con filtro biológico.

b) Cuantificación de los tributos

La **sentencia del TSJ de La Rioja de 31 de mayo de 2012 (NR 360/2011)** desestima el recurso deducido por el obligado tributario referido a la cuantía de las liquidaciones complementarias practicadas, empleando el método de estimación indirecta. Alega que en las liquidaciones no se ha aplicado el primer criterio de preferencia para la estimación indirecta de la base imponible para casos en los que no se dispone de contador, previsto en la normativa riojana (el consumo medio del contribuyente calculado sobre la base de los consumos conocidos de años anteriores); y se ha aplicado, sin justificación ni motivación alguna, el tercero de los criterios (el consumo medio del contribuyente de similares características). En concreto, reprocha que, en una liquidación, el volumen de agua que se le imputa lo obtiene la Administración de la media de 18 empresas conserveras, cuyas características, dimensiones y volumen de producción no pueden compararse con la recurrente y en otra tomando como referencia empresas cuyas características y dimensiones nada tienen que ver con la actora. También discute los valores de contaminación de demanda química de oxígeno (DQO), poniendo de manifiesto ciertas deficiencias en el procedimiento. La sala de Logroño rechaza estos argumentos. Replica señalando que para aplicar el primero de los criterios es necesaria la existencia de consumos conocidos de años anteriores, presupuesto que no concurre, advirtiendo de que no se deben confundir los consumos declarados con los conocidos y no hay certeza de nada. El TSJ respalda igualmente la manera en la que se ha determinado el parámetro DQO.

La **sentencia del TSJ de Valencia de 22 de mayo de 2012 (NR 805/2009)** rechaza que la actual no aplicación en el canon de saneamiento valenciano de primas por depuración privada no atenta contra los principios de justicia tributaria, teniendo en cuenta que sí consta la aplicación de un coeficiente corrector que valora la carga contaminante que se elimina del agua, esto es, bonificando el menor grado de contaminación de las aguas residuales.

c) Aplicación de los tributos

La **sentencia del TS de 17 de mayo de 2012 (NR 122/2010)** estima el recurso de casación para la unificación de criterios deducido por una empresa obligada al pago del canon de saneamiento de Asturias. La cuestión arranca del impago de las cantidades repercutidas y —dada la generalizada exclusión de responsabilidad sobre las empresas suministradoras que funcionan como sustitutos— si ello, y de qué modo, abre la posibilidad de apremiar al contribuyente repercutido. El Alto Tribunal rechaza que nos hallemos ante tributos de cobro periódico por recibo que dan origen a una vía de apremio sin haberse producido notificación personal ni edictal: no hay garantías, puesto que no hay una exposición pública de un registro ni plazos para impugnación. Dicho de otra manera, las facturas de la suminis-

tradora no pueden tener la condición de liquidaciones notificadas con los elementos que marca la LGT, por lo que no se puede despachar la providencia de apremio, sino iniciar un procedimiento de gestión tributaria. En el mismo sentido **otra de 21 de mayo de 2012 (NR 304/2010)**.

La **sentencia del TSJ de Cataluña de 14 de junio de 2012 (NR 99/2011)** trata de los procedimientos para determinar la cuota tributaria del canon del agua en lo que se refiere al tipo específico por la carga contaminante, en particular, a la posibilidad de instar un análisis dirimente que tercie entre los criterios administrativos y los del obligado tributario. La sala comparte los fundamentos de la sentencia apelada, en cuanto a que instar este procedimiento es una facultad del interesado (pero no más) y que no supone una carga excesiva y desproporcionada solicitar el tercer análisis ante la falta de notificación de los resultados por parte de la administración, cuando el interesado no solicitó el resultado inicial. Al entender de la sala no hay motivo para declarar la nulidad de ninguno de los preceptos reglamentarios que cubren la actuación llevada a cabo por la administración.

Finalmente la **sentencia del TSJ de Cataluña de 23 de julio de 2012 (NR 263/2011)** trata de los procedimientos de inspección en el canon del agua, en particular los referidos a la medición de la carga contaminante. La empresa apelante trataba de frenar la aplicación de los resultados obtenidos por la inspección, señalando que se debían a situaciones anormales específicas del momento en que se realizó el muestreo, pero no consigue demostrarlo.

d) Impuestos específicos sobre vertidos al litoral

La **sentencia del TSJ de Andalucía, Granada, de 9 de abril de 2012 (NR 48/2006)**, desestima el recurso deducido contra la liquidación por el antiguo canon de vertidos exigido por la Administración autonómica (ahora impuesto sobre vertidos al litoral). Se aducía la falta de cobertura legal de las normas reglamentarias que lo determinaban, lo que es rechazado. Asimismo, se discuten algunos de los elementos de cuantificación empleados, en particular el llamado coeficiente K, explicando la sala la corrección de la liquidación.

e) Impuesto sobre el daño medioambiental causado por el agua embalsada de Galicia

La **sentencia del TSJ de Galicia de 30 de marzo de 2012 (NR 15414/2011)**, resuelve un asunto referido al Impuesto sobre el daño medioambiental causado por el agua embalsada de Galicia. Se impugna una Orden de desarrollo, con pretensión de que la sala plantee cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley que le da cobertura, por la presunta vulneración del bloque de constitucionalidad, en particular, el artículo 6 de la LOFCA. La sala declara no haber lugar al planteamiento de la cuestión y desestima el recurso. Se tiene en cuenta, como no puede ser de otra manera, la reforma del apartado 3 del artículo 6 de la LOFCA, instrumentado en 2009.

C) Impuestos estatales sobre la energía

a) Impuesto sobre Ventas Minoristas de Hidrocarburos

En el caso resuelto por la **sentencia del TSJ de Asturias de 19 de abril de 2012 (NR 503/2011)**, la demandante parte de que la Comisión Europea había considerado que la

Ley española no se ajustaba al Derecho comunitario, al establecer y exigir un impuesto como éste, por lo cual solicita la aplicación directa del Derecho comunitario presuntamente infringido o como mucho el planteamiento de una prejudicial. La sala —al igual que otras— desestima el recurso y recuerda que las recomendaciones y dictámenes de la Comisión Europea no son vinculantes para los estados miembros, sin perjuicio de otros efectos que puedan tener. Rechaza que el contenido de las directivas a las que se apela —pretendidamente contrario al establecimiento de semejante figura— sea incondicional y suficientemente preciso en el campo que toca. En el conflicto tiene mucho que ver la pretendida finalidad específica del impuesto. Ha de tenerse en cuenta la reforma que ha experimentado esta figura —que pasará a integrarse en el impuesto sobre hidrocarburos— y que entrará en vigor en 2013.

D) Otros tributos autonómicos ambientales

a) *Impuestos sobre grandes superficies comerciales*

La **sentencia del Tribunal Constitucional 122/2012, de 5 de junio**, resuelve —por fin— el recurso de inconstitucionalidad que se presentó en relación con la Ley catalana que aprobó y reguló un impuesto autonómico sobre grandes establecimientos comerciales, pretendidamente medioambiental.

El recurso se basaba en la violación del artículo 6.3 de la LOFCA, según el cual, en la redacción vigente en el momento de establecerse el tributo, las Comunidades Autónomas podrían establecer y exigir tributos sobre las materias reservadas por la legislación de régimen local a las entidades locales sólo en los supuestos y con las condiciones previstas en dicha legislación. Se ponía de manifiesto que la materia sobre la que recaía este impuesto era análoga a las sometidas por el impuesto municipal sobre actividades económicas e incluso por el impuesto sobre bienes inmuebles. La demanda se agarra a la doctrina del propio Tribunal Constitucional y explica que en ningún caso puede considerarse que la materia gravada sea «la contaminación» o «el daño ambiental», sino la realización de actividades económicas.

Como es sabido, el artículo 6.3 de la LOFCA fue modificado a finales de 2009, reduciéndose mucho su carácter prohibitivo, de manera que lo no permitido pasa a ser la duplicación de hechos imposables. Dado que el juicio de constitucionalidad debe basarse en la normativa constitucional vigente en el momento de resolverse el recurso, el propio abogado del Estado consideró que debía declararse la pérdida de objeto del recurso, si bien desde Cataluña se manifestó el interés por un pronunciamiento explícito del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional dictará sentencia y señalará que con la nueva redacción del artículo 6.3 de la LOFCA, en efecto, lo único prohibido es establecer tributos sobre hechos imposables ya gravados por los entes locales. Y los hechos imposables del impuesto catalán y de los dos impuestos locales apelados no coinciden. En apariencia, lo gravado por el impuesto autonómico es la realización de un tipo específico de actividad comercial individual y no lo gravado por un impuesto general que afecta a todo tipo de actividades económicas (el IAE), ni tampoco por otro que somete la mera titularidad o el uso de los inmue-

bles en los cuales se desarrolla dicha forma de comercio (el IBI). No obstante lo cual, al entender del Tribunal Constitucional, estas diferencias entre los hechos imponible no son suficientes por sí mismas para entender superada la prohibición establecida en el artículo 6.3 de la LOFCA. El Tribunal añade la comparación de los preceptos dedicados a regular los elementos cuantitativos de estos impuestos, criterio que a su parecer es susceptible de ser utilizado para distinguir sus hechos imponible. Pues bien, dice el Tribunal, en la comparativa entre el impuesto autonómico y el IAE, que el parámetro que sirve para cuantificar la capacidad económica sometida a gravamen en ambos impuestos es análoga: la superficie. Pero que los elementos tomados por los dos legisladores para realizar el cómputo no son los mismos. Dice que en el impuesto autonómico la superficie no es un mero índice de riqueza, utilizado para cuantificar el tributo, sino que sirve también para calificar el tipo de actividad gravada y así identificar los sujetos pasivos que, a los efectos del impuesto, son grandes establecimientos comerciales. De manera que es el impacto negativo sobre el medio ambiente de este tipo de actividad sobre el territorio y el comercio tradicional lo que ha querido gravar el legislador. Añade que se trata de un tributo parcialmente extrafiscal.

En un primer análisis, me parece que son demasiadas explicaciones para algo tan claro, si es que se quiere trasladar al nuevo artículo 6.3 de la LOFCA la doctrina del artículo 6.2 sin cambiarla: lo único prohibido es duplicar hechos imponible. Más parece que el Tribunal Constitucional quiera poner nuevas trabas a las decisiones fiscales autonómicas, después de que se ha tenido que modificar el bloque de constitucionalidad para salir al paso de algo que no causó tanto la redacción de dicho bloque de constitucionalidad como una doctrina restrictiva que siempre me ha parecido muy errónea.

E) Incentivos fiscales en impuestos ordinarios

a) *Impuesto sobre Sociedades*

El **TSJ de Andalucía, Granada**, mediante **sentencia de 21 de mayo de 2012 (NR 97/2006)**, rechaza la aplicación de la deducción por inversiones ambientales que pretendía el sujeto pasivo (se trataba de inversiones para la adecuación de una explotación dedicada a la cría y engorde de ganado porcino a las exigencias legales). Explica la sala que la certificación que tiene que emitir la administración competente no sólo es relativa a que las inversiones se han realizado en ejecución de planes, programas, convenios o acuerdos aprobados o celebrados con la Administración, sino también de que las inversiones realizadas permitan alcanzar los niveles de protección previstos en dichos instrumentos. Al entender del TSJ las inversiones en cuestión no obedecían a plan, programa o acuerdo específico alguno.

JAVIER DOMPER FERRANDO
ANTONIO EDUARDO EMBID TELLO
ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED
SERGIO SALINAS ALCEGA
BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA
PATRICIA VALCÁRCEL
ANTONIO EMBID IRUJO

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

SUMARIO

1. NOTA PRELIMINAR.
 2. CÓDIGO ADUANERO COMUNITARIO.
 3. ENERGÍA.
 4. PRECIOS.
Precio de los medicamentos.
 5. TELECOMUNICACIONES.
Ordenanzas municipales y antenas de telefonía móvil.
 6. TRANSPORTE MARÍTIMO.
Delimitación del concepto de salvamento marítimo.
-

1. NOTA PRELIMINAR

Este número incluye las sentencias recogidas en los Cuadernos Aranzadi números 6 a 10 de 2012.

2. CÓDIGO ADUANERO COMUNITARIO

El **Tribunal Supremo, en su Sentencia de 25 de octubre de 2011**, resuelve el recurso de casación número 3366/2007 (RJ 2012/1555), interpuesto por una sociedad anónima contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 12 de marzo de 2007, por la que estimó parcialmente el recurso deducido por la misma entidad mercantil contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, que por su parte desestimó la alzada planteada frente al Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña.

El conflicto lo suscitó la liquidación por el concepto de Arancel Aduanero Común e IVA a la importación, en los ejercicios 1996 a 1998. En efecto, la entidad recurrente era titular de dos autorizaciones en Régimen de Perfeccionamiento Activo al amparo de las cuales importó determinados productos de los USA, con la finalidad de obtener con ellos

otros productos, y con suspensión de los derechos del Arancel Aduanero Común y del IVA a la importación. La Administración arguyó, para girar finalmente la liquidación, que la entidad societaria no había reexportado los productos compensados en el plazo de seis meses, previsto para ello en las autorizaciones, lo que suponía una infracción del artículo 114.a) del Reglamento comunitario 2913/92.

La sociedad actora plantea tres motivos de casación. El primero por una supuesta incongruencia cometida por la Sentencia de instancia, que no habría resuelto todas las cuestiones alegadas en la demanda. La Sala desestima este primer motivo: destaca que, a través de los razonamientos de la sentencia de instancia, puede deducirse, aunque sea tácitamente, el hilo conductor que ha llevado al Tribunal a sus conclusiones. La Sentencia del Tribunal Supremo añade que las remisiones que el Tribunal de instancia efectúa a los fundamentos de la resolución del TEAC son a mayor abundamiento. Por lo tanto, el Tribunal Supremo desestima este primer motivo de casación,

El segundo motivo de casación se defiende con base en una posible ausencia de motivación en las actas incoadas, puesto que, siempre según la entidad recurrente, no se habría detallado el modo en que se obtuvo la cuota correspondiente a los derechos arancelarios, entre otros aspectos. La Sentencia del Tribunal Supremo, a la vista de las actas, y sin mayores dificultades, concluye que las bases y las cuotas correspondientes a los derechos arancelarios y del IVA a la importación se detallan suficientemente. En consecuencia, también rechaza este otro motivo de casación.

En cuanto al tercer motivo de casación, el Tribunal da respuesta a la alegación de la parte recurrente, que entiende que se ha producido una infracción de las Normas del Código Aduanero Comunitario (Reglamento CEE 2913/92), con el argumento de que las liquidaciones impugnadas son improcedentes porque se refieren a deudas ya liquidadas e ingresadas en Bélgica de los productos perfeccionados.

Esta interpretación propuesta por la entidad mercantil es desestimada por el Tribunal Supremo, recordando que si la empresa autorizada no procede a reexportar el producto transformado en el plazo fijado por la Administración (en el presente supuesto eran seis meses), o bien no se envía a otro destino aduanero autorizado, la exención desaparece y el sujeto pasivo deberá abonar los derechos de Arancel e IVA a la importación, más los intereses compensatorios.

La Sentencia del Alto Tribunal señala que, en el presente asunto, unas veces no se contaba con la autorización de transferencia de los productos sometidos al régimen de perfeccionamiento activo, y que en otras no se cumplió el procedimiento reglamentario establecido. La sentencia añade que en ningún caso se realizó la ultimación a través de la Aduana de Barcelona.

La Sala indica que, con tales incumplimientos, bastaría para rechazar los motivos de casación, pero todavía analiza un último alegato de la entidad mercantil recurrente, que aduce que utilizó el régimen de tránsito externo, en base al cual las mercancías circulaban de aduana en aduana, y que desde el momento en que realizó las entregas en la Aduana de Gante quedó liberada de la responsabilidad por los derechos aduaneros e IVA a la importación, correspondiendo al operador receptor la obligación de reexportar en plazo y, si no lo hacía, el abono de dichos derechos.

Para el Tribunal Supremo, esta alegación de la sociedad recurrente ha de ser desestimada, porque las autorizaciones en Régimen de Perfeccionamiento Activo, de las que era titular, no establecían un sistema de transferencia, incluido el de tránsito externo. A todo ello, la Sala pone de manifiesto que no se ha demostrado de forma fehaciente que los referidos derechos fueran satisfechos en Bélgica, puesto que el documento adjunto a la demanda era únicamente una simple manifestación genérica. Por todo lo expuesto, el Tribunal Supremo desestima también este tercer motivo de casación.

3. ENERGÍA

La **Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2011** (rec. núm. 721/2009) se refiere a la problemática derivada de la instalación de líneas eléctricas y, en particular, la legalidad de la imposición a los propietarios de la obligación de costear dicha instalación en las urbanizaciones sin ningún tipo de repercusión sobre las empresas distribuidoras de energía, siempre que se trate de instalaciones necesarias y no exista sobredimensionamiento de la red.

En este punto, la Sala recuerda los argumentos que, anteriormente, había sostenido en la Sentencia de 7 de diciembre de 2010, en la que, entre otros aspectos, se afirmaba que el hecho de que el promotor deba sufragar los costes de la infraestructura eléctrica necesaria para garantizar el suministro regular y de calidad, y conectar la nueva instalación en las debidas condiciones a la red, no excluye que ello pueda beneficiar también a ulteriores usuarios, hipótesis expresamente prevista por el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, y para la que se contempla la figura de los convenios de resarcimiento.

Por su parte, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2011** (rec. núm. 349/2010) se refiere, una vez más, a la fijación de la tarifa eléctrica. En particular, la Sentencia resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) contra la Orden ITC/1732/2010, de 28 de junio, por la que se revisan los peajes de acceso, las tarifas y las primas de determinadas instalaciones de régimen especial.

En primer lugar, se aducía que se había infringido el procedimiento de elaboración de la Orden recurrida, dado que no fue sometida al trámite preceptivo de informe por parte del Consejo Consultivo de Electricidad. En este caso, reiterando lo establecido en la Sentencia de 31 de octubre de 2011, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso planteado al entender que el texto finalmente aprobado de la Orden difería del propuesto inicialmente por el Ministerio y sobre cuyo contenido versaron los informes preceptivos del Consejo Consultivo de Electricidad. Así, dado el carácter sustancial de la modificación operada, que suponía un giro relevante respecto del contenido de la Orden, era necesario retrotraer las actuaciones al trámite de informe del Consejo.

En segundo lugar, la Sala estima también parcialmente el recurso planteado por UNESA en atención a criterios de carácter material y es que, nuevamente sobre la base de lo establecido en la Sentencia de 31 de octubre de 2011, se considera que el hecho de que la Orden ITC/1732/2010, de 28 de junio, no previera de forma expresa los déficit de ingresos previstos ni los desajustes temporales que se produjeran en las liquidaciones de las acti-

vidades reguladas en el sector eléctrico era contrario a la Disposición Adicional Vigésima Primera de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

4. PRECIOS

Precio de los medicamentos

El ejercicio del poder regulador de la Administración del Estado sobre los precios de los medicamentos ha dado lugar a una notable litigiosidad. Los laboratorios fabricantes de medicamentos se han opuesto a las normas que han rebajado los precios de venta o los han congelado, añadiendo a su impugnación una reclamación por los daños derivados de la actuación administrativa.

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2011, recurso de casación 403/2010, incide de nuevo en esta problemática resolviendo el conflicto que se le plantea con una amplia remisión a la doctrina que ya estableció en su sentencia de 23 de mayo de 2011.

La recurrente alega que el mantenimiento de la congelación de precios de un determinado medicamento, establecida al amparo de lo dispuesto en el RD 2402/2004, había vulnerado lo dispuesto en la Directiva 89/105/CE y en el propio Real Decreto citado, ya que la congelación coyuntural debería haberse revisado anualmente para comprobar si se mantenían las condiciones macroeconómicas que justificaron su establecimiento. De esta ilegalidad deriva la acción de responsabilidad.

El Tribunal Supremo, como hemos dicho, reitera su doctrina anterior (Sentencia de 23 de mayo de 2011), en la que interpretó el sentido y alcance de la Directiva 89/105/CE. Para el Tribunal Supremo la Directiva no impide a los Estados miembros congelar los precios de los medicamentos, siempre que motiven de modo suficiente su decisión, de modo que los interesados puedan conocer que las medidas administrativas responden a principios objetivos y no son discriminatorias. Además, añade el Tribunal que el término «coyuntural» no es sinónimo de temporal sino de excepcional, por lo que al mantenerse las condiciones excepcionales que justificaron la medida puede mantenerse la congelación.

Aplicando la doctrina de la sentencia de mayo de 2011 al caso enjuiciado, el Tribunal concluye que la Administración ha respetado los criterios de la Directiva y ha comprobado *de facto* de modo anual que se mantenían los criterios que justificaron la congelación, aunque tal comprobación no se recogiera en un documento *ad hoc*.

Por todo ello, concluye que no existe una actuación ilegal de la que puede derivar la acción de responsabilidad. Además, añade que la recurrente no ha demostrado que en caso de haberse revisado las condiciones macroeconómicas aplicadas inicialmente necesariamente se debería haber modificado el régimen de congelación de precios, por lo que falta el elemento de la relación de causalidad que debe concurrir en toda reclamación de responsabilidad administrativa.

5. TELECOMUNICACIONES

Ordenanzas municipales y antenas de telefonía móvil

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2011** (rec. núm. 3833/2007) declara haber lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por Telefónica Móviles, S.A. contra la Sentencia del TSJ de Asturias de 30 de mayo de 2007 que había estimado parcialmente el recurso contencioso-administrativo contra la Ordenanza Municipal reguladora de las condiciones urbanísticas para la instalación y funcionamiento de elementos y equipos utilizados en la prestación de servicios de radiocomunicación en el término municipal de Avilés. El examen casacional de la sentencia de instancia lleva al Tribunal Supremo a acordar la nulidad del apartado 2.º del artículo 8.f) y de la disposición transitoria primera de la citada ordenanza y a ratificar, en cambio, la legalidad de las otras disposiciones cuestionadas (arts. 10.2.º y 3.º y disposición transitoria segunda).

De modo principal, el recurso sostiene que los referidos preceptos suponen una intromisión municipal en aspectos técnicos de las telecomunicaciones que son, en realidad, competencia exclusiva estatal. En términos generales, recuerda el Tribunal Supremo que, según su jurisprudencia (sistematizada en la reciente STS de 22 de marzo de 2011), la distribución de competencias en la materia se rige por la «distinción dialéctica entre cuestiones atinentes al urbanismo/ordenación del territorio y sanidad/medio ambiente, aptas para ser objeto de competencia autonómica y municipal, y las básicamente técnicas que encajan en la competencia exclusiva estatal» consagrada en el artículo 149.1.21.^a de la Constitución sobre el régimen general de las comunicaciones y sobre las telecomunicaciones. Esta distribución competencial cuenta también con un sólido respaldo del Tribunal Constitucional, desde sus SSTS 168/1993 y 244/1993 a la más reciente STC 31/2010, sobre determinados preceptos del estatuto de autonomía de Cataluña. En definitiva, aunque ciertamente la competencia estatal no haya de prevalecer siempre sobre las competencias sectoriales autonómicas y locales que incidan en materia de telecomunicaciones, la regulación estatal «no es un simple mínimo común que pueda ser unilateralmente ampliado por las comunidades autónomas», sino más bien «un marco normativo general con vocación de aplicación sobre la totalidad del territorio nacional que pondera equilibradamente los diferentes intereses concurrentes» (libertad de empresa y exigencias ambientales y sanitarias) y, en última instancia la unidad de mercado.

Partiendo de esta base argumental, el Tribunal analiza de forma individualizada el pronunciamiento de la sentencia de instancia en relación con los distintos artículos de la ordenanza cuestionados, a efectos de determinar si se vinculan a aspectos técnicos de las telecomunicaciones o más bien con elementos urbanísticos, medioambientales o sanitarios. En primer lugar, rechaza el recurso en relación con el artículo 8.f) 1.º de la ordenanza (que fija la distancia de 15 metros respecto de cualquier otro edificio con ocupación permanente por encima de un plano horizontal situado 3 m por encima de dichas instalaciones), al entender que el Ayuntamiento justificó claramente la finalidad nítidamente urbanística de esta previsión, «centradas en el impacto visual frontal que causaría la instalación de una estación-base sobre las viviendas ubicadas», lo que encaja dentro del ámbito competencial municipal y, en consecuencia, de la ordenanza. El mismo argumento sirve para tomar la decisión contraria en relación con el supuesto 2.º del mismo artículo 8.f) de la ordenanza

que fija la necesaria distancia de «cien metros en el plano horizontal respecto de las viviendas más próximas». En este caso, el Tribunal declara la nulidad del precepto al no considerar acreditada la finalidad urbanística de dicha medida en las alegaciones del ayuntamiento, que se limitó a justificarla por la necesidad de tutelar de los intereses patrimoniales particulares de los propietarios de esas viviendas, lo que queda fuera de la competencia municipal e incluso puede chocar con el necesario respeto a los intereses generales del artículo 103 CE. Finalmente, el Tribunal mantiene en vigor y rechaza, por tanto, el recurso en relación con el tercero de los apartados del artículo 8.f), que ordena una distancia mínima de 300 metros respecto de cualquier otra antena de telefonía móvil, al admitir de forma implícita que no se refiere a aspectos técnicos y sobre todo al considerar faltas de sustento las afirmaciones de la recurrente según la cual tal previsión imponía un aumento de la potencia de las emisiones que contravenía la normativa estatal de referencia. Por otra parte, aunque llega a admitirse que no se justifica la competencia local en la materia para establecer el régimen especial de «zonas sensibles» del artículo 10, el Tribunal rehúsa pronunciarse en casación sobre este precepto al no haberlo hecho la sentencia de instancia. Precisamente este es el objeto del voto particular del Magistrado Excmo. Sr. D. J.E. Peces Morate, a su vez ponente de la sentencia, por entender que el Tribunal *a quo* sí se pronunció, aunque genéricamente, sobre este artículo y que, en consecuencia, su apartado 3.º debió haber sido declarado nulo.

Bajo fundamentos de discusión distintos a los competenciales, se acuerda la nulidad de la disposición transitoria primera, que fija un régimen de revocación de licencias de las instalaciones que no se adapten a la ordenanza y causen impacto «medioambiental, visual o de salubridad no admisible», por considerarse contraria a Derecho la falta de previsión de un correlativo régimen indemnizatorio.

6. TRANSPORTE MARÍTIMO

Delimitación del concepto de salvamento marítimo

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2011** resuelve el recurso de casación número 4690/2009 (RJ 2012/1199), interpuesto contra la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, de 17 de junio de 2009, que a su vez desestimó el recurso contencioso-administrativo formalizado por una sociedad anónima dedicada a la actividad de remolque de puerto y altura frente a la Resolución del Tribunal Marítimo Central, de 17 de enero de 2007, confirmada por el Acuerdo del Almirante jefe del Estado mayor de la Armada, de 25 de mayo de 2007.

Los hechos se remontan a los días 28 y 29 de julio de 2005, cuando una draga de bandera alemana, que se encontraba al Sureste de Tarragona, a 45 millas, sufrió un fuego a bordo descontrolado en la sala de máquinas y en su compartimiento central de control. Diversos remolcadores fueron puestos en aviso y acudieron al lugar donde se encontraba la mencionada draga, con el fin de contribuir a extinguir el fuego.

Las resoluciones impugnadas concluyeron que el primero de los remolcadores que llegó a las inmediaciones de la draga desarrolló una actuación calificada de salvamento, a

tenor del artículo 10 de la Ley 60/1962, porque intervino decisivamente en la contención del fuego, con el consiguiente riesgo para su tripulación, mientras que las intervenciones de otros tres remolcadores, si bien excedieron de la consideración de simple remolque, no pueden ser definidas con el grado de salvamento, por la ausencia de plenitud de la situación de peligro.

La armadora de uno de esos tres remolcadores alega que la actuación del mismo debe ser calificada de salvamento, lo que implica el derecho a obtener una remuneración y un premio de mucha mayor cantidad.

La Sentencia del Tribunal Supremo, tras reproducir el contenido de la Sentencia de instancia, incluido un detenido examen de los hechos, analiza los tres motivos de casación planteados por la entidad recurrente, y los acaba desestimando de conformidad con los siguientes argumentos.

En cuanto al primer motivo de casación, la parte actora alega, con base en el artículo 88.1.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que la Sentencia de instancia no habría decidido cuál es el elemento de juicio utilizado para determinar la distinta calificación de auxilio y salvamento, y tampoco habría indicado el criterio para fijar la remuneración y distribución entre todos los intervinientes.

El Tribunal Supremo desestima este primer motivo casacional, puesto que señala que la Sentencia impugnada sí expone las razones por las que consideró que la actuación de uno de los remolcadores merece la calificación de salvamento, y la intervención de los otros se califica como auxilio marítimo; en este sentido, el Tribunal *a quo* se remitió en parte a una sentencia anteriormente recaída sobre el mismo asunto. Por lo tanto, el Tribunal Supremo no aprecia falta de motivación en la resolución judicial de instancia.

En el segundo motivo de casación, planteado también al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley jurisdiccional, se alega indefensión para la parte, porque el Tribunal *a quo* habría declarado concluso el recurso contencioso-administrativo, pese a que estaría pendiente la práctica de una prueba testifical admitida y relevante para la decisión. El Tribunal Supremo desestima este otro motivo de casación, porque constata que dicha prueba testifical sí fue practicada, y su resultado fue trasladado a las partes procesales, quienes pudieron efectuar las alegaciones pertinentes.

Es en el tercer motivo de casación (Fundamento de Derecho Cuarto) donde la Sentencia del Tribunal Supremo examina los aspectos más relevantes del asunto propuesto, al dar respuesta a la alegación de la armadora del buque remolcador, relativa a que la Sentencia de instancia habría vulnerado el artículo 1.º de la Ley 60/1962, sobre auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimas; y el artículo 1.º del Convenio de Bruselas de 23 de septiembre de 1910.

Para la entidad reclamante en casación, se produciría la citada infracción puesto que la Sentencia *a quo* habría diferenciado entre los conceptos tradicionales de auxilio y salvamento, para la calificación jurídica del servicio marítimo y para el otorgamiento de la remuneración. La parte actora añade que, por el valor del buque y por el tiempo dedicado, su barco efectuó una actuación de salvamento.

La Sentencia del Tribunal Supremo rechaza estas alegaciones. Empieza por señalar que, si bien ha atendido en otras ocasiones al grado y momento en que se presta la ayuda a

un buque, para distinguir entre auxilio y salvamento, en cualquier caso se trata de un único régimen normativo del servicio, y la distinta retribución obedece a la aplicación de unas mismas bases, referidas a la pericia, dedicación y riesgo soportado por cada uno en el servicio. Destaca el Tribunal Supremo que así resulta igualmente de las reglas uniformes del vigente Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo, de 1989.

A continuación, el Alto Tribunal expone que la remuneración de la labor de asistencia útil del buque en situación de peligro mediante actos que exceden lo normalmente exigible a los buques salvadores se encuentra fijada, en defecto de mutuo acuerdo, en las bases recogidas en el artículo 9 de la Ley 60/1962, que tienen en cuenta las circunstancias de los intervinientes.

En este sentido, la calificación como salvamento para la intervención del remolcador que alcanzó en primer lugar a la draga incendiada obedece a la labor de contención del incendio, con riesgo para la tripulación que acudía al rescate, por la proximidad que tal operación requería al buque asistido, en función de la refrigeración de sus compartimentos.

En cambio, prosigue la Sentencia del Alto Tribunal, los otros tres remolcadores efectuaron una asistencia paliativa de la situación de peligro de la draga siniestrada: había riesgo porque no se había extinguido aún el incendio, pero sin tanta intensidad.

Llegados a este punto, el Tribunal Supremo recuerda la jurisprudencia que ha indicado que el Tribunal Marítimo Central es un órgano permanente, con competencia en todo el territorio nacional, cuyos componentes están altamente especializados y son ajenos a los asuntos de las partes. Por ello, para la Sentencia del Tribunal Supremo, las resoluciones de este órgano gozan de presunción de acierto, y sólo cabrá rectificar el importe total del premio, o su distribución entre los participantes, cuando la Administración no haya apreciado de manera conveniente los hechos o circunstancias determinantes del tema discutido, o bien haya desconocido las exigencias de proporcionalidad, facilitando el enriquecimiento injusto de algunas de las partes.

Para el Tribunal Supremo, la aplicación de esta doctrina permite constatar que la parte recurrente sólo ha mostrado su discrepancia en torno a la preferencia de algunas de las circunstancias a considerar (como el valor de los remolcadores y el tiempo dedicado por cada uno de ellos), y no ha tenido presente las otras.

A estos efectos, el Tribunal Supremo señala que también debe premiarse la minoración del tiempo previsible como necesario para la solución de la situación del peligro debida a la pericia y mérito del salvador. El Alto Tribunal concluye que la simple comparación entre el valor de los buques y el tiempo dedicado no justifica que el Tribunal Marítimo haya incurrido en error o en infracción del principio de proporcionalidad.

RICARD GRACIA RETORTILLO

JOSEP MOLLEVI I BORTOLO

JOAQUÍN TORNOS MAS

MARC VILALTA REIXACH

XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD

SUMARIO

1. CONSUMO.
 - A) **Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sistema de ejecución de títulos sobre bienes hipotecados.**
 2. DEPORTE.
 - A) **Pagos que encubren una forma de retribuir a futbolistas sus servicios profesionales, sin retenciones fiscales por IRPF, enmascarados como pagos de derechos federativos.**
 3. EDUCACIÓN.
 - A) **No universitaria.**
 - a) Desautorizada la interpretación judicial que inaplica el límite legal de 25 alumnos por aula para la Educación Primaria en los centros escolares sostenidos con fondos públicos.
 - b) Nulidad del Decreto catalán de ordenación de las enseñanzas del segundo ciclo de la educación infantil, por razón lingüística.
 - c) Nulidad del Decreto vasco del currículo en Bachillerato en lo relativo a la asignatura de Religión.
 - d) Legalidad de la denegación del régimen de concierto a centros privados en sistema de educación separada por sexos.
 - B) **Universitaria.**
 - a) Compatibilidad con la docencia universitaria.
 4. EXTRANJEROS.
 - A) **Permisos y visados.**
 - B) **Asilo y condición de refugiado.**
 - C) **Nacionalidad.**
 5. JUEGO.
 - A) **Competencias para la modificación de tasas sobre rifas, tómbolas, apuestas y combinaciones aleatorias.**
 6. SANIDAD.
 - A) **Legalidad del Real Decreto que regula la «receta electrónica».**
 - B) **Consentimiento informado.**
-

1. CONSUMO

A) Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sistema de ejecución de títulos sobre bienes hipotecados

En las **Conclusiones** de la abogada general Juliane KOKOTT presentadas el **8 de noviembre de 2012**, ante el **Tribunal de Justicia** en el **Asunto C-415/11 (Mohamed Aziz contra Catalunyaixa)**, petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona) se analiza la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores en relación con el sistema de ejecución de títulos sobre bienes hipotecados en España.

Al efecto se concluye, en primer lugar, que no constituye una protección efectiva contra las cláusulas abusivas del contrato el hecho de que el consumidor, a raíz de dichas cláusulas, deba soportar indefenso la ejecución de la hipoteca con la consiguiente subasta forzosa de su vivienda y la pérdida de la propiedad y el desalojo subsiguientes, y que sólo con posterioridad esté legitimado para ejercitar la acción de daños y perjuicios. La Directiva 93/13 exige que el consumidor disponga de un recurso legal eficaz para que se compruebe el carácter abusivo de las cláusulas de su contrato de préstamo, y que mediante dicho recurso pueda, en su caso, detenerse la ejecución forzosa.

Por consiguiente, a efectos del litigio principal lo decisivo es que el principio de efectividad exige, en todo caso, que el órgano jurisdiccional que conoce del procedimiento declarativo debe disponer de la posibilidad de suspender (de forma provisional) el procedimiento ejecutivo, con objeto de detener la ejecución forzosa, hasta que se haya comprobado el carácter abusivo de una cláusula contractual, de modo que se impida que el procedimiento ejecutivo cree una situación perjudicial para el consumidor que posteriormente sea de muy difícil o imposible reparación.

Asimismo, en segundo lugar, un sistema de ejecución de títulos notariales sobre bienes hipotecados o pignorados en el que las posibilidades de oposición frente a la ejecución se encuentran restringidas es incompatible con la Directiva 93/13 cuando el consumidor, ni en el propio procedimiento ejecutivo, ni en un procedimiento judicial separado, puede obtener una tutela jurídica efectiva para ejercitar los derechos reconocidos en dicha Directiva, por ejemplo mediante una resolución judicial que suspenda provisionalmente la ejecución forzosa. El artículo 3 de la Directiva 93/13 establece expresamente que una cláusula sólo se considerará abusiva si, pese a las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Sólo mediante una apreciación global de todas las circunstancias individuales del contrato, como indica el artículo 4, apartado 1, de la Directiva, puede determinarse si la alteración que produce la cláusula en los derechos y obligaciones contractuales, con respecto a la regulación legal, causa un importante desequilibrio en detrimento del consumidor. En particular, habrá de considerarse que un desequilibrio importante es injustificado cuando los derechos y obligaciones del consumidor se recortan hasta tal punto que quien establece las condiciones del contrato no pueda considerar de buena fe que el consumidor habría dado su consentimiento a tales estipulaciones en el marco de una negociación individual del contrato.

Por lo tanto, en el litigio principal es ante todo relevante la configuración de las normas legales sobre la resolución del contrato de préstamo, en particular los presupuestos con arreglo a los cuales el prestamista está legitimado para, en caso de mora del deudor por falta de pago de una sola cuota, resolver y dar por vencido todo el préstamo. Acto seguido, la cláusula controvertida debe valorarse de acuerdo con este criterio. A este respecto ha de tenerse en cuenta, por una parte, que la obligación de pago de las cuotas es la obligación contractual esencial del prestatario. Por otra parte, al responder a la pregunta de si basta con el impago de tan sólo una cuota para que no quepa esperar razonablemente que la caja de ahorros siga cumpliendo el contrato, debe tenerse en cuenta que con la hipoteca se concedió una garantía a la caja de ahorros y que la mora de una sola cuota puede deberse a un mero error y no necesariamente a dificultades de pago del prestatario. Además, el importe del préstamo garantizado, su duración y su importancia vital para el prestatario han de ponerse en relación con el interés de la prestamista en poder liberarse del contrato tras el impago de una sola cuota del préstamo. El órgano jurisdiccional remitente también tiene que considerar, por último, qué posibilidades deja al consumidor el Derecho nacional, incluido el Derecho procesal nacional, para poner remedio a los efectos de un vencimiento total.

En resumen, como segunda conclusión parcial, debe señalarse que corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar con arreglo al artículo 3, apartados 1 y 3, de la Directiva 93/13 el carácter abusivo de una cláusula de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores. En el caso de una cláusula por la que el acreedor puede dar por vencido anticipadamente un crédito inmobiliario, el órgano jurisdiccional debe examinar, en particular, en qué medida la cláusula se aparta de la normativa legal que a falta de pacto sería aplicable, si lo estipulado en la cláusula responde a una razón objetiva y si el consumidor, a pesar de la alteración del equilibrio contractual en favor de quien ejerce la cláusula, no queda desprotegido con respecto al contenido normativo de la cláusula en cuestión.

Finalmente, es objeto de la segunda cuestión prejudicial una cláusula sobre los intereses de demora. En el caso de autos, la cláusula sexta del contrato controvertido en el litigio principal establece que por el hecho de incurrir en mora, el prestatario, sin necesidad de intimación, deberá abonar intereses de demora al tipo anual del 18,75%. El tipo de interés ordinario pactado inicialmente en el préstamo, en cambio, era de un 4,87%. Si la finalidad del interés de demora es únicamente fijar un importe a tanto alzado para indemnizar los perjuicios causados por la mora, el tipo de interés de demora será claramente excesivo cuando rebase ampliamente los perjuicios concretos que previsiblemente cause dicha mora. Sin embargo, parece evidente que un tipo de interés de demora más alto incita al deudor a no incurrir en mora en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y a poner fin rápidamente a la situación de mora en que haya incurrido. Si el tipo de interés de demora, con arreglo al Derecho nacional, pretende que se cumpla con lo pactado y, con ello, procura que se mantenga una ética de pago, cabrá calificarlo de abusivo desde el momento en que sea claramente más elevado de lo necesario para alcanzar ese objetivo.

2. DEPORTE

A) Pagos que encubren una forma de retribuir a futbolistas sus servicios profesionales, sin retenciones fiscales por IRPF, enmascarados como pagos de derechos federativos

La STS de 24 de septiembre de 2012, Ar. 9409, estimando el recurso contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, declara (i) que «los titulares de los derechos federativos son, exclusivamente, los clubes mientras dure la relación laboral con el jugador, que los mismos pueden ceder o transmitir, temporal o definitivamente, dichos derechos a otro club, siempre con consentimiento del jugador, y que, de la cantidad percibida por la cesión o traspaso, el futbolista tendrá derecho a un porcentaje que no podrá ser inferior al 15 por 100, extinguiéndose en el momento de la cesión o traspaso la relación laboral entre el jugador y el club cedente»; (ii) «[l]os cobros efectuados por los jugadores profesionales, por mediación de terceros residentes en el extranjero, deben ser considerados como rendimientos del trabajo personal, pues tiene su causa y razón de ser, precisamente, en la relación laboral que vincula al futbolista con la entidad pagadora», y (iii) no habiéndose acreditado que los pagos efectuados por el club o sociedad anónima deportiva a la persona o sociedad tercera derivaban de una relación jurídica distinta del contrato laboral celebrado con el deportista profesional, cabe legítimamente presumir que eran una parte de la retribución de éste entregada a un tercero, operación que, siendo perfectamente posible en derecho, no impide su calificación fiscal como rendimientos del trabajo del jugador».

Aclarado cuanto antecede el único motivo de casación que se imputa es la infracción de la legislación tributaria y de IRPF, porque al ser exclusivamente las sociedades anónimas deportivas (SAD) o los clubes quienes pueden ser titulares de los derechos federativos, resulta lícito presumir, como hizo la Administración tributaria, que los pagos efectuados por una SAD en tal concepto a quienes no ostentaban ninguna de aquellas dos condiciones tenían como destinatarios reales a los propios futbolistas, constituyendo una retribución salarial de estos sujeta a retención a cuenta del impuesto sobre la renta de las personas físicas. El TS considera suficiente para aplicar esa presunción que la Administración tributaria se dirigiera a la SAD pidiéndole que aportara cualquier prueba documental que justificase la cesión por los futbolistas a la sociedad o a terceros del derecho a contratar sus servicios, sin que se aportase documento alguno por la SAD.

Al efecto, para que las presunciones no establecidas por la Ley sean admisibles como medio de prueba es indispensable que entre el hecho demostrado y aquél que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. El curso normal es que los derechos federativos permanezcan en la titularidad del club que contrata al jugador o que los ceda a otro club, con consentimiento del deportista, quien, además, tiene derecho a recibir el 15% del importe de la operación. Cuando el flujo económico sale de este circuito e interviene una compañía foránea, que nada tiene que ver con el club que ha contratado al futbolista, se presume que constituye una forma de retribuir a este último, salvo que se demuestre que los pagos tienen su causa en una relación distinta.

Siendo así, le correspondía al club de fútbol acreditar que, pese a ello, la cesión retribuida a una entidad ajena al club o a cualquier otro de los derechos económicos derivados de los federativos no constituía una forma de retribuir el trabajo personal de los deportistas.

Por consiguiente, la conclusión de la Sala de instancia, afirmando la inexistencia de prueba suficiente de que las cantidades abonadas por la SAD fueran en realidad percibidas por los jugadores en ejecución de unos contratos firmados con esos terceros, conclusión que obtiene del hecho de que la Administración tributaria se limitase a dirigirse a dicha entidad deportiva, sin hacerlo a los jugadores para acreditar su grado de vinculación con las sociedades a las que fueron a parar los pagos, ni regularizarles, como tampoco a esas mismas sociedades, desconoce la esencia de esa presunción.

Por lo tanto, a juicio del TS, le bastaba a la Administración con dirigirse a la SAD para que aportase cualquier prueba que justificase la cesión por los futbolistas a terceros de sus derechos económicos derivados de los federativos y constatar que el mencionado club no atendió al requerimiento, para presumir que esos pagos a terceros encubrían en realidad una forma de retribuir a los jugadores sus servicios profesionales, retribución sometida al impuesto sobre la renta de las personas físicas de aquéllos y, por ende, sujeta a retención en la fuente, obligación de retención que incumbía exclusivamente a la SAD.

3. EDUCACIÓN

A) No universitaria

a) *Desautorizada la interpretación judicial que inaplica el límite legal de 25 alumnos por aula para la Educación Primaria en los centros escolares sostenidos con fondos públicos*

Así lo establece la **STS de 30 de marzo de 2012**, rec. 94/2010, dictada en un recurso de casación en interés de la ley, en relación con la interpretación efectuada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (con sede en Sevilla), considerando inadmisibles que se inaplique un precepto legal, sin plantear la debida cuestión de inconstitucionalidad, y fijando la siguiente doctrina legal: «No es posible el aumento judicial de la *ratio* para la Educación Primaria en los centros escolares sostenidos con fondos públicos por encima del límite fijado por el art. 157.1 a) de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, con fundamento en el derecho a la libre elección de centro escolar ni en el derecho de los padres a que los hijos reciban la educación moral y religiosa que esté acorde a sus propias convicciones».

b) *Nulidad del Decreto catalán de ordenación de las enseñanzas del segundo ciclo de la educación infantil, por razón lingüística*

La **STS de 12 de junio de 2012**, rec. 5825/2011, estimando el recurso contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, declara nulo de pleno derecho el Decreto catalán (controvertido, sobre todo, por el aspecto lingüístico de la educación). De esta larga Sentencia quizá lo que más proceda destacar es que su *ratio decidendi* fundamental achaca a la disposición reglamentaria autonómica que reproduzca literalmente algunas disposiciones del Estatut, pero sin tener suficientemente en cuenta la Sentencia interpretativa del Tribunal Constitucional al respecto; esto es, que lo que no era inconstitucional

en las disposiciones estatutarias, interpretándose de la manera establecida por el Tribunal Constitucional, sí resulta inconstitucional en una norma autonómica de desarrollo. Así, dirá el Tribunal Supremo: «De ahí que la norma reglamentaria interpretada conforme a esa Doctrina para ser constitucional [se refiere a la establecida por el Tribunal Constitucional en su STC 31/2010], deba expresar que el castellano es lengua vehicular y docente junto con el catalán, y que la utilización de esa lengua como vehicular y docente constituye en el sistema educativo catalán un derecho constitucionalmente reconocido, que no puede quedar sometido en su ejercicio a la condición de que se solicite por quien lo posea a título individual. O lo que es lo mismo, la norma reglamentaria, último producto normativo, debe explícitamente asumir esa doctrina constitucional, y declarar el carácter docente y vehicular del castellano, junto con el catalán, de modo que si esa es la lengua habitual del alumno ese derecho se le ha de reconocer sin necesidad de que se inste».

c) *Nulidad del Decreto vasco del currículo en Bachillerato en lo relativo a la asignatura de Religión*

Así lo dispone la **STS de 20 de julio de 2012**, rec. 580/2011, Ar. 7978, que casa la recurrida del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en último término por entender que, al no establecer y organizar otras alternativas académicas a la enseñanza de la Religión, se incumple el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979 (cuando exige que el plan educativo del Bachillerato ha de incluir la enseñanza de la religión católica «en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales»).

d) *Legalidad de la denegación del régimen de concierto a centros privados en sistema de educación separada por sexos*

La **STS de 23 de julio de 2012**, rec. 4591/2011, Ar. 7991, así lo establece al considerar que, si bien nadie pone en duda la legitimidad del sistema de educación diferenciada, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2005 ya no es posible que esos centros privados puedan tener la condición de concertados y sostenidos con fondos públicos, cuando expresamente en el régimen legal de admisión ahora se prohíbe la discriminación por razón de sexo. Lo que tampoco perturba ningún derecho constitucional de los padres (que conservan su derecho a la libre elección de centro) ni de los titulares de creación de centros con ideario o carácter propio y sin que se vulnere el art. 27.9 CE porque determinados centros no puedan acceder al concierto si no reúnen los requisitos que la Ley establece. A este parecer mayoritario le acompaña un voto particular suscrito por un Magistrado.

B) Universitaria

a) *Compatibilidad con la docencia universitaria*

La **STS de 4 de junio de 2012**, rec. 220/2012, reitera un conocido criterio jurisprudencial (mencionado ya en algunas anteriores crónicas) con respecto a la compatibilidad que debe autorizar el Consejo General del Poder Judicial para el ejercicio de la docencia universitaria. En esta Sentencia ratifica la legalidad de la denegación al considerar que podía afectar negativamente a la actividad jurisdiccional, por la hora para la que se solicitaba.

4. EXTRANJEROS

A) Permisos y visados

Con respecto a una denegación de *visado de estudios* a una menor, la **STS de 10 de mayo de 2012**, rec. 332/2010, Ar. 6609, hace un completo repaso de los requisitos exigidos al efecto, con especial detenimiento en el de la motivación (y llegando a la conclusión, en el caso, de que no se habían ofrecido suficientes garantías de retorno).

En cuanto a los *visados por reagrupación familiar*, podemos mencionar varias sentencias. Así, algunas de ellas ratifican la legalidad de la denegación no por acreditar suficientemente los datos requeridos y persistir dudas sobre la identidad o sobre la relación familiar con el reagrupante o sobre la validez de los documentos presentados (*vid.* las **SSTS de 20 de abril de 2012**, rec. 3073/2011, Ar. 3949; de **11 de mayo de 2012**, rec. 5302/2011, Ar. 6666; de **30 de mayo de 2012**, rec. 6279/2011, Ar. 7119; de **6 de julio de 2012**, rec. 6280/2011, Ar. 8080) o dependencia económica con respecto al reagrupante (**SSTS de 27 de abril de 2012**, rec. 5245/2011, Ar. 6404; rec. 7669/2011, Ar. 6408) o, incluso, por indicios suficientes de que el matrimonio celebrado lo fue de conveniencia (**STS de 18 de julio de 2012**, rec. 6444/2011, Ar. 7922).

Sin embargo, la **STS de 6 de junio de 2012**, rec. 5247/2011, Ar. 7280, anula una denegación por la indebida exigencia de que se trasladase a España todo el núcleo familiar de la reagrupante. La **STS de 8 de junio de 2012**, rec. 5946/2011, Ar. 7313, hace lo propio al interpretar más flexiblemente el requisito de «estar a cargo», como garantía de los recursos necesarios para la subsistencia del miembro de la familia. En fin, la **STS de 15 de junio de 2012**, rec. 6249/2011, Ar. 7434, recoge un significativo supuesto de discrepancia entre órganos administrativos que intervienen en el procedimiento, y conviene recoger cómo lo resuelve el Tribunal Supremo: «si bien por Resolución de 22 de diciembre de 2008 la Delegación del Gobierno en Madrid concedió autorización de residencia temporal por agrupación familiar a favor de la madre de la hoy recurrente, residente en España, sin embargo, posteriormente, se deniega el visado necesario para entrar en territorio nacional por entender el Cónsul actuante que las circunstancias de la solicitante no justificaban la necesidad de autorizar su residencia en España. Ahora bien, aunque no figura en el expediente ninguna advertencia sobre hipotéticas irregularidades en la documentación aportada por la solicitante de la reagrupación que permitiera poner en duda la validez de la misma, al resolver sobre la solicitud de visado, el Cónsul vino a considerar, aunque fuera de forma implícita, pero en todo caso evidente, la equivocación cometida al conceder el permiso de residencia temporal por reagrupación familiar en favor de la madre de la recurrente. No obstante, si un órgano de la Administración llega a la conclusión de que otro órgano de la misma Administración ha interpretado o aplicado mal el Derecho y ha concedido lo que no debía, no puede obviar lo acordado y reconducir las cosas según su criterio sobre lo que es o no conforme a derecho, sino que ha de estar y pasar por lo reconocido, sin perjuicio de promover (si procede) la revisión de oficio de lo que reputa incorrectamente concedido».

B) Asilo y condición de refugiado

Las **SSTS de 21 y 23 de mayo de 2012**, rec. 4102/2011, Ar. 6899, y rec. 4699/2011, Ar. 6982, respectivamente, conceden la *permanencia en España por razones humanitarias*

—para lo que no se requiere la constatación de una persecución individual (que, en caso de acreditarse suficientemente, daría lugar, sin más, a la concesión de asilo), sino que cobra más relieve el análisis del conflicto social y la evolución del país de origen—, atendiendo fundamentalmente al Informe de ACNUR sobre la evolución de la situación general en Costa de Marfil.

Se han producido también algunas otras sentencias denegatorias, pero aquí sólo mencionaremos la **STS de 6 de julio de 2012**, rec. 6426/2011, Ar. 7761, que sintetiza la postura del Tribunal Supremo con respecto a la violencia ejercida sobre las mujeres y la protección de asilo: «como ya expusieramos en la Sentencia de esta misma Sala y Sección de 19 de septiembre de 2011, son ya numerosas las sentencias de esta Sala que han declarado, primero, que la persecución por razón de sexo resulta encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales a que se refiere la Convención de Ginebra de 1951, y segundo, que una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo. Más concretamente, sobre los malos tratos a las mujeres en el ámbito familiar (la llamada “violencia doméstica”) hemos dicho en nuestra reciente sentencia de 15 de junio de 2011 que “la reforma de la Ley española de asilo, introducida por la Ley Orgánica 3/2007, permite identificar como sujetos protegibles a aquellas personas pertenecientes al género femenino que sufren violaciones de sus derechos humanos inderogables, y, concretamente, a aquellas que padecen una grave discriminación en su países de origen, derivada del reconocimiento de un estatuto legal de subordinación, contrario al principio de igualdad de mujeres y hombres, y que no gozan de protección jurídica eficaz frente a actos graves de violencia sexual o de violencia doméstica, atentatorios contra la dignidad y la integridad física y moral”».

En fin, con respecto a la concesión del *estatuto de apátrida*, vuelven a reiterarse los problemas que presentan los ciudadanos saharauis a los que se les deniega la renovación del pasaporte y se encuentran sin nacionalidad, marroquí, argelina ni española (*vid. SSTS de 27 de abril y 11 y 29 de mayo de 2012*, rec. 6061, Ar. 6407; rec. 4387/2011, Ar. 6667; y rec. 3768/2011, Ar. 7098, respectivamente).

C) Nacionalidad

A este respecto sólo mencionaremos la **STS de 4 de julio de 2012**, rec. 5251/2011, Ar. 7703, que reitera el criterio de que, para su denegación, es insuficiente alegar motivos de orden público e interés nacional que no se justifiquen debidamente (sino que sólo constan, al parecer, en informes reservados).

5. JUEGO

A) Competencias para la modificación de tasas sobre rifas, tómbolas, apuestas y combinaciones aleatorias

Las **SSTC de 20 de septiembre y 4 octubre de 2012**, núm. 162 y núm. 172, tienen por objeto dar respuesta a distintos recursos de inconstitucionalidad planteados por diversas CC.AA. Al efecto señala el TC que el hecho de que la materia juego sea de competencia

exclusiva de las Comunidades Autónomas en sus respectivos territorios debe ser deslindado del ámbito competencial en materia tributaria, pues en el caso de los impuestos la competencia material no impide la potestad del Estado para establecer impuestos que tomen como base la capacidad económica puesta de manifiesto por determinada actividad económica. Así, «las tasas sobre rifas son impuestos cedidos, y en consecuencia, la competencia para establecerlo y regularlo corresponde al Estado, por mor de los arts. 133.1 y 149.1.14 CE», de manera que «si la cesión del tributo no implica, en modo alguno, «la transmisión de la titularidad sobre el mismo o sobre el ejercicio de las competencias inherentes al mismo», pues los tributos cedidos son de titularidad estatal (art. 10 LOFCA, art. 45 de la Ley 22/2009), es evidente que forma parte de la libertad de configuración del legislador estatal, con respecto de estos impuestos, la regulación del hecho imponible, lo que es coherente con la propia regulación de las tasas sobre rifas, como parte de los «tributos sobre el juego», y su configuración en el bloque de la constitucionalidad como impuesto cedido.

Esta doctrina es reiterada en la STC 162/2012, en cuyo fundamento jurídico 4 se descarta que hubiera tenido lugar alteración alguna de las condiciones de la cesión de los tributos sobre el juego, tras la modificación acometida por el art. 12.1 de la Ley 53/2002. Concluimos así que «en el presente caso resulta que, por un lado, el hecho imponible del tributo no ha sido modificado en lo que afecta a las condiciones de su cesión a la Comunidad Autónoma, pues no otra conclusión es la que resulta de su confrontación con el art. 26 de la Ley 21/2001, el cual, tras establecer la cesión a la Comunidad Autónoma del “rendimiento de los tributos sobre el juego producido en su territorio”, establece que en la “tasa estatal sobre rifas, tómbolas, apuestas y combinaciones aleatorias, se entiende producido el rendimiento en el territorio de cada Comunidad Autónoma cuando la Administración de dicha comunidad autorice la celebración o hubiera sido la competente para autorizarla en los supuestos en que se organicen o celebren sin solicitud de dicha autorización”. Por su parte, el art. 42, determina que en los tributos sobre el juego las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias normativas sobre exenciones, base imponible, tipos de gravamen y cuotas fijas, bonificaciones y devengo, pudiendo además las Comunidades Autónomas “regular los aspectos de gestión, liquidación, recaudación e inspección”. Asimismo, dicho régimen de cesión de tributos había seguido el procedimiento establecido pues como indica la exposición de motivos de la Ley 19/2002 “la Comisión Mixta de Transferencias Administración del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía, en sesión plenaria celebrada el día 18 de febrero de 2002, ha aprobado el Acuerdo de modificación de los tributos cedidos, así como el Acuerdo de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión”, tributos cedidos a la Junta de Andalucía a tenor de lo dispuesto en su art. 1, letra e) y art. 2, con el alcance y condiciones establecidos en la Ley 21/2001, a que remite el citado art. 2».

Por último, en relación con el argumento de que la referencia a los medios tecnológicos había de propiciar una merma recaudatoria, constatamos en la STC 35/2012, de 15 de marzo, que «[a]l respecto, debe comenzarse por señalar que, por las mismas razones expuestas con anterioridad, el legislador ni elimina, ni minimiza la recaudación de este tributo para las Comunidades Autónomas. Puede además convenirse con la representación del Senado cuando afirma que se trata de cláusulas de progreso técnico, necesarias para la adecuada efectividad de los tributos y en particular para evitar que quede sin gravar el cada vez más extendido fenómeno del juego on line. Es evidente que el juego es una actividad que puede realizarse de diversas maneras, y precisamente una de las más relevantes en los últimos

años, gracias al avance de las nuevas tecnologías, es la que tiene lugar a través de Internet. No puede desconocerse el reto que el uso de los medios telemáticos plantea no ya sólo a los tributos sobre el juego, sino en general a los sistemas tributarios, tradicionalmente basados en la posibilidad de determinar la localización de los contribuyentes, mediante el empleo de puntos de conexión, como la residencia o el lugar de negocio, que son fácilmente comprobables. La actual regulación del juego estatal, contenida en la Ley 13/2011, aborda precisamente este problema en su art. 2.2, apartado b), declarando la exclusión del ámbito de aplicación de la norma a «las actividades de juego realizadas a través de medios electrónicos, informáticos, telemáticos o interactivos cuyo ámbito no sea estatal». En fin, los preceptos impugnados, como también la nueva Ley estatal, intentan establecer un equilibrio entre tributación del juego presencial y juego on line, cuyo acierto técnico no procede enjuiciar aquí, más que para determinar si supone una invasión del ámbito competencial autonómico, y en concreto un «desapoderamiento» del tributo, algo que no ha sido constatado. En todo caso, de los términos en que argumenta el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra el artículo 12.1 de la Ley 53/2002 tampoco es posible extraer la consecuencia que se denuncia, pues el escrito se limita a afirmar que la utilización de los medios informáticos y telemáticos propiciarían que el tributo fuera en la práctica recaudado principalmente por el Estado. Sin embargo, no hay en la demanda datos suficientes para concluir que el resultado habría de ser el denunciado, por lo que aceptar esta tacha conduciría a llevar a cabo un pronunciamiento preventivo, algo que el TC ha rechazado de forma reiterada.

6. SANIDAD

A) Legalidad del Real Decreto que regula la «receta electrónica»

La **STS de 22 de mayo de 2012**, rec. 217/2011, Ar. 6934, con duros reproches al planteamiento de la demanda (por insuficiencia de argumentación jurídica), rechaza el recurso directo contra el Real Decreto 1728/2010, de 17 de septiembre, sobre receta médica y ordenes de dispensación, planteado por Farmaindustria.

B) Consentimiento informado

De nuevo tenemos que hacer referencia a tres sentencias referidas al requisito del consentimiento informado, dictadas en recursos ejercitando sendas acciones de indemnización y que reiteran la conocida doctrina del Tribunal Supremo al respecto (recogida en numerosas crónicas anteriores), en el sentido de su creciente importancia y de que la información previa y el posterior consentimiento constituyen un derecho autónomo, diferenciado de la prestación sanitaria *stricto sensu* (**SSTS de 3 de abril y de 16 de mayo de 2012**, rec. 1464/2011, Ar. 5672; y rec. 1777/2010, Ar. 6781, respectivamente); del que sólo se puede prescindir en una situación de riesgo inmediato y grave y que, según las circunstancias, puede requerir complementos de información (**STS de 24 de abril de 2012**, rec. 354/2011, Ar. 6232).

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA
EDORTA COBREROS MENDAZONA

XVI. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

A) Objeto.

- a) Sobre el alcance de la superación del carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa.
- b) Interpretación amplia del art. 29.1 de la LJCA.
- c) La Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado que resuelve un recurso gubernativo sobre calificación de títulos para su inscripción registral no es una actuación sujeta al Derecho Administrativo, pues el fondo del asunto se dirime según el Derecho Civil.

B) Procedimiento.

- a) Acumulación: es posible acumular pretensiones a pesar de que correspondan a distintos órganos jurisdiccionales.
- b) Recibimiento a prueba tras cuestión prejudicial: no existe precepto en de Derecho interno que obligue al Tribunal remitente a abrir un período probatorio tras la resolución de la cuestión prejudicial de interpretación.
- c) El incidente de nulidad de actuaciones constituye una oportunidad adecuada para la apreciación y rectificación de los posibles errores padecidos por el órgano jurisdiccional.

C) Sentencias.

- a) La exigencia de congruencia opera con menor intensidad cuando no se contempla desde la perspectiva de las pretensiones sino desde la propia de las alegaciones esgrimidas en su apoyo.
- b) Deber de motivación de las sentencias.
- c) No es exigible una concreta y expresa valoración de cada medio de prueba.
- d) Inaplicación de normas: la jurisdicción ordinaria podrá inaplicar una norma de rango de ley por vulneración del derecho comunitario si esta aparece de forma palmaria y evidente.

D) Procedimiento de Protección de los Derechos Fundamentales: se deben exponer las razones por las que el acto impugnado lesiona de manera directa los derechos fundamentales.

E) **La rehabilitación de los plazos contemplada en la LJCA no es aplicable a la caducidad de la instancia prevista en la LEC.**

2. RECURSO DE CASACIÓN.

A) **Presupuestos para la admisión del recurso de casación.**

B) **Inadmisión: la falta de interés casacional consistente en haberse desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales no es asimilable a la excepción de cosa juzgada.**

C) **Es admisible el recurso de casación aunque no se citen expresamente los motivos del recurso, siempre que de su argumentación puedan estos deducirse.**

INTRODUCCIÓN

La presente Crónica recoge pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos desde el 1 de marzo de 2012 al 1 de junio de 2012, entre los que merecen ser destacados los relativos a la acumulación de pretensiones que correspondan a distintos órganos jurisdiccionales y al recibimiento del pleito a prueba tras la resolución de una cuestión prejudicial de interpretación.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) **Objeto**

a) *Sobre el alcance de la superación del carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa*

La **STS de 16 de abril de 2012** (Recurso: 2633/2009) considera que, pese a la anulación de la liquidación declarada por el TEAC, existe acto administrativo impugnado, residiendo en el acuerdo impugnado del órgano de revisión central, que consideró ajustada a derecho la calificación del negocio jurídico cuestionado.

Al valorar la inadmisibilidad declarada por la Sala de instancia, que se sustentó en la inexistencia de liquidación al ser anulada por el Tribunal Económico-Administrativo Central como consecuencia de la parcial estimación de la alzada, el Alto Tribunal considera que sí existía acto o actuación administrativa impugnado porque la resolución directamente impugnada era el acuerdo dictado por el Tribunal Económico-Administrativo Central y no la liquidación practicada por la Oficina Nacional de Inspección del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. Luego, formalmente, estamos ante un supuesto que habilita la intervención de esta jurisdicción en los términos expresados por el artículo en los términos expresado por el art. 1.1 LJCA. Por esta razón, y en contra de lo afirmado por la sentencia de instancia, el recurso contencioso-administrativo debió ser admitido y debió la Sala de instancia entrar a conocer el fondo de la cuestión planteada con la demanda.

Este pronunciamiento, no obstante, cuenta con un Voto Particular discrepante con la mayoría de la Sala que estima que, una vez anulada la liquidación tributaria por el Tribunal Económico-Administrativo Central, existía actividad administrativa impugnabile —la propia resolución del Tribunal Central— concurriendo un interés legítimo de la compañía recurrente en la calificación jurídica del negocio que celebró con la Administración Pública. El voto sostiene que la anulación de la liquidación por el TEAC determinó la inexistencia de acto administrativo alguno sobre el que sustentar la interposición de un posterior recurso contencioso-administrativo.

Es cierto que el carácter revisor de esta jurisdicción ha sufrido una importante evolución. Tradicionalmente significaba que los tribunales debían limitarse a enjuiciar exclusivamente la validez del acto impugnado, según los precedentes del expediente administrativo. Se excluía la posibilidad de que el órgano jurisdiccional se pronunciase sobre cuestiones que no hubiesen sido planteadas en vía administrativa o sobre las que no existiese un previo pronunciamiento de la Administración. Esta idea tenía importantes consecuencias: por un lado, las constantes y obligadas retroacciones de actuaciones; por otro, la limitación en la práctica de la prueba salvo que tuviera como objeto la revisión de la llevada a cabo en el expediente; y sobre todo, estaba proscrita la posibilidad de reconocer situaciones jurídicas individualizadas.

Con la publicación de la Constitución de 1978 se produjo un definitivo punto de inflexión sobre estos postulados. Sus artículos 24, 106 y 117 determinaron y confirmaron la superación de la idea tradicional de un proceso al acto o de mera protección de la legalidad objetiva, para pasar a la tutela de posiciones subjetivas e intereses legítimos, «más allá de lo que pudiera ser una mera declaración de intenciones o de buenos propósitos», como dijo la STS de 17 de octubre de 1990 (apelación 777/1988, FJ 3.º). En esta resolución se puso de manifiesto la evolución de nuestro sistema de justicia administrativa iniciado hace más de medio siglo, a partir de 1958, con la Ley reguladora del orden judicial, que partía de una interpretación funcional, calificada a veces como espiritualista, de los requisitos formales, soslayándolos en la medida en que sólo fueran obstáculo y no garantía para el enjuiciamiento de los conflictos sustantivos.

La superación del carácter revisor significa que basta para justificar la intervención de los tribunales de lo contencioso-administrativo la previa existencia de un acto administrativo, expreso o presunto. Nada más y nada menos. Una vez que tal acto se ha producido en la realidad o en virtud de la ficción conocida como «silencio administrativo», por inactividad de la Administración y cualesquiera que fueren sus pronunciamientos (sobre el fondo o interlocutorios), los jueces tienen vía libre y plena jurisdicción para juzgar todas las cuestiones planteadas. El contenido del acto objeto de impugnación no puede condicionar el ámbito de la potestad judicial, porque entonces quedaría en manos de la Administración la posibilidad de limitar, obstaculizar o demorar *ad calendas graecas* el ejercicio de aquella potestad respecto de la actividad cuyo control le encomienda precisamente el artículo 106 de la Constitución. Esta corriente jurisprudencial ha encontrado reflejo en la nueva LJCA de 1998, vigente en la actualidad, en cuya Exposición de Motivos se anuncia que «se trata nada menos que de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cual-

quier comportamiento ilícito de la Administración», según ha recordado la STS de 3 de marzo de 2001 (casación 9636/05, FJ 2.º).

Sin embargo, para el autor del voto particular, la superación del antiguo carácter exclusivamente revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa no significa que puedan los jueces suplir la actuación administrativa, en el sentido de sustituir la voluntad de la Administración dictando un fallo que contenga material y jurídicamente un acto administrativo, lo que es impropio del ejercicio de la potestad jurisdiccional. Además se exige indefectiblemente la previa existencia de un acto o actuación administrativa (expresa, presunta o tácita) impugnabile. El actual alcance del concepto revisor de la jurisdicción requiere la existencia de un acto de la Administración, como confirmamos en nuestras sentencias de 18 de febrero de 1999 (casación 490/94, FJ 3.º), 4 de noviembre de 2003 (casación 5495/00, FJ 3.º), 13 de julio de 2007 (recurso contencioso-administrativo 137/03, FJ 4.º) y de 15 de julio de 2008 (casación 247/05, FJ 2.º).

En esta misma línea se ha pronunciado la STS de 22 de noviembre de 2010 (casación 4326/07, FJ 2.º), en la que se precisa que nuestra jurisdicción, si bien plena, tiene talante revisor. Esto es, la puesta en marcha de un tribunal de lo contencioso-administrativo requiere que un administrado demande su intervención con el objetivo de contrastar la regularidad jurídica de una previa actuación, incluso meras vías de hecho, o de una omisión de cualquier administración pública, con la extensión que diseñan los artículos 1 a 5 y 25 a 30 de la Ley 29/1998. Ese carácter revisor impide, por ejemplo, controlar un acto administrativo que no es objeto de un recurso contencioso-administrativo; criterio ya apuntado en la STS de 8 de julio de 2003 (casación 4167/99, FJ 14.º).

b) Interpretación amplia del art. 29.1 de la LJCA

La **STS de 26 de marzo de 2012** (Recurso: 1408/2009) ha señalado que el contenido y el alcance del art. 29.1 LJCA no dejan de plantear dudas, en particular, en lo que atañe a la interpretación de la expresión «prestación concreta». Caben dos exégesis, una estricta, que entienda únicamente como tal las actividades de índole material, propia de algunos servicios públicos, y otra más amplia, comprensiva de cualquier obligación de la Administración agotadoramente definida en la ley.

En apoyo de la primera tesis abundarían los trabajos parlamentarios. Se introdujo una enmienda en el Senado, la número 8, para añadir al artículo 29.1 precisamente la referencia a «una disposición general que no precise de acto de aplicación» con el objetivo de que el acceso al recurso contencioso-administrativo por la vía de la inactividad no se limitara a los supuestos de los contratos o convenios, «sino también cuando la Administración en virtud de una disposición general, deba realizar una actividad prestacional de fomento» (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, de 2 de junio de 1998, núm. 298, p. 9). En la misma línea, la enmienda núm. 4 presentada en el Congreso de los Diputados aludía también a la política prestacional (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso, de 24 de noviembre de 1997, p. 66). La exposición de motivos de la Ley 29/1998 parece, sin embargo, ir por la línea de la interpretación amplia. En su apartado V dice que el recurso contra la inactividad «se dirige a obtener de la Administración, mediante la correspondiente sentencia de condena, una prestación material debida o la adopción de un acto expreso

en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo. De esta manera se otorga un instrumento jurídico al ciudadano para combatir la pasividad y las dilaciones administrativas. [...] [La ley se refiere] siempre a prestaciones concretas y actos que tengan un plazo legal para su adopción».

A la vista de la voluntad del legislador, expresada en la exposición de motivos de la Ley, la Sala se decanta por el mantenimiento de una interpretación amplia, pues, aun reconociendo que las tesis estrictas no carecen de cierto fundamento, pueden conducir a un callejón sin salida, vaciando de contenido el precepto y eliminando su efecto útil en cuanto alude a las disposiciones generales, pues resulta difícil de imaginar una actividad material, prestacional o de fomento, definida con carácter agotador en una norma de tal índole, que no necesite de actos de aplicación por imponerse directamente desde la misma a la Administración una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas.

Del texto de la norma se obtiene que son dos los requisitos que deben concurrir para que se abran, por este cauce específico, las puertas de la jurisdicción contencioso-administrativa frente a la inactividad de la Administración. En primer lugar, la obligación de la Administración de realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o de un acto, contrato o convenio administrativo. En segundo término, que esas personas reclamen de la Administración el cumplimiento de dicha obligación y transcurran tres meses sin dar satisfacción a lo solicitado o sin llegar a un acuerdo con los interesados.

c) La Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado que resuelve un recurso gubernativo sobre calificación de títulos para su inscripción registral no es una actuación sujeta al Derecho Administrativo, pues el fondo del asunto se dirime según el Derecho Civil

La actividad referente a la calificación de los títulos presentados para su inscripción registral puede, en principio, ser subsumida dentro de la idea de «actuación de las Administraciones Públicas» en el sentido del art. 1.1 LJCA, pues la Dirección General de los Registros y del Notariado es un órgano de la Administración del Estado. Ahora bien, para determinar la competencia del orden contencioso no es suficiente con que la actuación impugnada provenga de una Administración Pública, sino que es necesario también que esta esté sujeta al Derecho Administrativo. Así lo exigen expresamente el citado art. 1.1 LJCA y el art. 9.3 LOPJ. Ello no sucede en el caso resuelto por la **STS de 16 de mayo de 2012** (Recurso: 5446/2009) al resolver un recurso de casación sobre una calificación negativa de un Registrador de la Propiedad, confirmada por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

El Alto Tribunal concluye que dicha resolución no es una actuación sujeta al Derecho Administrativo, pues determinar si el Registrador de la Propiedad ha incurrido —por defecto o por exceso— en algún error en la calificación es algo que habrá de examinarse a la luz del Derecho Civil, no del Derecho Administrativo. Los requisitos que debe satisfacer un título para ser inscribible están regulados en la legislación civil y, más específicamente, en la Ley Hipotecaria. Lo debatido no es la validez del acto administrativo, sino si éste puede surtir determinado efecto civil. Que la Sala de instancia declarase su falta de juris-

dicción no ocasiona indefensión alguna al recurrente, pues éste puede acudir al juez civil, quien examinará si el título presentado reúne los requisitos legalmente exigidos para ser inscribible. Hay así un órgano judicial que, con plenas garantías, puede conocer del litigio. La referencia que el recurrente hace a la jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo sobre el alcance del recurso de casación en lo relativo a calificación registral es irrelevante, pues la delimitación entre órdenes jurisdiccionales no puede depender de la mayor o menor accesibilidad al recurso de casación dentro de cada uno de ellos.

Por lo demás, no es sostenible la tesis formulada por la Administración en relación con la aplicabilidad supletoria de la legislación sobre expropiación forzosa para explicar la pretensión de ejercicio del derecho de retracto legal por vía administrativa.

B) Procedimiento

a) *Acumulación: es posible acumular pretensiones a pesar de que correspondan a distintos órganos jurisdiccionales*

La STS de 9 de marzo de 2012 (Recurso: 3088/2008) analiza un supuesto en el que la Sala de instancia aceptó la acumulación de pretensiones deducidas contra dos inactividades administrativas, una atribuida a una corporación local y otra a la administración autonómica referidas a un mismo objeto (sobre actuaciones urbanísticas irregulares).

A pesar de que en el sistema competencial de la LJCA el enjuiciamiento de una y otra impugnación corresponde, en principio, a órganos jurisdiccionales distintos (el Juzgado de lo Contencioso-administrativo y el Tribunal Superior de Justicia), la sentencia comentada se plantea el problema de si es posible acumular en una misma impugnación jurisdiccional dos pretensiones cuyo enjuiciamiento corresponde *ratione materiae*, a tenor de la Ley, a órganos jurisdiccionales distintos; y, derivativamente, si cabe suscitar en casación una cuestión (la relativa a la inactividad municipal) cuyo enjuiciamiento está encomendado, en la arquitectura competencial de la LJCA, a los Juzgados de este Orden Jurisdiccional, habida cuenta que el recurso de casación únicamente procede contra las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y por la Audiencia Nacional en única instancia, y no en apelación (artículo 86.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Comenzando por la viabilidad de la acumulación articulada en el proceso de instancia, lo cierto es que la LJCA 1998 no da una respuesta específica a esta cuestión, como tampoco lo hacía la precedente Ley Jurisdiccional de 1956. Sí que se refiere expresamente a este problema, en cambio, la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 en su art. 73.1, siguiendo la regulación que ya contenía en términos coincidentes la antigua LEC de 1881 en su art. 154.2. Dispone este artículo 73.1, en cuanto ahora interesa, que para que sea admisible la acumulación de acciones será preciso que el Tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia para conocer de la acumulada. A la vista de lo dispuesto en estos preceptos concordantes de la antigua y la actualmente vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, no faltan autos de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo que han considerado inviable una acumulación de pretensiones cuando la competencia para conocer de su enjuiciamiento corresponde

a órganos diferentes de este Orden Jurisdiccional. Así se han pronunciado, por ejemplo, los AATS de 6 de mayo de 1998 (recurso núm. 324/1996), 19 de mayo de 2000 (recurso núm. 487/2000), y 5 de junio de 2000 (recurso núm. 402/1998). Ahora bien, esta doctrina fue matizada por el ATS de 6 de febrero de 2001 (recurso núm. 1464/2000), que, recapitulando el estado de la cuestión a dicha fecha, señaló lo siguiente: «Tercero. Es cierto, sin embargo, que los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de una y otra de las dos pretensiones procesales acumulables son distintos, correspondiendo a esta Sala del Tribunal Supremo la competencia para enjuiciar, de modo directo, la conformidad a derecho del Acuerdo del Consejo de Ministros (artículo 12.1 de la Ley Jurisdiccional) pero no, en principio, la de la resolución dictada por el Director General de Bellas Artes y Bienes Culturales.

No existiendo en la LJCA un precepto específico que regule la acumulación de acciones conexas cuyo enjuiciamiento haya de corresponder a órganos jurisdiccionales diferentes por razón del origen o procedencia del acto administrativo enjuiciado y dada la dificultad de aplicar sin más a esta cuestión las normas supletorias de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 154.2) relativas a la imposibilidad de acumular acciones que, por razón de la materia o por razón de la cuantía, correspondan a jueces diferentes, la solución a que ha llegado la jurisprudencia no es unánime.

En efecto, la viabilidad de esta singular acumulación, para supuestos determinados, ha sido refrendada por esta misma Sala en sentencias como la de 11 de mayo de 1990 y 28 de enero de 1999 (a las que se refiere el Abogado del Estado) y 24 de junio de 1996. En otros supuestos, no obstante, ha sido rechazada sosteniendo que la acumulación no puede alterar las normas legales de atribución de competencia establecidas para los distintos órganos que integran esta jurisdicción.

Cuarto. Las particularidades del caso de autos nos inclinan a seguir la primera de las dos líneas jurisprudenciales reseñadas. Como ya hemos puesto de relieve, el análisis del expediente administrativo revela que la decisión clave de todo el procedimiento autorizador es, realmente, la adoptada por el Consejo de Ministros, de modo que —sin que ello prejuzgue nada en este momento— afecta directamente a la sustantividad de las decisiones adoptadas por otros órganos inferiores dentro de aquel procedimiento y, en concreto, a la dictada por el Director General de Bellas Artes y Bienes Culturales. Siendo ello así, el enjuiciamiento de ésta difícilmente podría hacerse al margen de la apreciación de la validez o nulidad del Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de octubre de 1998, juicio que corresponde en exclusiva al Tribunal Supremo».

Y esta doctrina fue seguida en otro ATS, de 3 de abril de 2001 (recurso núm. 511/2000), y más recientemente, por el ATS de 4 de diciembre de 2007 (recurso núm. 17/2006).

Ciertamente, la aplicación supletoria de la LEC al proceso contencioso-administrativo no puede afirmarse de manera acrítica y automática, sino que ha de cohonestarse con el orden de principios que vertebran este Orden Jurisdiccional, resultante de su peculiar estructura institucional y de la especificidad de la materia que constituye su ámbito de enjuiciamiento: el Derecho Público, configurado según unos principios cualitativamente diferenciados del Privado, que determinan que la relación jurídico-administrativa, tanto en su vertiente sustantiva como en la procedimental, no pueda caracterizarse sin matices del mismo modo que las relaciones jurídico-privadas.

Así se pone de manifiesto en el caso que examinamos. Por mucho que el enjuiciamiento de las dos inactividades denunciadas por los recurrentes —la municipal y la autonómica— corresponda, en principio, a órganos jurisdiccionales diferentes. No hay duda de que se trata de acontecimientos estrechamente vinculados, en cuanto referidos a un mismo objeto (la denuncia de actuaciones urbanísticas presuntamente irregulares en cuanto que desprovistas de las pertinentes licencias), y relacionados en una inequívoca línea de continuidad que exige su contemplación conjunta, pues no puede analizarse la inactividad imputada a la Administración autonómica si no se pone en relación dialéctica con la inactividad previamente imputada al Ayuntamiento. Resulta, por tanto, contrario a la lógica y la razón, y al necesario mantenimiento de la continencia de la causa, fraccionar lo que constituye realmente un fenómeno unitario.

Desde esta perspectiva, en el presente caso el Alto Tribunal considera posible la acumulación efectuada, pues, aunque la LEC no permite la acumulación cuando corresponde a distintos órganos jurisdiccionales, y aunque en la jurisprudencia existen antecedentes en uno y otro sentido, la aplicación supletoria de la LEC debe efectuarse sin menoscabo de principios del Orden Contencioso-Administrativo y de la especificidad de la materia que constituye su ámbito de enjuiciamiento. A la vista, pues, de la estrecha relación existente entre ambas inactividades y la inequívoca línea de continuidad que exige su contemplación conjunta —no puede analizarse la inactividad imputada a la Administración autonómica si no se pone en relación dialéctica con la inactividad previamente imputada al Ayuntamiento— considera contrario a la lógica y la razón y al necesario mantenimiento de la continencia de la causa, fraccionar lo que en realidad constituye un fenómeno unitario, sin diferenciaciones artificiosas.

b) *Recibimiento a prueba tras cuestión prejudicial: no existe precepto en Derecho interno que obligue al Tribunal remitente a abrir un período probatorio tras la resolución de la cuestión prejudicial de interpretación*

La STS de 3 de abril de 2012 (Recurso: 647/2009) considera que no cabe hablar de indefensión por la actuación del Tribunal de instancia, pues la recurrente no solicitó el recibimiento a prueba; pudo reaccionar en el proceso cuando se dicta el Auto ordenando quedar los autos pendientes de señalamiento; y planteada la cuestión prejudicial formuló las observaciones que estimó oportunas ante el Tribunal de Justicia.

También señala que, en todo caso, no existe precepto de Derecho interno que obligara al Tribunal remitente a abrir un período probatorio tras la resolución de la cuestión prejudicial de interpretación, debiendo reconocerse, como señala la Sala de instancia, acertadamente, que la remisión que efectúa al órgano judicial interno la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2008 no puede ser entendida como un reenvío por parte del Tribunal comunitario de nuevas cuestiones, dudas o planteamientos que debe abordar en una perspectiva de intercomunicación o reciprocidad de actuaciones, que obliga a emprender una instrucción de oficio para resolver sobre los supuestos de hecho inciertos, al margen de los que enmarcan la pretensión revisora actuada por las partes mediante las alegaciones y pruebas contenidas en el proceso, al ser el TJUE sólo un Tribunal que asiste al órgano judicial interno exclusivamente en la interpretación de los puntos de Derecho Comunitario que se le someten y que deja al Tribunal remitente la determinación y examen de todas las cuestiones que exceden de esa interpretación.

Finalmente, aunque también es cierto que el artículo 61.1 de la LJCA dispone que «El Juez o Tribunal podrá acordar de oficio el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estimen pertinentes para la más acertada decisión del asunto», también lo es que, según la jurisprudencia, las diligencias para mejor proveer no pueden utilizarse para suplir las omisiones de las partes, pues no constituyen un derecho de ellas, sino una facultad del Tribunal, de manera que su previsión legal no puede servir para desplazar al Tribunal la carga de la prueba (SSTS de 22 de febrero de 1994, 16 de septiembre de 1997 y 13 de octubre de 1999, 28 de junio de 2004, entre otras muchas). En este sentido, en la STS de 27 de noviembre de 2007 (rec. casación núm. 786/2005) se ha declarado: «Cabe recordar que esta Sala ha declarado reiteradamente que la autorización de la práctica de pruebas como diligencia para mejor proveer constituye, según se desprende del artículo 61 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, una facultad del Tribunal que no puede servir para desplazar al órgano judicial la carga de la prueba, ni puede utilizarse para suplir las omisiones de las partes, porque su finalidad está enderezada a completar el material probatorio para la más acertada decisión del proceso».

c) El incidente de nulidad de actuaciones constituye una oportunidad adecuada para la apreciación y rectificación de los posibles errores padecidos por el órgano jurisdiccional

La **STS de 22 de marzo de 2012** (Recurso: 48/2010) ha señalado —en un asunto en el que la solicitud de aclaración de la sentencia fue denegada por el Juzgador de instancia— que el incidente de nulidad de actuaciones constituye una oportunidad adecuada para la apreciación y rectificación del error padecido.

Es cierto que, de acuerdo con el art. 293 LOPJ, la acción judicial para el reconocimiento del error debe instarse en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse y que dicho plazo, dado el carácter sustantivo y autónomo de la demanda de error judicial frente a la resolución judicial con respecto a la cual se solicita su declaración —al igual que ocurre con las demandas de revisión de sentencias firmes— no es un plazo procesal, sino un plazo sustantivo de caducidad del derecho que se rige por las normas establecidas en el artículo 5.2 CC (SSTS de 20 de octubre de 1990 —Sala 1.^a—, de 22 de diciembre de 1989 —Sala 1.^a— y de 14 de octubre de 2003, rec. 18/2002 —Sala 1.^a—).

Ahora bien, la jurisprudencia de las diversas Salas del Tribunal Supremo tiene declarado que el hecho de que la demanda de error judicial se refiera a las sentencias firmes determina que la interpretación lógica y sistemática del art. 293.1 LOPJ, que exige el agotamiento de los recursos previstos en el ordenamiento jurídico, deba referirse únicamente a aquellos necesarios para que la sentencia gane firmeza, pero no a los extraordinarios contra las sentencias firmes, salvo que tengan como objeto la subsanación del error que pueda haberse padecido, caso en que la estimación de estos recursos puede significar por sí misma el reconocimiento del error que puede fundar el derecho a obtener una indemnización. Todo ello determina que, de acuerdo con dicha jurisprudencia, con la salvedad apuntada, el plazo para la interposición del recurso de revisión por error judicial no se interrumpa por la formalización y desarrollo de un incidente de nulidad de actuaciones ni por la interposición de un recurso de amparo.

Pero ocurre que, precisamente, esa salvedad que apunta la jurisprudencia es la que concurre en el concreto caso que ahora se examina, toda vez que, tanto la solicitud de aclaración de la sentencia —que fue denegada por el Juzgador de instancia— como el incidente de nulidad de actuaciones promovido por el recurrente, tenían por objeto la subsanación del error padecido por el Juzgado de instancia y ahora denunciado a través del recurso de revisión, por lo que al menos el incidente de nulidad de actuaciones constituyó una oportunidad adecuada para la apreciación y rectificación del error padecido por el Juzgado de instancia, lo que abunda en la necesidad de evitar interpretaciones que puedan perjudicar el derecho a obtener una resolución fundada en derecho de quien, habiendo resultando perjudicado por un error judicial, no se ha aquietado nunca ante el empecinamiento del Tribunal de instancia.

C) Sentencias

a) *La exigencia de congruencia opera con menor intensidad cuando no se contempla desde la perspectiva de las pretensiones sino desde la propia de las alegaciones esgrimidas en su apoyo*

La **STS de 16 de abril de 2012** (Recurso: 846/2010) ha señalado que existe incongruencia de la sentencia cuando se produce una inadecuación entre el fallo o parte dispositiva de aquella y el *petitum* o los términos en los que las partes plantearon sus pretensiones. Al conceder más, menos o cosa distinta de lo pedido, el órgano judicial incurre en las formas de incongruencia conocidas como *ultra petita*, *citra petita* o *extra petita partium*.

Ahora bien, la exigencia de congruencia opera con menor intensidad cuando no se la contempla desde la perspectiva de las pretensiones sino desde la propia de las alegaciones esgrimidas en su apoyo. En este segundo caso, aquella intensidad se debilita, de modo que no es necesario para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva una contestación pormenorizada y explícita a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de líneas de defensa concretas no sustanciales.

b) *Deber de motivación de las sentencias*

La **STS de 30 de marzo de 2012** (Recurso: 5128/2010) ha recordado, sobre el deber de motivación de las sentencias, su doble función: de un lado, explica por qué se asumen unos determinados hechos y se hace una determinada interpretación y aplicación de la norma, permitiendo con ello a los litigantes comprender el contenido y las razones en que se basa el pronunciamiento para su posible impugnación; y, de otro, hace posible comprobar que la decisión contenida en la sentencia no es arbitraria, caprichosa o irrazonable, cuando sea revisada en vía de recurso (arts. 120.1 CE y 248.3 LOPJ).

También señala que la obligación de motivar las sentencias no es sólo una obligación impuesta a los órganos judiciales por el art. 120.3 CE, sino también, y principalmente, un derecho de los intervinientes en el proceso que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el art. 24.1 CE, que únicamente se satisface si la resolución judicial, de modo explícito o implícito, contiene los elementos de juicio suficientes para que el destinatario y, eventualmente, los órganos encargados de revisar sus decisiones puedan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la deci-

sión. No se exige una concreta y expresa valoración de cada medio de prueba de los que se someten a la valoración del tribunal sentenciador, bastando con que la conclusión valorativa utilizada por el tribunal *a quo* se manifieste como desenlace lógico de un proceso valorativo que, al menos, ha de constar en sus líneas generales, en armonía con el principio de valoración conjunta de la prueba con arreglo al criterio de la sana crítica. En línea con lo anterior, debe tenerse presente que la falta de consideración expresa de un determinado medio de prueba no es por sí misma suficiente para considerar que la sentencia incurre en un defecto de motivación (SSTS de 19 de abril de 2004 y 18 de octubre de 2011).

c) No es exigible una concreta y expresa valoración de cada medio de prueba

La **STS de 30 de marzo de 2012** (Recurso: 5128/2010) ha recordado, sobre la vulneración de reglas tasadas de valoración de prueba, que no se infringe el principio de prueba tasada cuando el contenido de los documentos públicos u oficiales es ponderado en unión de otros medios probatorios producidos en el juicio. Pretender lo contrario supondría tanto como burlar la soberanía indudable del Tribunal que dictó la sentencia para apreciar la prueba, dando lugar a un motivo de casación no contemplado en el art. 95 LJCA, tal como ha dicho la STS de 2 de octubre de 2000, recogiendo una extensa doctrina anterior, que sintéticamente puede expresarse en el sentido de que el documento público no tiene prevalencia sobre otras pruebas y por sí solo no basta para enervar una valoración probatoria conjunta, vinculando al órgano judicial sólo respecto del hecho del otorgamiento y su fecha, de tal manera que el resto de su contenido puede ser sometido a apreciación con otras pruebas (STS de 21 de noviembre de 2001, que es evocada en la más reciente de esta misma Sala y sección de 17 de octubre de 2011 en rec. núm. 1193/2008 y, en el mismo sentido y similares términos, la STS de 16 de marzo de 2010 dictada en rec. núm. 2243/06).

d) Inaplicación de normas: la jurisdicción ordinaria podrá inaplicar una norma de rango de ley por vulneración del derecho comunitario si esta aparece de forma palmaria y evidente

La **STS de 12 de abril de 2012** (Recurso: 5216/2006) ha señalado que cuando se invocan infracciones constitucionales sobre las que no hay pronunciamiento del Tribunal Constitucional, ni ha sido planteada cuestión de inconstitucionalidad alguna, no existe ningún obstáculo para que el Alto Tribunal pueda pronunciarse, dando así satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva, aunque sólo podrá hacerlo dentro de los estrictos límites establecidos por la Ley y la Constitución. Siendo la inconstitucionalidad el defecto más grave que puede predicarse de una ley, gozando las normas con rango de ley de presunción de constitucionalidad por resultar emanada de un legislador democrático (entre las últimas, SSTC 331/2005, de 15 de diciembre, FJ 5; 112/2006, de 5 de abril, FJ 19; 248/2007, de 13 de diciembre, FJ 1; 49/2008, de 9 de abril, FJ 4; y 101/2008, de 24 de julio, FJ 9), y, en fin, provocando el planteamiento de la cuestión la inmediata paralización del proceso, por razones de prudencia, sólo se debe acudir a la vía prevista en los arts. 163 CE y 35 a 37 de la LOTC en aquellos supuestos en los que, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la contradicción de la norma con la Constitución se muestre de forma evidente, palmaria [entre otras, Sentencias de 8 de octubre de 2009 (rec. cas. núm. 5765/2007, FJ 10; y de 8 de octubre de 2010 (rec. cas. núm. 4092/2009), FJ 9].

El Tribunal Constitucional, en los procesos abstractos como los recursos o cuestiones de inconstitucionalidad, ha venido señalando la necesidad de apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y declarar tan sólo la derogación de aquellos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación (por todas, STC 176/1999, de 30 de septiembre, FJ 3) (STC 101/2008, de 24 de julio, FJ 9).

**D) Procedimiento de Protección de los Derechos Fundamentales:
se deben exponer las razones por las que el acto impugnado
lesiona de manera directa los derechos fundamentales**

En relación a los requisitos formales que han de ser cumplidos para que pueda ser utilizado el procedimiento especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona y a los poderes de que dispone el correspondiente órgano jurisdiccional para decidir si la elección de tal procedimiento especial se ha realizado o no de manera correcta, en aras de evitar *ab initio* una indebida o fraudulenta utilización de dicho instrumento procesal, la **STS de 3 de mayo de 2012** (Recurso: 251/2011) ha reiterado una doctrina que puede sintetizarse del siguiente modo.

El núcleo de esa doctrina se centra en la necesidad de que, ya en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, y a los efectos de una primera constatación de la viabilidad del cauce procesal especial utilizado, se han de definir los elementos que permitan comprobar que la pretensión procesal es ejercitada en relación a actos que se considera infringen el derecho fundamental cuya tutela se postula a través del proceso. Y esa exigencia formal habrá de considerarse cumplida cuando la fundamentación de la pretensión incluya estos elementos: la indicación del derecho fundamental (de uno o varios) cuya tutela se reclama; la identificación del acto que se considere causante de la infracción de aquel derecho; y, aunque sea mínimamente, una exposición de las razones y circunstancias por las que se entiende que el concreto acto que se impugna tiene virtualidad para lesionar de manera directa uno o varios derechos fundamentales.

Por lo que hace a este último elemento, debe añadirse que habrá de considerarse que concurre debidamente cuando el escrito de interposición incluya lo siguiente: una interpretación sobre el alcance de los concretos derechos fundamentales invocados que, en principio, no resulte claramente desacertada o abiertamente contraria a la doctrina jurisprudencial existente sobre ellos; y una descripción fáctica sobre las concretas circunstancias y datos de hecho que la parte recurrente haya tomado en consideración para considerar que se ha producido individualmente para ella la violación de esos singulares derechos fundamentales cuya protección reclama.

Por último, el examen que a estos efectos ha de realizar el tribunal habrá de limitarse a constatar si la fundamentación de la pretensión incluye esos elementos que antes han sido apuntados, pero no deberá prejuzgar su corrección jurídica ni su certeza, salvo cuando la interpretación jurídica avanzada en el escrito de interposición sea abiertamente contraria a lo que sea ya una línea jurisprudencial consolidada o, también, cuando los hechos aducidos sean absurdos o claramente inverosímiles.

E) La rehabilitación de los plazos contemplada en la LJCA no es aplicable a la caducidad de la instancia prevista en la LEC

La STS de 14 de marzo de 2012 (Recurso: 2192/2011) analiza la aplicabilidad de lo establecido en el segundo inciso del art. 128.1 LJCA cuando la Sala de instancia declaró por auto caducado el recurso contencioso-administrativo. Dicha Sala lo consideró inaplicable, mientras que la parte en casación entiende, por el contrario, aplicable, como en cualquier otro supuesto de caducidad de plazos, interpretación, además, que resulta, como sostiene en el tercer motivo de casación, más acorde con el principio *pro actione*, recogido en el art. 24.1 de la Constitución .

Al no haber encontrado precedentes en la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo acerca de esta espinosa cuestión, salvo lo declarado en la Sentencia de fecha 7 de abril de 2011 (recurso de casación 4726/2008, fundamento jurídico segundo, penúltimo párrafo), según la cual «la necesidad de declarar la caducidad del trámite no tiene sentido en aquellos casos en que se trata de actos constitutivos del proceso, como ocurre con el escrito de interposición del recurso siempre que reúna los requisitos y esté acompañado de los documentos preceptivos que la Ley establece, o cuando se trata de actos que ponen término al proceso», que tampoco se refiere expresamente a ella.

Con una interpretación sistemática y finalista del referido precepto (art. 128.1 LJCA), la caducidad contemplada en el artículo 237.1 de la LEC carece de la naturaleza de los trámites a que alude el antecitado art. 128.1 LJCA, ya que el abandono de la instancia derivado de la paralización, imputable exclusivamente a la parte por no haber solicitado la continuación del proceso, no constituye un trámite, para el que la norma prevé un plazo, sino un abandono del proceso por no existir actividad, imputable exclusivamente a quien trata de rehabilitar un plazo, que no es susceptible de ello, pues, repetimos, no existe trámite alguno susceptible de ser rehabilitado sino una dejación en la instancia por haber estado paralizado el proceso por más de dos años desde que se advirtió al interesado que así sucedería, por lo que el Alto Tribunal considera acertada la tesis de la Sala *a quo* al negarse a aplicar lo dispuesto en el tan citado art. 128.1 LJCA.

Se desestima así el recurso de casación interpuesto contra el auto que declaró la caducidad del recurso contencioso-administrativo por haber estado paralizado el procedimiento durante más de dos años contados desde la última notificación a las partes. No cabe excluir la caducidad porque la paralización fue debida única y exclusivamente a la voluntad de la recurrente, que no impugnó y dejó transcurrir los dos años sin haber pedido la continuación del proceso. En definitiva, no existe trámite alguno susceptible de ser rehabilitado sino una dejación en la instancia.

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) Presupuestos para la admisión del recurso de casación

La casación no es un recurso ordinario, como el de apelación, que permite un nuevo y total examen del tema controvertido desde los puntos de vista fáctico y jurídico. Se trata de un medio de impugnación que sólo indirectamente, a través del control de la aplicación

del derecho (sustantivo y procesal) realizada por el Tribunal *a quo*, resuelve el concreto caso controvertido. No basta, pues, con el mero resultado desfavorable para que, de forma automática, se abran las puertas de la sede casacional, como sucede en el ámbito de otros medios de revisión de resoluciones judiciales, sino que resulta menester exponer las razones que justifican la intervención del órgano de casación.

A tal fin, el escrito de interposición del recurso constituye el instrumento mediante el que el recurrente ha de exteriorizar su pretensión impugnatoria, solicitando la anulación de la sentencia o de la resolución recurrida en virtud del motivo o de los motivos que, como requisito objetivo esencial de la casación, autoriza el art. 88 LJCA. Con ello se trata de preservar la naturaleza extraordinaria de este medio de control de resoluciones judiciales, de modo que la exigencia que se formule, de manera fundada y precisa en el escrito de interposición y la pretensión casacional enderezada a la revocación de la sentencia de instancia, constituyen una carga que las partes han de observar y cumplimentar con rigor jurídico, a fin de ordenar adecuadamente el debate ante el Tribunal Supremo. Tal exigencia no es consecuencia de un prurito de rigor formal, sino un corolario del carácter extraordinario del recurso de casación, sólo viable por motivos tasados. De este modo se contribuye a la satisfacción de los principios de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico mediante la doctrina que, de modo reiterado, establezca este Tribunal al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

En suma, la propia naturaleza del recurso de casación exige la indicación precisa de la norma en que se basa el recurrente para su interposición. Por ello, el art. 92.1 LJCA demanda que en el escrito de formalización del recurso se expresen razonadamente el motivo o motivos en los que se ampara, citando las normas o la jurisprudencia que se consideren infringidas, expresión razonada que, como hemos apuntado, comporta, además, la necesidad de efectuar una crítica pormenorizada de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida.

Aplicando esta doctrina, la **STS de 16 de abril de 2012** (Recurso: 4095/2008) entiende que el escrito de interposición del recurso de casación, si bien no constituye un modelo de rigor, pues requiere una detenida lectura para averiguar cuáles son los motivos esgrimidos y desentrañar su respectivo contenido, sí alude al precepto legal que sustenta las quejas y alude al precepto legal en el que las sustenta.

B) Inadmisión: la falta de interés casacional consistente en haberse desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales no es asimilable a la excepción de cosa juzgada

La **STS de 30 de marzo de 2012** (Recurso: 5128/2010) ha señalado, sobre la causa de inadmisión por falta de interés casacional consistente en haberse desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales, que no se exige la concurrencia de las identidades necesarias para que opere la eficacia procesal declarativa de la sentencia.

Así, la presente causa no es asimilable a la excepción de cosa juzgada. No se exige la concurrencia de las identidades necesarias para que opere la eficacia procesal declarativa de la sentencia. El significado y finalidad de la causa de inadmisión contenida en el art. 93.2.c) LJCA no es otra que impedir, por apreciación inmediata de la no necesidad del

recurso de casación, el examen de recursos que previsiblemente habrían de ser desestimados, dada la existencia de doctrina jurisprudencial contraria a la pretensión que se suscita en el recurso de casación.

A este respecto, del tenor literal tanto del escrito rector del recurso que da origen a la resolución que comentamos, como del correspondiente al escrito de la recurrente por la que combate la causa de inadmisión alegada de contrario, se deduce que la recurrente en casación no discute la existencia de un precedente de la Sala en asunto de análogas características, sino que, en el fondo, lo que cuestiona la recurrente es la aplicabilidad de dichos precedentes, esgrimidos de contrario en sustento de la causa de inadmisión que se examina, al caso concreto, por una serie de consideraciones, tanto de carácter jurídico, como, principalmente, de carácter fáctico. Dicho en otras palabras, el supuesto de hecho aquí enjuiciado es diferente al que en las sentencias de referencia se dio solución, haciendo inviable la aplicación del precedente que realiza la Sala de instancia

C) Es admisible el recurso de casación aunque no se citen expresamente los motivos del recurso, siempre que de su argumentación puedan estos deducirse

El art. 92.1 LJCA exige que el escrito de interposición del recurso exprese razonadamente «el motivo o motivos en que se ampare, citando las normas o la jurisprudencia que considere infringida», motivo o motivos que imperativamente han de hallarse comprendidos en algunos de los apartados del artículo 88 LJCA, como resulta del artículo 93.2.b) LJCA, que declara inadmisibile el recurso cuando el motivo o motivos invocados en el escrito de interposición no se encuentren comprendidos entre los que se relacionan en el artículo 88 LJCA. Es por ello que el Alto Tribunal viene considerando inadmisibile el recurso de casación cuando su escrito de interposición omite la exigencia del artículo 92.1 LJCA de expresión del motivo en que se ampare.

Sin embargo, en la **STS de 7 de mayo de 2012** (Recurso: 3346/2009), al examinar si concurren las causas de inadmisibilidat opuestas por el Abogado del Estado, ha señalado que no existe la omisión de la exigencia del art. 92.1 LJCA en el primero de los motivos del recurso, ya que la parte recurrente principia su argumentación alegando de forma expresa la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable, por lo que no ofrece dudas que el motivo se ampara en el apartado d) del artículo 88.1 LJCA, y si bien es cierto que en los motivos segundo y tercero no existe una cita precisa del motivo del artículo 88.1 LJCA en que se amparan, sin embargo del propio escrito de interposición puede inferirse sin dificultad que tales motivos se articulan igualmente por el cauce de la letra d) del artículo 88.1 LJCA.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

(Libros y Revistas)

Sistema de Derecho Administrativo

FERNÁNDEZ FARRERES, G.

Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012,
923 páginas

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora titular de derecho administrativo.
Universidad de Oviedo]

En el momento actual en que ya se ha implantado el Espacio Europeo de Educación Superior y los cambios que todo ello ha conllevado en la impartición de las diversas disciplinas, se hace necesario también una adecuación de los textos y materiales de referencia a los nuevos planes de estudio. Un ejemplo de ello es el manual que el Prof. Fernández Farreres nos presenta.

En él se expone de forma exhaustiva, pero a la vez clara y concisa, el Derecho Administrativo, sus principales instituciones y conceptos. Haciéndolo desde el manejo de la normativa, jurisprudencia y doctrina determinante en cada tema y ofreciendo con ello una visión global de esta asignatura.

A tales efectos, y desde una sistemática y metodología impecables, la obra se divide en diez capítulos. Así, comienza con una primera aproximación al Derecho Administrativo y sus especialidades, que hacen al lector comprender el funcionamiento tan particularizado de la Administración, el porqué del mismo y también la evolución que ha experimentado esta disciplina. Para ello, y tras una ilustrativa introducción a la materia, explica la Administración Pública como una estructura organizativa que, dependiente del Gobierno, desarrolla diversas funciones y actividades con arreglo a la Ley; como persona jurídica y la concepción subjetiva del Derecho Administrativo, sus prerrogativas, las garantías de los ciudadanos, la conformación histórica de la Administración y las transformaciones del Derecho Administrativo.

A la Administración Pública desde la óptica organizativa dedica el capítulo segundo. Así, partiendo de la pluralidad de Administraciones Públicas, expone las territoriales, las entidades institucionales y las corporativas, para en un segundo momento explicar los principios organizativos de las Administraciones: potestad organizatoria, jerarquía, la competencia, su ejercicio y sus excepciones; así como los principios ordenadores de la actuación administrativa: eficacia, coordinación y colaboración o cooperación, transparencia y participación, buena fe y protección de la confianza legítima. Para concluir con las relaciones interadministrativas, desde el principio de lealtad institucional como criterio rector de la colaboración y cooperación interadministrativa, las conferencias sectoriales y otros órganos de colaboración, los convenios de colaboración, los planes y programas conjuntos, el régimen de las comunicaciones de proyectos de disposiciones y resoluciones a los órganos comunitarios, hasta las relaciones entre las Entidades locales y las Administraciones estatal y autonómicas.

El estudio de las fuentes del Derecho Administrativo, con especial atención, como no puede ser de otra manera, al Reglamento, se aborda en el tercer capítulo, que se divide en dos secciones. La primera de ellas trata las fuentes de esta rama del Derecho desde una perspectiva general, donde analiza la pluralidad de fuentes: normas escritas, costumbre, principios generales del derecho y jurisprudencia; la pluralidad de ordenamientos jurídicos: estatal, autonómicos y europeo, y sus relaciones; y finalmente, las características generales del ordenamiento jurídico-administrativo. La segunda está destinada al estudio pormenorizado de las normas reglamentarias, la caracterización de la potestad reglamentaria y la relación ley-reglamento, es

decir, el principio de supremacía de la ley, el de reserva de ley, las remisiones delegatorias y la deslegalización; así como el binomio reglamentos y actos administrativos, incluyendo la indefinición singular de los primeros; los requisitos de validez de los reglamentos, sus clases y los reglamentos ilegales.

El cuarto capítulo está destinado al estudio de un tema fundamental en el Derecho Administrativo y la comprensión de la Administración; me refiero a las prerrogativas de la misma, sus potestades y, en particular, la autotutela. Dentro de esta parte cabe destacar cuestiones tan relevantes como las clases de potestades, en concreto la diferencia entre las potestades discrecionales y regladas, el control de las primeras, los conceptos jurídicos indeterminados o la autotutela declarativa y ejecutiva y sus límites.

Actos, procedimiento y recursos, tres temas también clave de la parte general de esta disciplina, son analizados en el Capítulo V. Dentro de la primera sección, dedicada a los actos administrativos, se estudian los mismos desde una perspectiva exhaustiva; así, comprende su concepto y requisitos de validez, las clases de actos, los actos políticos o de gobierno, la eficacia y ejecución de los actos administrativos, la teoría de las nulidades y la revocación.

En la sección segunda se aborda el procedimiento administrativo: significado, principios, partes, fases, plazos, entre otras cuestiones de su configuración actual, así como el silencio administrativo.

A los recursos administrativos dedica la sección tercera, donde analiza su significado y funcionalidad, características generales, y clases de recursos, incluyendo no sólo el de alzada, reposición y extraordinario de revisión, y las reclamaciones económico-administrativas, sino también el recurso especial en materia de contratación pública, tan relevante y particular, así como otros medios alternativos de impugnación; para concluir con las reclamaciones previas al ejercicio de acciones civiles y laborales.

El Capítulo VI comprende la actividad administrativa, con particular atención a tres instituciones de máxima relevancia como son la con-

tratación pública, la expropiación forzosa y las sanciones. Así, tras una primera aproximación en la sección primera a las formas de la acción administrativa, desde la perspectiva clásica del servicio público, el fomento y la actividad de policía, pero también a los nuevos planteamientos, a otras clasificaciones y, en concreto, a la actividad regulatoria; en la sección segunda hace un minucioso estudio de la contratación pública y la nueva regulación llevada a cabo por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: ámbito objetivo y subjetivo, elementos estructurales, procedimiento de contratación, invalidez, ejecución, cesión y subcontratación, extinción e, incluso, competencia jurisdiccional y contratos nominados y de los sectores especiales, ponen de manifiesto esta exhaustividad. La sección tercera y la cuarta están dedicadas, respectivamente a la expropiación forzosa: concepto, objeto y alcance, sujetos, *causa expropiandi*, procedimientos y derecho de reversión; y a las sanciones administrativas: potestad sancionadora, principios ordenadores de esta, infracciones y clases de sanciones administrativas, procedimiento sancionador y extinción de la responsabilidad.

A los medios personales de la Administración, es decir, el empleo público, dedica el Capítulo VII, mientras que de los materiales, bienes de titularidad pública, tanto de dominio público como patrimoniales, comunales e integrantes del Patrimonio Nacional, se ocupa en el Capítulo VIII.

Dos instituciones básicas completan el estudio del Derecho Administrativo. De un lado la responsabilidad patrimonial de la Administración y de otros poderes públicos, como el poder judicial, el legislador y la responsabilidad del Tribunal Constitucional. En este último caso destaca el art. 139.5 de la Ley 30/92, introducido en 2009, así como la aplicación e interpretación del mismo, que ya había sido estudiado por el autor.

De otra parte, no podía faltar una atención particular y pormenorizada a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a la que dedica el Prof. Fernández Farreres el último capítulo de este completo manual.

Derecho del Empleo Público en el Principado de Asturias. El régimen jurídico del personal funcionario y laboral al servicio de la Comunidad Autónoma y de los Entes Locales en Asturias

GARCÍA LUENGO, J. (COORD.)

Iustel, Madrid, 2012, 609 páginas

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora titular de derecho administrativo.
Universidad de Oviedo]

El tema del empleo público no sólo es crucial en Derecho Administrativo, por tratarse de los medios personales de que la Administración dispone, sino que además en algunos casos en que, como sucede en la Comunidad Autónoma del principado de Asturias, aún no se ha aprobado la ley correspondiente adaptada al nuevo marco que ya desde hace más de cinco años ofrece el Estatuto Básico del Empleado Público, es crucial un estudio sistemático del mismo y de la problemática que el escenario expuesto ha propiciado.

Si ya la temática es en sí misma interesante y se encuentra necesitada de atención, a ello se suma en este caso la visión práctica de los autores; no en vano la obra es fruto de la colaboración entre la Universidad de Oviedo y el despacho Garrigues.

El equipo de redacción, que está formado por un grupo de especialistas en la materia, tanto profesores universitarios como profesionales integrantes del departamento de derecho administrativo de la Oficina de Garrigues en Oviedo, y coordinado a su vez por un profesor de la Universidad de Oviedo que cuenta además con importantes conocimientos prácticos, como Consejero Académico de J&A Garrigues, Javier García Luengo, afronta el estudio de esta materia desde las variadas aristas imbricadas. Así, desde la situación jurídica actual del empleo público en el Principado de Asturias que aborda el Prof. Bocanegra Sierra a modo de introducción, el libro se divide en veintiún capítulos, en los que se dan respuestas a la variada problemática que el tema implica y que, sin duda, se convertirá en un referente en empleo público, particularmente en la Comunidad Autónoma de Asturias.

A modo ejemplificativo, y con el fin de comprender la panoplia de materias abordadas y con ello la visión global del tema objeto de estudio,

los citados capítulos se refieren respectivamente a los siguientes aspectos: el empleo público —funcionarios de carrera, interinos, eventuales y personal laboral—; la organización de la gestión del personal en la Administración del Principado de Asturias; la clasificación de los funcionarios públicos del Principado: cuerpos, escalas, grupos, niveles y categorías, la relación de puestos de trabajo; la selección y formación de los funcionarios públicos en la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, a cargo del profesor de la Universidad de Oviedo Miguel Navajas Rebollar, que fue además Director General del Instituto Asturiano de Administración Pública Adolfo Posada; la carrera horizontal en el Principado de Asturias; la provisión de puestos de trabajo; la promoción profesional de los funcionarios públicos y la promoción cruzada del personal laboral; las situaciones de los funcionarios de la Administración del Principado de Asturias; la pérdida de la condición de funcionario de la Administración del Principado de Asturias; los derechos individuales de los funcionarios; las retribuciones de los funcionarios públicos; derechos colectivos de los empleados públicos; los deberes de los empleados públicos de la Administración del Principado de Asturias, su régimen de incompatibilidades; régimen disciplinario; personal laboral de la Administración del Principado de Asturias; los funcionarios de la Administración local; las especialidades de los cuerpos docentes no universitarios, del personal al servicio de la Administración de Justicia y del personal al servicio de la Junta General del Principado de Asturias; el personal de la Administración universitaria; el personal estatutario del Servicio de Salud; o la responsabilidad penal de los empleados públicos.

La ordenación y el control administrativo del tráfico aéreo

FORTES MARTÍN, A.

Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, 668 páginas

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora titular de derecho administrativo.
Universidad de Oviedo]

Si los incesantes cambios que en los últimos años se han venido produciendo en el Derecho

Administrativo, particularmente por lo que a la ordenación o regulación de los diversos sectores económicos se refiere, han conllevado importantes consecuencias y suscitado interés, uno de ellos es, sin duda, el aéreo.

Un sector de actualidad, trascendencia y en el que las cuestiones a tratar o las aristas que comprende el nuevo régimen son múltiples, pero, sin duda, una de las que más relevancia adquiere es la ordenación y el control del tráfico aéreo. A ello dedica sus esfuerzos, con el rigor que le caracteriza, el autor de esta obra.

El Derecho administrativo está presente en un importante número de aspectos de la que se denomina, de forma muy gráfica, como «disciplina interna del vuelo» en materia de navegación aérea. Así, extremos tales como la organización administrativa aeronáutica, el régimen jurídico-administrativo de prestación de servicios aéreos, las infraestructuras (por todas las aeroportuarias), la intervención administrativa sobre todos los sujetos que participan del hecho aeronáutico (compañías aéreas, controladores aéreos, personal de vuelo), y muy especialmente la policía de la circulación aérea y de la seguridad.

Pues bien, sobre esta última versa el libro ahora reseñado a través de un enfoque que trasciende el análisis puramente estático de la navegación aérea —idoneidad para navegar de una aeronave y del personal al mando de esta— a través de una perspectiva que descansa, en última instancia, en el posicionamiento y circulación de las aeronaves en el tiempo y en el espacio, en definitiva, en la esencia misma del movimiento o tráfico.

Para ello, el libro se vertebra en cinco capítulos que tratan de responder a un modelo tipo en el que, en primer lugar, son abordados los conceptos, instituciones y fuentes. Una vez superado ese primer estadio ineludible se despeja por completo la acción ordenadora del Derecho Administrativo sobre el tráfico aéreo en un segundo capítulo, que adentra al lector en la esencia de la ordenación administrativa en materia de tráfico aéreo, escrutando el sentido, realidad y alcance de la actividad de control de la circulación aérea y la disciplina del tráfico aéreo.

En un momento posterior, el trabajo proyecta, como verdadero núcleo duro, un clarificador

prisma gayano —*personae, res, y actio* del tráfico aéreo— referido al movimiento o circulación de aeronaves *stricto sensu*. Por una parte, las *personae* de la ordenación administrativa del tráfico aéreo, que son analizadas en detalle en el capítulo tercero, y ello tanto por lo que se refiere a la organización administrativa dispuesta al servicio de esta misma ordenación como al sujeto pasivo de esa misma intervención, esto es, las compañías aéreas. De otro lado, la *res*, o lo que es lo mismo, el soporte o marco físico infraestructural donde tienen cabida y pueden desenvolverse las operaciones de tráfico aéreo —en concreto el espacio aéreo y las instalaciones aeroportuarias—, que son objeto de análisis en el capítulo cuarto.

Finalmente, en el capítulo quinto y último se aborda la propia acción administrativa en pos del movimiento circulatorio ordenado de las aeronaves a través del que, a día de hoy, constituye el ejemplo más representativo de ordenación singular *ratione materiae*, y que no es otro que la consecución del llamado cielo único europeo. Una iniciativa ésta en la que se esconden nuevas regulaciones que afectan a cuestiones de indudable interés para el Derecho administrativo interno de los Estados miembros, tales como la certificación de los proveedores de servicios de navegación aérea, el establecimiento de bloques funcionales para la gestión del espacio aéreo por encima de la impronta soberanista de los propios Estados miembros, la armonización de la clasificación del espacio aéreo, la interoperabilidad de los equipos y sistemas de control del tránsito aéreo, o la armonización del régimen jurídico del controlador de tránsito aéreo.

En síntesis, la obra, así descrita, aparece presidida por su complitud, rigor, claridad expositiva y exhaustividad. La lectura absolutamente recomendada de este libro, facilitada por su cuidado lenguaje, permite sin duda obtener una información clara, a la vez que científicamente rigurosa, del marco y el régimen jurídico-administrativo actual del tráfico aéreo. Es más, haciendo verdad la información proporcionada en la contraportada del libro, nos encontramos ante un auténtico «tratado» que aborda, de forma exhaustiva y rigurosa, todos y cada uno de los aspectos que la regulación pública en el control y gestión del

tráfico y del espacio aéreo es capaz de proyectar sobre la dogmática jurídico-administrativa.

Imputabilidad administrativa y solidaridad en el ámbito de la responsabilidad patrimonial por alteración del planeamiento urbanístico. Análisis jurisprudencial y doctrinal de una problemática sin resolver

MUNAR FULLANA, J.

Aranzadi, Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación, Cizur Menor, 2012, 179 páginas

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora titular de derecho administrativo.
Universidad de Oviedo]

Un tema no exento de polémica es, sin duda, la posible responsabilidad derivada de la alteración del planeamiento urbanístico. Siquiera el Tribunal Constitucional en su conocidísima sentencia 61/97 quiso manifestarse respecto al carácter expropiatorio o de responsabilidad patrimonial de los supuestos indemnizatorios, que, como excepciones a la regla general, desde la Ley del Suelo de 1956 vienen recogiendo, y entre los cuales ocupa un lugar destacado el supuesto aquí analizado, es decir, los posibles perjuicios derivados de la alteración del planeamiento urbanístico.

No obstante, y sin perjuicio de lo sugestivo del debate doctrinal e incluso conceptual del tema, el autor centra el estudio en un aspecto concreto, práctico e igualmente interesante, como es a qué Administración se imputa en ese caso concreto la responsabilidad, es decir, quién debe responder del daño.

Así, en esta obra, su autor analiza el régimen de imputabilidad a los efectos de responsabilidad de las Administraciones Públicas que participan en el procedimiento de alteración del planeamiento urbanístico municipal, en los supuestos en que sus nuevas determinaciones hayan comportado lesión en el patrimonio de particulares.

A estos efectos, presta una atención particularizada a la identificación del tipo de concurrencia que se produce entre la Administración municipal y la autonómica. Y se muestra partidario de una configuración excepcional y residual de una responsabilidad de tipo solidario entre ambas entidades.

En esta cuestión, como en tantas otras propias de la responsabilidad patrimonial de la Administración, la casuística resulta determinante. Sin embargo, desde la comparación de soluciones doctrinales y de la evolución de la jurisprudencia existente, el autor, muy acertadamente, propone criterios y pautas que determinen en esta materia una regla general de imputabilidad exclusiva a una única Administración.

Régimen jurídico de la construcción y explotación de obras públicas

LABELLA VEGA, J.I., MELÓN PARDO, C.
y SILVÁN OCHOA, P.

DAPP Publicaciones Jurídicas, Pamplona, 2012, 683 páginas

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora titular de derecho administrativo.
Universidad de Oviedo]

Se nos ofrece en esta obra colectiva un análisis en profundidad del régimen de la promoción, construcción y financiación de la obra pública, no solamente desde el prisma estrictamente jurídico sino también desde el plano económico, lo que permite alcanzar una visión global de la cuestión. Y todo ello atendiendo a la nueva regulación que se ha dado a la materia por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, pero no exclusivamente, ya que se hace eco de otras opciones.

A efectos de la exposición de los diversos elementos presentes en la obra pública, el libro se divide en cinco partes: la primera dedicada al concepto y régimen de la obra pública, la segunda a la ejecución directa, la tercera a la ejecución indirecta mediante contrato público, la cuarta a la ejecución indirecta mediante negocios jurídicos ajenos a la contratación administrativa, y, finalmente, la última de ellas a la construcción de obras públicas y contabilización de las inversiones desde la perspectiva de la contabilidad nacional.

Y todo ello sin renunciar a la inclusión de comentarios, legislación, jurisprudencia y un completo Anexo de documentación de gran utilidad, como Informes, Circulares, Consultas de la Junta General de Contratación Administrativa o recomendaciones sobre pliegos, entre otros.

**La zonificación de la ciudad.
Concepto, dinámica y efectos**

GUERRERO MANSO, M.^a DEL C.

Aranzadi, Cizur Menor, 2012, 160 páginas

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
*Profesora titular de derecho administrativo.
Universidad de Oviedo*]

Si desde los años ochenta del pasado siglo se viene demandando un paso de un urbanismo de expansión a un urbanismo de conservación, ello se ha intensificado aún en mayor medida en la situación actual que asola a nuestro país. A ello se une la necesidad de integrar nuevas perspectivas como el desarrollo urbano sostenible, la movilidad sostenible, etc., tendencias ya apuntadas con fuerza en la Ley de Economía Sostenible.

En este contexto, y tal y como señala la autora, las modernas estrategias urbanísticas europeas acogidas en España promueven el modelo de ciudad compacta, basado en la limitación del crecimiento expansivo de los asentamientos urbanos y en la protección, regeneración o modificación, en su caso, de lo ya construido. Esta forma de concebir y hacer ciudad pretende aunar los principios de desarrollo sostenible, cohesión social y eficiencia económica. Al mismo tiempo, uno de los objetivos clave del urbanismo es mejorar las condiciones de calidad de vida de los ciudadanos y facilitar el ejercicio de sus derechos al acceso a una vivienda digna, a un medio ambiente adecuado, a la cultura o la libertad de empresa. Para conseguir esos objetivos se precisa una política adecuada de atribución, desarrollo y sustitución de los usos urbanísticos en el suelo urbano y en situación de urbanizado. La importancia teórica y práctica del régimen de los usos del suelo y su incidencia en la configuración de las ciudades en cuanto instrumento imprescindible para desarrollar el modelo urbanístico elegido y como potencial elemento transformador es indudable.

Partiendo de estas premisas la autora de esta obra realiza un tratamiento integral del régimen jurídico de los usos del suelo, analizando y sistematizando tanto su regulación como los complejos sistemas de tipificación y atribución de usos contenidos en los instrumentos de planeamiento urbanístico de todas las capitales

autonómicas. De esta manera, se ofrece al lector una herramienta que le permita orientar los procesos urbanísticos hacia el objetivo final de regenerar las ciudades, respondiendo de forma más adecuada a las necesidades de sus habitantes, y contribuyendo a mejorar sus condiciones de calidad de vida.

**La política de la Unión Europea
en materia de turismo y sus repercusiones
en la Legislación Turística Española**

VILLANUEVA CUEVAS, ANTONIO

Ed. Reus, Madrid, 2012

[ALMA PATRICIA DOMÍNGUEZ ALONSO
*Profesora Ayudante Doctor (Contratado Doctor
Ac.) de Derecho Administrativo de la UCLM*]

La obra tiene como objetivo realizar un estudio profundo sobre el tratamiento que la Unión Europea ha realizado en el sector turístico y las repercusiones que ello ha tenido y tendrá en la legislación española referida a este sector. En este sentido, el autor realiza un breve estudio previo sobre la situación del turismo en nuestro país, desde el nacimiento de este como ámbito de intervención pública en España hasta su consideración como materia de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, con las consecuencias que ello ha conllevado para la regulación específica de dicho sector, con el surgimiento de diecisiete leyes autonómicas de ordenación del turismo y una pléyade de normas más específicas que desarrollan aspectos no suficientemente tratados en ellas. Ello le lleva a la conclusión de que dicha legislación genérica de ordenación del turismo simplemente supone la modernización de la normativa elaborada en la etapa preconstitucional, cuando lo importante era el desarrollo cuantitativo del turismo en España, y el centro de atención era la prestación de los servicios turísticos que fueran demandados por un número cada vez más elevado de turistas extranjeros. En otras palabras, dicha legislación tiene su eje vertebrador en una consideración del turismo desde una perspectiva mercantilista donde aquel se reduce a la prestación/recepción de servicios turísticos, lo que le impide ofrecer una respuesta adecuada a las nuevas necesidades que han surgido en torno al turismo y que, en

gran medida, han sido puestas de manifiesto por la Unión Europea.

Llegado a ese punto, el autor se centra en el estudio del tratamiento del turismo por parte de las instituciones europeas, para lo cual ha dividido su trabajo en dos partes claramente diferenciadas: por un lado, la configuración del turismo en los Tratados Constitutivos de la Unión Europea, y por otro, la acción comunitaria desarrollada por esta en dicha materia. En este sentido, y como cuestión previa, conviene destacar la metodología utilizada por el autor, que le ha llevado a consultar y utilizar una ingente cantidad de documentación elaborada por los diversos organismos comunitarios, y que le ha permitido, por un lado, conocer en profundidad las diversas sensibilidades que han existido, y existen, en el seno de la Unión en relación al sector turístico, reflejo de la posición institucional que cada uno de dichos organismos tiene asignada en el organigrama de la Unión, y que justifica la forma en que ésta ha intervenido en materia de turismo a lo largo de los años, y por otro, alcanzar un conocimiento exhaustivo del propio tratamiento que a lo largo de los años aquella ha desarrollado en dicha materia y que el autor ha plasmado con acierto en su estudio.

De esta manera, el autor comienza destacando la importancia que el turismo posee para la Unión Europea, y que es puesta de manifiesto por ella, como mecanismo de cohesión económica, social y cultural básico para una organización internacional como aquella y, por tanto, como instrumento para limitar los desequilibrios que a todos los niveles se producen entre territorios tan diversos como los que forman la Unión, contribuyendo a la solidaridad entre ellos y, en definitiva, a mejorar el sentimiento de ciudadanía europea y a la consecución de los fines que justifican la propia existencia de la Unión.

Sin embargo, el autor destaca de inmediato que esta relevancia que inequívocamente posee el turismo para la Unión Europea no se refleja en la intervención que esta ha realizado en dicho sector, que ha sido ciertamente tardía —comienza a principios de los 80 del pasado siglo—, y más si pensamos que aquella nace como una unión económica, que Europa es el primer destino turístico mundial y que el turismo es la mayor

industria única de la Unión Europea. Lógicamente, ello lleva al autor a preguntarse por las razones que han motivado esa aparente falta de interés de la Unión por el turismo.

Para intentar responder a esa pregunta, el autor analiza las diferentes redacciones de los Tratados Constitutivos de la Unión, descubriendo que, a pesar de las numerosas peticiones al respecto por los diversos organismos comunitarios, no ha sido hasta el Tratado de Lisboa cuando se han incorporado en ellos las facultades jurídicas necesarias para permitir una intervención de aquella en este sector más coordinada y coherente que, si bien no se puede argumentar que permita articular una verdadera política comunitaria similar a la existente en otros ámbitos comunitarios, sí que facilitará una nueva forma de actuación de la Unión en el sector turístico que permita responder adecuadamente a las necesidades y retos a los que se enfrenta dicha sector —competencia de destinos emergentes, sostenibilidad, entrada de nuevos países miembros...—.

No obstante, el autor analiza las razones de este deficiente tratamiento del turismo en los Tratados Constitutivos, indicando que la base de ello se encuentra en que la Unión Europea considera que, si bien ésta debe contribuir a la creación de un contexto favorable para el desarrollo de la actividad turística, que incluso podría ser mejorado con una adecuada coordinación y la adopción de medidas comunes, no se debía profundizar demasiado en la coordinación de las políticas nacionales y regionales, en cuanto que cada una de ellas se adapta mejor a las situaciones particulares en las que se encuentran los Estados miembros en materia de turismo, ni intentar resolver problemas que tienen un mejor solución a nivel nacional e, incluso, regional. En otras palabras, ello significa que en esta materia las competencias primigenias las poseen los Estados miembros, aplicándose con notable intensidad el principio de subsidiaridad, y ello es puesto de manifiesto por numerosos documentos de los distintos organismos europeos, destacando —por citar alguno— el Libro Verde de la Comisión en materia de turismo.

Una vez que el autor ha respondido al interrogante que más arriba se ha descrito, la siguiente pregunta que se hace es cómo se ha desarro-

llado la acción comunitaria en esta materia, habida cuenta de la ausencia de referencias a ella en los Tratados Constitutivos. Para ello, lo primero que hace el autor es resaltar la horizontalidad del turismo como su nota característica, pues ello va a permitir que, a través de la vinculación del turismo con otras políticas comunitarias, la Unión Europea desarrolle lo que se denomina acción indirecta en este sector, es decir, utilizar las facultades de aquella en esas políticas para intervenir de esa manera indirecta en el sector turístico, por ejemplo, a través de la realización del mercado interior o de la regulación de los transportes, y lo segundo, exponer los argumentos de la Unión para intervenir en esta materia, que se centran en que el turismo es un instrumento esencial para la construcción política y económica de la aquella, y para lograr la cohesión económica, social y cultural de esta.

Posteriormente, el autor ya se centra en detallar las diversas líneas de actuación que la Unión ha desarrollado en esta materia, que centra en dos aspectos esenciales: por un lado, la creación de un contexto favorable para el desarrollo del turismo en los Estados miembros, que se puede resumir en facilitar las condiciones necesarias para su desarrollo a través, básicamente, de la mejora del entorno legislativo y financiero de la Unión Europea y la coordinación con los Estados miembros. Y por otro, la exposición de los ámbitos y las acciones consideradas prioritarias por la Unión en esta materia, comenzando cuando la opción de ésta era adoptar una serie de acciones concretas para problemas igualmente concretos —el problema de la estacionalidad del turismo, por ejemplo—, siguiendo con la elaboración de una serie de programas de acciones más coherentes y coordinados, y concluyendo con el nuevo marco de actuación que se origina a principios del siglo XXI, y que tiene en la competitividad, la sostenibilidad, la visibilidad y la

integración del turismo europeo los cuatro ejes fundamentales de la nueva política comunitaria en esta materia, en el camino hacia la calidad de este como elemento identificativo del sector turístico comunitario.

Como conclusión de su estudio, el autor indica que, sin perjuicio de esa nueva política de la Unión Europea en materia de turismo, y como consecuencia del principio de subsidiaridad que rige plenamente en ella, serán los Estados miembros a los que realmente les corresponda implementar los criterios de actuación articulados desde aquella y, por lo que respecta a nuestro país, serán las Comunidades Autónomas, como titulares de las facultades específicas sobre esta materia, las encargadas de plasmarlas en la realidad jurídica, y para lo cual, la legislación autonómica de ordenación general del turismo carece de los instrumentos jurídicos necesarios, al ser deudora del tratamiento del turismo que se adoptó en la etapa preconstitucional y estar basada en una concepción mercantilista del turismo, que, si bien es importante, también es limitada y parcial y no permite responder adecuadamente a los retos a los que se enfrenta el turismo europeo, incluido el español, lo que lleva a aquel a solicitar una evolución de dicha legislación que, sin olvidar esa faceta economicista, permita una ordenación del turismo más adecuada a la realidad que viene a regular, que integre los criterios diseñados desde la Unión Europea, y en la que aspectos como la sostenibilidad y la calidad se conviertan en el eje central que permita avanzar hacia un nuevo modelo de desarrollo turístico futuro que destierre los intereses puramente cuantitativos que tanto daño han producido en nuestro territorio, y sin que ello signifique que se produzcan pérdidas en la cuenta de resultados del sector turístico español que, en definitiva, no deja de ser la razón última de la intervención pública en el sector turístico.

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La Revista Justicia Administrativa publica, con una periodicidad trimestral, trabajos originales e inéditos que contribuyan a dar a conocer al mundo académico y profesional las últimas aportaciones en materia de Derecho Público. Los trabajos en ella recogidos reflejan los puntos de vista de las personas o instituciones que los suscriben, siendo las opiniones responsabilidad exclusiva de sus autores. La Revista declina cualquier responsabilidad derivada de ellas.

El envío de originales supone la aceptación expresa de las siguientes condiciones:

- 1. Dirección de envío:** Todos los trabajos y libros para reseñas deberán remitirse a la sede de la Revista Justicia Administrativa (Lex Nova, C/ General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien a la dirección de correo electrónico: redac@lexnova.es. En caso de envío por correo postal, los originales deberán presentarse, por medio de un texto impreso, acompañado del correspondiente soporte informático (Microsoft Word). No se aceptarán trabajos que hayan sido difundidos o publicados con anterioridad o estén siendo sometidos a evaluación al mismo tiempo de su envío.
- 2. Compromiso de publicación y originalidad:** La recepción de los trabajos no implica compromiso alguno para su publicación. La Revista se reserva el derecho preferente de publicar los artículos enviados, presumiendo que los mismos son inéditos y no se encuentran sometidos a evaluación por ninguna otra publicación.
- 3. Exclusividad:** Sin perjuicio de que, previa solicitud por escrito dirigida a Lex Nova, ésta pueda autorizar la difusión de contenidos publicados en la revista por otros medios, la publicación en la Revista supone que el autor cede a Lex Nova, durante 15 años desde su publicación, el derecho exclusivo de reproducción, distribución, comunicación pública o cualquier otra forma de explotación de la obra, en cualquier medio o formato. El editor queda facultado para ejercer las acciones oportunas en defensa del derecho cedido, incluso ante terceros.
- 4. Evaluación:** La Revista someterá el trabajo a la evaluación de expertos ajenos al Consejo de Redacción, pudiendo condicionarse la publicación de aquél a la introducción de las mejoras sugeridas por el Consejo de Redacción o por los evaluadores externos. La Revista comunicará a los autores la aceptación o no de los trabajos y cuantas indicaciones se consideren oportunas.
- 5. Extensión y formato:** Por regla general, los trabajos no superarán los 100.000 caracteres contando los espacios. Preferiblemente el interlineado será a doble espacio y las

páginas se numerarán correlativamente. El tamaño de letra utilizado será del 12, y deberán ir precedidos de una hoja en la que figure el título del trabajo, el nombre del autor (o autores), situación académica y, en su caso, nombre de la institución científica a la que pertenecen.

6. **Otros requisitos:** El trabajo deberá ir acompañado, igualmente, de un resumen de su contenido (de 100 a 150 palabras) y de 4 a 6 palabras clave, todo ello tanto en castellano como en inglés. Si el autor no incluyera el resumen en inglés, aceptará la traducción realizada por la Revista. A continuación deberá incluirse un «Sumario» que permita identificar los distintos epígrafes y apartados del original. Las notas se incorporarán a pie de página y deberán guardar una numeración única y correlativa para todo el trabajo. Si se tratara de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:
 - a) LIBRO: Autor, *Título*, núm. Edición, lugar de publicación, editor, año, página.
 - b) ARTÍCULO: Autor, «Título», *Fuente*, número, año, páginas.
 - c) RECURSO DE INTERNET: <URL>.
7. **Emisión de certificados:** La Revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología y, en consecuencia, se halla integrada en los catálogos de publicaciones científicas. A efectos de obtener los méritos correspondientes, el editor no tendrá inconveniente alguno en certificar la publicación de los trabajos o colaboraciones, previa solicitud del autor.