

DIRECTOR: MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá

Nº 57

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

Depósito Legal: VA. 777-1998

ISSN 1139-4951

Printed in Spain — Impreso en España

Dirección General

Daniel Tejada Benavides

Impresión

GRAFOLEX, S.L.U.
Fernández Ladreda, 16-17
47008 Valladolid

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. Dirijase 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:



CARHUS Plus



CSIC

Dialnet



IN-RECJ



latindex



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

Profesor Titular 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

EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL EN LA UNIÓN EUROPEA. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.

Antonio Embid 7

LAS ENSEÑANZAS ARTÍSTICAS SUPERIORES EN EL SISTEMA EDUCATIVO GENERAL. A PROPÓSITO DE LA ANULACIÓN DEL REAL DECRETO 1614/2009, DE 26 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE ESTABLECE LA ORDENACIÓN DE LAS ENSEÑANZAS ARTÍSTICAS SUPERIORES.

Consuelo de los Reyes Marzal Raga 43

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. 77

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS.

García Roca, J. (coord.); Santolaya Machetti, P.; Canosa Usera, R.; Perelló Domech, 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.; González Pascual, M.I.; Rosiño Calle, R. 93

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS.

García Roca, J. (coord.); Santolaya Machetti, P.; Canosa Usera, R.; Perelló Domech, I.; Bustos Gisbert, R.; Carmona Cuenca, E.; González Pascual, M.I.; Brage Camazano, J.; García Vitoria, I.; Díaz Crego, M.; Queralt Jiménez, A.; Hernández Ramos, M.; Pérez-Moneo Agapito, M.; Arenas Ramiro, M.; Fernández Vivas, Y.; Rosiño Calle, R. 107

IV. FUENTES DEL DERECHO.

Menéndez Rexach, A. (coord.); De Marcos Fernández, A.; Díez Sastre, S. 133

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. 145

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA. <i>Sánchez Morón, M. (coord.); Casino Rubio, M.; Del Olmo Alonso, J.; Rodríguez Ayala, V.</i>	163
VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. <i>Rebollo Puig, M. (coord.); Alarcón Sotomayor, L.; Bueno Armijo, A.; Rodríguez Portugués, M.A.</i>	177
VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA. <i>López Menudo, F. (coord.); Carrillo Donaire, J.A.; Guichot Reina, E.</i>	199
IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA. <i>López Menudo, F. (coord.); Guichot Reina, E.; Carrillo Donaire, J.A.</i>	209
X. FUNCIÓN PÚBLICA. <i>Sánchez Morón, M. (coord.); Marina Jalvo, B.; Cantero Martínez, J.; Fuentetaja Pastor, J.A.</i>	217
XI. URBANISMO. <i>Ortega Álvarez, L. (coord.); Alonso García, C.; Delgado Piqueras, F.; Serrano Lozano, R.; Villanueva Cuevas, A.</i>	229
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>	237
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>	255
XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO. <i>Tornos Mas, J. (coord.); Arroyo Jiménez, L.; Gracia Retortillo, R.; Malaret García, E.; Mollevi i Bortolo, J.; Vilalta Reixach, M.</i>	273
XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD. <i>Agirreazkuenaga Zigorraga, I. (coord.); Cobreros, E.</i>	289
XVI. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES. <i>Fernández Farreres, G. (coord.); Alcantarilla Hidalgo, F.J.</i>	301

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y REVISTAS.

<i>Menéndez Sebastián, E.M. (coord.); García Vitoria, I.; Villanueva Cuevas, A.</i>	323
---	-----

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

ARTÍCULOS DOCTRINALES

EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL EN LA UNIÓN EUROPEA. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL^(*)

ANTONIO EMBID

*Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad de Zaragoza (España)*

RESUMEN

Evaluación del impacto ambiental en la Unión Europea. Análisis jurisprudencial

La evaluación de impacto ambiental de proyectos, actividades y de planes y programas se ha configurado como un instrumento esencial para la protección del medio ambiente. En ese ámbito el derecho de la Unión Europea tiene una posición singular y al mismo se deben, sin duda alguna, los avances sustanciales que en los Estados miembros de la Unión Europea han tenido lugar en este tema. Singularmente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en la denominación actual) se ha mostrado como clave para la correcta aplicación de los principios de protección ambiental, pudiendo calificarse la obra del Tribunal como de «militante» o «activista» en esta dirección.

Palabras clave: Cuestión prejudicial, recurso por incumplimiento, Evaluación de Impacto Ambiental, Evaluación de Planes y Programas, Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

ABSTRACT

Assessment of environmental impact in the European Union. Jurisprudential analysis

The assessment of environmental impact of projects, activities and plans & programs has been made up as an essential instrument for protecting the environment. In that field the European Union Law has a singular position and, without a doubt, the substantial advances taken place in the European Union Member States related to this matter are a clear consequence of them. Singularly, the jurisprudence of the European Union Court of Justice has been shown (in its current denomination) as a key for the correct application of environmental protection principles. In this way the work of the Court could be described as that of «militant» or «activist».

Key words: Pre-judicial issue, appeal for noncompliance; Assessment of Environmental Impact, Assessment of Plans and Programs, European Union Court of Justice;

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. EL MARCO JURÍDICO VIGENTE Y EL SIGNIFICADO DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EUROPEA.
- II. LOS PROBLEMAS DE LA TRANSPOSICIÓN Y EL EFECTO DIRECTO DE LAS DIRECTIVAS 85/337/CEE Y 97/11/CE.
- III. CONCEPTO DE PLAN, PROYECTO O ACTIVIDAD. OTRA VEZ CONSIDERACIÓN EN UN SENTIDO AMPLIO PARA CONSEGUIR LA MEJOR PROTECCIÓN AMBIENTAL.
- IV. LA SUJECCIÓN A AUTORIZACIÓN PREVIA DE LOS PROYECTOS Y LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. EL CONCEPTO AMPLIO DE AUTORIZACIÓN.

(*) Se recoge la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea emitida hasta el 30 de abril de 2012.

- V. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL Y PROYECTOS DEL ANEXO II DE LA DIRECTIVA 85/337/CEE. LA FIJACIÓN DE UMBRALES Y CRITERIOS POR PARTE DE LOS ESTADOS Y SU CONTROL POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.
- VI. LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LA PREVISIÓN DE LA DIRECTIVA 85/337/CEE DE QUE EN ALGUNOS CASOS PUEDEN EXISTIR PROYECTOS EXCEPTUADOS DE LA REALIZACIÓN DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL O EN LOS QUE ES POSIBLE SU REALIZACIÓN SIN SEGUIR UNA EVALUACIÓN NEGATIVA. EL DESARROLLO DE LA CUESTIÓN EN LA BÚSQUEDA DE UN CONTROL JUDICIAL ADECUADO DE LA SITUACIÓN.
- VII. LA PRUEBA POR LA COMISIÓN DE QUE UN PROYECTO PUEDA REPRESENTAR REPERCUSIONES NEGATIVAS PARA EL MEDIO AMBIENTE. LA EXCEPCIONALIDAD DEL RECHAZO DE LAS RAZONES ESGRIMIDAS POR LA COMISIÓN.
- VIII. DIVERSAS CUESTIONES SOBRE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL EN RELACIÓN CON LA REGULACIÓN DE LOS ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS (DIRECTIVA 92/43/CEE).
1. El principio de precaución y la realización de la Evaluación de Impacto Ambiental.
 2. La problemática aplicación de la Directiva 92/43/CEE a lugares de interés comunitario propuestos por los Estados, todavía no definitivamente aprobados por la Comisión.
 3. El amplio concepto de plan o proyecto en la Directiva 92/43/CEE a los efectos de la práctica de la Evaluación de Impacto Ambiental. Otra vez sobre el principio de precaución.
 4. El concepto de «adecuada» Evaluación de Impacto Ambiental. Su práctica debe realizarse con base en los mejores conocimientos científicos existentes en el momento.
 5. La obligación de examinar alternativas a los proyectos formulados opera solo en el marco de evaluaciones negativas de proyectos que deban ejecutarse por razones imperiosas de interés público. Igual sucede con el examen de consideraciones económicas que presuponen la práctica de una Evaluación de Impacto Ambiental.
 6. La cuestión de la aprobación de un proyecto pese a la conclusión de Evaluación de Impacto Ambiental negativa. Control por parte del Tribunal de Justicia.
- IX. CUESTIONES PROCEDIMENTALES: EL ACCESO A LA JUSTICIA, DUPLICACIÓN DE AUTORIDADES QUE DECIDEN SOBRE LOS PROYECTOS, LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES SOBRE EVALUACIÓN, LA PUBLICIDAD DE LA DECLARACIÓN DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL Y EL POSIBLE PAGO DE TASAS.
1. Acceso a la justicia y organizaciones no gubernamentales de protección del medio ambiente.
 2. Duplicación de autoridades competentes en materia de Evaluación de Impacto Ambiental. Condiciones de cumplimiento de la Directiva.
 3. La obligación de motivación de las decisiones de no realizar la Evaluación de Impacto Ambiental. Forma de llevar a cabo la motivación.
 4. Cuestiones relativas a la publicidad en la Evaluación de Impacto Ambiental.
 5. El establecimiento del pago de tasas por la participación de los particulares en la Evaluación de Impacto Ambiental es cosa dejada a la discrecionalidad de los Estados con la obligación de respetar el núcleo esencial del derecho de participación.

6. La imposibilidad de regularización *a posteriori* de las actuaciones llevadas a cabo sin previa Evaluación de Impacto Ambiental cuando ella fuere necesaria.

X. LA EVALUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA. PRIMERAS SENTENCIAS SOBRE LA NECESIDAD DE SOMETER UNAS ACTUACIONES A LA MISMA Y SOBRE LOS CONCEPTOS DE PLAN O PROGRAMA UTILIZADOS POR LA NORMATIVA EUROPEA. LA POSIBILIDAD Y CONDICIONES DE NO APLICAR EXCEPCIONALMENTE NORMATIVA EUROPEA CUANDO SE TRATE DE, PARADÓJICAMENTE, PROTEGER EL MEDIO AMBIENTE.

XI. CONCLUSIONES.

ANEXO BIBLIOGRÁFICO.

SIGLAS, ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

CE: Comunidad Europea.

CEE: Comunidad Económica Europea.

DOCE: Diario Oficial de las Comunidades Europeas (luego de la Comunidad Europea).

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea.

EAE: Evaluación Ambiental Estratégica.

EIA: Evaluación de Impacto Ambiental.

JA: Justicia Administrativa.

LIC: Lugar de Importancia Comunitaria.

ONG: Organizaciones No Gubernamentales.

RDU: Revista de Derecho Urbanístico.

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

UE: Unión Europea.

ZEPa: Zona de Especial Protección de las Aves.

I. INTRODUCCIÓN. EL MARCO JURÍDICO VIGENTE Y EL SIGNIFICADO DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EUROPEA

La técnica de la Evaluación de Impacto Ambiental ha sido tratada en la doctrina jurídica desde múltiples perspectivas. Aparecen, así, estudiados y considerados minuciosamente en distintos libros y artículos sus antecedentes históricos (como tantas normas del derecho ambiental, con origen en los Estados Unidos de Norteamérica⁽¹⁾), su plasmación en el derecho internacional y en relevantes convenciones o declaraciones suscritas por variados Estados⁽²⁾ hasta llegar al derecho comunitario y, de él, a los distintos Estados miembros de las Comunidades, primero, de la Unión Europea, en la actualidad⁽³⁾.

(1) *Vid.*, últimamente, LOZANO CUTANDA (2010), pp. 462 y ss.

(2) *Cfr.* JUSTE RUIZ (1999), pp. 78 y ss.; últimamente SALINAS ALCEGA (2012, de próxima publicación, *in totum*).

(3) Con independencia de que Alemania y Francia conocen con anticipación propias normas. *Cfr.* ROSA MORENO (1993), pp. 121 y ss. *Vid.* también ALONSO GARCÍA (1993).

Y dentro de este plano europeo, la técnica de la EIA en su primer reflejo en 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, y luego modificada por las Directivas 97/11/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de marzo de 1997, 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de mayo de 2003 y 2009/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009, ha sido analizada por múltiples autores⁽⁴⁾. Recientemente se han «refundido» todas estas Directivas en la nueva Directiva 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 (DOUE L 26/1, de 28 de enero de 2012), que expresamente advierte en su mismo título que se trata de un «texto codificado», es decir que no existe innovación normativa alguna sino que se aprueba exclusivamente a efectos de facilitar y aclarar la consulta al ordenamiento jurídico vigente, igual que sucede en el derecho español con la técnica de los «textos refundidos», que es una muestra de la legislación delegada (*cf.* arts. 82 y ss. de la Constitución española de 1978). El Anexo V de la nueva Directiva se encarga de facilitar el trabajo conteniendo la correspondencia entre los nuevos preceptos y los antiguos. En este trabajo se utilizarán, normalmente, los preceptos y referencias de las «antiguas» Directivas en cuanto que son a los que hacen mención las Sentencias aquí comentadas. Todavía falta bastante tiempo para que en Sentencias aparezcan como única referencia los preceptos de la Directiva 2011/92/UE.

Después, la técnica ha llegado al ámbito no de los concretos proyectos (actuaciones) sino de la planificación, para lo cual se aprueba la Directiva 2001/42/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, y también se cuenta en este plano con muy distintos análisis doctrinales⁽⁵⁾.

Obviamente y tras todo ello, la técnica de la EIA ha sido analizada con referencias a los derechos de los distintos Estados miembros, entre ellos, claro está, España y tanto desde un punto de vista general⁽⁶⁾ como en su aplicación a distintos ámbitos sectoriales⁽⁷⁾.

Todo lo anteriormente expuesto indica claramente que desde solo aspectos normativos y teóricos generales es bastante difícil incidir significativamente, con aportación de nuevas perspectivas, en la consideración de la técnica de la EIA. En estos momentos y en ese plano del examen del derecho existente, no se puede aspirar a otra cosa que a realizar trabajos de vulgarización o de recopilación sistemática de principios o procedimientos; muy difícilmente puede desarrollarse algo a lo que podamos denominar propiamente como «investigación» en el sentido de lo jurídico. Pero no sucede eso, sin embargo, en relación

(4) Y en variadísimas lenguas. Como se podrá advertir inmediatamente, las referencias doctrinales utilizadas en este trabajo lo son únicamente a textos escritos en lengua española.

(5) *Cfr.* KRAMER (2009), pp. 175 y ss., MORENO MOLINA (2006), pp. 195 y ss.

(6) Además de las distintas referencias anteriores, *vid.* los valiosos trabajos de LASAGABASTER y otros (2007), pp. 205 y ss.; GARCÍA URETA (1994); RAZQUIN LIZARRAGA (2000); QUINTANA LÓPEZ (2002), y NOGUEIRA LÓPEZ (2009), estos últimos *in totum*.

(7) Por ejemplo, en el ámbito del agua y de las obras hidráulicas *vid.* EMBID IRUJO (1994) y ROSA MORENO (1996), ambos *in totum*. O en el plano de los espacios naturales protegidos —hábitats naturales— GARCÍA URETA (2010), pp. 528 y ss.

a la jurisprudencia proveniente de la Unión Europea, que con múltiples Sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia ha contribuido a aclarar variados aspectos de la normativa europea y, también, de distintas legislaciones nacionales (y sobre la adecuación de éstas a la europea) que la han transpuesto. Por el contrario, el estudio de esta jurisprudencia, sistematizada y comentada en un único trabajo, presenta *a priori* aspectos de notoria utilidad —como la constatación de su misma existencia, primero— y también va a permitir mostrar a su través un «derecho en marcha», descubrir los obstáculos a su más exacta realización y, sobre todo, observar la actitud «militante» de un TJUE muy fuertemente imbuido por los principios ambientales que presidieron la elaboración de los distintos textos *supra* reseñados y que ha tutelado de forma puntera y clarividente.

En este plano, además, se da una clara diferencia con lo que sucede en la mayor parte de los textos provenientes de conferencias o de organizaciones de derecho internacional que no cuentan con una propia jurisdicción para cuidar de su defensa o en donde solo muy raramente aparecen sentencias sobre el particular⁽⁸⁾. Todo ello creo que da a este estudio una funcionalidad y utilidad que lo justifica plenamente.

Concluyo este punto introductorio indicando que las Sentencias que aquí se van a analizar tienen su origen, en su mayor parte, en la interposición por la Comisión Europea de recursos por incumplimiento por parte de los Estados en la transposición de las Directivas comunitarias o, más frecuentemente, en su aplicación. Pero también se van a encontrar diversas Sentencias que proceden de la formulación por órganos jurisdiccionales estatales ante el TJUE (en su denominación actual) de cuestiones prejudiciales mediante las que se solicita del Tribunal opinión sobre la forma de interpretar el derecho europeo, interpretación cuyo sentido es decisivo para la resolución en una determinada manera del pleito interno; normalmente estas últimas sentencias suelen ser mucho más ricas de contenido que las provenientes de recursos de incumplimiento, al menos desde el punto de vista jurídico⁽⁹⁾.

Debo indicar, por último, que la realización del trabajo me ha sido facilitada por la continuada labor que desde 1998 realizo de comentario del conjunto de la Jurisprudencia ambiental europea para esta revista trimestral *Justicia Administrativa (JA)*, editada por Lex Nova en

Solo desde aspectos normativos y teóricos generales es bastante difícil incidir significativamente en la consideración de la técnica de la EIA.

(8) *Vid.* la prueba de lo que indico con la reciente Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 de abril de 2010, que trata de los múltiples problemas ambientales suscitados por la construcción de una planta de pasta de papel en Uruguay que tenía trascendencia transfronteriza con efectos en Argentina y ausencia de comunicación a este país de los propósitos de implantación y, con ello, de la posibilidad de medir los efectos ambientales de la misma. Sobre dicha Sentencia *vid.* el amplio y valioso comentario de SALINAS ALCEGA y PINTO (2011).

(9) Recursos por incumplimiento y cuestiones prejudiciales son técnicas descritas en los arts. 258 y ss. y 267 respectivamente del TFUE. *Vid.* también diversas referencias en el Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Valladolid (España). Ello es la causa que explica que en este texto se realizarán remisiones continuas a los correspondientes números y divisiones sistemáticas de esta Revista para que el lector interesado pueda observar, si lo desea, los comentarios correspondientes a dichas sentencias en el marco de otra jurisprudencia europea ambiental producida en períodos temporales vecinos y, en general, ampliar las informaciones proporcionadas aquí con referencias, en la mayor parte de las ocasiones, a textos normativos o jurisprudencia nacional concreta que, en ambos casos, son de prescindible cita en este lugar⁽¹⁰⁾.

II. LOS PROBLEMAS DE LA TRANSPOSICIÓN Y EL EFECTO DIRECTO DE LAS DIRECTIVAS 85/337/CEE Y 97/11/CE

La Directiva 85/337/CEE indica en su art. 12 que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para cumplir la presente Directiva en un plazo de tres años a partir de su notificación». La notificación mencionada se produjo el 3 de julio, aunque la publicación oficial tuvo lugar dos días más tarde y se realizó en el DOCE de 5 de julio de 1985. Se quiere decir, por tanto, que bien cumplida la mitad de 1988 los Estados miembros de la CEE, en el momento, ya estaban obligados a su cumplimiento⁽¹¹⁾. Obviamente ello ha sido también el punto de partida para que la Comisión Europea pudiera comenzar a realizar los correspondientes trámites que, en su caso, pudieran desembocar en acciones judiciales ante el Tribunal comunitario cuando hubiera signos (o denuncias de particulares o de otras instituciones) de incumplimiento por parte de concretos Estados de lo preceptuado por la Directiva. En ese marco de entendimiento son numerosas las Sentencias del Tribunal de Justicia en las que se declara, simplemente, que un determinado Estado no ha cumplido total o parcialmente sus obligaciones de transposición⁽¹²⁾. Pero existen también otras varia-

(10) La jurisprudencia que recojo en este trabajo no comprende todas y cada una de las Sentencias emitidas por el TJUE (en la denominación actual), pero sí las más importantes y significativas desde el punto de vista jurídico. Hay otras emitidas normalmente en procedimientos iniciados por la Comisión mediante la interposición de recursos de incumplimiento, pero que tienen menor trascendencia jurídica, o se refieren a cuestiones de detalle en la actividad de los Estados. Debo añadir que, obviamente, con las informaciones proporcionadas para cada Sentencia, también se tiene acceso a las distintas bases de datos (entre ellas y en primer lugar las oficiales, *cfr.* <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/>) en que dicha jurisprudencia se contiene.

(11) En España, que ingresó en las Comunidades Europeas el 1 de enero de 1986, debe verse en la normativa interna de transposición primero el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación del Impacto Ambiental, desarrollado por el Real Decreto 1131/1998, de 30 de septiembre, que aprueba el Reglamento para su ejecución. Tras distintos avatares normativos de prescindible cita aquí, el derecho vigente está contenido en el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos, texto que a su vez ha sido modificado por la Ley 6/2010, de 24 de marzo. No hay mucha fijeza, por tanto, en el ordenamiento a considerar, lo que se relaciona con la evolución del mismo derecho comunitario, por supuesto, pero también con la aparición de alguna Sentencia significativa del Tribunal de Justicia que implica la modificación del ordenamiento español aplicable.

(12) Por ejemplo, *vid.* la Sentencia de 7 de noviembre de 2002 (Sala Sexta), asunto C-348/01, *Comisión/República Francesa*, en la que el Tribunal declara que no ha habido adecuación de la normativa francesa sobre actividades clasificadas a las obligaciones de las Directivas 85/337 y 97/11 (JA 18, 2003, XIII C). Igual la Sentencia de 19 de noviembre de 2002 (Sala Sexta), asunto C-319/01, que declara que proyectos normativos de adecuación de las autoridades federales belgas, o de la Región Valona o Flamenca, no se han aprobado dentro de los plazos correspondientes (JA 19, 2003, XIII C). Igualmente la Sentencia de 24 de junio de 2004 (Sala Tercera), asunto C-421/02, *Comisión/*

das Sentencias en las que el supuesto controvertido es más complejo y, por tanto, da lugar a una jurisprudencia mucho más rica por parte del Tribunal, que es la que voy a referir a continuación.

Así, una de las cuestiones debatidas ampliamente ante el Tribunal en los primeros tiempos ha sido la relacionada con el llamado «efecto directo» de las Directivas comunitarias no transpuestas, o no transpuestas por los distintos Estados en el lapso de tiempo adecuado para ello. En esta cuestión y en el plano de lo general, existe una tradicional jurisprudencia del Tribunal comunitario que establece en qué condiciones puede tener lugar ese efecto directo (distinguiendo entre efecto vertical y horizontal⁽¹³⁾), y ello en nuestro ámbito de investigación ha dado lugar a la aparición de distintas Sentencias del Tribunal de Justicia relativas a la EIA en las que, en general, puede advertirse el deseo del Tribunal —plasmado en los correspondientes fallos— de aplicar lo preceptuado por la Directiva 85/337/CEE frente a cualquier forma de resistencia —y las hay muy variadas— de los Estados miembros.

Así, en la Sentencia de 21 de enero de 1999 (Sala Quinta), asunto C-150/97, *Comisión/Portugal*, se establece el efecto directo de la Directiva 85/337/CEE frente a una normativa portuguesa posterior a la fecha de obligatoriedad (la normativa es de 1997 y recuerdo que la fecha de obligatoriedad en el cumplimiento de la Directiva era de 3 de julio de 1988) y normativa portuguesa que, además, indicaba que solo era aplicable a proyectos cuya aprobación se hubiera solicitado tras la entrada en vigor de la norma de transposición⁽¹⁴⁾. Lo mismo puede advertirse en la Sentencia de 16 de septiembre de 1999 (Sala Sexta), asunto C-435/97, *World Wildlife Fund/Provincia de Bolzano* (se trata de una cuestión prejudicial). Aquí el Tribunal se enfrenta a una norma italiana que excluye de EIA, sin más, a proyectos del Anexo II⁽¹⁵⁾. La

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en donde se constata el incumplimiento de la normativa de Escocia e Irlanda del Norte al no reflejarse en ella determinados proyectos incluidos en el Anexo II de la Directiva 85/337/CEE (JA 25, 2004, XIII D). También la Sentencia de 3 de marzo de 2011 (Sala Primera), asunto C-50/09, *Comisión/Irlanda*, en la que se juzga que una normativa irlandesa no garantiza la evaluación de la interacción entre los factores que puedan resultar afectados directa o indirectamente por un proyecto (JA 52, 2011, XIII B); este mismo reproche se contiene en la Sentencia de 16 de marzo de 2006, C-332/04, *Comisión/Reino de España* (JA 32, 2006, XIII, 1 B).

(13) Lo relativo al efecto directo del derecho comunitario tiene su origen en la Sentencia *Van Gend en Loos* de 5 de febrero de 1963, en donde se afirma por el Tribunal de Justicia que el derecho europeo no solo genera obligaciones para los Estados miembros, sino también derechos para los particulares, por lo que éstos pueden invocar directamente normas europeas ante las jurisdicciones nacionales y europeas sin que sea necesario que el Estado miembro recoja la normativa europea en su ordenamiento interno. Efecto vertical es el relativo a las relaciones entre particulares y Estado y horizontal el que trata de las relaciones entre particulares. En lo relativo específicamente a las directivas (que son normas comunitarias dirigidas a los Estados y que éstos deben trasponer a su derecho interno), la jurisprudencia del Tribunal de Justicia les reconoce efecto directo si sus disposiciones son incondicionales y suficientemente claras y precisas (Sentencia de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*), y en otra Sentencia se indica que el efecto directo solo puede ser de carácter vertical (entre particulares y el Estado) y si los Estados miembros no han transpuesto la directiva en los plazos correspondientes (Sentencia de 5 de abril de 1979, *Ratti*, asunto 148/78).

(14) Cfr: JA 4 (1999), XIII 1 A.

(15) Según el art. 4.2 de la Directiva 85/337/CEE, en su redacción original, los proyectos del Anexo II «se someterán a una evaluación, de conformidad con los artículos 5 a 10, cuando los Estados miembros consideren que sus características lo exigen». Con posterioridad, el precepto fue modificado por la Directiva 97/11/CE para conseguir una mayor precisión dados los muchos conflictos que se suscitaban —como tendremos ocasión de comprobar— en relación a esta cuestión. Tras la modificación el precepto dice que «sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 2, por lo que respecta a los proyectos enumerados en el Anexo II, los Estados miembros determinarán: a) mediante

respuesta es clara: esa actuación es contraria a la Directiva y debe ser ésta la que se aplique directamente⁽¹⁶⁾.

La misma voluntad aplicadora de la Directiva 85/337/CEE se denota en la Sentencia de 24 de octubre de 1996, *Kraajveld*, en la que el Tribunal permite al Tribunal estatal competente (se trata de la resolución de una cuestión prejudicial) la aplicación de la Directiva 85/337/CEE aun cuando no haya sido alegada por las partes en el proceso, lo que es la suprema característica para juzgar del carácter aplicativo de una norma: su aplicabilidad directa por los Tribunales al margen de su aportación al pleito por las partes. Y lo mismo se puede advertir en la Sentencia de 19 de septiembre de 2000, asunto C-287/98, *Linster*, en la que se resuelve una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal del Estado de Luxemburgo, en la que se trata de una exención de aplicación de la EIA contenida en una Ley (que es también la de la transposición de la Directiva) para la construcción de una carretera. Aun cuando en la Directiva 85/377/CEE se permita la no aplicación de la EIA cuando la aprobación de los proyectos se lleve a cabo mediante Ley⁽¹⁷⁾, el Tribunal de Justicia en esta Sentencia atribuye al Juez nacional la competencia para comprobar si los requisitos materiales de la Directiva 85/377/CEE se cumplen en la Ley de la que se trata⁽¹⁸⁾.

Esta voluntad de aplicabilidad de lo preceptuado por la Directiva se extiende, incluso, a actuaciones cuyo origen se encuentra en un tiempo anterior al que existieran, incluso, las Comunidades Europeas. Así, la Sentencia de 7 de enero de 2004 (Sala Quinta), asunto C-202/02, *Delena Wells*, resuelve una cuestión prejudicial en la que se trata de la renovación de una licencia de explotación minera otorgada originalmente en Inglaterra en 1947; en 1991 se ha otorgado una nueva autorización (nótese que tres años después de la fecha de transposición y aplicabilidad de la Directiva 85/337/CEE) pero sin la práctica de una EIA. El Tribunal indica que el otorgamiento de un permiso en 1991 con fijación de condiciones para reanudar la explotación minera constituye una «autorización» en el sentido del art. 2.1 de la Directiva 85/337/CEE⁽¹⁹⁾ y, por tanto, se debería

un estudio caso por caso, o b) mediante umbrales o criterios establecidos por el Estado miembro, si el proyecto será objeto de una evaluación de conformidad con lo establecido en los artículos 5 a 10». Y el Anexo III, respondiendo a una remisión realizada por el art. 4.3 de la Directiva, establece distintos criterios como los de la localización, tamaño o naturaleza de los proyectos, para enmarcar la decisión de los Estados. Esto quiere decir que los Estados deben regular (o actuar) teniendo en cuenta esas características y no, como sucede en este caso, excluyéndolos sin más. Por el contrario, los proyectos del Anexo I se deben someter, sin más, a una EIA (*cf.* art. 4.1).

(16) *Cfr.* JA 6 (2000), XIII, 1 C. Sobre el tema de los proyectos incluidos en el Anexo II (una de las cuestiones capitales en la aplicación de esta Directiva) volveré posteriormente en cuanto existe variada jurisprudencia sobre este particular. Es obvio que esta Sentencia, que no volveré a repetir allí, también sería incluyente en esa división sistemática.

(17) El art. 1.5 de la Directiva 85/337/CEE indica que ésta «no se aplicará a los proyectos detallados adoptados mediante un acto legislativo nacional específico, dado que los objetivos perseguidos por la presente Directiva, incluido el objetivo de la disponibilidad de informaciones, se consiguen a través del procedimiento legislativo».

(18) *Cfr.* JA 10 (2001), XIII, 1 B. El Tribunal, a esos efectos, indica que el procedimiento legislativo para la aprobación de dicha Ley habrá debido permitir que se alcancen los objetivos perseguidos por la Directiva 85/377/CEE, incluido el de disponibilidad de informaciones y siempre que el Parlamento, en el momento de adoptar el proyecto detallado, haya dispuesto de informaciones equivalentes a las que deberían haberse facilitado a la autoridad competente en el marco de un procedimiento ordinario de autorización de proyectos.

(19) El precepto citado indica que «los Estados miembros adoptarán las disposiciones necesarias para que, antes de concederse la *autorización*, los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización, se sometan a una evaluación en lo que se

haber llevado a cabo un procedimiento de EIA antes de concederse la citada autorización⁽²⁰⁾.

Y lo mismo que hemos ido indicando para la Directiva 85/377/CEE vale para una de las que la han modificado, la Directiva 97/11/CE. Así, en la Sentencia de 19 de febrero de 2002 (Sala Sexta), asunto C-366/00, *Comisión/Gran Ducado de Luxemburgo*, se constata el transcurso de los plazos para la transposición de esta Directiva sin que tal transposición haya tenido lugar; y frente a la alegación del Estado de que está llevando a cabo los trámites para ello, se declara el incumplimiento porque éste debe ser referido al plazo fijado por el dictamen motivado de la Comisión⁽²¹⁾.

III. CONCEPTO DE PLAN, PROYECTO O ACTIVIDAD. OTRA VEZ CONSIDERACIÓN EN UN SENTIDO AMPLIO PARA CONSEGUIR LA MEJOR PROTECCIÓN AMBIENTAL

El art. 1.1 de la Directiva 85/337/CEE indica que ésta se aplica a la evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente de los proyectos públicos y privados que «puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente», y el apartado 2 del mismo artículo define como proyecto:

- «— la realización de trabajos de construcción o de otras instalaciones u obras;
- otras intervenciones en el medio natural o el paisaje, incluidas las destinadas a la explotación de los recursos del suelo».

Pues bien, en distintas Sentencias se ha tratado de la adecuación de variadas actuaciones (actividad) a este concepto de proyecto (que también debe relacionarse con las enumeraciones de proyectos que se realizan en los Anexos I y II de la Directiva 85/337/CEE) en el mismo sentido favorecedor de la protección ambiental que hemos apreciado en el anterior apartado, así como lo iremos viendo en el conjunto del trabajo.

(Advierto expresamente de que lo que se indica en el presente apartado deberá complementarse con lo que luego se contendrá en el apartado VIII, donde llevo a cabo el tratamiento específico de las cuestiones

Existe una tradicional jurisprudencia del Tribunal comunitario que establece en qué condiciones puede tener lugar el «efecto directo».

refiere a sus repercusiones». *Vid.* lo que se dice posteriormente sobre el amplio concepto de autorización utilizado por el Tribunal de Justicia.

(20) *Cfr.* JA 23 (2004), XIII 1 C.

(21) *Cfr.* JA 16 (2002), XIII, 1 B. El dictamen motivado de la Comisión es la actuación fundamental en los trámites previos a la formulación del recurso por incumplimiento de la Comisión.

relativas a la realización de proyectos en el ámbito de espacios naturales protegidos y en aplicación de otra Directiva comunitaria, la 92/43/CE).

Esa voluntad protectora del medio ambiente se puede advertir claramente en la Sentencia de 16 de septiembre de 2004 (Sala Primera), asunto C-227/01, *Comisión/España*. El tema objeto de esta Sentencia es si un desdoblamiento de una vía férrea debe ser, o no, sometido a EIA. Frente a la defensa de España de que el Anexo I.7 de la Directiva solo se refiere a la «construcción» de infraestructuras como ésta, el Tribunal, siguiendo el parecer de la Comisión Europea, precisa que también el desdoblamiento necesita de EIA, pues no se puede olvidar que la Directiva se refiere a actuaciones con repercusiones importantes sobre el medio ambiente. Además, si se permitiera a los Estados fraccionar en pequeños trazados la realización de infraestructuras, quedaría burlado el objeto de la Directiva⁽²²⁾.

Muy interesante, por su complejidad normativa, resulta la Sentencia de 23 de noviembre de 2006 (Sala Segunda), asunto C-486/04, *Comisión/República Italiana*. En ella el Tribunal afirma que la construcción de una planta incineradora de residuos se encuentra en el Anexo I.9 de la Directiva 85/337/CEE y, por tanto, debe ser sometida a EIA con independencia de que la normativa interna italiana —y desde la perspectiva exclusiva de la regulación de los residuos— la exima de la necesidad de obtener distintas autorizaciones. El Tribunal indica, así, que hay que contemplar de forma independiente la normativa de EIA y la de residuos y, consiguientemente, también los conceptos de «autorización» —y de eliminación y de valorización de recursos— que puedan encontrarse en una u otra normativa⁽²³⁾.

La Sentencia de 28 de febrero de 2008 (Sala segunda), asunto C-2/07, *Abraham*, lleva a cabo una importante labor de interpretación, en el marco de la formulación de una cuestión prejudicial, sobre la mención del Anexo I.7 de la Directiva 85/337/CEE a que necesita la práctica de EIA la «construcción... de aeropuertos... cuya pista de despegue y de aterrizaje tenga 2.100 metros de largo o más». En el caso, se pretendía llevar a cabo (en Bélgica) la construcción de la torre de control de un aeropuerto, nuevos ramales de las pistas y zonas de estacionamiento, pero no se variaba la longitud de la pista de despegue y de aterrizaje, que era de 3.297 metros. El Tribunal de Justicia va a responder que, aun cuando las obras no afecten a la pista, sí que deben considerarse como obras (en cuanto suponen una intervención física) que afectan a un aeropuerto de determinadas características y, por tanto, se entienden incluidas en el Anexo I. Y ello por el mismo significado de la Directiva 85/337/CEE que trata de conseguir una amplia protección del medio ambiente. En este caso las obras van a permitir aumentar de forma significativa la actividad del aeropuerto y el tráfico aéreo, lo que va a multiplicar el impacto ambiental, y ese es el elemento principal que debe tenerse en cuenta⁽²⁴⁾.

(22) Cfr. JA 26 (3002), XIII, 1 G.

(23) Cfr. JA 35 (2007), XIII, 1 B. El punto 44 de la Sentencia indica en concreto que: «... procede considerar que el concepto de eliminación de residuos, en el sentido de la Directiva 85/337, es un concepto autónomo que debe recibir un significado plenamente acorde con la finalidad que ésta persigue (...) En consecuencia, este concepto, que no equivale al de eliminación de residuos a efectos de la Directiva 75/442, debe interpretarse *lato sensu* con el significado de que comprende todas las operaciones que den lugar bien a la eliminación de residuos, en el sentido estricto de la palabra, bien a su valorización».

(24) Cfr. JA 40 (2008), XIII, 1 A.

También en lo relativo a los aeropuertos y a lo previsto en el Anexo I.7 de la Directiva 85/337/CEE debe mencionarse la Sentencia de 17 de marzo de 2011 (Sala Primera), asunto C-275/09, en la que se resuelve una cuestión prejudicial interpuesta por un órgano jurisdiccional belga y en la que, como veremos, se interrumpe la línea de aplicación de la Directiva 85/337/CEE que hasta ahora hemos contemplado pero con razones más que suficientes, pues es imposible que la materia de que se trata pueda considerarse como «proyecto» en el sentido de la Directiva citada.

Efectivamente: en este caso se trata del aeropuerto de Bruselas-Nacional, situado en la Región Flamenca y que dispone de tres pistas de aterrizaje de más de 2.100 metros de longitud. Este aeropuerto existe desde hace varias décadas pero su explotación solo está sujeta a una autorización medioambiental desde 1999, autorización que fue concedida por primera vez el 1 de enero de 2000 y por cinco años, habiendo sido modificada posteriormente tres veces para reducir el nivel de ruido que produce la actividad del aeropuerto. En ninguna de esas ocasiones las intervenciones administrativas han sido objeto de EIA.

Sin embargo en 2004, y con ocasión de presentar la compañía explotadora del aeropuerto una nueva solicitud de autorización medioambiental para continuar con dicha explotación, se suscitó un litigio sobre la necesidad de realizar una EIA que llegó, por la vía del planteamiento de la cuestión prejudicial, ante el Tribunal de Justicia.

Para resolver el pleito éste indicó que había de responder a la pregunta de si la explotación de un aeropuerto podía considerarse un «proyecto» en el sentido del art. 1.2 de la Directiva 85/337/CEE y si, además, dicho proyecto se podía considerar incluido en los Anexos I o II de dicha Directiva. En ese sentido, y recordando su jurisprudencia anterior (constituida por la Sentencia de 28 de febrero de 2008, *Abraham*, que acabo de comentar), dijo que la clave era que un proyecto consistía en «intervenciones físicas». Sin embargo los litigantes alegaban que el concepto de «intervención física» tenía que ser entendido en el sentido de «cualquier intervención en el medio natural» (recordando con esa expresión la Sentencia de 7 de septiembre de 2004, *Wadenzee*, que luego examino en el apartado VIII de este trabajo).

El Tribunal de Justicia, sin embargo, rechaza esta última alegación diciendo que la recogida del *berberecho* (que es lo que se debatía en el caso de la Sentencia de 7 de septiembre de 2004, *Wadenzee*) es comparable a la «explotación de los recursos del suelo» que sí se encuentra incluida en el ámbito objetivo de la Directiva 85/337/CEE (*cf.* art. 1 *supra cit.*), por lo que no procedía la aplicación de la doctrina de tal Sentencia a este caso. En conclusión, la renovación de la autorización para explotar un aeropuerto no puede ser calificada como «proyecto», porque no hay obras en el sentido de intervenciones físicas, luego mal podría entenderse considerada en el concepto de «construcción» a que se refiere el Anexo I.7.a) de la Directiva 85/337/CEE⁽²⁵⁾.

Menciono a continuación la Sentencia de 25 de julio de 2008 (Sala Tercera) recaída en el Asunto C-142/07, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial que planteó un Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Madrid. El caso tuvo mucha notoriedad y consiguiente reflejo en los medios de comunicación españoles, en cuanto que fue acompañado de una fuerte polémica pública. Se trataba de un asunto de reforma y

(25) *Cfr.* JA 52 (2011), XIII 1 A.

mejora de la autovía urbana de circunvalación de Madrid, conocida como M-30, y que no había sido objeto de EIA. La cuestión debatida era si tal infraestructura se trataba de una «vía urbana» tal y como la denominaba el Ayuntamiento de Madrid, en cuyo caso y según la Directiva 85/337/CEE no precisaría de EIA. El Tribunal, siguiendo la opinión de la Comisión Europea, va a indicar que los conceptos que se utilicen en el plano interno de los Estados no pueden oponerse a los derivados de la Directiva 85/337/CEE. Examina, por ello, los conceptos de «autopistas» y «vías rápidas» de la Directiva y encuentra incluidas en los mismos a las actuaciones que pretende llevar a cabo el Ayuntamiento de Madrid señalando, expresamente, que no cabe excluir que las clases de vías que se mencionan en los anexos de la Directiva se localicen tanto en aglomeración urbana como fuera de ella. En concreto estudia el concepto de «vía rápida» definido según el Acuerdo europeo de 15 de noviembre de 1975 (al que remite expresamente la Directiva) e indica que en el mismo se incluiría la M-30; lo mismo sucedería en relación al concepto de autopista. También e incidentalmente señala que el fraccionamiento de proyectos (el Ayuntamiento había dividido en quince proyectos las actuaciones de reforma de la M-30) no puede llevar como consecuencia la exención de EIA, pues siempre hay que considerar el efecto acumulativo de los distintos proyectos sobre el medio ambiente⁽²⁶⁾.

Hay que indicar que nos encontramos ante una Sentencia importante, sí, pero sin efectos específicos en el caso concreto, pues la mayor parte de la infraestructura ya estaba ejecutada en el momento de aparecer y tampoco se derivaron efectos internos de la Sentencia definitivamente pronunciada por el Tribunal madrileño que presentó la cuestión prejudicial y resolvió después de aparecer la Sentencia comunitaria comentada⁽²⁷⁾.

Otra Sentencia de amplia significación desde la perspectiva de interpretación jurídica de los conceptos comunitarios de la Directiva 85/337/CEE es la de 10 de diciembre de 2009 (Sala Segunda), asunto C-205/08, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por un tribunal austríaco en un procedimiento en el que disputan dos instituciones públicas de ese país (el Gobierno de un Land y otra autoridad). En el caso se trata de la construcción de una línea aérea eléctrica transfronteriza (que une el territorio austríaco con el italiano) con 7,4 km en territorio austríaco y 41 km en el italiano. La normativa austríaca, reproduciendo los umbrales contenidos en la Directiva 85/337/CEE, Anexo I 20, somete a EIA la construcción de «líneas aéreas de energía eléctrica con un voltaje igual o superior a 220 kV y una longitud superior a 15 km». Pues bien, lo planteado ante el Tribunal de Justicia era si se debía realizar una EIA en Austria aun cuando el tramo de este país no alcanzara el umbral previsto por la Directiva (y la normativa interna austríaca). La respuesta del Tribunal es clara: los proyectos contenidos en el Anexo I de la Directiva que se extiendan

(26) *Cfr.* JA 42 (2009), XIII, 1 A.

(27) Esta cuestión de los efectos de las Sentencias pronunciadas por el TJUE es importante, y aun cuando no es un Tribunal que tarde excesivamente en responder (las sentencias suelen aparecer como máximo dos o tres años tras la formulación del recurso), en ocasiones ya es tarde para enderezar la situación si, por algún motivo, no se ha producido una suspensión de las actuaciones controvertidas. En el supuesto que nos ocupa se puede decir que el efecto es nulo y que lo único que sucede es que se crea una «jurisprudencia» para el futuro que será muy importante cuando se planteen actuaciones semejantes ante los tribunales internos de los Estados (y, sobre todo, el propio Estado español), pues ya se conoce fehacientemente la opinión del Tribunal de Justicia sobre la problemática ínsita en este tema; no hará falta, así, plantear nuevas cuestiones prejudiciales sobre la misma cuestión.

sobre el territorio de varios Estados miembros no pueden sustraerse a su aplicación «por el único motivo de que ésta no contenga una disposición expresa relativa a tales proyectos» (punto 54). Consiguientemente, el Estado miembro interesado «deberá proceder a una evaluación del impacto ambiental de tal proyecto en su propio territorio, tomando en consideración los efectos concretos de dicho proyecto» (punto 57 de la Sentencia⁽²⁸⁾).

Finalmente, la Sentencia (ya citada anteriormente a otros efectos) de 3 de marzo de 2011 (Sala Primera), asunto C-50/09, *Comisión/Irlanda*, decide que las obras de «demolición» son un «proyecto» en el sentido del art. 1.2 de la Directiva 85/337/CEE aun cuando no se nombren expresamente en los Anexos, puesto que «estos anexos se refieren más bien a categorías sectoriales de proyectos, sin describir la naturaleza concreta de las obras previstas» (puntos 100 y 101 de esta Sentencia)⁽²⁹⁾.

IV. LA SUJECCIÓN A AUTORIZACIÓN PREVIA DE LOS PROYECTOS Y LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. EL CONCEPTO AMPLIO DE AUTORIZACIÓN

La problemática que principalmente se suscita ante el Tribunal de Justicia en este plano es de si solo pueden someterse a EIA los proyectos sujetos a autorización administrativa, teniendo un concepto «estricto» de la autorización. Ello se apoya en lo expresamente indicado en el art. 2.1 de la Directiva 85/337/CEE (con la modificación posterior operada por la 97/11/CE), que indica que «los Estados miembros adoptarán las disposiciones necesarias para que, *antes de concederse la autorización*, los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente... se sometan a una evaluación en lo que se refiere a sus repercusiones». Y para el art. 1.2 de la Directiva autorización es «la decisión de la autoridad o de las autoridades competentes que confiere al maestro de obras⁽³⁰⁾ el derecho a realizar el proyecto».

En muchas ocasiones lo que se plantea en la jurisprudencia europea es si nos encontramos, o no, ante una autorización administrativa. La Sentencia del TJUE de 19 de abril de 2012, asunto C-121/11 (*Pro-Braine ASBEL y otros/Commune de Braine le Chateau*)⁽³¹⁾, contiene un concepto tradicional de autorización que el que solo existe tal si ella da lugar a la realización de un «proyecto» y, como ya sabemos del aparta-

La Directiva 85/337/CEE se aplica a la evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente de los proyectos públicos y privados que «puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente».

(28) Cfr: JA 47 (2009), XIII, 1 A.

(29) Cfr: JA 52 (2011), XIII, 1 B.

(30) Y por concluir el plano de las definiciones, maestro de obras, según el art. 1.2, es «bien el que solicita una autorización relativa a un proyecto privado, bien la autoridad pública que toma la iniciativa respecto de un proyecto».

(31) Cfr: JA 56 (2012): XIII, 1 E.

do anterior, tal término hace referencia a obras o intervenciones que modifiquen la realidad física de tal forma que, si no hay tal modificación, no podría hablarse de proyecto y, por tanto, tampoco de autorización ni de necesidad consiguiente de someterla previamente a EIA. En el caso se trata de un vertedero autorizado desde 1979 y para el que su titular ha presentado un proyecto de acondicionamiento en 2003 que ha llevado al Municipio francés a modificar las primitivas condiciones de autorización y sustituirlas por otras. El TJUE manifiesta que, en esos términos, no dispone de información suficiente acerca de si existe como consecuencia de este plan una modificación de las características físicas del vertedero y que esto es cosa que deberá comprobar el órgano judicial nacional con las consecuencias de, si tiene lugar tal modificación, estar ante un proyecto, ante una autorización que, finalmente, debería haber sido objeto de EIA.

Pero en otros supuestos, y cada vez más frecuentes, vamos a poder advertir, en línea con todo lo que se contiene en este trabajo, una superación del concepto formal de «autorización» a los efectos de incluir determinadas actuaciones dentro de las que deben someterse a EIA. Así, por ejemplo, en la Sentencia de 7 de enero de 2004, *Delena Wells*, ya citada, y en la que la intervención de la autoridad inglesa de 1999 se hacía bajo la forma de «permiso», se dice que hay que hacer una interpretación autónoma del concepto de «autorización» contenido en el derecho comunitario y que los efectos prácticos del permiso son los mismos que los de la autorización, por lo que se entiende el sometimiento a EIA del proyecto en el caso sometido a tal «permiso»⁽³²⁾.

Lo mismo sucede en la Sentencia de 5 de julio de 2007 (Sala Segunda), asunto C-255/05, *Comisión/República Italiana*, en la que el Tribunal concluirá en que una «declaración de inicio de actividad» equivale a la «autorización» para el derecho comunitario y, por tanto, la actividad para la que tiene lugar tal declaración está sometida a EIA⁽³³⁾.

Y en la Sentencia de 4 de mayo de 2006 (Sala Primera), asunto C-290/03, *Comisión/Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte* (y en relación a la misma puede verse otra de la misma fecha en el asunto C-508/03 con idénticos protagonistas) se establece que en el derecho inglés el otorgamiento de la autorización de un proyecto de construcción se establece en dos partes y por distintas autoridades, pero ello no es óbice para que ello también constituya una «autorización» en el sentido del derecho comunitario y, por tanto, la actuación estaría sometida a EIA al tratarse, también, de un proyecto con repercusiones significativas sobre el medio ambiente⁽³⁴⁾.

Apunto aquí, finalmente, que se está caminando en el ámbito del derecho europeo —y, por tanto, también en el plano de los derechos nacionales que tienen que someterse a él— a una gran limitación del concepto de «autorización» administrativa como técnica de intervención pública en el desarrollo de actividades económicas (utilicemos una palabra general) por parte de los particulares. El origen de ello se encuentra en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior que ha sido objeto de transposición a los distintos

(32) Cfr. JA 23 (2004), XIII, 1 C.

(33) Cfr. JA 37 (2007), XIII, 1 A.

(34) Cfr. JA 33 (2006), XIII, 1 A.

Estados miembros de la UE, entre ellos España⁽³⁵⁾. El resultado de tal trasposición es la sustitución de la intervención pública «previa», basada en el concepto de autorización, por intervenciones *a posteriori* (inspecciones de la regularidad de la actuación) del inicio de la actividad que, simplemente, se comunica o se declara a las autoridades administrativas competentes⁽³⁶⁾. Ello puede afectar, incluso, a autorizaciones o licencias de contenido ambiental. Un ejemplo, último, en España lo constituye el Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, que suprime la licencia municipal de construcción y de apertura para espacios comerciales inferiores a 300 m².

La relación de ello con la institución de la evaluación de impacto ambiental es evidente, y no es nada arriesgado decir que si casos conflictivos de esta índole llegan al TJUE éste atenderá no al nominalismo del concepto «autorización», sino a la repercusión de la actividad en el medio ambiente para exigir la práctica de la EIA, siendo las anteriormente citadas Sentencias de 7 de enero de 2004, *Delena Wells*, y de 5 de julio de 2007, *Comisión/República Italiana*, unos buenos ejemplos de la forma de razonar en esta dirección. En todo caso se trata de un apunte sobre una evolución del derecho que tiene lugar en este momento y que debe quedar consignado, como reflexión, al final del correspondiente apartado.

V. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL Y PROYECTOS DEL ANEXO II DE LA DIRECTIVA 85/337/CEE. LA FIJACIÓN DE UMBRALES Y CRITERIOS POR PARTE DE LOS ESTADOS Y SU CONTROL POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Ya en distintas ocasiones han aparecido en este trabajo menciones a Sentencias que tratan de la problemática ínsita al Anexo II de la Directiva 85/337/CEE y en el marco de los correspondientes comentarios he citado en nota el art. 4.2 de la Directiva en sus dos versiones a lo largo del tiempo. Recuerdo, así, que frente a la necesidad indubitable de que los proyectos incluidos en el Anexo I sean sometidos a EIA, los del Anexo II obligan al Estado (en la versión actualmente vigente de la Directiva) a un examen caso por caso o a la fijación de unos umbrales o criterios que, en caso de ser cumplidos, obligarían a la realización de la EIA y ello actuando el Estado teniendo en cuenta los criterios a que se refiere el Anexo III de la Directiva 85/337/CEE⁽³⁷⁾.

(35) El Estado ha usado, así, algunas leyes para proceder a esta trasposición, como la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley anterior. Igualmente muchas CC.AA., dentro de sus competencias sobre distintos sectores de la intervención administrativa, han emitido leyes sobre el particular.

(36) Como podrá suponerse, los trabajos doctrinales sobre esta cuestión han sido numerosos dado su interés dogmático. Consigno solo dos libros colectivos últimamente aparecidos donde podrán encontrarse referencias anteriores y en los que, por el relativo alejamiento temporal de las normas transponedoras, existen ya valiosas reflexiones incluso sobre la práctica del sistema. *Vid.*, así, NOGUEIRA (dir.) 2012: *in totum*, y AGUADO I CUDOLÁ y NOGUERA DE LA MUELA (dirs.) 2012: *in totum*.

(37) *Vid.* la evolución de la normativa aplicable que recojo en la nota 15 de este trabajo. Advierto que el texto aplicable en la Directiva codificadora 92/2011/UE es también el art. 4.2.

Pues bien, lo que vamos a estudiar en este apartado son nuevas Sentencias en las que el Tribunal se muestra favorable a la inserción de los proyectos controvertidos dentro de las obligaciones de practicar la EIA, desautoriza la normativa que no refleja correctamente los criterios de la Directiva o, simplemente, destaca el no cumplimiento de la normativa interna fiel reflejo de la Directiva⁽³⁸⁾.

Así, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 21 de septiembre de 1999, asunto C-392/96, *Comisión/Irlanda*, considera contraria a la Directiva la normativa irlandesa que ha fijado valores absolutos para determinados proyectos relacionados en el Anexo II sin tener en cuenta la incidencia ambiental concreta de cada proyecto⁽³⁹⁾. Eso se indica en relación al destino a la explotación intensiva de tierras no cultivadas o de superficies seminaturales —el umbral irlandés son 100 Ha—, las primeras repoblaciones forestales —el umbral son 70 Ha—, las roturaciones destinadas a permitir la conversión con vistas a otro tipo de explotación de suelo —el umbral son 70 Ha— y los proyectos de extracción de turba —aquí el umbral son 50 Ha—. El Tribunal concluye que al obrar de esta forma, sin tener en cuenta otra cosa que las dimensiones de los proyectos aisladamente —nunca por acumulación— y sin referencia a su naturaleza y localización, Irlanda ha sobrepasado el margen de apreciación concedido por los arts. 2.1 y 4.2 de la Directiva 85/337/CEE⁽⁴⁰⁾.

España es objeto de reproche semejante en la Sentencia de 13 de junio de 2002 (Sala Sexta), asunto C-474/09, *Comisión/Reino de España*. En el caso la normativa española (la vigente inicialmente, que luego fue modificada en línea de lo indicado en esta Sentencia) excluía de la evaluación determinados proyectos de los indicados en el Anexo II de la Directiva, afirmando la representación jurídica de España ante el Tribunal en el caso que aquí se comenta, su «discrecionalidad» para hacerlo. El Tribunal dirá que no hay tal discrecionalidad, sino que los Estados lo que tienen es posibilidad de fijar criterios y/o umbrales que permitan determinar qué proyectos incluidos en el Anexo II de la Directiva 85/337/CEE deben ser objeto de EIA, pero no gozan de la potestad de excluir tales proyectos de una forma global⁽⁴¹⁾.

Como antes hemos visto, los criterios para que una actuación incluida en el Anexo II de la Directiva 85/337/CEE sea objeto de EIA —o no— deben ser establecidos por el Estado teniendo en cuenta los criterios que aparecen en el Anexo III de tal Directiva. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de marzo de 2006, asunto C-332/04,

(38) Eso sucede, por ejemplo, en la Sentencia de 2 de junio de 2005 (Sala Sexta), asunto C-83/03, *Comisión/República Italiana*, en la que se señala que Italia no ha aplicado su propia normativa interna que señala las condiciones de realización de una EIA en relación a la construcción de puertos que no superen las medidas que, automáticamente, determinan la realización de una EIA. En esos supuestos la normativa interna, de conformidad con la Directiva, dice que debe tener lugar un examen *ad hoc* para determinar si resulta o no necesaria la EIA. Como no se ha hecho, se declara el incumplimiento de la Directiva 85/337/CEE. Cfr. JA 29 (2005), XIII, 1 A.

(39) Vid. la Sentencia en JA 6 (2000), XIII, 1 C. Semejante a la comentada también la Sentencia de 16 de septiembre de 1999, asunto C-435/97, *Comisión/República italiana*, JA 6 (2000), XIII C. Sigue el Tribunal aquí una jurisprudencia «clásica» en él, con diversas Sentencias todavía no mencionadas en este trabajo como la de 2 de mayo de 1996, asunto C-133/94, *Comisión/Bélgica*.

(40) Cfr. JA 6 (2000), XIII, C. Hay que reconocer que la modificación operada por la Directiva 97/11/CE del art. 4.2 de la Directiva (que antes he referido en nota y que no podía aplicarse por motivos temporales a este caso) ha limitado en gran medida la discrecionalidad de los Estados haciendo imposible actuaciones como la aquí referida.

(41) Cfr. JA 17 (2002), XIII, 1 B.

Comisión/Reino de España, declara el incumplimiento de este país en lo relativo a la transposición de unos proyectos incluidos en el Anexo II.7.b) de la Directiva y relativos a los proyectos de urbanización y complejos hoteleros *fuera de las zonas urbanas* y construcciones asociadas. Para el Tribunal, lo que he resaltado tipográficamente constituye el cumplimiento de solo uno de los criterios del Anexo III, el de la localización, pero no el de los relativos a la naturaleza y a las dimensiones de los proyectos, por lo que tal actuación debe ser juzgada como contraria al derecho comunitario⁽⁴²⁾.

Consigno, finalmente, la Sentencia de 2 de junio de 2005, asunto C-83/03, *Comisión/República Italiana*, en la que este país es condenado porque en su normativa existe un procedimiento administrativo para decidir cuándo un proyecto del Anexo II debe ser sometido a EIA y, en el caso, no se ha seguido tal procedimiento para la exclusión, lo que se juzga una violación de la Directiva⁽⁴³⁾.

VI. LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LA PREVISIÓN DE LA DIRECTIVA 85/337/CEE DE QUE EN ALGUNOS CASOS PUEDEN EXISTIR PROYECTOS EXCEPTUADOS DE LA REALIZACIÓN DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL O EN LOS QUE ES POSIBLE SU REALIZACIÓN SIN SEGUIR UNA EVALUACIÓN NEGATIVA. EL DESARROLLO DE LA CUESTIÓN EN LA BÚSQUEDA DE UN CONTROL JUDICIAL ADECUADO DE LA SITUACIÓN

La Directiva 85/337/CEE excepciona tres casos de la realización de una EIA. Son aquellos proyectos que sean aprobados por Ley (art. 1.5), los que se relacionen con la Defensa Nacional (art. 1.4)⁽⁴⁴⁾ y los que, excepcionalmente, decidan los Estados eximir en todo o en parte de lo disciplinado por la Directiva (art. 2.3)⁽⁴⁵⁾.

El Tribunal de Justicia, aun aceptando lo prescrito por la Directiva (cuyo contenido ha evolucionado en un sentido limitativo, como se pue-

Se está caminando en el ámbito del derecho europeo —por tanto, en el plano de los derechos nacionales que tienen que someterse a él— a una gran limitación del concepto de «autorización» administrativa como técnica de intervención pública en el desarrollo de actividades económicas.

(42) Cfr: JA 32 (2006), XIII, 1 B.

(43) Cfr: JA 29 (2005), XIII, 1 A.

(44) El texto concreto dice: «Los Estados miembros podrán decidir, evaluando caso por caso si así lo dispone la legislación nacional, no aplicar la presente Directiva a los proyectos que respondan a las necesidades de la defensa nacional si consideran que esa aplicación pudiese tener repercusiones negativas respecto de dichas necesidades».

(45) La aplicación de lo dispuesto por este precepto podría tener lugar tanto decidiendo no someter a EIA un proyecto como, en caso de EIA negativa, mantener su ejecución. En todo caso el texto ha sido objeto de modificaciones por la Directiva 97/11/CE y por la 2003/35/CE para limitar la discrecionalidad del Estado y mantener, en todo caso, determinadas obligaciones de información al público. Se regulan, igualmente, obligaciones de información a la Comisión y que ésta difunda anualmente la aplicación que ha tenido lugar de lo preceptuado en este art. 2.3.

de ver por el contenido de las notas anteriores) ha establecido en distintas ocasiones que estas excepciones a la aplicación de la EIA deben interpretarse de una forma restrictiva. Ello se dice expresamente en la Sentencia de 16 de septiembre de 1999, *Comisión/Italia* (ya citada)⁽⁴⁶⁾ y en la igualmente citada Sentencia de 19 de septiembre de 2000, *Linster*⁽⁴⁷⁾.

Esta interpretación restrictiva resulta muy útil en la práctica para su aplicación a casos concretos de proyectos aprobados por Ley que, no obstante, han sido efectivamente objeto de EIA. Así, puede recordarse que la Ley española 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, aprobó la realización de distintas transferencias de recursos hídricos entre ámbitos de diversos Planes Hidrológicos de cuenca y, sin embargo y pese a la aprobación legal, tales proyectos fueron objeto de EIA⁽⁴⁸⁾; la razón de ello estriba en que, en multitud de ocasiones, la aprobación legal se refiere a una idea o concepto y que raramente se encuentra tras ella un proyecto técnico como tal que, normalmente, se redacta más tarde y que, por tanto, debe ser objeto de EIA.

En los últimos meses se han producido nuevas Sentencias en esta dirección que siguen en la línea de la interpretación restrictiva añadiendo, además, nuevos elementos de interpretación que tendrán que ser objeto, necesariamente, de obediencias judiciales a sus mandatos e, incluso, de determinadas modificaciones de los ordenamientos jurídicos internos si no se adecúan a las exigencias que aquí han aparecido. Por su interés, me centro en esta cuestión tal y como aparece en la Sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2011, recaída en los asuntos acumulados C-128/09, C-131/09, C 134/09 y C-135/09, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el *Conseil d'Etat* belga en disputas entre la región Valona, distintos particulares y empresas interesadas⁽⁴⁹⁾. El supuesto de la Directiva 85/337/CEE hace referencia a la aprobación legislativa de proyectos.

Así, la problemática planteada en la Sentencia citada se origina en distintas reclamaciones planteadas por particulares en relación a licencias de obras relacionadas con dos aeropuertos y una línea de ferrocarril. Estos recursos están residenciados ante el *Conseil d'Etat* y mientras se están tramitando estos recursos aparece un Decreto del Parlamento valón de 17 de julio de 2008, que es un acto legislativo, y que ratifica estas licencias y autorizaciones confirmándolas por razones imperiosas de interés general. El Decreto es objeto de recursos ante el Tribunal Constitucional pero el órgano jurisdiccional remitente,

(46) Cfr. JA 6 (2000), XIII, 1 C. En esa sentencia se trata de la modificación de un aeropuerto que la legislación italiana excluye de EIA, no juzgándose suficiente la forma de exclusión. Así, se dice que la referencia de la Directiva a que un acto legislativo pueda excluir la EIA solo cabe ser interpretada en el sentido de que se trate de un acto legislativo específico, que contenga todos los datos que puedan resultar pertinentes para la evaluación de las repercusiones del proyecto sobre el medio ambiente. Igualmente se indica que, aun cuando un aeropuerto cumpla tanto fines civiles como militares, si su utilización principal es la comercial no cabe considerarlo como afecto a la defensa nacional y, por tanto, excluido de las exigencias de la Directiva.

(47) Cfr. JA 10 (2001) XIII, 1 B. En este caso el Tribunal de Justicia indicará que para que proceda la exclusión de EIA el procedimiento legislativo deberá haber permitido alcanzar los objetivos perseguidos por la Directiva 85/337/CEE, incluido el objetivo de la disponibilidad de informaciones y siempre que el Parlamento, en el momento de adoptar el proyecto detallado, haya dispuesto de informaciones equivalentes a las que deberían haberse facilitado a la autoridad competente en el marco de un procedimiento ordinario de autorización de proyectos.

(48) La necesidad de aprobación por Ley de tales transferencias deriva de lo previsto expresamente en el art. 45 del Texto Refundido de la Ley de Aguas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

(49) Cfr JA 54 (2011), XIII, 1 A.

el *Conseil d'Etat*, plantea una serie de preguntas al TJUE suspendiendo, mientras tanto, el procedimiento. Estas preguntas versan sobre las condiciones que debe cumplir el acto legislativo para que pueda aplicarse lo previsto en el art. 5.1 de la Directiva 85/337/CEE relativa a la evaluación de impacto ambiental, según el cual «la presente Directiva no se aplicará a los proyectos detallados adoptados mediante un acto legislativo nacional específico, dado que los objetivos perseguidos por la presente Directiva, incluido el objetivo de la disponibilidad de informaciones, se consiguen a través del procedimiento legislativo» e, igualmente, sobre las características y condiciones del recurso ante los tribunales a que se refiere el art. 10 bis de la misma Directiva y el art. 9.2 del Convenio de Aarhus, que fue ratificado por las instituciones europeas.

En relación a la primera de las cuestiones, y después de un minucioso examen de tan capital cuestión, el Tribunal concluye (punto 48 de la Sentencia) en que el art. 5.1 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que únicamente están excluidos del ámbito de aplicación de dicha Directiva los proyectos detallados adoptados mediante un acto legislativo específico, de forma que los objetivos de dicha Directiva se hayan alcanzado mediante el procedimiento legislativo. Y corresponde al Juez nacional comprobar que se han cumplido estos dos requisitos, teniendo en cuenta tanto el contenido del acto legislativo adoptado como el conjunto del procedimiento legislativo que condujo a su adopción, y en particular los trabajos preparatorios y los debates parlamentarios. A este respecto, un acto legislativo que no haga sino «ratificar» pura y simplemente un acto administrativo preexistente, limitándose a invocar la existencia de razones imperiosas de interés general sin la previa apertura de un procedimiento legislativo de fondo que permita cumplir dichos requisitos, no puede considerarse un acto legislativo específico en el sentido de la citada disposición y por lo tanto no basta para excluir un proyecto del ámbito de aplicación de la Directiva 85/337/CEE.

La segunda cuestión planteada es capital, pues puede suceder que en los países concretos miembros de la UE los actos legislativos no sean susceptibles de un control judicial de la misma «calidad» que el que puede tener una resolución administrativa que se refiera o excluya el procedimiento de evaluación de impacto ambiental. La respuesta del TJUE es taxativa y se expresa así en el punto 57 de la Sentencia:

- cuando un proyecto que esté comprendido en el ámbito de aplicación de estas disposiciones (se refiere al art. 9.2 del Convenio de Aarhus y el art. 10 bis de la Directiva 85/337/CEE, que tratan del acceso a la justicia ambiental) se adopte mediante un acto legislativo, la cuestión de si dicho acto legislativo responde a los requisitos establecidos en el artículo 5.1 de la citada Directiva debe poder someterse, con arreglo a las normas de procedimiento nacionales, a un órgano jurisdiccional o a un órgano independiente e imparcial establecido por la ley;
- en el supuesto de que contra dicho acto no existiese recurso alguno de la naturaleza y alcance indicados, correspondería a cualquier órgano jurisdiccional que en el marco de su competencia conociese el asunto ejercer el control descrito en el apartado anterior y sacar las conclusiones oportunas, dejando, en su caso, sin aplicación dicho acto legislativo.

En la misma línea puede verse la Sentencia del TJUE de 16 de febrero de 2012, Asunto C-182/10⁽⁵⁰⁾.

(50) Cfr JA 56 (2012) XIII, 1 B.

He dedicado tanto espacio a esta cuestión porque como podrá haberse advertido con la lectura, el emplazamiento, en última instancia, a un control judicial realizado por un juez nacional que conozca, de cualquier forma, del asunto está abriendo la necesidad de, al menos, interpretaciones judiciales internas de los Estados miembros de la UE o, incluso, de la aparición de normas que preparen un procedimiento judicial específico para estas cuestiones. Así, y por poner el ejemplo de España, solo el Tribunal Constitucional está habilitado para ejercitar el control de normas con rango de Ley, lo que no significa que con esa mención esté solucionado el caso dada la reducidísima legitimación para interponer el recurso de inconstitucionalidad (si es que esta cuestión mereciera el apelativo de ser objeto de tal recurso) que, desde luego, no cumple las condiciones de acceso a la justicia en materia ambiental. Y para que un Tribunal de lo contencioso-administrativo pudiera conocer de un recurso de esta índole sería necesaria la habilitación legal de un procedimiento específico o, al menos, que se produjera una interpretación judicial con ocasión de la interposición de un recurso sobre materia relacionada con la falta de existencia en el acto legislativo de los datos suficientes que permitieran sentar que estábamos ante un proyecto «detallado» objeto de tal aprobación legal. En suma, que nos encontramos ante una cuestión abierta y que habrá de ser objeto de posteriores desarrollos e interpretaciones.

VII. LA PRUEBA POR LA COMISIÓN DE QUE UN PROYECTO PUEDA REPRESENTAR REPERCUSIONES NEGATIVAS PARA EL MEDIO AMBIENTE. LA EXCEPCIONALIDAD DEL RECHAZO DE LAS RAZONES ESGRIMIDAS POR LA COMISIÓN

Presupuesto de la aplicación de la Directiva 85/337/CEE es que la realización de un proyecto lleve consigo repercusiones negativas para el medio ambiente. El Tribunal parte de ello en muchas de las Sentencias que se han reflejado anteriormente y, obviamente, en todas aquéllas en las que se trata de la interposición de un recurso por incumplimiento por parte de la Comisión en los casos en que el fondo de tal recurso es aceptado. Por ello, no vale la pena volver sobre Sentencias ya estudiadas y en las que el Tribunal ha apreciado las razones que fundan, para la Comisión, la interposición de sus recursos por incumplimiento de los Estados, sino mencionar una en la que, precisamente, el Tribunal de Justicia considera no probado tal aserto. Se trata de la Sentencia de 29 de abril de 2004 (Sala Quinta), asunto C-117/02, *Comisión/República Portuguesa*⁽⁵¹⁾. La Sentencia presenta el atractivo, además, de que se trata en ella de la realización de un proyecto dentro de un Parque Natural ubicado en Portugal. Ello determina la necesidad de la determinación del derecho aplicable porque, además de la Directiva 85/337/CEE, se cuenta con la Directiva 92/43/CE («hábitats»; *vid.* el siguiente apartado de este trabajo) que es específica para los espacios naturales protegidos y donde existe, además, un precepto concreto (el art. 6 en sus apartados 3 y 4 que luego reproduciré) sobre la práctica de la EIA en estos espacios. Sin embargo el Tribunal indicará que por la fecha de los hechos controvertidos (1996) tal Directiva

(51) *Cfr.* JA 24 (2004) XIII, 1 C.

92/43/CE no era todavía de aplicación en el caso concreto por lo que se trata, simplemente, de la aplicación de la Directiva 85/337/CEE⁽⁵²⁾.

Y en ese plano se va a negar la aplicabilidad de tal Directiva 85/337/CEE porque en la regulación portuguesa originaria relativa al Parque Natural ya se había previsto el uso de cada parcela específicamente y, en el caso concreto, el uso recreativo del proyecto de que se trataba ya estaba contemplado y asimilado en la regulación. Se afirma en la Sentencia, incluso, que esta parcela tenía ya una vegetación muy degradada cuando fue destinada a esta finalidad.

Lo más importante, en el plano de lo general, es en mi opinión lo que se dice en el punto 85 de la Sentencia en la que se afirma que:

«No basta con demostrar que un proyecto debe ejecutarse dentro de los límites de un Parque Natural para presumir que tendrá repercusiones importantes sobre el medio ambiente. La Comisión debe aportar un mínimo de pruebas de las repercusiones que el proyecto podría tener sobre el medio ambiente»⁽⁵³⁾.

VIII. DIVERSAS CUESTIONES SOBRE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL EN RELACIÓN CON LA REGULACIÓN DE LOS ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS (DIRECTIVA 92/43/CEE)

El comentario de la anterior Sentencia de 29 de abril de 2004 y en donde aparece la problemática de los espacios naturales protegidos es pórtico adecuado para que se dedique un apartado singular a la relación de la EIA con proyectos que afectan a dichos espacios (ZEPA o LIC en la terminología comunitaria) dada la existencia de una Directiva específica que contiene algún precepto se refiere a esta cuestión.

Esta es 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 (normalmente denominada como Directiva «hábitats»). Su art. 6 en los apartados 3 y 4 indica lo siguiente en relación a la problemática que nos ocupa:

Únicamente están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva los proyectos detallados adoptados mediante un acto legislativo específico, de forma que los objetivos de dicha Directiva se hayan alcanzado mediante el procedimiento legislativo.

(52) Igual duda de aplicabilidad de normativa se planteó en la Sentencia de 23 de marzo de 2006 (Sala Segunda), asunto C-209/04, *Comisión/República de Austria*, en la que el Tribunal determinó que la construcción de una autopista que afectaba a una ZEPA (Directiva 79/409/CEE del Consejo, fuertemente relacionada con la 92/43/CEE) no estaba afectada, por la fecha del proyecto, por esta Directiva, sino por la 85/337/CEE. *Cfr.* JA 32 (2006), XIII, 1 C.

(53) *Cfr.* JA 24 (2004), XIII, C. No es muy usual que la Comisión «pierda» un pleito de estas características, lo que hace de esta Sentencia un hito destacable a tener en cuenta. En el mismo sentido, raro, de apreciación de insuficiencia de prueba por la Comisión Europea *vid.* la Sentencia de 4 de octubre de 2007 (Sala cuarta), asunto C-179/2006, *Comisión/República Italiana*. *Cfr.* JA 38 (2008), XIII, 1 A.

«3. Cualquier plan o proyecto que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a los citados lugares, ya sea individualmente o en combinación con otros planes y proyectos, se someterá a una adecuada evaluación de sus repercusiones en el lugar, teniendo en cuenta los objetivos de conservación de dicho lugar. A la vista de las conclusiones de la evaluación de las repercusiones en el lugar y supeditado a lo dispuesto en el apartado 4, las autoridades nacionales competentes sólo se declararán de acuerdo con dicho plan o proyecto tras haberse asegurado de que no causará perjuicio a la integridad del lugar en cuestión y, si procede, tras haberlo sometido a información pública.

4. Si, a pesar de las conclusiones negativas de la evaluación de las repercusiones sobre el lugar y a falta de soluciones alternativas, debiera realizarse un plan o proyecto por razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas razones de índole social o económica, el Estado miembro tomará cuantas medidas compensatorias sean necesarias para garantizar que la coherencia global de Natura 2000 quede protegida. Dicho Estado miembro informará a la Comisión de las medidas compensatorias que haya adoptado.

En caso de que el lugar considerado albergue un tipo de hábitat natural y/o una especie prioritarios, únicamente se podrán alegar consideraciones relacionadas con la salud humana y la seguridad pública, o relativas a consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente, o bien, previa consulta a la Comisión, otras razones imperiosas de interés público de primer orden».

Pues bien, en relación a este texto han aparecido distintas sentencias que se van a estudiar sistemáticamente en este lugar con referencia a los temas concretos que se tratan en ellas⁽⁵⁴⁾:

1. El principio de precaución y la realización de la Evaluación de Impacto Ambiental

El principio de precaución, también llamado en la jerga comunitaria de «cautela»⁽⁵⁵⁾, es objeto de consideración en la Sentencia de 10 de enero de 2006 (Sala Segunda), asunto C-98/03, *Comisión/República Federal de Alemania*⁽⁵⁶⁾. La polémica se establece en torno a unas leyes alemanas mediante las que se produjo la adaptación del derecho interno alemán a la Directiva comunitaria. La primera Ley fue la de 21 de septiembre de 1998 (*Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege*) y la segunda, con el mismo título y que deroga la anterior, es la de 25 de marzo de 2002. El Tribunal de Justicia, respondiendo positivamente a la demanda de la Comisión, considerará insuficiente el grado de protección de la norma alemana en relación a determinadas decisiones de la Directiva 92/43/CEE.

En concreto se va a juzgar como deficiente, en relación a lo que prevé el art. 6 en sus apartados 3 y 4 antes transcritos, la previsión de EIA de actividades que se realicen fuera

(54) *Vid.* también sobre el tema DEL CASTILLO MORA (2012): *in totum*.

(55) Sobre la cuestión, en general, EMBID TELLO (2010): *in totum*.

(56) *Cfr.* JA 31 (2006), XIII, 1 E. También trata sobre el principio de precaución la Sentencia de 7 de septiembre de 2004 que se comenta en el punto 3 de este apartado. Llamo la atención sobre la mención a este principio en cuanto que no es frecuente su utilización por el TJUE para sacar consecuencias decisivas en la resolución del supuesto sometido a su juicio.

de las Zonas de Especial Conservación y que puedan afectar a éstas. Según la normativa comunitaria y la interpretación del principio de cautela del Tribunal de Justicia⁽⁵⁷⁾, en caso de duda sobre la inexistencia de efectos negativos debe efectuarse la evaluación, y eso según el derecho alemán podría conducir, precisamente, a una no evaluación, por lo que se considera que el principio de precaución (cautela) no está suficientemente garantizado en la normativa alemana.

2. La problemática aplicación de la Directiva 92/43/CEE a lugares de interés comunitario propuestos por los Estados, todavía no definitivamente aprobados por la Comisión

La cuestión que se señala en la rúbrica de este punto aparece en varias Sentencias del Tribunal de Justicia. Así, la de 13 de enero de 2005 (Sala Segunda), asunto C-117/03, *Dragaggi*, indica que la obligación de realizar una evaluación en el sentido del art. 6.3 y 4 de la Directiva 92/43/CEE afecta solo a los espacios aprobados definitivamente por la Comisión, no a los propuestos por los Estados y pendientes de aprobación por el órgano comunitario. Ello no obsta para que los Estados no deban proteger tales lugares conforme a los principios propios de su derecho interno⁽⁵⁸⁾.

En la misma dirección se mueve la Sentencia de 14 de septiembre de 2006 (Sala Segunda), asunto C-244/05, *Bund Naturschutz in Bayer*. La Sentencia trata de una decisión prejudicial que plantea un tribunal alemán en un pleito entre la citada organización alemana y el Land de Baviera, asunto en el que se trataba de la construcción de una carretera que amenazaba a un LIC propuesto por Alemania, pero esta Sentencia precisa algo más sobre las obligaciones de protección del Estado en el punto 46 que reproduzco:

«Los Estados miembros no pueden, por lo tanto, autorizar intervenciones que puedan alterar significativamente las características ecológicas de un lugar tal como lo definen dichos criterios. Así ocurre, en particular, cuando una intervención conlleva el riesgo de reducir de forma significativa la superficie del lugar, o de provocar la desaparición de especies prioritarias existentes en él, o, por último, de tener como resultado la destrucción del lugar o la eliminación de sus características representativas»⁽⁵⁹⁾.

3. El amplio concepto de plan o proyecto en la Directiva 92/43/CEE a los efectos de la práctica de la Evaluación De Impacto Ambiental. Otra vez sobre el principio de precaución

En la Sentencia de 7 de septiembre de 2004 (Gran Sala), asunto C-127/02, *Walden*, se resuelve una cuestión prejudicial promovida por un Tribunal holandés en un pleito entre

(57) Vid. la Sentencia de 20 de octubre de 2005 (Sala segunda), asunto C-6/04, *Comisión/Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, en JA 30 (2006), XIII, 1 D. Luego, en el punto 3 de este apartado, vuelvo sobre la misma aplicación del principio de precaución.

(58) Cfr: JA 27 (2005), XIII, 1 A.

(59) Cfr: JA 34 (2007), XIII, 1 A.

un órgano administrativo de los Países Bajos y organizaciones ecologistas. La cuestión es si debe aplicarse el art. 6.3 de la Directiva 92/43/CEE en el caso de una licencia anual expedida por dicho órgano administrativo para la recogida del berberecho en un determinado lugar (*Wadenzee*). Las organizaciones ecologistas postulan que estamos ante un «plan o proyecto» y, por tanto, debía la licencia haber sido precedida de una EIA.

La respuesta del Tribunal es que, efectivamente, nos encontramos ante un plan o proyecto de tal forma que, cada año, la licencia que se expide para la recogida del berberecho debe ser precedida de una «adecuada» (luego vuelvo sobre el contenido de este concepto) EIA.

En otro orden de cosas, se indica también en esta Sentencia que para la aplicación de la EIA no debe existir la «certeza» sino solo la «probabilidad» de que la actividad pueda tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente. Y teniendo en cuenta lo regulado sobre el principio de cautela en el art. 174.2 del Tratado de la Comunidad Europea (vigente en el momento, luego sustituido por el Tratado de Lisboa de 2009) y su aplicación a la Directiva 92/43/CEE, esa probabilidad existirá «desde el momento en que no cabe excluir, sobre la base de datos objetivos, que dicho plan o proyecto afecte al lugar en cuestión de forma apreciable» (punto 44 de la Sentencia)⁽⁶⁰⁾.

4. El concepto de «adecuada» Evaluación de Impacto Ambiental. Su práctica debe realizarse con base en los mejores conocimientos científicos existentes en el momento

El art. 6.3 de la Directiva 92/43/CEE habla de la práctica de una «adecuada» EIA. Ese concepto de «adecuada» ha sido objeto de tratamiento por algunas Sentencias. Así, en la de 7 de septiembre de 2004, *Wadenzee, cit.* en el punto anterior, se indica que «adecuada» EIA es la que se realiza a la luz de los mejores conocimientos científicos sobre la materia y trata de todos los aspectos del plan o proyecto que, por sí solos o en combinación con otros planes o proyectos, puedan afectar a los objetivos de conservación. A la vista de las conclusiones de la evaluación, las autoridades correspondientes solo deberán autorizar la actividad «si tienen la certeza de que no producirá efectos perjudiciales para la integridad de ese lugar. Así sucede cuando no existe ninguna duda razonable, desde un punto de vista científico, sobre la inexistencia de tales efectos» (punto 61 de la Sentencia).

Con palabras semejantes y remisión a la Sentencia *Wadenzee* se pronuncia la de 20 de septiembre de 2007 (Sala cuarta), asunto C-304/05, *Comisión/República Italiana*. También aparecen en ella, así, los mejores conocimientos científicos⁽⁶¹⁾ como sustrato de la EIA que debe practicarse. La EIA solo será «adecuada» si a través de la misma se puede tener la

(60) Cfr. JA 26 (2005), XIII, 1 C.

(61) La referencia a los «mejores conocimientos científicos» aparece en variada normativa y jurisprudencia ambiental. Es obvio que con ella se introduce un elemento de relatividad temporal en la adopción de cualquier decisión, pues los mejores conocimientos científicos serán los existentes en cada momento, en el que, precisamente y en nuestro caso, se practica la EIA. Es perfectamente posible que cuando se resuelva un pleito sobre cuestiones relativas a dicha EIA los conocimientos científicos hayan variado, lo que plantea una problemática jurídica evidente sobre la que no entro aquí.

certeza de que un plan o proyecto no producirá efectos perjudiciales para la integridad del lugar de que se trate, pues en caso contrario, se deberá negar la autorización para operar allí⁽⁶²⁾.

5. La obligación de examinar alternativas a los proyectos formulados opera solo en el marco de evaluaciones negativas de proyectos que deban ejecutarse por razones imperiosas de interés público. Igual sucede con el examen de consideraciones económicas que presuponen la práctica de una Evaluación de Impacto Ambiental

El art. 6.4 de la Directiva 92/43/CEE trata de las «soluciones alternativas» que habrán debido tenerse en cuenta en el proyecto y en la práctica de la EIA. La ausencia de soluciones alternativas aparece en distintas Sentencias como una más de las razones justificativas de las desautorizaciones llevadas a cabo por el Tribunal de Justicia de la práctica de la EIA. Eso sucede, por ejemplo, en la Sentencia de 20 de septiembre de 2007 (*cit.* en el punto anterior) en donde se liga esa ausencia de soluciones alternativas a la ausencia también de una «evaluación adecuada».

Mayor matización se produce en la Sentencia de 4 de marzo de 2010 (Sala Segunda), asunto C-241/08, *Comisión/República Francesa*, en la que se trata de la presunta inadecuación de una normativa francesa (Código del medio ambiente) en relación a la Directiva 92/43/CEE. En lo que nos afecta, la normativa francesa no contempla la existencia de soluciones alternativas a las del proyecto, pero el Tribunal indica que de la colocación literal de tal mención en el art. 6.4 de la Directiva 92/43/CEE se desprende que las soluciones alternativas solo deberán ser examinadas cuando exista una EIA negativa y el plan o proyecto deba ejecutarse por razones imperativas de interés público de primer orden. Es en esa circunstancia cuando el poder público podría optar entre denegar la realización del proyecto o bien examinar una solución alternativa que pudiera derivar en aprobación y en el marco del cumplimiento del conjunto de circunstancias a que se refiere el art. 6.4⁽⁶³⁾.

También el art. 6.4 de la Directiva hábitats permite tener en cuenta consideraciones económicas vinculadas a los proyectos que deban ejecutarse por razones imperiosas de interés público. (Las consideraciones económicas pueden ser, incluso, el núcleo de esas razones imperiosas de interés público). Pero en todo caso ha debido tener lugar primero una EIA con resultado negativo para que, posteriormente, pueda tener lugar

No basta con demostrar que un proyecto debe ejecutarse dentro de los límites de un Parque Natural para presumir que tendrá repercusiones importantes sobre el medio ambiente.

(62) *Cfr.* JA 38 (2008), XIII, 1 A.

(63) *Cfr.* JA 48 (2010), XIII, 1 C. La cuestión planteará, en la práctica, dilaciones temporales y la necesidad de configurar una suerte de EIA en dos tiempos: uno primero que desemboca, teóricamente, en la EIA negativa y luego formulación de solución alternativa y nueva EIA.

la decisión sobre la ejecución de tal proyecto y por tales razones. Eso se afirma en las Sentencias del TJUE de 24 de noviembre de 2009, asunto C-404/09, *Comisión/Reino de España*, y en la de 15 de diciembre de 2009, asunto C-560/09, *Comisión/Reino de España*⁽⁶⁴⁾.

6. La cuestión de la aprobación de un proyecto pese a la conclusión de Evaluación de Impacto Ambiental negativa. Control por parte del Tribunal de Justicia

Como ya se ha indicado anteriormente, es posible, aun excepcionalmente, autorizar la realización de proyectos en ausencia de EIA o con EIA negativa. Obviamente ello está sometido a control de los Tribunales internos y también puede llegar por distintos procedimientos (el recurso por incumplimiento o la cuestión prejudicial) al conocimiento del Tribunal de Justicia.

Eso sucede en el caso de la Sentencia de 29 de enero de 2004 (Sala Segunda), asunto C-209/02, *Comisión/República de Austria*, en la que el Tribunal comunitario va a considerar inadecuado a lo previsto en el art. 6 de la Directiva 92/43/CEE que se apruebe la realización de un campo de golf con EIA negativa. Durante el proceso se ha conocido que esa autorización también ha sido denegada por un Tribunal interno austríaco conociendo del correspondiente recurso⁽⁶⁵⁾.

IX. CUESTIONES PROCEDIMENTALES: EL ACCESO A LA JUSTICIA, DUPLICACIÓN DE AUTORIDADES QUE DECIDEN SOBRE LOS PROYECTOS, LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES SOBRE EVALUACIÓN, LA PUBLICIDAD DE LA DECLARACIÓN DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL Y EL POSIBLE PAGO DE TASAS

La rúbrica de este apartado contiene una serie de referencias a cuestiones procedimentales que se irán tratando aquí de forma sucesiva.

1. Acceso a la justicia y organizaciones no gubernamentales de protección del medio ambiente

En el presente punto trato una cuestión que hace referencia a la aplicabilidad de la Directiva 85/337/CEE (modificada) pero que también se refiere a una cuestión del mayor interés dogmático, como es la de la accesibilidad a la justicia en el ámbito ambiental. Así, la Sentencia

(64) *Vid.* ambas en JA 55 (2012) XIII, 1. A y B.

(65) *Cfr.* JA 23 (2004), XIII, 1 D. El Tribunal comunitario constata la existencia de informes contrarios a la autorización y el perjuicio que existiría para un guion de codornices por dicha autorización. La anulación realizada por un tribunal interno austríaco no impide la aparición de la Sentencia comunitaria pues conforme a jurisprudencia consolidada, el Tribunal de Justicia juzga con arreglo a la situación jurídica existente en el momento de formularse el dictamen motivado por parte de la Comisión, trámite que precede a la formulación del recurso por incumplimiento. *Vid.* el punto 16 de la Sentencia.

del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 2011 (Sala Cuarta), asunto C-115/09, resuelve una decisión prejudicial planteada con arreglo al art. 234 CE por el *Oberswaltungsgericht* (Tribunal Superior administrativo) *für das Land Nordrhein-Westfalen* (Alemania) mediante resolución de 5 de marzo de 2009, en un procedimiento entre *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland* (Federación para la protección de la naturaleza y del ambiente de Alemania), *Landesverband Nordrhein Westfalen ev.* y *Bezirksregierung* (Gobierno de la comarca) *Ansberg*, en el que participa *Trianel Kohlekraftwerk Lünen GMBH & Co.Kg.*

La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación de diversos preceptos de 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 en su versión modificada por la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003.

El supuesto de hecho sobre el que va a tratar la Sentencia es el siguiente: La empresa Trianel quiere construir y explotar una central térmica en Lünen, con una potencia térmica de 1.705 megavatios y un rendimiento eléctrico neto de 750 megavatios, para entrar en servicio el año 2012. A una distancia de 8 kilómetros de la localización prevista de la central se encuentran cinco áreas designadas como zonas protegidas por la normativa nacional.

Con fecha 6 de mayo de 2008 el Gobierno de la Comarca emitió un dictamen diciendo que no existían objeciones legales para la realización del proyecto y otorgó una licencia parcial. Con fecha 16 de junio de 2008, la Federación citada interpuso un recurso ante el Tribunal Superior Administrativo del Land Nordrhein-Westfalen alegando infracción de las disposiciones adoptadas para adaptar el Derecho interno a la Directiva «hábitats» y, especialmente, al art. 6 de ésta.

El órgano jurisdiccional estimó que, efectivamente, se había violado el art. 6.3 de la Directiva en la medida en que la evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente del proyecto no había permitido demostrar que éste careciera de incidencia significativa sobre las zonas especiales de conservación situadas en sus proximidades. No obstante se planteó si esta Federación podía recurrir dado que el derecho procesal administrativo alemán exige para la admisibilidad de los recursos, que el acto recurrido hubiera vulnerado los derechos del recurrente, es decir sus derechos subjetivos públicos. Pero también estimó que seguir esta prescripción podía afectar al efecto útil de la Directiva 85/337/CEE y, en particular, el art. 10 bis de la Directiva 85/337/CEE adicionado por la Directiva 2003/35.

Consiguientemente planteó ante el Tribunal de Justicia una serie de preguntas cuyo objetivo fundamental era dilucidar el predominio del art. 10 bis de la Directiva 85/337/CEE sobre una normativa interna que parte del presupuesto del interés o derecho público subjetivo violentado como medida de la admisibilidad de la acción judicial y, en concreto, de la aplicabilidad de todo ello a los recursos puestos por las organizaciones no gubernamentales de protección del medio ambiente.

Pues bien, reproduzco primeramente el contenido del art. 10 bis *cit.*:

«Los Estados miembros garantizarán que, de conformidad con su Derecho interno, los miembros del público interesado:

- a) que tengan un interés suficiente, o subsidiariamente
- b) que sostengan el menoscabo de un derecho, cuando la legislación en materia de procedimiento administrativo de un Estado miembro lo imponga como requisito previo, tengan la posibilidad de presentar un recurso ante un tribunal de justicia o ante otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley para impugnar la legalidad, en cuanto al fondo o en cuanto al procedimiento, de decisiones, acciones u omisiones que caigan dentro del ámbito de las disposiciones relativas a la participación del público de la presente Directiva

...

Los Estados miembros determinarán, de manera coherente con el objetivo de facilitar al público interesado un amplio acceso a la justicia, lo que constituya el interés suficiente y el menoscabo de un derecho. Se considerará que toda organización no gubernamental que cumple los requisitos contemplados en el apartado 2 del artículo 1 tiene siempre el interés suficiente a efectos de la letra a) del presente artículo o acredita el menoscabo de un derecho a efectos de la letra b)

....».

La respuesta que a esta pregunta se va a dar por el Tribunal de Justicia es favorable a la aplicación prioritaria del art. 10 bis de la Directiva frente a cualquier normativa interna que pueda existir que no contenga este requisito de legitimación. A esos efectos se parte de la soberanía del legislador nacional a los efectos de establecer el requisito del derecho público subjetivo como imprescindible para que un recurso sea admitido a tramitación, pero esto debe ser compatible con la posición especial de las organizaciones no gubernamentales porque, si no, «ello sería contrario tanto al objetivo de asegurar un amplio acceso a la justicia al público interesado, como al principio de efectividad». En ese sentido sería ilegítimo negar ese acceso a la justicia a las ONG por el único motivo que estas ONG tutelan derechos colectivos y no individuales. En ese sentido las ONG pueden aducir el derecho de la Unión porque si no ello «les privaría en gran medida de la posibilidad de instar a que se controle el respeto de las normas de este Derecho, las cuales muy a menudo se orientan a la protección del interés general y no a la mera protección de los intereses de los particulares de manera individual» (punto 46).

Y en conexión con lo anterior se dice que el art. 10 bis, párrafo tercero, última frase de la Directiva 85/337, «debe interpretarse en el sentido de que, entre los derechos susceptibles de sufrir un menoscabo, derechos cuya titularidad se reconoce a las asociaciones de defensa del medio ambiente, deben figurar necesariamente las normas de Derecho nacional que aplican la legislación de la Unión en materia de medio ambiente, así como las normas de Derecho de la Unión de medio ambiente de efecto directo» (punto 48)⁽⁶⁶⁾.

(66) Cfr. JA 53 (2011), XIII, I A. Recuerdo que también sería sistemáticamente incluíble en este punto la jurisprudencia citada con motivo del examen de los supuestos, excepcionales, de aplicación de la Directiva 85/337/CEE, art. 5.1, en donde las últimas sentencias plantean la necesidad de la existencia de un recurso judicial o de examen de la situación planteada por la aprobación por ley de un proyecto que no sea detallado ni haya permitido, en el marco del procedimiento legislativo, el examen de su incidencia sobre el medio ambiente. *Vid.* el apartado VI de este trabajo.

2. Duplicación de autoridades competentes en materia de Evaluación de Impacto Ambiental. Condiciones de cumplimiento de la Directiva

La Sentencia de 3 de marzo de 2011 (Sala Primera), asunto C-50/09, *Comisión/República de Irlanda*, trata de distintas cuestiones relativas a la normativa irlandesa que, para la Comisión impugnante, se entiende que no respeta suficientemente las condiciones de la Directiva 85/337/CEE. En la cuestión que nos afecta, se cuestiona la pluralidad de autoridades que, según el derecho irlandés, puede tener responsabilidades en la EIA y que pueden ser las autoridades competentes en ordenación del territorio, por un lado, y una Agencia Medioambiental, por otro. La Comisión no se opone a que haya dos autoridades distintas aun cuando «dicha opción estará condicionada a que las competencias respectivas de estas autoridades y las normas que regulen su ejecución garanticen que se realiza una evaluación del impacto ambiental completa y en plazo, a saber, antes de que se conceda la autorización en el sentido de dicha Directiva» (punto 77 de la Sentencia). Con este presupuesto, el Tribunal de Justicia considera no adecuado el derecho irlandés, puesto que puede dar lugar a que la Agencia se pronuncie sola y sin EIA en un proyecto y con cuestiones ligadas a la contaminación (punto 84 de la Sentencia comentada)⁽⁶⁷⁾.

Los Estados miembros no pueden, por lo tanto, autorizar intervenciones que puedan alterar significativamente las características ecológicas de un lugar.

3. La obligación de motivación de las decisiones de no realizar la Evaluación de Impacto Ambiental. Forma de llevar a cabo la motivación

La motivación de las autoridades competentes puede relacionarse con distintas cuestiones en la EIA. Por ejemplo puede referirse a la decisión de no someter un proyecto a EIA. Eso es tratado por la Sentencia de 10 de junio de 2004 (Sala Primera), asunto C-87/02, *Comisión/República Italiana*. En el caso se constata la correcta presentación de la normativa italiana aplicable en lo relativo a la construcción de una carretera no urbana de las incluidas en el Anexo II de la Directiva 85/337/CEE. Pero la cuestión es que debería existir una comprobación por parte de la autoridad administrativa competente a los efectos de decidir si una carretera debía ser objeto, o no, de EIA. Lo que indica el Tribunal es que no ha existido, en el caso concreto, una motivación de la decisión negativa y que ello debía haberse producido, con la correspondiente valoración ambiental⁽⁶⁸⁾.

Cuestión parecida, aunque con bastante más amplitud y profusión de argumentos, se trata en la Sentencia de 30 de abril de 2009 (Sala

(67) Cfr: JA 52 (2011), XIII, 1 B.

(68) Cfr: JA 25 (2004), XIII, 1 C.

Segunda), asunto C-75/08, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal inglés en el procedimiento judicial habido entre un particular y una autoridad pública. En concreto se trata de la obligación, o no, de motivar la decisión adoptada por la autoridad pública de no realizar una EIA durante la tramitación de una solicitud de autorización para la construcción de un hospital, proyecto incluido en el Anexo II de la Directiva 85/337/CEE. Lo que se va a poder apreciar es que aunque aparentemente y, en principio, se responde por el Tribunal de Justicia negativamente, sí que, en realidad, se dispone por el mismo tal obligación de motivación que se deduce de derechos específicos de los particulares recurrentes indicándose, también, la forma de llevarla a cabo.

Así, el Tribunal comienza indicando que, tras examinar los antecedentes y diversa jurisprudencia, resulta que ni de la Directiva 85/337/CEE ni de esa jurisprudencia resulta que la decisión de no someter un proyecto a EIA deba contener las razones por las que la autoridad competente ha decidido que dicha evaluación no es necesaria. Ahora bien, ello no se opone a que los particulares interesados no tengan la posibilidad de comprobar que la autoridad competente ha verificado, efectivamente, si una EIA era o no necesaria. Para ello podrán interponer los recursos pertinentes y ello implica «que el Juez al que se recurre pueda exigir de la autoridad competente la comunicación de esos motivos. Sin embargo, cuando se trata más especialmente de garantizar la protección efectiva de un derecho conferido por el Derecho comunitario, es preciso asimismo que las personas interesadas puedan defender ese derecho en las mejores condiciones posibles y que se les reconozca la facultad de decidir, con pleno conocimiento de causa, si les es útil recurrir al órgano jurisdiccional. Se deduce que, en semejante supuesto, la autoridad nacional competente tiene la obligación de darles a conocer los motivos en los que se basa su negativa, bien en la misma decisión, o bien en una comunicación posterior efectuada a petición de los interesados» (punto 59). Esa comunicación de los motivos podría deducirse «no sólo de una exposición expresa de motivos, sino también de la puesta a disposición de informaciones y documentos pertinentes en respuesta a la solicitud presentada» (punto 60)⁽⁶⁹⁾.

4. Cuestiones relativas a la publicidad en la Evaluación de Impacto Ambiental

La Sentencia de 16 de marzo de 2006 (Sala Tercera), asunto C-332/04, *Comisión/Reino de España* (ya citada a otros efectos en este trabajo), trata, entre otras cosas, de la comunicación pública de la autorización, o no, de la obra sometida a EIA. Que el derecho español (de la época) prevea la publicidad de la Declaración de Impacto Ambiental (positiva o negativa)⁽⁷⁰⁾ no es suficiente si ello no se extiende a la autorización, o no, del proyecto de obra subsiguiente. Para ello el Tribunal examina cuál puede ser la finalidad de la normativa comunitaria, art. 9 modificado de la Directiva 85/337/CEE, indicando en el punto 58 de la Sentencia lo siguiente:

«Al establecer en su artículo 9 la obligación de los Estados miembros de informar al público cuando se adopte una decisión de concesión o de denegación, la Directiva 85/337 modi-

(69) Cfr. JA 44 (2009), XIII, 1 B.

(70) En Derecho español, la Declaración de Impacto Ambiental es el acto administrativo del órgano administrativo competente (órgano ambiental) que sigue a la práctica del procedimiento administrativo de EIA.

ficada pretende hacer participar al público de que se trate en la vigilancia del cumplimiento de estos principios. Pues bien, el hecho de que el público sólo tenga conocimiento del contenido de un dictamen que debe tener en cuenta el órgano competente antes de adoptar su resolución no le permite participar en vigilancia con tanta eficacia como cuando la información que se le trasmite se refiere a la resolución definitiva que pone fin al procedimiento de autorización»⁽⁷¹⁾.

5. El establecimiento del pago de tasas por la participación de los particulares en la Evaluación de Impacto Ambiental es cosa dejada a la discrecionalidad de los Estados con la obligación de respetar el núcleo esencial del derecho de participación

La cuestión resumida en la rúbrica es objeto de tratamiento por la Sentencia de 9 de noviembre de 2006 (Sala Segunda), asunto C-216/05, *Comisión/República de Irlanda*. La Comisión ha interpuesto un recurso por incumplimiento frente a una norma irlandesa que somete al pago de tasas la participación en determinados procedimientos de EIA. Los argumentos fundamentales de la Comisión versan en torno a la afirmación de que un Estado sólo podrá introducir una tasa relacionada con procesos de participación pública regulados por una Directiva si ella misma lo prevé expresamente, como sucede con la Directiva 2003/4/CE, relativa al acceso al público a la información ambiental. Igualmente la Comisión afirma que la introducción de una tasa dificultaría el ejercicio de un derecho que la Directiva reconoce.

Frente a ello el Tribunal afirma que el artículo 249.3 del Tratado CE (sustituido por el Tratado de Lisboa de 2009, pero sin variaciones materiales en el contenido de este precepto) dispone la obligación de los Estados en relación al resultado que debe conseguirse según la Directiva, pero deja a los Estados la elección de la forma y de los medios para conseguir ese resultado. Expresamente, y a partir de esta premisa, se niega la afirmación de la Comisión de que la posibilidad de imposición de tasas de los Estados solo procedería cuando la misma Directiva hubiera previsto ese hecho. Decir lo contrario sería incompatible con la libertad de decisión que se deriva del art. 249.2 del Tratado CE (punto 28 de la Sentencia).

Ahora bien, la imposición de esta tasa no debe ser un obstáculo al ejercicio del derecho de participación que se deriva del art. 6 de la Directiva 85/337/CEE, pero el Tribunal afirma que la misma existencia de la tasa no es incompatible con tal ejercicio. Cuestión distinta sería la opinión que se mantuviera si la cuantía de la tasa hiciera imposible el ejercicio de este derecho, pues entonces la misma finalidad perseguida por la Directiva quedaría perturbada. En el caso concreto, las cuantías establecidas de 20 euros (si el procedimiento se lleva a cabo ante las autoridades locales) y 45 euros (si se actúa ante la llamada Comisión

(71) *Cfr.* JA 32 (2006), XIII, 1 B. Debe hacerse constar que la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, que en su disposición final primera modificó profundamente la normativa hasta entonces vigente sobre EIA —el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental—, introdujo un art. 4 bis, que suponía el cumplimiento de lo establecido en esta Sentencia. El posterior derecho vigente ya se ha indicado en una de las primeras notas de este trabajo y continúa siendo adecuado al contenido de esta Sentencia.

de Recursos) no permiten concluir en tal resultado lesivo respecto al ejercicio de los derechos (puntos 43 a 46 de la Sentencia)⁽⁷²⁾.

6. La imposibilidad de regularización *a posteriori* de las actuaciones llevadas a cabo sin previa Evaluación de Impacto Ambiental cuando ella fuere necesaria

Se va a declarar contraria a la Directiva 85/337/CEE una normativa nacional que permite la regularización *a posteriori* de las actuaciones llevadas a cabo sin previa EIA si ella era necesaria. Eso es lo decidido por la Sentencia de 3 de julio de 2008 (Sala Segunda), asunto C-215/06, *Comisión/República de Irlanda*. La clave de lo discutido en el pleito la constituye un precepto de una Ley irlandesa que permite una regularización de actuaciones llevadas a cabo sin previa EIA una vez que el proyecto se ha ejecutado. El Tribunal va a considerar contraria al derecho comunitario esa posibilidad pues «puede tener el efecto de incitar a los maestros de obras a eludir la obligación de verificar si los proyectos previstos cumplen los criterios establecidos en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 85/337 modificada y, por tanto, a no llevar a cabo los trámites necesarios para identificar las repercusiones de los referidos proyectos sobre el medio ambiente ni a su evaluación previa» (punto 58 de la Sentencia citada)⁽⁷³⁾.

X. LA EVALUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA. PRIMERAS SENTENCIAS SOBRE LA NECESIDAD DE SOMETER UNAS ACTUACIONES A LA MISMA Y SOBRE LOS CONCEPTOS DE PLAN O PROGRAMA UTILIZADOS POR LA NORMATIVA EUROPEA. LA POSIBILIDAD Y CONDICIONES DE NO APLICAR EXCEPCIONALMENTE NORMATIVA EUROPEA CUANDO SE TRATE DE, PARADÓJICAMENTE, PROTEGER EL MEDIO AMBIENTE

Al comienzo de este trabajo he mencionado la Directiva 2001/42/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. Es lo que viene en llamarse «Evaluación Ambiental Estratégica» (EAE), con terminología semejante a la de EIA que se refiere a «proyectos» mientras que la EAE hace referencia a planes y programas⁽⁷⁴⁾. Pues bien, el presente estudio concluye con la mención a las primeras Sentencias del Tribunal de Justicia que se han referido a cuestiones relativas a la misma.

La primera es la Sentencia de 17 de junio de 2010 (Sala Cuarta), asuntos acumulados C-105/09 y C-110/09, mediante la que se resuelve una decisión prejudicial relativa a un pleito entre unas empresas y la Región Valona de Bélgica.

(72) Cfr. JA 34 (2007), XIII, 1 C.

(73) Cfr. JA 41 (2008), XIII, 1 C.

(74) La Directiva citada fue objeto de transposición a nuestro derecho por la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre Evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. En la doctrina y sobre la misma puede verse a CUYAS PALAZÓN (2007), SANZ RUBIALES (2007) y NIETO MORENO (2010), al margen de las referencias generales en los distintos manuales de derecho del medio ambiente citados en este trabajo.

La cuestión planteada se origina con la Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de septiembre de 2005, asunto C-221/03, *Comisión/Bélgica*⁽⁷⁵⁾, en la que se constató el incumplimiento del Reino de Bélgica de las obligaciones impuestas por la Directiva 91/676/CEE, del Consejo, de 12 de diciembre de 1991, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos procedentes de fuentes agrarias, por no haber adoptado en el plazo pertinente las medidas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva. Para dar cumplimiento a esta Sentencia, el Gobierno valón adoptó un Decreto que impugnaron las empresas que eran parte en el pleito mencionado, pues el programa relativo a la gestión sostenible del nitrógeno en la agricultura a que se refería dicho Decreto no había sido sometido a la EAE que regula la Directiva 2001/42. Frente a dicha impugnación, el Gobierno valón sostenía que ese programa de gestión del nitrógeno no estaba sometido a la EAE mencionada.

Esto es lo que se le somete a consideración al Tribunal de Justicia, y éste va a indicar que esos planes y programas están sometidos a EAE. Argumento decisivo para ello será la consideración de la Directiva 2003/35, que prevé la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente. Pues bien, el art. 2.5 en relación con el anexo I excluye de dicha participación precisamente a los programas a que se refiere la Directiva 91/676/CEE por el hecho de que ya hay para ellos prevista una participación pública que es la de la EAE a que se refiere la Directiva 2001/42⁽⁷⁶⁾.

En línea con lo tratado en esta Sentencia pero con una perspectiva nueva y, ciertamente, algo sorprendente, debe citarse también a la de 28 de febrero de 2012, asunto C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie ASBL, Terre wallonne ASBEL/Región Valona*⁽⁷⁷⁾, que plantea un supuesto que en su origen también se refiere a la Sentencia de 22 de septiembre de 2005 antes citada y al Decreto dictado en su ejecución que, como ya sabemos, no fue objeto de EAE y por tanto, como afirmó la Sentencia de 17 de junio de 2010, ello contradecía el derecho europeo. La novedad sobre lo anterior estriba en que el órgano judicial que plantea la cuestión prejudicial, el *Conseil d'Etat* belga, indica que si él anulara tal Decreto (en el marco del proceso que suspende para plantear la cuestión prejudicial al TJUE) podría producirse un vacío legal «incompatible con la obligación que pesa sobre el Estado miembro de adaptar las medidas de transposición de la Directiva 91/676».

Pues bien, como respuesta a lo que se le plantea por el órgano judicial belga el TJUE va a indicar que «podrá autorizarse excepcionalmen-

La decisión de no someter un proyecto a EIA debe contener las razones por las que la autoridad competente ha decidido que dicha evaluación no es necesaria.

(75) Cfr: JA 30 (2006), XIII 1 A.

(76) Cfr: JA 49 (2010), XIII, 1 D.

(77) Cfr: JA 56 (2012), XIII, 1 A.

te al órgano jurisdiccional remitente, habida cuenta de la existencia de una consideración imperiosa relacionada con la protección del medio ambiente, a que aplique la disposición nacional que le habilita para mantener determinados efectos de un acto nacional anulado, siempre que se cumplan los siguientes requisitos» (que transcribo también a continuación):

«En primer lugar, el Decreto impugnado debe constituir una medida de transposición adecuada de la Directiva 91/676 (punto 59).

En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente debe apreciar si la adopción y la entrada en vigor del nuevo Decreto que establece, en particular en su artículo 8, el mantenimiento de determinados actos adoptados sobre la base del Decreto impugnado, no permiten evitar los efectos perjudiciales en el medio ambiente que se derivan de la anulación del Decreto impugnado (punto 60).

En tercer lugar, el órgano jurisdiccional remitente debe verificar si la anulación del Decreto impugnado crearía un vacío legal, por lo que respecta a la transposición de la Directiva 91/676, que resultase más perjudicial para el medio ambiente. Ese sería el caso si tal anulación supusiera una menor protección de las aguas contra la contaminación producida por los nitratos procedentes de fuentes agrarias, dado que ello vulneraría incluso el objetivo esencial de dicha Directiva que consiste en prevenir dicha contaminación (punto 61).

Por último, en cuarto lugar, mantener excepcionalmente los efectos del acto nacional sólo puede justificarse durante el tiempo estrictamente necesario para que se adopten las medidas que permitan subsanar la irregularidad declarada» (punto 62).

Como se ha podido observar, por tanto, la sentencia comentada y sus condiciones constituyen un cierto «complemento» de la mucho más taxativa citada en primer lugar en este apartado y podría resumirse diciendo que lo que se trata de evitar, con la permitida infracción —temporal— del derecho europeo, un mal mucho mayor para el medio ambiente. Todo ello informa otra vez, como repetidamente se ha dicho en este trabajo, de la voluntad defensora a ultranza del medio ambiente que muestra el TJUE en esta jurisprudencia relativa a las EIA y EAE y, a su vez, la ductilidad y flexibilidad para alcanzar, fuera de planteamientos dogmático irreductibles, el mejor resultado posible para la preservación del medio ambiente.

Y, finalmente, en la Sentencia de 22 de marzo de 2012, Asunto C-567/10, se resuelve una cuestión prejudicial planteada por la *Cour constitutionnelle* de Bélgica⁽⁷⁸⁾ y en la que de nuevo aflora el concepto de plan o programa que debe ser objeto de EAE si bien en este caso lo que se va a plantear —y ello es bien particular— si la decisión de derogación de un plan o programa sometido a EAE en su formación, también debe ser objeto de EAE. La respuesta del TJUE es positiva, para lo que, primero, inserta estos planes (se denominaban «plan particular de uso del suelo») dentro del art. 2 a) de la Directiva 2001/42/CE, para, a continuación, afirmar que el objetivo esencial de tal directiva es someter a evaluación medioambiental los planes o programas que puedan tener una incidencia medioambiental. Y desde tales objetivos se indica que también la derogación de los planes (y no sólo su elaboración y aprobación) pueden tener efectos significativos sobre el medio ambiente, por lo que esta actuación queda también sometida a las normas de la Directiva.

(78) Cfr. JA 56 (2012), XIII, 1 A.

XI. CONCLUSIONES

Tras la exposición de las muchas Sentencias que el Tribunal de Justicia ha pronunciado sobre la EIA y solo tres, hasta ahora, sobre la EAE, creo que quedan más que acreditadas las palabras introductorias de este trabajo. Efectivamente, la contemplación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia permite comprobar la comprometida labor de este órgano europeo en la defensa de los principios ambientales que dieron origen, en su momento, a la Directiva 85/337/CEE y a las que, posteriormente, la han modificado —hasta llegar a la codificadora Directiva 92/11/UE— siempre en el sentido de perfeccionamiento de las decisiones originales. El Tribunal se ha enfrentado en muchas ocasiones a actitudes (normativas o singulares) de los Estados miembros de la Unión mucho menos comprometidas en la defensa de lo ambiental y, señalando los incumplimientos que se producían del derecho europeo, ha contribuido a una mejora de la situación ambiental en el conjunto de la Unión Europea (como se la denomina ahora), en el marco, además, de una técnica de carácter preventivo y esencial como es la EIA.

En algunas ocasiones las Sentencias pronunciadas permiten dudar de la efectividad inmediata de las mismas, dado que no se producen suspensiones (o no se tiene noticia de ello) de las actividades «materiales» de ejecución de obras o proyectos en general. Esto, en verdad, debe ser tarea propia de las jurisdicciones nacionales, y en lo que conozco, hay que reconocer que las mismas cuentan con distintas posibilidades para que dicha suspensión se produzca, si bien no hay que desconocer, en modo alguno, las múltiples presiones fácticas que pueden desarrollarse para que determinados proyectos, tanto públicos como privados, sigan adelante pese a la ausencia o fallos de la EIA.

En todo caso, lo que sí es cierto es que la jurisprudencia producida y sistematizada, espero que con acierto, en este trabajo, ofrece a los interesados en la protección del medio ambiente abundantes motivos para hacer de la EIA y de la EAE armas eficaces para la prevención de agresiones al medio ambiente, siendo la prevención, probablemente, la mejor medicina para la protección medio ambiental, incomparablemente mejor, desde luego, que cualquier actividad represora posterior a la producción del daño.

ANEXO BIBLIOGRÁFICO

- ALENZA GARCÍA, J.F. (2001): *Manual de Derecho Ambiental*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 323 pp.
- AGUADO I CUDOLÁ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B. (dirs.) (2012): *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, Barcelona, 393 pp.
- ALONSO GARCÍA, E. (1993): *El Derecho ambiental de la Comunidad Económica Europea*, Civitas, Madrid.
- BETANCOR, A. (2009): *Código de Evaluación y Control ambiental*, Aranzadi y Thomson-Reuters, Cizur Menor, 1295 pp.
- CUYÁS PALAZÓN, M.^a M. (2007): *Urbanismo ambiental y evaluación estratégica*, Atelier, Barcelona, 407 pp.
- DEL CASTILLO MORA, D. (2012): «Análisis sistemático del artículo 6.3 de la Directiva hábitats a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 21, pp. 189-210.

- EMBID IRUJO, A. (1994): «Usos del agua e impacto ambiental: Evaluación de impacto ambiental y caudal ecológico», en las pp. 115 y ss. de A. EMBID IRUJO (dir.), *La calidad de las aguas*, Civitas, 265 pp.
- EMBID TELLO, A.E. (2010): *Precaución y Derecho. El caso de los campos electromagnéticos*, Iustel, Madrid, 587 pp.
- GARCÍA URETA, A. (1994): *Marco jurídico del procedimiento de evaluación de impacto ambiental: El contexto comunitario y el estatal*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 383 pp.
- (2010): *Derecho europeo de la biodiversidad. Aves silvestres, hábitats y especies de flora y fauna*, Iustel, Madrid, 755 pp.
- JORDANO FRAGA, J. (1995): «La Evaluación de Impacto Ambiental: Naturaleza, impugnabilidad y perspectivas», *RDU*, 143, pp. 129 y ss.
- JUSTE RUIZ, J. (1999): *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, McGraw-Hill, Madrid, 499 pp.
- KRAMER, L. (2009): *Derecho medioambiental comunitario*, Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, Madrid, 505 pp.
- LASAGABASTER HERRARTE, I.; GARCÍA URETA, A.; LAZCANO BROTONS, I. (2007): *Derecho Ambiental. Parte General*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 2.ª edición, 554 pp.
- LOZANO CUTANDA, B. (2010): *Derecho Ambiental Administrativo*, La Ley, Madrid, 11.ª edición, 841 pp.
- MORENO MOLINA, A.M. (2006): *Derecho comunitario del medio ambiente. Marco institucional, regulación sectorial y aplicación en España*, Marcial Pons, Madrid, 555 pp.
- NIETO MORENO, J.E. (2010): *Elementos estructurales de la Evaluación Ambiental de Planes y Programas*, Monografía asociada a la *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 17.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A. (dir.) (2009): *Evaluación de impacto ambiental. Evolución normativo-jurisprudencial, cuestiones procedimentales y aplicación sectorial*, Atelier, Barcelona, 294 pp.
- (dir.) (2012): *La Termita Bolkestein. Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 463 pp.
- QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.) (2002): *Comentario a la legislación de Evaluación de Impacto Ambiental*, Civitas, Madrid, 489 pp.
- RAZQUÍN LIZARRAGA, J.A. (2000): *La Evaluación de Impacto Ambiental*, Aranzadi, Cizur Menor, 351 pp.
- ROSA MORENO, J. (1993): *Régimen jurídico de la evaluación de impacto ambiental*, Trivium, Madrid, 364 pp.
- ROSA MORENO, J. (1997): «Evaluación ambiental de las obras hidráulicas», en las pp. 189 y ss. de A. EMBID IRUJO (dir.), *Gestión del agua y medio ambiente*, Civitas, Madrid, 363 pp.
- SALINAS ALCEGA, S. (2011): «La Evaluación de Impacto Ambiental: instrumento privilegiado de aplicación del principio de prevención en el Derecho Internacional y de la Unión Europea». (Próxima publicación).
- SALINAS ALCEGA, S. y PINTO, M. (2011): «El Pretor a la búsqueda del Derecho: la oportunidad perdida por la Corte Internacional de Justicia de contribuir al desarrollo del Derecho de los cursos de agua internacionales (sentencia en el asunto de las Plantas de pasta de Papel en el Río Uruguay, de 20 de abril de 2010)», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* 19, 2011, pp. 141-169.
- SANZ RUBIALES, I. (2007): «Notas sobre el régimen jurídico de la evaluación estratégica de planes en la Ley 9/2006», *Revista Aranzadi de Derecho ambiental* 12, pp. 47-74.

LAS ENSEÑANZAS ARTÍSTICAS SUPERIORES EN EL SISTEMA EDUCATIVO GENERAL. A PROPÓSITO DE LA ANULACIÓN DEL REAL DECRETO 1614/2009, DE 26 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE ESTABLECE LA ORDENACIÓN DE LAS ENSEÑANZAS ARTÍSTICAS SUPERIORES

CONSUELO DE LOS REYES MARZAL RAGA

Profesora ayudante Doctor de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia

RESUMEN

Las enseñanzas artísticas superiores en el sistema educativo general. A propósito de la anulación del Real Decreto 1614/2009, de 26 de octubre, por el que se establece la ordenación de las Enseñanzas Artísticas Superiores

La anulación del Real Decreto 1614/2009, de 26 de octubre, por el que se establece la ordenación de las Enseñanzas Artísticas Superiores, nos permite el estudio de estas Enseñanzas, configuradas como una de las categorías más confusas de cuantas comprende el sistema educativo general diseñado por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. El Tribunal Supremo, en Sentencias de 13 y 16 de enero de 2012, resuelve la impugnación reglamentaria formulada por las Universidades de Granada y Sevilla, acudiendo a las relaciones entre la Ley y el Reglamento, propias del sistema de fuentes del Derecho público; pero también apunta ciertos caracteres identificativos, que permiten esclarecer su condición de Enseñanzas de «Régimen Especial», que participan de la consideración de «Educación Superior».

Palabras clave: Educación, Espacio Europeo de Educación Superior, Ley, Reglamento.

ABSTRACT

The artistic education in mainstream schools. With regard to the abrogation of the Royal Decree no. 1614/2009, 26th October establishing the management of Higher Arts Education

The abrogation of the Royal Decree no. 1614/2009, 26th October establishing the Management of Higher Arts Education allows us the study of this concrete type of Education, as long as it is set as one of the most confusing categories in the General Education system established by the Organic Act no. 2/2006, 3rd May on Education. The Supreme Court has stated in 2012 that the conflict must be solved regarding to sources of the Public Law, according to the relations between the Act and the Regulations. But this Court also considers the existence of certain specific characteristics that allow the clarification of their status as «Special Education» system, within the frame of the «Higher Education» system.

Key words: Education, European Higher Education Area, Act, Regulations.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA ANULACIÓN DEL REAL DECRETO 1614/2009, DE 26 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE ESTABLECE LA ORDENACIÓN DE LAS ENSEÑANZAS ARTÍSTICAS SUPERIORES.

1. **La anulación de los Títulos de Graduado/a en Enseñanzas Artísticas Superiores regulados en el Real Decreto 1614/2009.**
2. **La confirmación de los Títulos de Máster en Enseñanzas Artísticas Superiores regulados en el Real Decreto 1614/2009.**
3. **El silencio jurisprudencial sobre la lesión de la autonomía universitaria.**

III. LA CONFORMACIÓN DE LAS ENSEÑANZAS ARTÍSTICAS SUPERIORES EN LA LEY ORGÁNICA 2/2006, DE EDUCACIÓN.

1. **Las Enseñanzas Artísticas Superiores.**
2. **La naturaleza de Enseñanzas de Régimen Especial.**
3. **La consideración de Educación Superior.**

IV. CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La reciente anulación de ciertos preceptos del Real Decreto 1614/2009, de 26 de octubre, por el que se establece la ordenación de las Enseñanzas Artísticas Superiores, nos ofrece una inmejorable oportunidad para el estudio de estas Enseñanzas, configuradas como una de las categorías más confusas de cuantas comprende el sistema educativo general diseñado por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE).

El Tribunal Supremo, en Sentencias de 13 y 16 de enero de 2012, resuelve la impugnación reglamentaria interpuesta por la representación de las Universidades de Granada y Sevilla, en aplicación de las relaciones entre la Ley y el Reglamento en el sistema de fuentes del Derecho público.

Pero también apunta ciertos caracteres identificativos de este tipo de Enseñanzas, que nos permite abundar en la identificación de los calificativos con que la Ley caracteriza a las *Enseñanzas Artísticas Superiores*, en su condición de *Enseñanzas de Régimen Especial* que participan de la consideración de *Educación Superior* en el sistema educativo de la LOE.

La posición que ocupan estas Enseñanzas en el sistema educativo general requiere además el conocimiento de su origen y evolución en nuestro Derecho, como herramienta imprescindible para la comprensión de las dificultades que, a la luz de la impugnación reglamentaria, todavía hoy sufren en su relación con las enseñanzas universitarias.

II. LA ANULACIÓN DEL REAL DECRETO 1614/2009, DE 26 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE ESTABLECE LA ORDENACIÓN DE LAS ENSEÑANZAS ARTÍSTICAS SUPERIORES

La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha dictado sendas Sentencias de 13 de enero y de 16 de enero de 2012 (RJ 51433 y 512, respectivamente), anulatorias de determinados precep-

tos del Real Decreto 1614/2009, de 26 de octubre, por el que se establece la ordenación de las Enseñanzas Artísticas Superiores reguladas por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

Ambas resoluciones judiciales dan respuesta a las impugnaciones formalizadas respectivamente por la representación de la Universidad de Granada y de Sevilla —a instancia de las correspondientes Facultades de Bellas Artes— contra el apartado primero del artículo 7; los artículos 8, 9, 11 a 17; y la Disposición Adicional Séptima del citado Real Decreto 1614/2009.

El primero de los preceptos analizados por el Tribunal es el artículo 8, en cuanto dispone que las Enseñanzas Artísticas de Grado «tienen como finalidad la obtención por parte del estudiante de una formación general, en una o varias disciplinas, y una formación orientada a la preparación para el ejercicio de actividades de carácter profesional. Su superación dará lugar a la obtención del título de Graduado o Graduada en enseñanzas artísticas (...) que tendrán la denominación que a continuación se establece, seguida de la especialidad correspondiente (...)».

Para el Alto Tribunal, el precepto debe anularse porque la LOE no organiza las Enseñanzas Artísticas Superiores para la obtención de un Título de Grado sino para la consecución de los denominados Títulos Superiores de las correspondientes enseñanzas, cuya distinción para con los Títulos de Grado universitario está justificada porque lo que pretende la Ley es reconocer esa diferencia sin renunciar a que los Títulos Superiores de Enseñanzas Artísticas se sitúen en el Espacio Europeo de Educación Superior (EEES); pues la obtención de estos Títulos Superiores constituye el primer ciclo o grado que se exige en el EEES y conduce a los estudios de postgrado.

Seguidamente, las resoluciones judiciales analizan la impugnación formalizada contra el artículo 7.1 del Real Decreto 1614/2009, que se intitula «Estructura General» y dispone que los centros de Enseñanzas Artísticas Superiores a los que se refiere el artículo 58.3 de la LOE —esto es, Conservatorios o Escuelas Superiores de música o danza y Escuelas Superiores de las disciplinas de arte dramático, conservación y restauración de bienes culturales, y artes plásticas y diseño— podrán ofertar enseñanzas de Grado y Máster. En coherencia con la fundamentación jurídica dada a la impugnación del artículo 8, se anula el precepto porque ninguno de estos centros puede ofertar Enseñanzas de Grado que conduzcan a la obtención de Títulos de Graduado/a.

También se formula recurso contra el artículo 9 del Real Decreto 1614/2009, según el cual «la superación de las enseñanzas de Máster dará derecho a la obtención del Título de Máster en Enseñanzas Artísticas. Las enseñanzas artísticas de Máster tienen como finalidad la adquisición por el estudiante de una formación avanzada, de carácter especializado o multidisciplinar, orientada a la especialización académica

Las Enseñanzas Artísticas de Grado tienen como finalidad la obtención por parte del estudiante de una formación general, en una o varias disciplinas, y una formación orientada a la preparación para el ejercicio de actividades de carácter profesional.

o profesional, o bien a promover la iniciación en tareas investigadoras. La denominación de los títulos de Máster será: Máster en Enseñanzas Artísticas seguido de la denominación específica del título».

Para resolver la impugnación, el Tribunal Supremo recuerda que, conforme al artículo 46.2 de la LOE, las Enseñanzas Artísticas Superiores se encuadran «en el contexto de la ordenación de la educación superior española en el marco europeo», de modo que su contenido ha de ser conforme con lo dispuesto en ese marco para todas las Enseñanzas Superiores; y la consecuencia de esa idea inicial es que se regularán las condiciones para la oferta de estudios de postgrado, el primero de los cuales se conoce como Máster y conducirá a títulos equivalentes a todos los efectos a los títulos universitarios de postgrado.

En consecuencia, el artículo 9 es conforme a Derecho cuando señala que «la superación de las enseñanzas de Máster dará derecho a la obtención del Título de Máster en Enseñanzas Artísticas»; y lo es también cuando describe «cómo deben diseñarse y con qué objetivos», lo mismo que cuando añade que «la denominación de los títulos de Máster será: Máster en Enseñanzas Artísticas seguido de la denominación específica del título».

El Tribunal abunda en su fundamentación y aclara que estos estudios de postgrado son comunes a las Enseñanzas Artísticas Superiores y a la enseñanza universitaria, sin que se confundan los estudios de Máster que prevé el Real Decreto 1614/2009 con los estudios de Máster que se imparten en las Universidades, cuya denominación como Máster en Enseñanzas Artísticas es la idónea. A tal fin confronta ambas regulaciones y concluye que los estudios de postgrado de Máster universitario, de acuerdo con el artículo 37 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU), «se estructurarán en tres ciclos: Grado, Máster y Doctorado, cuya superación dará derecho, en los términos que establezca el Gobierno y previo informe del Consejo de Universidades, a la obtención de los títulos oficiales correspondientes». En desarrollo de dicha previsión, el artículo 10.2 del Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, dispone que la superación de las Enseñanzas de Máster dará derecho a la obtención del Título de Máster universitario con la denominación específica que figure en el Registro de Universidades, Centros y Títulos; y en todo caso, las Administraciones Públicas «velarán por que la denominación del título sea acorde con su contenido y en su caso, con la normativa específica de aplicación, y no conduzca a error sobre su nivel o efectos académicos ni a confusión sobre su contenido y, en su caso, efectos profesionales (...)».

Además, el Tribunal se detiene en rebatir la motivación de las recurrentes en orden a que la habilitación que el artículo 58.1 de la LOE otorga al Gobierno lo es para definir la estructura y el contenido básicos de los diferentes estudios de Enseñanzas Artísticas Superiores reguladas en la LOE pero no para establecer las denominaciones de estos Títulos porque, aun estando de acuerdo con esa afirmación, «la misma en nada afecta a los títulos, ya que los mismos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.5 de la LOE serán homologados por el Estado y expedidos por las Administraciones educativas en las condiciones previstas en la legislación vigente y en las normas básicas y específicas que se dicten, inscribiéndose en una sección específica del Registro Central de Títulos y acreditados, en su caso, de acuerdo con las previsiones contenidas en el Real Decreto números 2 y 3 del artículo 3 del Real Decreto que no ha sido objeto de impugnación».

En relación con el Capítulo III del Real Decreto 1614/2009, dedicado a las «Enseñanzas Artísticas Superiores oficiales de Grado», el Tribunal aborda la impugnación del artículo 11, dedicado al contenido básico para el diseño de los planes de estudios de los Títulos de Graduado/a; y del artículo 12, regulador del acceso a las enseñanzas oficiales conducentes a dicho Título. Ambos preceptos se anulan por las mismas razones que llevaron a la nulidad del artículo 8, esto es, porque la LOE no vinculó la superación del primer ciclo o grado de las Enseñanzas Artísticas Superiores al Título de Graduado sino a los denominados Títulos Superiores en Enseñanzas Artísticas Superiores, sin perjuicio de la declaración de equivalencia para con el Título de Grado universitario.

No obstante, las resoluciones judiciales se esfuerzan por manifestar la conformidad a Derecho del contenido sustantivo del artículo 11 en relación con los aspectos básicos a que deberán adecuarse los planes de estudios por referencia a las competencias; materias y descriptores, con distinción entre las básicas para cada ámbito, las obligatorias y optativas; contenidos y números de créditos, así como la aprobación de dichos planes por las Administraciones educativas. Y lo mismo se afirma del artículo 12 en cuanto a los requisitos para el acceso y las materias de las enseñanzas oficiales a que se refiere, por remisión a la posesión del Título de Bachiller o superación de la prueba de acceso que establece el precepto; o a las pruebas específicas a que se refieren los artículos 54 a 57 de la LOE.

En coherencia con este hilo argumental, tampoco prospera la impugnación de los artículos 13 a 17, dedicados a las «Enseñanzas Artísticas oficiales de Máster». El Tribunal invoca las disposiciones contenidas en el artículo 58 de la LOE, por el que se habilita al Gobierno para «definir la estructura y el contenido básicos de los diferentes estudios de Enseñanzas Artísticas Superiores» y «regular las condiciones para la oferta de estudios de postgrado en los centros de Enseñanzas Artísticas Superiores»; y de ahí concluye que la LOE autoriza la realización de estudios de postgrado en el seno de las Enseñanzas Artísticas Superiores, entre los que se encuentran los estudios de Máster que desarrolla el Real Decreto 1614/2009, no obstante la similitud y su menor complejidad para con la regulación de las enseñanzas universitarias de Máster contenida en el Real Decreto 1393/2007.

Así, en relación con el artículo 13, por el que se dispone el procedimiento para la homologación de los Títulos de Máster de las Enseñanzas Artísticas Superiores, se dirá que, a diferencia de los títulos universitarios, su inscripción se lleva a cabo en una sección específica del Registro Central de Títulos, como expresamente dispone el artículo 3.3 del reglamento impugnado. Y nada se opone a las previsiones del artículo 14, relativo al diseño de los planes de estudios del Título de Máster en Enseñanzas Artísticas Superiores, que serán elaborados por las Administraciones Educativas e inscritos en el Registro Central de Títulos; con un haber entre 60 y 120 créditos de formación teórica y práctica que comprenderá materias obligatorias y optativas, seminarios, prácticas externas, trabajos dirigidos, trabajo de fin de máster, actividades de evaluación y otras que resulten necesarias según las características propias de cada título. Estas enseñanzas concluirán con la elaboración y defensa pública de un trabajo de interpretación, de creación o de investigación fin de máster, que tendrá entre 6 y 30 créditos.

Por su parte, el artículo 15 regula el acceso a las Enseñanzas Artísticas oficiales de Máster y exige estar en posesión de un Título Superior oficial de Enseñanzas Artísticas, de un Título oficial de Graduado/a, o su equivalente expedido por una institución del Espacio

Europeo de Educación Superior que faculte en el país expedidor del título para el acceso a enseñanzas de Máster.

El precepto impugnado también se declara conforme a Derecho y, lo que nos parece más importante, a juicio del Tribunal resulta muy esclarecedor de la idea del legislador plasmada en la LOE en relación con los títulos a obtener al completar los correspondientes Estudios Superiores.

Así, dirá que, cuando se trata de títulos españoles, el acceso a los estudios de postgrado —en concreto de Máster diseñados por el reglamento impugnado— requiere la posesión de un Título oficial de Enseñanzas Artísticas, es decir, de uno de los Títulos Superiores a que se refieren los artículos 54 a 56 de la LOE; y no de los Títulos de Graduado definidos en los artículos 7 y 8 del Real Decreto 1614/2009, que se declaran contrarios a Derecho.

Y en coherencia con lo anterior, cuando se trata de estudios no cursados en España, el acceso a las enseñanzas de postgrado requiere un Título oficial de Graduado/a o su equivalente expedido por una institución del EEES y que faculte en el país de origen para dicho acceso; por lo que resulta ajustado el precepto recurrido, cuanto más si expresamente dispone que el acceso por esta vía «no implicará, en ningún caso, la homologación del título previo del que esté en posesión el interesado, ni su reconocimiento a otros efectos que el de cursar las enseñanzas artísticas de Máster».

También se declaran conformes a Derecho los artículos 16 y 17 por los que, respectivamente, se regula la admisión a las Enseñanzas Artísticas oficiales de Máster y la renovación de la acreditación de los Títulos correspondientes a estas Enseñanzas. Para el Alto Tribunal, una vez que la LOE dio carta de naturaleza a estos Títulos y Enseñanzas de Máster conforme a la habilitación gubernamental del artículo 58.2, nada puede oponerse al desarrollo reglamentario contenido en los preceptos impugnados.

Por último, las resoluciones judiciales se pronuncian sobre la impugnación de la Disposición Adicional Séptima del Real Decreto 1614/2009, dedicada a articular la oferta de enseñanzas, con el siguiente tenor: «Corresponde a las Administraciones educativas, de acuerdo con los criterios que determinen en sus protocolos de evaluación la ANECA y los órganos de evaluación de las comunidades autónomas, el establecimiento de las medidas necesarias para articular la adecuada diferenciación de la oferta de las enseñanzas artísticas a que se refiere el presente real decreto con la de las enseñanzas universitarias que pudieran pertenecer a ámbitos disciplinares coincidentes con éstas, de tal modo que no se establezcan otros títulos oficiales que sean coincidentes sustancialmente con los títulos de Grado referidos en el artículo 8 de este Real Decreto».

Para los recurrentes, esta Disposición Adicional conculca el derecho a la autonomía de las Universidades porque faculta a las Administraciones educativas a establecer medidas para articular la adecuada diferenciación entre la oferta de las Enseñanzas Artísticas y las Universitarias; y en su apoyo recuerdan que la autonomía universitaria a que se refiere el artículo 27.10 de la Constitución se reconoce en los términos que la Ley establezca, de modo que es un derecho fundamental de configuración legal en que se integran las facultades de elaboración y aprobación de planes de estudio en la medida en que sirven a las libertades académicas; por lo que ese derecho fundamental se manifiesta con especial intensidad cuando se trata de fijar lo que debe ser enseñado, estudiado e investigado. Concluyen así que la Disposición impugnada no puede limitar esas facultades que a las Univer-

sidades competen para la creación de sus Títulos oficiales de Grado; o lo que es lo mismo, las Administraciones educativas no pueden impedir su creación para evitar que coincidan con los Títulos de Grado de las Enseñanzas Artísticas Superiores.

El Abogado del Estado sostiene que la Disposición Adicional Séptima se refiere a títulos oficiales y no a planes de estudio; y sólo a aquellos títulos de nueva creación y sustancialmente coincidentes con los que ya existen en el ámbito de la Educación Superior a que se refiere la disposición impugnada, por lo que se trata de una norma orientadora dirigida a las Administraciones educativas, que no altera las competencias que a cada una corresponden.

El Tribunal Supremo elude pronunciarse sobre la cuestión de fondo articulada a través de este motivo de impugnación aunque, no obstante, salva la congruencia que exige el derecho a la tutela judicial efectiva al declarar la nulidad de pleno Derecho de la Disposición impugnada toda vez que «la advertencia que efectúa a las Administraciones educativas para evitar que existan títulos en las enseñanzas universitarias que puedan pertenecer a ámbitos disciplinares que coincidan con títulos oficiales de la enseñanzas artísticas superiores, se refiere a los títulos de grado de estas enseñanzas artísticas, que como ya hemos anticipado en otros momentos de esta sentencia, no existen en esas enseñanzas, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 2/2006 de Educación, artículos 54 a 57, y como también referimos al considerar conforme a Derecho el artículo 15 de este Real Decreto cuando para permitir el acceso a las enseñanzas oficiales de máster considera necesario estar en posesión de un título superior oficial de enseñanzas artísticas».

1. La anulación de los Títulos de Graduado/a en Enseñanzas Artísticas Superiores regulados en el Real Decreto 1614/2009

El Real Decreto 1614/2009 desarrolla la habilitación gubernamental contenida en el artículo 58 de la LOE, en el marco de un sistema educativo en que el Estado a través de la legislación básica, y las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias en esta materia, determinan los currículos de los distintos niveles, etapas, ciclos y grados de enseñanza, las enseñanzas mínimas y las concretas áreas o materias objeto de aprendizaje en los correspondientes centros docentes (SSTC 337/1994 y 134/1997).

La disposición reglamentaria, en cumplimiento de la doctrina constitucional, se autocalifica como norma básica del Estado en su Disposición Final primera⁽¹⁾ y, en lo sustantivo, introduce para estas Enseñanzas

Cuando se trata de títulos españoles, el acceso a los estudios de postgrado —en concreto de Máster diseñados por el reglamento impugnado— requiere la posesión de un Título oficial de Enseñanzas Artísticas.

(1) La calificación formal de la norma como básica deviene imperativa con el fin de que la definición de lo básico no quede a la libre disposición del Estado, en evitación de que puedan dejarse sin contenido o inconstitucionalmente cercenadas las competencias autonómicas. Y también para velar por que el cierre del sistema no se mantenga en la

ñanzas las herramientas esenciales del Espacio Europeo de Educación Superior por referencia a los créditos ECTS como medida del haber académico; la división cíclica en Enseñanzas de Grado y de Postgrado, que se concretan en la ordenación de las Enseñanzas de Máster; la exigencia de sistemas de calidad en la definición y evaluación de los correspondientes estudios, y el Suplemento Europeo al Título.

Para las Enseñanzas Artísticas de Grado se dirá que tienen como finalidad la obtención de una formación general en una o varias disciplinas, orientada a la preparación para el ejercicio de actividades de carácter profesional; y que su superación dará lugar a la obtención del Título de Graduado/a en Enseñanzas Artísticas con la denominación correspondiente, seguida de la especialidad (artículo 8). El acceso requerirá la posesión del Título de Bachiller o la prueba de acceso a la Universidad para mayores de 25 años, así como las correspondientes pruebas específicas; y en todo caso la previsión de medidas para atender a los estudiantes con necesidades educativas derivadas de su discapacidad (artículo 12).

En cuanto al contenido de los planes de estudio conducentes a la obtención de los Títulos de Graduado/a en Enseñanzas Artísticas, el Real Decreto establece las directrices básicas a las que deben ajustarse en su definición (SSTC 87/1983 y 88/1983)⁽²⁾; así como

ambigüedad permanente que supondría reconocer al Estado facultad para oponer sorpresivamente a las Comunidades Autónomas cualquier clase de precepto legal o reglamentario, al margen de cuál sea su rango y estructura. La definición de lo básico constituye una operación normativa de delimitación y concreción que al legislador estatal corresponde realizar, posibilitando a las CC.AA. una mínima certeza jurídica y por tanto ha de asumir el deber, que no la mera posibilidad, de calificar expresamente las normas que, a su parecer, tengan carácter básico. Sobre la exigencia de calificar la norma como básica, véanse las SSTC 32/1981, 1/1982, 69/1988, 80/1988, 227/1988, 135/1992, 179/1992, 385/1993, 24/2002, 1/2003, 109/2003, 33/2005, 81/2005 y 101/2005.

La discrecionalidad del legislador estatal a la hora de determinar el alcance de «lo básico» es consecuencia de la consideración material-formal de las normas básicas, conforme declaró explícitamente la STC 69/1988, aunque ya la STC 76/1983 (y más tarde la STC 214/1989) afirma que las normas estatales no pueden determinar en abstracto el alcance de las respectivas competencias, en la medida en que ello supondría la invasión de funciones del Constituyente; y en cuanto que las normas básicas tienen como finalidad el establecimiento de mínimos uniformes en todo el territorio nacional en aras del interés general y la concreción de ese interés general es función de las Cortes Generales, correlativamente la extensión de lo básico podría variar según el propio concepto de interés general que las Cortes mantengan en cada caso.

Sobre el alcance de lo básico, véanse JIMÉNEZ CAMPO, Javier, «¿Qué es “lo básico”? Legislación compartida en el Estado Autonómico», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989, pp. 39 y ss. Y también GARCÍA MORILLO, Joaquín, «La versatilidad de lo básico», *Revista de Administración Pública*, núm. 139, 1996, pp. 127 y ss.; y DE OTTO Y PARDO, Ignacio, «El problema del concepto de bases a partir de la Ley reguladora de las bases del régimen local», *Estudios de Derecho estatal y autonómico*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 109 y ss.

En orden a la redefinición de lo básico y el alcance de la «función constitucional de las normas básicas», véase GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, «Relaciones entre leyes: jerarquía, competencia y función constitucional», *Revista de Administración Pública*, núm. 113, 1987, pp. 23 y ss.

(2) La formación común como justificación de la competencia básica del Estado se argumenta en la STC 88/1983 respecto de la fijación de bloques temáticos para cada disciplina o materia de las contenidas en las enseñanzas mínimas; de modo que con esta competencia el Estado fija el armazón sobre el que se construirá el sistema (artículos 27 y 149.1.30.ª CE).

El contenido básico a que deben ajustarse los planes de estudio se encuentra en el artículo 11 del Real Decreto 1614/2009 que, a título de ejemplo, se desarrollan en el Real Decreto 630/2010, de 14 de mayo, por el que se regula el contenido básico de las enseñanzas artísticas superiores de Grado en Arte Dramático; y en el Real Decreto 631/2010, de 14 de mayo, por el que se regula el contenido básico de las enseñanzas artísticas superiores de Grado en Música.

Esta misma competencia se manifiesta en la STC 87/1983 respecto de la fijación de horarios escolares mínimos; y rige incluso cuando estamos ante enseñanzas experimentales extendiéndose también, en nuestra opinión, a cuestiones vinculadas a tales enseñanzas, como por ejemplo la autorización para la experimentación de nuevos planes y programas

el procedimiento de homologación que corresponde al Ministerio de Educación y su posterior inscripción en el Registro Central de Títulos (artículo 11).

Como se ha dicho, las Sentencias de 13 y 16 de enero de 2012 anulan los preceptos reglamentarios relativos a las Enseñanzas y Títulos de Graduado/a en Enseñanzas Artísticas Superiores porque el pronunciamiento de la LOE sobre el Título Superior de la correspondiente Enseñanza produce como efecto inmediato la congelación del rango normativo y, por tanto, frente a la infracción del principio de jerarquía normativa, el Tribunal no puede por más que resolver la impugnación recurriendo a las relaciones entre la Ley y el Reglamento en el sistema de fuentes del Derecho público, lo que le lleva a anular tales disposiciones *contra legem*.

La rotundidad de este argumento formal no necesitaba mayor atención⁽³⁾; pero el Tribunal nos ofrece una fundamentación material al declarar que lo pretendido por la LOE al pronunciarse sobre el Título Superior de Enseñanzas Artísticas Superiores es diferenciarlo del Título de Grado universitario y así evitar la confusión entre ambos sin por ello renunciar a su inclusión en el EEES, a cuyo primer ciclo o grado responde, y de ahí que se contenga una declaración de equivalencia entre ambos Títulos en el sentido gramatical de igualdad en el valor y estimación académica y profesional.

Para comprender la opción legislativa por la denominación de los Títulos Superiores de las Enseñanzas Artísticas y su significado en el sistema educativo general conviene, en primer lugar, recordar la libertad con que cuenta el legislador para la definición o no de títulos académicos y/o profesionales para las distintas enseñanzas del sistema educativo. Y también la independencia conceptual entre las enseñanzas y los títulos oficiales, o lo que es lo mismo, entre el conjunto de saberes (enseñanzas o estudios) y la decisión por su refrendo —o no— mediante las correspondientes titulaciones, a las que pueden atribuirse efectos académicos y/o profesionales de no poca relevancia; aunque en el ámbito de estas Enseñanzas se ha de resaltar la prevalencia de la libertad de expresión en su manifestación artística frente a cualquier título de intervención administrativa que pudiera suponer la exigencia de una titulación oficial⁽⁴⁾.

educativos, o la ordenación de los centros en que éstas se realizan, que serán competencia autonómica en el marco de la legislación básica del Estado. La doctrina de la STC 93/1985 por la que se atribuía al Estado, conforme al primer inciso del art. 149.1.30.ª CE, la competencia respecto de las experimentaciones educativas en centros docentes ha sido superada por la STC 38/1992, al declarar que la competencia vendrá determinada por la relación con el concepto de enseñanzas mínimas, con independencia del régimen, general o experimental, de las enseñanzas. De este modo, la competencia para la experimentación se atribuye en función de las enseñanzas que resulten afectadas y no de los centros en que éstas se realizan.

(3) Sobre el alcance del reglamento ejecutivo, véase MUÑOZ MACHADO, Santiago, «Sobre el concepto de reglamento ejecutivo en el Derecho español», *Revista de Administración Pública*, núm. 77, pp. 139-180; y también TORNOS MAS, Joaquín, «La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional», *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, pp. 471-508.

(4) En relación con las profesiones artísticas y la exigencia de ciertos títulos, a nuestro parecer, se produce la misma situación que en el caso del ejercicio de la profesión periodística, analizada por GÓMEZ-REINO CARNOTA, Enrique, «La Ley gallega del Colegio Profesional de Periodistas, de 24 de febrero de 1999», *Revista de Administración Pública*, núm. 153, 2000, pp. 505-518; para quien el ejercicio de la profesión periodística como manifestación primaria y principal de la libertad de expresión de pensamiento es un dato determinante para que esta profesión no pueda «concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través de la aplicación de unos conocimientos

En lo que ahora nos concierne, el punto de partida es la decisión del legislador por refrendar las Enseñanzas Artísticas Superiores con el denominado Título Superior de Enseñanzas Artísticas, aun no siendo materia reservada a Ley⁽⁵⁾.

Y tan legítima era dicha posibilidad como la ausencia de pronunciamiento legislativo sobre el Título a obtener, siendo suficiente —de precisarse a otros efectos— una declaración de equivalencia entre la formación superada y cualquier titulación oficial, aunque en este caso, y como más adelante se dirá, en puridad no estaríamos ante una equivalencia⁽⁶⁾.

Otra de las opciones que hubieran permitido un desarrollo reglamentario como el impugnado es el reconocimiento en la LOE del Título de Graduado en plano de igualdad con el Título Superior de Enseñanzas Artísticas Superiores y no por la vía de la declaración de equivalencia, lo cual es algo más que una cuestión de estilo. Y también una deslegalización mediante la redacción disyuntiva del precepto legal, referido a la obtención del Título Superior o «Título que resulte del desarrollo reglamentario» (sea o no el de Grado), sin perjuicio de la declaración de equivalencia para con los títulos universitarios que se considerase conveniente.

Pero sin duda, la opción ideal hubiera sido la admisión de las Enmiendas núm. 811, 812 y 1049 al Proyecto de LOE que, en correspondencia con la estructura cíclica impuesta por la Declaración de Bolonia, proponían para estas Enseñanzas la obtención de los Títulos de Grado, Máster y Doctor en su correspondiente especialidad⁽⁷⁾.

o capacitación adquiridos en una Universidad o por quienes están inscritos en un determinado Colegio profesional, como podría suceder con otras profesiones, pues está vinculado con la libertad de expresión que es inherente a todo ser humano».

(5) Recuérdese que la reserva legal sólo afecta a la regulación del contenido esencial del derecho a la educación, que es cosa distinta de la regulación de los planes y estudios a cursar para la obtención de títulos académicos y profesionales de carácter oficial. Y también de la reserva que reconoce el artículo 36 de la Constitución para la regulación de las profesiones tituladas, aun siendo cuestión directamente vinculada a la definición de los títulos que refrendan las correspondientes enseñanzas.

(6) Véanse las precisiones conceptuales que ofrecemos en MARZAL RAGA, Consuelo de los Reyes, «La equivalencia en el ordenamiento educativo español y su confusión con la homologación, el reconocimiento y la convalidación: Reflexiones al hilo de los estudios de criminología», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 2114, 2010b, pp. 1700-1713. Para nosotros, la equivalencia exige correspondencia entre dos o más títulos oficiales, mientras que la homologación se extiende también a una determinada formación o conjunto de enseñanzas extranjeras; y la convalidación a materias, asignaturas o estudios totales o parciales de unas enseñanzas.

(7) Véanse las Enmiendas publicadas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 17 de noviembre de 2005, Serie A, núm. 43-8. En concreto, la Enmienda núm. 811 al Proyecto de LOE presentada por el Grupo Parlamentario Popular proponía un nuevo artículo 53 bis, cuyo apartado segundo disponía que las enseñanzas artísticas superiores «se estructurarán en tres ciclos, que se adaptarán a lo establecido en los artículos 37 y 88 de la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades y en las normas que los desarrollan en el marco del espacio europeo de enseñanza superior. La duración de los ciclos será variable en función de las características de las respectivas enseñanzas».

También la Enmienda núm. 812 al Proyecto de LOE presentada por el Grupo Parlamentario Popular, de modificación del artículo 54 y propuesta de un nuevo apartado 3.º, se formuló con la siguiente redacción: «Los alumnos que hayan terminado los estudios superiores de Grado de música o de danza obtendrán el Título Superior de Música o Danza en la especialidad de que se trate, que será equivalente a todos los efectos al Título universitario de Licenciado o al Título de Grado equivalente». Como justificación se dirá que dicha redacción es una mejora técnica, pues los estudios superiores de música y danza han de adaptarse a la estructura cíclica propia de la ordenación académica universitaria. En la misma dirección, la Enmienda núm. 1049, para la modificación del artículo 54.1 del Proyecto de LOE, disponía que los Estudios Superiores de música y danza «se organizarán en diferentes titulaciones y comprenderán dos ciclos cuya duración se determinará según sus características y de acuerdo con su adecuación al Espacio

La elección del Título Superior en la LOE exige retrotraernos a los antecedentes históricos y legislativos de las Enseñanzas Artísticas y sus correspondientes Títulos oficiales, recordando que fue la LOGSE el primer texto legislativo que recogió tales enseñanzas dentro del sistema general. Y en coherencia con las regulaciones reglamentarias que hasta la fecha regían para cada una de ellas, dispuso que culminarían con la obtención de los correspondientes Títulos Superiores, equivalentes a los Títulos universitarios de Diplomado o Licenciado (artículos 42.3, 45.1 y 49.1 y 2); todo ello en respuesta a la problemática que la naturaleza no universitaria de las Enseñanzas Artísticas ocasionaba ya desde la Ley 14/1970, General de Educación, tanto en el ámbito académico como en el profesional, y muy concretamente en el acceso a los Cuerpos de la función pública docente de acuerdo con el artículo 102.b) de dicha Ley⁽⁸⁾.

La LOE no hace más que reproducir dicha ordenación, aunque el desarrollo reglamentario «en el contexto» del EEES altera las bases del sistema fijado hasta entonces porque, a juicio del Tribunal, la propia Ley aboca a definir una estructura cíclica dual —así lo deduce de la expresa referencia a los estudios de postgrado—, de la que carecían las enseñanzas artísticas en los anteriores sistemas educativos, muy concretamente en la LOGSE.

Como bien acoge el Alto Tribunal, esta división dual no se complace con la literalidad de la LOE, pues aunque nada se dice para las Enseñanzas de conservación y restauración de bienes culturales (artículo 56), ni para los Estudios superiores de artes plásticas y diseño (artículo 57), la Ley recoge una ordenación cíclica muy concreta para los Estudios Superiores de música y de danza, que se organizarán en diferentes especialidades y consistirán en «un ciclo» de duración variable según sus respectivas características (artículo 54.1). Y también para las Enseñanzas de arte dramático, que comprenderán «un solo grado» de carácter superior y de duración adaptada a las características de estas enseñanzas (artículo 55).

Para el TS,
lo pretendido
por la LOE
al pronunciarse
sobre el Título
Superior de
Enseñanzas
Artísticas
Superiores
es diferenciarlo
del Título de Grado
universitario.

Europeo de Educación Superior»; y se justificaba en que por tratarse de Estudios Superiores que deben integrarse en el Espacio Europeo de Educación Superior, parece lógico definirlos ya con la posibilidad de los dos ciclos previstos en dicho Espacio Europeo.

(8) En efecto, una de las cuestiones más problemáticas en relación con los efectos de los títulos oficiales correspondientes a las enseñanzas artísticas era la imposibilidad de acceder a los Cuerpos de la Función pública docente, para los que de acuerdo con el artículo 102 b) de la Ley 14/1970, General de Educación, se requería estar en posesión de un Título de Ingeniero, Arquitecto, Licenciado o equivalente.

Varias fueron las declaraciones de equivalencia que se dictaron para salvar la ausencia de efectos académicos y profesionales de los títulos de las enseñanzas artísticas, como por ejemplo la requerida para la impartición de enseñanzas musicales en el Bachillerato, que provocó la aprobación del Real Decreto 1194/1982, por el que se declaraba la equivalencia entre los Títulos de Profesor Superior de música expedidos conforme al Decreto 2618/1966 y el Título de Licenciado.

Para mayor detalle sobre las declaraciones de equivalencia de los Títulos de música expedidos conforme a los distintos sistemas educativos, véase MARZAL RAGA, Consuelo de los Reyes, *El régimen jurídico de las enseñanzas musicales*, Institució Alfons el Magnànim, Diputació de Valencia, 2010a, pp. 229-236.

Ciertamente, el desajuste en la gradación de niveles es una constante en la ordenación de todas las Enseñanzas Artísticas de la LOE, según la cual unas son elementales y otras no; algunas son profesionales en toda su extensión y otras sólo en su nivel intermedio. Y más confusa es la ordenación utilizada para los Estudios Superiores de artes plásticas como parte de las Enseñanzas Artísticas Superiores, toda vez que la LOE también contempla la existencia de un Grado Superior de artes plásticas como parte de las Enseñanzas Artísticas Profesionales [artículo 45.2 b)].

En una recta interpretación literal, la disposición de *un ciclo* para los Estudios Superiores de música y danza y la ausencia de otros elementos interpretativos en la Ley ha de permitir al desarrollo reglamentario decidir si esta división se corresponde con el primer ciclo (grado) o con el segundo ciclo (postgrado) de los que conforman el contexto del Espacio Europeo. Y esta misma libertad se ha de advertir en la interpretación del alcance de *un solo grado* para las Enseñanzas de arte dramático que dispone el artículo 55 de la Ley, aunque la referencia al *grado* se ajusta en menor medida a la división cíclica del EEES y podría inducir a su correspondencia con el denominado grado o primer ciclo.

Como se ha visto, el Real Decreto 1614/2009 no ha reparado en estas precisiones de la Ley y prevé un mismo desarrollo cíclico para todas las Enseñanzas Artísticas Superiores, sin perjuicio de la anulación que recogen las citadas resoluciones judiciales, con distinción entre las denominadas Enseñanzas de Graduado/a para el primer ciclo y las Enseñanzas de Máster como desarrollo del segundo ciclo o postgrado en el contexto del EEES.

Y es el Tribunal Supremo quien, a nuestro parecer en una equivocada interpretación de la división cíclica impuesta por el EEES —que no impone dos ciclos a ninguna enseñanza del sistema, ni aun a las universitarias, sino que fija objetivos para cada uno de los ciclos⁽⁹⁾—, y en un intento por salvar en la medida de lo posible la disposición reglamentaria impugnada, declara expresamente que el Título Superior de Enseñanzas Artísticas que recoge la LOE corresponde al primer nivel de la estructura cíclica impuesta por la Declaración de Bolonia.

Con esta argumentación, el Tribunal no sólo desconoce la literalidad de la Ley que, como hemos dicho, contempla distintas gradaciones para cada una de las Enseñanzas Artísticas Superiores, sino que perpetúa la confusión entre Enseñanzas (saberes) y Títulos oficiales que las culminan, que son dos conceptos muy vinculados pero responden a categorías distintas y sujetas a sus correspondientes regímenes, comenzando por la competencia que para cada uno de ellos determina el artículo 149.1.30.^a CE en sus dos incisos⁽¹⁰⁾.

(9) La estructura cíclica diseñada para el Espacio Europeo de Educación Superior se justifica en una homogeneidad que permita la comparación entre los sistemas educativos europeos y el sistema español. Ni la Declaración de Bolonia, ni la LOE ni la LOU exigen que las enseñanzas superiores se estructuren en dos ciclos necesariamente; lo único que requiere es que, en todo caso, el primer ciclo debe garantizar el acceso al mercado laboral.

La trascendencia de lograr la homogeneidad se destaca por EMBID IRUJO, Antonio, «El Área Europea de Educación Superior», *Justicia administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, núm. 9, pp. 253-256.

(10) Como es sabido, de acuerdo con el artículo 149.1.30.^a CE, la ordenación de las enseñanzas obedece a la dualidad bases estatales y desarrollo autonómico, mientras que el Estado ostenta competencia exclusiva para la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales, siendo la superación de las correspondientes enseñanzas una de las condiciones de obtención de los títulos.

En verdad, si de lo que se trata es de sostener la mejor posición de la denominación que ostenta el Título Superior a que se refiere la LOE, el principio de jerarquía normativa era más que suficiente para la anulación de cuanto se opusiera a dicho reconocimiento, resultando innecesario acudir a una interpretación extensiva de la división cíclica impuesta por el EEES para defender la disposición; cuanto más si la literalidad de la Ley no se compeadece con una misma división dual —en verdad, ni siquiera con una división dual— para todas las Enseñanzas Artísticas Superiores.

Tampoco alcanzamos a entender el esfuerzo interpretativo del Tribunal por encontrar una justificación a la regulación uniforme para todas las Enseñanzas Artísticas Superiores si atendemos a los pocos elementos normativos que se tienen para ello, pues el Preámbulo de la Ley tan sólo recoge su carácter de Educación Superior y que su organización se adecuará a las exigencias correspondientes, que la propia Ley concreta en la fijación de peculiaridades en su currículo y en la organización de los centros que las imparten.

Y también mostramos serias dudas sobre el valor que el Tribunal concede a la equivalencia entre los Títulos Superiores de las Enseñanzas Artísticas y los Títulos universitarios de Grado, como uno de los elementos justificativos de la anulación de los Títulos de Graduado/a que regula el Real Decreto 1614/2009.

La declaración de equivalencia de los títulos oficiales, a nuestro juicio y por oposición a otras instituciones como la convalidación, la homologación o el reconocimiento de títulos, es aquella declaración legislativa o administrativa en virtud de la cual un título oficial —del que se dirá es equivalente a otro— puede producir, además de los propios, los efectos académicos y/o profesionales de aquel⁽¹¹⁾. En esencia, se trata de una declaración susceptible de dotar a un título de determinados efectos de que carecía en su inicio o tenía limitados, y de la cual surge una relación jurídica entre dos o más títulos, de manera que los efectos de uno puedan anudarse al otro con el alcance que la propia declaración determine.

Dicha relación jurídica es unidireccional pues la declaración recae sobre un título respecto de otro; o lo que es lo mismo, produce una relación no sinalagmática entre ambos porque lo que se pretende es dotar de efectos a aquel título que no los tiene o los tiene en menor grado, quedando inalterado el primero. Y con ella se obtiene la equiparación de un título correspondiente a determinadas enseñanzas para con otro título de los que la legislación educativa o profesional contempla; atendiendo a que cabe la posibilidad de que el título cuya equivalencia se insta ya goce de efectos oficiales y validez en todo el territorio nacional.

El origen y evolución seguida por las distintas Enseñanzas Artísticas en relación con la ordenación del sistema educativo general ha requerido desde los inicios una declaración de equivalencia entre los Títulos Superiores y los Títulos universitarios oficiales que, como se

(11) Sobre el alcance de la equivalencia en contraposición con otras instituciones nos hemos pronunciado en MARZAL RAGA, Consuelo de los Reyes (2010b): 1691-1715.

Véanse también las precisiones conceptuales que para cada una de las categorías sostenemos en nuestra monografía —MARZAL RAGA, Consuelo de los Reyes (2010a): 218-229—, así como las dificultades que muestran las declaraciones de equivalencia de los Títulos Superiores de música correspondientes a los distintos sistemas educativos, tanto desde el ámbito académico como profesional (pp. 229-236); y el alcance de la declaración administrativa, reglamentaria o por Ley, que recogen las distintas equivalencias.

ha dicho, trae causa de la necesidad de reconocer los efectos académicos y profesionales de los que aquellos carecen por encontrarse regulados fuera del sistema educativo general o por su naturaleza de enseñanzas no universitarias.

Y ésta es una necesidad imperiosa para todos y cada uno de los Títulos oficiales que refrendan las Enseñanzas Artísticas Superiores, pues también los títulos de postgrado, y muy concretamente el Título de Máster en Enseñanzas Artísticas Superiores que define el Real Decreto 1614/2009, se acompaña de la correspondiente declaración de equivalencia para con los Títulos de Máster universitario. Se trata, pues, de una cuestión vinculada a los efectos académicos y profesionales que se anudan a la obtención de estos Títulos oficiales, de acuerdo con la ordenación del correspondiente sistema educativo y, en su caso, de la conformación de las denominadas profesiones tituladas en los términos que recoge el artículo 36 de la Constitución⁽¹²⁾.

Por ello, a nuestro parecer, el valor que ha de concederse a la declaración de equivalencia se encuentra muy alejado del razonamiento material con que el Tribunal justifica la anulación de las disposiciones del Real Decreto 1614/2009.

Por otra parte, el fallo anulatorio ha de extenderse a cuantas disposiciones reproduzcan las referencias al Título de Graduado/a como refrendo de la superación de las Enseñanzas Artísticas Superiores que regula la LOE. De este modo, resulta directamente afectado el Real Decreto 1618/2011, de 14 de noviembre, sobre reconocimiento de estudios en el ámbito de la Educación Superior, por el que se incorporan las denominadas *pasarelas* entre titulaciones oficiales que, en el caso de las Enseñanzas Artísticas Superiores, se contiene en el Anexo 2 por referencia a las relaciones entre los Títulos de Grado de las Enseñanzas Artísticas y las distintas ramas de conocimiento de enseñanzas universitarias de Grado.

Y también resultará afectado el desarrollo reglamentario del contenido básico dispuesto para cada una de las disciplinas artísticas; como por ejemplo el Real Decreto 630/2010, de 14 de mayo, por el que se regula el contenido básico de las enseñanzas artísticas superiores de Grado en Arte Dramático o el Real Decreto 631/2010, de 14 de mayo, para las enseñanzas artísticas superiores de Grado en Música. E igualmente el complemento autonómico de las directrices básicas del Estado que, para cada una de estas Enseñanzas, se hubiere dispuesto.

La ejecución del fallo anulatorio deja al Ministerio de Educación en una situación francamente difícil y de urgente resolución porque son muchos los alumnos que han iniciado las anuladas Enseñanzas de Grado, ahora huérfanas de ordenación académica.

(12) La profesión titulada supone el condicionamiento de ciertas actividades a la posesión de unos concretos títulos académicos (STC 83/1984) o, con más exactitud, las profesiones tituladas existen cuando se condicionan determinadas actividades a la posesión de concretos títulos académicos, entendiéndose por tales la posesión de estudios superiores y la ratificación de dichos estudios mediante la concesión del oportuno certificado o licencia (STC 42/1986), cuyo rango superior identifica el TC con los títulos universitarios. Frente a aquellas actividades profesionales cuyo ejercicio puede eventualmente someterse a requisitos de habilitación distintos del título académico universitario, el TC dirá que «la sujeción a determinadas condiciones o el cumplimiento de ciertos requisitos para ejercer una determinada actividad laboral o profesional es cosa bien distinta y alejada de la creación de una profesión titulada».

2. La confirmación de los Títulos de Máster en Enseñanzas Artísticas Superiores regulados en el Real Decreto 1614/2009

El Real Decreto 1614/2009 también regula las Enseñanzas Artísticas de Máster en desarrollo de la estructura y organización dispuesta en la LOE, que las citadas Sentencias de 13 y 16 de enero de 2012 declaran conforme a Derecho.

Estas Enseñanzas tienen como finalidad la adquisición de una formación avanzada, de carácter especializado o multidisciplinar, orientada a la especialización académica o profesional o bien a promover la iniciación en tareas investigadoras. Conducirán a la obtención del Título de Máster en Enseñanzas Artísticas seguido de la denominación específica del Título (artículo 9); previéndose asimismo el procedimiento para su registro oficial y el sometimiento a un procedimiento de evaluación cada 6 años a contar desde la fecha de su homologación, con el fin de mantener la acreditación y por tanto su carácter oficial y validez en todo el territorio nacional.

El punto de partida aquí es el silencio de la LOE sobre cuáles han de ser las Enseñanzas Artísticas de postgrado a desarrollar reglamentariamente y los títulos oficiales a que han de conducir, más allá de la declaración de equivalencia para con los títulos universitarios de postgrado. De este modo se confiere mayor libertad al Gobierno para la regulación de las condiciones de la oferta de estos estudios y por ello, el Tribunal declara la conformidad a Derecho del artículo 9 del Real Decreto 1614/2009 en cuanto define las denominadas Enseñanzas y Títulos de Máster en Enseñanzas Artísticas Superiores que además, dirá, es una opción muy ajustada al contexto del EEES.

Y también de los artículos 13 a 17, sobre los cuales no advierte la tacha de confusión invocada por los recurrentes en atención a la coincidencia de las denominaciones entre los Títulos de Máster en Enseñanzas Artísticas Superiores y los Títulos de Máster universitario.

El Tribunal compara las disposiciones reglamentarias reguladoras de ambos tipos de enseñanza, y tras un detallado análisis y no sin advertir las coincidencias con el Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, dirá que la disposición impugnada es algo menos compleja y, lo que nos parece más importante, a su juicio permite identificar rasgos propios y de suficiente entidad para evitar el vicio de confusión que se invoca en el recurso.

Así, se destaca la definición del contenido básico de las Enseñanzas de Máster por referencia a la superación de 60-120 créditos ECTS y una distribución de las distintas materias (obligatorias, optativas, seminarios...), que contendrán toda la formación teórica y práctica que el estudiante deba recibir y concluirá con la elaboración y defensa pública

El desajuste en la gradación de niveles es una constante en la ordenación de todas las Enseñanzas Artísticas de la LOE.

de un trabajo de interpretación, de creación o de investigación fin de Máster, que tendrá entre 6 y 30 créditos (artículo 14).

Otra de las características capaces de impedir la confusión que proscribe la invocada Disposición Adicional Decimonovena de la LOU es la regulación de las condiciones de acceso a estas Enseñanzas de Máster por referencia a la posesión de distintos títulos, entre ellos el Título Superior de Enseñanzas Artísticas a que se refiere la LOE⁽¹³⁾.

Y con este mismo objetivo, también se advierten las diferencias en la homologación de los Títulos de Máster en Enseñanzas Artísticas Superiores, que requiere la inscripción en una sección específica y distinta a la prevista para los Títulos de Máster universitario; así como un procedimiento para la renovación de la acreditación de los Títulos, que ha de interpretarse como una de las herramientas de evaluación de la calidad exigida por el contexto del EEES⁽¹⁴⁾.

Desde este enfoque comparativo nos parecen muy acertados los argumentos utilizados por el Alto Tribunal para confirmar los preceptos impugnados. No obstante, la exigencia de evitar la confusión que pudieran ocasionar las denominaciones de los distintos Títulos oficiales es una cuestión que, a nuestro parecer, no queda bien resuelta.

Y es que la prohibición de confusión en la denominación de los Títulos oficiales es cosa bien distinta del régimen que pueda establecerse para cada uno de ellos. Dicho de otro modo, que la regulación de los Títulos de Máster en Enseñanzas Artísticas Superiores dispuesta en el Real Decreto 1614/2009 sea distinta, aun con semejanzas, a la prevista en el Real Decreto 1393/2007 para los Títulos universitarios de Máster no parece argumento de suficiente calado para evitar la confusión entre ambos.

Lo que en verdad prohíbe la Disposición Adicional Decimonovena de la LOU es que la denominación de los correspondientes Títulos induzca a confusión «en su significado»⁽¹⁵⁾

(13) La conformidad a Derecho de la impugnación se hace depender de la amplitud con que se redacta el artículo 15 del Real Decreto 1614/2009 por referencia al Título Superior de Enseñanzas Artísticas a que se refiere la LOE; a un título oficial de Graduado o su equivalente expedido por una institución del EEES que faculte en el país expedidor del título para el acceso a enseñanzas de Máster; o a un título expedido conforme a sistemas educativos ajenos al Espacio Europeo, para el que no se requiere la homologación pero sí la previa comprobación de un nivel de formación equivalente.

Además, la admisión podrá exigir requisitos específicos y criterios de valoración de méritos propios del Título de Máster o bien una formación previa específica en algunas disciplinas (artículo 16).

(14) De acuerdo con el artículo 17 del Real Decreto 1614/2009, esta acreditación se mantendrá cuando obtengan un informe positivo de la ANECA u órgano autonómico, que será comunicado al Registro Central de Títulos para la renovación de la inscripción. El informe positivo deberá comprobar que el plan de estudios se lleva a cabo de acuerdo con el proyecto autorizado, mediante una evaluación que incluirá una visita externa al Centro docente. Si hubiere informe negativo se comunicará a la Administración competente para que subsane las deficiencias. En caso contrario, el título causará baja y perderá su carácter oficial y validez en todo el territorio nacional, estableciéndose en la resolución correspondiente las garantías necesarias para los estudiantes que se encuentren cursando dichos estudios. La ANECA y los órganos de evaluación autonómicos harán un seguimiento de los títulos registrados, basándose en la información pública disponible, hasta el momento que deban someterse a la evaluación para renovar su acreditación.

(15) Según el apartado primero de la Disposición Adicional Decimonovena de la LOU, «Sólo podrá utilizarse la denominación de universidad, o las propias de los centros, enseñanzas, títulos de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional y órganos unipersonales de gobierno a que se refiere esta Ley, cuando hayan sido autorizadas o reconocidas de acuerdo con lo dispuesto en la misma. No podrán utilizarse aquellas otras denominaciones que, por su significado, puedan inducir a confusión con aquéllas».

y, a nuestro parecer, éste es un concepto que ha de ponerse en relación con la definición de las Enseñanzas Artísticas Superiores en el sistema educativo general, pues el distinto régimen que resulte para cada uno de ellos es una consecuencia más, bien que importante, de su posición en el sistema.

Tampoco parece que en este caso, atendido el componente de expresión artística de que gozan estas enseñanzas, la tacha de confusión en los títulos pueda resolverse acudiendo a la adecuación de su denominación para con una profesión regulada; que es el criterio recientemente invocado por el Alto Tribunal para resolver la confusión que pueden ocasionar las denominaciones otorgadas a ciertas titulaciones universitarias, por ejemplo en la STS de 22 de noviembre de 2011 respecto del Título de Ingeniería de la Edificación.

Las resoluciones judiciales han confirmado los preceptos reglamentarios que regulan las Enseñanzas de Máster pero, no obstante, han puesto de manifiesto las dificultades en la definición de las Enseñanzas Artísticas Superiores dentro del sistema educativo general. Y precisamente, esta definición y los caracteres con que la LOE las identifica son el único parámetro que debió utilizar el Tribunal para enjuiciar la conformidad a Derecho de la disposición reglamentaria impugnada.

3. El silencio jurisprudencial sobre la lesión de la autonomía universitaria

Los recurrentes formalizaron también impugnación contra la Disposición Adicional Séptima del Real Decreto 1614/2009, invocando la infracción de ciertos preceptos de la LOE en relación con la regulación dispuesta para la adaptación y transformación de los correspondientes estudios (artículos 46.2, 58 y Disposición Adicional Vigésimosegunda); así como la lesión del derecho a la autonomía de las Universidades, en cuanto que la Disposición autoriza a las Administraciones educativas el establecimiento de medidas para diferenciar la oferta entre las Enseñanzas Artísticas y las Universitarias que pertenezcan a ámbitos disciplinares coincidentes, de modo «que no se establezcan otros títulos oficiales cuyas denominaciones, contenidos formativos o competencias profesionales sean coincidentes sustancialmente con los títulos de Grado y Máster referidos en los artículos 8 y 9».

Como se ha dicho, el Tribunal Supremo anula la Disposición en coherencia con el pronunciamiento sobre los preceptos relativos a las Enseñanzas y Títulos de Graduado/a, y elude pronunciarse sobre las infracciones planteadas por los recurrentes.

Dejando de lado que este argumento procesal sólo puede admitirse parcialmente, toda vez que también la Disposición impugnada se refiere a los Títulos y Enseñanzas de Máster, que se declaran conformes a Derecho; compartimos en toda su extensión los motivos de impugnación formulados contra la Disposición Adicional Séptima.

La encomienda al Gobierno para la definición de la «estructura y el contenido básicos» de los diferentes estudios de enseñanzas artísticas, nos parece, no ha de alcanzar a la fijación de criterios de política educativa sobre la ordenación de las distintas enseñanzas que conforman el sistema educativo general que, en definitiva, es lo que viene a ordenar la Disposición impugnada al impedir otros títulos oficiales que puedan ser coincidentes en su denominación, contenidos formativos o competencias profesionales con los Títulos de Grado y Máster en Enseñanzas Artísticas Superiores.

En verdad, lo que parece traducir el precepto, y nada podemos oponer a ello, es la imperiosa necesidad de racionalización de los recursos económicos en materia educativa, que se ven seriamente afectados con la creación de títulos oficiales de iguales o muy similares contenidos y competencias profesionales, aun en el caso de pertenecer a distintas categorías del sistema educativo general.

Ahora bien, la adopción de medidas para articular coherentemente el sistema educativo no puede lesionar la autonomía universitaria, que es un derecho de configuración legal en los términos que recogen los artículos 2 y 35 de la LOU, una de cuyas manifestaciones autoriza a las Universidades la elaboración de las enseñanzas y la creación de títulos oficiales que, como dirá el artículo 3.3 del Real Decreto 1393/2007, se concretarán en planes de estudios elaborados con sujeción «a las normas y condiciones» que les sean de aplicación en cada caso.

Por ello, cuando resulten afectados enseñanzas y títulos universitarios, aun para desecharse su aprobación, existe un cauce procedimental prefijado para su articulación con otras enseñanzas y títulos (sean o no universitarios), en cuyo seno habrán de ponderarse las circunstancias que justifiquen en cada caso concreto la preferencia por un título universitario que sustancialmente coincida con los títulos que culminan las Enseñanzas Artísticas Superiores, entre ellas las económicas. Y también las académicas, nada despreciables si atendemos al nivel de especialización que inveteradamente ofrecen las Enseñanzas Artísticas Superiores y los centros que las imparten (Conservatorios y Escuelas), capaces además de justificar la consideración de Enseñanzas de Régimen Especial con que las define la LOE.

Así, la preferencia que otorga la Disposición Adicional impugnada a las Enseñanzas Artísticas Superiores colisiona con la autonomía universitaria en la medida en que constriñe la libertad para la definición de las enseñanzas que ha de impartir la Universidad; y también con las disposiciones contenidas en el Real Decreto 1393/2007 sobre el procedimiento administrativo a seguir.

Quizá esta previsión reglamentaria resultara más ajustada con la anterior redacción del artículo 35 de la LOU, cuyo apartado 2 exigía que los planes de estudios elaborados por las Universidades obtuvieran un informe favorable de la Comunidad Autónoma relativo a la valoración económica del plan y su adecuación a los requisitos básicos para la creación y reconocimiento de Universidades. Ciertamente, bajo estas premisas y en el seno del correspondiente procedimiento encontraría justificación una limitación a las Universidades para impartir enseñanzas que ya estuvieran implantadas en este caso como Enseñanzas Artísticas Superiores.

Por otra parte, la preferencia que dispone el reglamento para los títulos correspondientes a las Enseñanzas Artísticas Superiores no está exenta de cierto margen de discrecionalidad, que se hace depender de la interpretación del concepto jurídico indeterminado que supone la «sustancial» coincidencia entre la denominación, contenidos formativos y competencias profesionales entre los títulos universitarios y los correspondientes a aquellas enseñanzas⁽¹⁶⁾.

(16) Obviamente, el margen de discrecionalidad en la preferencia de unos títulos sobre otros no admite decisión arbitraria sobre los mismos y está sujeto a control jurisdiccional. Con mayor precisión, véase FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1991, p. 48; y MOZO SEOANE, Antonio,

Una vez más, a nuestro modo de ver, la raíz del problema se encuentra en la difícil conformación de las Enseñanzas Artísticas Superiores como parte de la Educación Superior no universitaria que comprende el sistema educativo general; cuyo análisis deviene imperativo para la comprensión de su alcance y significado en la ordenación dispuesta en la LOE.

III. LA CONFORMACIÓN DE LAS ENSEÑANZAS ARTÍSTICAS SUPERIORES EN LA LEY ORGÁNICA 2/2006, DE EDUCACIÓN

La Ley Orgánica 2/2006, de Educación, tras declarar que la organización del sistema educativo debe asegurar la transición entre los distintos niveles, enumera las enseñanzas que ofrece el sistema por referencia, en lo que ahora interesa, a las Enseñanzas Artísticas y a la Enseñanza Universitaria (artículo 3.2).

El precepto ostenta el rango de Ley Orgánica, como bien califica la Disposición Final Séptima⁽¹⁷⁾, y actúa como una de las disposiciones más importantes de la Ley en la definición del armazón que sostiene el sistema educativo general, porque varios son los calificativos que definen estas enseñanzas.

Se consideran *Enseñanzas Artísticas Superiores*, formadas por los Estudios Superiores de música y de danza, las Enseñanzas de arte dramático, las Enseñanzas de conservación y restauración de bienes culturales, y los Estudios Superiores de diseño y de artes plásticas (artículo 3.5 LOE).

El fallo anulatorio ha de extenderse a cuantas disposiciones reproduzcan las referencias al Título de Graduado/a como refrendo de la superación de las Enseñanzas Artísticas Superiores que regula la LOE.

La discrecionalidad de la Administración pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983, Montecorvo, 1985, en relación con el avance en el control judicial.

(17) La calificación del precepto como Ley Orgánica no es una cuestión menor. En relación con la reserva contenida en el artículo 81 CE, dirá FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 49-50, que «lejos de evocar la idea de afecciones indirectas o tangenciales, apunta de forma inequívoca a regulaciones frontales directamente orientadas a completar la normación básica que se contiene en la propia Constitución». El mismo criterio sostenían GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, volumen I, 3.^a edición, Civitas, Madrid, 1980, pp. 138-139.

Para LEGUINA VILLA, Joaquín y ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, «Algunas reflexiones sobre la autonomía universitaria», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 35, 1982, pp. 549-566, la reserva reforzada de Ley Orgánica, en la medida en que puede provocar una petrificación abusiva del ordenamiento jurídico, ha de ser objeto de una interpretación restrictiva y por ello el «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas» ha de entenderse no cualquier regulación legal que directa o indirectamente incida sobre aquellos, sino solamente la regulación legal que globalmente y de modo específico se proponga dar operatividad al precepto constitucional que consagra el derecho a la libertad fundamental, complementándolo en lo estrictamente necesario. La interpretación restrictiva de la reserva de Ley Orgánica se reitera por MESEGUER YEBRA, Joaquín, «Ámbito material reservado a la ley orgánica y su consideración como norma de atribución competencial (a propósito de la STC 173/1998, de 23 de julio)», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 5, 1999, quien destaca la incidencia de dicha resolución, abundando en lo dispuesto en las SSTC 5/1981, 25/1981 y 6/1982.

Son, además, *Enseñanzas de Régimen Especial* en toda su extensión (elementales, profesionales y superiores); como también lo son las Enseñanzas de Idiomas y las Enseñanzas Deportivas (artículo 3.6 LOE).

Y forman parte de la *Educación Superior*, junto con la enseñanza universitaria, la formación profesional de grado superior, las enseñanzas profesionales de artes plásticas y diseño de grado superior, y las enseñanzas deportivas de grado superior (artículo 3.7 LOE).

Tan amplio y complejo precepto se encuentra necesitado de un análisis capaz de identificar el alcance de los calificativos que categorizan a las *Enseñanzas Artísticas Superiores* como *Enseñanzas de Régimen Especial* que forman parte de la *Educación Superior* en el sistema educativo de la LOE.

1. Las Enseñanzas Artísticas Superiores

Bajo la rúbrica «Enseñanzas Artísticas», el Capítulo VI del Título I de la LOE se refiere a las Enseñanzas Elementales de música y danza; a las Enseñanzas Artísticas Profesionales, que comprenderán las Enseñanzas Profesionales de música y danza así como los Grados medio y superior de artes plásticas y diseño; y a las Enseñanzas Artísticas Superiores, cuya condición ostentan los Estudios Superiores de música y de danza, las Enseñanzas de arte dramático, las Enseñanzas de conservación y restauración de bienes culturales, los Estudios Superiores de diseño y los Estudios Superiores de artes plásticas, entre los que se incluyen los Estudios Superiores de cerámica y del vidrio (artículos 45-58).

La incorporación de estas enseñanzas al sistema educativo general se produjo bajo el imperio de la Ley Orgánica 1/1990, General del Sistema Educativo, de 3 de octubre (LOGSE); tras muchos años de regulación reglamentaria especial para tales enseñanzas, sin anclaje legislativo en la ordenación general.

La LOE también las acoge como parte del sistema educativo, identificando para ellas la finalidad de proporcionar una formación artística de calidad y garantizar la cualificación de los futuros profesionales de la música, la danza, el arte dramático, las artes plásticas y el diseño (artículo 45.1).

En esencia, para los Estudios Superiores de Música y de Danza⁽¹⁸⁾ —que en toda su extensión se consideran Enseñanzas Artísticas— se dispone su organización en diferentes especialidades y se diseña un solo ciclo de duración variable en función de sus características. Para las Enseñanzas de Arte Dramático se prevé un solo grado de carácter superior, con una duración adaptada a las características de estas enseñanzas. En ambos casos, se refrendan con la obtención del Título Superior de la correspondiente especialidad, equivalente a todos los efectos al título universitario de Licenciado o de Grado equivalente, y se fijan las condiciones de acceso por referencia a la titulación exigida (Título de Bachiller o superación de la prueba de acceso a la Universidad para mayores de 25 años) y a una

(18) Nótese que el tratamiento común de los Estudios Superiores de música y de danza carece de precedente en nuestro ordenamiento educativo, pues en el análisis de la evolución histórica no se advierte vinculación entre ambas disciplinas, como por el contrario ocurre respecto de las Enseñanzas de arte dramático, cuya división se produjo mediante Decreto de 14 de marzo de 1952, de División de los Conservatorios (BOE de 1 de abril), por el cual se procedió a separar la sección de Música de la de Declamación, creándose así las Escuelas de Arte Dramático.

prueba de conocimientos y habilidades profesionales necesarios para cursar con aprovechamiento las enseñanzas (artículos 54 y 55).

Por su parte, el artículo 56 de la LOE se dedica a las Enseñanzas de Conservación y Restauración de bienes culturales, que conducirán a la obtención del Título Superior correspondiente, equivalente al título universitario de Diplomado o de Grado equivalente, y cuyo acceso requiere la posesión del Título de Bachiller y superar una prueba que valorará la madurez, los conocimientos y las aptitudes para cursar con aprovechamiento estas enseñanzas. En cuanto a los Estudios Superiores de Artes Plásticas y los de Diseño, la Ley prevé que se organizarán por especialidades y su acceso requerirá estar en posesión del Título de Bachiller y superar una prueba. Conducirán al Título Superior en la especialidad que corresponda, equivalente al título universitario de Diplomado o de Grado equivalente (artículo 57).

El artículo 58 pone fin a la regulación de las Enseñanzas Artísticas Superiores y contiene la cláusula de habilitación gubernamental para definir la estructura y contenido básicos de los diferentes estudios —previa consulta a las Comunidades Autónomas y al Consejo Superior de Enseñanzas Artísticas—, aunque no obstante se precisa que en dicha definición se han de regular las condiciones para la oferta de estudios de postgrado en los centros de Enseñanzas Artísticas Superiores, que conducirán a títulos equivalentes a los títulos universitarios de postgrado, y que las Comunidades Autónomas y las Universidades de sus respectivos ámbitos territoriales pueden convenir fórmulas de colaboración para estos estudios (artículo 58.4) o fomentar convenios para la organización de estudios de doctorado propios de las enseñanzas artísticas (artículo 58.5). En todo caso, se insta el fomento de programas de investigación en el ámbito de las disciplinas propias de los centros que imparten estas enseñanzas (artículo 58.3 y 6).

Como se ha dicho, en cumplimiento de esta habilitación legal al Gobierno se dicta el Real Decreto 1614/2009, de 26 de octubre, por el que se establece la ordenación de las Enseñanzas Artísticas Superiores, como manifestación de la competencia normativa del Estado para la fijación de las bases, con el alcance anulatorio declarado por el Tribunal Supremo en las Sentencias de 13 y 16 de enero de 2012.

Por oposición al criterio escogido para el resto de las enseñanzas del sistema general en atención a su nivel académico y profesional, la regulación dispuesta para las Enseñanzas Artísticas Superiores permite advertir otros elementos para su conformación como una de las categorías creadas por la LOE.

Ciertamente, no podemos obviar el componente artístico que aglutina a todas estas enseñanzas, aunque la vinculación con las «artes» o con «lo artístico» no es suficiente para justificar su trabazón dentro del sistema educativo, pues sin duda pueden apreciarse importantes diferencias entre ellas, de las que el propio texto legislativo extrae consecuencias. Y por otra parte, el elemento artístico puede igualmente apreciarse en otras enseñanzas del sistema como por ejemplo las enseñanzas universitarias de Bellas Artes; al igual que existen enseñanzas que gozan de un elevado componente artístico pero no se contemplan en el texto definitivo de la Ley, aunque algunas de ellas se introdujeron en el debate parlamentario⁽¹⁹⁾.

(19) Por ejemplo, la Enmienda núm. 1044 al Proyecto de LOE proponía la condición de Enseñanzas Artísticas Superiores para los estudios superiores de cine y audiovisual, aunque la redacción definitiva del texto no recogió dicha propuesta.

Tampoco parece que la expresión de una misma finalidad para todas las Enseñanzas Artísticas Superiores —manifestada en ofrecer una formación artística de calidad y garantizar la cualificación de los futuros profesionales a que se refieren el artículo 45.1 LOE y los artículos 8 y 9 del Real Decreto 1614/2009— pueda actuar como elemento determinante para su conformación sistemática, pues no hay en todo el cuerpo legislativo ninguna enseñanza para la que no se predique la búsqueda de calidad; y tampoco están exentas de la cualificación profesional otras enseñanzas, como por ejemplo la Formación Profesional, que se regula en el Capítulo V del Título I de la LOE⁽²⁰⁾.

Por otra parte, y dejando de lado la confusión entre el sustantivo «Enseñanzas» que se utiliza para las disciplinas de arte dramático y las de conservación y restauración de bienes culturales (artículos 55 y 56) frente al término «Estudios» que la Ley utiliza para las disciplinas de música y de danza (artículo 54) y las de artes plásticas y diseño (artículo 57), hemos de recordar que una de las cuestiones más confusas en la ordenación de las Enseñanzas Artísticas Superiores es su división gradual, y así se ha puesto de manifiesto con motivo de la impugnación reglamentaria a que dedicamos los apartados precedentes.

No obstante, la ordenación dispuesta en la LOE nos permite identificar algunos elementos comunes a todas las Enseñanzas Artísticas Superiores, capaces de dotar de coherencia interna dicha categoría en el sistema educativo general.

En concreto nos referimos a las condiciones para el acceso, a las titulaciones que las refrendan y su equivalencia para con los títulos universitarios, así como a la exigencia de adecuar su contenido y evaluación al «contexto de la ordenación de la educación superior española en el marco europeo», que recoge el artículo 46 de la LOE.

En cuanto a los requisitos de acceso a las Enseñanzas Artísticas Superiores, se requiere la posesión del Título de Bachiller (o prueba de acceso a la Universidad para mayores de 25 años), cuya expresa mención en la Ley valoramos muy positivamente porque termina con la confusión que suscitaba el silencio de la LOGSE sobre este extremo⁽²¹⁾. Además se prevé

(20) Adviértase que esa misma finalidad y en iguales términos se dispuso en el artículo 38 de la LOGSE para todas las Enseñanzas Artísticas, que entonces se ordenaban como división del género Enseñanzas de Régimen Especial (Título II).

(21) A nuestro parecer, la expresa exigencia de estar en posesión del Título de Bachiller ha de valorarse muy positivamente, porque se ha puesto fin así a la confusión que el derogado artículo 40.4 de la LOGSE suscitaba, al no reconocer expresamente la posesión de dicho Título académico en el acceso al Grado superior de música.

Por otra parte, tampoco se exige en la LOE haber aprobado los correspondientes estudios de las enseñanzas artísticas profesionales, que sí requería el acceso al Grado Superior de las enseñanzas de Régimen Especial reguladas en la LOGSE y que también recogía el Anteproyecto de la LOE.

No obstante, la posesión de dichos Títulos profesionales será valorada para el acceso a las Enseñanzas Superiores. Así, por ejemplo, el Real Decreto 1577/2006, por el que se fijan los aspectos básicos del currículo de las Enseñanzas Profesionales de música reguladas por la LOE, recoge los criterios básicos para la valoración del Título Profesional en el acceso a los Estudios Superiores al disponer que la nota media del expediente de los estudios profesionales constituirá como máximo el 50% de la nota de la prueba; dejando que las CC.AA. concreten ese porcentaje (Disposición Adicional segunda).

Sobre el alcance de dichas disposiciones, véase MARZAL RAGA, Consuelo de los Reyes (2010a): 159-163; donde manifestamos que, con dicho pronunciamiento, el legislador básico establece una horquilla dentro de la cual caben distintas regulaciones autonómicas (STC 178/2004), y a la que ha de añadirse un límite que implícitamente, en nuestra opinión, emana del texto legal, y es que resultaría contrario a su teleología que pudiera accederse a los Estudios Superiores de música con la puntuación que ofrece la nota media del expediente y sin haber superado la correspondiente

una prueba específica, que hemos de valorar como un instrumento de control de la actuación administrativa, y que la Ley muy acertadamente justifica en la necesidad de ponderar la madurez, conocimientos y aptitudes de los alumnos para cursar con aprovechamiento estas enseñanzas⁽²²⁾.

La LOE recoge estas condiciones de naturaleza académica como requisitos comunes a todas las Enseñanzas Artísticas Superiores, que además guardan un evidente paralelismo con los exigidos para el acceso a la Universidad y, en este sentido, el elemento caracterizador se identifica en mayor medida con la condición de Educación Superior que ostentan y que más adelante tratamos.

En cuanto a los títulos académicos y profesionales, también podemos identificar elementos comunes a todos ellos —que serán determinantes para el enjuiciamiento del reglamento impugnado— por referencia a su creación en la LOE bajo la denominación de Títulos Superiores de Enseñanzas Artísticas y la declaración legislativa de su equivalencia para con los títulos universitarios, así como la habilitación al Gobierno para regular las condiciones de la oferta de estudios de postgrado, que conducirán a títulos equivalentes a los universitarios de postgrado (artículo 58.2), aunque expresamente se admite la posibilidad de establecer fórmulas de colaboración para estos postgrados, que en ningún caso se extenderán a los estudios de doctorado porque para éstos la Ley dispone que se suscribirán convenios con las Universidades (artículo 58.4 y 5).

Y junto a estos elementos comunes, a nuestro parecer, el que permite unificar todo el régimen dispuesto para las Enseñanzas Artísticas Superiores en la Ley y además actúa como cláusula de cierre en cuanto dota de coherencia su consideración de Educación Superior es precisamente la exigencia de adecuar su contenido y evaluación al «contexto de la ordenación de la educación superior española en el marco europeo», lo cual se ha materializado en el desarrollo de las Enseñanzas de Grado y de Máster, que, sin duda, es el mérito que ha de reconocerse al Real Decreto 1614/2009, aun con el alcance anulatorio que fijan las resoluciones judiciales analizadas.

La adopción de medidas para articular coherentemente el sistema educativo no puede lesionar la autonomía universitaria, que es un derecho de configuración legal.

prueba, o lo que es lo mismo para el caso del acceso a la función pública, con un sistema «mochila», que podría darse si la norma autonómica utilizara el techo porcentual del 50%, pues de otro modo no se superaría el 5 (aprobado) si es que esa fuera la nota de corte y no hubiera más que dos componentes en la calificación: el expediente y la prueba.

(22) El rendimiento que se obtenga en esta prueba específica para el acceso a las Enseñanzas Artísticas Superiores se muestra como parámetro de eficacia en la actuación de la Administración, de modo que la prueba, nos parece, actúa como un instrumento de control más de la actuación administrativa. Con mayor detalle y sólo en relación con los Estudios Superiores de música, véase MARZAL RAGA, Consuelo de los Reyes (2010a): 162, donde resaltamos el valor que concede la LOE a dicha prueba como garantía del nivel de conocimientos previos del alumno, de su madurez y de las aptitudes y habilidades específicas necesarias para cursar con aprovechamiento tales Estudios. No podemos olvidar que se trata de enseñanzas que exigen a la Administración un esfuerzo económico considerable, son enseñanzas muy caras, por lo que el aprovechamiento del alumno en términos cuanto menos económicos es un criterio nada despreciable.

2. La naturaleza de Enseñanzas de Régimen Especial

Las dificultades advertidas en la conformación de las Enseñanzas Artísticas Superiores se acentúan si atendemos a que también el artículo 3.6 de la LOE las califica como «Enseñanzas de Régimen Especial», al igual que las Enseñanzas de Idiomas (Capítulo VII) y las Enseñanzas Deportivas (Capítulo VIII).

La inteligencia del precepto requiere la búsqueda e identificación de aquellos elementos contenidos en la Ley que, por oposición a las enseñanzas que podríamos considerar de régimen general (las que recogen los Capítulos I a V, como por ejemplo la educación infantil, la primaria...) y al relativo a Personas Adultas que prevé el Capítulo IX, han de conformar el «Régimen Especial» de las Enseñanzas Artísticas, de Idiomas y Deportivas. Y paralelamente pone en cuestión la posible vinculación entre estas tres distintas disciplinas a las que se anuda un mismo calificativo.

En efecto, la consideración de «Enseñanzas de Régimen Especial» se vincula en la LOE a las Enseñanzas Artísticas en toda su extensión (elementales, profesionales y superiores); a las Enseñanzas de Idiomas que se regulan en el Capítulo VII y se organizan en los niveles básico, intermedio y avanzado; y a las Enseñanzas Deportivas que, de acuerdo con el Capítulo VIII, se organizarán tomando como base las modalidades deportivas y cuyo currículo se ajustará a las exigencias del Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional.

Sin duda, las Enseñanzas Artísticas —como las de Idiomas o las Deportivas— han de gozar de un «régimen especial» si se analiza por oposición al «régimen general», que podría predicarse de aquel que ordena las enseñanzas dirigidas a todos los miembros de la comunidad educativa sin atender a sus preferencias, aptitudes o cualidades; que en definitiva es lo que tienen de especial aquellas enseñanzas (aptitudes musicales, dancísticas, deportivas...). Sin embargo, dicho criterio quiebra en la propia ordenación legislativa, pues también las Enseñanzas de Personas Adultas participan de dicha cualidad y sin embargo no gozan del calificativo de «régimen especial» pese a tener una regulación separada (Capítulo IX del Título I de la Ley).

Quizá, el calificativo de *Enseñanzas de Régimen Especial* que acompaña a todas las Enseñanzas Artísticas podría encontrar justificación en la previsión de ciertas especialidades que la LOE dispone en el ámbito de su organización administrativa como, por ejemplo, la creación de unos concretos Cuerpos de la función pública para su impartición (Cuerpos de Profesores y Catedráticos de música y artes escénicas, de danza, de artes plásticas...); la definición de órganos consultivos y de participación especiales, como es el caso del Consejo Superior de Enseñanzas Artísticas Superiores a que se refiere el artículo 45.3 de la LOE⁽²³⁾; o la definición de ciertas fórmulas organizativas escogidas por las Comunidades Autónomas para los establecimientos docentes que las imparten.

(23) El Consejo Superior de Enseñanzas Artísticas Superiores responde a lo que la STC 77/1985 reconoce como competencia del Estado en la definición del esquema básico de órganos de participación, de modo que se perfile en sus líneas fundamentales el «sistema de gobierno escolar». Sobre la evolución de estos órganos en la conformación del contenido básico, véase EMBID IRUJO, Antonio, «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la enseñanza», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, pp. 181-204; y del mismo autor, «Los principios de la jurisprudencia ordinaria sobre la enseñanza tras la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre a LODE», *Revista de Administración Pública*, núm. 116, pp. 109-130.

También el «régimen especial» podría justificarse para las Enseñanzas Artísticas Superiores en atención a su consideración de *Educación Superior* y la expresa exclusión del régimen universitario que para ellas reconoce la LOE en el apartado 7 del artículo 3.

No obstante, tales apreciaciones se diluyen en el caso de las Enseñanzas de Idiomas y las Deportivas, lo cual pone de manifiesto en cierto modo la ausencia de coherencia interna en la categorización de las acuñadas «Enseñanzas de Régimen Especial», que bien pudo salvarse por el legislador con una somera justificación del alcance que suponen tales especialidades mediante su definición y acotamiento en el artículo 3 de la LOE, donde se fija la organización general del sistema educativo.

Obviar esta defectuosa técnica legislativa obliga al aplicador del Derecho a un esfuerzo de interpretación que nos ha de llevar a sostener la ausencia de fundamento para esta categoría en la LOE, fruto de una incorrecta traslación de la ordenación contenida en la LOGSE, cuyo artículo 3 hacía pivotar el sistema educativo general entre dos categorías, definidas a modo de compartimentos estancos. De un lado estaban las «Enseñanzas de Régimen General», comprensivas de la educación infantil, la primaria, la secundaria por referencia a la educación secundaria obligatoria, al bachillerato y la formación profesional de grado medio y superior, así como la educación universitaria. Y de otro, las «Enseñanzas de Régimen Especial», entre las cuales se encontraban las enseñanzas artísticas y las de idiomas⁽²⁴⁾.

De este modo, la consideración de «Enseñanzas de Régimen Especial» para las Enseñanzas Artísticas encontraba en la LOGSE toda la justificación que, más allá de las especialidades que hemos resaltado en su regulación, no se sostiene en la ordenación diseñada en la LOE.

3. La consideración de Educación Superior

El tercero de los calificativos que atribuye la LOE a las Enseñanzas Artísticas Superiores es la consideración de «Educación Superior».

Se trata de una categoría de nueva creación en la Ley, superadora de la tradicional reducción de la Educación Superior a la enseñanza universitaria, que recoge el artículo 3.5 de la Ley por referencia a las enseñanzas artísticas superiores, a la formación profesional de grado superior, a las enseñanzas profesionales de artes plásticas y diseño de grado superior, y a las enseñanzas deportivas de grado superior.

A dicha previsión ha de añadirse la reciente aparición del denominado *Entorno Integrado de Educación Superior*, introducido por la Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo, complementaria de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, concebida como una de las reformas estructurales encaminadas a la superación de la crisis económica, que se articula mediante una fórmula de colaboración entre la Formación Profesional Superior y la Enseñanza universitaria.

(24) Por ejemplo, sistemáticamente la LOGSE ordenaba las enseñanzas musicales como de Régimen Especial y, dentro de éstas, como Enseñanzas Artísticas. La LOE invierte la clasificación, de modo que las Enseñanzas Artísticas son, entre otras, Enseñanzas de Régimen Especial.

Bajo este nuevo marco normativo, la Educación Superior se conforma como un variado conjunto de enseñanzas que, a excepción de la enseñanza universitaria regulada por sus propias normas, se rige por las disposiciones de la LOE y su desarrollo reglamentario; aunque para las Enseñanzas de Formación Profesional Superior permite la creación de un *Entorno Integrado de Educación Superior* mediante la colaboración entre las Universidades y las Administraciones competentes en materia educativa⁽²⁵⁾.

Ciertamente, no cabe duda de que las enseñanzas universitarias constituyen la Educación Superior, cuyo elemento determinante no es otro que su impartición en las Universidades con sujeción a la regulación contenida en las normas específicas (artículo 3.7 de la LOE) y un ámbito de autonomía constitucionalmente reconocida (artículo 27.10 CE). A tales enseñanzas, desde antiguo, se vincula la expedición de títulos académicos y profesionales que despliegan en nuestro Derecho los efectos reconocidos a la enseñanza universitaria y en especial la autorización para el ejercicio de las denominadas profesiones tituladas (SSTC 83/1984 y 42/1986).

Ahora bien, con rotundidad, no puede decirse lo mismo de las Enseñanzas Artísticas Superiores, aunque la LOE contiene elementos suficientes para justificar su consideración de Educación Superior, el primero de los cuales es la exigencia de adecuar su contenido y evaluación al «contexto de la ordenación de la educación superior española en el marco europeo», que expresamente recoge el artículo 46.

En efecto, el mandato legislativo de que las Enseñanzas Artísticas Superiores han de definirse y evaluarse «en el contexto» del Espacio Europeo de Educación Superior comporta unas directrices muy concretas que resultan determinantes para su consideración como Educación Superior y que el Tribunal Supremo, como se ha dicho, expresa muy sintéticamente por referencia a cuatro pilares fundamentales: la aplicación de créditos ECTS;

(25) La Ley de Economía Sostenible define el denominado *Entorno Integrado de Educación Superior* como aquel «campus universitario que incorpore en su ámbito de influencia centros de formación profesional que impartan ciclos formativos de grado superior cuyas familias profesionales se encuentren relacionadas con las especializaciones del campus».

Se trata, en efecto, de un campus universitario, o lo que es lo mismo de una infraestructura al servicio de la educación superior que imparte la correspondiente Universidad, y ha de permitir la integración de ciertas enseñanzas que, aun no siendo universitarias, se encuentran directamente vinculadas con las que esa concreta Universidad imparte, por referencia a lo que la Ley denomina «familias profesionales».

Con mayor detalle, véase nuestro estudio MARZAL RAGA, Consuelo de los Reyes, «La incidencia de la Ley de Economía Sostenible en la configuración de la Educación Superior no universitaria: el «Entorno Integrado de Educación Superior»», *Actualidad Administrativa*, núm. 15, 2011, pp. 1869-1887, donde destacamos que la limitación a este tipo de enseñanzas viene impuesta por su relación para con el desarrollo de la economía sostenible en los términos que recoge la Ley, y admite una pluralidad de Entornos Integrados de Educación Superior, tantos como interrelaciones puedan producirse entre las enseñanzas universitarias cuya impartición tenga autorizada una concreta Universidad y cualesquiera de las 26 «familias profesionales» en que se estructura la Formación Profesional de grado superior en la LOE. Por ello, la Ley de Economía Sostenible ha modificado también los «Principios Generales» de la Formación Profesional que recogía inicialmente la LOE, que ahora comprenderá los módulos profesionales asociados a cualificaciones profesionales de nivel 1 incluidos en los Programas de cualificación profesional inicial, cuya superación permite la obtención de certificados de profesionalidad de nivel 1, y los ciclos formativos de grado medio y grado superior, con una organización modular de duración variable y contenidos teórico-prácticos, adecuados a los diversos campos profesionales (artículo 39.3 LOE).

Se trata de una modificación legislativa ampliatoria de las disposiciones iniciales de la LOE, que únicamente se refería a la formación profesional como «un conjunto de ciclos formativos con una organización modular, de duración variable y contenidos teórico-prácticos adecuados a los diversos campos profesionales» aunque, no obstante, ya la redacción inicial previó ciclos formativos de grado medio y de grado superior, referidos al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales (artículo 39.5).

la estructura grado/postgrado; la creación de sistemas de acreditación; y la expedición del Suplemento Europeo al Título⁽²⁶⁾.

Nosotros, mucho antes de la aprobación del desarrollo reglamentario impugnado, y no sin reconocer la libertad de configuración de que goza el legislador para la conformación de las enseñanzas que integren el sistema educativo, defendimos en nuestra tesis doctoral la extensión de los principios de la Declaración de Bolonia a los Estudios Superiores de música en su condición de Educación Superior no universitaria, toda vez que el desarrollo reglamentario contenido en el Real Decreto 1393/2007 para las enseñanzas universitarias excluía expresamente su aplicación a cualesquiera otras, aun de naturaleza superior⁽²⁷⁾.

En esta dirección formulamos ciertas propuestas *de lege ferenda*, partiendo de dicha Declaración como precursora del Espacio Europeo de Educación Superior, asentada en el principio comunitario de colaboración y por tanto de no imposición de homogeneidad interna en la naturaleza de las estructuras educativas —que en todo caso ha de ser competencia de cada Estado en aplicación del principio de autonomía institucional—, sino de una correspondencia entre las distintas instituciones europeas y las que resulten de las exigencias del mercado laboral y la libre circulación de ciudadanos⁽²⁸⁾.

La ordenación dispuesta en la LOE nos permite identificar algunos elementos comunes a todas las Enseñanzas Artísticas Superiores, capaces de dotar de coherencia interna dicha categoría en el sistema educativo general.

(26) Por su importancia para la resolución de la impugnación, transcribimos literalmente la interpretación que dan las SSTs de 13 y 16 de enero de 2012 sobre el alcance que ha de darse a cada una de las herramientas del Espacio Europeo de Educación Superior: «a) La Pauta ECTS (European Credit Transfer System), que se fundamenta en el precepto de que, a partir de ahora, un crédito será equivalente a unas 25 ó 30 horas de trabajo (dentro y fuera del aula). Desde el punto de vista docente, la consecuencia es la reducción de las horas de clase presencial en favor de prácticas tuteladas por el personal docente. b) Estructura grado/postgrado: La educación superior se dividirá en dos ciclos, un grado de orientación generalista y un postgrado de orientación especialista. Hay que destacar que el principio que articula este sistema es la adquisición de habilidades, frente a la adquisición de conocimientos, por lo que estos grados y postgrados estarán fuertemente dirigidos a dar respuesta a las necesidades laborales que existan en la sociedad. c) Acreditación: Se crean sistemas de acreditación que, mediante una evaluación interna y otra externa, vigila la calidad de cada centro formativo y su adecuación a los requisitos que se establecen en el Espacio Europeo de Educación Superior. Y por último d) Expedición del suplemento europeo al título para promover la movilidad de estudiantes y titulados españoles y viceversa, en el espacio europeo de la educación superior».

(27) Véase nuestra tesis doctoral, depositada en la Universidad de Valencia con fecha 18 de noviembre de 2008 (núm. 4420) bajo el título *El régimen jurídico de las enseñanzas musicales en España*, donde defendimos la aplicación de los postulados de la Declaración de Bolonia también para los Estudios Superiores de música de la LOE, aun no siendo enseñanzas universitarias, pues la Declaración de Bolonia no es texto normativo que impida un pronunciamiento interno sobre su aplicación sino más bien al contrario (pp. 535-537).

En esta dirección sostuvimos que estos Estudios Superiores comparten todos los fines dispuestos en la Declaración de Bolonia y ello los convierte en partícipes de sus postulados. Más concretamente apuntamos que los principios que presiden el Espacio Europeo de Educación Superior; la expresa calificación de los Estudios Superiores de música como Enseñanzas Superiores en la LOE (artículo 3); ciertos elementos normativos de nuestro Derecho interno, como son el alcance de la declaración de equivalencia de los Títulos Superiores de música para con los de Licenciado universitario a todos los efectos; y el acceso al mercado laboral, eran todas ellas circunstancias que exigían la extensión de la Declaración de Bolonia a tales estudios aunque en España no fueran enseñanzas universitarias.

(28) Compartimos la afirmación de SOUVIRÓN MORENILLA, José María, *La nueva regulación de las Universidades*, Comares, 2002, p. 587; para quien la Declaración de Bolonia, más que un cuerpo normativo constituye un «Programa de Acción» encaminado a un fin común.

En coherencia con dicha tesis, apuntamos las implicaciones derivadas de la integración en el Espacio Europeo de Educación Superior para estos Estudios Superiores, mediante la adopción de criterios homogéneos en cuanto a las enseñanzas (objetivos, currículos, créditos ECTS y otras medidas de ordenación académica) y de documentos que las refrenden (calificaciones y titulaciones); a cuyo detalle nos remitimos para no extendernos ahora⁽²⁹⁾.

La regulación contenida en el impugnado Real Decreto 1614/2009 ha venido a confirmar nuestras aportaciones al proclamar sin ambages la extensión de los principios de Bolonia a las Enseñanzas Artísticas Superiores, de las que forman parte los Estudios Superiores de música a que nos referimos entonces; en aplicación del principio de autonomía institucional que inspira todo el desarrollo legislativo del EEES y en reconocimiento de la naturaleza Superior que se proclama para todas estas enseñanzas.

El segundo de los elementos que a nuestro juicio permite identificar las Enseñanzas Artísticas Superiores como Educación Superior es la definición y régimen de que se dota a los títulos académicos y profesionales que, vinculados o no al ejercicio de determinadas profesiones, refrendan las correspondientes enseñanzas con el alcance que la integración en el EEES precisa. No podemos obviar que la incorporación al mercado laboral —aun con las peculiaridades que el componente artístico que caracteriza a estas enseñanzas pudiera suponer— es una de las cuestiones determinantes para la conformación de toda la Educación Superior, más aún en el marco de la Unión Europea.

El reconocimiento de Títulos Superiores que refrenden las Enseñanzas Artísticas Superiores a los que se acompaña la declaración de equivalencia para con los Títulos universitarios de Diplomado, Licenciado o Grado, así como la equivalencia reglamentaria a los Títulos universitarios de postgrado respecto de las Enseñanzas Artísticas de Máster es, a nuestro parecer, suficientemente explicativo de la naturaleza superior de estas enseñanzas, y permite su conformación como una categoría del sistema educativo con perfiles bien definidos.

Precisamente por ello, el alcance y significado de la declaración de equivalencia entre ambos tipos de titulación superior es la piedra angular de la regulación diseñada en la Ley para las Enseñanzas Artísticas Superiores como parte de la Educación Superior no universitaria, pues no olvidemos que las primeras declaraciones de equivalencia se adoptaron reglamentariamente al abrigo de las exigencias de titulaciones requeridas por la Ley 14/1970, General de Educación. Y que más tarde se produjeron otras declaraciones de equivalencia, con distinto alcance para cada uno de los títulos en función del sistema educativo que los creó; cuya dificultad se encuentra ahora en la adaptación de las distintas equivalencias para con la estructura cíclica impuesta por el EEES.

Sobre el principio comunitario de Autonomía Institucional, véase MANGAS MARTÍN, Araceli, *Derecho Comunitario Europeo y Derecho español*, Tecnos, 1987, pp. 183-185; para quien este principio significa que cuando una norma comunitaria confía a las autoridades nacionales la adopción de medidas necesarias para su aplicación, esas medidas internas se toman por las autoridades nacionales «en el respeto de las formas y procedimientos del Derecho nacional»; y cuando del compromiso de ejecutar el Derecho comunitario se trata, «corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro determinar el procedimiento jurídico conducente a ese resultado».

(29) Véase la propuesta formulada en nuestra tesis doctoral, MARZAL RAGA, Consuelo de los Reyes (2008): 535-537. Y la confrontación entre tales argumentos y el posterior desarrollo reglamentario contenido en el Real Decreto 1614/2009, que desarrollamos en nuestra monografía MARZAL RAGA, Consuelo de los Reyes (2010a): 438-444.

Es así como adquiere sentido la consideración de Educación Superior que se proclama para las Enseñanzas Artísticas Superiores, con el refuerzo de la definición de su contenido y evaluación «en el contexto de la ordenación de la educación superior española» que recoge el artículo 46 de la LOE. Pero también con la remisión a la suscripción de Convenios con las Universidades para la organización de estudios de doctorado, que retiene la Universidad, y con el fomento de programas de investigación en el ámbito de las correspondientes disciplinas artísticas que, como bien desarrolla el artículo 10 del Real Decreto 1614/2009, comprenderán la creación y la interpretación. Se asegura así la necesaria vinculación entre docencia e investigación, que es uno de los elementos que desde sus orígenes identifica a toda Educación Superior.

La conformación de las Enseñanzas Artísticas Superiores en el sistema educativo general y en el marco de la Educación Superior europea se ofrece así como una herramienta indispensable para el buen fin de estas enseñanzas y de los títulos que las refrendan; nada fácil si atendemos a las variadas fórmulas de organización escogidas por cada sistema educativo, que pasan de las denominadas Universidades de las Artes —inicialmente asumida por Austria, de acuerdo con la Ley Federal de 1998— a las Academias, Institutos o Escuelas Superiores a los que se reconoce el mismo estatus que a las Universidades (es el caso, por ejemplo, de Alemania), o a los Centros Superiores no universitarios, que es el caso de España⁽³⁰⁾.

IV. CONCLUSIONES

El desarrollo reglamentario contenido en el Real Decreto 1614/2009, con el alcance fijado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 y 16 de enero de 2012, contribuye a la conformación de las Enseñanzas Artísticas Superiores como una de las categorías del sistema educativo general definidas en la LOE.

Se trata de una tipología de enseñanzas de difícil encuadre en la ordenación general que, no obstante, requiere de su interrelación cuanto menos con las enseñanzas universitarias en su condición de Educación Superior. Por ello, la declaración de equivalencia entre los Títulos de las Enseñanzas Artísticas Superiores y los títulos universitarios actúa como clave de bóveda en la conformación de tales enseñanzas.

Su consideración de Educación Superior y el expreso mandato de la LOE para su adecuación «al contexto del entorno europeo» exige la implantación de las herramientas del EEES; una de las cuales —quizá la que mayores problemas ha suscitado— es la división cíclica que para ellas recoge el desarrollo reglamentario impugnado, por referencia a Enseñanzas de Grado y de Postgrado en su nivel de Máster.

El Alto Tribunal ha confirmado la adecuación de esta gradación para todas las Enseñanzas Artísticas Superiores aunque, la aplicación del principio de jerarquía normativa

(30) Véase el estudio de derecho comparado que recogemos en MARZAL RAGA, Consuelo de los Reyes (2010a): 416-425; por referencia al tratamiento de los Estudios Superiores de música en los países de nuestro entorno, con especial atención a las fórmulas de organización utilizadas por los distintos establecimientos docentes.

propia del sistema de fuentes del Derecho público ha llevado a la anulación de las Enseñanzas y Títulos de Graduado/a definidos en el Real Decreto 1614/2009, que se declaran *contra legem* por oponerse frontalmente a la opción escogida por el legislador de la LOE a favor del denominado Título Superior de la correspondiente enseñanza.

A nuestro modo de ver, la división cíclica dispuesta en el reglamento adolece de ciertas contradicciones para con la LOE; muy en concreto se opone a un mismo tratamiento para todas las Enseñanzas Artísticas Superiores, que resulta contrario a la dicción literal de los preceptos legales. Y lo que es más importante, también con los principios que inspiran el EEES, pues ni la Declaración de Bolonia ni la Ley imponen un desarrollo cíclico dual para todas las enseñanzas, ni siquiera para las universitarias.

Lo único que requiere el contexto europeo para el desarrollo de la Educación Superior es que cada uno de los ciclos obedezca a finalidades distintas, atribuyendo al primero de ellos un carácter formativo mucho más general y en todo caso suficiente para la incorporación al mercado laboral, y un postgrado que abunde en la especialización, todo ello encaminado a la homologación de los distintos sistemas educativos, para el fomento del reconocimiento mutuo de las enseñanzas y títulos.

Yerra, pues, el Tribunal cuando proclama que el Título Superior de la LOE corresponde al primer ciclo del EEES, pues ésta es solo una opción de cuantas puede admitir el desarrollo reglamentario, pero no la única; excediéndose en el ámbito de sus funciones jurisdiccionales, que sólo han de alcanzar a la declaración de la conformidad o no a Derecho de lo impugnado y no a suplir a la Administración en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

También discrepamos del valor que el Tribunal otorga a la declaración de equivalencia de los Títulos Superiores de la LOE, cuyo significado encuentra inicialmente justificación en el origen y evolución de las Enseñanzas Artísticas Superiores, aunque ahora requiere otro sentido, que ha de buscarse en la definición de tales Enseñanzas como parte de la Educación Superior no universitaria.

En cuanto a la impugnación de la Disposición Adicional Séptima del Real Decreto 1614/2009, echamos en falta un pronunciamiento judicial sobre el fondo del recurso, que valientemente debió conducir a declarar la lesión del derecho de autonomía universitaria y, en todo caso, a reconocer una violación de la legalidad ordinaria.

No obstante, compartimos los motivos últimos que justifican la Disposición impugnada, pues la racionalización del sistema educativo y la aplicación del principio de eficacia en su manifestación de eficiencia es uno de los criterios rectores de toda la actuación administrativa.

Con todo, la doctrina fijada en las Sentencias de 13 y 16 de enero de 2012 nos ha dado la oportunidad de reflexionar sobre la posición de las Enseñanzas Artísticas Superiores en el sistema educativo general diseñado por la LOE; aunque su definición como «Enseñanzas de Régimen General» que forman parte de la «Educación Superior» es una cuestión aún necesitada de pausado estudio doctrinal, y no exenta de cambios a la luz del desarrollo reglamentario que para ellas se conciba.

BIBLIOGRAFÍA

- EMBID IRUJO, Antonio, «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la enseñanza», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, pp. 181-204.
- «Los principios de la jurisprudencia ordinaria sobre la enseñanza tras la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre a LODE», *Revista de Administración Pública*, núm. 116, pp. 109-130.
- «El Área Europea de Educación Superior», *Justicia administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, núm. 9, pp. 253-256.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Civitas, Madrid, 1981,
- *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1991.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, volumen I, 3.ª edición, Civitas, Madrid, 1980.
- GARCÍA MORILLO, Joaquín, «La versatilidad de lo básico», *Revista de Administración Pública*, núm. 139, 1996, pp. 125-151.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, «Relaciones entre leyes: jerarquía, competencia y función constitucional», *Revista de Administración Pública*, núm. 113, 1987, pp. 7-38.
- GÓMEZ-REINO CARNOTA, Enrique, «La Ley gallega del Colegio Profesional de Periodistas, de 24 de febrero de 1999», *Revista de Administración Pública*, núm. 153, 2000, pp. 505-518.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, «¿Qué es “lo básico”? Legislación compartida en el Estado Autonomía», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989, pp. 39-92.
- LEGUINA VILLA, Joaquín y ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, «Algunas reflexiones sobre la autonomía universitaria», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 35, 1982, pp. 549-566.
- MANGAS MARTÍN, Araceli, *Derecho Comunitario Europeo y Derecho español*, Tecnos, 1987.
- MARZAL RAGA, Consuelo de los Reyes, *El régimen jurídico de las enseñanzas musicales*, Institució Alfons el Magnànim, Diputació de València, 2010a.
- «La equivalencia en el ordenamiento educativo español y su confusión con la homologación, el reconocimiento y la convalidación: Reflexiones al hilo de los estudios de criminología», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 2114, 2010b, pp. 1691-1715.
- *El régimen jurídico de las enseñanzas musicales*, Tesis doctoral. Depósito núm. 4420, Universitat de València (Estudi General), 2008.
- «La incidencia de la Ley de Economía Sostenible en la configuración de la Educación Superior no universitaria: el «Entorno Integrado de Educación Superior», *Actualidad Administrativa*, núm. 15, 2011, pp. 1869-1887.
- MESEGUER YEBRA, Joaquín, «Ámbito material reservado a la ley orgánica y su consideración como norma de atribución competencial (a propósito de la STC 173/1998, de 23 de julio)», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 5, 1999.
- MOZO SEOANE, Antonio, *La discrecionalidad de la Administración pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Montecorvo, 1985.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, «Sobre el concepto de reglamento ejecutivo en el Derecho español», *Revista de Administración Pública*, núm. 77, 1975, pp. 139-180.

OTTO PARDO, Ignacio, «El problema del concepto de bases a partir de la Ley reguladora de las bases del régimen local», *Estudios de Derecho estatal y autonómico*, Civitas, Madrid, 1986.

SOUVIRÓN MORENILLA, José María, *La nueva regulación de las Universidades*, Comares, 2002.

TORNOS MAS, Joaquín, «La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional», *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, 1983, pp. 471-508.

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) **Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento.**
 - 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 STJUE de 7 de junio de 2012, en el asunto C-132/11, Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH y Betriebsrat Bord der Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft

mbH, interpreta el artículo 21, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta») y los artículos 1, 2 y 6 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y se pronuncia sobre el principio de no discriminación por razón de la edad.

La cuestión prejudicial se presentó en el marco de un litigio entre Tyrolean Airways y el Comité de empresa de esta compañía aérea, sobre la interpretación del convenio colectivo aplicable a los tripulantes de cabina de pasajeros de Tyrolean Airways, en su versión aplicable a los hechos del procedimiento principal y, en concreto, sobre el cómputo de los períodos de servicios cubiertos en otras dos filiales del grupo Austrian Airlines.

Como se desprende de la jurisprudencia, al adoptar medidas comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, que concreta en materia de empleo y ocupación el principio de no discriminación por razón de la edad, los interlocutores sociales deben actuar con observancia de dicha Directiva (sentencia de 13 de septiembre de 2011, Prigge y otros, C-447/09, Rec. p. I-0000, apartado 48 y jurisprudencia citada).

La cláusula controvertida del convenio colectivo de Tyrolean Airways establece que el ascenso de la categoría profesional A a la categoría profesional B se produce tras completar tres años de antigüedad. Así, dicha disposición afecta a la determinación de la categoría profesional en la que se incluyen los trabajadores cuando son contratados en dicha compañía. También afecta, consiguientemente, a su retribución.

En el procedimiento principal, el comité de empresa alegó que, en caso de ser contratados por Tyrolean Airways, los tripulantes de cabina de las compañías de que se trata que ya habían acreditado varios años de experiencia profesional en el grupo eran degradados a la categoría profesional A.

La sentencia del TJUE comentada recuerda que se desprende del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2000/78, en relación con su artículo 1, que, a efectos de esta Directiva, el principio de igualdad de trato prohíbe cualquier discriminación directa o indirecta basada, entre otros motivos, en la edad. Además, del artículo 2, apartado 2, letra b), de dicha Directiva se desprende que, a efectos de la misma, existe discriminación indirecta por razón de la edad cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas de una determinada edad respecto de otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.

Ahora bien, aunque una disposición tal como la que se menciona en el apartado 21 de la presente sentencia puede implicar una diferencia de trato en función de la fecha en que la empresa de que se trate haya contratado al trabajador, dicha diferencia no está basada, directa o indirectamente, en la edad ni en un acontecimiento vinculado a la edad. En efecto, al clasificar a un tripulante de cabina en una determinada categoría profesional, lo que no se tiene en cuenta es la experiencia eventualmente adquirida por él en otra compañía del mismo grupo de empresas, con independencia de la edad de dicho tripulante en el

momento de su contratación. Por tanto, dicha disposición se basa en un criterio que no está vinculado ni indisolublemente (véase, *a sensu contrario*, la sentencia de 12 de octubre de 2010, Andersen, C-499/08, Rec. p. I-0000, apartado 23) ni indirectamente a la edad de los trabajadores, aunque en algunos casos concretos la aplicación del criterio controvertido pueda tener como consecuencia que los tripulantes de cabina de vuelo afectados asciendan de la categoría profesional A a la categoría profesional B a una edad superior que la de los tripulantes de cabina que hayan adquirido una experiencia equivalente en el seno de de Tyrolean Airways.

En estas circunstancias, el TJUE no considera que la cláusula controvertida del convenio colectivo de Tyrolean Airways establezca una diferencia de trato por razón de la edad, en el sentido de las disposiciones del artículo 1 de la Directiva 2000/78, puesto en relación con su artículo 2, apartado 2, letra b).

3. FUENTES

En el período al que se circunscribe esta crónica pueden destacarse las siguientes resoluciones por orden cronológico.

La **STJUE de 14 de junio de 2012, As. C-355/11, Brouwer**, destaca que la determinación del significado y alcance de aquellos términos no definidos por el Derecho de la Unión debe establecerse a partir del sentido habitual de los mismos en el lenguaje cotidiano, si bien teniendo en cuenta el contexto en el que se utilicen y los objetivos perseguidos por la norma a la que pertenezcan (fundamento 36). De otro lado, las disposiciones del Derecho de la Unión deben interpretarse y aplicarse de manera uniforme a la luz de las diferentes versiones lingüísticas y, en caso de divergencia entre ellas, la interpretación se adaptará a la lógica interna y a la finalidad de la norma de la que formen parte (fundamento 37).

Por su parte, la **STJUE de 14 de junio de 2012, As. C-533/10, CIVAD**, reconoce la compatibilidad con el Derecho de la Unión de un procedimiento nacional que fije un plazo razonable en el que un operador económico esté obligado, so pena de preclusión, a reclamar la devolución de un impuesto percibido con infracción del Derecho de la Unión. Tal plazo «razonable» de preclusión no hace imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión. Y, a este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que un plazo de preclusión de tres años parece razonable (fundamento 22).

Por lo demás, recuerda que los actos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión gozan de una presunción de validez, por lo que producen efectos jurídicos mientras no hayan sido revocados, anulados en el marco de un recurso de anulación o declarados inválidos a raíz de una cuestión prejudicial o de una excepción de ilegalidad, esto es, por el Tribunal de Justicia (fundamento 39).

La **STJUE de 28 de junio de 2012, As. C-7/11, Caronna**, señala que la exposición de motivos de un acto de la Unión carece de valor jurídico vinculante y no puede invocarse ni

para justificar excepciones a sus propias normas ni para interpretar dichas disposiciones en un sentido manifiestamente opuesto a su tenor literal (fundamento 40).

Este mismo pronunciamiento se refiere a los límites del principio de interpretación conforme en materia penal. Y es que, aunque los tribunales nacionales deben interpretar el Derecho interno, en la medida de lo posible, a la luz del tenor y del objetivo de las directivas para alcanzar los resultados perseguidos por éstas, el principio de interpretación conforme está limitado por los principios generales del Derecho —que forman parte del Derecho de la Unión— y, en particular, por los de seguridad jurídica e irretroactividad. De este modo, una Directiva no puede, por sí sola y con independencia de una ley interna adoptada por un Estado miembro para su aplicación, crear o agravar la responsabilidad penal de quienes infrinjan sus disposiciones (fundamento 52).

A continuación, la **STJUE de 28 de junio de 2012, As. C-19/11, *Geltl***, sostiene que la formulación utilizada en una de las versiones lingüísticas de una disposición de Derecho de la Unión no puede constituir la única base de la interpretación de esta disposición ni tampoco se le puede reconocer, a este respecto, un carácter prioritario frente a otras versiones lingüísticas. Además, las distintas versiones lingüísticas de una norma de la Unión deben ser objeto de interpretación uniforme, por lo cual, en caso de discrepancia entre las citadas versiones, dicha disposición debe ser interpretada en función de la sistemática general y de la finalidad de la normativa de la que forma parte (fundamento 43).

Una regla hermenéutica se recuerda en la **STJUE de 3 de julio de 2012, As. C-128/11, *UsedSoft***: el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión (fundamento 39).

La **STJUE de 12 de julio de 2012, As. Acum. C-55/11, C-57/11 y C-58/11, *Vodafone España***, aborda el efecto directo de las directivas. De este modo, cuando las disposiciones de una directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando éste no haya adaptado el Derecho nacional a la directiva dentro de los plazos señalados, bien cuando haya hecho una adaptación incorrecta (fundamento 37).

Por último, la **STJUE de 12 de julio de 2012, As. C-602/10, *SC Volksbank România***, recuerda que el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en varias ocasiones sobre cuestiones prejudiciales relativas a disposiciones del Derecho de la Unión cuando los hechos del procedimiento principal se situaban fuera del ámbito de aplicación de éste y eran, por lo tanto, de la competencia de los Estados miembros; ahora bien, dichas disposiciones del Derecho de la Unión habían sido declaradas aplicables por el Derecho nacional en virtud de una remisión al contenido de aquéllas (fundamento 86). En este sentido, cuando una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en el Derecho de la Unión con objeto, por ejemplo, de evitar que se produzcan discriminaciones en contra de los propios nacionales o eventuales distorsiones de la competencia, o de asegurar un procedimiento único en situaciones comparables, existe un interés mani-

fiesto en que, con el fin de 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 87). En el supuesto concreto, tal interés existía desde el momento en que la aplicación de la disposición armonizada (art. 24, apdo 1, de la Directiva 2008/48) a los contratos de crédito al consumo —no incluidos en el ámbito de aplicación material y temporal de dicha Directiva— pretendía garantizar un procedimiento único en situaciones comparables en lo que referente a la resolución extrajudicial de los litigios sobre tales contratos.

4. RECURSOS

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

En la presente crónica de jurisprudencia se percibe una ralentización del trabajo de los tribunales de la Unión Europea tal vez debido a las vacaciones de sus miembros. No obstante, a los efectos de la crónica de jurisprudencia, podemos señalar las siguientes sentencias enmarcadas en el período temporal al que se suscribe la presente crónica de jurisprudencia.

Sobre el recurso de anulación encontramos numerosas sentencias, al contrario de lo que sucede sobre el recurso de omisión, del cual destacamos la interposición de un recurso de omisión el día 12 de enero de 2012, asunto T-12/12, Laboratoires CTRS/Comisión, en el que los laboratorios CTRS solicitan al Tribunal General que declare que la Comisión se ha abstenido indebidamente de actuar, en contra de lo previsto en el artículo 10, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 726/2004, que exige que se adopte una decisión final sobre la autorización de comercialización de un medicamento para uso humano dentro de un plazo determinado de acuerdo con el resultado del procedimiento de comitología.

Una de las primeras sentencias que podemos recordar es la STG de 5 de junio de 2012, Sala Tercera, asunto T-214/06, Imperial Chemical Industries/Comisión, en la cual el Tribunal General recordó la línea jurisprudencial establecida de que cuando el Tribunal General conoce de un recurso de anulación de una decisión de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, este tribunal debe ejercer de modo general un control completo concurren o no las condiciones de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1.

El Tribunal General en su sentencia STG de 10 de julio de 2012, Sala Primera, asunto T-304/08, Smurfit Kappa Group/Comisión, tuvo en cuenta el hecho de que cuando el demandante solicita la anulación de una decisión de la Comisión de no formular objeciones a una ayuda de estado sin investigarla, el demandante está aduciendo esencialmente que la decisión aprobada por la Comisión respecto a esta ayuda ha sido adoptada vulnerando sus derechos en el procedimiento. Por eso procede anular todas las actuaciones de la Comisión en las que su apreciación de la información y de los elementos de que en aquel entonces disponía le tenía que haber llevado a plantearse dudas sobre la compatibilidad de una ayuda estatal con el mercado común. Y, por lo tanto, debería haber investigado la compatibilidad de esta ayuda. Al no hacerlo no se puede considerar esa ayuda como plenamente compatible con el mercado común. En este supuesto se trataba de las ayudas que las autoridades

alemanas tenían previsto conceder en favor de Propapier PM2 para la construcción de una papelera en Eisenhüttenstadt (Brademburgo).

El Tribunal General en su sentencia STG de 29 de junio de 2012, Sala Quinta, asunto T-360/09, E.ON Ruhrgas y E.ON/Comisión, recordó una vez más la línea jurisprudencial establecida relativa a que en el marco de un recurso de anulación al juez de la Unión solamente le incumbe verificar la legalidad del acto impugnado y no dictar órdenes conminatorias a las instituciones de la Unión Europea. Es decir, en un recurso de anulación contra una decisión de la Comisión que declara la existencia de una infracción de las normas sobre la competencia e impone multas a sus destinatarios, el papel del juez que conoce del asunto consiste en valorar si las pruebas y demás circunstancias invocadas por la Comisión en su decisión bastan para acreditar la existencia de la infracción imputada. En el supuesto de que la Comisión no aporte pruebas precisas y firmes y subsistan dudas siempre se aplicaría el beneficio de la duda en beneficio de la empresa a la que se le ha impuesto una multa por parte de la Comisión.

Entre las sentencias que han anulado la decisión de la Comisión de denegación de acceso a información hay que destacar la STJ de 21 de junio de 2012, Sala Tercera, asunto C-135/11 P, IFAW Internationaler Tiersuchtz-Fonds/Comisión, pues el documento al que se solicitaba su acceso no era del Parlamento Europeo, ni del Consejo y tampoco de la Comisión, sino un documento remitido a la Comisión Europea por el Canciller alemán en el marco de un procedimiento sobre el cambio de categoría de un lugar protegido en Hamburgo con arreglo a 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. En ese lugar protegido está prevista la realización de un proyecto industrial.

Respecto el Reino de España podemos recordar la STG de 21 de junio de 2012, Sala Séptima, asuntos acumulados T-178/10, T-263/10 y T-265/10, España/Comisión, en la cual el Tribunal General no accedió a la petición del Reino de España de que se condenara en costas a la Comisión y se anularan las decisiones de la Comisión de 12 de febrero y de 8 de abril de 2010 por las que se informaba a las autoridades españolas de la interrupción del plazo para el pago de determinadas solicitudes de pagos intermedios presentadas por el Reino de España (es un montante total de 1.348.491.195,15 euros). Así como que se exigiera a la Comisión el pago de intereses por la demora producida en el pago efectivo de las solicitudes intermedias indebidamente paralizadas. Aunque, no obstante, este mismo Tribunal, en una sentencia también fallada este mismo día, STG de 21 de junio de 2012, Sala Séptima, asuntos acumulados T-264/10 y T-266/10, España/Comisión, anuló las decisiones de la Comisión de interrumpir, por un lado, el plazo para el pago de una solicitud de pago intermedio, por un importe de 37.320.854 euros, correspondiente al programa operativo de intervención del Fondo Social Europeo de lucha contra la discriminación en el marco de los objetivos de convergencia y competitividad regional y empleo de España. Y, por otro lado, el pago intermedio por un importe de 6.509.540,26 euros, correspondiente al programa operativo de intervención comunitaria del Fondo Social Europeo en el marco del objetivo de competitividad regional y empleo de la Comunidad Autónoma del País Vasco de España. En estos dos supuestos la decisión de la Comisión no procedía al haberse adoptado fuera del plazo legalmente previsto de dos meses.

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

Comencemos por establecer, de inicio, que la jurisprudencia de la Curia comunitaria *no ha experimentado grandes cambios ni novedades* en lo que concierne al mecanismo prejudicial durante los últimos tres meses. Ahora bien, ello no ha de impedirnos señalar —como en anteriores ocasiones— que existen varios pronunciamientos prejudiciales de este período que bien merecen nuestra atención y nuestro comentario. Pronunciamientos que, en síntesis, tienen que ver con: *a)* los motivos de inadmisión prejudicial; y *b)* la posibilidad de limitar los efectos de las sentencias prejudiciales.

En cuanto a los primeros, esto es, aquellos pronunciamientos o sentencias atinentes a *los motivos de inadmisión prejudicial*, y que numéricamente son los más relevantes (diez de un total de sesenta y cinco), cabe destacar las tres siguientes: la **STJ de 12 de julio de 2012, SC Volksbank România, as. C-602/10**; la **STJ de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, as. C-618/10**; y la **STJ de 7 de junio de 2012, Vinkov, as. C-27/11**. Y es que estamos ante tres sentencias que constituyen excepciones a la regla general (de la admisibilidad) en la materia.

En efecto, y como es de sobra conocido por todos, ocurre que el Tribunal de Justicia de la Unión ha establecido el criterio o regla general de la admisibilidad de cuantas peticiones prejudiciales se le planteen, salvo las de aquéllas en las que concurren una serie de circunstancias tasadas o excepcionales (p. ej., que la cuestión planteada resulte hipotética, que no guarde relación con el Derecho de la Unión o que la resolución de remisión no contenga los elementos suficientes para que el Tribunal de Justicia pueda ofrecer una respuesta útil al juez nacional).

Pues bien, las tres sentencias antes citadas constituyen tres ejemplos de estos supuestos de rechazo o excepciones a la regla general de la admisión o admisibilidad prejudicial, de aquí su interés para nosotros. Así, y en el caso de la **STJ de 12 de julio de 2012, SC Volksbank România, as. C-602/10**, sucede que varias partes en el proceso prejudicial (concretamente el Gobierno rumano y la Comisión) sostienen que «... esta cuestión prejudicial es inadmisibile, ya que tiene por objeto las clases de índices de referencia para determinar el tipo de interés variable de los contratos de crédito al consumo...» (apdo. 56 de la Sentencia). Unos tipos de interés de los que no hay evidencia en los autos de la cuestión de remisión y que, sobre todo: «... no se indica en ellos que tales normas sean el objeto del litigio principal...» (apdo. 58 de la Sentencia). De aquí que, haciendo suya esta alegación, y aun sin explicitar en la sentencia cuál es la causa «de rechazo» particular que concurre en este caso, el Tribunal de Justicia considera que ciertamente estamos ante uno de los supuestos excepcionales ya antes apuntados y que, en su consecuencia: «... no procede responder a la

tercera cuestión, letra b), en la medida en que se refiere a las clases de índices de referencia para determinar el tipo de interés variable de los contratos de crédito al consumo...» (apdo. 59 de la Sentencia).

Por su parte, y en la **STJ de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, as. C-618/10**, la Curia comunitaria tampoco admite cuatro de las cuestiones prejudiciales planteadas (apdo. 88 de la Sentencia); en concreto, las que van de la tercera a la sexta. Y ello porque, siguiendo el parecer del Reino de España y de la Comisión Europea (apdo. 75 de la Sentencia), y tras recordarnos la regla general de la admisibilidad junto con sus excepciones (apdos. 76 y 77 de la Sentencia), el Tribunal de Justicia de la Unión considera que: *a)* en cuanto a la tercera cuestión, la interpretación de la norma comunitaria alegada «... carece de toda pertinencia en relación con la decisión que el tribunal remitente ha de adoptar en el litigio principal...» (apdo. 79 de la Sentencia); *b)* que, en lo que concierne a la cuarta cuestión, ésta resulta inadmisibile «... *ratione temporis*...» (apdo. 80 de la Sentencia); y *c)* que, por lo que respecta a la quinta y sexta cuestiones prejudiciales, éstas poseen una mera «... naturaleza hipotética...» (apdo. 84 de la Sentencia). De modo que, a la vista de lo anterior, a la Corte comunitaria no le queda otra opción que declarar: «... la inadmisibilidad de las cuestiones prejudiciales tercera a sexta planteadas por el órgano jurisdiccional remitente...» (apdo. 88 de la Sentencia).

Una conclusión idéntica a la que leemos en la última de las tres sentencias antes citadas: la **STJ de 7 de junio de 2012, Vinkov, as. C-27/11**. Así es, en esta ocasión y al estilo y forma de las anteriores, el Tribunal de Justicia de la Unión aprecia la existencia de una excepción a la regla general de la admisibilidad y, en buena lógica, rechaza la petición prejudicial formulada. Ahora bien, de modo de distinto a lo que ocurre en las dos sentencias anteriores, aquí lo hace sobre la base de la declaración de su propia incompetencia.

En efecto, en el caso que ahora nos ocupa, al Tribunal de Justicia se le pregunta, esencialmente (apdo. 40 de la Sentencia): si los artículos 67, 82 y 91 apartado 1, letra c) del TFUE, así como los actos de Derecho derivado que de ellos resultan en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional (como la aplicable en Bulgaria) que no reconoce el derecho a recurrir las resoluciones por las que se imponen sanciones por las infracciones de las normas de tráfico consideradas «... de menor gravedad...»; y ello, aunque dichas resoluciones impongan no solamente una sanción pecuniaria de escasa cuantía, sino también la retirada de puntos del permiso de conducción.

Pues bien, en cuanto a la interpretación de los artículos 67, 82 y 91 apartado 1, letra c) del TFUE, el Tribunal de Justicia de la Unión entiende (apdo. 41 de la Sentencia) que «... no son aplicables en el litigio principal, habida cuenta de que todas estas disposiciones están dirigidas únicamente a las instituciones de la Unión y de que ninguna de ellas se refiere al régimen de sanciones aplicables a las infracciones de las normas de tráfico...» (como bien explica, a continuación, en los apdos. 42 y 43 de esta Sentencia). Lo que le lleva concluir (apdo. 44 de la misma) que: «... éste [el Tribunal de Justicia] no es competente para responder a una cuestión prejudicial cuando la interpretación de las normas del Derecho de la Unión solicitada por el órgano jurisdiccional nacional no tiene relación

alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal y las referidas disposiciones no son aplicables al litigio principal (...); y que, por consiguiente (apdo. 45 de la Sentencia): «... procede declarar la inadmisibilidad de las cuestiones prejudiciales...» en la medida en que se refieren a los artículos 67, 82 y 91 apartado 1, letra c), del TFUE.

De otra parte, por lo que respecta a los actos de Derecho derivado y respecto de los cuales el órgano jurisdiccional remitente también pretende una interpretación del Tribunal de Justicia (léase Convenio de cooperación, Convenio sobre las decisiones de privación del derecho de conducir y Decisión marco en materia de circulación de vehículos de motos), la Corte comunitaria nos recuerda (apdos. 47 a 50 de la Sentencia): *a*) que dichos actos encuentran su base legal en las disposiciones del título VI del TUE en su versión «... anterior...» al Tratado de Lisboa; *b*) que, como se desprende del artículo 35 del TUE (apartados 1 y 2) y en aquel momento, el Tribunal de Justicia únicamente era competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación de las decisiones marco, de las decisiones y de los convenios establecidos en virtud del referido título VI «... si el Estado miembro de que se trate había hecho una declaración por la que aceptaba dicha competencia...»; *c*) que, a este respecto, «... ha quedado acreditado que la República de Bulgaria no ha hecho tal declaración...»; y *d*) que, a mayor abundamiento, se desprende del artículo 10 del Protocolo núm. 36 sobre las disposiciones transitorias (anexo al TFUE) que, con respecto a los actos de la Unión en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal que hayan sido adoptados antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las atribuciones del Tribunal de Justicia en virtud de dicho título VI del Tratado UE «... en su versión anterior a la referida fecha, seguirán siendo las mismas...» durante un período de cinco años tras dicha fecha, aun cuando hayan sido aceptadas con arreglo al apartado 2 de su artículo 35.

Pues bien, en coherencia con lo anterior, el Tribunal de Justicia no puede sino declarar que: «... carece de competencia para pronunciarse sobre la petición de decisión prejudicial del órgano jurisdiccional remitente...» (apdo. 50 de la Sentencia); y, por lo tanto, rechazar e inadmitir la petición de decisión prejudicial planteada por el juez interno (el *Administrativen sad Sofia-grad* de la República de Bulgaria).

En cualquier caso, y como ya decíamos al inicio, no sólo sobre los motivos de inadmisión prejudicial ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal de Justicia de la Unión en los últimos tres meses. También lo ha hecho acerca de la posible *limitación de los efectos de las sentencias prejudiciales*. Así es, en relación con este tópico prejudicial, baste señalar la **STJ de 19 de julio de 2012, Rēdlihs, as. C-263/11**. Una sentencia que, en lo que ahora importa, recoge una solicitud del Gobierno de Letonia (apdo. 56) para que el Tribunal de Justicia limite en el tiempo los efectos de la misma, ya que —en su opinión— se verifica: *a*) que este Gobierno ha actuado «... de buena fe...» en el caso de autos; y *b*) que, de no hacerlo así, una sentencia contraria a las posiciones de este Gobierno por parte del Tribunal de Justicia «... tendría consecuencias económicas perjudiciales para el tesoro público...» de aquel país (*vid.* apdo. 58 de la Sentencia).

Pues bien, a este respecto, el Tribunal nos recuerda la que viene siendo su reiterada jurisprudencia frente a este tipo de solicitudes (*vid.* apdos. 59 a 65 de esta Sentencia), a

saber: su rechazo sistemático, salvo que concurran circunstancias de carácter excepcional (que se concretan en el requisito de la buena fe y de «riesgo económico de trastorno grave»). Así es, la Curia comunitaria aprovecha la oportunidad que le brinda este pronunciamiento prejudicial —y aquella solicitud— para reiterar: *a*) que «... 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 ya establecidas de buena fe; *b*) que, para poder admitir dicha limitación, es necesario que concurran además dos requisitos esenciales, a saber, la propia «... buena fe...» de los interesados y «... el riesgo de trastornos graves...»; *c*) que el Tribunal de Justicia únicamente ha recurrido a esta solución «... en circunstancias muy determinadas...» (en particular, cuando existía un riesgo de repercusiones económicas graves debidas al elevado número de relaciones jurídicas constituidas sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y fuera patente que los particulares así como 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 derivada de los mismos comportamientos adoptados por otros Estados miembros o por la Comisión Europea); y *d*) que, finalmente y según su reiterada jurisprudencia, 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...».

Así pues, y una vez probado —a juicio del Tribunal de Justicia— que no existe riesgo económico de trastorno grave (apdo. 63 de la Sentencia) y que, justamente por ello, no es necesario comprobar si se verifica o no el requisito relativo a la buena fe de los interesados (apdo. 64), la Corte comunitaria declara que «... no procede limitar en el tiempo los efectos de la presente sentencia...». Sirva esta declaración, pues, como aviso a navegantes (Estados).

E) Medidas cautelares

Durante el período de tiempo que comprende esta crónica, *ninguna sentencia* del Tribunal de Justicia de la Unión ha variado la que viene siendo su reiterada jurisprudencia respecto de este tópico del sistema jurisdiccional. En su consecuencia, este epígrafe ha de quedar necesariamente huérfano de contenido.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

En el período comentado en la presente crónica no existe jurisprudencia novedosa sobre la libre circulación de mercancías.

B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

En el período comentado en la presente crónica no existe jurisprudencia novedosa sobre la libre prestación de servicios y el derecho de establecimiento.

C) Libre circulación de trabajadores

1. *Ventajas fiscales. Tributación de una persona que deja de ser residente en España*

En el periodo analizado, dos sentencias han considerado que el otorgamiento únicamente a residentes de determinadas ventajas fiscales vulnera la libre circulación de personas y de trabajadores.

En primer lugar, la **STJUE de 12 de julio de 2012, Comisión c. España, as. C-269/09**, ha declarado que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 18 CE, 39 CE y 43 CE, al haber adoptado y mantenido en vigor una disposición que impone a los contribuyentes que trasladan su residencia a otro Estado miembro la obligación de incluir todas las rentas pendientes de imputación en la base imponible del último ejercicio fiscal en el que se les haya considerado contribuyentes residentes.

Para el Tribunal de Justicia, aun cuando el artículo 14, apartado 3, de la Ley 35/2006 no prohíbe a un contribuyente con domicilio en España ejercer su derecho a la libre circulación, dicha disposición puede restringir el ejercicio de tal derecho, al tener, cuando menos, un efecto disuasorio para los contribuyentes que pretendan instalarse en otro Estado miembro.

En efecto, en virtud de la legislación nacional controvertida, el traslado del domicilio fuera del territorio español, en el marco del ejercicio de los derechos que garantizan los artículos 39 CE y 43 CE, implica para el contribuyente la obligación de pagar los correspondientes impuestos con anterioridad al momento en que deben hacerlo los contribuyentes que continúan residiendo en España. Esta diferencia de trato puede resultar desfavorable, en el aspecto financiero, para aquellas personas que trasladan su residencia al extranjero, al obligar a incluir rentas pendientes de imputación en la base imponible del último ejercicio en el que tales personas eran residentes en ese país. De esta forma, se considera que existe «desventaja manifiesta en términos de tesorería».

Por lo demás, el Tribunal de Justicia no considera suficiente para admitir la compatibilidad de la medida con el Derecho de la Unión Europea la justificación basada en la necesidad de garantizar la recaudación eficaz de las deudas tributarias. En este sentido, se subraya que los mecanismos de cooperación entre las autoridades de los Estados miembros que existen en el ámbito de la Unión son suficientes para permitir al Estado miembro de origen recaudar las deudas tributarias en otro Estado miembro.

Por su parte, la **STJUE de 10 de mayo de 2012, Comisión c. República de Estonia, as. C-39/10**, ha declarado que Estonia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 45 TFUE y del artículo 28 del Acuerdo sobre el Espacio Económico

Europeo de 2 de mayo de 1992, al denegar a los jubilados no residentes las reducciones previstas por Ley del impuesto sobre la renta, cuando, por la baja cuantía de sus pensiones, no están sujetos al impuesto en el Estado miembro de residencia en virtud de la legislación fiscal de éste. La diferencia de trato descrita sólo podría estar justificada si se basara en consideraciones objetivas y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional. En relación con ello, aunque la República de Estonia ha alegado que la condición discutida trata de evitar que el contribuyente no residente acumule desgravaciones en cada uno de los Estados miembros interesados, el Tribunal no considera admisible esta justificación, dada la naturaleza general de la condición, que no tiene en cuenta la situación personal y familiar de los contribuyentes interesados.

2. *Igualdad de trato: ayudas para estudios superiores e incrementos salariales sometidos a tributación diversa dependiendo del estado de residencia*

La **STJUE de 14 de junio de 2012, Comisión c. Países Bajos, as. C-542/09**, ha declarado que el Reino de los Países Bajos ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 45 TFUE y del artículo 7, apartado 2, 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, al imponer un requisito de residencia, concretamente la regla denominada «tres de los últimos seis años», a los trabajadores migrantes y a los miembros de sus familias cuya manutención continúan sufragando para permitirles obtener la financiación de los estudios superiores cursados fuera de los Países Bajos.

Por su parte, la **STJUE de 28 de junio de 2012, Erny, as. C-172/11**, analiza un supuesto en el que un aumento salarial pactado en un convenio colectivo producía una discriminación indirecta debido al diferente sistema de tributación de los trabajadores residentes en el Estado miembro —en este caso Alemania— y del trabajador transfronterizo francés, el Sr. Erny, que inicia el litigio. De esta forma, mientras a sus compañeros residentes en Alemania el incremento suponía un 85% de su salario, el incremento salarial del Sr. Erny era muy inferior, dada la tributación a la que se sometía este ingreso en Francia. El Tribunal concluye que la cláusula, que contiene una discriminación indirecta, es nula de pleno derecho. La sentencia añade que el artículo 45 TFUE y las disposiciones del Reglamento núm. 1612/68 atribuyen a los Estados miembros o a los interlocutores sociales la libertad para elegir entre las diferentes soluciones aptas para lograr el objetivo pretendido por esas disposiciones.

3. *Derecho de reagrupación familiar*

Por su parte, la **STJUE de 19 de julio de 2011, Dülger, as. C-451-11**, tiene por objeto, una vez más, interpretar la Decisión núm. 1/80, de 19 de septiembre de 1980, relativa al desarrollo de la Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía.

En el supuesto que origina la cuestión prejudicial que resuelve la sentencia, ante la eventualidad de una orden de expulsión de Alemania, una ciudadana tailandesa separada

de un ciudadano turco residente en Alemania solicita que se le reconozcan los derechos derivados del artículo 7 de la Decisión núm. 1/80.

La cuestión objeto de controversia es la relativa a determinar si los derechos de reagrupación familiar allí previstos sólo se reconocen a los cónyuges de ciudadanos turcos que también posean esta nacionalidad. El Tribunal Europeo concluye que la Decisión núm. 1/80 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.

4. Límites

Como es conocido, conforme al artículo 83 TFUE, apartado 1, la explotación sexual de niños forma parte de los ámbitos delictivos de especial gravedad y dimensión transfronteriza en los que está prevista la actuación del legislador de la Unión. La aplicación de este precepto resulta pertinente para resolver la cuestión prejudicial planteada en la **STJUE de 22 de mayo de 2012, P. I., as. C-348/09**. En el supuesto, un juez alemán pregunta si comprende el concepto de «motivos imperiosos de seguridad pública» a que se refiere el artículo 28, apartado 3, de la Directiva 2004/38/CE solamente los riesgos para la seguridad interior y exterior del Estado, entendida como la permanencia del Estado con sus instituciones y sus servicios públicos fundamentales, la supervivencia de la población, las relaciones exteriores y la convivencia pacífica de los pueblos. El supuesto de hecho concreto que origina la cuestión es la impugnación de la orden de expulsión de un ciudadano italiano condenado por la comisión durante varios años de abusos sexuales a la hija de su pareja.

El Tribunal concluye que los Estados miembros están facultados para considerar que infracciones penales como las mencionadas en el artículo 83 TFUE, apartado 1, párrafo segundo, constituyen un menoscabo especialmente grave de un interés fundamental de la sociedad, capaz de representar una amenaza directa para la tranquilidad y la seguridad física de la población, y que por consiguiente cabe incluir en el concepto de «motivos imperiosos de seguridad pública» que pueden justificar una medida de expulsión en virtud del referido artículo 28, apartado 3, de la Directiva 2004/38, siempre que la forma de comisión de tales infracciones presente características especialmente graves, extremo éste que incumbe verificar al tribunal remitente basándose en un examen individualizado del asunto del que conoce. Ahora bien, recuerda igualmente que toda medida de expulsión está subordinada a que la conducta personal del interesado constituya una amenaza real y actual para un interés fundamental de la sociedad o del Estado miembro de acogida, apreciación que supone, como regla general, la tendencia del individuo interesado a proseguir esa conducta en el futuro. Antes de tomar una decisión de expulsión, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en ese Estado y la importancia de los vínculos con su país de origen.

D) Libre circulación de capitales

1. *Exigencia de autorización para invertir en participaciones de fondos de inversión de otros Estados miembros*

El artículo 63 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que sólo permite a una caja de previsión laboral, o al organismo de inversión colectiva creado por esa caja para gestionar los activos de ésta, invertir dichos activos en participaciones de un fondo común de inversión establecido en otro Estado miembro si el citado fondo ha sido autorizado. Así lo ha declarado la **STJUE de 7 de junio de 2012, VBV – Vorsorgekasse AG, asunto C-39/11**.

La legislación austriaca supeditaba la licitud de la adquisición de participaciones de fondos comunes de inversión establecidos en otro Estado miembro a la existencia de una autorización de comercialización en territorio nacional limita sensiblemente las posibilidades de inversión de una caja de previsión laboral. El objetivo que perseguiría tal normativa es la protección de los inversores y los consumidores. No obstante, el Tribunal Europeo considera que la regulación examinada se opone al Derecho de la Unión ya que contiene medidas desproporcionadas en relación con el objetivo de control perseguido. En este sentido, se resalta por un lado que una caja de previsión laboral ya ha sido sometida a un control para ser autorizada a ejercer sus actividades, y su gestión financiera es objeto de control continuado. Por otro, que una autoridad nacional de vigilancia está facultada para exigir a una caja de previsión laboral que facilite, incluso con carácter regular, toda la información necesaria relativa a la composición del capital y al valor de los activos de un fondo común de inversión establecido en otro Estado miembro en el que dicha caja tiene la intención de invertir o ha invertido ya una parte de sus activos, información que, por otra parte, está obligatoriamente disponible en el Estado miembro en el que tiene su sede.

2. *Ventajas fiscales: retención en origen de los dividendos de origen nacional cuando son percibidos por organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios residentes en otro Estado*

La **STJUE de 10 de mayo de 2002, Santander Asset, as. acumulados C-338/11 a C-347/11**, analiza la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea de una norma francesa según la cual se aplicará a los dividendos de las sociedades de inversión de capital variable una retención en origen de un 25% cuando los perciban personas que no tengan su domicilio fiscal o su sede en Francia. Esta retención no se aplica cuando la sociedad de inversión tiene su domicilio fiscal o sede en el país gallo.

Como es evidente, la reseñada diferencia de trato fiscal de los dividendos entre organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (en adelante OICVM) en función del lugar de su residencia puede disuadir, por una parte, a los OICVM no residentes de realizar inversiones en sociedades establecidas en Francia y, por otra, a los inversores residentes en Francia de adquirir participaciones en OICVM no residentes. En consecuencia, la referida normativa constituye una restricción de la libre circulación de capitales, prohibida por el

artículo 63 TFUE, ya que el Tribunal de Justicia no encuentra una razón imperiosa de interés general que le preste cobertura.

Por lo demás, en su día el Gobierno francés solicitó al Tribunal de Justicia que limitara los efectos de la sentencia en el tiempo si llegara a la conclusión de que una normativa nacional como la controvertida en los procedimientos principales es incompatible con los artículos 63 TFUE y 65 TFUE. El TJUE no accede a esta pretensión. A este respecto, se recuerda que el Tribunal de Justicia únicamente ha recurrido a esta solución en circunstancias muy concretas, cuando existía un riesgo de repercusiones económicas graves debidas en particular 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 del Derecho de la Unión, incertidumbre a la que habían contribuido eventualmente los mismos comportamientos observados por otros Estados miembros o por la Comisión.

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) **Cuestión de inconstitucionalidad.**
 - C) **Recurso de amparo.**
3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS.
 - A) **Relaciones internacionales (art. 149.1.3.^a CE) y competencia exclusiva autonómica en deporte: interpretación conforme del precepto legal que atribuye a las federaciones deportivas vascas la condición de representantes únicas del deporte federado vasco en el ámbito internacional.**
 - B) **Defensa (art. 149.1.4.^a CE) y legislación básica sobre medio ambiente (art. 149.1.23.^a CE): validez de la declaración de espacio natural protegido (con efectos diferidos) de suelo ocupado por un polígono de tiro y sin elaborar previamente el plan de ordenación de los recursos naturales de la zona.**
 - C) **Bases de ordenación del crédito (art. 149.1.11.^a CE) y hacienda general (art. 149.1.14.^a CE): tutela financiera de operaciones de crédito por parte de las entidades locales.**
 - D) **Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.^a CE): competencia del Estado para sancionar una práctica anticompetitiva que tiene incidencia supraautonómica.**
 - E) **Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.^a CE): establecimiento de legislación básica en normas de rango reglamentario.**
 - F) **Competencias sobre ordenación general de la economía (art. 149.1.13.^a CE) y bases del régimen energético (art. 149.1.25.^a CE): el Estado puede fijar los criterios de otorgamiento de las autorizaciones de construcción y explotación de instalaciones de distribución de gas natural.**
 - G) **Competencias sobre bases y coordinación de la sanidad (art. 149.1.16.^a CE): tasa autonómica contraria a la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.**
 - H) **Bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18.^a CE) y competencias autonómicas sobre régimen local: contradicción entre el precepto autonómico que impide la presentación de una moción de censura durante los períodos electorales y la legislación básica del Estado.**

- I) Bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18.^a CE) y competencias autonómicas sobre régimen local: contradicción entre algunos aspectos de la legislación balear sobre los consejos insulares y la legislación básica el Estado (art. 149.1.18.^a CE).
 - J) Legislación básica sobre medio ambiente (art. 149.1.23.^a CE): nulidad del precepto legal autonómico que contradice la Ley de Costas.
 - K) Carreteras de interés general (art. 149.1.24.^a CE): actuaciones autonómicas que vulneran las competencias estatales al versar sobre vías integradas en la red de carreteras del Estado.
 - L) Normas básicas sobre educación (art. 149.1.1.^a y 30.^a CE): el Estado no puede reservarse el desarrollo exclusivo del régimen de la formación profesional.
 - M) Regulación y gestión de ayudas públicas en ámbitos de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas cuando el Estado posee un título genérico de intervención (art. 149.2 CE) o una competencia para aprobar normas básicas (art. 149.1.23.^a CE).
 - N) Autonomía local y regulación por el legislador autonómico de la representación de los entes locales en los órganos rectores de las cajas de ahorro.
-

1. INTRODUCCIÓN

En el segundo trimestre del 2012, los meses de abril, mayo y junio, el Tribunal Constitucional ha dictado 60 sentencias, de las cuales 26 fueron recursos de amparo (uno de ellos electoral y otro inadmitido por falta de agotamiento de la vía judicial previa (STC 128/2012, de 18 de junio), 12 recursos de inconstitucionalidad, 14 cuestiones de constitucionalidad, 7 conflictos positivo de competencias y 1 conflicto en defensa de la autonomía local. De los 26 recursos de amparo, 19 decidieron recursos de amparo planteados con posterioridad a la reforma de la LOTC de 2007, de los cuales 16 fueron estimados total o parcialmente. La media de resolución de los recursos fue de entre 2 y 3 años.

El Alto Tribunal sigue sin explicar en sus fundamentos los motivos por los que admite a trámite los recursos de amparo, prolongándose la sensación de indefinición e incluso de ausencia de seguridad jurídica a la que se enfrentan los recurrentes en amparo. Como excepciones que confirman la regla, en este trimestre se encuentran la STC 96/2012, de 7 de mayo, (FJ 4) y la STC 107/2012, de 21 de mayo. En esta última, la Sala Segunda del Tribunal explícita y explica los motivos por los que aprecia la especial relevancia constitucional del art. 50.1.b) LOTC y la satisfacción por parte del recurrente de su prueba (art. 49.1 LOTC), dando un poco más de información sobre la forma en la que el Alto Tribunal decide estas cuestiones (FJ 2). Por último, destaca el alto porcentaje de recursos de amparo admitidos cuando los recurrentes son reclusos penitenciarios o detenidos (STC 131/2012, de 18 de junio; STC 107/2012, de 21 de mayo; STC 106/2012, de 21 de mayo; STC 95/2012, de 7 de mayo; STC 92/2012, de 7 de mayo).

Los recursos de inconstitucionalidad y también los conflictos positivos de competencia acumulan un retraso mucho mayor y aún son frecuentes los ejemplos de retrasos en dictar sentencia de 12 (STC 112/2012, de 23 de mayo) e incluso hasta de 13 años (STC 120/2012, de 5 de junio; STC 80/2012, de 18 de abril).

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de inconstitucionalidad

No hay doctrina nueva en recursos de inconstitucionalidad.

B) Cuestión de inconstitucionalidad

No doctrina nueva en cuestiones de constitucionalidad.

C) Recurso de amparo

a) *Admisión por especial trascendencia constitucional*

Hay decisiones que pueden ser encajadas en alguno de los supuestos que el FJ 2 de la STC 155/2009 enumeró, pero otras obedecen a la potestad del Tribunal de apreciar ese requisito exigido en el art. 50.1.b) LOTC en cualquier recurso de amparo planteado.

- a) Recursos que plantean un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional: supuesto a) de la STC 155/2009

Dentro de este primer grupo pueden clasificarse las SSTC 114/2012, de 24 de mayo, y 108/2012, de 21 de mayo, en las que se analiza la constitucionalidad de la «doctrina Parot», esto es, la doctrina dictada por la decisión de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, STS 197/2006, de 28 de febrero, la cual computa la redención de penas por el trabajo u otros beneficios penitenciarios no sobre la pena acumulada, sino sobre cada una de las impuestas. El Tribunal Constitucional desestima sendos recursos de amparo como ya hizo en la STC 49/2012. Estas decisiones han de ponerse a la luz de la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso de «Del Río Prada contra España» de 10 de julio de 2012, que declara contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos la «doctrina Parot», por vulnerar los arts. 7 CEDH y 5.1 CEDH.

Por la misma razón se admite el recurso de amparo que da lugar a la STC 96/2012, de 7 de mayo, en la que se analiza la protección de datos de carácter personal de los clientes por parte de una entidad bancaria, sobre lo cual no hay jurisprudencia constitucional previa. En la presente sentencia el BBVA impugna en amparo una resolución judicial por la que, con fundamento en lo previsto en el art. 256.1.6 LEC, se requiere a la citada entidad bancaria para que ponga a disposición de la asociación de consumidores solicitante en el proceso de diligencias preliminares los datos personales en fichero electrónico de los clientes personas físicas de dicha entidad bancaria que hubieran contratado con ésta determinados productos financieros. El TC ampara a la entidad bancaria reconociendo su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en conexión con el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal (art. 18.4 CE).

También abordan problemas nuevos en la jurisprudencia constitucional la STC 106/2012, de 21 de mayo, que tiene como objeto las condiciones en las que deben prac-

ticarse los registros de las celdas de los presos calificados como peligrosos en los centros penitenciarios; la STC 97/2012, de 7 de mayo, que versa sobre las garantías de notificación en la citación a juicio por telefonema; y las SSTC 130/2012, de 18 de junio, y 129/2012, de 18 de junio, en las que se analiza el carácter subsanable o insubsanable de la omisión de constitución del depósito exigido para recurrir previsto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

- b) Admisión por incumplimiento general y reiterado de la doctrina constitucional [supuesto e) de la STC 155/2009]

En la STC 107/2012, de 21 de mayo, y tras el recurso de súplica del Ministerio Fiscal, el TC admite a trámite el recurso de amparo apreciando su especial trascendencia constitucional debido a que de manera general y reiterada no se respeta por los tribunales ordinarios de una demarcación territorial el secreto a la comunicación escrita entre un interno en un centro penitenciario y un órgano judicial (art. 18.3 CE). En el caso concreto, el recluso denunciaba un trato inhumano y degradante por parte de las autoridades penitenciarias, pero fue sancionado por hacerlo de acuerdo con el reglamento interno de la prisión. El Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo y reconoce la vulneración de los derechos del recurrente al secreto de las comunicaciones (arts. 18.3 y 25.2 CE), al proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

En el mismo motivo de admisión se basan la STC 95/2012, de 7 de mayo, en la que se estima el recurso de amparo por una detención que se prolongó más de lo necesario y por la inadmisión de la demanda de habeas corpus, y la STC 126/2012, de 18 de junio, sobre la necesidad de prueba testifical del acusado para poder condenar en la segunda instancia penal modificando *in peius* el pronunciamiento dictado en primera instancia.

- c) En el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional [supuesto f) de la STC 155/2009]

El objeto de la STC 119/2012, de 4 de junio, es un litigio sobre subrogación hipotecaria, las decisiones de primera y segunda instancia basan su decisión en el art. 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872, ya derogado por inconstitucional por la STC 128/1994, de 5 de mayo. El TC estima vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los recurrentes pues no considera razonable mantener en los contratos la subrogación forzosa *ex art. 36 de la ley de 1872*, tras una sentencia del Tribunal Constitucional que declara su inconstitucionalidad.

- d) Por cuestión jurídica de relevante y general repercusión social [supuesto g) de la STC 155/2009]

La STC 138/2012, de 20 de junio, estima la vulneración del derecho de asociación, en su vertiente de asociación de partidos políticos (arts. 22 CE y 6 CE), en un recurso de amparo planteado contra el Auto de 30 de marzo de 2011 de la Sala Especial del Tribunal Supremo del artículo 61 de la LOPJ recaído en el procedimiento de ejecución de la STS 1/2003, de 27 de marzo, dimanante de los autos de ilegalización de los partidos políticos Herri Batauna, Euskal Herritarrok y Batasuna.

También fue admitido a trámite el recurso de amparo electoral resuelto por la STC 105/2012, de 11 de mayo, promovido por Izquierda Unida Asturias y el Partido Socialista Obrero Español frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que anuló el recuento de la mesa electoral del censo de electores residentes ausentes correspondiente a la circunscripción de occidente en las elecciones a la Junta General del Principado de Asturias celebradas el 25 de marzo de 2012 y ordenó repetir las votaciones.

La importante repercusión social del caso, al involucrar a un colectivo numeroso e importante, pudo ser la razón de admisión del recurso de amparo resuelto por la STC 118/2012, de 4 de junio, en el que la convergencia estatal de médicos y ayudantes técnicos sanitarios (CEMSATSE) interpuso recurso de amparo frente a las resoluciones administrativas del Servicio Andaluz de Empleo y dos decisiones judiciales por posible vulneración de los arts. 14, 24.1 y 28.1 CE. La relevancia jurídica de esta sentencia es mínima, además fue desestimada.

b) Funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional en la tramitación de un recurso de amparo: procedimiento de responsabilidad

De acuerdo con el ATC 106/2012, de 22 de mayo, la decisión que debe adoptar el Tribunal Constitucional sobre el particular es una declaración jurisdiccional sobre el reconocimiento del funcionamiento anormal del propio Tribunal, que es presupuesto procesal y material necesario para que el Consejo de Ministros resuelva lo que proceda. En segundo lugar, es necesario destacar que el análisis a realizar no está referido a la eventual concurrencia de una vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, sino a dilucidar si en la tramitación del recurso de amparo promovido por el recurrente se produjo un funcionamiento anormal, del que es una especie las dilaciones (STS 125/1999, de 28 de junio, FJ 5), para lo que obviamente puede hacerse uso de la noción de dilaciones indebidas que se ha ido perfilando en la doctrina de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con las adaptaciones necesarias. A este respecto el Tribunal ha reiterado que las dilaciones no se pueden identificar con un derecho al riguroso cumplimiento de los plazos procesales, sino que se configuran a partir de la dimensión temporal de todo proceso y su razonabilidad, por lo que la prohibición de retrasos injustificados lo que impone es el deber de obrar con la celeridad que permita la duración normal o acostumbrada de litigios de la misma naturaleza y con la diligencia debida en el impulso de las distintas fases por las que atraviesa un proceso. De ese modo, se ha concluido que el juicio sobre el contenido concreto de las dilaciones, y sobre si son o no indebidas, debe ser el resultado de la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de diversos criterios como son la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en aquél arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades (STC 142/2010, de 21 de diciembre, FJ 3).

c) Insuficiencia económica ante el Tribunal Constitucional: asistencia jurídica gratuita

El ATC 112/2012, de 31 de mayo, y el ATC 80/2012, de 7 de mayo, establecen que el Tribunal Constitucional es competente para resolver la solicitud de justicia gratuita solamente

cuando la insuficiencia económica del solicitante se ocasiona después de haber interpuesto el recurso.

3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

A) Relaciones internacionales (art. 149.1.3.^a CE) y competencia exclusiva autonómica en deporte: interpretación conforme del precepto legal que atribuye a las federaciones deportivas vascas la condición de representantes únicas del deporte federado vasco en el ámbito internacional

La STC 80/2012, de 18 de abril, salva la constitucionalidad del art. 16.6 de la Ley del Parlamento Vasco 14/1998, de 11 de junio, del deporte, primer inciso, mediante un pronunciamiento interpretativo que lleva al fallo. El apartado que fue recurrido por el Presidente del Gobierno afirma que «la federación vasca de cada modalidad deportiva será la única representante del deporte federado vasco en el ámbito estatal e internacional».

El Tribunal Constitucional parte de una interpretación estricta de la materia «relaciones internacionales» prevista en el art. 149.1.3.^a CE, que permite a las Comunidades Autónomas llevar a cabo actividades que tengan una proyección exterior (STC 165/1994, de 26 de mayo, caso Oficina del País Vasco en Bruselas). El voto particular que formula el Magistrado Manuel Aragón, al que se adhiere el Magistrado Javier Delgado Barrio, cuestiona el alcance que la Sentencia atribuye a este título competencial. En el voto particular se sostiene que la materia «relaciones internacionales» no debe quedar reducida a las relaciones reguladas por el Derecho internacional, sino que tiene un contenido y alcance más amplio, que incluye la defensa de la imagen internacional de España.

La Sentencia encuadra la controversia en la materia «deporte» y destaca que ésta es una competencia que el Estatuto del País Vasco define como «exclusiva». La Sentencia matiza que el ejercicio de las competencias exclusivas por las Comunidades Autónomas tiene como límite el ejercicio de las competencias propias del Estado, bien como consecuencia de la concurrencia de otros títulos competenciales, bien como consecuencia de la afectación de un interés nacional o de la necesidad de prever la coordinación de Administraciones diversas. Los intereses de carácter nacional relacionados con la representación internacional del deporte federado llevan a sostener la existencia de un límite externo al ejercicio de la competencia exclusiva autonómica. La Sentencia señala que la Comunidad Autónoma del País Vasco no puede disponer que las federaciones vascas sean las «únicas representantes del deporte federado vasco» con carácter general, pues ello implicaría que el legislador vasco está configurando el régimen de determinadas facetas deportivas que afectan a la imagen exterior del Estado y que inciden en la esfera de intereses del deporte federado español en su conjunto.

El Tribunal evita la nulidad del precepto autonómico porque considera que existe una posible interpretación conforme. La Sentencia sostiene que «la previsión legal que atribuye a las federaciones vascas la exclusividad en la representación internacional del deporte federado vasco se ciñe, por tanto, a los supuestos en que las federaciones vascas no tienen correspondencia en una federación española sino que, conforme a la normativa internacional aplicable (según los estatutos de la organización internacional de que se trate) y a

las propias previsiones estatales al respecto, participan directamente en una competición internacional porque no se ve involucrado un interés nacional, no se afecta al deporte federado español en su conjunto, ni se incide en la imagen exterior del Estado español». Tanto el voto particular del Magistrado Aragón Reyes, antes citado, como el voto del Magistrado Pérez de los Cobos consideran que el Tribunal ha traspasado los límites de la utilización de la sentencia interpretativa en este caso, incurriendo en una «operación manipulativa» o «tergiversación» del sentido del precepto impugnado.

La misma doctrina se aplica en la STC 110/2012, de 23 de mayo, respecto del primer inciso del art. 19.2 de la Ley del deporte de Cataluña según el cual las federaciones catalanas de cada modalidad deportiva serán las representantes del deporte federado catalán en ámbitos supraautonómicos.

B) Defensa (art. 149.1.4.^a CE) y legislación básica sobre medio ambiente (art. 149.1.23.^a CE): validez de la declaración de espacio natural protegido (con efectos diferidos) de suelo ocupado por un polígono de tiro y sin elaborar previamente el plan de ordenación de los recursos naturales de la zona

La STC 82/2012, de 18 de abril, desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno con respecto a la Ley Foral 16/2000, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley Foral 10/1999, por la que se declara parque natural las Bardenas Reales de Navarra. La Sentencia considera que la Ley Foral no vulnera las competencias exclusivas estatales en materia de defensa nacional (art. 149.1.4.^a CE). El Abogado del Estado invocaba este título competencial porque el parque natural se amplía a una zona que es usada como polígono de tiro por el Ejército del aire y ha sido declarada, mediante Real Decreto 1943/2000, de 1 de diciembre, como zona de interés para la defensa nacional, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5 de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional. La Sentencia considera que se produce una situación de concurrencia entre la competencia del Estado en materia de defensa, a la que considera prevalente en virtud de su carácter más específico, y la competencia autonómica en materia de espacios protegidos. Sin embargo, considera que no existe vicio de inconstitucionalidad en el ejercicio de la competencia autonómica, porque la declaración como parque natural no ha transgredido o enervado el ejercicio efectivo de las competencias estatales en materia de defensa nacional. La razón que se esgrime es que la disposición final tercera de la norma foral retrasa la entrada en vigor de las medidas de protección vinculadas a la declaración como parque natural al momento en que la zona deje de estar destinada al uso militar. Con esa condición la norma impugnada evita, según la Sentencia, interferir la competencia del Estado.

La Sentencia también descarta que la Ley Foral haya vulnerado la normativa básica estatal, contenida en el artículo 15 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de espacios naturales y de la flora y fauna silvestres (LCEN). El Tribunal Constitucional considera que se cumplen las condiciones excepcionales contempladas en el apartado segundo del citado artículo 15 LCEN para anticipar la declaración del parque natural y aprobar posteriormente el plan de ordenación.

La Sentencia cuenta con dos votos particulares, emitido el primero por el Magistrado Rodríguez Arribas —y al que se adhiere Pérez de los Cobos— y el otro por el Magistrado

Aragón Reyes. Este segundo tiene especial interés porque plantea objeciones de alcance general al razonamiento utilizado por el Tribunal. El Magistrado Aragón Reyes rechaza que en el caso exista un supuesto de competencias concurrentes. En su opinión, la Comunidad Foral carecía por completo de competencia sobre el polígono de tiro para declararlo parque natural. También discrepa en cuanto al uso del término «preferente» y en cuanto a la utilización de los términos «específico» y «genérico» en la resolución de los conflictos competenciales.

C) Bases de ordenación del crédito (art. 149.1.11.^a CE) y hacienda general (art. 149.1.14.^a CE): tutela financiera de operaciones de crédito por parte de las entidades locales

La STC 120/2012, de 5 de junio, considera válidas las previsiones legales que atribuyen al Estado la potestad para autorizar las operaciones de crédito a largo plazo que concierten los entes locales con entidades financieras no residentes en España o que se realicen en moneda distinta de la nacional (artículo 54 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales, en la redacción dada al mismo por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre). La Sentencia incluye un *obiter dictum* en el que deja constancia de que la reforma constitucional de 27 de septiembre de 2011, que ha modificado el art. 135 CE, llevando a cabo la consagración constitucional del principio de estabilidad presupuestaria, corrobora la competencia del Estado para establecer límites al endeudamiento de los entes locales.

D) Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.^a CE): competencia del Estado para sancionar una práctica anticompetitiva que tiene incidencia supraautonómica

La STC 71/2012, de 16 de abril, acepta la competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia (actualmente Comisión Nacional de la Competencia) para conocer de una denuncia por conducta anticompetitiva presentada contra la empresa concesionaria de la Estación sur de autobuses de Madrid. La práctica consistía en negar de forma injustificada a una empresa de transportes una taquilla de venta de billetes para la explotación de la línea internacional Santarem (Lisboa)-Madrid-París.

El Tribunal Constitucional recuerda, citando la STC 208/1999, que la competencia ejecutiva autonómica en materia de defensa de la competencia se halla limitada a aquellas actuaciones sancionadoras que no afecten al mercado supracomunitario. La presente Sentencia revela los problemas que pueden surgir para establecer cuándo los efectos derivados de la práctica anticompetitiva se limitan al ámbito autonómico o se extienden más allá. La incidencia de la conducta anticompetitiva sobre una línea de transporte internacional lleva a la mayoría de los Magistrados a sostener que este caso tiene incidencia supraautonómica. Por el contrario, la Magistrada Adela Asua formula voto particular en el que reclama un análisis más riguroso de los efectos económicos de la práctica anticompetitiva y defiende que a partir de los datos aportados por las partes en el presente caso no cabe apreciar una afectación suficientemente significativa de la libre competencia en el ámbito supraautonómico.

E) Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.ª CE): establecimiento de legislación básica en normas de rango reglamentario

La STC 99/2012, de 8 de mayo, considera que el Estado puede, en ejercicio de sus competencias en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.ª CE), regular las condiciones de otorgamiento de las ayudas para la mejora de las condiciones de transformación y comercialización de los productos agrarios, silvícolas y de la alimentación. El Tribunal Constitucional justifica el rango reglamentario de la norma aprobada por el Estado (Real Decreto 117/2001) para establecer las normas básicas por el carácter «coyuntural» de las ayudas.

F) Competencias sobre ordenación general de la economía (art. 149.1.13.ª CE) y bases del régimen energético (art. 149.1.25.ª CE): el Estado puede fijar los criterios de otorgamiento de las autorizaciones de construcción y explotación de instalaciones de distribución de gas natural

La STC 135/2012, de 19 de junio, desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid en relación con diversos preceptos de la Ley 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos. La norma —que había sido aprobada por el Estado con carácter básico, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.1.13.ª (ordenación general de la economía) y 25 (bases del régimen energético) CE— dispone que las autorizaciones de construcción y explotación de instalaciones de distribución de gas natural han de otorgarse preferentemente a la empresa distribuidora de la zona, debiendo atenderse, en ausencia de ésta, a los principios de monopolio natural del transporte y la distribución, red única y realización al menor coste para el sistema gasista.

El recurrente considera que los criterios aplicables al otorgamiento de autorizaciones de construcción y explotación de instalaciones de distribución exceden el concepto material de bases. La Sentencia señala que las bases «deben garantizar la existencia en todo el Estado de un mínimo común denominador normativo dirigido a asegurar los intereses generales». En el caso concreto, el TC considera que la fijación por parte del Estado de los criterios de otorgamiento de las autorizaciones administrativas es necesaria para alcanzar los objetivos que se señalan en el preámbulo de la Ley: «conseguir un mercado interior de gas natural plenamente liberalizado del que se pueda derivar una mayor competencia, reducción de precios y mejora en la calidad del servicio al consumidor final». Según la Sentencia, «la uniformidad en las condiciones de otorgamiento de las autorizaciones trata de evitar los posibles desequilibrios o desigualdades en el conjunto del sistema a los que podría conducir la fijación de criterios unilaterales por las Comunidades Autónomas».

G) Competencias sobre bases y coordinación de la sanidad (art. 149.1.16.ª CE): tasa autonómica contraria a la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud

La STC 136/2012, de 19 de junio, declara la inconstitucionalidad de los artículos 14 y 15 de la Ley de la Comunidad Valenciana 16/2008, de 22 de diciembre, de medidas fiscales,

de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat. Se anulan los preceptos legales que regulan la tasa autonómica por prestación de asistencia sanitaria y farmacéutica a los afiliados a diferentes mutualidades de funcionarios (MUFACE, MUGEJU e ISFAS) por contravenir lo dispuesto con carácter básico en la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

H) Bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18.^a CE) y competencias autonómicas sobre régimen local: contradicción entre el precepto autonómico que impide la presentación de una moción de censura durante los períodos electorales y la legislación básica del Estado

La STC 81/2012, de 18 de abril, declara la inconstitucionalidad y nulidad del art. 110.1.g) de la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña, que impide la convocatoria automática del Pleno para la discusión y aprobación de la moción de censura cuando se hubiere convocado un proceso electoral y en tanto no hubiere culminado el mismo. En la fundamentación jurídica de la Sentencia se destaca el carácter «híbrido y complejo» de la moción de censura al alcalde. El carácter constructivo de la moción de censura hace que ésta sea a la vez un instrumento de exigencia de responsabilidad política y un procedimiento para la nueva elección de alcalde. Por esta razón la Sentencia sostiene que la regulación establecida en el art. 197 LOREG es «al mismo tiempo, norma de configuración de los elementos esenciales de un instrumento clave de la forma de gobierno local (art. 149.1.18 CE), regulación de un procedimiento extraordinario de elección del alcalde (arts. 81.1, 23 y 140 CE) y norma de desarrollo directo del art. 23.2 CE (regulación de elementos centrales del régimen de acceso, permanencia y cese del alcalde), satisfaciendo la reserva de ley orgánica que rige para estas dos últimas cuestiones *ex* art. 81.1». El Tribunal constitucional declara que los límites a la presentación de la moción de censura previstos en la norma autonómica alteran la configuración del mecanismo de la moción de censura que hace la LOREG, eliminan posibilidades de remoción del anterior alcalde y de elección de uno nuevo y menoscaban el estatus representativo de los concejales, invadiendo ilegítimamente la competencia estatal *ex* art. 149.1.18.^a CE y vulnerando la reserva de ley orgánica que impone el art. 81.1 CE en relación con los arts. 23 y 140 CE.

I) Bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18.^a CE) y competencias autonómicas sobre régimen local: contradicción entre algunos aspectos de la legislación balear sobre los consejos insulares y la legislación básica el Estado (art. 149.1.18.^a CE)

La STC 132/2012, de 19 de junio, declara inconstitucional y nulo el art. 8.2 de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 8/2000, de 27 de octubre, de consejos insulares. Este precepto legal autonómico permite delegar en el presidente o en la comisión de gobierno el ejercicio de competencias reservadas por la Ley de Bases de Régimen Local al pleno de las corporaciones locales. Algunas de estas atribuciones son el ejercicio de la iniciativa económica pública, la alteración del régimen jurídico especial de los bienes de titularidad pública, la transferencia de funciones a otras Administraciones públicas o la aceptación de las delegaciones o encomiendas de gestión realizadas por otras Administraciones. El TC

acoge los argumentos esgrimidos por el Abogado del Estado en el recurso y sostiene que la norma autonómica sería contraria a lo establecido en los apartados 3.º y 4 del art. 33 LBRL, que excluyen la posibilidad de delegar «aquellas atribuciones que correspondan al Pleno por exigir su aprobación una mayoría especial». La Sentencia defiende el carácter materialmente básico de los citados apartados de la LBRL, «habida cuenta de que en ellos se plasma una garantía nuclear del autogobierno de la comunidad local, como es la reserva al Pleno de la corporación —en su calidad de órgano de carácter representativo de la ciudadanía— de la competencia para adoptar decisiones especialmente relevantes».

La Sentencia declara también nulo el segundo párrafo del art. 15.2 de ese mismo texto legal, donde se establece que «el cargo de secretario del Consejo Ejecutivo será ocupado por el consejero ejecutivo que designe el presidente», previéndose que el mismo «extenderá acta de los acuerdos y se encargará de la expedición de los certificados correspondientes». El TC considera que el precepto contradice la normativa básica estatal en materia de régimen estatutario de los funcionarios (art. 149.1.18.ª CE), contenida inicialmente en el art. 92.2 LBRL y actualmente en la disposición adicional segunda de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público. El legislador estatal reserva el ejercicio de las funciones de secretaría y fe pública a los funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter estatal.

La Sentencia desestima el resto de impugnaciones del recurso de inconstitucionalidad del Presidente del Gobierno y, significativamente, la que se refiere a los preceptos de la Ley autonómica que atribuyen funciones propias del gobierno y administración de los consejos insulares a unos órganos —los consejos ejecutivos, las direcciones insulares y las secretarías técnicas— cuyos miembros o titulares no es preciso que tengan la condición de miembros electos del consejo insular. Estos preceptos se apartan de lo que establecen los artículos 32 a 35 de la LBRL respecto de la organización provincial. Existe una importante discrepancia entre la mayoría del TC y el voto particular emitido por el Magistrado Luis Ortega (al que se adhiere la Magistrada Adela Asua) respecto de la constitucionalidad de estas disposiciones de la Ley balear y de la interpretación que debe hacerse del art. 41.3 LBRL. Este precepto de la Ley de bases dispone que «los Consejos Insulares de las Islas Baleares, a los que son de aplicación las normas de esta Ley que regulan la organización y funcionamiento de las Diputaciones provinciales, asumen sus competencias de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley y las que les correspondan, de conformidad con el Estatuto de Autonomía de Baleares».

La Sentencia sostiene que el art. 141.4 CE y el art. 41.3 LBRL confieren al Estatuto de Baleares un amplio margen de decisión para regular el régimen organizativo de los consejos insulares «en consideración a la singularidad del fenómeno insular». El vigente Estatuto de Autonomía de las Illes Balears habría ejercido esta capacidad de decisión configurando algunos elementos esenciales de los consejos insulares y remitiendo a la Ley de consejos insulares el desarrollo de la organización y funcionamiento de los mismos. La Sentencia admite que la Ley balear de consejos insulares modifique las reglas de organización previstas para las diputaciones provinciales en la legislación básica estatal. Sostiene además que las funciones que la Ley balear atribuye a los consejos ejecutivos, las direcciones insulares y las secretarías técnicas no vulnera la exigencia esencial de la autonomía local de que el autogobierno de las entidades locales se realice a través de órganos de carácter representativo. La Sentencia argumenta que los órganos previstos en la Ley de consejos

insulares que pueden estar compuestos por cargos no electos desarrollan funciones que no son «de naturaleza esencialmente política» y están además sujetos al control del Pleno del consejo insular. El voto particular defiende que las especialidades de las normas estatutarias no pueden alterar las previsiones normativas declaradas básicas por el legislador estatal en virtud de la reserva del art. 149.1.18.^a CE y considera que la mayoría ha forzado la interpretación del art. 41.3 de la LBRL, que establece claramente la aplicación a los consejos insulares de las normas de organización de las diputaciones provinciales. Según el voto particular, las normas de organización previstas en la LBRL, en las que se exige que las funciones de gobierno y de administración sean ejercidas por representantes electos, no serían disponibles para el Estatuto de Autonomía ni para el legislador autonómico.

J) Legislación básica sobre medio ambiente (art. 149.1.23.^a CE): nulidad del precepto legal autonómico que contradice la Ley de Costas

La STC 87/2012, de 18 de abril, declara la inconstitucionalidad de la disposición adicional tercera de la Ley del Parlamento de Galicia 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia. La Sentencia considera que el precepto autonómico, que determina limitaciones o servidumbres sobre los terrenos colindantes con el dominio público marítimo-terrestre, contradice la Ley de Costas del Estado (Ley 22/1988, de 28 de julio). En el mismo sentido, se dicta la STC 137/2012, de 19 de junio.

K) Carreteras de interés general (art. 149.1.24.^a CE): actuaciones autonómicas que vulneran las competencias estatales al versar sobre vías integradas en la red de carreteras del Estado

Las SSTC 112/2012, de 24 de mayo, y 124/2012, de 5 de junio, declaran que las actuaciones realizadas por la Comunidad de Madrid en relación con la planificación del «cierre norte» de la carretera M-50 han invadido las competencias del Estado. Las Sentencias recuerdan que la distribución de competencias en materia de carreteras no aparece exclusivamente presidida por el criterio territorial, sino que éste se conjuga con el criterio del interés general (art. 149.1.24.^a CE). Aunque la M-50 discurre íntegramente por el territorio de la Comunidad de Madrid, es una carretera de interés general porque cumple la función de conectar todas las carreteras de largo recorrido que confluyen en Madrid desde la periferia peninsular. El TC señala que el «desinterés que el Estado pueda mostrar en la construcción a medio plazo del proyecto de cierre de la M-50 al no haber incluido el mismo en el plan estratégico de infraestructuras y transportes 2005-2020 no puede ser invocado por la Comunidad Autónoma para arrogarse una competencia que no le pertenece».

L) Normas básicas sobre educación (art. 149.1.1.^a y 30.^a CE): el Estado no puede reservarse el desarrollo exclusivo del régimen de la formación profesional

La STC 111/2012, de 24 de mayo, declara nulos los apartados de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las cualificaciones y de la formación profesional, que reservaban al Estado en exclusiva el desarrollo de una serie de preceptos de la Ley (relacionados con el procedimiento de reconocimiento, evaluación, acreditación y registro de las cualificaciones

profesionales; la información y orientación en materia de formación profesional y empleo; el sistema nacional de cualificaciones profesionales; los procedimientos de colaboración y consulta con los diferentes sectores productivos y con los interlocutores sociales para identificar y actualizar las necesidades de cualificación; las áreas prioritarias). El Tribunal Constitucional considera que las normas que desarrollan estas cuestiones no están cubiertas por las competencias legislativas plenas del Estado en materia laboral (art. 149.1.7.^a CE) o de condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales (primer inciso del art. 149.1.30.^a CE). Los título competenciales relacionados con el desarrollo del derecho a la educación (art. 149.1.1.^a CE y segundo inciso del art. 149.1.30.^a CE) habilitan al Estado para establecer las condiciones básicas, pero no para establecer una normación completa y acabada del derecho de que se trate. La Sentencia destaca la necesidad de que la legislación sobre formación profesional deje un espacio para que las Comunidades Autónomas puedan ejercer sus competencias de desarrollo normativo en materia educativa.

M) Regulación y gestión de ayudas públicas en ámbitos de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas cuando el Estado posee un título genérico de intervención (art. 149.2 CE) o una competencia para aprobar normas básicas (art. 149.1.23.^a CE)

El Tribunal Constitucional estima en dos Sentencias que el Estado ha invadido las competencias autonómicas a través de la potestad de gasto. Las SSTC 38/2012, de 26 de marzo, y 89/2012, de 7 de mayo, reiteran la doctrina sentada en la STC 13/1992 sobre la obligación del Estado de dejar un margen a las Comunidades Autónomas para desarrollar la regulación de las ayudas y para gestionar los fondos, que deben «territorializarse».

N) Autonomía local y regulación por el legislador autonómico de la representación de los entes locales en los órganos rectores de las cajas de ahorro

La STC 121/2012, de 5 de junio, considera que los arts. 22.2 y 24.2 y la disposición adicional primera de la Ley del Principado de Asturias 2/2000, de 23 de junio, de cajas de ahorro, no vulneran la autonomía local. La Sentencia resuelve dos conflictos en defensa de la autonomía local distintos interpuestos en un mismo escrito.

En primer lugar, se analiza el conflicto que interponen dieciséis ayuntamientos de Asturias en relación con el art. 22.2 de la citada Ley 2/2000. Este precepto regula el procedimiento de elección por parte del Pleno municipal de los Consejeros Generales en la Caja de Ahorros de Asturias. El precepto dispone: «Cada Grupo municipal podrá presentar una propuesta de candidatos con un número de éstos igual al número de Consejeros a elegir. Los candidatos a Consejeros Generales, por el orden en que figuren en la propuesta, serán elegidos de forma proporcional al número de votos obtenidos por cada candidatura. Cada miembro del Pleno podrá dar su voto a una única candidatura». Los recurrentes alegan que la decisión acerca de quién haya de representar al Ayuntamiento en los órganos de gobierno de una caja de ahorros debe residenciarse en el pleno municipal, aplicando a tal efecto los procedimientos de adopción de acuerdos que la LBRL establece. El TC señala que las Comunidades Autónomas pueden optar por diferentes procedimientos para desarrollar la

participación en la Asamblea General de las Corporaciones Municipales en las que tiene oficina la caja de ahorros exigida por el art. 3 de la Ley de Órganos Rectores de Cajas de Ahorros (LORCA). Forma parte de la garantía institucional de la autonomía local constitucionalmente garantizada el derecho de la corporación local a designar Consejeros Generales y a que se establezca «un sistema que reúna las condiciones necesarias para asegurar una verdadera representatividad y libertad del mecanismo de selección». El principio de proporcionalidad entre los grupos municipales en la designación de los representantes en los órganos de gobierno de la caja de ahorros que introduce la norma autonómica no afecta, según la Sentencia, a la autonomía de la corporación local.

La Sentencia también desestima el conflicto en defensa de la autonomía local promovido por el Ayuntamiento de Gijón en relación con la disposición adicional primera de la Ley del Principado de Asturias 2/2000, de 23 de junio, de cajas de ahorro. Este precepto (y también el art. 24.2) es impugnado en solitario por el Ayuntamiento de Gijón por resultar ser el destinatario único de los mismos. La norma impugnada reducía el porcentaje de representación al que tiene derecho el Ayuntamiento de Gijón en los órganos de gobierno de la caja de ahorro desde un 20% a un 13,4%. Según el Ayuntamiento de Gijón, la finalidad del precepto impugnado es reducir la representación del Ayuntamiento de Gijón en beneficio de la Junta General del Principado de Asturias y considera que la nueva situación rompe «el principio de paridad entre entidades fundadoras sobre el que se había articulado la organización y el funcionamiento de la citada caja de ahorro desde su constitución». El TC sostiene que no existe el derecho a una determinada y concreta participación de los ciudadanos o de los grupos sociales afectados en los órganos de las cajas de ahorro, puesto que esta participación es de configuración legal.

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) El Estado es responsable de la muerte de un camarero asesinado en un bar por un policía reservista que en ese momento se encontraba de servicio.
 - b) El Estado debería haber actuado con el fin de proteger la vida de un paciente de cáncer.
 - B) **Prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH).**
 - a) La ausencia de una investigación sobre lo ocurrido en la masacre de Katyn (Polonia) en la revolución rusa ha provocado tratos inhumanos en sus familiares, siendo contrario al CEDH.
 - b) Tratos inhumanos y degradantes y prestaciones sanitarias exigibles por los presos (operación de espalda).
 - C) **Derecho a la libertad y la seguridad (art. 5 CEDH).**
 - a) Derechos de los detenidos: derecho a la asistencia psicológica de los enfermos mentales en las comisarías de policía (artículos 3 y 5 CEDH). La colaboración entre el TEDH y el Comité de Prevención de la Tortura.
 - b) Derechos de los detenidos: el régimen jurídico de los presos peligrosos puede llegar a violar los artículos 3 y 5 CEDH. La colaboración entre el TEDH y el Comité de Prevención de la Tortura.
 - D) **Derecho a un proceso justo (art. 6 CEDH).**
 - a) La declaración de culpabilidad de una persona ya fallecida es contraria al CEDH, así como la posterior imputación de responsabilidad a sus sucesores.
 - b) El Estado debe tomar las medidas adecuadas para evitar la excesiva dilación en sus procedimientos penales.
 - c) La denegación de un permiso carcelario no supone una lesión del CEDH.
 - E) **Principio de legalidad penal (art. 7 CEDH).**
 - a) Irretroactividad de las normas penales desfavorables (art. 7 CEDH).
 - F) **Derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH).**
 - a) El acceso a los proyectos de investigación de un Profesor universitario no lesionan su derecho a la vida privada ni su derecho a la libertad de expresión.

- b) La obligación de declarar en un proceso penal contra pareja de hecho no inscrita no supone una violación del derecho a la vida privada y familiar.
- c) La entrega en adopción de un menor, tras la expulsión del país de la madre y sin el consentimiento del padre biológico, es contraria al Convenio.
- d) La expulsión de un ciudadano extranjero, residente en el país desde los 3 años de edad, a su país de origen no es contraria al CEDH.
- e) La condena penal por la relación incestuosa entre dos hermanos no es contraria al Convenio.
- f) Sobre la colisión del derecho a la vida privada de los profesores de religión y la libertad religiosa y de asociación de la Iglesia católica.

G) Libertad religiosa (artículo 9 CEDH).

- a) Objeción de conciencia al servicio militar. La objeción de conciencia basada en motivos religiosos e ideológicos ha de ser tenida en cuenta en la regulación nacional del servicio militar obligatorio.

H) Libertad de expresión (art. 10 CEDH).

- a) Obligaciones positivas del Estado en materia de libertad de expresión.
- b) Derecho a la libertad de información: el régimen de licencias en el sector del audiovisual debe ser suficientemente claro y previsible (art. 10 CEDH).
- c) La prohibición absoluta de filmar dentro de un centro penitenciario vulnera la libertad de expresión.

I) Prohibición de discriminación (artículo 14 CEDH).

- a) La limitación de las pensiones en un Estado miembro por motivos religiosos supone una lesión del CEDH.

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

- a) El Estado no es responsable de los acreedores de un banco tras su quiebra
- b) Derecho al cobro de pensiones: la protección de la propiedad demanda cumplir el principio de legalidad de las restricciones, que no se satisface mediante opiniones e instrucciones ministeriales.
- c) Límites a los precios y a la posibilidad de cambiar contratos de arrendamiento de viviendas.

K) Derecho a unas elecciones libres (artículo 3 del Protocolo 1).

- a) Elecciones libres y neutralidad de los medios de comunicación.
- b) Derecho a unas elecciones libres en condiciones de igualdad con relación con el derecho de propiedad: límite en el acceso a la financiación de los partidos pequeños.

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

A) Ámbito de aplicación del CEDH. Derecho a ayudas sociales y de vivienda. Art. 6 TUE. Art. 34.3 CDFUE.

B) Condiciones de trabajo justas y equitativas. Art. 31 CDFUE.

C) Condiciones de trabajo justas y equitativas. Art. 31 CDFUE.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

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

- a) Las incidencias acaecidas en el registro de la celda de los internos en establecimiento penitenciario deben ser comunicadas a los interesados.

B) Derecho de asociación en su vertiente de libertad de creación de partidos políticos (art. 22 en relación con el art. 6 CE).

- a) La mera sospecha de que un partido político pretende continuar la actividad de otros partidos ilegalizados anteriormente no puede condicionar el ejercicio del derecho de asociación en relación con la creación de partidos políticos.

C) Derecho de participación en los asuntos públicos (artículo 23.1 y 2).

- a) La regulación de los procedimientos de elección de alcalde constituye desarrollo del art. 23. 1 y 2 CE.
- b) Derecho al ejercicio de los cargos públicos representativos (art. 23.2 CE). La facultad de las Mesas de las Asambleas Legislativas de inadmitir iniciativas de creación de comisiones de investigación es una facultad reglada, que no debe tener en cuenta criterios políticos o de oportunidad.
- c) Derechos de sufragio activo y pasivo (art. 23.1 y 2 CE). Antes de ordenar la repetición de un proceso electoral debe realizarse un juicio de relevancia de los votos controvertidos acudiendo, cuando sea preciso, a juicios de probabilidad o técnicas de ponderación estadística.

D) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE).

- a) El carácter vinculante de la interpretación del TS en vía de recurso «en interés de la ley» no contraría el principio de independencia judicial.
- b) Derecho de acceso a los recursos legales: Constitucionalidad de la tasa judicial.
- c) «Doctrina Parot»: Valoración *ad casum* de si su aplicación vulnera o no la intangibilidad de las resoluciones judiciales según constara, o no, en la ejecutoria un criterio judicial anterior más favorable a dicha doctrina.

5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

A) Sala 1.^a, de lo Civil.

- a) Los flexibles contornos del derecho al honor en contienda electoral.
- b) Derecho de un partido político a autoorganizarse y libertad de expresión de sus afiliados.

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

- a) Derechos Fundamentales.
- b) Extranjería.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En la presente Crónica se revisan las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Supremo (Salas 1.^a y 3.^a) en materia de derechos fundamentales durante el segundo trimestre de 2011.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Como en periodos anteriores, siguen llegando al Tribunal numerosos asuntos relativos a la lesión del derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH), ya sea por ausencia de un proceso justo, por dilaciones indebidas o por falta de parcialidad en el proceso, como en el asunto *Michelioudakis contra Grecia*, de 3 de abril de 2012, que detallaremos a continuación.

Asimismo, son también numerosos los casos que llegan relacionados con la prohibición de tratos inhumanos y degradantes (artículo 3 CEDH), relacionados, en especial, con los tratos sufridos durante una detención o en un centro de internamiento o por falta de investigación adecuada. Cabe destacar también el asunto *Crainiceanu y Frumusanu contra Rumanía*, de 24 de abril de 2012, en que se apreció que se produjo una violación del derecho a la vida (artículo 2 CEDH) por no haber investigado suficientemente las revueltas callejeras de septiembre de 1991 en Bucarest.

Es especialmente importante para España la sentencia del asunto *Del Río Prada contra España*, de 10 de julio de 2012, que viene a cuestionar la legitimidad de la doctrina Parot desde la perspectiva de las exigencias del principio de legalidad penal, art. 7 CEDH; y también cabe destacar el asunto *K.A.B. contra España*, de 10 de abril, sobre el derecho a la vida familiar del padre biológico (inmigrante irregular) de un menor que se entrega en adopción sin su consentimiento. Con relación a la libertad religiosa, cabe poner de relieve los asuntos *Fernández Martínez c. España*, de 15 de mayo de 2012, relativo a la no renovación de un profesor de religión que se había mostrado públicamente contrario a la doctrina católica en cuestiones centrales de esta, lo que no merece reproche en cuanto a su derecho a la vida privada y encuentra amparo en la libertad religiosa y asociativa de la Iglesia Católica; y *Manzanas Martí contra España*, de 3 de abril de 2012, sobre la falta de equiparación entre las pensiones de jubilación de los sacerdotes católicos y los de otras confesiones, que se considera algo contrario al CEDH.

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

a) *El Estado es responsable de la muerte de un camarero asesinado en un bar por un policía reservista que en ese momento se encontraba de servicio*

Caso *Sašo Gorgiev contra la República de Macedonia*, de 19 de abril de 2012. El Tribunal condena al Estado, por violación del art. 2 del Convenio (derecho a la vida), como responsable de la muerte de un camarero asesinado en un bar por un policía reservista que en ese momento se encontraba de servicio.

Cuando se producen los hechos que dieron lugar al fallecimiento el autor de los disparos había salido del centro policial durante sus horas de trabajo, sin autorización de sus superiores, con el uniforme y portando el arma reglamentaria. La Corte comienza indicando que las autoridades nacionales no podían haber previsto el comportamiento del agente. Sin embargo, destaca que las autoridades nacionales debían aplicar rigurosamente un sistema de garantías adecuadas y eficaces para prevenir el uso indebido de armas oficiales por parte de sus agentes, y muy especialmente en el caso de los reservistas temporales. Además, el Tribunal resalta que las autoridades nacionales tampoco habían ofrecido información sobre

si el policía reservista había pasado por algún tipo de evaluación para asegurar que estaba en condiciones para desempeñar funciones de policía y estar en posesión de un arma. Por todo ello, considera que el Estado ha incurrido también en responsabilidad por la vulneración del art. 2 CEDH, al haber puesto en peligro la vida de las personas que se encontraban en el bar.

b) *El Estado debería haber actuado con el fin de proteger la vida de un paciente de cáncer*

Caso ***Panaïtescu contra Rumania, de 10 de abril de 2012***. El recurrente, enfermo de cáncer, de acuerdo con la ley nacional tenía derecho a obtener medicación gratuita para tratarse de su enfermedad. Por distintas circunstancias, las autoridades nacionales le deniegan dicho tratamiento. El TEDH considera que se ha producido vulneración del art. 2 CEDH, al poner su vida en peligro. En este sentido, el Tribunal insiste en que la exigencia de que los estados están obligados a proteger la vida de aquellos que quedan sometidos a su jurisdicción.

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

a) *La ausencia de una investigación sobre lo ocurrido en la masacre de Katyn (Polonia) en la revolución rusa ha provocado tratos inhumanos en sus familiares, siendo contrario al CEDH*

Caso ***Janowiec contra Rusia, de 16 de abril de 2012***. En este caso, los demandantes son 15 ciudadanos polacos que son familiares de 12 víctimas de la masacre ocurrida en la ciudad polaca de Katyn, en la que, tras la invasión del Ejército Rojo en 1939, se calcula que fueron asesinadas más de 21.000 personas. La mayoría de ellas fueron enterradas en fosas comunes en el bosque de Katyn, cerca de Smolensk. Las investigaciones sobre los asesinatos en masa se iniciaron en 1990 y se prolongaron hasta 2004, cuando se decidió suspender la investigación sin más explicaciones.

La Corte, partiendo de una presunción de fallecimiento de los familiares de los recurrentes ante la falta de información, descarta en primer lugar la vulneración del art. 2 CEDH por haber existido una investigación oficial al respecto, aunque no dispone de información suficiente al respecto, y porque los hechos que se enjuician tuvieron lugar antes de que existiera el propio CEDH. En segundo lugar, el Tribunal examina la cuestión desde el prisma del art. 3 del Convenio y aprecia una vulneración del mismo, pues ese derecho exige que las autoridades han de reaccionar a la difícil situación de los familiares en duelo de una manera humana y compasiva y en este caso las autoridades rusas no proporcionaron a los familiares ninguna información oficial sobre lo sucedido en Katyn y las circunstancias que rodearon las muertes, ni hicieron ningún intento serio para localizar la sepultura o los restos mortales de las víctimas. Ahora bien, el Tribunal no reconoce esta violación en todos los casos, sino únicamente a los familiares más cercanos de los fallecidos (viuda, hijos con contacto con las víctimas). Por el contrario, respecto a los otros cinco recurrentes, el tribunal considera que la angustia que hayan podido padecer aquellos que no habían tenido contacto directo con las víctimas no puede examinada con arreglo al art. 3 CEDH.

b) *Tratos inhumanos y degradantes y prestaciones sanitarias exigibles por los presos (operación de espalda)*

En ***Liartis contra Grecia, de 10 de mayo de 2012***, el TEDH continúa su línea de reconocimiento de derechos a prestaciones sanitarias para los reclusos en centros penitenciarios so pena de convertir lo contrario en una violación del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes. En este caso la violación se produciría como consecuencia de la negativa de las autoridades a someter al recurrente a una operación de cirugía en la espalda para combatir el lumbago del preso.

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

a) *Derechos de los detenidos: derecho a la asistencia psicológica de los enfermos mentales en las comisarías de policía (artículos 3 y 5 CEDH). La colaboración entre el TEDH y el Comité de Prevención de la Tortura*

En el asunto ***M.S. contra el Reino Unido, de 3 de mayo de 2012***, analiza el derecho a la asistencia psicológica de los detenidos en las comisarías de policía y estima que su ausencia puede constituir una violación de la prohibición de malos tratos (artículo 3 CEDH) ante una queja en la que el recurrente protestaba de las condiciones de su detención. El recurrente fue detenido y, pese a conocerse que padecía un deterioro mental grave, residiendo por ello habitualmente en un centro psiquiátrico, permaneció en la comisaría de policía y hasta el cuarto día no fue trasladado a un centro mental especializado, pese a que la policía le había comunicado al principio a dicho centro su detención y estado.

El TEDH cita distintos documentos internacionales. Significativamente, el informe sobre el Reino Unido emanado por el *Comité Europeo de Prevención de la Tortura y Tratos Inhumanos y Degradantes* del Consejo de Europa, quien parece actuar al modo de un instructor o un agente o vigilante de los hechos, advirtiendo a la Corte en sus informes nacionales de las violaciones estructurales y del incumplimiento reiterado de sus recomendaciones.

Finalmente, el TEDH afirma, por un lado, que la grave enfermedad mental del detenido le colocaba en una situación de especial vulnerabilidad y, por otro, que los tratos degradantes prohibidos por el Convenio pueden surgir cuando se produce en la víctima una situación objetiva de angustia e inferioridad que tenga resultados adversos en su personalidad, aunque no exista una intención subjetiva de humillar como en este caso ocurría, donde, pese a la diligencia de la policía, las condiciones de detención del enfermo traspasaron el umbral de los malos tratos. Y se concluye que el incidente revela que deben mejorarse las relaciones entre la policía y las autoridades sanitarias para responder más rápidamente al tratamiento de los detenidos enfermos mentales.

b) *Derechos de los detenidos: el régimen jurídico de los presos peligrosos puede llegar a violar los artículos 3 y 5 CEDH. La colaboración entre el TEDH y el Comité de Prevención de la Tortura*

El caso ***Piechowicz contra Polonia, de 17 de abril de 2012***, analiza también derechos de los detenidos y vuelve a revelar la colaboración con el Comité de Prevención de la Tortura.

La Corte recuerda que los malos tratos prohibidos pueden ser premeditados o simplemente resultar degradantes en sí mismos por producir angustia en inferioridad en las víctimas, como fácilmente puede ocurrir tras un prolongado período de confinamiento y aislamientos de estos presos. Citando los informes del CPT se reconoce que los presos peligrosos no pueden recibir un tratamiento meramente pasivo por parte de las autoridades penitenciarias en vez de otro activo que incluya la labor de educadores y psicólogos y el contacto con otros prisioneros al menos durante una parte de cada día. Asimismo se reconoce que el régimen de registros corporales diarios en vez de excepcionales puede resultar innecesario para asegurar la seguridad de las cárceles y desde luego muy embarazoso y humillante. Por último, las restricciones demasiado severas y prolongadas a las visitas de los familiares (su hijo y esposa o análoga relación afectiva), privando a estos presos peligrosos del contacto familiar durante mucho tiempo, producen la pérdida de sus lazos familiares, por lo que violan el derecho a la vida familiar (artículo 8 CEDH) y no resultan una medida necesaria en una sociedad democrática.

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

a) La declaración de culpabilidad de una persona ya fallecida es contraria al CEDH, así como la posterior imputación de responsabilidad a sus sucesores

Caso ***Lagarðere contra Francia, de 12 de abril de 2012***. El Tribunal comienza recordando que el derecho a un juicio justo supone el derecho a la igualdad de armas. En este asunto, el acusado falleció antes de que se dictara sentencia y, a pesar de que el proceso penal finalizó con su fallecimiento, el proceso civil continuó, procediéndose a su condena. El TEDH reconoce que la responsabilidad civil del recurrente, como heredero de su padre, es resultado directo de la condena de su padre una vez fallecido. Y a pesar de que se reitera que el art. 6 CEDH comprende el derecho a que los tribunales nacionales defiendan los intereses de las víctimas, el Tribunal indica que en este caso no puede aceptar que el establecimiento de la responsabilidad civil por la comisión de un delito penal se fije por primera vez tras fallecer el autor. Por ello, considera que no se han podido defender en condiciones compatibles con el principio de justicia, además de violar el derecho a la presunción de inocencia.

b) El Estado debe tomar las medidas adecuadas para evitar la excesiva dilación en sus procedimientos penales

En el asunto ***Michelioudakis contra Grecia, de 3 de abril de 2012***, el demandante, incurso en un proceso penal, denunciaba la excesiva duración del proceso penal, así como la falta de un remedio efectivo destinado a la reparación de estos casos.

En el presente caso, el Tribunal consideró que no había cuestiones tan complejas que justificaran el retraso de siete años en la resolución del caso presentado y condenó a Grecia por el mal funcionamiento de su ordenamiento jurídico; y le solicita, en juicio piloto, introducir en el plazo de un año un recurso interno o un conjunto de remedios que reparasen los casos de dilación indebida en los procesos penales; junto a esta decisión, el TEDH decidió suspender todos los casos similares que tuviera pendientes contra Grecia hasta que este país pudiera adoptar las medidas solicitadas.

En este caso es de destacar que el TEDH no sólo recomienda modificar la legislación nacional, sino que deja al Estado la posibilidad de elegir las medidas a adoptar, ofreciendo incluso soluciones al respecto, incluidas medidas indirectas como compensaciones.

c) *La denegación de un permiso carcelario no supone una lesión del CEDH*

En el caso *Boulouis contra Luxemburgo*, de 3 de abril de 2012, el TEDH analiza en Gran Sala la violación del artículo 6 CEDH ante la denegación de un permiso de ausencia temporal del centro penitenciario («permiso carcelario») que se recurrió judicialmente, siendo desestimada por considerarse acto administrativo carente de revisión. En la sentencia del TEDH recurrida, de diciembre de 2010, se había apreciado una lesión del artículo 6 CEDH por cuanto que la Junta de Prisiones que decidía sobre los permisos no podía ser considerada como un Tribunal, y su falta de decisión había provocado la imposibilidad de revisión posterior. Pero ahora en Gran Sala la decisión es otra, ya que el TEDH considera que el artículo 6.1 CEDH no garantiza el contenido particular de los «derechos y obligaciones civiles» en los Estados parte; que el Estado no podía crear recursos sin tener una base jurídica, ya que en este caso la legislación interna ya establecía el régimen de concesión de los mismos; y que la Junta de Prisiones tenía discrecionalidad para decidir sobre este tipo de permisos sujetándose a la citada legislación. Por este motivo, el TEDH considera que el artículo 6 CEDH no es aplicable y que, por lo tanto, no se ha producido lesión alguna.

E) Principio de legalidad penal (art. 7 CEDH)

a) *Irretroactividad de las normas penales desfavorables (art. 7 CEDH)*

La sentencia caso *Del Río Prada contra España*, de 10 de julio de 2012, destaca por varias razones. La primera de ellas es que el Tribunal de Estrasburgo refuta la denominada *doctrina Parot* desarrollada por el Tribunal Supremo en 2006 (STS de 28 de febrero de 2006) y amparada, de forma un tanto implícita, por el Tribunal Constitucional. La *doctrina Parot* supone, como es sabido, un cambio en la aplicación del cómputo de los beneficios penitenciarios sobre la duración total de la privación de libertad por condena.

Con anterioridad a la STS de 2006, la aplicación del Código Penal de 1973 (CP 73), la práctica jurisprudencial española, como pone de manifiesto el TEDH, suponía que los beneficios penitenciarios se imputaban a la pena máxima permitida por el CP, esto es, 30 años de prisión. Sin embargo, en 2006 el TS modificó su jurisprudencia y estableció como nuevo criterio que los beneficios penitenciarios previstos en el CP 73 debían aplicarse sobre cada una de las condenas impuestas y no sobre el límite máximo de 30 años. Con esta fórmula, el TS conseguía que los presos de ETA que estuvieran a punto de salir a la calle después del cumplimiento de la pena máxima —a la que se había restado los días de beneficios penitenciarios— tuvieran que continuar encarcelados hasta el cumplimiento total de los 30 años.

La situación descrita plantea problemas de política criminal diversos, como el de los beneficios penitenciarios, que fueron eliminados en el CP 1995 con el fin de garantizar el cumplimiento íntegro de las penas, o la propia existencia de la *doctrina Parot*. Sin embargo, en lo que aquí ahora interesa, como se verá a continuación, lo que preocupó al TEDH es

la aplicación de una nueva interpretación del CP 73 hecha en 2006 y que resulta, además, más restrictiva, lo que puede suponer una violación del art. 7 CEDH.

En el caso *Del Río Prada contra España*, la demandante era una presa condenada por formar parte de ETA a quien, en aplicación del CP 73, le correspondía el cumplimiento de la pena máxima, 30 años, y que en aplicación de los beneficios penitenciarios había visto reducida esta pena a 21 años. Pocas semanas antes de ser puesta en libertad, la Audiencia Nacional solicitó al juez de vigilancia penitenciaria competente que revisara el cálculo de los años efectivamente cumplidos en prisión de acuerdo con la nueva doctrina del TS, esto es, la *doctrina Parot*. En aplicación de esta nueva fórmula, la demandante debía permanecer en prisión hasta 2017.

Ante estos hechos, el TEDH centra el debate en si el texto del CP 73 junto con la jurisprudencia que le fue aplicada cumplen con las condiciones de accesibilidad y previsibilidad de la norma. Estas condiciones concurrían cuando la demandante fue condenada: aunque el CP 73 no especificaba cómo debían contarse los beneficios penitenciarios la práctica generalizada era que se aplicaran una vez sumadas todas las posibles penas y establecido el tiempo máximo de encarcelamiento (30 años). En cambio, cuando en 2008 las autoridades de vigilancia penitenciaria aplicaron el nuevo criterio jurisprudencial del TS que implicaba un nuevo cómputo de los beneficios penitenciarios por penas separadas y no sobre el máximo de 30 años, se afectó no a la ejecución de las penas, sino directamente al cumplimiento efectivo de la pena, ya que se modificó el tiempo efectivo de privación de libertad y, en la práctica, realizar una interpretación retroactiva de una norma penal más restrictiva.

Debe llamarse la atención, en primer término, sobre el siguiente hecho: cuando este supuesto fue estudiado en amparo, el Tribunal Constitucional rechazó que se tratara de una violación del art. 25 CE, puesto que consideró que la cuestión relativa al cómputo de los beneficios penitenciarios era una cuestión de ejecución de la pena, en su caso protegido por el art. 24 CE, pero no un problema de legalidad penal. Todo ello, en principio, siguiendo la jurisprudencia del TEDH.

En segundo lugar, debe llamarse la atención sobre el hecho de que el TEDH reconoce que la vulneración del art. 7 CEDH supone, a su vez, la violación del art. 5 CEDH, derecho a la libertad, y concretamente el art. 5.1.a) CEDH: haber sido privado de libertad legalmente, en el sentido de cumplimiento todas las garantías previstas en la ley, en virtud de una sentencia dictada por un Tribunal competente. Esta declaración nos lleva al tercer elemento por el que merece la pena destacar esta sentencia: el TEDH, tanto en los fundamentos jurídicos como en el fallo, declara que, para dar debido cumplimiento a su decisión, en virtud del art. 46 CEDH, España debe poner en libertad de forma inmediata a la Sra. Del Río Prada.

El Gobierno español ha anunciado que recurrirá esta sentencia ante la Gran Sala del TEDH y que, de momento, no ejecutará la sentencia de Sala.

F) Derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH)

a) *El acceso a los proyectos de investigación de un Profesor universitario no lesionan su derecho a la vida privada ni su derecho a la libertad de expresión*

Analizamos en esta ocasión el caso *Gillberg contra Suecia*, de 3 de abril de 2012, donde, en Gran Sala, se analiza la condena a un Profesor universitario por negarse a dar acceso a

material de un proyecto de investigación determinado a otros investigadores, alegando los compromisos de confidencialidad con sus pacientes. Pero los otros investigadores interpusieron recursos contra la decisión y se les permitió acceder a la información por manifestar un interés legítimo, accediendo con una serie de condiciones (restricciones en el uso del material y prohibición de retirar copias de los locales universitarios). Cuando los investigadores fueron a acceder al material, el Profesor lo destruyó, lo que provocó que fuera condenado penalmente por un delito de abuso de autoridad. Ante esta medida, el Profesor alegó la lesión de sus derechos a la vida privada y a la libertad de expresión. Tanto en la primera sentencia como en la de la Gran Sala que se comenta, el TEDH descarta la aplicabilidad, y en todo caso la vulneración, de los artículos 8 y 10 CEDH, como cobertura a su conducta de no dar la información solicitada o de destruirla. El TEDH consideró que la condena que se le impuso por su actuación no lesionó su derecho a la vida privada, incluso considerando que con el acceso a la información se pudiera producir una pérdida de su reputación. Y así la condena impuesta no tenía nada que ver con el citado derecho. Y, por otro lado, respecto de la lesión de su derecho a la libertad de expresión, el TEDH señaló que el material al que se había denegado el acceso pertenecía a la Universidad y era, por tanto, de dominio público, no siendo comparable así al secreto profesional de los periodistas o los abogados.

b) La obligación de declarar en un proceso penal contra pareja de hecho no inscrita no supone una violación del derecho a la vida privada y familiar

Ahora en Gran Sala (en Sala se inhibieron de resolver este caso), en el asunto ***Van der Heijden contra Países Bajos, de 3 de abril de 2012***, se analiza la decisión estatal de obligar a declarar en un proceso penal a la pareja del acusado, por no estar casados ni ser pareja de hecho registrada, así como de retenerla ante la negativa de la misma, y se considera que no es contraria al derecho a la vida privada porque entre los sujetos no había ningún vínculo jurídico, y por lo tanto, la relación no se podía asimilar a un matrimonio ni a la de las parejas de hecho registradas, reconociendo la discrecionalidad de los Estados, especialmente porque se trataba de perseguir un delito grave.

c) La entrega en adopción de un menor, tras la expulsión del país de la madre y sin el consentimiento del padre biológico, es contraria al Convenio

Caso *K.A.B. contra España, de 10 de abril de 2012*. En este caso, el TEDH condena a España por la vulneración del art. 8 CEDH al haberse producido la adopción de un menor, sin el consentimiento del padre biológico, tras la expulsión de la madre del país. Más allá de los hechos que se enjuician en este caso, conviene destacar que el TEDH resuelve un caso que el Tribunal Constitucional español inadmitió, al considerar que carecía de relevancia constitucional. El Tribunal comienza indicando que la intención del solicitante de recuperar el contacto con su hijo está amparada por su derecho a la vida familiar. En este sentido, el Tribunal resalta que el hecho de que el padre biológico no haya tenido relación con su hijo no puede atribuirse al recurrente, ya que en todo momento se acredita que ha hecho todo lo posible para recuperar al niño, a pesar de su precaria situación. El TEDH destaca que el punto decisivo en este caso consiste en determinar si las autoridades nacionales adoptaron todas las medidas necesarias que se les podían razonablemente exigir

para que el niño pudiera desarrollar una vida normal con su familia o, en su defecto, en una familia de acogida o adoptiva. Tras analizar todas las circunstancias concurrentes en este caso, el Tribunal concluye que, teniendo en cuenta la expulsión de la madre sin haber verificado previamente la existencia del bebé, el hecho de no asistir al recurrente cuando su situación económica y social era más frágil (inicia varios procesos para oponerse a la adopción, pero no lo consigue, ya que no dispone de recursos económicos para costearse las pruebas de paternidad), así como el fracaso de las autoridades en garantizar el derecho del recurrente a reunirse con su hijo, constituye una violación del art. 8 CEDH.

d) *La expulsión de un ciudadano extranjero, residente en el país desde los 3 años de edad, a su país de origen no es contraria al CEDH*

Caso ***Balogun contra Reino Unido, de 10 de abril de 2012***. En este caso el TEDH considera que la expulsión de un ciudadano de Nigeria a su país no es contraria al art. 8 CEDH, a pesar de que lleva residiendo en Reino Unido desde los tres años. El Tribunal justifica esta decisión en el hecho de que el recurrente había sido condenado en distintas ocasiones por la comisión de diversos delitos relacionados con las drogas. Y que la gravedad de los delitos cometidos eran suficientes para justificar su expulsión (medida legal que persigue un fin legítimo, prevenir la delincuencia).

e) *La condena penal por la relación incestuosa entre dos hermanos no es contraria al Convenio*

Caso ***Stübing contra Alemania, de 12 de abril de 2012***. Este caso ha sido muy comentado en los medios de comunicación. El recurrente es el Sr. Stübing, que fue condenado por los tribunales alemanes por haber cometido delito de incesto con su hermana biológica, con la que mantiene una relación estable y tiene cuatro hijos. Se da la circunstancia de que el recurrente había sido dado en adopción, de modo que no había tenido relación con su familia biológica hasta el año 2000 y que ambos eran adultos cuando deciden iniciar su relación sentimental.

El Tribunal comienza indicando que la condena establecida en el Código Penal alemán que prohíbe las relaciones sexuales entre hermanos tiene por objeto la protección de la moral, cuestión ésta que forma parte del amplio margen de apreciación que ostentan los Estados, sobre todo teniendo en cuenta que dentro del Consejo de Europa no existe consenso en este aspecto.

La condena del recurrente tuvo en cuenta diversos factores, como el hecho de que la mujer sufría trastornos de la personalidad y era totalmente dependiente del Sr. Stübing, así como que comenzara a mantener relaciones sexuales con él teniendo ella 16 años. Por todo ello, el Tribunal considera que las autoridades alemanas no excedieron su margen de apreciación al condenar al Sr. Stübing y, por tanto, que no se ha producido lesión del art. 8 del Convenio.

f) *Sobre la colisión del derecho a la vida privada de los profesores de religión y la libertad religiosa y de asociación de la Iglesia católica*

En el asunto ***Fernández Martínez c. España, de 15 de mayo de 2012***, el TEDH decide no condenar a nuestro país en relación con el caso de un cura, casado y con cinco hijos, que so-

licitó al Vaticano la dispensa del celibato y que, tras varios años ejerciendo como profesor de religión, fue alejado de esas funciones por decisión de las autoridades eclesiásticas, tras haberse hecho pública su opinión contraria al mantenimiento del celibato entre el clero católico en un diario regional. El TC había denegado el amparo en la STC 128/2007, de 4 de junio.

El TEDH recuerda que ha asumido una interpretación extensiva de la noción de «vida privada», de modo que el derecho reconocido en el art. 8 CEDH comprendería el derecho de todo individuo a desarrollar su identidad social y, por tanto, a relacionarse con sus iguales. Desde esa perspectiva amplia, el TEDH afirma que el derecho a la vida privada podría verse afectado por la imposición de ciertos límites en el terreno profesional, siempre que éstos repercutan en la forma en que el individuo forja su identidad social. En esta lógica, el TEDH consideraba que la decisión de no renovación del contrato de trabajo del demandante supuso una injerencia en su derecho a la vida privada.

Sin embargo, puesto que esa injerencia se derivaría de la actuación de la Iglesia católica, el TEDH subrayaba que el art. 8 CEDH no sólo impone a los Estados parte obligaciones negativas, sino también obligaciones positivas de proteger a los particulares frente a las posibles intromisiones en sus derechos derivadas de la actuación de terceros. Así, para poder determinar si se vulneró el derecho a la vida privada del demandante debía tenerse en cuenta que, en el caso objeto de estudio, ese derecho colisionaba con la libertad religiosa y el derecho de asociación de la Iglesia católica (arts. 9 y 11 CEDH), cuya autonomía organizativa debía ser respetada por el Estado español, que se define constitucionalmente como un Estado laico y, por tanto, no puede pronunciarse sobre los criterios religiosos y morales que utilice la Iglesia para seleccionar a los profesores de religión. A pesar de la autonomía que se reconoce a la Iglesia católica en lo que a la selección de los profesores de religión se refiere, el TEDH indicaba un límite, en la medida en que las autoridades religiosas no podrían proponer a candidatos que no cumplieran las exigencias profesionales requeridas para convertirse en profesores de religión ni tampoco podrían vulnerar los derechos fundamentales.

En este sentido, el TEDH valoraba las circunstancias del caso y señalaba que la decisión de las autoridades religiosas de no renovar el contrato de trabajo del demandante se fundó en motivos esencialmente religiosos, ya que el demandante no sólo se distanció de la doctrina de la Iglesia católica al contraer matrimonio, sino que se mostró públicamente contrario a esta doctrina en cuestiones tan esenciales como el celibato, el divorcio o el aborto. Para el TEDH, en los supuestos en los que el empleador tiene un claro ideario religioso o moral, cabe exigir a los empleados un deber especial de lealtad, un vínculo de confianza, que podría romperse en el caso de que el empleado se muestre públicamente contrario al ideario del empleador, como ocurrió en el caso objeto de estudio.

G) Libertad religiosa (artículo 9 CEDH)

- a) *Objeción de conciencia al servicio militar. La objeción de conciencia basada en motivos religiosos e ideológicos ha de ser tenida en cuenta en la regulación nacional del servicio militar obligatorio*

En *Savda c. Turquía*, de 12 de junio, el Estado turco es condenado por violación de los arts 3, 6 y 9 del CEDH. El motivo de fondo de la condena es la ausencia de ninguna pre-

visión legal que canalice la objeción de conciencia ante la prestación del servicio militar obligatorio. El TEDH no entra en el cómo debe canalizarse tal pretensión, pero afirma que han de existir los mecanismos necesarios para que sea tenida en cuenta. En ausencia de tales mecanismos, el TEDH condena por violación del art. 9 y con ello del art. 3 por la detención a la que fue sometido el objetor y del art. 6 por ser juzgado en la jurisdicción militar por jueces militares existiendo razones objetivas, por ello, para que temiera que no iba a ser juzgado por un tribunal imparcial.

H) Libertad de expresión (art. 10 CEDH)

a) Obligaciones positivas del Estado en materia de libertad de expresión

En *Frasila y Ciocirlan contra Rumanía*, de 10 de mayo, el TEDH se plantea la inusual cuestión de la exigencia de obligaciones positivas a los Estados en materia de libertad de expresión. El caso se refería a la negativa de una empresa privada de radio a dejar entrar en sus instalaciones a dos personas privadas a pesar de contar con resoluciones judiciales a su favor, reconociendo su derecho a ello en virtud de un acuerdo o contrato firmado con aquella empresa. El TEDH considera que la precariedad del pluralismo en los medios informativos en Rumanía exigía de las autoridades que fueran particularmente exigentes a la hora de apoyar las legítimas expectativas de los recurrentes. De este modo, aunque las autoridades nacionales no fueran las directamente causantes de la lesión del derecho, su inactividad en el aseguramiento del disfrute del mismo genera una violación del convenio.

b) Derecho a la libertad de información: el régimen de licencias en el sector del audiovisual debe ser suficientemente claro y previsible (art. 10 CEDH)

En el caso *Centro Europa SRL 7 y Di Stefano contra Italia*, de 7 de junio de 2012, la Gran Sala del TEDH, tras inhibirse la Sala a su favor, ventilaba un caso relativo a adjudicación de licencias de radiotelevisión, licencia que la productora de TV recurrente no podía hacer operativa por estar condicionado a la adaptación a un plan técnico que las autoridades debían haber elaborado en el plazo de 24 meses pero no haciéndolo así, y entretanto el Gobierno prorrogó y extendió las licencias ya operativas y la empresa recurrente se quedó así sin espacio.

La Gran Sala aprecia una violación del art. 10 CEDH debido, esencialmente, a una reducción de la competencia en el sector audiovisual. Tal situación de produjo por el incumplimiento del Estado de sus obligaciones positivas que implican, en esta materia, la adopción de las normas y las medidas administrativas adecuadas que garanticen el pluralismo de los medios de comunicación. Igualmente, el TEDH consideró vulnerado el art. 1 Protocolo núm. 1 al CEDH por entender que la intromisión en el derecho de las demandantes no gozaba de la necesaria cobertura legal, concretamente por no cumplir con el principio de seguridad jurídica.

c) *La prohibición absoluta de filmar dentro de un centro penitenciario vulnera la libertad de expresión*

En el asunto *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG contra Suiza*, de 21 de junio de 2012, el TEDH analiza un caso curioso en el que se plantea la eventual vulneración de la libertad de expresión de un medio de comunicación al que las autoridades suizas denegaron la posibilidad de filmar una entrevista con una reclusa condenada por asesinato dentro del centro penitenciario en el que cumplía condena. La reclusa en cuestión había concedido entrevistas a otros medios de comunicación por otras vías, como la telefónica. Sin embargo, el medio de comunicación demandante pretendía filmarla durante una entrevista que duraría entre dos y tres horas con el objetivo de hacer pública la entrevista en un reputado programa televisivo. El medio de comunicación quería hacerse eco así del interés causado por el delito por el que la reclusa había sido condenada a la luz de un nuevo proceso sobre los mismos hechos. Pero las autoridades suizas consideraron que tal solicitud podía atentar contra los derechos de otros reclusos, que podrían verse afectados por la presencia de cámaras en el seno del centro penitenciario, así como contra el orden y la seguridad del propio centro penitenciario.

En este caso, la legalidad y la legitimidad del objetivo perseguido por la medida no parecían plantear problemas relevantes, pero la proporcionalidad de la medida suscitaba serios problemas desde el punto de vista del TEDH. El Alto Tribunal señalaba así que el proceso judicial que había llevado al medio de comunicación demandante a solicitar la entrevista con la reclusa estaba acaparando una notable atención por parte de los medios de comunicación suecos, de modo que el interés público de la noticia que se iba a difundir era muy importante. En esa lógica, el TEDH subrayaba que el escrutinio que debía realizar sobre la decisión de las autoridades suizas de no autorizar la entrevista debía ser especialmente escrupuloso. El TEDH señalaba así que la medida no parecía necesaria a fin de salvaguardar los derechos de otros internos, ya que el medio de comunicación se había ofrecido a filmar la entrevista en un espacio cerrado (el reservado a las visitas) y a hacerlo mientras el resto de los reclusos estaban desarrollando sus actividades de trabajo o estudio a fin de no interferir en sus derechos. En la misma línea, el TEDH subrayaba que las autoridades suizas no habían señalado por qué la medida era necesaria para salvaguardar el orden y la seguridad del centro penitenciario, especialmente si se desarrollaba en el lugar cerrado que la demandante había propuesto, sino que habían adoptado la medida más lesiva de la libertad de información, aún cuando otras medidas menos lesivas parecían poder lograr el objetivo de salvaguardar el orden y la seguridad penitenciaria. Se estima así la vulneración del art. 10 CEDH.

D) Prohibición de discriminación (artículo 14 CEDH)

a) *La limitación de las pensiones en un Estado miembro por motivos religiosos supone una lesión del CEDH*

Resumimos aquí el caso *Manzanas Martí contra España*, de 3 de abril de 2012, donde un sacerdote evangélico denunciaba la falta de equiparación entre las pensiones de jubilación de los sacerdotes católicos y el resto. Aquí el TEDH concluyó que se había producido una

lesión del derecho a la igualdad y que la misma estaba en relación con el artículo 1 Protocolo núm. 1 CEDH, por cuanto que se constataba el tratamiento diverso de situaciones similares, con la única diferencia de las creencias religiosas, sin que ello se justificara por el Gobierno.

J) Derecho de propiedad (artículo 1 del Protocolo 1)

a) El Estado no es responsable de los acreedores de un banco tras su quiebra

El caso, ante Gran Sala, ***Kotov contra Rusia, de 3 de abril de 2012***, se refería a la incapacidad de un nacional ruso para recuperar la cantidad de dinero depositada en un banco tras la falta de fondos del banco y la forma en la que se produjo la distribución por el liquidador del banco de los fondos existentes: aunque la legislación existente daba prioridad en el cobro al demandante, la Junta de acreedores propuso otra categoría de personas y así fue llevada a cabo por el liquidador del banco.

En una primera decisión en enero de 2010, el TEDH declaró parcialmente admisible la demanda presentada considerando que había existido violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1, por razón de la distribución ilegal del banco de los activos por parte del liquidador, que habían conducido a la imposibilidad de que el solicitante pudiera recuperar del banco la cantidad otorgada.

En esta ocasión, el TEDH concluyó en sentido contrario que: 1) Rusia no podía ser considerada directamente responsable de los actos del liquidador, ya que, en virtud de la legislación rusa, no era un representante del Estado; y, 2) la ley rusa había proporcionado un remedio suficiente para las personas que solicitan reparación por la actuación de los liquidadores. Y así, el TEDH estimó que el Sr. Kotov había sido privado de su propiedad por un actuar ilícito, pero que los Estados no pueden ser directamente responsables de los errores privados de los bancos; que el liquidador había sido independiente del Estado; y que el Estado había empleado los mecanismos necesarios, dentro de su margen de apreciación, para reparar los hechos. Por ello, no hubo lesión del artículo 1 Protocolo núm. 1 CEDH.

b) Derecho al cobro de pensiones: la protección de la propiedad demanda cumplir el principio de legalidad de las restricciones, que no se satisface mediante opiniones e instrucciones ministeriales

El ***Caso Grudic contra Serbia, de 17 de abril de 2012***, enjuicia un supuesto donde dos servicios de origen bosnio residieron durante mucho tiempo en Kosovo, cotizando al sistema servio de seguridad social, que les reconoció una pensión de invalidez. Pasaron a vivir después en la llamada «Servia propia», abandonando Kosovo, y entonces dejaron de recibir sus pensiones durante una década sin recibir ninguna explicación. Cuando reclamaron se les respondió que, como Kosovo estaba desde 1999 bajo una administración internacional, habían dejado de pagarse sus pensiones. En apoyo de esta posición, el sistema de seguridad social alegó la «opinión» de diversos Ministros al respecto.

Los recurrentes adujeron simplemente que no se les pagaban sus pensiones de invalidez. El TEDH recordó que es el «*señor de la caracterización*» que deba darse en Derecho

a los hechos y que consideraba que la queja caía dentro del ámbito del artículo 3 P1. Finalmente, concluyó que se había violado el derecho al goce pacífico de los bienes, que, según reiterada jurisprudencia previa, incluye el derecho a percibir las pensiones, en virtud de las siguientes razones. La reducción desproporcionada o ausencia de abono de una pensión puede constituir una interferencia en ese derecho que necesita ser justificada por su correspondencia con el interés público, y debe resultar accesible y suficientemente precisa según las leyes nacionales. En el presente caso, las opiniones e instrucciones de los Ministros pueden facilitar la implementación de las leyes, pero no permiten restringir lo dispuesto en la ley de pensiones por incapacidad e invalidez.

c) *Límites a los precios y a la posibilidad de cambiar contratos de arrendamiento de viviendas*

En *Lindheim y otros contra Noruega, de 12 de junio de 2012*, el TEDH resuelve un caso de limitaciones a la posibilidad de incrementar las rentas cobradas a arrendatarios de casas para residencia permanente o vacacional; así como la prórroga automática de los contratos de arrendamiento. El TEDH considera que existe un objetivo legítimo vinculado al interés general, pero que la medida es desproporcionada, y estima vulnerado el derecho de propiedad de los arrendadores de las casas en virtud del enorme desfase entre el precio pagado y el precio de mercado (en algunos casos el primero alcanzaba el 0,25% del segundo) y en la imposibilidad de remediar tal situación en modo alguno para el arrendador, que dependía totalmente en este punto del arrendatario.

K) Derecho a unas elecciones libres (artículo 3 del Protocolo 1)

a) *Elecciones libres y neutralidad de los medios de comunicación*

Caso *Partido Comunista de Rusia y otros contra Rusia, de 19 de junio de 2012*. Versaba sobre las alegaciones de los recurrentes de que la cobertura televisiva de las principales cadenas en la elecciones parlamentarias rusas de 2003 no había sido imparcial, en detrimento de los partidos y candidatos de la oposición, con vulneración del artículo 3 del protocolo 1 de la Convención, y significaba un tratamiento discriminatorio con vulneración de los artículos 13 y 14.

La Corte observa que el art. 3 del Protocolo 1 no es un código electoral y que existen numerosas formas de organizar los sistemas electorales, de manera que los Estados disfrutaran de un amplio margen de apreciación, aunque no es absoluto en cuanto no autoriza «a impedir la libre expresión de la voluntad popular». A continuación afirma que en el presente caso no se denuncia una falta de neutralidad de los medios *de iure*, sino *de facto*, señalando una actitud hostil a los partidos y candidatos de la oposición como resultado de la influencia política del partido en el poder sobre esos medios que han tenido como resultado que las elecciones no sean libres. Establece a renglón seguido que el propio Tribunal Supremo ruso no había considerado igualitario el tratamiento en los medios, afirmando por el contrario que existía un trato a favor del gobierno pero que tal trato «no había sido tan patente como para hacer imposible averiguar la auténtica voluntad de los electores», y que, además, los recurrentes no habían demostrado la denunciada manipulación de los

medios por el gobierno, por lo que en definitiva no considera que la decisión nacional sea arbitraria o manifiestamente irrazonable. Analiza, por último, las obligaciones positivas del Estado con relación a esta materia y señala que el Estado había adoptado algunos pasos para garantizar la visibilidad de los partidos de la oposición en la televisión rusa, y que aunque probablemente esas medidas no aseguraban una neutralidad *de facto*, sin embargo no superan el margen de apreciación nacional, por lo que en definitiva no hay vulneración del art. 3 protocolo 1.

b) *Derecho a unas elecciones libres en condiciones de igualdad con relación con el derecho de propiedad: límite en el acceso a la financiación de los partidos pequeños*

En **Özgürlük Ve Dayanışma Partisi (ODP) contra Turquía, de 10 de mayo de 2012**, el TEDH afronta un tema clásico del Derecho de Partidos: los límites a la financiación pública de los partidos que no superan una determinada barrera electoral y el efecto que tal límite puede tener sobre el derecho a concurrir a unas elecciones libres en condiciones de igualdad. En concreto, la barrera electoral fijada por la legislación turca para que una formación política tuviera derecho a esta financiación era del 7%, que era el porcentaje más alto exigido entre los países firmantes del CEDH, pero lo cierto es que no había supuesto, en la práctica turca, una monopolización de los fondos por los partidos mayoritarios. Además, los recurrentes ni siquiera habían llegado al umbral de un 1% de los votos. No se trataba por tanto de una medida desproporcionada ni carecía de fin legítimo (garantizar la estabilidad del sistema democrático).

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

A) **Ámbito de aplicación del CEDH. Derecho a ayudas sociales y de vivienda.** **Art. 6 TUE. Art. 34.3 CDFUE**

Sentencia del Tribunal de Justicia. Asunto Kamberaj (C-571/10), de 24 de abril de 2012.

La sentencia trae causa de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Bolzano acerca de la compatibilidad de una norma regional con el Derecho de la UE. Dicha norma regional tomaba como criterio para priorizar la concesión de ayudas sociales la pertenencia a una minoría lingüística. Ahora bien, este parámetro sólo se aplicaba a los ciudadanos de los Estados Miembros. De este modo, *de facto*, les privilegiaba frente a los ciudadanos de terceros Estados.

El Tribunal de Bolzano se pregunta, entre otras cuestiones, si dicha norma no sería contraria a la CDFUE (arts. 21 y 34), así como al art. 14 CEDH en relación con el artículo primero del Protocolo 12 del CEDH, y las consecuencias que podrían derivarse de la posible incompatibilidad de la norma regional con el CEDH a la luz del Derecho de la UE. En concreto le pregunta al TJ si los tribunales nacionales podrían no aplicar las normas nacionales contrarias al CEDH sin necesidad de elevar una cuestión de inconstitucionalidad sobre la base del art. 6 TUE. Por tanto, en cierta medida, el Tribunal nacional pregunta si el CEDH podría gozar de los efectos propios del Derecho de la UE.

La mayor parte de las preguntas planteadas por el órgano jurisdiccional nacional no fueron admitidas al no estar relacionadas con el Derecho de la Unión Europea. Ahora bien, el TJ aclara muy brevemente el alcance del art. 6 TUE. Al respecto reitera que este precepto recoge su jurisprudencia acerca del valor de los Derechos Fundamentales reconocidos por el CEDH como principios generales del Derecho de la UE, cuyo garante es el propio Tribunal de Justicia. Sin embargo, de dicho aserto no se puede deducir ni que el art. 6 TUE regule la relación del CEDH con los ordenamientos nacionales, ni que obligue a los jueces nacionales a aplicar directamente el CEDH desplazando las normas nacionales incompatibles con el mismo.

Asimismo, merece la pena destacar que el TJ afirma que a la hora de interpretar una norma que entra en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE, los órganos nacionales deben tomar en consideración el derecho a ayudas sociales que garanticen una existencia digna reconocido en la CDFUE.

B) Condiciones de trabajo justas y equitativas.

Art. 31 CDFUE

Sentencia del Tribunal de Justicia. Asunto Neidel (C-337/10), de 3 de mayo de 2011. El señor Neidel trabajaba de bombero para el Ayuntamiento de Frankfurt y era funcionario. Por motivos de salud estuvo en situación de incapacidad a partir de junio de 2007. En 2009 se jubiló a la edad de 60 años. El señor Neidel solicitó que se le compensara económicamente por las vacaciones no disfrutadas durante su situación de incapacidad, sin embargo la legislación alemana relativa a la función pública no prevé dicha compensación.

El TJ recuerda que el derecho a vacaciones retribuidas está expresamente reconocido en el art. 31.2 CDFUE. Además, el concepto «trabajador» tiene un alcance autónomo en el Derecho de la UE. En consecuencia, la normativa alemana acerca de la compensación por vacaciones no disfrutadas por los funcionarios es contrario a la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de ordenación del trabajo.

C) Condiciones de trabajo justas y equitativas.

Art. 31 CDFUE

Sentencia del Tribunal de Justicia. Asunto ANGED (C-78/11), de 21 de junio de 2012. El TJ repite la jurisprudencia del caso Neidel (que cita de manera expresa). No obstante, esta decisión tiene interés, ya que traía causa de una cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Supremo español a raíz de Convenios Colectivos relativos al personal que trabaja en Grandes Almacenes, en los que no se contemplaba la posibilidad de disfrutar vacaciones tras una incapacidad laboral si ésta tenía lugar precisamente durante el período vacacional. Aplicando la jurisprudencia antes explicada, el TJ considera que dichas previsiones eran contrarias al Derecho de la UE.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

- a) *Las incidencias acaecidas en el registro de la celda de los internos en establecimiento penitenciario deben ser comunicadas a los interesados*

La **STC 106/2012, de 21 de mayo, Sala Primera**, deniega el amparo solicitado por un recluso contra los Autos judiciales que desestimaron su queja y recursos contra el registro de la celda que ocupaba en el centro penitenciario de Asturias. El demandante de amparo considera que el hecho de que dicho registro se practicara en su ausencia y de que no se le informara posteriormente del resultado del registro vulneró sus derechos fundamentales, por ser contrario a lo establecido en la jurisprudencia constitucional (STC 89/2006, de 27 de marzo).

El Tribunal considera que dicho registro no vulneró el derecho a la intimidad del recluso, pues el hecho de que dicho registro se practicara en ausencia del mismo se debía a razones de seguridad, ya que el recurrente cumplía condena en régimen cerrado a consecuencia de su clasificación como penado en primer grado, dada su peligrosidad extrema. Además, dicho registro se practicó en aplicación de lo dispuesto en el art. 93.1.2 del Reglamento Penitenciario, que lo preveía como diario y rutinario y el recluso había de saberlo.

Por lo que se refiere a la obligación de comunicación posterior de las incidencias acaecidas en los registros, incluida la posible incautación de objetos personales (impuesta por la STC 89/2006 citada), el Tribunal entiende que dicha comunicación estaba implícita en el hecho de que no se diera cuenta inmediata al interno del contenido del registro y de su resultado, pues eso significa necesariamente que éste fue negativo en el caso analizado y que no hubo en él ninguna incidencia relevante.

Concluye el Tribunal recordando que no puede ser obviada la exigencia constitucional de comunicación *a posteriori* a los internos de las incidencias habidas en la práctica de los registros, caso de que se produzcan.

B) Derecho de asociación en su vertiente de libertad de creación de partidos políticos (art. 22 en relación con el art. 6 CE)

- a) *La mera sospecha de que un partido político pretende continuar la actividad de otros partidos ilegalizados anteriormente no puede condicionar el ejercicio del derecho de asociación en relación con la creación de partidos políticos*

La **STC 138/2012, de 20 de junio, del Pleno**, estima el recurso de amparo presentado contra el Auto de la Sala Especial del Tribunal Supremo del artículo 61 LOPJ, de 30 de marzo de 2011, de ilegalidad del partido político Sortu por ser continuidad o sucesión del ilegal y disuelto Batasuna, y lo estima por considerar que no existen elementos probatorios sólidos y cualificados que pudieran fundamentar la convicción de tal continuidad.

El Tribunal Constitucional pone de manifiesto dos aspectos relevantes que distinguen este supuesto de otros resueltos anteriormente por él. En primer lugar, recuerda que en

este caso estamos ante la negativa de inscripción en el Registro de partidos políticos de un partido que, como consecuencia de tal negativa, en la práctica ha carecido como tal de actividad, siendo también mínima la actividad desplegada por sus promotores y dirigentes, centrada, básicamente, en la presentación de la nueva formación política cuya inscripción pretenden. En segundo lugar, en los estatutos del proyectado partido político se contiene un inequívoco rechazo a la violencia, como medio de acción, incluida la violencia de ETA; rechazo expreso que por primera vez se recoge en los estatutos de un partido político nacido del ámbito de la izquierda abertzale.

Considera el Tribunal que la mera sospecha de que un partido político pudiera pretender continuar o suceder la actividad de otros partidos ilegalizados y disueltos con anterioridad no puede constituirse en argumento jurídicamente suficiente para condicionar el pleno ejercicio del derecho fundamental de asociación (art. 22 CE) en relación con la creación de partidos políticos (art. 6 CE). Hay varios votos particulares.

C) Derecho de participación en los asuntos públicos (artículo 23.1 y 2)

a) *La regulación de los procedimientos de elección de alcalde constituye desarrollo del art. 23. 1 y 2 CE*

La **STC 81/2012, de 18 de abril (Pleno)** estima una cuestión de inconstitucionalidad respecto de un precepto legal autonómico que prohibía la presentación de una moción de censura contra el alcalde durante el periodo comprendido entre la convocatoria de unas elecciones políticas y la celebración de las mismas.

El Tribunal comienza recordando su doctrina según la cual la regulación de las elecciones locales entra dentro de la materia «régimen electoral general», reservada a ley orgánica, de acuerdo con los arts. 81.1, 140 y 23.1 CE. Por lo que se refiere a la regulación de la moción de censura al alcalde, al tratarse de una moción de censura constructiva, implica la regulación de tres aspectos: En primer lugar, supone la regulación de un procedimiento de elección de un cargo de representación política (art. 23.1 CE). En segundo lugar, implica también la regulación de los elementos nucleares del régimen de acceso, permanencia y cese del alcalde, desarrollo directo del art. 23.2 CE. Y, por último, paralelamente, configura el *ius in officium*, el estatus representativo de los concejales, ya que son los que tienen la iniciativa de la moción (art. 23.2 CE). Por ello, la materia no puede ser regulada por ley autonómica, sino que ha de serlo por Ley Orgánica.

b) *Derecho al ejercicio de los cargos públicos representativos (art. 23.2 CE). La facultad de las Mesas de las Asambleas Legislativas de inadmitir iniciativas de creación de comisiones de investigación es una facultad reglada, que no debe tener en cuenta criterios políticos o de oportunidad*

La **STC 88/2012, de 7 de mayo (Sala Primera)**, estima, *ex art. 23.2 CE*, el recurso de amparo presentado contra los acuerdos de la Mesa de la Asamblea de Madrid por los que se inadmitió a trámite la iniciativa de creación de una comisión de investigación por no ser un asunto de interés público autonómico.

La facultad de la Mesa de una Asamblea legislativa de inadmitir la proposición de creación de una comisión de investigación sobre un asunto de interés público es una facultad reglada, que no debe tener en cuenta criterios políticos o de oportunidad, que no pueden ampararse en el presupuesto legal habilitante de que se trate de «asuntos de interés público», excluyendo así intereses particulares. Interpretar de otro modo el referido requisito legal supondría atribuir a la Mesa una decisión de carácter político que este órgano, dada su naturaleza, no puede adoptar.

- c) *Derechos de sufragio activo y pasivo (art. 23.1 y 2 CE). Antes de ordenar la repetición de un proceso electoral debe realizarse un juicio de relevancia de los votos controvertidos acudiendo, cuando sea preciso, a juicios de probabilidad o técnicas de ponderación estadística*

La **STC 105/2012, de 11 de mayo, Sala Primera**, estima parcialmente los recursos de amparo electorales frente a Sentencia que había anulado el escrutinio de cierta mesa electoral y había ordenado la repetición de la citada votación, anulando la proclamación del sexto candidato de la correspondiente circunscripción.

El Tribunal Constitucional, más allá de la cuestión de fondo, afirma que el tribunal *a quo* debió haber realizado un juicio de relevancia de los votos por él anulados en el resultado final de la elección, acudiendo a juicios de probabilidad o técnicas de ponderación estadística, admitidas por la jurisprudencia constitucional en los casos, como el analizado aquí, en que se trate de irregularidades cuantificables consistentes en la existencia de un número cierto de votos de destino desconocido (STC 24/1990 y otras posteriores). El propio Tribunal Constitucional realiza este juicio de relevancia, para concluir que los votos controvertidos no hubieran podido alterar el resultado de la elección y aprecia vulneración de los derechos al sufragio activo y pasivo (art. 23.1 y 2 CE) en conexión con el principio de conservación de los actos electorales válidamente celebrados. Hay un voto particular.

D) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE)

- a) *El carácter vinculante de la interpretación del TS en vía de recurso «en interés de la ley» no contraría el principio de independencia judicial*

STC 75/2012, de 16 de abril. Se remite a la doctrina de la STC 37/2012, resumida en la Crónica anterior. En el mismo sentido, las **SSTC 91, 93, 94 y 98/2012.**

- b) *Derecho de acceso a los recursos legales:
Constitucionalidad de la tasa judicial*

STC 79/2012, de 17 de abril (Pleno). Se planteó por una Audiencia Provincial una cuestión de inconstitucionalidad frente al precepto legal que supedita la admisión del recurso de apelación al pago de una tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden civil que grava a las personas jurídicas con ánimo de lucro sujetas al impuesto sobre sociedades y que superen una determinada facturación anual.

El TC rechaza que tal regulación legal vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, reiterando la doctrina de la STC 20/2012, de 16 de febrero, relativa a la tasa para acceder al proceso, y que con mayor razón se puede proyectar en materia de recurso, cuando existe ya un pronunciamiento judicial previo, supuesto en que la protección *ex art. 24.1 CE* y las exigencias del juicio de proporcionalidad son menores. Se reitera esta doctrina, para supuestos similares, por remisión, en la **STC 85/2012, de 18 de abril**; la **STC 103/2012, de 9 de mayo**; la **STC 104/2012, de 10 de mayo**; la **STC 115, de 4 de junio**; y, desde la perspectiva de un recurso de amparo, las **SSTC 116, de 4 de junio y 125/2012, de 18 de junio** y, de alguna manera, las **SSTC 129 y 130/2012, de 18 de junio**.

c) *«Doctrina Parot»*: Valoración *ad casum de si su aplicación vulnera o no la intangibilidad de las resoluciones judiciales según constara, o no, en la ejecutoria un criterio judicial anterior más favorable a dicha doctrina*

SSTC 40 a 56, 58 a 61 y 63 a 69/2012, todas ellas de 29 de marzo, 108/2012, de 21 de mayo (Sala Segunda) y STC 114/2012, de 24 de mayo. En esencia, en todas estas sentencias, y las que luego se citarán, se combatían las resoluciones judiciales que vinieron a aplicar la conocida como «Doctrina Parot» (cómputo de los beneficios y redenciones penitenciarias sobre cada una de las penas y no sobre la resultante de la acumulación), establecida en la Sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero, doctrina que resulta un tanto artificiosa y *contra reo*, y a la que nos hemos referido ya antes al comentar el reciente asunto del TEDH *Del Río Prada c. España*. El TC aprecia que, en estos casos concretos, no existe vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes (art. 24.1 CE), puesto que, como se dice en la STC 113/2012, en el proceso de la ejecución penal, antes de dictar las resoluciones cuestionadas en amparo, el Tribunal sentenciador no había realizado ningún juicio que conllevara la fijación de un criterio distinto y más favorable sobre la forma de computar las redenciones en estos casos, por lo que ni había una resolución firme que aplicara un criterio de cómputo distinto en el proceso, ni puede considerarse que el recurrente tuviera una legítima expectativa concreta, derivada de la actuación previa de los órganos judiciales en la presente ejecutoria, de alcanzar su libertad en un momento distinto al que resulta de las resoluciones judiciales recurridas en amparo. En cambio, en las **SSTC 39/2012** (que es la primera de la serie), **57/2012, de 29 de marzo y 113/2012, de 24 de mayo**, con votos particulares, el TC llega a una conclusión distinta, por haberse tomado como base con anterioridad en la ejecutoria un criterio de cómputo distinto al derivado de la «doctrina Parot», aunque no fuera ese su objeto directo sino la ley penal aplicable en el tiempo al caso, pero sí formaba parte de la *ratio decidendi*, creando una situación jurídica «consolidada» al respecto. Este criterio, conforme al cual ha venido ejecutándose la pena, no puede ser ignorado por el propio órgano judicial en decisiones posteriores, como las recurridas en amparo, sin hacer desaparecer la eficacia de su anterior resolución, por lo que la aplicación *in casu* del nuevo criterio derivado de la conocida como «doctrina Parot» vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión del derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, art. 24.1 CE, y ello sin que importe que ese nuevo criterio interpretativo haya sido sentado por el Tribunal Supremo poco antes, pues los cambios de criterio jurisprudencial no pueden poner en cuestión la firmeza de la resolución anterior, ni

justificar el desconocimiento de su eficacia y la vulneración del derecho a la intangibilidad de la realidad jurídica conformada por ella, lo que debió haber sido tenido en cuenta por el órgano judicial a la hora de determinar el alcance, en el caso concreto, del citado cambio de criterio jurisprudencial. En un sentido similar, la **STC 62/2012, de 29 de marzo**, respecto de una rectificación de oficio, en virtud de la «doctrina Parot», de la fecha de licenciamiento definitivo del penado aprobada ya antes por el mismo órgano judicial, que considera lesiva del derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes.

5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Sala 1.^a, de lo Civil

a) *Los flexibles contornos del derecho al honor en contienda electoral*

En la **STS de 29 de junio de 2012, Sala Primera**, el TS se pronuncia así sobre la eventual vulneración del derecho al honor de la que era Vicepresidenta del Gobierno en el año 2007, por unas manifestaciones de otro político poniendo en tela de juicio la adecuación a Derecho de su empadronamiento en cierta Comunidad autónoma a fin de encabezar las listas de su partido en esa Comunidad, así como su actuación en relación con la recalificación de unos terrenos que eran de su propiedad. El TS analizaba el caso siguiendo su jurisprudencia habitual sobre las colisiones entre el derecho al honor y la libertad de expresión en el terreno político y la mayor laxitud con que deben analizarse expresiones que, en otros contextos, pueden interpretarse como vejatorias, y señalaba que las manifestaciones del demandando no habían vulnerado el derecho al honor de la demandante, en la medida en que se produjeron en un contexto de contienda política y estaban, todas ellas, relacionadas con una crítica política.

b) *Derecho de un partido político a autoorganizarse y libertad de expresión de sus afiliados*

En la **STS 296/2012, de 17 de abril de 2012, Sala Primera**, ponente Juan Antonio Xiol Rios, el TS resuelve un llamativo asunto en el que se plantea la eventual colisión entre el derecho de un partido a autoorganizarse y la libertad de expresión de catorce de sus afiliados, que fueron suspendidos de militancia tras publicar en varios medios de comunicación provinciales una serie de críticas contra la decisión de su partido de suspender el proceso de primarias y designar directamente a su candidato a la alcaldía de Oviedo. El TS controla «si existió una base razonable» en la decisión de la Asociación de suspensión. En esta lógica, el TS tiene en cuenta que las disposiciones estatutarias del partido correspondiente consideraban una falta muy grave actuar en contra de los acuerdos adoptados por los órganos de dirección del partido, pero también reconocía el derecho de discusión y crítica de los afiliados del partido y llega a la conclusión de que, en el caso objeto de estudio, debe prevalecer la libertad de expresión de los afiliados sobre el derecho de la organización política a autoorganizarse. En ese sentido, el TS subraya la enorme relevancia social o interés público que tenía la información proporcionada por los afiliados que fueron separados del partido, en la medida en que se refería a la selección del candidato a la alcaldía de Oviedo

a través de un procedimiento excepcional, cual era la designación directa, frente a la elección a través de primarias, así como el hecho de que la crítica vertida por los afiliados no contenía expresiones afrentosas ni vejatorias, sino sólo aquellas que eran absolutamente necesarias para poner de manifiesto su malestar por una decisión que les impedía participar directamente en la selección del candidato a un cargo relevante. En esta lógica, procedía dar prioridad a la libertad de expresión de los afiliados y declarar la nulidad de los acuerdos de suspensión de militancia adoptados por el partido.

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

a) Derechos Fundamentales

- a.1) Derecho a la igualdad ante la Ley sin ser discriminado (art. 14 CE) y derecho fundamental de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las Leyes (art. 23.2 CE)

STS de 18 de Abril de 2012, Sala Contencioso-Administrativa, RC 3485/2011. Ponente D. José Díaz Delgado. Se plantea recurso de casación contra resoluciones por las que se convocaba oposición libre a la Policía Nacional por establecer un trato discriminatorio contrario a los artículos 14 y 23.2 CE, al fijar una edad límite de 30 años. No siendo necesario el límite de edad en la convocatoria de un proceso selectivo basado en criterios de mérito y capacidad, es doctrina consolidada del TS declarar nulo el límite de edad; la regla legal general sería la establecida para la jubilación forzosa, y en caso de crearse excepciones deberán justificarse desde el punto de vista de la igualdad. Si un miembro de la Escala Básica con más de 30 años de edad puede acceder al cuerpo indicado, vía promoción interna, no hay razón para prohibir hacerlo a quien aspira a ingresar por el turno libre.

- a.2) Suspensión provisional a Magistrado. Inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales invocados.- Principio de Igualdad (art. 14 CE), Derecho al Honor (art. 18 CE), Derecho a la Presunción de Inocencia (art. 24 CE) y Principio de Legalidad (art. 25 CE). Interpretación del art. 383 LOPJ. Posibilidad de suspender provisionalmente de funciones a Magistrado que ya se encontraba previamente suspendido

STS de 3 de mayo de 2012. Ponente D. Jorge Díaz Delgado. Se interpone el recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del CGPJ que acordaba hacer efectiva la suspensión provisional de funciones de un Magistrado de la AN a consecuencia del auto de apertura de juicio oral dictado por la Sala de lo Penal del TS en una causa especial. El recurrente basa su recurso de casación en la infracción de los artículos 24.2, 25, 14 y 18 CE en relación con los artículos 6.2 y 14 y el Protocolo núm. 12 del CEDH. La Sala desestima el recurso de casación, recordando el art. 389 LOPJ, razonando que el primer inciso de dicho artículo es restrictivo e imperativo, dado que en los casos en que un Juez o Magistrado esté incurso en alguno de los supuestos contemplados la consecuencia inevitable no es otra que la preceptiva suspensión provisional de funciones, cuya adopción no es una posibilidad o facultad discrecional del CGPJ, al ser consecuencia reglada e ineludible que debe hacerse

efectiva cuando concurren los supuestos previstos en el artículo, sin que la circunstancia de que estuviera ya acordada tal suspensión cautelar por otro proceso penal determine la pérdida de la naturaleza cautelar de ésta; y no es tampoco una medida disciplinaria o sancionadora, y no hay vulneración de la presunción de inocencia ni del principio de legalidad.

- a.3) Derecho a la Tutela Judicial Efectiva (art.24.1 CE) en relación con la obligatoriedad de motivar las resoluciones judiciales (art.120.3 CE) al resolver sobre una pieza de medidas cautelares. Valoración de la prueba presentada

STS de 7 de junio de 2012. Ponente D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. Ante la denegación de la medida cautelar solicitada, se interpone casación. La Sala señala que tal resolución debe ser motivada (arts. 24 y 120.3 CE), valorando la prueba admitida como principio de prueba y en particular en forma expresa los informes periciales aportados por las partes, aun cuando deba hacerse sin prejuzgar el fondo.

- a.4) Derecho a la huelga. Vulneración por motivación insuficiente en la fijación de servicios mínimos en centros docentes privados (art. 28 CE)

STS de 18 de abril de 2012. Ponente D. José Díaz Delgado. La Consejería de Educación y Cultura de las Islas Baleares desestimó la impugnación de la resolución en la que, con ocasión de las jornadas de huelga convocadas en centros docentes privados concertados, establecía los servicios esenciales de un 30% de la plantilla docente, por encontrarse en las últimas semanas del curso escolar, cercanas a las vacaciones, y a los exámenes finales. Tras exponer la Sala su jurisprudencia al respecto, concreta que no se realizó distinción alguna entre los distintos niveles educativos existentes, siendo evidente la desigual necesidad educativa en los diferentes niveles educativos en que nos encontremos, viéndose además que la motivación facilitada por la Administración para explicarlo no tuvo en cuenta las específicas circunstancias que concurrían en la huelga convocada.

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 21 y 23 de mayo y 22 de junio de 2012. Ponente D.^a María Isabel Perelló Doménech. La denegación de la concesión de asilo se basa en las alegaciones genéricas e imprecisas de los solicitantes. 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 daría 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 permitirá aportar datos idóneos para valorar 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. Visado para reagrupación familiar. Mujer colombiana. Separación de lo acordado por la subdelegación del Gobierno

STS de 15 de junio de 2012. Ponente D.^a María Isabel Perelló Doménech. La autoridad consular deniega el visado por una nueva y distinta valoración sobre la dependencia económica y la necesidad de la reagrupada respecto de la valoración ya realizada por la Subdelegación de Gobierno al autorizar la residencia temporal. Se reconoce el derecho a la expedición de visado por reagrupación familiar.

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
IGNACIO GARCÍA VITORIA
MARÍA DÍAZ CREGO
ARGELIA QUERALT JIMÉNEZ
MARIO HERNÁNDEZ RAMOS
MIGUEL PÉREZ-MONEO AGAPITO
MÓNICA ARENAS RAMIRO
YOLANDA FERNÁNDEZ VIVAS
ROBERTO ROSINO CALLE

IV. FUENTES DEL DERECHO

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. DERECHO COMUNITARIO: DETERMINAR SU POSIBLE VULNERACIÓN NO ES COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
 3. BASES.
 - A) **La modificación por parte del Estado de una normativa básica deroga la regulación autonómica de desarrollo que se oponga a lo dispuesto en la misma.**
 - B) **La determinación de qué normas posteriores a la Constitución tienen carácter básico debe ser expresa, lo cual debe ser exigido de forma especialmente rigurosa en relación con los casos en que se aplique el principio de legalidad penal y sancionadora, que exige una expresa predeterminación normativa.**
 - C) **No es contraria a la Constitución la inclusión de normativa básica en una Ley de Acompañamiento.**
 4. DECRETO-LEY: SE EXIGE LA JUSTIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN DE EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD, ASÍ COMO LA VINCULACIÓN ENTRE DICHA SITUACIÓN Y LA MEDIDA ADOPTADA.
 5. REGLAMENTO.
 - A) **Potestad reglamentaria: Límites al ejercicio de la potestad reglamentaria.**
 - B) **Ordenanzas municipales: El legislador puede reservar a la ordenanza la regulación de determinadas materias.**
 6. DERECHO CONSUECUDINARIO: LA COSTUMBRE ES FUENTE DE DERECHO PARA LA REGULACIÓN DE LOS APROVECHAMIENTOS DE LOS MONTES DE UTILIDAD PÚBLICA.
 7. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.
 - A) **Principio de seguridad jurídica: no lo vulnera la inclusión de la regulación en una ley de acompañamiento.**
 - B) **Principio de interdicción de la arbitrariedad: se vulnera cuando la regulación produce una discriminación o carece de toda explicación racional.**
 - C) **Igualdad en las condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad en relación con la aplicación de la servidumbre de protección de la legislación de costas.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, hasta la referencia Id. Cendoj 28079130032012100294; y respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa de los Tribunales Superiores de Justicia, hasta la referencia Id. Cendoj 28079330022012100002. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la STC 155/2012, de 16 de julio.

2. DERECHO COMUNITARIO: DETERMINAR SU POSIBLE VULNERACIÓN NO ES COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La **STC 99/2012, de 8 de mayo**, resuelve el conflicto de competencias promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en relación con el Real Decreto 117/2001, de 9 de febrero, por el que se establece la normativa básica de fomento de las inversiones para la mejora de las condiciones de transformación y comercialización de los productos agrarios, silvícolas y de la alimentación.

La Junta de Comunidades, que plantea el conflicto, alega que el régimen jurídico contenido en el Real Decreto 117/2001 vulnera la normativa comunitaria en cuyo marco la Comunidad Autónoma ha dictado la Orden de 8 de junio de 2000 de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente, por la que se establecen los programas de fomento de la calidad agroalimentaria en Castilla-La Mancha. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la infracción del Derecho de la Unión Europea por una disposición normativa interna no es causa de inconstitucionalidad de la misma. Por lo tanto, el Derecho comunitario no es en sí mismo canon o parámetro directo de constitucionalidad en los procesos constitucionales.

Según el principio de autonomía institucional, el Derecho de la Unión reconoce a los Estados miembros autonomía suficiente para ordenar la organización interna destinada al desarrollo y ejecución de ese Derecho europeo, conforme a las propias normas nacionales. Esto significa que el hecho de que una competencia suponga ejecución del Derecho comunitario no prejuzga cuál sea la instancia territorial a la que corresponda su ejercicio, porque ni la Constitución ni los Estatutos de Autonomía prevén una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario. En cada caso se debe aplicar el régimen general de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas establecido por la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

En la **STC 135/2012, de 19 de junio**, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid contra la nueva redacción del artículo único.20 de la Ley 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural. El Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid alega, entre otras cuestiones, que la regulación impugnada vulnera el Derecho Comunitario.

Frente a esta alegación, el Tribunal mantiene que no le corresponde controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario euro-

peo, pues este control compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto aplicadores que son del ordenamiento comunitario, y, en su caso, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3. BASES

A) La modificación por parte del Estado de una normativa básica deroga la regulación autonómica de desarrollo que se oponga a lo dispuesto en la misma

La **STC 99/2012, de 8 de mayo**, resuelve el conflicto de competencias promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en relación con el Real Decreto 117/2001, de 9 de febrero, por el que se establece la normativa básica de fomento de las inversiones para la mejora de las condiciones de transformación y comercialización de los productos agrarios, silvícolas y de la alimentación. En el conflicto se plantea la inconstitucionalidad del título, el Preámbulo y de determinados artículos del citado Real Decreto. Este Real Decreto modificó la regulación de la Orden autonómica de 8 de junio de 2000, que desarrollaba la anterior normativa básica en vigor sobre esta materia.

En primer lugar, el Tribunal rechaza la posibilidad de que el título y el Preámbulo del Real Decreto puedan ser objeto del recurso de inconstitucionalidad, ya que carecen de contenido normativo.

El Real Decreto en cuestión lo dicta el Estado en ejercicio de su competencia exclusiva sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, en virtud del art. 149.1.13.ª CE. La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha alega que la norma impugnada invade las competencias autonómicas en materia de agricultura, ganadería e industrias agroalimentarias, en concreto vulnera la Orden autonómica de 8 de junio de 2000.

El Tribunal Constitucional precisa que el ejercicio previo de una competencia autonómica en una materia como la agricultura no impide al Estado el ejercicio de sus propias competencias. Por lo tanto, si se reconoce que el Estado tiene la competencia para desarrollar las bases en una determinada materia, esa competencia integra la capacidad para modificar la regulación básica, de modo tal que el ejercicio de la competencia autonómica de desarrollo no puede bloquear esa capacidad de revisión por parte del Estado, bajo el argumento de que la nueva normativa básica va contra lo establecido en las disposiciones autonómicas previas.

La Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha es competente, por tanto, para desarrollar una política agraria orientada a la satisfacción de sus intereses en esta materia en la que la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha ha asumido competencia exclusiva, si bien «de acuerdo con la ordenación general de la economía» (art. 31.1.6 de su Estatuto de Autonomía). En consecuencia, el ejercicio de la competencia autonómica en materia de agricultura, ganadería e industrias agroalimentarias debe realizarse dentro de las orientaciones básicas y de coordinación que el Estado disponga para el sector agrícola, que debe ajustarse al orden constitucional de distribución de competencias.

El hecho de que la Orden autonómica de 8 de junio de 2000 se haya estado aplicando con anterioridad al Real Decreto estatal impugnado 117/2001 no invalida el carácter básico de este último, que obliga a las Comunidades Autónomas a su necesaria adaptación a la nueva legislación básica.

B) La determinación de qué normas posteriores a la Constitución tienen carácter básico debe ser expresa, lo cual debe ser exigido de forma especialmente rigurosa en relación con los casos en que se aplique el principio de legalidad penal y sancionadora, que exige una expresa predeterminación normativa

En la **STC 90/2012, de 7 de mayo**, se resuelve el recurso de amparo planteado por Bodegas Antaño, S.A., por vulneración del derecho a la legalidad penal. En la fundamentación de esta Sentencia tiene un gran interés la aplicación del concepto de norma básica.

La recurrente fue sancionada por la realización de una conducta —utilización indebida de contraetiquetas propias del vino de calidad producido en una región determinada— tipificada como infracción muy grave en el art. 40.2.d) de la Ley 24/2003, de 10 de julio, de la Viña y del Vino. En su defensa adujo que dicho precepto legal no es aplicable en la Comunidad Autónoma de Castilla y León, porque las Cortes de Castilla y León, en ejercicio de las competencias autonómicas en materia de agricultura y denominaciones de origen, aprobaron la Ley 8/2005, de 10 de junio, de la viña y del vino de Castilla y León, norma legal que desplaza a la Ley estatal en todo aquello que no tenga carácter básico. El art. 40.2.d) de la Ley 24/2003 no tiene formalmente tal condición según el apartado segundo de la disposición final segunda de la Ley 24/2003 de la Ley estatal de la viña y del vino, por lo que no resulta aplicable en esta Comunidad Autónoma..

El planteamiento de la recurrente fue rechazado por la Administración autonómica por dos razones distintas.

La primera razón parte del art. 42 de la Ley de la viña y del vino de Castilla y León, que dispone que, «con carácter general, el régimen sancionador en las materias objeto de la presente Ley será el establecido en la legislación básica de la Viña y del Vino, sin perjuicio de lo que se dispone en los artículos siguientes». La Administración autonómica ha interpretado la expresión «legislación básica» como sinónimo de «legislación estatal» en la materia, al considerar que se trata de una expresión genérica que tiene como finalidad remitirse a la totalidad del régimen sancionador que contiene la Ley 24/2003, de 10 de julio, de la Viña y el Vino, sin distinguir entre preceptos básicos y no básicos.

La segunda razón se refiere a la aplicación del precepto estatal como Derecho supletorio *ex art. 149.3 CE*, con el argumento de que, según la Administración sancionadora, no puede «dejarse pasar sin ser sancionada una conducta tan grave como es la cesión de contraetiquetas entre bodegas, cuando, además, dicha conducta es constitutiva de una infracción muy grave tal y como prevé el artículo 40.2.d) de la Ley 24/2003, artículo que es aplicable en la Comunidad Autónoma de Castilla y León en virtud de la citada cláusula de supletoriedad recogida en el texto Constitucional».

Para el Tribunal, la equiparación entre legislación básica y legislación estatal que ha realizado la Administración autonómica no es admisible, especialmente en una materia

como la relativa al principio de legalidad penal y sancionador, que exige una expresa pre-determinación normativa. Bajo una referencia general a las bases de la ordenación general de la economía (art. 149.1.13.ª CE), que es la invocada en la disposición final primera de la Ley 24/2003, de la Viña y del Vino, no cabe entender incluidas todas las normas dictadas por el Estado en la materia, con abstracción de que posean la condición formal de bases o carezcan de la misma. Al prescindirse del significado propio de la expresión «legislación básica» se genera incertidumbre acerca de la identificación de las conductas que, en materia vitivinícola, deben ser sancionadas por la Administración autonómica de Castilla y León. Esto determina que la imposición de la sanción impugnada a la recurrente, en aplicación de un precepto estatal que no tenía formalmente atribuido carácter básico, suponga una infracción del art. 25.1 CE.

El Tribunal rechaza también la alegación relativa a la aplicación del Derecho estatal como Derecho supletorio. En este sentido dispone que la aplicación del Derecho supletorio debe partir de la constatación de la existencia de una laguna, de un vacío de regulación, que no se produce cuando falta la tipificación de una concreta conducta pues, en tales casos, desde el punto de vista técnico, no hay ninguna laguna jurídica. En este sentido, lo que supone la falta de tipificación de una conducta no es una laguna jurídica, sino que debe entenderse que, en defecto de regulación legal, no existen conductas materialmente merecedoras de castigo en relación con la cuestión de que se trate. Por lo tanto, cuando el legislador autonómico, al ejercer una determinada competencia, no tipifica una concreta conducta, no cabe alegar que está ejerciendo de manera incompleta sus potestades de ordenación de un determinado sector de la vida social, sino que debe entenderse que no considera punible dicha conducta.

En consecuencia, el Tribunal dispone que la imposición de una sanción por parte de una Administración autonómica, en aplicación de un precepto de una ley estatal que no ha sido formalmente definido como básico, supone una infracción del art. 25.1 CE.

Sobre la misma cuestión, **SSTC 109/2012, de 21 de mayo, y 127/2012, de 18 de junio.**

C) No es contraria a la Constitución la inclusión de normativa básica en una Ley de Acompañamiento

En la **STC 120/2012, de 5 de junio**, el Tribunal Constitucional rechaza que sea contraria a la Constitución la inclusión de normativa de carácter básico en una Ley de Acompañamiento. En este sentido, el Tribunal indica que «no hay ningún precepto en la Constitución del que directa o indirectamente se pueda derivar la existencia de una categoría legislativa particular donde deban contenerse las “bases”, “legislación básica” o “normas básicas” del Estado, a las que en diversas ocasiones y bajo todas estas denominaciones se refiere el art. 149.1 CE».

Para el Tribunal la única exigencia derivada de la Constitución en relación con la categoría jurídico-formal en que deben estar contenidas las normas básicas es que éstas se hallen, como regla general, en una Ley votada en Cortes, y la ley impugnada, Ley 50/1998, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, indudablemente lo es, por lo que no se produce en este caso ninguna vulneración de la Constitución.

4. DECRETO-LEY: SE EXIGE LA JUSTIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN DE EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD, ASÍ COMO LA VINCULACIÓN ENTRE DICHA SITUACIÓN Y LA MEDIDA ADOPTADA

La **STC 100/2012, de 8 de mayo**, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, entre otras cuestiones, en relación con la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 7/1993, de 21 de mayo, de medidas urgentes de adaptación y modificación del Impuesto sobre el Valor Añadido, del Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte, del Impuesto General Indirecto Canario, del arbitrio sobre la producción e importación en las islas Canarias y de la tarifa especial del arbitrio insular a la entrada de mercancías por presunta vulneración de los arts. 9.3 y 86.1, en relación con el art. 31.1, todos ellos de la CE.

El órgano judicial plantea la posible inconstitucionalidad del citado Decreto-ley al considerar que vulnera el art. 86.1 CE, de un lado, por afectar su objeto al deber de contribuir consagrado en el art. 31.1 CE, y, de otro, por tratarse de una norma que se aprueba con una urgencia que no está justificada, ya que hacía años que se preveía la supresión del gravamen que regula.

En relación con la concurrencia del presupuesto de hecho habilitante, el Tribunal entiende justificada la extraordinaria y urgente necesidad en el hecho de que, en virtud de las circunstancias específicas de las islas Canarias, desde el 1 de enero de 1993 se había producido un vacío legislativo que dejaba sin aplicación el arbitrio objeto del litigio. El Reglamento CEE 564/1993, de 8 de marzo, reguló esta cuestión, pero para poder ser aplicado necesitaba a su vez la concreción del tipo aplicable en el arbitrio, que es lo que dispuso la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 7/1993.

En relación con la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para resolverla (prórroga del tributo cuya vigencia se había extinguido, en principio, el 31 de diciembre de 1992), el Tribunal considera que no cabe duda de que dicha conexión se produce, pues se trataba de proteger la economía canaria frente a la importación de productos sensibles. En consecuencia, el Tribunal entiende que la situación de urgencia está justificada y que la medida adoptada está directamente vinculada con la situación que la justifica.

Desde el punto de vista material, el órgano judicial estima que la norma cuestionada ha «afectado» a uno de los «deberes» regulados en el título I de la Constitución, materia vedada al Decreto-ley: el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos recogido en el art. 31.1 CE. Tanto para el Abogado del Estado como para el Fiscal General del Estado, sin embargo, esta queja debe ser igualmente rechazada. Para el primero, porque la tarifa especial es una figura tributaria de aplicación territorialmente limitada y, por tanto, una figura impositiva de escasísimo relieve en el «conjunto del sistema tributario», que se aplica, comparativamente, a pocos sujetos pasivos, por lo que no puede considerarse que quede esencialmente afectado el deber constitucional de contribuir; y, para el segundo, porque la citada tarifa especial tiene poco que ver con el deber de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos y, sin embargo, mucho con la protección y robustecimiento de sectores productivos canarios.

El Tribunal da la razón al Abogado del Estado y al Fiscal General del Estado, en primer lugar, porque la disposición cuestionada se limita a recoger una prórroga respecto de un gravamen establecido y regulado por la Ley 30/1972, de 22 de julio, sobre régimen económico-fiscal de Canarias, por lo que difícilmente dicha disposición puede afectar al deber de contribuir en términos prohibidos por el art. 86.2 CE. En segundo lugar, porque aun admitiendo a los meros efectos dialécticos que el citado Decreto-ley estableciese el gravamen controvertido, en ningún caso afectaría tampoco al deber de contribuir, por la naturaleza del tributo analizado, esto es, un tributo indirecto, instantáneo, objetivo y real que no cabe calificar como un tributo global sobre la renta o sobre el consumo, sino que grava una específica manifestación de capacidad económica, para unas concretas mercancías y en una determinada parte del territorio nacional. Este hecho determina que no pueda decirse que la regulación del Decreto-ley repercute sensiblemente en el criterio de reparto de la carga tributaria entre los contribuyentes, ni tampoco puede afirmarse que a través de aquella tarifa se personalice el reparto de la carga fiscal en el sistema tributario según los criterios de capacidad económica, igualdad y progresividad.

En consecuencia, el Tribunal establece que no se ha vulnerado el art. 86.1 CE ya que la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 7/1993 no ha alterado de manera relevante la presión fiscal que deben soportar los contribuyentes y, por consiguiente, no ha provocado un cambio sustancial de la posición de los ciudadanos en el conjunto del sistema tributario, no afectando, por tanto, a la esencia del deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que enuncia el art. 31.1 CE.

5. REGLAMENTO

A) Potestad reglamentaria: Límites al ejercicio de la potestad reglamentaria

La **STS de 5 de junio de 2012** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 4.^a, núm. rec. Contencioso-Administrativo 125/2009) Id. Cendoj 28079130042012100480, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Universidad Complutense de Madrid contra el Real Decreto 1614/2009, de 26 de octubre, por el que se estableció la ordenación de las enseñanzas artísticas superiores reguladas por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo y contra los Reales Decretos 630 a 635/2010, de 14 de mayo, por los que se regula el contenido básico de las enseñanzas artísticas superiores de Grado. La recurrente solicita la anulación de múltiples preceptos de los reglamentos citados.

En relación con el Real Decreto 1614/2009, el Tribunal Supremo se remite a su propia jurisprudencia, que ya había resuelto casos similares. Señala que la habilitación al Gobierno del artículo 58.1 de la LOE para definir la estructura y el contenido básicos de los diferentes estudios de enseñanzas artísticas superiores regulados en la Ley Orgánica de Educación no le permite denominar esos títulos de las enseñanzas superiores de modo coincidente con los títulos universitarios oficiales establecidos en el artículo 37 de la LOU. Esa coincidencia de denominación sería contraria a la Disposición Adicional 19.1 de la LOU, que establece una reserva de dichas denominaciones únicamente para uso exclusivo de los títulos universitarios de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional. En consecuencia, se declara la nulidad de pleno derecho de los preceptos afectados. Otros

de los argumentos aducidos por la recurrente también se estiman, por lo que el recurso se estima parcialmente.

B) Ordenanzas municipales: El legislador puede reservar a la ordenanza la regulación de determinadas materias

La STSJ de Madrid de 19 de abril de 2012 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. rec. Contencioso-Administrativo 79/2010), Id. Cendoj 28079330022012100002, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Provincial de Autoescuelas de Madrid contra el Decreto dictado por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Móstoles, de 13 de febrero de 2008, de «Regulación de las prácticas de conducción por los vehículos de las autoescuelas». La recurrente entiende que el Decreto mencionado, así como todas las actividades derivadas de su aplicación, deben declararse nulas. Los motivos para sustentar su petición son: a) la falta de competencia del Alcalde para dictar normas reglamentarias; b) haber prescindido totalmente del procedimiento para la aprobación de ordenanzas; c) contravenir los principios de igualdad, y los derechos de libertad de empresa y libre competencia.

En relación con la competencia del Alcalde, el Tribunal establece una serie de consideraciones en torno a la autonomía municipal y la potestad normativa de los municipios. En concreto, afirma la competencia del municipio en el ámbito de las vías urbanas, con el alcance que establezcan las legislaciones estatal y autonómicas. En consecuencia, el Ayuntamiento debe atenerse al Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, y a las demás normas que lo desarrollan. El artículo 7 de esta norma establece «la regulación mediante Ordenanza Municipal de Circulación, de los usos de las vías urbanas (...)». La Ley efectúa de este modo una reserva en favor de la Ordenanza para la regulación de los usos de las vías públicas. Puesto que el Decreto impugnado tiene por objeto regular las prácticas de conducción por los vehículos de las autoescuelas, limitando los lugares y horas para su realización, afecta de forma directa a la ordenación de los usos de las vías públicas.

A continuación el Tribunal analiza el carácter de los bandos y la imposibilidad del Alcalde de regular materias reservadas a la Ordenanza debido a las mayores garantías que se vinculan al procedimiento de elaboración de las ordenanzas. Puesto que el Decreto impugnado contiene una verdadera regulación de naturaleza reglamentaria, de carácter *ad extra*, interviniendo en la actividad de los ciudadanos, debería haberse tramitado por el Pleno con las garantías del artículo 49 LBRL, especialmente con publicidad, cuya ausencia determina la nulidad de pleno Derecho del Decreto.

Finalmente el Tribunal se refiere a la posible vulneración del principio de igualdad y del derecho a la libre empresa. Para ello analiza el contenido del Decreto y comprueba que, efectivamente, se imponen distintas condiciones a las autoescuelas no domiciliadas en Móstoles, que obstaculizan el ejercicio de su actividad. Por esa razón, entiende el Tribunal que se vulneran efectivamente la libre empresa y la libre competencia.

En atención a los argumentos indicados, el Tribunal estima parcialmente el recurso y declara la nulidad del Decreto impugnado.

6. DERECHO CONSUECUDINARIO: LA COSTUMBRE ES FUENTE DE DERECHO PARA LA REGULACIÓN DE LOS APROVECHAMIENTOS DE LOS MONTES DE UTILIDAD PÚBLICA

La **STS de 7 de junio de 2012** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 3.^a, núm. rec. casación 1728/2009), Id. Cendoj 28079130032012100294, resuelve el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Quirós contra Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias. Dicha Sentencia había estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Lena contra la resolución de la Consejera de Medio Rural y Pesca del Gobierno del Principado de Asturias de 3 de febrero de 2006, por la que se aprueba el Plan Técnico Anual de Aprovechamientos en los Montes de Utilidad Pública correspondiente al año 2006. La Sentencia entendió que la Administración no había ejercitado su competencia conforme a la Ley, en concreto conforme al artículo 111 de la Ley 4/1989, del Principado de Asturias, que establece que en todo caso se respetará la costumbre del lugar. Puesto que el Tribunal Supremo había declarado de forma indubitada la costumbre en el caso de que se trataba, reconoció el derecho de los vecinos del municipio de Lena al aprovechamiento de los pastos de la Sierra de Aramo denominados Puerto de Andruas, Guarnida y Valle del Giblo.

El recurso de casación se fundamenta en la incorrecta interpretación del papel de la costumbre en la regulación de los aprovechamientos de los Montes de Utilidad Pública. Sin embargo, el Tribunal Supremo invoca su propia jurisprudencia, que en supuestos idénticos al planteado ha reconocido el carácter esencial de la costumbre en la regulación del aprovechamiento de los bienes comunales. El recurso de casación se desestima y se imponen las costas a la recurrente.

7. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A) Principio de seguridad jurídica: no lo vulnera la inclusión de la regulación en una ley de acompañamiento

La **STC 102/2012, de 8 de mayo**, resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado contra determinados preceptos de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre relativa a la regulación del trasvase Tajo-Segura. La parte recurrente, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha considera que la regulación impugnada ha infringido el principio de seguridad jurídica que regula el art. 9.3 CE, por haber sido incluida en una Ley de acompañamiento o Ley ómnibus, esto es, en una Ley sin objeto predeterminado, cuya publicación formal no implica que las normas que contiene sean conocidas por sus destinatarios sin necesidad de una diligencia extraordinaria. Para los recurrentes, este tipo de regulación dificulta a los ciudadanos el conocimiento de los preceptos que se encuentran obligados a cumplir, lo que determina la vulneración del principio de seguridad jurídica.

El Tribunal recuerda su jurisprudencia sobre esta cuestión, en virtud de la cual la publicación de una disposición en el Boletín Oficial del Estado es suficiente para garantizar el conocimiento de la norma. En este sentido, el Tribunal declara que en este caso podrá considerarse que el procedimiento utilizado manifiesta una mala técnica legislativa, pero

no que infringe el art. 9.3 CE, y añade que no corresponde al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre la perfección técnica de las leyes.

Sobre esta cuestión también tiene interés la **STC 120/2012, de 5 de junio**.

B) Principio de interdicción de la arbitrariedad: se vulnera cuando la regulación produce una discriminación o carece de toda explicación racional

En la **STC 135/2012, de 19 de junio**, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid contra la nueva redacción del artículo único.20 de la Ley 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural.

En esta sentencia se plantea la vulneración por parte del legislador estatal del principio de interdicción de la arbitrariedad. Esta posible vulneración exige una doble verificación: en primer lugar, la determinación de si la norma legal cuestionada establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad; y, en segundo lugar, si aun no estableciéndola carece de toda explicación racional, pues, en tal caso, supondría una arbitrariedad. En consecuencia, es suficiente que una determinada norma legal posea una finalidad legítima y racional y que el medio adoptado no sea discriminatorio para que quede ahí agotado el enjuiciamiento de su posible arbitrariedad.

En el caso planteado en la sentencia objeto de análisis, en aplicación de la doctrina expuesta, cabe concluir que la medida adoptada por el legislador —establecer un principio de preferencia a favor de la empresa que ya opera en la zona geográfica— podrá ser criticable desde un punto de vista técnico o económico, pero no vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), pues ni la medida adoptada establece una discriminación arbitraria, ni tampoco carece de una finalidad razonable. El Tribunal aclara que el diferente tratamiento que el precepto establece entre las posibles empresas distribuidoras en función de que dispongan o no de autorización administrativa previa para una zona determinada no resulta arbitrario ni carente de finalidad, al perseguir que las empresas tengan que realizar unas menores inversiones y con ello lograr una menor carga económica para el consumidor final. Si el principio de preferencia que establece el art. 73.7 de la Ley 34/1998 trata de primar la eficiencia y evitar que la redundancia de redes genere un perjuicio para el consumidor, porque habría de hacer frente a los mayores costes que supondrían nuevas inversiones, no cabe duda de que no vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad.

C) Igualdad en las condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad en relación con la aplicación de la servidumbre de protección de la legislación de costas

En la **STC 137/2012, de 19 de junio**, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con la disposición adicional segunda de la Ley del Parlamento de Galicia 18/2008, de 29 de diciembre, de vivienda, que modifica

la disposición adicional tercera de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y de protección del medio rural de Galicia.

La doctrina constitucional fijada en las SSTC 149/1991 y 198/1991 dispuso que sólo al Estado corresponde establecer limitaciones y servidumbres sobre los terrenos colindantes al demanio marítimo-terrestre y, entre ellas, en relación con la servidumbre de protección, en virtud de lo establecido por el art. 149.1.23.^a CE, en conexión con el art. 149.1.1.^a CE para fijar en condiciones de igualdad el ejercicio del derecho de propiedad en todo el territorio, de modo que las Comunidades Autónomas no pueden establecer disposición alguna al respecto, ni siquiera para reproducir con exactitud las previsiones estatales. La legislación gallega impugnada había establecido algunas especialidades en relación con el régimen general previsto en relación con la citada servidumbre en la legislación estatal de costas. El Tribunal Constitucional declara expresamente que compete sólo al Estado el establecimiento de tales servidumbres y limitaciones, así como la precisión de su alcance y contenido.

El Tribunal precisa que la norma autonómica enjuiciada pretendía «establecer supuestos de aplicación de las referidas disposiciones transitorias de la Ley de costas y del Reglamento general para el desarrollo y ejecución de dicha Ley de costas, (...) lo que supone por sí mismo una vulneración de la competencia estatal, con independencia del concreto alcance —ampliatorio o no de las reglas estatales— de tal operación».

A juicio del Tribunal, cuando el Estado ejerce su competencia para establecer una legislación básica en materia de medio ambiente, *ex* art. 149.1.23.^a CE, en conexión con su competencia *ex* art. 149.1.1.^a CE, para fijar en condiciones de igualdad el ejercicio del derecho de propiedad en todo el territorio, las Comunidades Autónomas no pueden establecer ninguna disposición al respecto, ni siquiera para reproducir con exactitud las previsiones estatales. Según reiterada jurisprudencia constitucional, la reproducción de normas estatales en normas autonómicas es inconstitucional cuando la Comunidad Autónoma carece de la correspondiente competencia, salvo que —lo que no es el caso— la reiteración de la norma estatal sea imprescindible para el entendimiento del precepto. Por último, el Tribunal rechaza las alegaciones de la Xunta de Galicia y del Parlamento gallego, relativas a que el legislador gallego ha ejercido, al aprobar tal disposición, sus competencias en materia de ordenación del territorio y urbanismo, ya que, tal y como dejó establecido la STC 149/1991, estas competencias no pueden incidir en la fijación por el Estado de la servidumbre de protección de costas.

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) **Tipos de actos administrativos.**
 - a) Acto de contenido imposible.
 - b) Actos administrativos dictados en ejecución de sentencia.
 - B) **Acto impugnabile.**
 - a) Acto condicionado de aprobación de modificación de planeamiento urbanístico: impugnabile.
 - b) Acto de trámite inimpugnabile: relación de aspirantes en proceso selectivo.
 - c) Acto inimpugnabile: acto consentido y firme.
 - d) Acto inimpugnabile en vía administrativa: procedimientos relativos a recompensas para el personal en las Fuerzas Armadas.
3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.
 - A) **Iniciación.**
 - a) Legitimación inicio de procedimiento de revisión de oficio: concurrencia de interés legítimo.
 - B) **Tramitación.**
 - a) Omisión de trámite de audiencia en procedimientos administrativos no sancionadores.
 - b) Representación necesaria para la firma de actas de conformidad.
 - c) Diligencia argucia que no interrumpe la prescripción en los procedimientos tributarios.
 - d) Suspensión cautelar en procedimientos tributarios.
 - C) **Terminación.**
 - a) Silencio administrativo negativo en solicitud de instalación de máquinas de juego.
 - b) Silencio administrativo negativo en procedimientos iniciados de oficio.
4. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO.
 - A) **Motivación.**
 - a) Motivación suficiente.

5. ELIMINACIÓN DEL ACTO.

A) Recursos administrativos.

- a) Recurso de alzada en reclamaciones económico-administrativas.
- b) Recursos extemporáneos y cómputo de plazos.
- c) Improcedencia de recurso extraordinario de revisión.

B) Revisión de oficio.

- a) Improcedencia de revisión de oficio: transcurso de tiempo y convalidación del acto.
- b) Derecho a revisión de oficio: proceso selectivo.

C) Error material, de hecho o aritmético.

- a) Inexistencia de error material.
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el análisis de las sentencias dictadas en el período comprendido entre los meses de abril y mayo de 2012, ambos incluidos, con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia.

Entre las sentencias dictadas en este período, merecen ser destacadas las relativas a la existencia de un interés legítimo para solicitar la revisión de oficio que, si bien no recogen ninguna doctrina novedosa, tienen el interés de recordarnos la jurisprudencia dictada en esta materia. De igual forma, llama la atención la STS de 16 de mayo de 2012, sobre actos administrativos en ejecución de sentencia y su configuración como «actos debidos».

2. CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO

A) Tipos de actos administrativos

a) Acto de contenido imposible

Sobre el concepto de acto de contenido imposible, la **STS de 31 de mayo de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3.^a), recurso contencioso-administrativo núm. 397/2010, recuerda la doctrina jurisprudencial al respecto, conforme a la cual la imposibilidad a que se refiere la norma es de carácter material o físico, ya que una imposibilidad de carácter jurídico equivaldría prácticamente a ilegalidad del acto, que suele comportar anulabilidad. La imposibilidad debe ser, asimismo, originaria, ya que una imposibilidad sobrevenida comportaría simple ineficacia del acto. Actos nulos por tener un contenido imposible son, por tanto, los que resultan inadecuados, en forma total y originaria, a la realidad física sobre la que recaen. Son también de contenido imposible los actos que encierran una contradicción interna en sus términos (imposibilidad lógica) por oponerse a leyes físicas inexorables o a lo que racionalmente se considera insuperable. La jurisprudencia ha equiparado en algunos casos la indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad del contenido del acto con la imposibilidad de éste.

b) Actos administrativos dictados en ejecución de sentencia

La **STS de 16 de mayo de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 7.^a), recurso de casación núm. 4433/2011, atribuye la naturaleza de actos administrativos dictados en ejecución de sentencia a dos resoluciones por las que se modificaron las puntuaciones definitivas de la fase de concurso en ejecución de sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Y así, los fallos de estas sentencias reconocían el derecho de los recurrentes a que les fuera baremado un concreto mérito, por lo que la Administración se encontraba legal y constitucionalmente obligada a llevarlo a puro y debido efecto, por lo que ningún reproche de ilegalidad puede apreciarse en el contenido de tales resoluciones que constituirían «actos debidos».

B) Acto impugnabile

a) Acto condicionado de aprobación de modificación de planeamiento urbanístico: impugnabile

La **STS de 24 de abril de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3.^a), recurso de casación núm. 2263/2009, califica como acto definitivo, y no de trámite, y, por tanto, impugnabile, el acto por el que se acuerda la modificación puntual del plan general y del plan parcial supeditado a determinadas condiciones. El acuerdo impugnado constituye la aprobación definitiva del plan urbanístico, aunque se supedite a determinadas condiciones, cuyo cumplimiento no priva a la aprobación de su carácter definitivo.

b) Acto de trámite inimpugnabile: relación de aspirantes en proceso selectivo

La **STS de 12 de abril de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 7.^a), recurso de casación núm. 514/2010, califica como acto de trámite y, por tanto, inimpugnabile, la relación de aspirantes admitidos y excluidos en proceso selectivo y el acuerdo de nombramiento de los tribunales calificadoros.

c) Acto inimpugnabile: acto consentido y firme

La **STSJ de Aragón de 19 de abril de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 1.^a), sentencia núm. 188/2012, declara inimpugnabile el acto objeto del recurso que es la liquidación final de un procedimiento de ejecución subsidiaria en el que el Ayuntamiento de Jaca, ante la no realización de unas obras por el licenciataria y encargado de ejecutarlas, acuerda en su momento proceder a realizarlas a costa del beneficiario de las mismas y, una vez realizadas, las liquida y acuerda su exacción. La sociedad recurrente no recurrió la licencia, ni la decisión administrativa de ejecutar subsidiariamente la obra, tampoco la inicial liquidación. Por todo ello, la inadmisión del recurso en absoluto puede considerarse contraria a derecho. Y ello porque el recurrente dirige su acción impugnatoria frente a decisiones consentidas y sobre las que ahora no puede, lícitamente, solicitar la nulidad.

d) *Acto inimpugnable en vía administrativa: procedimientos relativos a recompensas para el personal en las Fuerzas Armadas*

La **STSJ de Madrid de 13 de abril de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 8.ª), sentencia núm. 337/2012, declara procedente la inadmisión de un recurso administrativo presentado frente a la desestimación por silencio administrativo. El Tribunal recuerda que en los procedimientos en materia de evaluaciones, ascensos, destinos, situaciones y recompensas cuya concesión deba realizarse a solicitud del personal de las Fuerzas Armadas, si la Administración no notificara su decisión en el plazo de tres meses o, en su caso, en el establecido en el correspondiente procedimiento, se considerará desestimada su solicitud, quedando expedita la vía contencioso-administrativa. En este ámbito, la LRJPAC es desplazada por la normativa específica, constituida por el art. 141.3 de la Ley 39/2007. Luego, transcurridos tres meses desde su solicitud, tenía expedita la vía jurisdiccional frente al silencio administrativo, sin que quepa enervar los efectos negativos de ese silencio mediante la interposición de recursos administrativos inexistentes, cuando en el caso de autos, y por expreso designio del Legislador, el recurso jurisdiccional es directo frente al silencio, por lo que no existiendo silencio positivo de clase alguna, procede acoger la causa de inadmisibilidad articulada por la Abogacía del Estado.

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) **Iniciación**

a) *Legitimación inicio de procedimiento de revisión de oficio: concurrencia de interés legítimo*

Las **SSTS de 26 de abril y de 17 de mayo de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.ª), recursos de casación núm. 1917/2009 y 6383 y 5366/2009 y 6558/2009, analizan si el Ayuntamiento de Madrid tiene legitimación suficiente para solicitar la revisión de oficio por causa de nulidad de pleno derecho de las resoluciones del TEAR, y por tanto si era titular de un interés legítimo habilitante.

Con este fin, el Tribunal realiza varias precisiones. Recuerda la jurisprudencia de este Tribunal que señala que el hecho de no resultar necesaria la comunicación de la tramitación de la reclamación económico-administrativa, por no ser titular de derecho o interés legítimo que pueda resultar afectado directamente por la Resolución y del que tenga conocimiento o deba tenerlo el Tribunal Económico-Administrativo, no excluye la existencia de un interés legítimo suficiente y habilitante para solicitar su revisión de oficio por causa de nulidad. Para el caso del procedimiento de revisión de oficio por causa de nulidad de pleno derecho debe aplicarse el concepto de interesado del art. 31.1 LRJPAC, ya que el concepto de interesado del art. 232 de la LGT se aplica exclusivamente a los procedimientos económico-administrativos. Y así, la titularidad de un interés legítimo, sea directo o indirecto, cuando se promueve el procedimiento administrativo, como es el caso de la solicitud de revisión de oficio, otorga la condición de interesado. En este punto, la sentencia recuerda el concepto de interés legítimo elaborado por la jurisprudencia constitucional y que resulta perfectamente identificable con el concepto referido en el art. 19.1.a) LJCA

(entre otras, SSTC 220/2001, de 31 de octubre, y 7/2001, de 15 de enero), dado que el art. 24.1 de la Constitución consagra el derecho a la tutela efectiva a todas las personas que sean titulares de derechos e intereses legítimos e impone a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales. Así, se ha de aplicar al contencioso-administrativo la regla general de la legitimación por interés (ventaja o utilidad jurídica que se obtendría en caso de prosperar la pretensión ejercitada).

Pues bien, en aplicación de la anterior doctrina, la sentencia declara que «resulta claro que las Resoluciones del TEAR afectaron a la relación jurídico-tributaria que el Ayuntamiento de Madrid venía manteniendo con el sujeto pasivo del impuesto, produciéndose una novación de carácter subjetiva de la misma respecto a este último; circunstancia clara y suficiente que hace que deba entenderse que el recurrente tenía interés legítimo y, por tanto, legitimación suficiente para promover y solicitar la revisión de oficio por causa de nulidad de la citada Resolución» (FJ 3.º). Así, en la medida en que las Resoluciones del TEAR modifican el sujeto pasivo del IBI y, por tanto, el sujeto deudor de la relación tributaria de la que resulta sujeto activo el Ayuntamiento acreedor, debe considerarse la existencia de un interés legítimo indirectamente afectado y suficiente para entender que el Ayuntamiento de Madrid estaba legitimado para solicitar la revisión de oficio por causa de nulidad de pleno derecho instada. Todo ello hace improcedente la inadmisión operada en la Resolución impugnada, por lo que el TS estima el recurso de casación.

También sobre legitimación para inicio de procedimiento de revisión de oficio, la **STS de 31 de mayo de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3.ª), recurso contencioso-administrativo núm. 397/2010, en un caso en el que un funcionario solicita que se revise el otorgamiento a otro el título de Patrón Mayor de Cabotaje. Para el Tribunal, el solicitante de la revisión de oficio estaba legitimado para promover la acción de nulidad de la resolución administrativa por cuanto ha quedado acreditado que podía afectar a sus expectativas de promoción en la carrera profesional de funcionario público en el Servicio de Vigilancia Aduanera en la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

B) Tramitación

a) *Omisión de trámite de audiencia en procedimientos administrativos no sancionadores*

Las **SSTS de 26 de abril y de 17 de mayo de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.ª), recursos de casación núm. 1917/2009 y 6383 y 5366/2009 y 6558/2009, se pronuncian sobre la omisión del trámite de audiencia al Ayuntamiento de Madrid, y en particular a la Agencia Tributaria de Madrid, en un procedimiento económico-administrativo relativo a la modificación de la titularidad catastral de aparcamientos subterráneos. El recurrente alegaba la infracción de la legislación tributaria y del art. 34 LRJPAC, entendiendo que el hecho de no haberle dado traslado de la tramitación de la reclamación económico-administrativa para personarse conllevaba la nulidad de pleno derecho por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, considerando que el trámite de audiencia era «esencial». En la primera sentencia citada, de 26 de abril, la Sentencia de instancia reconoció la condición de interesada que correspondía a la Agencia Tributaria Madrid, que no fue combatida en casación. En la segunda sentencia citada, de

17 de mayo, la Sentencia de instancia negó la falta de legitimación e interés de la Agencia Tributaria de Madrid, en relación con el cambio de titularidad catastral, cuestión combatida en casación y ya comentada en la Crónica de jurisprudencia anterior. En ambas sentencias, el Tribunal Supremo analiza si, como denuncia la recurrente, la falta de audiencia en el procedimiento económico-administrativo podría considerarse un defecto causante de la nulidad absoluta de la Resolución dictada, y si, por tanto, la Resolución de la solicitud de revisión de oficio por causa de nulidad hubiera debido resolver la nulidad de pleno derecho interesada por la recurrente.

Para ello, la Sala recuerda la jurisprudencia establecida sobre la omisión del trámite de audiencia en los procedimientos administrativos no sancionadores. En particular, la STS de 11 de julio de 2003 afirmó con total claridad que «ninguna de las causas de nulidad contempladas en el art. 62 LRJPAC resulta aplicable a la simple falta del trámite de audiencia. No lo es la prevista en la letra a), según la cual son nulos de pleno derecho aquellos actos que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, porque el derecho a la defensa sólo constituye un derecho susceptible de dicho remedio constitucional en el marco de un procedimiento sancionador, por la aplicación al mismo —aun con cierta flexibilidad— de las garantías propias del proceso penal, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo; fuera de ese ámbito sancionador, la falta del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo e incluso la misma indefensión, si se produce, podrán originar las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevea, pero no afectan a un derecho fundamental o libertad pública susceptible de amparo constitucional. Por otra parte, la falta de un trámite como el de audiencia, por esencial que pueda reputarse, no supone por sí misma que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (STS de 13 de octubre de 2000), que puede subsistir aun faltando la sin duda decisiva audiencia del interesado, por lo que tampoco le afecta, en principio, la causa de nulidad de pleno derecho prevista en la letra e) del art. 62 LRJAP-PAC. Por otra parte, es claro que a la ausencia del trámite de audiencia le es de aplicación de manera muy directa la previsión del apartado 2 del artículo 63 de la Ley 30/1992, que establece la anulabilidad de un acto administrativo por defecto de forma cuando éste de lugar a la indefensión del interesado» (FJ 2.º).

En aplicación de tal doctrina al caso aquí analizado, la Sala desestima el motivo alegado pues «la ausencia del trámite de audiencia, más en el caso de terceros interesados, no constituye causa de nulidad de pleno derecho en los procedimientos administrativos no sancionadores, y por tanto la existencia del tal defecto, de concurrir, sería irrelevante a los efectos de la Resolución del expediente de revisión de oficio por causa de nulidad de pleno derecho que fue iniciado a instancia de la recurrente» (FJ 4.º, SSTS de 26 de abril y de 17 de mayo de 2012).

b) Representación necesaria para la firma de actas de conformidad

La **STS de 3 de abril de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.ª), recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2207/2011, reitera la doctrina jurisprudencial sobre la representación necesaria para la firma de actas de conformidad, y confirma que es suficiente el apoderamiento suscrito en documento privado y que se refiera a todas

las actuaciones administrativas que resulten del procedimiento de regularización de la situación tributaria en curso.

Como ha establecido jurisprudencia reiterada, la suscripción de un acta extendida por la Inspección de los Tributos no es un acto de mero trámite y, por tanto «no es admisible la actuación de un representante que no acredite el apoderamiento». Ahora bien, la necesaria representación expresa para la firma de actas de inspección no implica que dicha representación deba necesariamente contenerse en documento público o bien en documento privado con firma legitimada notarialmente como exige para otros supuestos el art. 43.2 de la Ley General Tributaria. En este sentido, el art. 27.3) del Reglamento General de Inspección de los Tributos prevé la validez de la representación otorgada mediante documento privado en el que el designado acepta la representación y además responde de la autenticidad de la firma otorgada. En aplicación al caso, la Sala desestima la casación, ya que en el documento privado formalizado aparece la firma del representante y representado, y en el contenido del documento se otorga expresamente la representación para «todas las actuaciones administrativas que resulten tanto del procedimiento de regularización de su situación tributaria en curso como, en su caso, de los expedientes sancionadores que se instruyan a resultas del mismo», fórmula comprensiva tanto de las actas de disconformidad como de las de conformidad.

La misma doctrina se recoge en un supuesto similar, en la **STS de 3 de abril de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso de casación número 4963/2010, FJ 2.º

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

La **STS de 17 de mayo de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso de casación núm. 1712/2008, 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 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.

En aplicación al caso, como ya puso de relieve la Sentencia de instancia, resulta sorprendente que el TEAF de Bizkaia permita que transcurran tres años sin actividad de ninguna clase desde que la sociedad reclamante realizó alegaciones y, justo en el día que finaliza el plazo de prescripción, le notifica una cuestión que el interesado no había alegado y que ni siquiera fue elemento esencial en la resolución que el TEAF adoptó. En consecuencia, la Sala declara que el trámite debe ser calificado como diligencia argucia por su innecesidad, irrelevancia jurídica e incongruencia, lo que permite apreciar una mera fina-

lidad de interrumpir la prescripción. Así pues, debe determinarse que ese requerimiento del TEAF no interrumpió el cómputo prescriptorio por tratarse de una dilación injustificada, por lo que se confirma la doctrina de la sentencia impugnada y se desestima el recurso de casación.

d) Suspensión cautelar en procedimientos tributarios

La **STS de 17 de mayo de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso de casación núm. 1578/2008, se pronuncia sobre una solicitud de suspensión cautelar en un procedimiento económico-administrativo relativo a la modificación del domicilio fiscal. El demandante alegaba haber obtenido la medida cautelar por silencio positivo, conforme a los arts. 111 y 43 LRJPAC, y la existencia de perjuicios de difícil o imposible reparación. La Sala rechaza ambos motivos, aplicando la regulación específica de la suspensión en la vía económico-administrativa: según el art. 233 LGT, la suspensión sin prestación de garantías —el supuesto pedido por el recurrente— exige necesariamente, además de otros requisitos, el de que la ejecución del acto de cuya suspensión se trate pueda causar perjuicios de difícil o imposible reparación, sin que conste se haya acreditado por el solicitante la existencia de perjuicio alguno. En este punto, la sentencia de instancia ya había señalado que existió un defecto material de justificación y no de un defecto formal subsanable a requerimiento de la Administración, y la Sala confirma dicho criterio: no cabe la subsanación, toda vez que no cabe subsanar requisitos que son constitutivos de la acción, que no son meras insuficiencias formales, sino verdaderos defectos de justificación de la pretensión.

En segundo lugar, no puede pretenderse obtener la suspensión cautelar por el juego del silencio administrativo por la demora de más de un año en resolver dicha petición, puesto que le resulta aplicable, precisamente, el silencio desestimatorio, previsto en el art. 240 LGT, que es la normativa específica aplicable sobre la duración del procedimiento económico-administrativo y sobre los efectos del transcurso del plazo máximo establecido para resolver los citados procedimientos.

C) Terminación

a) Silencio administrativo negativo en solicitud de instalación de máquinas de juego

La **STS de 20 de abril de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3.^a), recurso de casación núm. 909/2010, se pronuncia sobre la denegación de una solicitud de autorización de traslado de máquinas recreativas.

En relación con el fondo, la Sala confirma la conclusión del Tribunal de instancia, que resulta absolutamente razonable: puesto que la sociedad recurrente tenía suspendidas las autorizaciones, la relativa al traslado de determinadas máquinas corría la misma suerte. La desestimación de la solicitud, dadas las circunstancias concurrentes en dicho momento, fue ajustada a Derecho. En todo caso, una vez probada la presentación de la solicitud y la ausencia de resolución expresa, se infiere de forma inequívoca que la Administración incumplió el deber de resolver que le impone el artículo 42.1 LRJPAC. Esta vulneración normativa produce eventualmente consecuencias en el ámbito interno de la Administración, pero,

en cuanto a los derechos e intereses del administrado ejercitados mediante la solicitud, las consecuencias son las ligadas al silencio administrativo. En este caso desfavorables para el peticionario en virtud de la norma autonómica aplicable, la Ley del Principado de Asturias 3/2001, de 4 de mayo, de Juego y Apuestas, que otorga sentido desestimatorio a la falta de resolución en tres meses de la solicitud de autorizaciones para la realización de todas las actividades necesarias para la organización y explotación del juego.

b) Silencio administrativo negativo en procedimientos iniciados de oficio

La **STSJ de Galicia de 2 de mayo de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 1.^a), recurso contencioso-administrativo núm. 769/2009, se pronuncia sobre la denegación presunta de la solicitud formulada a la Administración sobre la publicación del listado definitivo con los aspirantes que realmente superaron un proceso selectivo para el ingreso en un Cuerpo facultativo superior de la Xunta de Galicia. La Sala rechaza la pretensión de los recurrentes, de estimación por silencio de dicha solicitud, ya que la misma se inserta en la convocatoria de un proceso selectivo que es un procedimiento iniciado de oficio por lo que, con arreglo a los arts. 42, 43 y 44 LRJPAC, es aplicable el silencio administrativo negativo, y procede la desestimación del primero de los motivos de impugnación. Por otra parte, la pretensión formulada de modo subsidiario en la demanda, relativa a que se exija a la administración la publicación de una lista definitiva con todos los que aprobaron el proceso, tampoco es acogida por la Sala, entre otras razones porque, como mantienen los personados como interesados, resulta que el listado definitivo ya se publicó, por lo que no tiene sentido que se obligue a la administración a su reiteración.

4. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Motivación

a) Motivación suficiente

La **STS de 17 de mayo de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3.^a), recurso de casación núm. 5366/2009, recuerda la doctrina de la Sala sobre motivación del acto administrativo. En esta oportunidad, en relación con una desestimación de una solicitud de revisión de oficio.

5. ELIMINACIÓN DEL ACTO

A) Recursos administrativos

a) Recurso de alzada en reclamaciones económico-administrativas

La **STS de 28 de abril de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso de casación núm. 1197/2008, pone de manifiesto la exigencia de contener, en las reclamaciones económico-administrativas, en un mismo escrito la interposición del recurso

de alzada y las alegaciones en que se funde. Así, a diferencia de la posibilidad de iniciar la reclamación económica-administrativa mediante escrito en el que el interesado se limite a pedir que se tenga por interpuesta la reclamación, a la manera de escrito de iniciación del proceso contencioso-administrativo, el escrito de interposición del recurso de alzada ha de contener necesariamente las alegaciones correspondientes (hechos, fundamentos jurídicos y petición que se concrete en el recurso) y los documentos que acompañen al mismo, al no haber trámite posterior de puesta de manifiesto del expediente para alegaciones. Por ello, no existe la posibilidad de iniciar el recurso de alzada mediante un escrito en el que el interesado se limite a pedir que se tenga por interpuesto el recurso, reservándose la realización de las alegaciones para un momento posterior. La Sentencia considera improcedente la interposición, en un primer momento, de un escrito por el Director General de Tributos, con un simple anuncio previo de la interposición del recurso y solicitando la posterior puesta de manifiesto del expediente para la formulación de alegaciones; y, de un segundo escrito, en el que finalmente se formalizan estas alegaciones.

b) Recursos extemporáneos y cómputo de plazos

La **STSJ de Murcia de 7 de mayo de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), sentencia núm. 449/2012, recuerda la regla del cómputo de plazo de un mes para las reclamaciones económico-administrativas, computándose de fecha a fecha.

De igual forma, la **STS de 23 de abril de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso de casación núm. 5017/2009, recuerda su doctrina sobre observancia del plazo establecido para la interposición del recurso de alzada ante el Tribunal Económico-Administrativo Central por los órganos administrativos legitimados y sobre las consecuencias de su inobservancia. En aplicación de esta doctrina, el presente recurso de casación no puede ser rechazado, porque no está formulado respecto del Director General de Tributos de una Comunidad Autónoma, sino respecto de los Directores Generales del Ministerio de Economía y Hacienda y de los Directores de Departamento de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, órganos directivos que se integran en la Administración General del Estado, de la que también forman parte los tribunales económico-administrativos.

Por su parte, también recuerda la jurisprudencia relativa al cómputo de los plazos de los recursos administrativos la **STSJ de Murcia de 7 de mayo de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), sentencia núm. 444/2002, que inadmite un recurso contencioso-administrativo por interponerse frente a una inadmisión de un recurso de reposición extemporáneo, lo que conlleva que el acto objeto del recurso devenga en firme y consentido.

c) Improcedencia de recurso extraordinario de revisión

La **STS de 31 de mayo de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.^a), recurso de casación núm. 1429/2010, confirma la improcedencia de un recurso extraordinario de revisión en relación con un deslinde del dominio público marítimo-terrestre. Los recurrentes fundamentan su recurso de revisión en el «Estudio Básico de Dinámica Litoral. Nivel de Inundación», que contiene un apartado sobre la cota de inundación de la playa y al que le atribuyen el carácter de documento nuevo con valor probatorio incontestable.

Por su parte, la sentencia recurrida rechazó que este estudio mereciera la consideración de nuevo documento, ya que sólo merecen tal consideración aquéllos cuya obtención no está al alcance del interesado en el momento en que fue dictada la resolución cuya revisión se pretende, mientras que este documento en cuestión es una especie de informe pericial o científico que no es nuevo, en el sentido exigible por el art. 118 LRJAPAC.

Aunque la redacción del art. 118.1.2.^a LRJPAC permite que esos documentos sean posteriores a la resolución cuya revisión se pretende, la norma específica que han de ser «de valor esencial para la resolución del asunto» y, además, que «evidencien el error de la resolución recurrida». En suma, no se trata de cualquier clase de documento posterior. Y, ciertamente, para el Tribunal, el estudio técnico a que se refiere la parte recurrente no es subsumible en la previsión del art. 118.1.2.^a LRJPAC, por las razones explicadas por la sala de instancia. En efecto, un estudio sobre la «cota de inundación» puede constituir, en su caso, un elemento de juicio para haber valorado en su momento la corrección del deslinde realizado, pero no demuestra, desde luego, que en la delimitación de la poligonal de deslinde se haya incurrido en error de hecho.

Tampoco cabe incluir entre los documentos comprendidos en la causa del art. 118.1.2.^a LRJPAC aquél que se confecciona con posterioridad al acto cuya revisión se pretende y referido a un hecho que existía previamente y que podía ser conocido y alegado tanto en el expediente de deslinde como en el recurso contencioso-administrativo y que podía haber sido acreditado entonces mediante la práctica de las pruebas periciales precisas para determinar el máximo alcance de las olas para períodos de retornos extensos.

B) Revisión de oficio

a) Imprudencia de revisión de oficio: transcurso de tiempo y convalidación del acto

La **STS de 31 de mayo de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3.^a), recurso contencioso-administrativo núm. 397/2010, conoce de un caso en el que un funcionario solicita que se revise el otorgamiento a otro el título de Patrón Mayor de Cabotaje. Dicha solicitud es rechazada por Acuerdo de Consejo de Ministros, siguiendo las indicaciones contenidas en el correspondiente Dictamen del Consejo de Estado, que consideraba que no concurren en la resolución controvertida las causas de invalidez radical aducidas por el recurrente y que cabe tener en cuenta el tiempo transcurrido desde la expedición del título de Patrón Mayor de Cabotaje (más de dieciocho años), lo que ha impedido la tramitación de actuaciones penales y administrativas sancionadoras, para dilucidar el carácter delictivo o infractor de la conducta examinada. Esto, junto al hecho de que el título fuera revalidado en 2006, constituyen circunstancias que enervan las facultades de revisión, de modo que el ejercicio de la facultad revisora sería contrario a la equidad, al derecho de los particulares o a las leyes.

b) Derecho a revisión de oficio: proceso selectivo

Las **SSTS de 13, 26 y de 30 de abril de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 7.^a), recursos de casación núm. 5646/2010, 5093/2010 y 5500/2010, estiman parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación por

silencio de la solicitud de revisión de oficio de resolución por la que se aprueba y se hace pública la relación definitiva de aspirantes que habían superado las pruebas selectivas para el ingreso en el cuerpo de funcionarios, que se anula por no ajustarse al ordenamiento jurídico, ya que se utilizaron distintos criterios de corrección para un mismo ejercicio.

Eso sí, se desestima la pretensión de la recurrente de que se le tenga por superado el proceso selectivo.

C) Error material, de hecho o aritmético

a) *Inexistencia de error material*

La **STS de 10 de mayo de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3.ª), recurso de casación núm. 464/2010, considera que no existe un error material, de hecho o aritmético en un supuesto en el que se produce una notificación de una carta de pago dirigida a una entidad distinta del obligado tributario reflejado en el propio Acuerdo de liquidación. El Tribunal concluye que, en contra de lo sostenido por la entidad recurrente, el que aparezca como destinatario de la carta de pago una entidad diferente a la consignada en el Acuerdo de liquidación resulta ser consecuencia directa de la sucesión empresarial llevada a cabo por escisión de la primera de las entidades, de la que surge la segunda de ellas (con nombres muy parecidos), lo que nos sitúa en un supuesto de sucesión de la responsabilidad tributaria que requiere para su debida apreciación de un análisis jurídico de fondo que resulta incompatible con la naturaleza de ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente que caracteriza a un error de hecho.

De igual forma, en la **STS de 19 de abril de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3.ª), recurso de casación núm. 6973/2009, no se considera que estemos en presencia de un error material en la modificación de la calificación urbanística de «equipamiento público», para que tenga un uso «residencial». Esto excede de la posibilidad de rectificar errores materiales, de hecho o aritméticos que se contemplan en el art. 105.2 LRJPAC. No se puede utilizar la facultad prevista en este precepto cuando es necesario efectuar una interpretación jurídica contraria a la que se deduce de la norma (en este caso, la Memoria del Plan General), máxime para cambiar de manera sustancial el sentido que en ella se expresa.

MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN
LUCÍA LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO

CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS.
 - A) **Criterios de adjudicación (Directiva 2004/18/CE).** El Pliego de Condiciones Técnicas puede contener especificaciones detalladas de una etiqueta ecológica, pero no puede exigir una determinada etiqueta ecológica.
 - B) **No es nulo de pleno derecho un contrato de gestión de servicio público, por el hecho de que la Ley que le da cobertura jurídica incumpla la normativa comunitaria.**
 3. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS.
 - A) **Aplicación del principio de confianza legítima en el ámbito de la contratación administrativa.**
 4. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS.
 - A) **Devengo de los intereses legales de los intereses vencidos derivados de cantidades «líquidas y vencidas» adeudadas por la Administración por demora en el pago, desde el momento de la interposición del recurso contencioso-administrativo. Aplicación supletoria de la figura del «anatocismo» (art. 1109 Cc).**
 5. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS.
 - A) **Contrato de obras: modificación del contrato de obras, motivada por necesidades nuevas y causas imprevistas, solicitado por la empresa sin contrapartida económica, no da lugar a indemnización.**
 - B) **Contrato de obras. La fecha de recepción a tener en cuenta para el cómputo del plazo de pago de intereses de demora es la del acta de recepción de las obras.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de mayo a agosto de 2012, tanto por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Supremo como por los 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) Criterios de adjudicación (Directiva 2004/18/CE). El Pliego de Condiciones Técnicas puede contener especificaciones detalladas de una etiqueta ecológica, pero no puede exigir una determinada etiqueta ecológica

La **STJCE de 10 de mayo de 2012**, Sala Tercera, As. C-368/10, apartados 63, 67 y 72, se centra en el procedimiento de adjudicación de un contratos público de suministro, regulado en 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. Se plantea concretamente en esta sentencia determinar si las especificaciones técnicas que se recogieron en los criterios de adjudicación de un contrato público de suministro, instalación y mantenimiento de máquinas expendedoras de bebidas calientes, y de suministro de té, café y otros ingredientes, eran compatibles o no con la mencionada Directiva 2004/18/CE.

En este sentido, determina la sentencia que, en cumplimiento del art. 23 de la Directiva 2004/18, las especificaciones técnicas deberán permitir, en todo caso, el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, por ello, en lo que respecta a los requisitos relativos a características medioambientales, los poderes adjudicadores tienen la facultad de recurrir a las especificaciones detalladas de una etiqueta ecológica, pero no a una etiqueta ecológica como tal. Por ello, el poder adjudicador tiene la obligación de indicar expresamente las características medioambientales detalladas que desea imponer, incluso cuando recurra a las características definidas por una etiqueta ecológica. Esta obligación para el poder adjudicador es requisito «indispensable para que los licitadores potenciales puedan remitirse a un documento único y oficial, procedente del propio poder adjudicador, sin estar, por tanto, sujetos a los imponderables de una búsqueda de información y a las posibles variaciones en el tiempo de los criterios relativos a una etiqueta ecológica».

Por ello, se considera por la STJCE contrario a la Directiva 2004/18 que se exija en el pliego de condiciones que determinados productos que se suministraran estuvieran provistos de «una determinada etiqueta ecológica», en lugar de utilizar las especificaciones detalladas definidas en dicha etiqueta ecológica.

B) No es nulo de pleno derecho un contrato de gestión de servicio público, por el hecho de que la Ley que le da cobertura jurídica incumpla la normativa comunitaria

La **STS de 23 de mayo de 2012**, Recurso de Casación núm. 7113/2010, FF.DD. 10.º y 11.º, aplica la jurisprudencia asentada del TJCE y determina la no nulidad de pleno derecho de un contrato de gestión de servicio público de transporte marítimo de personas, aunque la ley que lo amparaba (Ley 4/1999, que declaró que el transporte marítimo de viajeros en la ría de Vigo era un servicio público autonómico que podía gestionarse indirectamente), haya sido declarada inaplicable por Sentencia del TJCE, en aplicación de los *principios comunitarios de eficacia directa y primacía*, por incumplir la normativa comunitaria. Señala el Tribunal Supremo que el incumplimiento de la normativa comunitaria y su necesario remedio no se rige en el plano de la validez. En caso de contradicción la norma comunitaria

desplaza a la norma interna del Estado miembro (por aplicación del principio comunitario de eficacia directa), pero no supone la invalidez de la norma de derecho interno, dado que no existe una relación de jerarquía entre la normas de Derecho comunitario y de Derecho interno.

Por todo ello, en este supuesto, señala el Tribunal que la figura jurídica que la Administración debe aplicar para extinguir el contrato de gestión de servicio público controvertido es la «resolución del contrato», por lo que insta a la Administración a que tramite un expediente para la resolución del contrato de gestión de servicio público (*vid.* arts. 206 y ss. Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público).

3. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

A) Aplicación del principio de confianza legítima en el ámbito de la contratación administrativa

La **STS de 17 de mayo de 2012**, Recurso de Casación núm. 4003/2008, FF.DD. 15.º y 16.º, realiza un extenso resumen sobre la aplicación de los «principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica» en el ámbito de la contratación administrativa y señala que no puede hablarse de una actuación de la Administración que infrinja los «principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica», cuando la Administración contratante ha observado las previsiones establecidas en el pliego de condiciones económico-administrativas que rigió la contratación administrativa.

4. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS

A) Devengo de los intereses legales de los intereses vencidos derivados de cantidades «líquidas y vencidas» adeudadas por la Administración por demora en el pago, desde el momento de la interposición del recurso contencioso-administrativo. Aplicación supletoria de la figura del «anatocismo» (art. 1109 Cc)

La Jurisprudencia asentada del Tribunal Supremo afirma que ha de estimarse la pretensión de pago de intereses sobre intereses vencidos, con la siguiente fundamentación jurídica.

Esta jurisprudencia parte de que el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Estado, dispone en su artículo 99.4, en igual sentido que el artículo 100.4 de la Ley 13/1995, que «La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, sin perjuicio del plazo especial establecido en el apartado 4 del artículo 110, y, si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de dos meses, el interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos, de las cantidades adeudadas».

Al respecto, ha de tenerse en cuenta que en la actualidad, de acuerdo con lo previsto en el art. 205.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP),

la Administración deberá liquidar dentro del plazo de un mes a contar desde la fecha de recepción (excepto en los contratos de obras —art. 218 LCSP—). Si se produce demora en el pago del saldo de liquidación, el contratista tendrá derecho a percibir los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad, aplicables a los contratos adjudicados con posterioridad al 8 de agosto de 2002, cuyo art. 5 dispone que «El obligado al pago de la deuda dineraria surgida como contraprestación en operaciones comerciales incurrirá en mora y deberá pagar el interés pactado en el contrato o el fijado por esta Ley automáticamente por el mero incumplimiento del pago en el plazo pactado o legalmente establecido, sin necesidad de aviso de vencimiento ni intimidación alguna por parte del acreedor». Añadiendo el art. 7.2 de dicha Ley 3/2004 que «El tipo legal de interés de demora que el deudor estará obligado a pagar será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate mas siete puntos porcentuales».

Y establecen estas sentencias que la cantidad resultante de las operaciones anteriormente expuestas, a su vez, devengará, conforme reiterada jurisprudencia, intereses legales desde la fecha de interposición del recurso contencioso administrativo (y no desde la presentación de la demanda) y hasta la fecha de notificación de la sentencia firme, por aplicación del artículo 1109 del Código Civil (en aras de lo dispuesto en el art. 7.1 de la LCAP —actual art. 19.2 LCSP—) a la contratación administrativa, que permite, en casos como el presente —en el que está determinada la cantidad a satisfacer en concepto de intereses y solo requiere para su concreción de una simple operación matemática— que se devenguen intereses legales sobre intereses de demora vencidos (anatocismo). En este mismo sentido se pronuncian la **STS de 17 de mayo de 2012**, Recurso de Casación núm. 4303/2008, determinándolo en su FD 5.º, y la **STS de 10 de mayo de 2012**, Recurso de Casación núm. 3823/2009, FD 13.º

5. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

A) Contrato de obras: modificación del contrato de obras, motivada por necesidades nuevas y causas imprevistas, solicitado por la empresa sin contrapartida económica, no da lugar a indemnización

La **STS de 16 de abril de 2012**, Recurso de Casación núm. 28/2009, FF.DD. 2.º a 4.º, parte de un supuesto en el que la empresa contratante, al ser consciente de la imposibilidad de cumplir con los plazos de ejecución de las obras convenidos inicialmente, solicita la prórroga de la Administración, y la obtiene, asumiendo «la obligación de realizar la misma en ese nuevo plazo sin que conste que se acordase, ni se solicitase en ese momento, un nuevo precio, el cual sí fue solicitado y pactado cuando fue necesario introducir modificaciones en las obras a realizar y en los materiales a emplear, aprobándose nuevos proyectos». Este supuesto es calificado por el Alto Tribunal de una «modificación del contrato, en el extremo relativo al plazo de ejecución del mismo, motivado por necesidades nuevas y causas imprevistas, que no da lugar a indemnización salvo que expresamente así se estipule, de

modo que la empresa al solicitar la prórroga del plazo de ejecución sin una contrapartida económica, prórroga que se autoriza expresamente por la Administración contratante, está asumiendo la obligación de ejecutar la obra en el nuevo plazo conforme a las condiciones económicas estipuladas (*pacta sunt servanda*). Por lo que —concluye el Tribunal Supremo— la ejecución del contrato, incluyendo las prórrogas solicitadas y autorizadas, debe producirse «a riesgo y ventura del contratista» tal y como dispone el artículo 199 LCSP.

B) Contrato de obras. La fecha de recepción a tener en cuenta para el cómputo del plazo de pago de intereses de demora es la del acta de recepción de las obras

La STS de 24 de mayo de 2012, Recurso de Casación núm. 2025/2011, se hace eco de la jurisprudencia oscilante del Alto Tribunal sobre el valor jurídico de la inauguración oficial de las obras por la Administración contratante y su inmediata puesta en servicio a efectos de determinar el *dies a quo* para el cómputo del plazo de pago de los intereses de demora. Existen pronunciamientos que rechazan la inauguración oficial de las obras como determinante en sí misma de una recepción tácita, pero, por el contrario, también existen pronunciamientos en sentido afirmativo, a efectos de declarar la existencia de una recepción tácita de las obras por la inauguración formal de las mismas por la cúspide del órgano administrativo de que se trate. En esta sentencia, el Tribunal Supremo se inclina por determinar que es necesario para que se realice una constatación del cumplimiento que la «la Administración realice un acto formal y positivo de recepción o conformidad dentro del mes siguiente de haberse producido la entrega o realización del objeto del contrato, o en el plazo que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares por razón de las características del objeto del contrato. En consecuencia, la fecha de recepción a tener en cuenta para el cómputo del plazo de pago es la del Acta de recepción (...)\», de acuerdo con lo previsto en el art. 218 LCSP.

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

SUMARIO

1. ADMINISTRACIÓN LOCAL.

A) Consejos Insulares. Ley del Parlamento de las Illes Balears 8/2000, de 27 de octubre, de consejos insulares. Órganos de carácter no necesario. Libre creación y carácter representativo. Inconstitucionalidad parcial.

B) Alteración de términos municipales. Supuestos varios.

C) Competencias municipales.

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

b) No es competente la Administración Local para establecer las excepciones de uniformidad de los Cuerpos de Policía Local, sino el Delegado del Gobierno.

D) Organización municipal.

a) Nulidad de la modificación del reglamento orgánico que integra en el grupo mixto a concejales elegidos por partidos políticos, coaliciones o agrupaciones de electores suspendidos e ilegalizados judicialmente.

b) Nulidad de acuerdo sobre punto no incluido en la convocatoria de sesión extraordinaria.

2. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS.

Profesiones tituladas. La profesión titulada de geólogo, biólogo y químico no son actividades profesionales que afecten a los intereses públicos y generales.

3. FEDERACIONES DEPORTIVAS.

Ley del Parlamento Vasco 14/1998, de 11 de junio, del deporte, y Ley del Parlamento de Cataluña 9/1999, de 30 de julio, de apoyo a las selecciones catalanas. Federaciones deportivas autonómicas y representación internacional. Recursos de inconstitucionalidad. Interpretación conforme a la Constitución.

1. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Consejos Insulares. Ley del Parlamento de las Illes Balears 8/2000, de 27 de octubre, de consejos insulares. Órganos de carácter no necesario. Libre creación y carácter representativo. Inconstitucionalidad parcial

La Ley del Parlamento de las Illes Balears 8/2000, de 27 de octubre, de consejos insulares, deroga la anterior Ley 5/1989, de 23 de abril, para introducir significadas novedades. En

particular, entre otros extremos, regula el régimen jurídico de los órganos complementarios de carácter no necesario de los consejos insulares (consejos ejecutivos, direcciones insulares y secretarías técnicas), a los que atribuye la dirección de la actividad administrativa del correspondiente departamento, sin necesidad de que sus miembros o titulares deban a la fuerza tener la condición de electos [arts. 7.1, 3 y 5; 8.1.h) y v); 9.2.u) y 3; 12; 13; 14; 15.1.a); 16.1; 18.1; 20.4, 5 y 6 y 22.2 y 3]. Previene también nuevas reglas sobre la composición y las funciones de la comisión de gobierno (art. 7.3, segundo párrafo, en relación con los arts. 8.3 y 10.2) y establece, en fin, nuevas y específicas reglas sobre el funcionamiento del pleno del consejo insular (arts. 8.2, 15.2, 16.3 y 17.2).

El Gobierno de la Nación impugnó estas previsiones ante el Tribunal Constitucional. En el primer caso, por considerar que el carácter burocrático de esos nuevos órganos no necesarios y de libre creación por los consejos insulares pugna con los arts. 23 y 141 CE y contradice la reserva constitucional del gobierno y administración a favor de órganos de carácter representativo, así como del art. 149.1.18.^a CE, por infracción ahora de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LBRL), que no contempla la posibilidad de que existan. En el segundo caso, porque a juicio del Abogado del Estado esas nuevas reglas sobre la comisión de gobierno ignoran en su criterio la regulación básica que contiene el art. 35 LBRL. Finalmente reprocha a los preceptos de la citada Ley autonómica relativos al pleno de los consejos insulares la infracción de la Ley reguladora de las bases de régimen local y de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general.

El Tribunal Constitucional en una larga sentencia (**STC 132/2012, de 19 de junio**) estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad y declara inconstitucional el art. 8.2 y, así, la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del segundo párrafo del art. 15.2 de la Ley autonómica considerada. Para llegar esta conclusión la Sentencia examina los preceptos impugnados, que agrupa en los tres bloques que se han dejado anotados.

Con arreglo a este planteamiento el Tribunal Constitucional rechaza, en primer lugar, que la opción legislativa que incorporan los citados preceptos de la Ley 8/2000, con motivo de regular el régimen jurídico de los citados órganos ejecutivos de los consejos insulares —consejos ejecutivos, direcciones insulares y secretarías técnicas—, sin exigir que sus miembros o titulares tengan la condición de electos, vulnere la legislación básica en materia de régimen local, en relación con los arts. 23 y 141 CE. Resumidamente porque ninguna de las funciones legamente atribuidas a esos órganos ejecutivos les permite adoptar decisiones basadas exclusivamente en criterios de naturaleza esencialmente política, que constituye el núcleo esencial de la autonomía local, correspondiéndoles tan solo la ejecución de las normas y directrices aprobadas por el Pleno del consejo insular, que solo está integrado por miembros electos, y ante el que deben responder además por su gestión y al que corresponde en consecuencia la fiscalización de su acción ejecutiva, y que conserva de este modo todas las potestades decisorias y el control político de la entidad insular (FF.JJ. 4 y 5).

Tampoco, en segundo lugar, la Sentencia considera que la regulación en el segundo párrafo del art. 7.3 de la Ley 8/2000 (en relación con los arts. 8.3 y 10.2 de la misma) de la comisión de gobierno contradiga lo dispuesto con carácter básico por el art. 35.1 LBRL, para las Diputaciones provinciales. Principalmente ahora porque la comisión de gobierno constituye una especialidad en la organización propia de las instituciones autonómicas de

las Illes Balears, que no desempeña las funciones ejecutivas atribuidas por la legislación básica estatal a la junta de gobierno de las Diputaciones provinciales, que es un órgano diferente, sino que representa un instrumento más para garantizar el control y fiscalización de la acción ejecutiva de los consejos insulares por sus órganos de carácter representativo (FJ 6).

Finalmente, la Sentencia examina la constitucionalidad de los arts. 8.2 (sobre atribuciones del Pleno susceptibles de delegación en otros órganos), 15.2 (atribución a un consejero ejecutivo del cargo de secretario del consejo ejecutivo), 16.3 (relación de supuestos en los que puede plantearse cuestión de confianza) y 17.2 (convocatoria extraordinaria del Pleno para debatir la gestión del consejo ejecutivo en áreas concretas) de la citada Ley autonómica 8/2000.

Conforme antes se ha adelantado la Sentencia declara la inconstitucionalidad, que no nulidad, del art. 8.2 de la Ley, en cuanto permite la delegación de las atribuciones asignadas al Pleno por las letras k), o) y q) del art. 8.1 de la Ley, por considerar que esa delegación desconoce la garantía procedimental de la deliberación pública previa a la adopción de decisiones particularmente relevantes para la satisfacción del interés de la comunidad local [FJ 7.a)]. Asimismo declara inconstitucional y nulo el segundo párrafo del art. 15.2 de ese mismo texto legal, por considerar en este caso que el ejercicio de funciones de secretaría y fe pública por quienes no se hallan vinculados con los consejos insulares por una relación estatutaria y tampoco ostentan la condición de funcionarios con habilitación estatal que el citado precepto permite contradice lo establecido con carácter básico en materia de régimen estatutario de los funcionarios por el legislador estatal [arts. 92.2 y 3.a) LRBRL] [FJ 7.b)].

La Sentencia cuenta con el voto particular del Magistrado Luis Ortega Álvarez, al que se adhiere la Magistrada Adela Asúa Batarrita, que discrepa de la solución dada por el Pleno a la constitucionalidad de la atribución por la Ley 8/2000 de funciones propias del gobierno y administración de la isla a órganos de los consejos insulares cuyos miembros y titulares no tienen la condición de electos, y cuyo razonamiento discrepante se prolonga igualmente a lo dispuesto en el art. 17.2 de la Ley (sobre convocatoria extraordinaria del Pleno).

B) Alteración de términos municipales. Supuestos varios

En otras crónicas, como la 52 o la 53, ya hemos tenido oportunidad de comentar distintas resoluciones relativas a la alteración de términos municipales. Damos ahora breve cuenta de varias resoluciones de Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo (TS) que analizan diversas cuestiones sobre el régimen jurídico aplicable en estos supuestos.

En primer lugar, la **Sentencia del TSJ de Aragón de 6 de abril de 2012** (recurso 498/2009) desestima el recurso de apelación del Ayuntamiento de Zaragoza contra la sentencia de primera instancia que declaró no conforme a derecho el Acuerdo del Pleno de Villamayor de Gállego, de 4 de abril de 2008, por el que se aprobó el inicio del proceso de incorporación del municipio de Villamayor al municipio de Zaragoza. La parte apelante invocaba, para revocar la sentencia dictada en instancia, la vulneración del artículo 47.1 y 2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local. Sin embargo,

el TSJ estima que la normativa aplicable a este caso, y específicamente la regulación del quórum necesario para la adopción de un acuerdo de alteración de términos municipales, es la normativa autonómica, puesto que Aragón ha asumido en su Estatuto de Autonomía la competencia exclusiva en materia de creación y supresión de municipios, así como la alteración de términos municipales. Así pues, el quórum que prevé la Ley de Régimen Local de Aragón en su artículo 13.1 no contradice la normativa estatal, sino que es la normativa aplicable al caso.

Por su parte, la **STS de 10 de abril de 2012** (recurso 4170/2010) declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Lerma contra la Sentencia de 15 de mayo de 2010 del TSJ de Castilla y León, con sede en Valladolid, sobre fijación de la línea del límite jurisdiccional entre dos términos municipales, aduciendo que, existiendo un deslinde jurisdiccional acreditado en el expediente y realizado por el Instituto Geográfico Nacional, es éste el documento que ha de tenerse en cuenta para fijar el límite jurisdiccional.

Finalmente, la **STS de 5 de julio de 2012** (recurso 216/2011) desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Dos Hermanas contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2011, por el que se inadmite la solicitud de revisión de oficio formulada por esta Corporación local, del Decreto núm. 331 dictado por el General Franco el 28 de julio de 1937, por el que se resolvió la segregación de parte del término municipal de Dos Hermanas y su agregación al de Sevilla. La sentencia, además de analizar la doctrina y requisitos de la revisión de oficio prevista en el artículo 102.3 de la Ley 30/1992, y considerar que no procede tal revisión, entiende que el contenido resolutorio de la disposición impugnada ha perdido su vigencia, al ser sustituido por el Decreto del Presidente de la Junta de Andalucía 499/2004, de 5 de octubre, que desestimó la solicitud formulada por el Ayuntamiento de Dos Hermanas para rectificar las anomalías en la delimitación del término municipal que tuvieron su origen en la demarcación de 1937.

C) Competencias municipales

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

Tanto los servicios jurídicos de la Comunidad Autónoma de Madrid como los del Ayuntamiento de Madrid recurren en casación la STSJ de Madrid de 18 de noviembre de 2010, que estimaba parcialmente el recurso interpuesto frente a la Ordenanza de Publicidad Exterior del Ayuntamiento de Madrid, anulando el artículo 2.2 y declarando el resto de la Ordenanza conforme a Derecho. El precepto anulado inicialmente decía:

«Artículo 2.2. Se prohíbe la publicidad en cualquier tipo de vehículo o remolque, en circulación o estacionado, excepto la que se realice en los vehículos destinados al transporte público de viajeros. En aquellos vehículos que pertenezcan a actividades económicas podrá figurar un elemento de identificación, nombre y/o logotipo de la razón social de la empresa o de su titular o de la marca comercial del producto, sin mención de promociones de productos y servicios».

La sentencia recurrida consideraba que, pese a no ejercerse una competencia autonómica, en tanto no se regula el contenido de la publicidad sino el soporte de la misma, sí se afectaba a la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución, remitiéndose a la STC 225/1993, de 8 de julio. Considera también que la normativa tendente a regular la publicidad inserta en los vehículos excede de la potestad urbanística contemplada en el artículo 151.1.o) de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid. Entiende, de igual manera, que el hecho de que los empresarios ubicados en el término municipal de Madrid no puedan colocar publicidad en los vehículos de la empresa y los vehículos pertenecientes a empresas ubicadas en otros municipios sí puedan supone un atentado a la libertad de empresa y al principio de que la misma debe ejercerse en condiciones de igualdad. Tampoco, afirma la sentencia recurrida, existe justificación alguna para que la única publicidad que se pueda colocar en los vehículos sea la que se realice en los destinados al transporte público de viajeros.

Examinadas las alegaciones de las partes y recordando lo dispuesto en la STS de 14 de diciembre de 2011 (recurso 611/2011), en la que una asociación privada cuestionaba determinados preceptos de la misma Ordenanza, el **Tribunal Supremo en Sentencia de 13 de marzo de 2012** (recurso 1304/2011) casa la sentencia recurrida al entender que el art. 2.2 de la Ordenanza es conforme a Derecho. Ello porque considera, como alega el Ayuntamiento de Madrid, que esta regulación parte de la competencia municipal prevista en el 25.2.f) LBRL, sobre protección del medio ambiente en los términos de la legislación estatal y autonómica, y de la recogida en el artículo 25.2.b) sobre ordenación del tráfico de vehículos en las vías urbanas. La competencia sobre protección del medio ambiente ha de entenderse en un sentido amplio de preservación del paisaje urbano. Tampoco considera el Tribunal Supremo, sin grandes argumentos, dicho sea de paso y con todos los respetos, que la citada regulación ponga en cuestión la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado a la que alude el artículo 38 de la Constitución. Y ello, dice el Tribunal, «porque esa prohibición o restricción en nada afecta al desarrollo de la libre iniciativa empresarial en los distintos ámbitos publicitarios y tampoco introduce un factor determinante en materia de la libre competencia. La restricción de esa publicidad en cualquier tipo de vehículo o remolque, en circulación o estacionado en la vía pública no busca más que la protección del medio ambiente urbano evitando el exceso que de otro modo podría producirse con el uso indiscriminado de esa publicidad e, igualmente, la posible mayor saturación del tráfico que esa publicidad exterior en movimiento de vehículos o en el estacionamiento de los mismos en determinadas vías urbanas podría producir. Tanto más cuanto que por otra parte el precepto cuestionado sí permite esa publicidad exterior que podríamos calificar de discreta o menos contaminante del paisaje de la ciudad, cuando admite que “en aquellos vehículos que pertenezcan a actividades económicas podrá figurar un elemento de identificación, nombre y/o logotipo de la razón social de la empresa o de su titular o de la marca comercial del producto, sin mención de promociones de productos y servicios”». La Sala Tercera también considera razonable que «la publicidad exterior se autorice en los vehículos destinados al transporte público de viajeros, puesto que el uso de la misma está amparado por las peculiaridades que el mismo posee como son la limitación del número de vehículos en superficie, sus horarios, y la libre concurrencia en la adjudicación de los espacios publicitarios. Circunstancias todas ellas que permiten un uso razonable de esa publicidad sin perjudicar los valores que explícitamente la Ordenanza trata de preservar».

Desestima, en fin, la impugnación por la Comunidad de Madrid de varios preceptos que habían sido considerados conformes a Derecho por la sentencia recurrida.

b) *No es competente la Administración Local para establecer las excepciones de uniformidad de los Cuerpos de Policía Local, sino el Delegado del Gobierno*

La **Sentencia del TSJ de Galicia de 26 de abril de 2012** (recurso 420/2012) estima el recurso de apelación interpuesto por la Abogacía del Estado y revoca la Sentencia 283/2011, de 19 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Pontevedra, en la que se reafirmó la dispensa del uso del uniforme reglamentario en supuestos específicos a los Agentes de Policía de Pontevedra aprobada por la Resolución de fecha de 26 de julio de 2010, del Excmo. Ayuntamiento de Pontevedra.

El TSJ, para resolver el caso, alude a los artículos 52.1 y 3 de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que establece tanto que *«los Cuerpos de Policía local son Institutos armados de naturaleza civil con estructura y organización jerarquizada rigiéndose, en cuanto a su régimen estatutario, por los principios generales de los Capítulos II y III del Título I y por la Sección 4.ª del Capítulo IV del Título II de la presente Ley, con la adecuación que exija la dependencia de la Administración correspondiente, las disposiciones dictadas al respecto por las Comunidades Autónomas y los Reglamentos específicos para cada Cuerpo y demás normas dictadas por los correspondientes Ayuntamientos»*, como que *«será también de aplicación a los miembros de dichos Cuerpos lo dispuesto, respecto a los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas, en el Art. 41.3 de la presente Ley, si bien la facultad que en el mismo se atribuye a las Juntas de Seguridad corresponderá al Gobernador civil respectivo (alusión que debe entenderse actualmente referida, conforme a la Disposición Adicional 4.ª “in fine” de la LOFAGE a los Delegados del Gobierno territorialmente competentes)»*. Dicho art. 41.3 de igual Texto legal precisa que *«en el ejercicio de sus funciones, los miembros de los citados cuerpos —es decir, de Policía Autonómica y Local por lo que ahora importa—, deberán vestir el uniforme reglamentario, salvo los casos excepcionales que autoricen las Juntas de Seguridad»*.

Pese a que el art. 9.2 de la Ley núm. 4/2007, de 20 de abril, de coordinación de Policías Locales —aplicable en el ámbito de la Comunidad autónoma de Galicia—, se limita a reseñar que *«todos los miembros de los Cuerpos de Policía Local vestirán el uniforme reglamentario cuando estén de servicio, salvo los casos de dispensa previstos en la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y en aquellos casos excepcionales en que el Órgano competente autorice en contrario —sin que se formule ninguna atribución competencial singularizada al efecto amén de precisarse que «en este supuesto se deberán identificar con el documento de acreditación profesional» semejantes Agentes policiales locales desprovistos de uniforme y expresamente autorizados al respecto—*, el art. 6.2 de aquel Decreto núm. 60/2010, de 8 de abril, al desarrollar precisamente dicha Norma legal autonómica se permitió apuntar que *«el/la Alcalde/Alcaldesa podrá autorizar que determinados servicios se presten sin el uniforme reglamentario, en los casos específicos que afecten a determinados lugares de trabajo o por necesidades del servicio, en los términos establecidos en la legislación vigente»*.

Sin embargo, el TSJ entiende que la norma autonómica 4/2007 invade el ámbito competencial-objetivo y funcional establecido por la normativa legal estatal y aun autonómica antes reseñada además de infringir por ende el principio de jerarquía normativa tutelado por el art. 9.3 de la Constitución, de modo que no sólo incurre en patente nulidad semejante precepto reglamentario-autonómico sino que además la Resolución de fecha 26 de Julio del 2010, dictada por el Ayuntamiento de Pontevedra y por la que se eximió en determinados supuestos de vestir su uniforme reglamentario a los Agentes de la Policía Local de Pontevedra, aparece viciada de radical nulidad al haber sido adoptada por Órgano manifiestamente incompetente, de conformidad con el art. 62.2 y 1.b) de la Ley 30/1992.

A mayor abundamiento, la STC 81/1993, de 8 de marzo, dispuso que «la LO 2/1986 en su art. 52.3, en relación con el art. 41.3 de la misma, establece que en el ejercicio de sus funciones, los miembros de los Cuerpos de la Policía Local deberán vestir el uniforme reglamentario, salvo los casos excepcionales que autorice el Gobernador civil respectivo. Es a esa Autoridad —actualmente el Delegado del Gobierno territorialmente competente—, por tanto y no al Alcalde, a quien le corresponde otorgar, excepcionalmente las dispensas de uniformidad». Por estos motivos, el TSJ estima el recurso de apelación anteriormente citado.

D) Organización municipal

a) *Nulidad de la modificación del reglamento orgánico que integra en el grupo mixto a concejales elegidos por partidos políticos, coaliciones o agrupaciones de electores suspendidos e ilegalizados judicialmente*

El 31 de enero de 2011, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Abogacía del Estado contra el Acuerdo del Pleno de 1 de octubre de 2009 del Ayuntamiento de Arrasate por el que se aprobaba definitivamente la modificación del Reglamento Orgánico Municipal y anulaba diversos preceptos que posibilitaban que los concejales elegidos por formaciones ilegalizadas judicialmente pudiesen pasar a formar parte del Grupo Mixto. Recurrida en casación dicha sentencia el **Tribunal Supremo** lo desestima por **Sentencia de 5 de junio de 2012** (recurso 1449/2011), que reitera la doctrina expresada anteriormente por la **STS de 18 de mayo de 2012** (recurso 6679/2010) en relación con la impugnación del Reglamento Orgánico Municipal del Ayuntamiento de Bergara, que examina en casación el recurso frente a la STSJ del País Vasco de 30 de septiembre de 2010.

Ambos Ayuntamientos consideran que las sentencias recurridas infringen el artículo 4.a) de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, que recoge la potestad de autoorganización de los entes locales, como una de las manifestaciones fundamentales de la autonomía local constitucionalmente reconocida y de la que es elemento principal el Reglamento Orgánico Municipal como norma básica interna del municipio. Este motivo de impugnación es desestimado y claramente contestado por el Tribunal Supremo en las dos sentencias comentadas, donde considera que no se produce ninguna vulneración del principio de potestad de autoorganización municipal, por cuanto ésta no otorga una libertad absoluta a los municipios, sino que se ejerce dentro del marco constitucional y legal al efecto constituido.

La Sala Tercera considera que la potestad de autoorganización no es ilimitada o carente de marco constitucional de referencia y debe manifestarse tomando en consideración las competencias básicas del Estado y de las Comunidades Autónomas partiendo del bloque de constitucionalidad. En numerosas sentencias del Tribunal Constitucional, desde la 169/2009, pasando por la 20/2011 y hasta la 30/2012 —estas dos últimas objeto de comentario en los números 52 y 56 de Justicia Administrativa—, se expresa claramente que el derecho fundamental de participación política de los ciudadanos —art. 23.1 CE— y de acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad —artículo 23.2— «debe ser configurado a través de manifestación en forma de Ley, que habrá de servir de marco indiscutible».

Las SSTs comentadas recuerdan cómo la STC 20/2011, de 6 de febrero, después reproducida por otras muchas de las que se ha ido dando cuenta en esta Revista, determina: «Sentada esta premisa, ha de recordarse que entre las funciones que pertenecen al núcleo inherente a la función representativa que constitucionalmente corresponde a los miembros de una corporación municipal se encuentran la de participar en la actividad de control del gobierno municipal, la de participar en las deliberaciones del Pleno de la corporación y la de votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano, así como el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores funciones. Ninguna de estas facultades se ve necesariamente comprometida como consecuencia de la imposibilidad de constituirse en grupo mixto o de integrarse en algún otro grupo político (STC 169/2009, FJ 3). En efecto, la consideración de los recurrentes como concejales no adscritos no les ha impedido ejercer las funciones de control del gobierno municipal (han podido presentar las mociones y escritos que tuviesen por conveniente), ni tampoco su plena participación en el Pleno de la corporación (han podido participar en las deliberaciones en el turno de intervenciones y ejercer el derecho al voto, que es un derecho individual de todos los miembros de la corporación)».

La Sala tampoco aprecia contradicción alguna con el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, pues lo que se analiza es la conformidad del Reglamento Orgánico Municipal con el artículo 7.3 LBRL, tras su reforma operada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, que ya no exige la obligación de pertenencia de los concejales a un grupo político, creando y previendo la figura del concejal no adscrito y dotándola de previsiones específicas.

Otro motivo alegado por los Ayuntamientos recurrentes es la consideración de que el supuesto de disolución o suspensión judicial de un partido político al amparo de lo previsto en la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, no puede integrarse en el supuesto de que «no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral para la que fueron elegidos...» que se recoge en el artículo 73.3 LBRL, y ello por cuanto consideran que éste se refiere al momento inicial y no durante el mandato de la concreta legislatura. Tanto las sentencias del TS como del TSJ entienden que éste, en cambio, sí es un supuesto incardinable en el apartado 3 del artículo 73 LBRL, en su redacción posterior a la reforma operada por la Ley 57/2003, por cuanto el derecho fundamental previsto en el artículo 23 CE, que es de configuración legal, requiere «que se acuda al marco concreto que se haya preconfigurado, considerando que es fácilmente deducible que en el apartado/supuesto “no integren” cabe deducir con claridad los supuestos de disolución o suspensión

judicial de la formación política que le sirvió de cobertura. No estamos ante una interpretación ilógica o arbitraria, máxime teniendo en cuenta que el propio TC, como hemos visto, reconoce que este derecho fundamental de participación política no se encuentra vulnerado por la expulsión de la formación, abandono, escisión, etc. Es tanto como decir que se produce el hecho objetivo de la desvinculación y ruptura de la actuación municipal en naturaleza, en esencia, «en grupos», sin que quepa entender ya, a partir de la reforma por Ley 57/2003, que sea necesario la forzosa integración en el grupo mixto, como antes acontecía, sino que se crea la figura del “concejal no adscrito”, para evitar, según ya ha reconocido el Tribunal Constitucional, actuaciones sorpresivas o desvinculadas del proyecto político para el que los votantes confiaron su voto... baste una lectura de las muchísimas sentencias del Tribunal Constitucional, a partir de la ya citada 169/2009, 9 de julio, para ver que esta negación no se produce, habiéndose avanzado a partir de la STC 20/2011, de 6 de febrero, que los concejales no adscritos tienen derecho de voz y voto en las Comisiones Informativas, siempre respetando la proporcionalidad —que habrán de asegurar los respectivos Reglamentos Orgánicos para que no se produzca la sobrerrepresentación—».

Un último motivo planteado sólo en la STS de 5 de junio de 2012 hace referencia a los derechos económicos de los concejales no adscritos, ya que el Reglamento Orgánico objeto de controversia establece una dotación económica singularizada y directamente dirigida a ellos. El Tribunal Supremo entiende que «la vida municipal por naturaleza se ejerce mediante la participación en “grupos municipales” y a partir de tal evidencia ha de decaer el otorgamiento de carta de naturaleza a una dotación económica que no regula el artículo 73.3 LBRL ni que tampoco puede entenderse ínsita en la remisión que se realiza al ROM, puesto que sólo lo realiza a efectos de “forma”, y no con la capacidad de modificar la legislación básica estatal y hacer nacer nuevos derechos no comprendidos en ese precepto. Estamos enteramente de acuerdo con la fundamentación ofrecida en la instancia relativa que por su claridad no requiere mayores consideraciones que sólo constituirían redundancia. No estamos ante un límite exclusivamente de máximos cuantitativos sino que debemos confirmar que no es posible la creación de una nueva dotación que no se corresponde con las reconocidas a los concejales individualmente considerados, generando por tanto, la aparición de una nueva figura, intermedia, de facto, no reconocida en la legislación estatal».

b) Nulidad de acuerdo sobre punto no incluido en la convocatoria de sesión extraordinaria

La **Sentencia del TSJ de Murcia de 26 de abril de 2012** (recurso 382/2010) desestima el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Murcia, que estimaba el recurso presentado frente a la desestimación del recurso de reposición formulado contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Beniel de 26 de junio de 2007 en relación con la declaración de compatibilidad del Alcalde para el ejercicio de la profesión de abogado.

El TSJ acoge la fundamentación de la sentencia apelada y considera que ese asunto no se incluía en la convocatoria del Pleno extraordinario, cuyo punto 8 —en el que el Ayuntamiento entendía recogido el tema controvertido— se refería a la «Declaración de dedicaciones del personal corporativo. Fijación de retribuciones e indemnizaciones». En

consecuencia, la Sala considera que la consecuencia jurídica no puede ser otra que la nulidad absoluta del acuerdo adoptado sobre la declaración de compatibilidad del Alcalde, de manera que no cabe aplicar el régimen jurídico de la anulabilidad. Esta consecuencia se deduce claramente del análisis del artículo 13 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales, que exige la aprobación de compatibilidad por el Pleno, con el artículo 51 del Real Decreto Legislativo 781/1986, conforme al cual serán nulos los acuerdos adoptados en sesiones extraordinarias sobre asuntos no comprendidos en su convocatoria, así como los que se adopten en sesiones ordinarias sobre materias no incluidas en el respectivo orden del día, salvo especial y previa declaración de urgencia hecho por el órgano correspondiente, con el voto favorable de la mayoría prevista en el artículo 47.3 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local.

2. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS

Profesiones tituladas. La profesión titulada de geólogo, biólogo y químico no son actividades profesionales que afecten a los intereses públicos y generales

En la anterior crónica de jurisprudencia se daba cuenta de la STS de 14 de febrero de 2012 (recurso 478/2010), que resolvía que la profesión titulada de geólogo no es una actividad regulada por no afectar a los intereses públicos y generales.

En similares términos se ha pronunciado más recientemente el **Tribunal Supremo** en sus **Sentencias de fecha 27 de marzo de 2012** (recursos 490/2010 y 155/2011) en relación con las profesiones de biólogo y químico, respectivamente. Reproduciendo nuevamente la STC 83/1994 recuerda que *«la regulación del ejercicio de una profesión titulada debe inspirarse en el criterio del interés público y tener como límite el respecto del contenido esencial de la libertad profesional. (...) En el ámbito de estas profesiones reguladas se debe tener un tratamiento restrictivo y por ello aplicable solo (...) a las actividades profesionales que afecten a los intereses públicos y generales»*. Requisitos éstos que el legislador (y asimismo el TS) entiende que no concurren en las profesiones tituladas de geólogo, biólogo y químico, de modo que si no existe Ley que contemple a estas profesiones como profesiones reguladas, no existe la inactividad reglamentaria que se achaca al Gobierno en estos recursos.

3. FEDERACIONES DEPORTIVAS

Ley del Parlamento Vasco 14/1998, de 11 de junio, del deporte, y Ley del Parlamento de Cataluña 9/1999, de 30 de julio, de apoyo a las selecciones catalanas. Federaciones deportivas autonómicas y representación internacional. Recursos de inconstitucionalidad. Interpretación conforme a la Constitución

El art. 16.6 de la Ley del Parlamento Vasco 14/1998, de 11 de junio, del deporte, en su primer inciso establece que *«la federación vasca de cada modalidad deportiva será la única representante del deporte federado vasco en el ámbito estatal e internacional»*. En pareci-

dos términos, el art. 19.2 de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/1988, de 7 de abril, del deporte, en la redacción dada al mismo por el art. 2 de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/1999, de 30 de julio, de apoyo a las selecciones catalanas, dispone por su parte que «las federaciones deportivas catalanas de cada modalidad deportiva son las representantes del respectivo deporte federado catalán en los ámbitos supra autonómicos».

El Abogado del Estado, en representación del Presidente del Gobierno, promovió ante el Tribunal Constitucional sendos recursos de inconstitucionalidad contra los citados preceptos legales, que fueron admitidos y tramitados respectivamente con los números 4033/1998 y 4596/1999. Y lo hizo en ambos casos por motivos competenciales y conforme a un razonamiento muy similar, casi idéntico. En particular alegó que los preceptos impugnados invadían las competencias estatales en materia de relaciones internacionales (art. 149.1.3.^a CE) y de cultura (art. 149.2 CE), y argumentó también que la competencia autonómica exclusiva en materia de deporte (arts. 10.36 EAPV y 9.29 EAC, en su respectiva versión entonces vigente) no legitimaba constitucionalmente la atribución en exclusiva de la representación en el exterior del deporte federado autonómico a las respectivas federaciones deportivas autonómicas, toda vez que semejante atribución desconocía el límite territorial que está implícito en las competencias autonómicas, impidiendo de ese modo el ejercicio de la competencia estatal de representación del deporte federado español en su conjunto en el ámbito internacional, con perjuicio del sistema de representación en cascada previsto por el legislador estatal.

En defensa de la constitucionalidad de los citados preceptos legales tanto el Parlamento y el Gobierno vascos como el Parlamento de Cataluña y el Abogado de la Generalidad utilizaron igualmente argumentos muy similares. En síntesis, con especial hincapié en la naturaleza jurídico-privada de las federaciones deportivas, defendieron que la promoción en el exterior de la actividad deportiva autonómica o la participación de entidades deportivas privadas autonómicas en competiciones internacionales organizadas por entes igualmente privados (federaciones internacionales o el COI) no son actividades de representación oficial, sino simplemente deportiva, y en consecuencia, no comprometen la política exterior del Estado ni, por lo mismo, condicionan el ejercicio de sus competencias *ex art.* 149.1.3.^a CE o, con mayor razón, del art. 149.2 CE.

Más de una docena de años después (tiempo en el que los citados preceptos autonómicos han estado suspendidos), el Tribunal Constitucional ha resuelto finalmente, y con apenas dos semanas de distancia entre sí, los respectivos recursos de inconstitucionalidad promovidos en su día: **SSTC 80/2012, de 18 de abril, y 110/2012, de 23 de mayo**, respectivamente.

La forma de razonar de las dos Sentencias es, bien se comprende, la misma, aunque en realidad, para ser precisos, habría que decir que la STC 110/2012 sigue simplemente, con algún pequeño matiz, la doctrina de la STC 80/2012. De cualquier manera que sea, el Tribunal comienza por encuadrar competencialmente los preceptos en cada caso controvertidos para examinar luego, en un segundo momento, la posible extralimitación territorial de la eventual competencia autonómica.

Siguiendo este planteamiento el Tribunal declara, sirviéndose entre otras de la STC 31/2010, de 28 de junio (FJ 80), que la «representación internacional» o «supraautonómica» del deporte federado autonómico no encaja en la materia «relaciones internacionales»

del art. 149.1.3.^a CE. Concluyentemente porque «ni nos encontramos ante relaciones entre Estados u otro tipo de organismos públicos —ya que las estructuras deportivas internacionales tienen un carácter absolutamente privado— ni la participación en competiciones oficiales supone la asunción de compromisos u obligaciones internacionales de ningún tipo» (SSTC 80/2012, FJ 4; y 110/2012, FJ 3). Como tampoco los preceptos legales en cada caso controvertidos encajan fácilmente en materia de «cultura», toda vez que «se refieren única y exclusivamente a una cuestión organizativa o estructural de la práctica del deporte (en relación a la representación internacional de una modalidad deportiva) y no a otras dimensiones del mismo» (SSTC 80/2012, FJ 5; y 110/2012, FJ 3).

De modo que para el Tribunal los preceptos respectivamente impugnados se encuadran competencialmente en la materia específica «deporte», pues su contenido se inscribe en el cumplimiento del mandato constitucional de fomento y promoción del deporte (art. 43.3 CE), en este asunto, mediante la ordenación de la práctica deportiva y, en particular, «la adopción, también, de medidas positivas, de carácter organizativo que inciden directamente en la consolidación y promoción de una determinada práctica deportiva» (SSTC 80/1012, FJ 6; y 110/2012, FJ 4).

Una vez encuadrada la cuestión en la materia «deporte», el Tribunal recuerda que la Constitución no contiene reserva competencial alguna a favor del Estado en el art. 149 CE, de forma que en esa materia la competencia corresponde en exclusiva a las Comunidades Autónomas (arts. 10.36 EPV y 134 EAC 2006). Bien que para precisar a continuación que «las competencias autonómicas —incluso aquellas que han sido configuradas como exclusivas— deben ejercerse: (a) con respeto a las competencias que puedan corresponder al Estado en virtud de otros títulos competenciales, y (b) de acuerdo con el principio de territorialidad de las competencias» (SSTC 80/2012, FJ 7; y 110/2012, FJ 5).

Apurando estas dos precisiones el Tribunal advierte que «la propia “realidad” poliédrica de la materia deportiva determina necesariamente el entrecruzamiento de títulos competenciales» y, en consecuencia, la exclusividad de la competencia autonómica no impide que el Estado pueda «intervenir, en concurrencia con las Comunidades Autónomas, en la regulación del deporte pues, en algunos casos —y como consecuencia, precisamente, de las diferentes facetas sobre las que se proyecta la actividad deportiva— es necesaria «una actuación supra autonómica, por requerir de un enfoque global y no fragmentado, o de la coordinación de diversas actuaciones».

Este es el caso precisamente de la representación internacional del deporte federado español, que el Tribunal Constitucional califica de «cuestión de interés general», en tanto que «relacionada directamente con la imagen exterior que se proyecta del Estado Español, que, si bien no se integra —como ya hemos señalado— en el título competencial de “relaciones internacionales” constituye fundamento suficiente de la intervención reguladora del Estado en materia deportiva y se proyecta, consecuentemente, sobre el alcance de las competencias autonómicas en esta materia, en el sentido de que determinadas decisiones —como la decisión de participación de las selecciones españolas en competiciones internacionales, la autorización de la inscripción de las federaciones españolas en las federaciones internacionales correspondientes, o la autorización de la celebración de competiciones internacionales de carácter oficial en territorio español— ha de ubicarse necesariamente en el ámbito de decisión del Estado, constituyendo un límite externo al ejercicio de las competencias autonómicas» [SSTC 80/2012, FJ 7.a), y 110/2012, FJ 5].

Y subraya también que «la vigencia del principio de territorialidad de las normas y actos de las Comunidades Autónomas, no excluye su excepcional eficacia extraterritorial ni su proyección, incluso más allá del territorio español, siempre y cuando no se afecte a materias propias del ordenamiento internacional, ni se enerve o condicione el ejercicio de otras competencias que correspondan al Estado» [SSTC 80/2012 FJ 7.b); y 110/2012, FJ 5].

Aplicando estos criterios el Tribunal concluye en el caso del primer inciso del art. 16.6 de la Ley del Parlamento Vasco 11/1998, del deporte, que la Comunidad Autónoma del País Vasco, en el ejercicio de su competencia exclusiva sobre deporte, no puede prever que las federaciones vascas serán las «únicas representantes del deporte federado vasco con carácter general, pues ello implicaría que el legislador vasco está configurando el régimen o la regulación de determinadas facetas de la materia de deporte que afectan a la imagen exterior del Estado y que inciden en la esfera de intereses del deporte federado español en su conjunto»

Para seguidamente advertir, no obstante, que el precepto legal impugnado consiente una lectura conforme con el orden constitucional de competencias. Esta posibilidad pasa por entender que la discutida atribución a las federaciones vascas de la exclusividad en la representación internacional del deporte federado vasco «se ciñe a los supuestos en que las federaciones vascas no tienen correspondencia en una federación española sino que, conforme a la normativa internacional aplicable (según los estatutos de la organización internacional de que se trate) y a las propias previsiones estatales al respecto, participan directamente en una competición internacional porque no se ve involucrado un interés nacional, no se afecta al deporte federado español en su conjunto, ni se incide en la imagen exterior del Estado español» (STC 80/2012, FJ 10).

Aunque se trata de supuestos que el propio Tribunal advierte no le corresponde determinar, la Sentencia señala sin embargo unos pocos: «participación del deporte federado vasco en competiciones internacionales no oficiales; en competiciones internacionales oficiales de modalidades deportivas para las que no se haya creado una federación española; o en eventos deportivos en los que no participen selecciones nacionales de otros Estados o países y/o cuenten con la preceptiva autorización del Consejo Superior de Deportes». Entendido de este modo el precepto legal impugnado resulta constitucional toda vez que en esos supuestos «no se produce una confluencia o concurrencia con la competencia que ostenta el Estado en relación con la dimensión internacional del deporte, sin perturbar la competencia estatal ni quebrar la estructura piramidal del deporte» (STC 80/2012, FJ 10).

Esta solución del Tribunal no es sin embargo unánime. Cuenta con los votos particulares discrepantes de los Magistrados Aragón Reyes, al que se adhiere el Magistrado Delgado Barrio, y Pérez de los Cobos Orihuel, quienes consideran, en síntesis, que con esa forma de razonar la Sentencia ha desbordado ampliamente los límites de la interpretación conforme a la Constitución e incurrido, por tanto, en un exceso de jurisdicción.

Esta discrepancia no pesará sin embargo en el criterio del Tribunal. La STC 110/2012 sigue idéntica forma de razonar y, en consecuencia, después de notar las diferencias del art. 19.2 de la Ley de Cataluña 8/1988, de 7 de abril, del deporte, en la redacción dada al mismo por el art. 2 de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/1999, de 30 de julio, de apoyo a las selecciones catalanas, respecto del precepto vasco antes visto, declara igualmente que

el precepto ahora impugnado «debe leerse en el sentido de que la representación internacional del deporte federado catalán por las federaciones catalanas es constitucional siempre que no se produzca la confluencia de sus intereses con los intereses propios del deporte federado español en su conjunto [... de forma que] las federaciones catalanas podrán participar directamente en eventos deportivos internacionales siempre que no se produzca una confluencia entre el interés nacional del que es portador el deporte federado español y el interés propio de la Comunidad Autónoma en la proyección exterior de su actividad deportiva, con respeto a lo establecido en la normativa estatal y a los estatutos de la federación internacional de que se trate» (STC 110/2012, FJ 6).

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 no constituyen sanción.**
2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD.
 - A) **Admisión de las normas sancionadoras en blanco.**
 - B) **En defecto de Ley sectorial las ordenanzas municipales no pueden prever sanciones diferentes a las determinadas en el artículo 141 LRBRL.**
3. ANTIJURIDICIDAD.
 - A) **Admisión de infracciones de mero riesgo.**
 - B) **No la hay cuando se ejerce un derecho fundamental.**
4. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE.
 - A) **Irretroactividad de norma sancionadora no favorable y normas procedimentales.**
5. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD.
 - A) **El estado de embriaguez puede excluir o atenuar la responsabilidad atendiendo a las circunstancias.**
6. SUJETOS RESPONSABLES.
 - A) **Es responsable el titular de una autorización para realizar vertidos si no ha comunicado su transmisión.**
 - B) **Cabe la responsabilidad a título de cooperador necesario.**
7. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: *NON BIS IN IDEM*.
 - A) **La falta de pronunciamiento del juez penal sobre la existencia de unos hechos no impide que la Administración pueda acreditarlos en el expediente sancionador ulterior.**
 - B) **Prevalencia del proceso penal sobre el procedimiento tributario sancionador: suspensión del segundo aunque el proceso penal se refiera a otro impuesto.**
 - C) **Prevalencia del proceso penal sobre el procedimiento tributario sancionador: suspensión del segundo aunque este se dirija contra una persona jurídica y aquel contra personas físicas.**

- D) *Non bis in idem* procesal en el ámbito tributario: la anulación de un acuerdo de liquidación y sanción impide que el nuevo acuerdo de liquidación contenga también una nueva sanción.
8. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
- A) Legitimación del denunciante para recurrir el archivo de su denuncia exigiendo responsabilidad sancionadora.
 - B) La falta de información sobre la identidad del instructor lesiona el derecho de defensa y determina la nulidad de la sanción impuesta.
9. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.
- A) Carga de la prueba de las circunstancias que eximen de responsabilidad.
 - B) Es prueba de cargo lícita una grabación realizada por terceros sin conocimiento del sancionado.
 - C) Admisión de la prueba indiciaria para la liquidación de tributos pero insuficiencia de la misma para fundamentar la correspondiente sanción.
 - D) La insuficiencia de datos objetivos en la denuncia de los agentes de la autoridad le impide enervar la presunción de inocencia del imputado.
10. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
- A) Para motivar la existencia de culpabilidad no basta con indicar que no concurre ninguna de las causas excluyentes de la responsabilidad previstas en la Ley.
 - B) Es posible sancionar con multa más elevada a la propuesta pero dando antes nuevo trámite de alegaciones al imputado.
 - C) La reducción de la multa por reconocimiento de responsabilidad que es notificada al imputado al inicio del procedimiento vincula a la Administración.
11. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES.
- A) Actuación previa de la Administración que no excluye la culpabilidad pero impone una reducción de la sanción.
12. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
- A) Posible fundamento constitucional de la caducidad de los procedimientos sancionados.
 - B) Reanudación del plazo de caducidad cuando éste ha estado suspendido por la tramitación de un proceso penal por los mismos hechos: *dies a quo*.
13. EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES. SUSPENSIÓN DE LAS RECURRIDAS EN VÍA JURISDICCIONAL.
- A) La presunción de inocencia no resulta aplicable en la decisión sobre la suspensión de las sanciones.
 - B) Las sanciones no son ejecutivas hasta que el juez contencioso-administrativo se pronuncie sobre la solicitud de suspensión cautelar.

14. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA.

- A) **Se mantienen los hechos, aunque se modifica la infracción y se fija la sanción: requisitos.**
 - B) **Anulación de la sanción y mantenimiento de otras responsabilidades no sancionadoras del ilícito administrativo.**
 - C) **Sustitución de la sanción impuesta por la Administración por otra distinta prevista para ese tipo de infracciones.**
-

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

A) **Actos que no constituyen sanción**

— La no renovación del permiso de armas por pérdida de los requisitos exigibles con arreglo al Reglamento de Armas para su otorgamiento (**STS de 15 de diciembre de 2011**, Sección Tercera, recurso de casación núm. 2274/2009).

— La denegación de la solicitud para la renovación de la licencia de conducción presentada fuera de plazo. En el caso, un administrado solicitó la prórroga de su permiso de conducción de automóviles más de cuatro años después de que hubiera caducado su vigencia, lo que determinó, de conformidad con el Reglamento General de Conductores, la denegación de su solicitud. Posteriormente, el Reglamento fue modificado eliminando el límite de cuatro años, lo que llevó al administrado a solicitar su aplicación retroactiva al considerar que se trataba de una norma sancionadora favorable. La **STS de 30 de noviembre de 2011**, Sección Tercera (recurso de casación núm. 5259/2008), entiende que «el principio de retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables (...) no es aplicable en el supuesto examinado pues frente a lo que parece considerar el recurrente no nos hallamos ante una norma de naturaleza sancionadora. El antiguo art. 17.3 del Reglamento de Conductores, al limitar la renovación de los permisos a los cuatro años posteriores a su caducidad, no imponía sanción alguna a sus titulares, sino que sometía a plazo la potestad de renovar los permisos caducados. Tal consecuencia no es equiparable a una sanción administrativa, producto del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, pues no cumple la finalidad específica represiva, retributiva o de castigo de las sanciones, basada en una previa valoración negativa de la conducta del interesado y con consecuencias limitativas de derechos, que son los elementos caracterizadores de las sanciones».

— Los recargos tributarios, aunque comparten una naturaleza similar con las sanciones. La Administración tributaria liquidó a *Peyber Hispanica, S.L.* unos recargos por presentación voluntaria fuera de plazo de ciertas autoliquidaciones de IVA pertenecientes al ejercicio 2004. La **SAN de 1 de febrero de 2012** (recurso contencioso-administrativo núm. 592/10) dice que el recargo comparte con las sanciones una naturaleza similar y no pueden imponerse —en consecuencia— de forma totalmente automática, prescindiendo de toda referencia al comportamiento del obligado tributario y a la finalidad de la medida:

«la Sala no puede compartir las argumentaciones que se contienen en la resolución impugnada aludiendo únicamente al automatismo del recargo y a su naturaleza indemnizatoria

asimilable a los intereses de demora. Con tal modo de razonar se desconoce la verdadera naturaleza jurídica del recargo por declaración extemporánea sobre el que versa el recurso. La Sala ha tenido ocasión de poner de manifiesto, en numerosas ocasiones, en armonía con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional esta naturaleza con ocasión, por ejemplo, de la retroactividad “in bonam partem” de las normas reguladoras de los recargos, lo que nos ha llevado a apreciar una relativa identificación de la sanción con el recargo en el sentido que, sin duda, este último conlleva una penalización y, en cualquier caso, cuando se trata de las declaraciones extemporáneas y espontáneas, tiene una clara finalidad, a saber: la de servir de estímulo para el cumplimiento de las obligaciones tributarias. Y dicho planteamiento general es el que justifica el criterio también reiterado de la Sala según el cual la exigencia del recargo por retraso en el cumplimiento de la obligación de declarar no puede prescindir de una manera absoluta de la voluntariedad del contribuyente. Dicho de otro modo, las circunstancias en que se ha producido el retraso y la disposición del obligado tributario pueden (y deben) ser analizadas en cada caso concreto para determinar si resulta o no procedente la imposición del recargo (...) En el caso que nos ocupa, (...) no cabe duda que el hecho de haber puesto de manifiesto, en los meses de abril y marzo de 2008, “motu proprio” la hoy actora la diferencia al confeccionar las autoliquidaciones de los periodos 3, 9, 1, 11 y 12 del ejercicio 2004, ha sido más perjudicial para el sujeto pasivo que si nada se hubiera hecho al respecto (máxime cuando estaba muy próxima la fecha de prescripción de alguna de las deudas tributarias), aun en el caso que la Administración —tal y como podía, y debía—, hubiera inspeccionado dichos ejercicios, ya que en idéntico supuesto de hecho la Inspección consideró que no había una conducta ni tan siquiera típica a los efectos de sancionar. Ciertamente esa diferencia de trato entra en pugna con los principios de justicia material pues resulta favorecido el contribuyente que opta por no rectificar frente a aquél que sí lo hace (...) Y sin olvidar tampoco que en el presente caso la Administración tributaria, ha quedado resarcida plenamente a través del pago de los intereses de demora como consecuencia de las liquidaciones mencionadas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 26 de la LGT. En este caso el cumplimiento del principio de proporcionalidad en la aplicación del sistema tributario (artículo 3 de la LGT) y, sobre todo, razones de justicia material, exigen la anulación del recargo liquidado».

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) Admisión de las normas sancionadoras en blanco

Un Capitán del Cuerpo General del Ejército del Aire fue sancionado con un mes y un día de arresto por falta grave consistente en «el incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades». Los hechos que dieron lugar a la sanción consistieron en su participación como abogado en varios litigios que enfrentaban a sus clientes con la Administración militar. Cuestionada la tipicidad de la infracción que se considera cometida, la **STS de 2 de diciembre de 2011**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 75/2011), aclara que esta constituye «el clásico ilícito sancionador en blanco, conforme al cual para determinar si se cumplen o no los requisitos del tipo habremos de estar a una norma extramuros de la norma sancionadora [en el caso, el Real Decreto 517/1986]. Según esta última normativa se consideran incompatibles todas aquellas actividades que afectan directa o indirectamente a la actividad pública realizada». De este modo, «en el caso de autos resulta incontrovertible que la actividad desempeñada por el hoy recurrente al inter-

venir como Letrado en un pleito que mantenían terceras personas, al servicio, igual que él, de las Administraciones públicas y, más en concreto, miembros, como él, del Ejército del Aire (...) comporta la infracción por parte del hoy recurrente de la antedicha normativa sobre incompatibilidades propia de los militares».

B) En defecto de Ley sectorial las ordenanzas municipales no pueden prever sanciones diferentes a las determinadas en el artículo 141 LRRL

El Ayuntamiento de Zamora aprobó una «Ordenanza de Convivencia Ciudadana y Prevención de Actos Vandálicos», en cuyo articulado se preveía la posibilidad de sustituir total o parcialmente las sanciones de multa por la «asistencia a charlas y/o cursos relacionados con la convivencia ciudadana y actuaciones comunitarias sociales». La **STSJ de Castilla y León de 30 de enero de 2012** (recurso contencioso-administrativo núm. 533/2011) anula el citado precepto por entender que la Ordenanza en este punto «ha excedido el mandato contenido en el artículo 141 de la LRRL, toda vez que esta norma no prevé la asistencia a charlas como sanción a imponer (...). Efectivamente, a diferencia de lo que acontece en otros ámbitos del derecho administrativo sancionador en que están previstas otras clases de sanciones distintas a la multa pecuniaria (así, entre otros, artículo 67 Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, que aprueba el texto articulado sobre Tráfico), en el régimen local tan solo se contempla la multa. Por tanto, tal posibilidad no puede admitirse por carecer de habilitación normativa».

3. ANTIJURIDICIDAD

A) Admisión de infracciones de mero riesgo

En el caso expuesto en un epígrafe anterior, el Capitán alegó asimismo que la actuación por la que había sido sancionado (actuar como abogado de parte frente a la Administración a la que pertenecía) se debió a los lazos de parentesco que le unían con uno de sus mandantes, sin haber recibido retribuciones por ello. La **STS de 2 de diciembre de 2011**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 75/2011), considera, sin embargo, que «por lo que atañe a la alegación de la parte según la cual la actuación sancionada fue puntual y no retribuida, es lo cierto que, para tener por cumplido el tipo disciplinario [incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades] (...) resulta indiferente (...) la causación de resultado o la habitualidad o reiteración de la conducta, pues (...) esta infracción es “de mero riesgo y de ejecución instantánea, en el sentido de que para su perfección no es preciso que se cause resultado alguno, bastando con hallarse incurso el autor en la situación incompatible” (...) “resulta irrelevante para tener por cumplido el tipo disciplinario la profesionalidad en su desempeño, su carácter habitual o esporádico, el que la ejecución sea o no retribuida, que su realización redunde o no en el perjuicio del servicio o cuestione la objetividad e imparcialidad esperable de cualquier miembro” de la Guardia Civil o de los Ejércitos».

B) No la hay cuando se ejerce un derecho fundamental

El Ayuntamiento de Madrid sanciona a D. Faustino por obstrucción de las funciones inspectoras en materia urbanística. La **STSJ de Madrid de 23 de febrero de 2012** (recurso

de apelación núm. 986/2010) sostiene que D. Faustino, al denegar el acceso a su domicilio por parte de unos inspectores que carecían de autorización judicial, estaba ejerciendo un derecho fundamental, por lo que anula la sanción impuesta:

«no cabe duda alguna de que en los supuestos de oposición del interesado a la entrada en su domicilio, en supuestos donde se lleve a cabo una actividad inspectora, incluida la urbanística, la Administración deberá obtener la preceptiva autorización judicial (...) las inspecciones urbanísticas no presentan ninguna particularidad en este punto respecto de las demás (...). Por tanto, si ante la negativa de un administrado a la entrada en su domicilio a efectos de llevar a cabo una inspección urbanística, se requiere de la preceptiva autorización judicial, es claro que aquel ciudadano que impide la entrada en su domicilio a los inspectores por carecer estos de dicha autorización, no incurre en la infracción administrativa imputada —negativa u obstrucción de la labor inspectora—, prevista en el artículo 204.3.d) de la ya citada Ley 9/2001, sino que tal actitud supone un justo, cabal y legítimo ejercicio de un derecho fundamental reconocido en la Constitución (...). Por tanto, (...) procede la declaración de nulidad de la sanción indebidamente impuesta».

4. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE

A) Irretroactividad de norma sancionadora no favorable y normas procedimentales

Con fecha de 28 de noviembre de 2003 se inició un procedimiento sancionador en materia tributaria contra la entidad *Promociones Latores 2000, S.L.* De conformidad con la normativa entonces vigente (art. 34.3 de la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes), el plazo máximo para la resolución del procedimiento era de seis meses. No obstante, antes de que transcurriesen los seis meses entró en vigor la Ley 58/2003, General Tributaria, en cuya Disposición Transitoria Cuarta, apartado segundo, se estableció que «Los procedimientos sancionadores en materia tributaria iniciados antes del 1 de julio de 2004 deberán concluir antes del 31 de diciembre de 2004, sin que les sea de aplicación el plazo máximo de resolución previsto en el apartado 3 del artículo 34 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes». Como resultado de lo anterior, la resolución sancionadora se dictó y notificó el 16 de diciembre de 2004, transcurridos, por tanto, mucho más de seis meses desde la fecha de iniciación del procedimiento. La **STS de 29 de diciembre de 2011**, Sección Segunda (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 152/2009) anula la sanción al estimar que «en el asunto examinado el eventual efecto desfavorable que para el administrado se deriva, por el hecho de permitir que el procedimiento sancionador iniciado dure más de seis meses, pese a lo dispuesto en el artículo 34.3 de la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes tiene que ser excluido. Ello impide que la Ley 58/2003 pueda tener efectos temporales sobre procedimientos iniciados antes de la fecha de publicación de esta». La sentencia parece entender que nos encontramos ante un supuesto de aplicación retroactiva de la norma, lo que quizá no fuera el caso, dado que en el momento de dictarse la LGT y ampliarse el plazo máximo para resolver, el procedimiento aún no había caducado. Asimismo, resulta desconcertante que proceda a inaplicar la LGT, por sus propios medios, al considerarla contraria a una garantía constitucional, sin plantear previamente una cuestión de inconstitucionalidad.

5. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

A) El estado de embriaguez puede excluir o atenuar la responsabilidad atendiendo a las circunstancias

Un guardia civil no se presentó a prestar un servicio alegando que se encontraba indispuerto, si bien el verdadero motivo era su estado de embriaguez. Por tales hechos fue sancionado con la pérdida de cinco días de haberes. El sancionado estima que su embriaguez debería haberse tenido en cuenta como elemento que eliminase o redujese su responsabilidad. La **STS de 28 de noviembre de 2011**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 87/2011), admite que «es cierto que el recurrente no pudo prestar el servicio porque estaba indispuerto. Pero de aquí no se deriva una exención o atenuación de la responsabilidad disciplinaria porque no es irrelevante la causa de la indisposición. El recurrente se indispuo por la ingestión de bebidas alcohólicas. Pero las circunstancias de esta dejan intacta la responsabilidad. De acuerdo con las reglas previstas en el artículo 20 del Código penal (las reglas de la *actio libera in causa*) la exención o la atenuación de la responsabilidad únicamente se produce si la embriaguez es fortuita y el desarrollo de los hechos imprevisible. Pues bien, lo que resulta de los hechos probados es que no concurren estos requisitos. La embriaguez causante de la indisposición respondió a una decisión libre. El recurrente comenzó la ingestión de bebidas alcohólicas —y la continuó— conociendo, de un lado, que pocas horas después debía comenzar a prestar el servicio que tenía asignado y, de otro, que las bebidas alcohólicas (...) le podían incapacitar para ello».

6. SUJETOS RESPONSABLES

A) Es responsable el titular de una autorización para realizar vertidos si no ha comunicado su transmisión

La Junta de Andalucía impuso al Ayuntamiento de Lebrija una sanción de multa de 150.253,03 euros por infracción muy grave en materia de aguas consistente en «el incumplimiento de las condiciones impuestas en la autorización de vertidos». Los hechos consistieron, entre otras cosas, en la falta de realización de ciertos análisis y de varias obras de regularización y acondicionamiento de vertidos. Tales omisiones, sin embargo, se debieron a la inactividad del Consorcio de Aguas del Huesna, a quien el Ayuntamiento de Lebrija había encomendado la gestión del servicio de tratamiento de aguas y a quien había transmitido la autorización para realizar los vertidos, sin informar de ello a la Junta de Andalucía. Frente a la posibilidad de que esta transmisión exonerase al Ayuntamiento de responsabilidad, la **STS de 24 de noviembre de 2011**, Sección Quinta (recurso de casación núm. 258/2009), aclara que «el hecho de que el Ayuntamiento de Lebrija haya encomendado la gestión del servicio al Consorcio de Aguas del Huesna (...) no determina que el Ayuntamiento quede exonerado de responsabilidad, porque, según resulta de la resolución originaria (...) el titular de la autorización del vertido al dominio público marítimo-terrestre era el Ayuntamiento (...). Las obligaciones del titular del vertido, si no ha sido objeto de la oportuna solicitud de cambio de la titularidad de la autorización, no se enervan porque haya optado por la gestión indirecta de un servicio público de su competencia (...) acudien-

do a un Consorcio». Asimismo, y tras recordar que «la Administración local conserva y retiene la titularidad del servicio (...) de manera que el Ayuntamiento no es ajeno a las vicisitudes de su prestación aunque acuda a un Consorcio para la gestión», la Sala puntualiza que «esto no significa la atribución de la responsabilidad al Ayuntamiento por un hecho ajeno, que no tendría cabida en materia sancionadora, pues su responsabilidad resulta de la inobservancia de las condiciones a que se encuentra sometida la autorización de vertidos que le fue otorgada, habiendo sido sancionado precisamente por realizar la hipótesis típica descrita en la norma sancionadora, esto es, “el incumplimiento de las condiciones impuestas en las autorizaciones de vertidos”».

B) Cabe la responsabilidad a título de cooperador necesario

Una comunidad de propietarios es sancionada como autora de dos infracciones en materia de telecomunicaciones, entre otros motivos, por operar estaciones radioeléctricas sin habilitación legal (cuatro emisoras de radio y doce de televisión local). En realidad, la comunidad de propietarios no realizaba directamente las emisiones, limitándose a arrendar diversas estaciones radioeléctricas situadas en la azotea de su edificio a otras entidades, si bien tenía pleno conocimiento de las actividades desarrolladas por estas. La **STS de 15 de diciembre de 2011**, Sección Tercera (recurso de casación núm. 1275/2009), confirma, sin embargo, la sentencia de instancia, que «achaca a la Comunidad recurrente la responsabilidad directa y continuada en dichas emisiones, que la resolución sancionadora considera como de participación esencial y necesaria en una actividad ilegal y la Sala de instancia de cooperación necesaria». A este respecto, la sentencia destaca que «no se pone en cuestión por parte de la recurrente ni la propiedad de los locales y de los equipos de telecomunicaciones ni el conocimiento de la actividad que se desarrolla con ellos. Ello es sin duda suficiente como para entender conforme a derecho la subsunción de la conducta de la comunidad de propietarios en la infracción sancionada —sin duda, junto con las sociedades que arrendaban los locales y operaban directamente los equipos—, conducta consistente en la operación de emisoras de radio y televisión sin la correspondiente habilitación y produciendo interferencias en canales legales». A pesar del tenor literal de la sentencia, debe indicarse que el tipo por el que se sanciona a la comunidad de propietarios (de cuya falta de personalidad jurídica no se hace mención en ningún momento) es el recogido en el art. 54.b) LGT, esto es, «la instalación de estaciones radioeléctricas sin autorización cuando (...) sea necesaria». Ello hace difícil entender por qué se le atribuye una autoría a título de cooperación necesaria en lugar de una autoría plena.

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

A) La falta de pronunciamiento del juez penal sobre la existencia de unos hechos no impide que la Administración pueda acreditarlos en el expediente sancionador ulterior

La Administración tributaria inició actuaciones inspectoras contra la entidad *Tecnature, S.A.*, por la posible comisión de varias infracciones derivadas de ciertos pagos con apa-

riencia ficticia que, además, se produjeron dentro de un único entramado societario. En el curso de esas actuaciones, y ante la posible naturaleza delictiva de los hechos investigados, se dio traslado a las autoridades judiciales, quienes iniciaron un proceso penal dando lugar a la suspensión de las actuaciones administrativas. El proceso penal acabó mediante auto de sobreseimiento, sin incluir declaración de hechos probados, limitándose a indicar que las sociedades implicadas no formaban un grupo y que debían responder por separado. Tras ello, la Administración tributaria prosiguió las actuaciones inspectoras, concluyendo con la imposición de varias sanciones administrativas por considerar injustificados ciertos pagos. La entidad sancionada alega la posible vulneración del principio *non bis in idem*, al entender que la Administración declaró probados hechos que los órganos penales no habían considerado como tales. Sin embargo, la **STS de 28 de noviembre de 2011**, Sección Segunda (recurso de casación núm. 3275/2009), niega toda posible vulneración del indicado principio «pues la jurisdicción penal no afirmó que las facturas respondieran a la realidad y no fueran falsas [sino que] se limitó, mucho más modestamente, a indicar que no había grupo de empresas y que, en consecuencia, el tipo del artículo 305 CP no se había producido». En consecuencia, «nada impedía a la Administración reanudar las actuaciones a partir del sobreseimiento, pues ya no existía prejudicialidad penal, y continuar con la comprobación de los ejercicios inspeccionados (...), indagando la realidad de los gastos aducidos por *Tecnure, S.A.* La inspección tenía total libertad para llevar a cabo la calificación que considerase oportuna respecto de los hechos investigados y exigir la acreditación de los gastos que puso de manifiesto el sujeto pasivo e incoar el correspondiente expediente sancionador por unos acontecimientos que, a la vista del sobreseimiento, no habían sido objeto de enjuiciamiento en sede penal».

B) Prevalencia del proceso penal sobre el procedimiento tributario sancionador: suspensión del segundo aunque el proceso penal se refiera a otro impuesto

La entidad *La Seda de Barcelona, S.A.* fue sancionada como sucesora de *Viscoseda, S.L.* por determinadas irregularidades en el Impuesto de Sociedades. Los mismos hechos estaban siendo objeto de enjuiciamiento penal por un presunto delito contra la Hacienda Pública. Alegada esta circunstancia por la entidad mercantil afectada, la Administración tributaria inadmite la suspensión del procedimiento, toda vez que el proceso penal estaba siendo tramitado con relación al IVA, y no por el Impuesto de Sociedades. La **SAN de 9 de febrero de 2012** (recurso contencioso-administrativo núm. 117/2009) anula, sin embargo, las resoluciones administrativas recurridas por prejudicialidad penal:

«ha de colegirse que los hechos sobre los que gira el presente asunto son hechos “sub iudice”, tal y como afirma la recurrente, cuya determinación final corresponde a la jurisdicción penal. (...) Consecuentemente, y por lo que se refiere a la prejudicialidad penal, considera la Sala que no hay duda que en el procedimiento abierto en la vía penal (...) los hechos sobre los que está conociendo el juez penal son los mismos que han determinado las liquidaciones tributarias y sanciones que se encuentran en el origen del presente recurso, esto es, la realidad de los servicios prestados a la sociedad hoy recurrente documentados en las facturas».

C) Prevalencia del proceso penal sobre el procedimiento tributario sancionador: suspensión del segundo aunque este se dirija contra una persona jurídica y aquel contra personas físicas

Estructuras y Ferrallas El Molino, S.L. fue sancionada por infracciones en materia de Impuesto de Sociedades. Con relación a las facturas relativas a la liquidación controvertida, existía un proceso penal abierto contra determinadas personas físicas relacionadas con la entidad y por los mismos hechos, por lo que la **STSJ de Murcia de 24 de febrero de 2012** (recurso contencioso administrativo núm. 1031/2007) anula la sanción al estimar concurrente una causa de prejudicialidad penal:

«El principio *non bis in idem* (...) conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado».

En similares términos y con relación al mismo asunto **SSTSJ de Murcia de 22 de febrero de 2012** (recurso contencioso administrativo núm. 1029/2007), **de 9 de marzo de 2012** (recurso contencioso administrativo núm. 648/2007) y **de 16 de marzo de 2012** (recurso contencioso-administrativo núm. 727/2007).

D) *Non bis in idem* procesal en el ámbito tributario: la anulación de un acuerdo de liquidación y sanción impide que el nuevo acuerdo de liquidación contenga también una nueva sanción

El Tribunal Económico-Administrativo de Valencia anuló un acuerdo de liquidación y sanción sobre Impuesto de Sociedades a *Industrias Agrobiológicas, S.A.*, y ordenó que se le practicara otra de acuerdo con los fundamentos jurídicos de la resolución. Dictado nuevo acuerdo de liquidación y sanción por la Administración tributaria, la **SAN de 23 de enero de 2012** (recurso contencioso-administrativo núm. 125/2009) lo confirma en lo que se refiere a la nueva liquidación, pero anula la sanción por aplicación del principio *non bis in idem*:

«Con toda esta normativa, lo que se quiere poner de relieve es que, la Administración en materia de procedimiento sancionador no puede retrotraer actuaciones para cumplimentar o pretender subsanar un vicio esencial sin hacer un pronunciamiento en el sentido impuesto por dicha normativa, pues el administrado tiene derecho a no soportar dos procedimientos por el mismo hecho (Sentencia de fecha 27 de mayo de 2009). En consecuencia, procede la anulación de las sanciones (Sentencia de fecha 25 de noviembre de 2010)».

8. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Legitimación del denunciante para recurrir el archivo de su denuncia exigiendo responsabilidad sancionadora

— *Contra jueces 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». Con estos argumentos, rechazan la legitimación de los denunciantes las **SSTS de 5 y 7 de diciembre de 2011**, ambas de la Sección Séptima (recursos contencioso-administrativos núms. 320 y 168/2010).

— *Contra entidades de crédito.* A finales de 2007 el *Banco Sabadell* procedió a una venta masiva de acciones de la compañía *Colonial*. Como consecuencia de ello, el precio de la acción de esta última compañía experimentó una brusca y acentuada caída, circunstancia que a su vez provocó que *Monesa y Delforca* devinieran deudoras del Banco Sabadell por una cantidad superior a los 70 millones de euros, y ello por aplicación de las peculiares relaciones contractuales existentes entre aquellas sociedades y esta entidad de crédito. *Monesa y Delforca* denunciaron al Banco Sabadell ante la CNMV, acusándolo de provocar una caída del valor de las acciones de *Colonial* en vistas a provocar artificialmente la generación de la citada deuda de las denunciantes. Tras los trámites oportunos, la CNMV archivó el expediente sin sancionar al *Banco Sabadell*. La **SAN de 6 de febrero de 2012** (recurso contencioso-administrativo núm. 681/2009) inadmite el recurso formulado por *Monesa y Delforca* al estimar que no concurre en ellas la necesaria legitimación activa:

«En definitiva, los concretos intereses de la actora se sitúan en el marco concreto de sus relaciones contractuales y, por ello, deben ser defendidos en la vía correspondiente, y no en el marco de un procedimiento de supervisión que únicamente hubiera podido conducir a la incoación de un procedimiento sancionador y, en su caso, la imposición de una sanción sin consecuencia directa alguna en la esfera patrimonial de las recurrentes. Por lo demás, la jurisprudencia más reciente (...) distingue claramente aquellos supuestos en que el denunciante pueda resultar beneficiado en sus derechos o intereses como consecuencia de la apertura de un expediente sancionador (reconocimiento de daños, derecho a indemnizaciones...), de aquellos supuestos, como aquí acontece, en los que la solicitud del recurrente de que se incoase un expediente disciplinario y que se impusieran determinadas sanciones a una entidad bancaria afectada en atención a las infracciones que las recurrentes denuncia-

ban, se formula tras la intervención del Supervisor y de la efectiva indemnización —que en este caso según la referida decisión arbitral el Laudo citado correspondió al Codemandado— por los perjuicios causados».

— *En materia de protección de datos personales.* D. Lázaro, que en el pasado fue persona de relieve público en la ciudad de Burgos, se dedica a la hostelería. Un diario de esa localidad publicó dos noticias relativas a la imposición de distintas sanciones a empresas que administraba D. Lázaro, en las que su persona aparecía ampliamente reseñada y fotografiada. D. Lázaro denunció ante la Agencia Española de Protección de Datos la utilización de sus datos personales por parte del citado periódico. El Director de la Agencia resuelve no realizar ni siquiera actuaciones inspectoras, estimando que en el caso ha de prevalecer la libertad de información y sugiriendo a D. Lázaro la utilización, en su caso, de las vías previstas en la LO 1/1982, de protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. La **SAN de 29 de marzo de 2012** (recurso contencioso-administrativo núm. 747/2010) admite el recurso de D. Lázaro contra dicha resolución, estimando que este ostenta legitimación activa para ello en aplicación de la jurisprudencia existente con relación a las potestades sancionadoras del Consejo General del Poder Judicial:

«ha de recordarse que esta Sala (...) ha venido admitiendo dicha legitimación 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 de oportuno procedimiento y desarrolle una actividad de investigación y comprobación en el marco de atribuciones de dicho Consejo General. Doctrina que es plenamente aplicable al supuesto de autos en el que lo pretendido es la incoación del oportuno procedimiento por parte de la AEPD y se desarrolle una actividad de investigación y comprobación por parte de la citada AEPD, por lo que ha de rechazarse la causa de inadmisión planteada por el Abogado del Estado».

— *Contra abogados por su posible responsabilidad disciplinaria.* D. Carlos, cliente de D. Ruperto por el turno de oficio, lo denuncia ante el Colegio de Abogados de Madrid por supuestas faltas de profesionalidad. Tras las diligencias previas correspondientes, el Colegio de Abogados archiva la queja sin más trámites. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 8 de Madrid inadmitió el recurso formulado por D. Carlos contra dicha resolución del Colegio de Abogados por falta de legitimación activa, y la **STSJ de Madrid de 23 de marzo de 2012** (recurso de apelación núm. 61/2012) confirma la citada inadmisión:

«el derecho de la parte recurrente se satisfizo cuando el Colegio de Abogados de Madrid tramitó la información previa que se contiene en el expediente administrativo y cuya finalidad era conocer las circunstancias del caso concreto y la necesidad o no de iniciar el procedimiento sancionador por el órgano que tiene atribuida la competencia para ello que es la Junta de Gobierno (...) Debe señalarse además que, conforme al art. 5.1 del Decreto 245/2000, de la Comunidad de Madrid (...) los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio por acuerdo de órgano competente, por lo que el denunciante carece de derecho a exigir que la Información Previa concluya con la apertura del procedimiento sancionador (...). Como se ha dicho, las supuestas ventajas para la parte demandante que de la comprobación de una actuación irregular del Letrado podrían seguirse no se producirían, en

ningún caso, en el seno de un eventual expediente disciplinario abierto contra el mismo, en el que la resolución final no afectaría en modo alguno a otro interés de la denunciante que el de mera legalidad, insuficiente para sostener su legitimación en este proceso con arreglo a la doctrina antes expuesta».

B) La falta de información sobre la identidad del instructor lesiona el derecho de defensa y determina la nulidad de la sanción impuesta

D.^a Carmen, funcionaria estatutaria del CNI, resultó sancionada por haber sido durante un tiempo sin autorización administradora única de una sociedad mercantil. Durante el procedimiento administrativo sancionador, y pese a las repetidas peticiones de la imputada, se le impidió conocer la identidad del instructor, con lo que se le privó del derecho de defenderse ejercitando, en su caso, la correspondiente recusación, motivo por el cual la **STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2012** (recurso contencioso-administrativo núm. 682/2007) declara la nulidad de pleno derecho de la sanción:

«Tampoco puede alegarse que no habría cambiado la tramitación ni la resolución del expediente en caso de saber la identidad porque se sigue desconociendo la identidad personal de quienes ejercieron de Instructor y Secretario y si concurría alguna de las causas de recusación, por lo que se ignora absolutamente toda cuestión relacionada con ellos, es decir, si existían tales motivos, si se hubiera ejercido el derecho, si se habría acogido una causa que se alegare, y consiguientemente, las decisiones que se habrían adoptado al respecto y el resto de la tramitación del expediente y su sentido».

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

A) Carga de la prueba de las circunstancias que eximen de responsabilidad

Un guardia civil fue sancionado como autor de la falta muy grave de «embriagarse durante el servicio», frente a lo que alega la existencia de una eximente, dada la dependencia al alcohol que sufría. La **STS de 16 de diciembre de 2011**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 85/2011), reconoce que «el alcoholismo crónico y sus efectos de grave trastorno de la personalidad, con anulación de las facultades intelecto-volitivas, ha sido considerado por este Tribunal Supremo como causa de exoneración de la responsabilidad». Sin embargo, considera que el sancionado no ha probado suficientemente su alcoholismo, puesto que «la toma en consideración de las circunstancias eximentes y modificativas de la responsabilidad criminal requiere la prueba de los datos que les sirvan de antecedente, y ello con el mismo rigor que se exige para los hechos probados (...), con la peculiaridad de que la carga de la prueba corresponde a quien las alegue (...), pues su concurrencia no se presume».

B) Es prueba de cargo lícita una grabación realizada por terceros sin conocimiento del sancionado

Un magistrado es sancionado con suspensión de funciones por tiempo de un año y seis meses como autor de la falta muy grave del art. 417.13 LOPJ («el abuso de la condición de

juez para obtener un trato favorable e injustificado de autoridades, funcionarios o profesionales»). Los hechos consistieron en las presiones dirigidas a dos abogados, que actuaban en ocasiones ante el juzgado del que era titular, para que condonaran las costas que había sido condenada a pagar una entidad mercantil de la que el magistrado era partícipe y administrador. Entre las pruebas de cargo utilizadas para sancionar al magistrado se usó la grabación de una conversación mantenida en el despacho profesional de los abogados, realizada por estos sin su conocimiento y posteriormente aportada al expediente. Cuestionada la validez de dicha grabación como medio de prueba, la **STS de 12 de diciembre de 2011**, Sección Séptima (recurso contencioso-administrativo núm. 260/2010), confirma que «es lícita la utilización por cualquier persona de las manifestaciones que otra haya realizado ante ella libre y espontáneamente y puedan ser de utilidad para la defensa de sus derechos e intereses, pues el conocimiento que de dichas manifestaciones tienen esos directos destinatarios, al ser algo plenamente consentido por quien las ha realizado, no puede ser considerado atentatorio de la privacidad tutelada por el artículo 18 CE. Lo cual ya determina que no pueda ser acogida la falta de validez que se preconiza para la grabación de la reunión descrita en el relato fáctico del acuerdo sancionador».

C) Admisión de la prueba indiciaria para la liquidación de tributos pero insuficiencia de la misma para fundamentar la correspondiente sanción

La Administración tributaria dictó acuerdo de liquidación y de sanción en materia del Impuesto de Sociedades contra la entidad *Construcciones Celestino, S.A.L.* La **SAN de 19 de enero de 2012** (recurso contencioso-administrativo núm. 81/09) confirma la liquidación tributaria, pues, aun basada en una prueba de presunciones, estima que esta, en el presente caso, se ha anclado en «sólidos y múltiples indicios». En cambio, anula la sanción porque para este tipo de medidas no bastan las presunciones:

«la prueba de presunciones (art. 105 LGT) es válida para determinar la deuda tributaria, en tanto que se trata de un medio reconocido en Derecho para equiparar el indicio o la conjetura —siempre que se obtengan con el respeto a las garantías necesarias que eviten dar valor de prueba a simples sospechas u opiniones— a los hechos probados, pero dicha prueba no es suficiente, por sí sola, para ser equiparada al hecho probado que la Ley penal o sancionadora reconoce como presupuesto fáctico de la conducta típica, por la sencilla razón de que, si así fuera, quedaría desvirtuada la constitucional presunción de inocencia (art. 24.2 CE), que exige una prueba plena de los hechos que la *praesumptio homini* no puede garantizar».

D) La insuficiencia de datos objetivos en la denuncia de los agentes de la autoridad le impide enervar la presunción de inocencia del imputado

D. Valentín resultó sancionado por vender bebidas alcohólicas en horario nocturno prohibido. La resolución sancionadora se acordó sobre la base del acta firmada y ratificada por dos agentes de la autoridad. La **STSJ de Madrid de 7 de febrero de 2012** (recurso de apelación núm. 1290/2011) anula la sanción porque no consta en el acta que los agentes procedieran a identificar a la persona que compró el litro de cerveza:

«resulta obligado destacar que la presunción de veracidad de una denuncia suscrita por Agente de la Autoridad, dependerá de que los hechos reflejados en la misma hayan sido directamente constatados por aquel y que se acompañen todos los elementos probatorios existentes, por cuanto el conocimiento concreto de estos elementos es fundamental para el particular sujeto a una medida sancionadora para poder articular su derecho a la defensa con igualdad de armas. (...) Sin embargo, no consta en las actuaciones que se procediera a identificar al presunto comprador de la bebida, y así lo reconocieron los agentes actuantes en la ratificación del boletín de denuncia a presencia judicial. Pues bien, consideramos que esta omisión lesiona el derecho a la defensa de la recurrente al privarle de la utilización de un medio de prueba con el que pudiera desvirtuar la realidad de los hechos sancionados».

10. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Para motivar la existencia 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 con relación a una sanción tributaria, la **STS de 19 de diciembre de 2011**, Sección Segunda (recurso de casación núm. 2876/2010), 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)».

B) Es posible sancionar con multa más elevada a la propuesta pero dando antes nuevo trámite de alegaciones al imputado

Un magistrado fue sancionado con multa de 2.000 euros por la comisión de una falta disciplinaria grave de retraso injustificado en la tramitación de un cierto número de procesos. La resolución sancionadora, sin embargo, se apartó de la propuesta en la que se proponía la imposición de una sanción de multa de 1.000 euros. La **STS de 14 de diciembre de 2011**, Sección Séptima (recurso contencioso-administrativo núm. 232/2011), anula la sanción, reduciendo la multa a 1.000 euros por considerar vulnerado el principio de contradicción. En su razonamiento, la sentencia recuerda que el art. 425.4 LOPJ permite a la Comisión Disciplinaria «devolver el expediente al instructor delegado para que comprenda otros hechos en el pliego de cargos, complete la instrucción o someta al interesado a una propuesta de resolución que incluya una calificación jurídica de mayor gravedad». En consecuencia, considera que «permitiendo el artículo 425.4 LOPJ la retroacción del expediente para formular una propuesta de sanción más elevada, garantizando así el derecho de contradicción, entiendo que debió hacerse y, en consecuencia, entiendo que debemos estimar en este punto el recurso».

C) La reducción de la multa por reconocimiento de responsabilidad que es notificada al imputado al inicio del procedimiento vincula a la Administración

A la entidad *Services Manager, S.L.* se le abrió un expediente sancionador por la prestación privada de servicios de seguridad sin estar autorizada para ello por el Ministerio del Interior. Aunque el hecho constituye una infracción muy grave, sancionada con multa de 30.051 euros, durante la tramitación del procedimiento la Administración ofrece a la entidad imputada la posibilidad de reconocer su responsabilidad, en cuyo caso se le sancionaría con una multa de sólo 3.000 euros. La citada compañía mercantil realiza dicho reconocimiento y, en coherencia con ello, se dicta propuesta de resolución de sanción de multa de 3.000 euros. Elevada a la superioridad, por resolución del Director General de la Policía y de la Guarda Civil se estima que los hechos que conforman el expediente son constitutivos de una infracción muy grave de la Ley de Seguridad Privada y que, como quiera que dicha calificación reviste mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, se concede a la empresa expedientada un plazo para alegar lo que estime conveniente. Realizados dichos trámites, se dicta finalmente resolución imponiendo una sanción de multa de 30.051 euros. La **SAN de 1 de febrero de 2012** (recurso de apelación núm. 153/2011) anula dicha sanción por estimar que el ofrecimiento de reconocimiento de responsabilidad por parte de la Administración, junto al efectivo reconocimiento del imputado, es constitutivo de un acto vinculante para la propia Administración que no puede modificar sino a través de los concretos cauces de revisión previstos en el artículo 103 LAP:

«la Sala entiende, que el inicio de expediente, con la propuesta que se realiza a la entidad hoy apelante de que si reconoce su responsabilidad durante la tramitación del procedimiento en los términos del acuerdo de iniciación (Infracción grave y multa de 3.000 euros), se tendrá por finalizado con imposición de dicha sanción, y una vez aceptado por esta, implica una declaración de voluntad por parte de la Administración que debe tener plenos efectos hacia el sujeto expedientado, sin que pueda ser modificada unilateralmente por la Administración en virtud de sus facultades de autotutela, que no son ilimitadas, a menos que utilice la declaración de lesividad para actos anulables (art. 103 de la Ley 30/92), puesto que, aunque el acto en sí mismo es restrictivo de derechos, resulta favorable al interesado. En el caso enjuiciado, el acto en cuestión resultaría anulable, por falta de competencia del órgano, o sencillamente, porque la calificación jurídica que se hace no es conforme a lo establecido en la Ley de Seguridad Privada, de acuerdo a la doctrina reiterada de esta Sala, pero hasta que dicho acto no sea declarado lesivo, y en su caso, revocado en esta vía jurisdiccional, debe desplegar todos sus efectos. Así las cosas, no puede ser modificado, ni incluso aunque el órgano competente para resolver haya tenido la prevención de hacerle saber al interesado que la calificación reviste mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, y se le haya concedido trámite de alegaciones».

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

A) Actuación previa de la Administración que no excluye la culpabilidad pero impone una reducción de la sanción

La Comisión de Defensa de la Competencia sancionó a varias compañías navieras por concertar un acuerdo prohibido consistente en la fijación de las tarifas en la línea de trans-

porte marítimo Algeciras-Ceuta. Con anterioridad, el Ministerio de Fomento les había impuesto la obligación de intercambio de billetes admitiendo que a ello se acompañase la planificación, entre otras cosas, de un «mecanismo de coordinación y compensación que, basado en el régimen tarifario de los servicios de transporte prestados por las diferentes empresas, establezca garantías mutuas de cobro de los mismos y asegure la estabilidad y permanencia del sistema de intercambio establecido a lo largo del desarrollo de la denominada “Operación Paso del Estrecho”, que se extiende cada año entre el 15 de junio y el 15 de septiembre». La **SAN de 20 de febrero de 2012** (recurso contencioso-administrativo núm. 595/2010) rechaza la anulación de la sanción impuesta por aplicación del principio de protección de la confianza legítima con relación a esa actuación de la Administración. Pero esa misma actuación es tenida en cuenta por la Sala para atenuar la responsabilidad sancionadora y rebajar las sanciones impuestas pues, aunque se sancionó a las navieras por pactar los precios de los billetes, antes se les había permitido pactar su intercambiabilidad, lo que favoreció la realización de la conducta sancionable:

«si bien no se aprecia que en ningún momento la Administración permitiera, alentara o justificara en modo alguno la justificación de que junto con la intercambiabilidad de billetes en las OPEs procediera la unificación de tarifas, si se aprecia una actividad intensa de las autoridades de Marina, y de las propias autoridades de Seguridad. (...). En conclusión, esta Sala considera que la conducta de la recurrente es contraria a derecho, (...) pero (...) la responsabilidad de la actora está atenuada por las circunstancias concurrentes de la actividad administrativa de ordenación de la actividad empresarial objeto de la conducta enjuiciada durante las OPEs (...). Si bien como se ha analizado más arriba esta Sala entiende que no ha quedado excluido el elemento subjetivo de la infracción por la alegada confianza legítima, la actuación de la Administración sectorial debe ser tenida en cuenta para atenuar la responsabilidad de la actora y disminuir el importe de la multa».

12. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Posible fundamento constitucional de la caducidad de los procedimientos sancionadores

Aunque sin relevancia para resolver el supuesto enjuiciado, relativo a una sanción disciplinaria impuesta a un magistrado, la **STS de 12 de diciembre de 2011**, Sección Séptima (recurso contencioso-administrativo núm. 260/2010), señala *obiter dictum* que «el plazo de duración de los procedimientos sancionadores y expedientes disciplinarios responde a dos exigencias o finalidades. Una es garantizar al expedientado el principio de seguridad jurídica, evitándole situaciones de pendencia injustificada o de insoportable incertidumbre sobre la duración de dichos procedimientos. Y la otra es una derivación del postulado constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), que hace intolerable que la Administración sancionadora pueda mantener a su antojo abierto de manera indefinida un expediente disciplinario».

B) Reanudación del plazo de caducidad cuando éste ha estado suspendido por la tramitación de un proceso penal por los mismos hechos: *dies a quo*

Debido a un grave accidente laboral que acabó con varios trabajadores muertos y heridos, con fecha de 12 de junio de 2001 se levantó acta de inspección por la posible comisión de

una infracción en materia laboral. El 3 de septiembre siguiente se suspendió el plazo para dictar resolución, al existir diligencias penales sobre el accidente. Las actuaciones penales terminaron mediante sentencia declarada firme en 18 de mayo de 2006. No obstante, esta sentencia no fue conocida por la Administración hasta casi un año después, el 19 de abril de 2007. A partir de este momento la Administración alzó la suspensión del procedimiento, continuando con su tramitación hasta la notificación de la resolución sancionadora en 16 de julio de 2007. Alegada la posible caducidad del procedimiento, la **STS de 7 de diciembre de 2011**, Sección Tercera (recurso de casación núm. 6479/2009), considera que «es evidente que aun admitiendo que el expediente permaneció en suspenso desde el 3 de septiembre de 2001, una vez dictada sentencia por la Jurisdicción Penal y firme la misma desde el 18 de mayo de 2006, el expediente debió de seguir tramitándose debiendo notificarse la resolución que en el recayera en el tiempo que quedaba hasta el plazo de seis meses previsto para su tramitación. Al no haber ocurrido así y dictarse la resolución el 10 de julio de 2007, el procedimiento había caducado y así debió declararlo de oficio la Administración. Y es que siendo cierta la obligación de comunicar oportunamente la sentencia que se dicte (...) la falta de diligencia de una Administración, o la indebida coordinación entre aquellas, no puede perjudicar al administrado».

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

A) La presunción de inocencia no resulta aplicable en la decisión sobre la suspensión de las sanciones

La entidad *Bansabadell Inversión, S.A.* impugnó una sanción de multa impuesta en materia tributaria solicitando, al mismo tiempo, la suspensión de su ejecución. La Audiencia Nacional, tras valorar los distintos intereses en conflicto, llegó a la conclusión de que procedía la suspensión de la sanción sin necesidad de prestar garantía, pues exigir esta, sin que previamente se hubiera resuelto sobre la conformidad o no a Derecho de la infracción sancionada, sería tanto como presumir la culpabilidad de la parte demandante con infracción del art. 24.2 CE. Frente a este razonamiento, la **STS de 15 de diciembre de 2011**, Sección Segunda (recurso de casación núm. 1696/2011), estima que «esta motivación resulta insuficiente para el debido cumplimiento de lo que señala el art. 133 de la Ley Jurisdiccional, pues la justicia cautelar no es un medio para hacer efectivo el derecho a la presunción de inocencia, pues este está ligado a la resolución que impone una sanción de modo definitivo, pero no a la fase cautelar en la que no puede resolverse sobre el fondo del asunto».

B) Las sanciones no son ejecutivas hasta que el juez contencioso-administrativo se pronuncie sobre la solicitud de suspensión cautelar

La entidad *Sniace, S.A.* fue sancionada con multa de 601.012,10 euros como autora de una infracción en materia de aguas. Impugnada la sanción en vía contencioso-administrativa, y solicitada la suspensión cautelar en esta vía, la sancionada solicitó también la suspensión en vía administrativa. El Consejo de Ministros denegó esta suspensión en aplicación

del art. 111.2 y 111.4 LRJPAC, al considerar que la recurrente había sido sancionada reiteradamente por hechos de la misma naturaleza y que no concurría una imposibilidad o dificultad para la reparación de los daños derivados de la ejecución de la sanción. La **STS de 2 de diciembre de 2011**, Sección Quinta (recurso de casación núm. 508/2010), rechaza esta motivación, puesto que del art. 138.3 LRJPAC se deduciría que «la Administración no puede ejecutar una sanción recurrida en vía administrativa o impugnada en sede jurisdiccional hasta tanto el juez administrativo no se pronuncie sobre la medida cautelar solicitada. En el bien entendido que si no se solicita la medida cautelar ante el órgano judicial será ejecutiva a pesar de esta impugnación judicial». De este modo, «la denegación de la medida cautelar acordada en el acto recurrido, por tanto, no resulta conforme a derecho y debe ser anulada, porque las sanciones administrativas se encuentran suspendidas por ministerio de la Ley, ex artículo 138.3 LRJPAC. De modo que no puede hacerse una aplicación aislada del art. 111 de la citada Ley, prescindiendo del citado art. 138.3, cuando el acto cuya ejecución se quiere suspender sea de naturaleza sancionadora. Esta medida cautelar fijada por la Ley alcanza hasta que se ponga fin a la vía administrativa, teniendo en cuenta que cuando se interpone recurso contencioso-administrativo con petición cautelar esa suspensión se extiende, insistimos, hasta que el juez administrativo se pronuncie sobre la cautela solicitada».

14. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA

A) Se mantienen los hechos, aunque se modifica la infracción y se fija la sanción: requisitos

Un guardia civil no se presentó a prestar un servicio alegando que se encontraba indispuerto, si bien el verdadero motivo era que se encontraba en estado de embriaguez. Estos hechos fueron calificados como constitutivos de la falta grave consistente en «la falta de prestación del servicio amparándose en una supuesta enfermedad» y sancionados con la pérdida de cinco días de haberes. La **STS de 28 de noviembre de 2011**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 87/2011), estima que la calificación de los hechos fue incorrecta, en la medida en que el recurrente no falseó la realidad ni imaginó una enfermedad para no cumplir el servicio, sino que, realmente, se encontraba indispuerto. No obstante, afirma que los mismos hechos sí debían considerarse constitutivos de la falta grave consistente en «no comparecer a prestar un servicio». De este modo, amparándose en el principio *iura novit curia* y en cierta doctrina constitucional dictada en relación con el ámbito penal, la Sala entiende que puede modificar la infracción por sí misma y fijar la sanción. Ello sería posible al cumplirse «dos condiciones que el Tribunal Constitucional enuncia así (por todas, sentencia de 10 de abril de 1981): “una, la identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado en la sentencia de instancia, constituye el supuesto fáctico de la nueva calificación. La segunda condición es que ambos delitos, el sentado en la sentencia recurrida y el considerado como el más correcto por el Tribunal Supremo sean homogéneos”, homogeneidad que depende (...) “de que el bien jurídico protegido por la punición de ambos delitos sea el mismo y de que todos los elementos integrantes del tipo delictivo apreciado se encuentren en el tipo

imputado por la acusación”». La sentencia considera que se reúnen ambos requisitos, en la medida en que coinciden los hechos objeto de sanción y el bien jurídico protegido (la prestación del servicio). Asimismo, entiende que «el recurrente pudo defenderse de cada uno de los elementos constitutivos de la nueva falta (...) desde el momento en que esos elementos están presentes en la falta que le fue imputada y por la que fue sancionado». Finalmente, estima que «la elección de pérdida de haberes se corresponde con la gravedad y circunstancias de los hechos realizados por el recurrente y que la imposición del mínimo de ella, cinco días, respeta el principio de proporcionalidad. En consecuencia, la Sala la mantiene».

Por su parte, y sin realizar este despliegue argumental, la **STS de 16 de diciembre de 2011**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 85/2011), también procede a modificar la infracción e imponer la sanción, manteniendo los hechos. En su caso, se trataba de un guardia civil sancionado con seis meses de suspensión de empleo como autor de la falta muy grave de «embriagarse durante el servicio», aunque, en realidad, no había llegado a entrar de servicio, siendo relevado de cumplirlo, precisamente, por el estado de embriaguez en que se encontraba antes de iniciarlo. La sentencia considera que la infracción con la que se calificaron los hechos era inadecuada, debiendo sustituirse por la falta disciplinaria leve de «embriagarse fuera de servicio, cuando no constituya el hecho falta grave». Razonado lo anterior, añade que, «así las cosas, procede, en primer término, subsumir los hechos en el apartado 20 del artículo 7 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio (...), y después fijar la sanción que, por dicha falta disciplinaria, se impone al recurrente en pérdida de cuatro días de haberes».

B) Anulación de la sanción y mantenimiento de otras responsabilidades no sancionadoras del ilícito administrativo

El Ayuntamiento de Ocaña fue declarado responsable de una infracción muy grave en materia de aguas por la realización de vertidos contaminantes, los cuales causaron daños al dominio público hidráulico por valor de 117.720 euros. Por tal motivo, se le impuso una sanción de multa de 354.418,34 euros y la obligación de indemnizar al dominio público hidráulico por el importe de los daños causados. La **STS de 27 de diciembre de 2011**, Sección Quinta (recurso de casación núm. 577/2009), anula la resolución sancionadora por invalidez de la norma reglamentaria que le daba cobertura, «pero declarando válida dicha resolución en cuanto impone al Ayuntamiento demandante el deber de indemnizar los daños causados al dominio público hidráulico». En términos muy similares se pronuncia la **STS de 27 de diciembre de 2011**, Sección Quinta (recurso de casación núm. 683/2009), con relación a una resolución sancionadora acompañada de obligación de indemnización impuesta a la empresa pública *Canal de Isabel II*.

C) Sustitución de la sanción impuesta por la Administración por otra distinta prevista para ese tipo de infracciones

La **STS de 9 de diciembre de 2011**, Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario militar núm. 84/2010), acuerda la sustitución de una sanción de separación de servicio impuesta a una Cabo del Ejército de Tierra por la de suspensión de empleo por un año,

por estimarla «más adecuada a efectos compensatorios de la gravedad de los hechos, las circunstancias de la autora y la afectación del servicio». Los hechos sancionados consistieron en la detección de tres episodios de consumo de cannabis, lo que se consideró constitutivo de la infracción consistente en «consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con habitualidad». La sentencia considera que la resolución sancionadora no ponderó adecuadamente todas las circunstancias, obviando «que la droga consumida por la recurrente es de las que no causan grave daño a la salud, que, de acuerdo con las declaraciones de sus superiores inmediatos, los consumos sancionados no afectaron, en realidad, a la prestación de los correspondientes servicios y que la opinión de dichos mandos es que la recurrente se encuentra capacitada para seguir en las Fuerzas Armadas».

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

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. ALCANCE DE LA GARANTÍA PATRIMONIAL.
 - A) **La reducción de las primas de la producción fotovoltaica es una medida regulatoria que ni vulnera el principio de confianza legítima ni tiene efectos materialmente expropiatorios por reducir las expectativas de obtener una retribución razonable.**
 3. *CAUSA EXPROPRIANDI*.
 - A) **Efectos de la anulación judicial del proyecto que legitima la expropiación en el proceso contencioso-administrativo seguido contra el justiprecio.**
 4. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO.
 - A) **La excepcionalidad que para declarar la urgente ocupación prevé el artículo 52 de la LEF no deriva de circunstancias de orden público o cualquier otra ajenas al proyecto sino de la imperiosa y acreditada necesidad de ejecutar inmediatamente el mismo.**
 - B) **Justificación de la urgente ocupación de los terrenos necesarios para las obras de regeneración medioambiental acordadas por el Real Decreto-ley 7/1999, de 23 de abril, a consecuencia de la rotura de la balsa de Aznalcóllar.**
 5. GARANTÍAS SUSTANCIALES.
 - A) **Limitaciones a la renuncia al derecho de reversión en razón de la naturaleza del mismo.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Para redactar la presente crónica se han tenido en cuenta los pronunciamientos del Tribunal Supremo producidos desde el periodo cubierto en nuestra anterior crónica hasta el 31 de marzo de 2012, en el que dicho Tribunal ha dictado más de 150 sentencias sobre la materia expropiatoria, de las que se reseña la doctrina más relevante.

2. ALCANCE DE LA GARANTÍA PATRIMONIAL

A) La reducción de las primas de la producción fotovoltaica es una medida regulatoria que ni vulnera el principio de confianza legítima ni tiene efectos materialmente expropiatorios por reducir las expectativas de obtener una retribución razonable

A finales del año 2010 el sector fotovoltaico sufrió un importante vuelco en su regulación que modificaba las beneficiosas medidas que para el sector había establecido el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regulaba la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, y que fue un verdadero reclamo para multitud de inversores que se lanzaron a invertir en energía fotovoltaica en aquellos años (huertos solares). Las modificaciones del año 2010 se realizaron, sustancialmente, a través de dos normas: el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial; y el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico. Sus principales medidas fueron limitar el plazo de retribución primada de la energía fotovoltaica a 25 años (RD 1565/2010), aunque posteriormente fue ampliada a 28 y, finalmente, fijada en 30 años mediante las oportunas modificaciones normativas, en primer lugar; y, en segundo lugar, limitar el número de horas anuales con derecho a retribución primada (RDL 14/2010), dependiendo del tipo de instalación y otras circunstancias.

Ante el empeoramiento de los rendimientos que generaba este cambio regulatorio, los productores fotovoltaicos han emprendido dos vías judiciales de defensa: por un lado, la de pretender la anulación directa de la nueva regulación arguyendo, sustancialmente, su posible carácter retroactivo y la vulneración de los principios de confianza legítima, de seguridad jurídica y de su efecto materialmente expropiatorio; y, por otro lado, la vía de la responsabilidad patrimonial por el perjuicio económico que tales medidas habían supuesto para los huertos fotovoltaicos. Esta segunda vía se instrumentó mediante los correspondientes recursos frente a las primeras liquidaciones mensuales de primas a la producción que la Comisión Nacional de la Energía (CNE) comenzó a girar tras la aprobación de la reforma legal. En relación a esta primera vía, la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, a partir de un Auto de 15 de diciembre de 2011, rechazó los recursos por considerar que las liquidaciones provisionales no pueden ser recurridas autónomamente por ser actos de trámite, debiendo estarse a la liquidación definitiva que cierre el año y que será, en su caso, la impugnabile. Ha de saberse que dichas liquidaciones definitivas no se producen y regularizan hasta transcurrido al menos un año desde la primera liquidación provisional no primada, por lo que los recursos contencioso-administrativos frente a esas liquidaciones definitivas no podrán interponerse —en el mejor de los casos— hasta pasado el verano de 2012, lo que explica que aún no haya pronunciamientos judiciales de fondo sobre esta cuestión.

En cambio, la primera de las vías judiciales apuntadas, la impugnación directa de las normas que cambiaron la regulación haciéndola menos favorable, ha quedado prácticamente cercenada en atención a los primeros pronunciamientos de los Tribunales. Así resulta de la importante **STS de 12 de abril de 2012** (recurso núm. 35/2011), que resuelve

el recurso directo interpuesto contra el Real Decreto 1565/2010 y cuyos pronunciamientos, si bien referidos básicamente a la reducción a 25 años del plazo de retribución primada de la energía fotovoltaica que en un primer momento estableció el citado Real Decreto (hoy ya fijada en 30 años), afectan muy especialmente a los argumentos que los productores fotovoltaicos sostienen frente a la reducción del tope anual de horas primadas, que a su juicio supone una medida regulatoria retroactiva, vulneradora de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima y con efectos materialmente expropiatorios y confiscatorios de los beneficios que esperaban obtener con el régimen anterior. En estos términos, la cuestión de fondo queda planteada en torno a las eventuales consecuencias indemnizatorias que se derivan de las modificaciones regulatorias que aminoran los derechos o expectativas económicas de quienes se beneficiaban de la anterior regulación.

La citada sentencia analiza con detalle la cuestión de la retroactividad de las normas recordando que no toda retroactividad se encuentra prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, distinguiendo entre retroactividad prohibida y permitida, lo que le permite al Tribunal situar la medida impugnada dentro del ámbito de la retroactividad permitida, en tanto que la medida impugnada no despliega efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado; esto es, no obliga a revisar ni remueve los hechos pretéritos ni altera la realidad ya consumada en el tiempo ni anula los efectos jurídicos agotados, con independencia de que la medida impugnada despliegue, como hace, su eficacia hacia el futuro e, inevitablemente, incida en una relación o situación jurídica aún en curso, lo que entiende el Tribunal perfectamente permitido en nuestro ordenamiento.

Respecto de la posible vulneración de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, entiende el Tribunal Supremo que deben ser analizados en el conjunto de todas las medidas y regulación del sector fotovoltaico y no atendiendo exclusivamente a determinadas medidas que, aisladamente, puedan ser consideradas menos beneficiosas que las establecidas en la regulación anterior. De este análisis conjunto, concluye el Tribunal que la nueva regulación, si bien menos beneficiosa que la anterior porque así lo marca irremediablemente la crisis económica que vivimos, sigue haciendo que el sector fotovoltaico sea *razonablemente rentable*.

Recuerda la sentencia, además, que los productores fotovoltaicos no ostentan un *status* ni derecho inmodificable, y que circunstancias como las que derivan de la crisis y del gran volumen de inversión que se ha producido en huertos fotovoltaicos (con el consiguiente incremento del volumen de ayudas) podían minorar los incentivos para el sector. Lo que, por otra parte, ya se había puesto de relieve —recuerda la sentencia— en el año 2008 a través del Real Decreto 1578/2008, por el que se estableció un nuevo sistema menos beneficioso para el sector fotovoltaico para las nuevas instalaciones que ya no se acogerían totalmente al régimen del RD 661/2007.

En relación al argumento de los efectos expropiatorios y confiscatorios de la nueva regulación, que a juicio de los recurrentes reduce de forma considerable sus expectativas de obtener una retribución razonable, la sentencia sostiene que

«la limitación de la tarifa regulada a los primeros 30 años no supone confiscación ni expropiación de derechos, pues no implica suprimir la retribución debida a la generación de energía eléctrica procedente de instalaciones fotovoltaicas, sino, meramente, equipararla,

dentro de treinta años, a la percibida por el resto de productores de electricidad que la venden en el mercado. No se produce, pues, la confiscación ni la expropiación del derecho de propiedad ni de las expectativas de obtener una retribución razonable.

Por ello, cabe referir que aunque se admitiera a efectos dialécticos que la medida tarifaria objeto del recurso obedece a errores de previsión determinantes del contenido original del Real Decreto 661/2007, cuya corrección se lleva a cabo en el año 2010, ni siquiera, en ese caso, podría calificarse de arbitraria, en cuanto responde a una justificación basada en el interés general, concretado en la sostenibilidad del régimen económico del sector eléctrico, que pretende evitar *ad futurum* los efectos perjudiciales de decisiones iniciales que se habrían revelado inadecuadas o ineficientes. Una medida de este género podrá ser acertada o desacertada, pero no por ello incurre en arbitrariedad desde el punto de vista técnico jurídico».

En suma, la fundamentación de la sentencia se apoya sustancialmente en dos argumentos: la previsibilidad, de un lado, de las medidas adoptadas y la razonabilidad, de otro, de las mismas y de la retribución resultante; lo que impide, según la Sala, que éstas puedan ser consideradas como exorbitantes o discriminatorias y, por ende, como atentatorias de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica. Porque si bien es deseable la estabilidad de las regulaciones y sus efectos para garantizar la confianza legítima y la seguridad jurídica, ello no puede ser argumento absoluto para impedir que el Estado pueda modificar o revisar, dentro de ciertos márgenes, el sistema fijado anteriormente para adaptarlo a las circunstancias imperantes en el momento, siempre que tales modificaciones no sean exorbitantes o abusivas.

En este sentido, el Tribunal Supremo estima que no existe un perjuicio real de las instalaciones fotovoltaicas debido precisamente a que su retribución sigue siendo razonable a medio y largo plazo, con independencia de que las medidas adoptadas sean menos beneficiosas que en el régimen anterior, lo cual encuentra —a juicio de la sentencia— su más básica explicación en la crisis actual. En efecto, entiende la Sala que la vida útil de una planta fotovoltaica no va más allá, en términos generales, de los 25 años desde su instalación, o al menos que rendirá por debajo del 80%, y bajando, a partir de tal fecha e incluso antes, por lo que el hecho de que se haya fijado el derecho a retribución primada preferente hasta los 30 años es incluso una concesión que permitiría contrarrestar, a su vez, la limitación de horas anuales que establece el Real Decreto-ley 14/2010.

La trascendencia de esta sentencia es evidente; si bien la Sala se ha centrado en este asunto en la cuestión del plazo de años al que las instalaciones fotovoltaicas tienen derecho a retribución primada (RD 1565/2010), se pronuncia sobre los argumentos que previsiblemente esgrimirán los productores para la defensa de sus intereses cuando toque recurrir las liquidaciones definitivas del año 2011 y sucesivos en aplicación del Real Decreto-ley 14/2010; por lo que la línea para resolver este polémico problema, que ha generado miles de recursos y reclamaciones ante los Tribunales, ha sido en buena medida marcada por esta sentencia. En este sentido, la argumentación de la Sala parece partir del convencimiento de que, si bien en estos primeros años existirá un problema de liquidez de las plantas fotovoltaicas por la limitación de horas anuales establecidas por el Real Decreto-ley 14/2010, la rentabilidad a medio o largo plazo está garantizada, al menos, en términos de razonabilidad ajustada a Derecho.

3. CAUSA EXPROPRIANDI

A) Efectos de la anulación judicial del proyecto que legitima la expropiación en el proceso contencioso-administrativo seguido contra el justiprecio

La STS de 18 de abril de 2012 (recurso núm. 166/2010) resuelve el recurso de casación para la unificación de la doctrina que tiene su origen en la impugnación de un Acuerdo del Jurado Provincial de Orense por el que se fijaba el justiprecio de una finca expropiada por la Confederación Hidrográfica del Norte afectada por el proyecto de «Acondicionamiento de la margen derecha del Río Avia» en el término municipal de Rivadavia. Disconforme con el justiprecio, el propietario expropiado acudió al Tribunal Superior de Justicia de Galicia alegando la nulidad del procedimiento expropiatorio y el aumento de la indemnización en un 25% que la jurisprudencia viene reconociendo cuando resulta imposible la restitución *in natura* del bien expropiado. La sentencia de instancia estima parcialmente el recurso al reconocer únicamente el derecho de la expropiada a incrementar la valoración en razón del valor asignado a cada hectárea, con desestimación del resto de sus pretensiones. Por lo que se refiere a la alegada nulidad del procedimiento expropiatorio, la sentencia de instancia se encuentra con la dificultad de que la actora argumentaba como único razonamiento para defender la ilegalidad del proyecto de expropiación una sentencia del propio TSJ de Galicia, de 29 de septiembre de 2006, que declaraba la nulidad del proyecto de acondicionamiento de la margen derecha del Río Avia que legitimó la expropiación, pero que no era firme en el momento de dictarse sentencia, estando interpuesto contra la misma recurso de casación pendiente de resolución. Al estar *sub iudice* la resolución que fundaba la pretensión anulatoria, la Sala no estimó procedente apreciar la nulidad del procedimiento.

Frente a este pronunciamiento, la expropiada plantea un recurso de casación para la unificación de la doctrina que ha dado lugar a la sentencia del Tribunal Supremo que comentamos. A fin de fundar el recurso, la actora aportó numerosas sentencias del Tribunal Supremo relativas casi todas ellas a la posibilidad de impugnar indirectamente, al oponerse al justiprecio, el proyecto que legitima la expropiación, así como al problema conexo de la indemnización procedente en el supuesto de que, una vez declarado nulo todo el procedimiento expropiatorio, no sea posible la restitución *in natura* del bien expropiado.

Dos de las Sentencias de contraste (SSTS de 29 de junio de 2007 y de 2 de abril de 2008) versaban, sin embargo, sobre una cuestión distinta: si, habiéndose declarado la nulidad del proyecto que legitima la expropiación por sentencia que aún no es firme, debe el Tribunal que conoce de la impugnación de un justiprecio estimar la pretensión de que se declare nulo todo el procedimiento expropiatorio por desaparición de la *causa expropriandi*. Dichas sentencias, que daban respuesta afirmativa a dicho interrogante, permiten al Tribunal Supremo centrar el debate en sede casacional en el meollo procesal del asunto: si el Tribunal *a quo* habría debido tener por nulo todo el procedimiento expropiatorio a pesar de que la sentencia que declara la nulidad del proyecto que legitima la expropiación aún no hubiera adquirido firmeza.

En este sentido, el Tribunal recuerda la doctrina sentada por una de las dos sentencias de contraste, la de 29 de junio de 2007, según la cual la entonces recurrente formulaba con carácter previo una serie de alegaciones acerca de la nulidad

«del instrumento urbanístico que motivó la expropiación, por considerar que si bien la Sala de instancia no declaró la nulidad del acuerdo impugnado por entender que aunque el Plan Parcial que legitimaba tal expropiación había sido anulado por sentencia de 12 de marzo de 1998, aquella sentencia carecía del efecto nihilizador por no ser firme, ha tenido conocimiento de que nuestra Sala Tercera del Tribunal Supremo en sentencias de 20 de junio y 31 de octubre de 2000, había anulado los instrumentos urbanísticos en los que se fundaba la expropiación que nos ocupa al quedar firme la sentencia de instancia de 12 de marzo de 1998».

Y más adelante, para motivar la declaración de nulidad de todo el procedimiento expropiatorio, afirma que,

«en consecuencia, habiendo quedado firme la sentencia de 12 de marzo de 1998 dictada por la Sala de instancia, por la que se anulaba los instrumentos urbanísticos en los que se fundaba la expropiación, desaparece la declaración de utilidad pública e interés social, es decir, la *causa expropriandi* que habilitaba a la Administración para ejercicio de dicha potestad, causa sobrevenida que determina la nulidad del procedimiento expropiatorio, incluido el acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación fijando el justiprecio, según el criterio jurisprudencial expuesto, que no es susceptible de subsanación por su carácter de nulidad radical, en contra de lo que se sostiene en la sentencia de instancia y mantiene la contraparte, que por lo tanto no se ajusta a dicha jurisprudencia invocada por el recurrente, lo que lleva a estimar este motivo de casación, teniendo en cuenta que el hecho de que la firmeza de tales sentencias se haya producido después de dictada la sentencia aquí recurrida no supone una alteración sustancial del planteamiento de la instancia, en la que ya se invocaba la nulidad del planeamiento como fundamento de sus pretensiones, ni impide su apreciación en este recurso de casación, que en otro caso conduciría a un replanteamiento del proceso en la instancia por el recurrente, incompatible con una efectiva prestación de la tutela judicial».

Tras analizar la concurrencia de la triple identidad de hechos relevantes, fundamentos, y pretensiones entre este supuesto y el aquí analizado, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recuso de casación planteado, añadiendo la siguiente consideración:

«precisamente porque la Sentencia que había estimado la impugnación directa del proyecto que legitima la expropiación no era firme y no se había producido aún la invalidación del mismo con efectos *erga omnes*, la Sentencia impugnada debía pronunciarse —tal como pedían los recurrentes— sobre la impugnación indirecta de dicho proyecto; cosa que no hizo, so pretexto de la falta de firmeza de aquella primera Sentencia. Este modo de proceder, aunque no haya impedido a la Sala de instancia decidir sobre la pretensión principal de los recurrentes, implica ciertamente dejar de pronunciarse sobre una de «las cuestiones controvertidas del proceso» (art. 67 LJCA) con relevancia para el sentido del fallo. En otras palabras, dado que aquella primera Sentencia no era firme, tal vez la Sentencia impugnada hubiera podido motivadamente separarse de ella y considerar que el proyecto que legitima la expropiación era ajustado a derecho; pero, al no seguir este camino, la única vía coherente era considerar que el mencionado proyecto era inválido por las razones que la propia Sala de instancia había expuesto en su primera Sentencia. Lo que en ningún caso tiene justificación es, dejando de pronunciarse sobre si la impugnación indirecta del proyecto que legitima la expropiación está bien fundada o no, orillarla con el argumento de que la Sentencia que estimó la impugnación directa no ha adquirido firmeza».

4. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

A) La excepcionalidad que para declarar la urgente ocupación prevé el artículo 52 de la LEF no deriva de circunstancias de orden público o cualquier otra ajenas al proyecto sino de la imperiosa y acreditada necesidad de ejecutar inmediatamente el mismo

Como es sabido para los lectores de estas crónicas —en las que hemos repetido esta idea recurrentemente—, para que se pueda acordar la declaración de urgencia en un procedimiento expropiatorio, a tenor de lo preceptuado en los artículos 52 de la LEF y 56 de su Reglamento y de la jurisprudencia que los ha aplicado, se necesita que se den dos presupuestos: a) concurrencia de circunstancias de carácter excepcional, que aconsejen acudir a este especial procedimiento y b) motivación suficiente en el acuerdo en que se declare, con exposición de circunstancias que, en cada caso, justifiquen acudir a tan excepcional procedimiento, puesto que se trata de un acuerdo que sólo por vía de excepción puede justificarse frente al procedimiento «normal», general u ordinario, para el expediente expropiatorio que —como nos es sabido— es mucho más garantizador.

Tras recordar lo anterior, la **STS de 29 de mayo de 2012** (recurso núm. 2479/2009), que resuelve el recurso de casación frente a la sentencia del TSJ de Canarias que estimó la nulidad del Decreto 396/2007, de 27 de noviembre, que declaraba la urgente ocupación de los bienes y derechos afectados por la expropiación derivada del proyecto «Nueva carretera Ido-Santiago del Teide» y que entendió insuficiente la motivación que el Decreto contenía al efecto, estima las pretensiones del recurrente y casa la sentencia de instancia apelando a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual

«la excepcionalidad que, para declarar la urgente ocupación, prevé el artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa no deriva de circunstancias de orden público o cualquier otra ajenas al proyecto sino de la imperiosa necesidad de ejecutar inmediatamente unas obras, que no permita emplear el procedimiento expropiatorio común u ordinario, cuya diferencia con el de urgencia no es otra que la de ser posible la ocupación de los bienes antes de tramitar el expediente administrativo de justiprecio, artículo 57.2.^a de la Ley de Expropiación Forzosa».

Dicho lo cual, la sentencia aprecia que, en el presente caso,

«el Decreto 396/07 justifica la urgencia en la necesidad de ejecutar a la mayor brevedad las obras contempladas en el citado proyecto para solucionar los graves problemas de seguridad vial que padece la carretera TF-82, eje principal en el área noroccidental de la isla de Tenerife, entre Icod de los Vinos y Santiago del Teide, que condiciona seriamente las posibilidades de desarrollo económico y social de toda la comarca, a lo que añade la antigüedad del diseño de la carretera TF-82, el flujo importante de tráfico, la presencia de edificaciones en los bordes de la carretera y el tránsito importante de peatones a ambos márgenes de la carretera con el consiguiente peligro para su integridad física».

Razones suficientes, a juicio de la Sala, para estimar que existían circunstancias que aconsejaban no seguir el procedimiento ordinario y justificaban, frente a lo razonado por el Tribunal *a quo*, el recurso al procedimiento extraordinario de la expropiación urgente.

B) Justificación de la urgente ocupación de los terrenos necesarios para las obras de regeneración medioambiental acordadas por el Real Decreto-ley 7/1999, de 23 de abril, a consecuencia de la rotura de la balsa de Aznalcóllar

En términos parecidos a los que acabamos de indicar, el Tribunal Supremo también ha justificado recientemente la suficiencia de la motivación a los efectos de poder acudir al procedimiento de expropiación de urgencia del artículo 52 de la LEF del Real Decreto-ley 7/1999, de 23 de abril, por el que se declararon de interés general las obras de regeneración hídrica incluidas en el conjunto de actuaciones «Doñana 2005» que la Junta de Andalucía aprobó para paliar los daños medioambientales producidos por la rotura de la balsa minera de Aznalcóllar en el entorno marismeno del Parque Nacional de Doñana.

Las **SSTS de 7 y 23 de mayo de 2012** (recursos núms. 2147/2009 y 2758/2009, respectivamente) desestiman la pretensión de algunos de los afectados por las expropiaciones de urgencia llevadas a cabo sobre las fincas de «Soto Chico y Soto Grande» y del arroyo de la «Laguna de los Reyes» tras la aprobación del mencionado Real Decreto-ley, que pretendían la anulación de dichos expedientes por falta de motivación de la urgencia en la norma que declaró la necesidad de ocupación.

La Exposición de Motivos del Real Decreto-ley explicaba la necesidad de emprender un conjunto de obras correctoras de carácter hidráulico y medioambiental que permitiesen la regeneración de la cuenca con el triple objetivo de: evitar la incorporación al interior de la marisma de Doñana de aguas contaminantes o cargadas de sedimentos; conseguir antes del año 2005 las aportaciones de agua en cantidad y calidad necesarias para recuperar la dinámica tradicional de la marisma de Doñana y la funcionalidad de los ríos, arroyos y caños correspondientes; y, por último, mantener de forma ininterrumpida la permeabilidad entre la marisma de Doñana y el estuario del río Guadalquivir, asegurando la incorporación de caudales cuando sea conveniente o, en caso contrario, evitando la intrusión de los mismos. Finalmente se declaraba que la consideración de estas obras públicas era de interés general y resultaban especialmente urgentes dada la importancia del ecosistema a proteger, para lo que se preveía iniciar con carácter inmediato el procedimiento de contratación y la ejecución de las distintas actuaciones incluidas en la citada declaración; lo que incluía —ya en la parte dispositiva del Real Decreto-ley— la declaración de obra hidráulica de interés general de la restauración de los arroyos de Soto Chico y Soto Grande y del arroyo de la Laguna de los Reyes, declarándose también que esta obra llevaba implícita la declaración de utilidad pública y la de urgencia a los efectos de ocupación previstas en la Ley de Expropiación Forzosa.

Pues bien, tras estimar la suficiencia de la motivación de la urgencia que hace el Decreto-ley, a lo que nada cabe añadir o comentar por nuestra parte, las citadas sentencias del Tribunal Supremo hacen un razonamiento a mayor abundamiento en el que, partiendo de la fuerza de ley de la figura del Decreto-ley, se dice lo siguiente:

«Es la propia Ley la que establece la necesidad y objeto de la obra pública en cuestión, la que identifica el lugar donde debe realizarse y la que declara la urgencia a los efectos de la ocupación de los bienes afectados a que se refiere el artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa.

Ninguna Ley puede infringir otra Ley anterior de igual rango, pues si entra en contradicción con ella o la deroga o la exceptúa, de manera que aun cuando admitiéramos la alegación de la parte de que la declaración de urgencia no está motivada en el Real Decreto Ley 7/1999, y que debía estarlo por el mandato contenido en el art. 52 de la LEF, no podríamos extraer las consecuencias que pretende el recurrente, pues tales consecuencias suponen desconocer el mandato contenido en el citado Real Decreto Ley que ordena que se siga un determinado procedimiento expropiatorio (el urgente y no el ordinario), desconocimiento que equivale a su anulación implícita por razón del mandato contenido en una ley anterior que obliga a motivar la urgencia (el art. 52 de la LEF)».

A nuestro juicio, el argumento es demasiado formalista e incluso parece innecesario; trasluce una confianza en los efectos taumatúrgicos de la Ley (del Decreto-ley, que en sí mismo es una figura excepcional y atípica por mucho que se haya generalizado el recurso al mismo —sobre todo en los últimos tiempos—) para justificar el empleo de mecanismos de excepción y normalizar la aplicación de un régimen expropiatorio que rebaja notablemente las garantías de la institución.

5. GARANTÍAS SUSTANCIALES

A) Limitaciones a la renuncia al derecho de reversión en razón de la naturaleza del mismo

La STS de 29 de mayo de 2012 (recurso núm. 2475/2009) declara no haber lugar al recurso de casación deducido frente a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Canarias de 23 de febrero de 2009 que desestimaba la solicitud de reversión de una parcela en Santa Cruz de Tenerife.

El motivo de la desestimación no tiene especial interés, pues se trata de uno de esos casos en los que, por tratarse de unidades de actuación urbanística, la alegación de inejecución de la obra es negada por los Tribunales cuando se pone en relación con la ejecución global del proyecto de urbanización en la que la concreta expropiación se inserta, en lo que la sentencia reitera la doctrina que hemos comentado en otras ocasiones.

El interés de este pronunciamiento reside en una relevante consideración que el Tribunal Supremo hace en relación con la posibilidad o no de renunciar al derecho de reversión, y que por sentar la doctrina general sobre el particular reproducimos a continuación:

«Cuando la ley reconoce el derecho de reversión, se dota de un concreto significado al instituto expropiatorio, de manera que cabría plantearse si, al ser un elemento sustancial de su régimen jurídico, es indisponible ya que, de lo contrario, se desvirtuaría la institución por desaparecer el instrumento más efectivo de control del cumplimiento de los fines que justificaron el desapoderamiento coactivo de los bienes o derechos y, en definitiva, de velar por la autenticidad de la *causa expropriandi*.

Este significado de la reversión podría justificar la transmisibilidad *inter vivos* de la facultad de pedirla antes de producirse las condiciones determinantes de su nacimiento pero no su renuncia previa, que elimina radicalmente, al desaparecer dicha garantía, cualquier

posibilidad de control por parte del propietario o de sus causahabientes del cumplimiento de los fines de la expropiación. De aquí que la jurisprudencia haya sido muy cautelosa al examinar las circunstancias y términos de la renuncia hecha con anterioridad a que se den los supuestos que permiten el ejercicio del derecho de reversión, y en tal sentido, en sus sentencias de 9 de octubre de 1991 y de 18 de abril de 1997 ha admitido la renunciabilidad del derecho de reversión con anterioridad a que concurran los supuestos para su ejercicio, siempre que sea clara, cierta e inequívoca la renuncia. Todo ello sin olvidar que la renuncia de la facultad de pedir la reversión es un acto unilateral que no precisa el concurso de otra voluntad que no sea la del renunciante».

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
EMILIO GUICHOT REINA
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD.
 - A) **Responsabilidad por actos de gobierno y confianza legítima. Acuerdo pesqueros para poner fin a una controversia internacional. Inexistencia de responsabilidad.**
 - B) **Responsabilidad por omisión y daños provocados por terceros: acciones de bloqueo de un puerto. Inexistencia de responsabilidad.**
 - C) **Responsabilidad por omisión y daños causados por la propia víctima. Suicidio de un niño en el transcurso de una actividad extraescolar. Inexistencia de responsabilidad.**
 - D) **Bajada del precio de los productos farmacéuticos por Real Decreto y principio de confianza legítima. Inexistencia de responsabilidad.**
 - E) **Responsabilidad por omisión de adoptar medidas de prevención de incendios forestales provocados. Inexistencia de responsabilidad administrativa.**
 - F) **Responsabilidad sanitaria. Supuestos de reconocimiento del derecho a indemnización.**
 - G) **Responsabilidad sanitaria. Consentimiento informado.**
 - H) **Antijuridicidad del daño y deber de soportarlo. Lesiones causadas a un empleado bancario por penado que no se reincorporó tras un permiso carcelario. Indemnización procedente por solidaridad en el reparto de los riesgos sociales.**
3. DAÑO INDEMNIZABLE. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR LA SEPARACIÓN DEL ENTORNO FAMILIAR DERIVADA DE UNA RESOLUCIÓN DE DESAMPARO SEGUIDA DE ACOGIMIENTO PREADOPTIVO POSTERIORMENTE ANULADA EN VÍA JUDICIAL.
4. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO. RESPONSABILIDAD SANITARIA. PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN. SOLICITUD DE DILIGENCIAS PRELIMINARES PREVIAS AL EJERCICIO DE ACCIÓN CIVIL: EFECTOS NO INTERRUPTIVOS.

-
1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta entrega traemos al bloque destinado a analizar la causalidad, objetividad y antijuridicidad diversos pronunciamientos que ponen de relieve hasta qué punto los recurrentes

tratan a menudo de estirar los límites del sistema, para hacer de la Administración una especie de seguro colectivo contra riesgos: acuerdos internacionales para la resolución de controversias, acciones de bloqueo de infraestructuras llevadas a cabo por terceros, incendios forestales provocados, bajada de precios de medicamentos para poner freno a un incremento desmesurado, incluso suicidios... todo se trata de conectar con una acción u omisión administrativa para tratar de obtener una satisfacción económica por la vía de los presupuestos públicos. Como se verá, la jurisprudencia pone razonable coto a algunos desmanes. Además, como es costumbre, son recurrentes los asuntos de responsabilidad sanitaria. En el bloque dedicado al daño indemnizable traemos a colación una sentencia que tuvo gran repercusión mediática, la que estableció la responsabilidad administrativa por la separación de dos niñas de su entorno familiar derivada de una resolución de desamparo seguida de acogimiento preadoptivo posteriormente anulada en vía judicial. Finalmente, en materia de acción y procedimiento, puede destacarse una interesante sentencia sobre el plazo para recurrir y los efectos no interruptivos de la solicitud de diligencias preliminares previas al erróneo ejercicio de acción civil.

2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

A) Responsabilidad por actos de gobierno y confianza legítima. Acuerdo pesquero para poner fin a una controversia internacional. Inexistencia de responsabilidad

La STS de 18 de octubre de 2011, Ar. 2012/1216, declara la improcedencia de la indemnización por inexistencia de daño efectivo y antijurídico derivado del llamado «Acuerdo de Arcachon» suscrito entre España y Francia en 1992, que sirvió para resolver las diferencias que venían planteándose entre ambos Estados miembros de la Unión Europea en relación con la pesca de la anchoa en el Golfo de Vizcaya. En este Acuerdo, España cedió a Francia el excedente de su cuota pesquera, a cambio de una regulación consensuada de las condiciones de pesca y algunas concesiones mutuas. Se alcanzó así una gestión racional de la población de anchoa que proporcionó una mayor rentabilidad para las dos flotas implicadas en la pesquería (española y francesa) y una reducción notable de los conflictos entre pescadores, como constataron los Ministerios del ramo de ambos países y figura en los hechos probados de la Sentencia previa del propio Tribunal Supremo de 3 de junio de 2009, Ar. 2010/1675, que resolvió el recurso en que se cuestionaba la legalidad de dicho acuerdo. Ahora, en sede de responsabilidad, considera que el pretendido daño se compensó con las ventajas que con carácter general experimentó el sector.

B) Responsabilidad por omisión y daños provocados por terceros: acciones de bloqueo de un puerto. Inexistencia de responsabilidad

En el supuesto que da origen a la STS de 27 de diciembre de 2011, Ar. 2012/456, unas empresas titulares de buques de carga reclamaban daños y perjuicios por los daños derivados del retraso en la salida derivado del bloqueo del puerto de Valencia por buques pesqueros, en una acción de protesta por la subida del gasóleo. El Tribunal considera que no hubo inactividad de la Administración, que tuvo que desarrollar sus tareas de control, vigilancia

y contención en un ambiente tenso y violento, y que, por ende, se trata de daños producidos por terceros sin mediar una causalidad administrativa por omisión.

**C) Responsabilidad por omisión y daños causados por la propia víctima.
Suicidio de un niño en el transcurso de una actividad extraescolar.
Inexistencia de responsabilidad**

La STS de 30 de noviembre de 2011, Ar. 2012/2564, tiene como supuesto fáctico el fallecimiento de un niño en una excursión al precipitarse por un barranco. El Tribunal Supremo da por bueno el razonamiento del tribunal de instancia que considera acreditado que los profesores llevaron a cabo una vigilancia razonable, de forma que la programación y desarrollo de la excursión se ajustó perfectamente a lo que ha de ser este tipo de actividad, sin que la fecha y el lugar de su desarrollo fuera nada anormal. Llega a la conclusión de la falta de relación de causalidad teniendo en cuenta lo anterior, así como las dificultades de acceso al lugar desde donde saltó el niño, lo manifestado por otros niños en cuanto a las intenciones del suicida, la existencia de su cuaderno escolar con indicaciones de su voluntad de quitarse la vida, así como lo manifestado tanto por el Jefe de Bomberos como por un montañero sobre la intencionalidad del suceso.

**D) Bajada del precio de los productos farmacéuticos por Real Decreto
y principio de confianza legítima. Inexistencia de responsabilidad**

En la STS de 18 de octubre de 2011, Ar. 2012/1215, una gran empresa farmacéutica reclama indemnización por una rebaja coyuntural del precio de los medicamentos decretada por el Gobierno en aplicación de la Ley del Medicamento. La Sentencia repite los argumentos de la de 23 de mayo de 2011, Ar. 4601, y recuerda que el marco legal comunitario permite que la adopción de medidas de disminución de los precios de todos los medicamentos o de determinadas categorías de medicamentos pueda llevarse a cabo varias veces al año y durante varios años, estableciendo el procedimiento para llevarlo a cabo, y cómo la medida se dispuso habida cuenta del incremento desproporcionado de precios y sus efectos en el gasto público evaluados conforme a dicho procedimiento. No se puede, por ello, entender vulnerado en este caso el principio de confianza legítima ni comprometida la responsabilidad administrativa.

**E) Responsabilidad por omisión de adoptar medidas de prevención de incendios
forestales provocados. Inexistencia de responsabilidad administrativa**

La STS de 7 de octubre de 2011, Ar. 7582, aborda el siempre delicado tema de hasta dónde llega la responsabilidad por omisión en los daños generados por incendios a cuya producción ha sido ajena la Administración. Se trataba en este caso de los daños en una finca provocados por un incendio de grandísimas dimensiones que afectó a dos provincias. El tribunal de instancia consideró que el recurrente no acreditó sus alegaciones sobre la indebida actuación de la Administración autonómica en la prevención del incendio, por un cuidado inadecuado en las fincas de su titularidad, a través de las cuales pasó el incendio a la de la recurrente, y sobre la insuficiente actividad de extinción del incendio, y

descarta la indemnización. En efecto, el incendio no se originó en una finca propiedad de la Administración sino a varios kilómetros de distancia, ni existe ningún dato que permita afirmar que un mayor cuidado de las fincas públicas hubiera impedido que alcanzara a la finca de la actora un incendio que venía de más de 20 km arrasando miles de hectáreas y duró cuatro días. Es más, las fincas de la Administración tenían cortafuegos, pero fueron insuficientes ante la virulencia del fuego. Menos aún se podía exigir que las actuaciones contra el fuego, que se practicaron desde el inicio y hasta la extinción, hubieran tenido que evitar todo daño en la finca de la actora. Además, existía una actividad previa de planificación para la prevención de incendios forestales. El incendio fue intencionado y se produjo en el mes de julio, con 39°, humedad relativa del 9%, y viento de 20-30 km/h. No consideró, pues, que una mayor actividad de prevención hubiera podido evitarlo, ni que, por las mismas circunstancias en que se produjo, la actividad de extinción desempeñada por la Administración hubiera de haber evitado los daños reclamados que, en definitiva, fueron causados por la intervención maliciosa de un tercero. Por lo que concluyó que los daños sufridos por la demandante no tenían su causa en la actuación de la Administración demandada. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación, dando por bueno, pues, este razonamiento.

F) Responsabilidad sanitaria. Supuestos de reconocimiento del derecho a indemnización

Traemos a estas páginas algunos supuestos en los que el Tribunal Supremo ha reconocido en el período considerado el derecho a obtener indemnización basados todos ellos en la constatación de un mal funcionamiento, mala praxis o infracción de la *lex artis ad hoc* (que todo es lo mismo), que, por lo demás, muestran otra vez, si hiciera falta, que es éste el criterio decisivo en un sistema que es *de facto* culpabilístico salvo excepciones calificadas.

- La **STS de 30 de noviembre de 2011, Ar. 2012/2563**, establece la responsabilidad por el fallecimiento de un feto y las lesiones de la madre que le impedirán en el futuro tener familia derivadas de la defectuosa asistencia sanitaria, al no haberse tenido en cuenta sus antecedentes clínicos a la hora del seguimiento y asistencia al parto, que hubieran llevado a practicarle una cesárea de urgencia.
- La **STS de 29 de noviembre de 2011, Ar. 2012/2516**, declara el derecho a ser indemnizado por el daño consistente en la amputación de una pierna a resultados de un proceso infeccioso originado tras la colocación de una prótesis de rodilla.
- La **STS de 29 de noviembre de 2011, Ar. 2012/2520**, afirma el nexo causal entre un error de diagnóstico motivado por un error de diagnóstico y una deficiente y escasa práctica de pruebas médicas que hubieran podido conducir a un diagnóstico certero desde el inicio y a tratar una fístula arteriovenosa dural medular mediante una arteriografía. El recurrente acabó con resultado de paraplejía que la sentencia de instancia conecta con la pérdida de oportunidad de sanación que hubiera derivado de un diagnóstico correcto a tiempo, y fija en la sentencia como indemnización la cantidad de 400.000 euros. El Tribunal Supremo parte del respeto a los hechos probados, y recalca en este sentido la abundancia de prueba pericial y testifical

en la instancia, y confirma la sentencia. La **STS de 19 de octubre de 2011, Ar. 2012/1298**, comparte los mismos presupuestos y resultado, si bien en este caso la indemnización es mucho menor, de 12.000, divergencia ésta tan enorme que resulta difícil de justificar.

G) Responsabilidad sanitaria. Consentimiento informado

Como bien conoce el lector asiduo de estas Crónicas, son numerosos los casos en que se ventilan pretensiones de indemnización por omisión total o parcial del deber de recabar el consentimiento informado de los pacientes.

La jurisprudencia considera que la falta o insuficiencia de la información debida al paciente constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la *lex artis ad hoc* que debe ser objeto de una indemnización autónoma, independiente de que no se haya logrado acreditar la existencia de un funcionamiento anormal. La determinación de su cuantía compete al tribunal de instancia, que goza de un amplio margen de libertad de apreciación. La **STS de 27 de diciembre de 2011, Ar. 2012/3102**, resuelve un caso así, en que el tribunal de instancia había fijado un montante de 6.000 euros. También se ocupa del consentimiento informado la **STS de 2 de noviembre de 2011, Ar. 2012/1727**, en particular, sobre cuál ha de ser el alcance de dicha información. Aclara que el dato de que el paciente sea profesional de la medicina no excluye en absoluto la necesidad de darle idéntica información ni para presumir que se le facilitó, y revoca así la sentencia de instancia y fija una indemnización de 24.000 euros.

Por el contrario, cuando el daño es la actualización de un «riesgo» del que el paciente fue informado, no existe daño antijurídico. La **STS de 22 de noviembre de 2011, Ar. 2012/2373**, tiene como presupuesto el embarazo de una mujer que se había sometido a una previa operación de ligadura de trompas en un hospital público. La recurrente había sido informada antes de esa operación de dicha posibilidad, como quedaba acreditado en el expediente médico, por lo que el tribunal de instancia consideró que no había daño antijurídico ni, por ende, deber de indemnizar.

H) Antijuridicidad del daño y deber de soportarlo. Lesiones causadas a un empleado bancario por penado que no se reincorporó tras un permiso carcelario. Indemnización procedente por solidaridad en el reparto de los riesgos sociales

La **STS de 28 de noviembre de 2011, Ar. 2517**, en un caso de lesiones causadas a un empleado bancario por un penado que no se reincorporó tras un permiso carcelario, constituye uno de esos raros casos en que se establece la responsabilidad administrativa sin existencia de un anormal funcionamiento, con base en el razonamiento según el cual no existe obligación de soportar individualmente los riesgos de la sociedad respecto de un permiso penitenciario.

3. DAÑO INDEMNIZABLE. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR LA SEPARACIÓN DEL ENTORNO FAMILIAR DERIVADA DE UNA RESOLUCIÓN DE DESAMPARO SEGUIDA DE ACOGIMIENTO PREADOPTIVO POSTERIORMENTE ANULADA EN VÍA JUDICIAL

La **STS de 21 de octubre de 2011, Ar. 2012/1417**, resuelve un supuesto que tuvo gran repercusión mediática. El caso es el de una resolución de desamparo adoptada por una Administración autonómica, con separación del entorno familiar y acogimiento preadoptivo, que fue anulada judicialmente tras varios años en que las niñas afectadas estuvieron separadas de su madre y entre ellas y viviendo con sus respectivas familias de acogida. El Tribunal Supremo reconoce el derecho a indemnización y se enfrenta al difícil tema de la cuantificación del daño moral.

La sentencia de instancia estableció una indemnización para la madre de 40.000 euros, sin especificar y determinar si ese daño moral por el padecimiento de la pérdida de relación con sus hijas menores había de circunscribirse a ambas conjuntamente o a una sola. El Tribunal Supremo considera que cada hija siguió un itinerario distinto, lo que provocó un daño doble, específico para cada una de ellas, de forma que duplica la indemnización.

4. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO. RESPONSABILIDAD SANITARIA. PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN. SOLICITUD DE DILIGENCIAS PRELIMINARES PREVIAS AL EJERCICIO DE ACCIÓN CIVIL: EFECTOS NO INTERRUPTIVOS

La **STS de 16 de diciembre de 2011, Ar. 2012/3586**, aclara que la solicitud de diligencias preliminares previas al ejercicio de acción civil relativas a la exhibición y entrega de la historia clínica no tiene eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año. Éste comienza a computar desde la estabilización de las lesiones. Máxime teniendo en cuenta la vía civil no era la procedente, sino la administrativa, en cuyo seno el expediente se instruye con la reclamación y es en su seno donde puede obtenerse el acceso a la información en cuestión:

«Por otro lado, la diligencia preliminar para la obtención de la historia clínica constituye una actuación civil encaminada a la exigencia de responsabilidad en dicho orden, en cuyo ámbito pueda resultar adecuada para la pretensión a ejercitar en demanda conforme la naturaleza del procedimiento jurisdiccional civil, que se inicia con demanda en la que se debe identificar a los demandados y de manera acabada narrar los hechos, los fundamentos de derecho y la concreta petición que se deduce, mas carece de necesidad en lo que nos ocupa, donde la reclamación del interesado se inicia mediante instancia en la que procede especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre estas y el funcionamiento del servicio público y la evaluación económica de la responsabilidad si fuera posible, siendo durante la instrucción del expediente temporáneamente iniciado cuando puede obtenerse la prueba oportuna, cual es la historia clínica cuando la reclamación dimana del funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los informes periciales consecuentes».

«[...] Por lo demás, pocas dudas cabe albergar a estas alturas sobre el sistema de unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, en el que la Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, contempla de manera unitaria y general la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, ya sea por una actuación sometida al derecho público como al privado, propia o del personal y autoridades a su servicio, por quienes responde directamente, así como que resulta indiferente el origen legal o convencional de la actividad, la concurrencia con sujetos privados y entidades aseguradoras, o si su naturaleza es prestacional o meramente material, terminando la exigencia de reparación con un acto que por poner fin a la vía administrativa es fiscalizable por los Tribunales del orden contencioso-administrativo.

Es claro, en consecuencia, que el ejercicio de la diligencia preliminar a la acción civil era claramente innecesaria e inadecuada, sin eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año establecido por el art. 142.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de manera que cuando presentó la reclamación de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración sanitaria había transcurrido ya más de un año desde que pudo ser ejercitada».

EMILIO GUICHOT REINA
JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA

SUMARIO

1. INSTRUMENTOS DE GESTIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS.
Relación de puestos de trabajo. Modificación. Amortización de puesto de trabajo. Motivación suficiente.
2. ACCESO.
 - A) **Concurso-oposición. Debe estimarse equivalente a la titulación exigida en las bases de la convocatoria el título de formación profesional que la Administración convocante ha venido exigiendo para el acceso a idénticos puestos de trabajo.**
 - B) **Control judicial. No constituyen juicios técnicos exentos de control judicial las decisiones de los órganos de selección sobre cuestiones de naturaleza jurídica.**
3. DERECHOS FUNDAMENTALES.
 - A) **Derecho de asociación política. Puede ser limitado para garantizar la neutralidad política y la imparcialidad de los agentes polacos de la policía municipal.**
 - B) **Derecho a la libertad sindical.**
 - a) No resulta vulnerado por un reparto desigual de liberados sindicales cuando existe causa legítima vinculada a una mayor carga de trabajo.
 - b) Su armonización con el principio de eficacia de la actuación administrativa justifica la limitación de crédito horario.
4. DERECHOS COLECTIVOS.
Negociación colectiva. La elaboración primigenia de una relación de puestos de trabajo supone siempre una afectación de las condiciones de trabajo que debe ser negociada.
5. DERECHOS LABORALES.
Reducción de jornada. El derecho a la reducción de jornada por guarda legal comprende también la concreción horaria.
6. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS.
La suspensión de funciones de Jueces y Magistrados constituye una competencia reglada del Consejo General del Poder Judicial. El hecho de encontrarse ya en situación de suspensión de funciones no impide ser declarado nuevamente en tal situación, pues cada suspensión va ligada a un proceso.
7. INCOMPATIBILIDADES.

Discrecionalidad del órgano competente para conceder la autorización de compatibilidad a la hora de apreciar las necesidades del servicio.

8. RÉGIMEN DISCIPLINARIO.

Falta grave. Emisión de informes y adopción de acuerdos manifiestamente ilegales cuando causen perjuicio a la Administración o a los ciudadanos y no constituyan falta muy grave.

9. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL.

A) **Derecho a la jubilación voluntaria cuando se cumplan los requisitos exigidos por la normativa vigente.**

B) **Inexistencia de derecho a la jubilación parcial del personal estatutario de los servicios de salud sin desarrollo reglamentario previo.**

1. INSTRUMENTOS DE GESTIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS

Relación de puestos de trabajo. Modificación. Amortización de puesto de trabajo. Motivación suficiente

Frente a la alegación de la recurrente, relativa a la falta de motivación de la modificación de la RPT que contempla la amortización de su puesto de trabajo (Coordinadora de Parques y Jardines-personal laboral indefinido), la **STSJ de Madrid de 23 de mayo de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera**, núm. recurso 290/2010, rechaza la alegada falta de motivación.

La Sala rechaza tal alegación por cuanto el art. 54 LRJPAC solo exige que la motivación sea sucinta, es decir, bastante o suficiente para poder cumplir con la finalidad de que el destinatario pueda entenderla. Es decir, la motivación exige que las razones de decidir de la Administración estén bien visibles para poder articular frente a ellas cuantos motivos de impugnación puedan ser útiles para quien pretenda combatirlos, razones cuya exposición puede hacerse de manera sucinta, y también puede llevarse a cabo *in allunde*, esto es, por referencia a otras actuaciones en las que constan claramente las razones. Así, en el caso enjuiciado por esta STSJ de Madrid de 23 de mayo de 2012, de la documentación obrante en el expediente resultan con claridad los antecedentes y fundamentos de esta decisión, pues la Memoria justificativa de la RPT para 2010 alude a la amortización del puesto de trabajo litigioso por referencia a las razones económicas señaladas, a su vez, en la Memoria justificativa del Plan de Ordenación de Recursos Humanos, que se aprobó en noviembre de 2009, y que tiene apoyo y justificación en el Plan de Mejora y Saneamiento Económico-Financiero del Ayuntamiento (2010-2015), aprobado en julio de 2009. En dichos documentos se señala que el puesto mencionado es innecesario desde el punto de vista estructural, pues se va a proceder a una nueva organización de la Concejalía que comporta también la amortización de otros puestos de trabajo, ya que, además de un puesto de Encargado General de Medio Ambiente y Sanidad Ambiental, el Ayuntamiento dispone de otros medios personales que pueden atender sin demérito las funciones del puesto de «Coordinador de Parques y Jardines».

2. ACCESO

A) Concurso-oposición. Debe estimarse equivalente a la titulación exigida en las bases de la convocatoria el título de formación profesional que la Administración convocante ha venido exigiendo para el acceso a idénticos puestos de trabajo

En procedimiento selectivo para acceso a puestos de Oficial de Mantenimiento (nivel C) las bases de la convocatoria exigían a los participantes estar en posesión del «Título de Técnico Superior de Mantenimiento de Edificio y Proceso, o de Técnico Superior en Instalaciones Electrotécnicas o equivalente».

La Administración convocante resolvió no nombrar a los aspirantes que acreditaron estar en posesión del Título de Técnico Especialista de Formación Profesional de Segundo Grado (Rama de Electricidad y Electrónica), Especialidad Electrónica Industrial, por considerar que dicha titulación no se ajustaba a lo dispuesto en las bases de la convocatoria. Los afectados recurrieron dicha resolución alegando que su titulación debía considerarse «equivalente» en los términos previstos por la base correspondiente de la citada convocatoria, si bien dicha alegación fue desestimada en las vías administrativa y contencioso-administrativa.

Sin embargo, la **STS de 14 de mayo de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima**, recurso núm. 6909/2009, estima el recurso de casación presentado por los interesados, considerando que la titulación poseída por éstos debe considerarse equivalente a la exigida por las bases de la convocatoria, por resultar probado que la Administración convocante ha venido considerando suficiente el Título de Formación Profesional de Segundo Grado —alegado por los recurrentes— para acceder a plazas como las convocadas en las pruebas selectivas en las que participaron y que, en el momento de resolverse el procedimiento selectivo, la práctica totalidad de las plazas del mismo puesto de trabajo estaban cubiertas por funcionarios carentes de los títulos ahora exigidos por las bases de la convocatoria. Por ello concluye la Sala que la Administración ha discriminado a los recurrentes.

B) Control judicial. No constituyen juicios técnicos exentos de control judicial las decisiones de los órganos de selección sobre cuestiones de naturaleza jurídica

La **STSJ de Madrid de 7 de mayo de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima**, recurso núm. 466/2010, estima el recurso deducido contra la resolución administrativa por la que se otorga a la recurrente una puntuación inferior a la necesaria para superar la primera parte del primero de los ejercicios del procedimiento selectivo para acceso al Cuerpo General Auxiliar de la Administración del Estado. La actora impugna la respuesta considerada válida por la Comisión de selección a la pregunta número 19 del ejercicio referido, sosteniendo que la respuesta válida no es la señalada con la letra D, sino la señalada con la letra B. La citada pregunta 19 fue formulada del siguiente modo: «¿Qué instituciones participan en el nombramiento del Presidente de la Comisión Europea?

- A. El Consejo Europeo y el Consejo de la Unión Europea.
- B. El Consejo de la Unión Europea y el Parlamento.

C. El Consejo de la Unión Europea, el Parlamento y el Tribunal de Justicia.

D. El Consejo Europeo, El Consejo de la Unión Europea y el Parlamento».

La recurrente marcó la respuesta B, que fue computada como errónea, dado que, según la plantilla de las respuestas correctas aprobadas por la Comisión de Selección, la respuesta correcta sería la señalada con la letra D.

La Sala parte de señalar que, en este caso, la respuesta ofrecida por la Comisión de selección no constituye un verdadero juicio técnico y, aunque lo fuese, tampoco estaría amparado en la discrecionalidad técnica de dicha Comisión, pues, tratándose de dilucidar una cuestión de naturaleza jurídica, el Tribunal podría revisar dicho juicio. Recuerda la Sala la jurisprudencia constante en cuya virtud los Tribunales pueden juzgar las decisiones discrecionales administrativas si resulta manifiesta 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. Pues bien, la STSJ de Madrid de 7 de mayo de 2012 considera que la respuesta sostenida por la Comisión de selección es errónea, por contraria al ordenamiento jurídico. En virtud de su conocimiento jurídico sobre la cuestión, apoyado además en el dictamen de una Catedrática de Derecho Internacional Público, la Sala señala que la respuesta correcta fue la ofrecida por la actora; es decir, la señalada con la letra B, pues así deriva del ordenamiento jurídico vigente (Tratados de Niza y Lisboa) en las fechas de aprobación de la convocatoria y de realización del ejercicio litigioso. Más aún, la Sala matiza que, si bien la expresión «Consejo de la Unión Europea» contenida en la respuesta B no es técnicamente precisa (en puridad, debía decir «Consejo europeo»), el propio sometimiento a las bases de la convocatoria, que han regulado una sola respuesta correcta por cada pregunta, obliga a considerarla como acertada, «(...) porque tal imprecisión terminológica no la convierte en pregunta equívoca, que hubiera merecido, por nuestra parte, una reacción anulatoria, y porque no es exigible tal grado de precisión técnico jurídica en una convocatoria dirigida a quienes no son, ni van a desempeñar cometidos jurídicos de alto nivel. Cosa bien distinta es la respuesta D) y la explicación que para admitirla ofreció la Comisión de selección, que es contraria al ordenamiento jurídico y, por ende, inadmisibles cualquiera que sea el destinatario de la misma».

3. DERECHOS FUNDAMENTALES

A) Derecho de asociación política. Puede ser limitado para garantizar la neutralidad política y la imparcialidad de los agentes polacos de la policía municipal

La **Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2012 (Sección 4.^a)** en el caso *Strzelecki* ha desestimado la demanda de un ciudadano ucraniano contra la República de Polonia por prohibición de afiliación a un partido político por su condición de agente de policía municipal. El Tribunal ha analizado el alcance del art. 11 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Según dicho precepto, toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y

a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar con otros sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

El Tribunal considera que, aunque la prohibición impuesta al demandante de afiliarse a partidos políticos constituye una injerencia en su derecho a la libertad de asociación, está prevista por la Ley polaca, toda vez que esta medida trata de garantizar la neutralidad política y la imparcialidad de los agentes de la policía municipal, y de preservar la confianza legítima de los ciudadanos en este cuerpo de funcionarios. Se trata de valores indispensables para el cumplimiento eficaz de la misión devuelta a los agentes afectados por la Ley en materia de protección del orden público, de la seguridad y de los derechos y libertades de los ciudadanos. Concretamente, esta prohibición pretende impedir en este cuerpo de funcionarios la influencia directa de los partidos políticos y garantizar que su eficacia no padezca la eventual corrosión de la neutralidad política de algunos agentes. El hecho de autorizar la implicación de los agentes concernidos en las actividades de los partidos políticos podría desembocar en la importación al seno de este cuerpo de funcionarios de los conflictos políticos y su instrumentalización en beneficio de intereses partidistas y selectivos. Dicha situación constituiría un obstáculo a la eficacia y a la disponibilidad de dicho cuerpo de funcionarios, perjudicial al interés del Estado y de los ciudadanos.

El Tribunal señala que, aunque la policía municipal no sea un cuerpo militarizado al igual que la policía, su estructura está igualmente fundada sobre los principios de la subordinación jerárquica, de obediencia a las órdenes y del respeto de las reglas disciplinarias, pudiendo aplicar medidas de coacción susceptibles de injerencia en los derechos y libertades de los ciudadanos. Además, la especificidad de la policía comunal en relación con las fuerzas del Estado reside en su arraigo territorial y sus relaciones de proximidad con las poblaciones al servicio de las cuales trabajan sus agentes. Es evidente que para que dicha misión pueda ser realizada de manera óptima, las relaciones entre los agentes concernidos y los ciudadanos deben basarse en una confianza mutua. Estos últimos pueden legítimamente contar que, con motivo de sus trámites personales en la policía municipal, serán asistidos por agentes totalmente indiferentes al combate político. Por todo ello considera el Tribunal que esta limitación al derecho de asociación política no vulnera el art. 11 del Convenio.

B) Derecho a la libertad sindical

a) No resulta vulnerado por un reparto desigual de liberados sindicales cuando existe causa legítima vinculada a una mayor carga de trabajo

La STC 118/2012, de 4 de junio, ha desestimado el recurso de amparo planteado por la convergencia estatal de médicos y ayudantes técnicos sanitarios (CEMSATSE) frente a varias resoluciones de la Administración sanitaria andaluza. Varias organizaciones sindicales suscribieron un acuerdo sobre política de personal con el Director General del Servicio Andaluz de Salud. CEMSATSE, que no había firmado dicho acuerdo, consideró que las «mesas de seguimiento» que instituía dicho acuerdo asumían funciones que suponían una invasión de las competencias negociadoras que corresponden a la mesa sectorial de sanidad. Asimismo consideró lesiva la distribución de liberados institucionales, toda vez que atribuía sólo a las organizaciones sindicales firmantes del acuerdo el 75% de los liberados

previstos en dicho acuerdo. El TC considera que no cabe excluir la vulneración del art. 28.1 CE por los actos recurridos, pues tanto la negociación colectiva como los derechos de crédito horario concernidos son expresión de tal derecho.

La Sentencia recuerda la doctrina establecida al respecto en aquellos supuestos de exclusión de los sindicatos de la mesa de las comisiones de desarrollo o seguimiento de los acuerdos alcanzados en su seno por no haber sido parte signataria de los mismos al disentir de sus contenidos. En estos casos lo relevante para determinar si se ha vulnerado o no la libertad sindical es la naturaleza y el carácter de la propia comisión. Deben tener funciones de mera administración y seguimiento del acuerdo y carecer de carácter negocial. Dado que no concurrían estas funciones reguladoras en sentido propio se desestima la pretensión anulatoria del acuerdo. La misma solución otorga el Tribunal a la cuestión relativa a los liberados institucionales. En este caso considera legítimo el reparto porque existe una causa legítima en la medida en que está vinculado a las tareas y cargas adicionales que los demás sindicatos se comprometieron a asumir como consecuencia de un acuerdo que precisamente pretende favorecer pactos futuros de naturaleza normativa.

b) Su armonización con el principio de eficacia de la actuación administrativa justifica la limitación de crédito horario

La STSJ de Murcia de 26 de marzo de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, ha desestimado el recurso de apelación planteado por el sindicato UGT frente a la Orden autonómica que, en aplicación de la Ley murciana 5/2010, acordaba revocar la licencia para la realización de actividades sindicales que, con cargo a la bolsa de crédito horario acordada con la Administración, venía disfrutando el funcionario afiliado al sindicato.

Pues bien, la sentencia parte de la consideración de que el disfrute del crédito horario por el funcionario es un derecho de configuración legal que se añade al contenido esencial del derecho a la libertad sindical y que, precisamente por ser de configuración legal, ha de ejercerse de conformidad con su contenido legalmente establecido. En principio, en virtud de esta dimensión constitucional del derecho al crédito horario, su privación unilateral entraña una violación del derecho a la libertad sindical.

Ahora bien, para decidir si es conforme o no a derecho la actuación administrativa recurrida al revocar una licencia sindical lo decisivo no es tanto comprobar hasta qué punto la afectación del referido beneficio altera la actividad sindical de los recurrentes sino si el sacrificio que se impone a los mismos es proporcionado en cuanto fundado en el ejercicio de facultades orientadas a lograr fines constitucionalmente previstos. En este caso, no sólo se tiene en cuenta el contexto económico de grave crisis en el que se produce esta privación y su ámbito de aplicación, que es el de una Administración Pública, sino que además existía una ley autonómica que había contemplado expresamente la supresión. Todo ello permite a la Sala tomar en consideración la concurrencia entre la libertad sindical del empleado público (art. 28.1 CE) y el mandato de eficacia en la actuación de la Administración Pública (art. 103.1 CE), concurrencia que lleva a la aceptación de ciertos sacrificios o límites en la garantía de indemnidad sindical, máxime en el contexto económico actual. Toda esta argumentación justifica la desestimación del recurso planteado. En el mismo sentido

se ha pronunciado la **STSJ de Murcia de 16 de marzo de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección segunda.**

4. DERECHOS COLECTIVOS

Negociación colectiva. La elaboración primigenia de una relación de puestos de trabajo supone siempre una afectación de las condiciones de trabajo que debe ser negociada

La **STSJ del País Vasco de 5 de junio de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección segunda**, ha anulado la RPT de la Agencia Vasca del Agua, entre otros motivos por no haber negociado su elaboración con los sindicatos. Aunque el art. 37.2.a) del EBEP excluye de la negociación las decisiones de las Administraciones que afecten a sus potestades de organización, de las que son exponente por antonomasia las relaciones de puestos de trabajo, deberán negociarse si tienen repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios. Pues bien, en el supuesto de autos, dado que se trataba de la relación de puestos de trabajo primigenia de la Agencia Vasca del Agua, es incuestionable que se produce la afectación de las condiciones de trabajo a las que se refiere el art. 37.1 del EBEP, toda vez que, como mínimo, clasifica los puestos de trabajo y les asigna las retribuciones complementarias.

5. DERECHOS LABORALES

Reducción de jornada. El derecho a la reducción de jornada por guarda legal comprende también la concreción horaria

La **STSJ del País Vasco de 22 de marzo de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección segunda**, ha desestimado el recurso de apelación planteado por la Administración vasca en materia de reducción de jornada. En este caso, una funcionaria del Gobierno Vasco solicitó flexibilizar el horario de entrada al trabajo, hasta las 10:15 horas, con el fin de cumplir la guarda legal de su hijo menor de 12 años, para lo que solicitó en su día una reducción de media jornada. Se le denegó por considerar que no podía entrar más tarde de las 9:30 horas y que la concreción horaria, en todo caso, correspondía a la Administración y no a los funcionarios.

La STSJ confirma la sentencia de instancia, que había estimado el recurso planteado por la funcionaria al aplicar la doctrina del TC fijada al respecto y, conforme a la cual, la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse. De ello deduce la Sala que el permiso parental es un derecho individual del trabajador y del funcionario, del que forma parte también el de la concreción horaria. En caso contrario, deberá ser la Administración la que justifique la decisión denegatoria, atendidas las circunstancias concretas tanto del trabajador o trabajadora como del servicio.

6. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

La suspensión de funciones de Jueces y Magistrados constituye una competencia reglada del Consejo General del Poder Judicial. El hecho de encontrarse ya en situación de suspensión de funciones no impide ser declarado nuevamente en tal situación, pues cada suspensión va ligada a un proceso

En el siempre delicado ámbito de la suspensión de funciones de Jueces y Magistrados (pues resulta «evidente el perjuicio y descrédito que se derivan para la Administración de Justicia del hecho de que quien tiene encomendada la función constitucional de juzgar esté sometido a un proceso penal por la posible comisión de delitos en el ejercicio de sus funciones»), la **Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a**, recurso núm. 338/2011, debe extraer las consecuencias que se derivan del apartado primero del artículo 383 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual «La suspensión de los jueces y magistrados sólo tendrá lugar [...] Cuando se hubiera declarado haber lugar a proceder contra ellos por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones». Según el Tribunal Supremo, «dados los términos restrictivos e imperativos» de este precepto, «la consecuencia inexorable e inevitable que se impone legalmente no es otra que la preceptiva suspensión provisional de funciones de dichos Jueces y Magistrados, medida cautelar cuya adopción, por tanto, no puede configurarse como una mera posibilidad o facultad discrecional del Consejo General del Poder Judicial previa valoración y ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso».

En el caso en cuestión, el Juez sobre el que recae la suspensión de funciones se encontraba ya en dicha situación, circunstancia ésta que no es impedimento para aquella pues, recordando el auto del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2011 «la suspensión es una consecuencia derivada directamente de la causa penal antes citada, y va directamente ligada al proceso en que se acuerda proceder contra el recurrente, con vinculación diferente y autónoma, encadenando su eficacia al destino del proceso penal al que concretamente se contrae [...]. En consecuencia, la absolución o el archivo de una causa penal supondrá el fin de la medida cautelar acordada como consecuencia de dicha causa, pero quedará vigente, en su caso, la acordada como consecuencia de otro proceso, por lo que la resolución acordada, ni es de contenido imposible, ni carece de utilidad». Por ello, la segunda suspensión de funciones no constituye una medida sancionatoria o disciplinaria, sino que se trata de una medida cautelar temporalmente limitada.

7. INCOMPATIBILIDADES

Discrecionalidad del órgano competente para conceder la autorización de compatibilidad a la hora de apreciar las necesidades del servicio

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a**, recurso núm. 220/2012, viene a resolver un asunto relativo a la incompatibilidad horaria de una actividad docente respecto a la actividad principal, reconociendo al órgano competente para conceder las autorizaciones de compatibilidad una amplia discrecionalidad para considerar las necesidades del servicio.

Según el Reglamento de la Carrera Judicial, el ejercicio de actividades compatibles sólo puede autorizarse «a partir de la finalización de las horas de audiencia pública», a pesar de lo cual el Consejo General del Poder Judicial no considera procedente autorizar a un Magistrado para ausentarse de su despacho oficial a partir de las 12:45 horas para ejercer la docencia, aunque a esa hora finalice el horario de audiencia pública establecido en la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz, donde aquel trabaja. El Tribunal Supremo no entiende ajustada a las pautas que deben observarse en virtud de las normas que regulan la organización y funcionamiento de los Tribunales el que se autorice a un magistrado para ausentarse del despacho oficial a partir de las 12:45 horas con el objeto de que, a partir de ese momento, pueda realizar una actividad ajena a la función jurisdiccional. A tal fin, el Tribunal invoca, por un lado, el espíritu y finalidad de las leyes y, por otro, las necesidades del servicio, que legítimamente deben ser apreciadas discrecionalmente por la autoridad que concede la autorización de compatibilidad y no por el órgano o unidad administrativa en la que trabaja el funcionario.

En palabras del Tribunal, «las normas, dice el artículo 3.1 del Código Civil deben interpretarse, en relación con el contexto y, también, atendiendo a la realidad social del tiempo en que hayan de aplicarse y a su espíritu y finalidad. Desde este punto de vista, no es comprensible la pretensión del recurrente. Aunque sea solamente un cuatrimestre y dos días a la semana, no puede sostenerse que se corresponda con esa realidad ni con el espíritu y la finalidad del artículo 329 del Reglamento de la Carrera Judicial, ni, mucho menos, con el conjunto normativo en el que se encuadran los preceptos indicados, el reconocimiento de su derecho a ausentarse del despacho a partir de las 12:45. No son criterios de oportunidad los que han llevado al Consejo General del Poder Judicial a denegarle la compatibilidad pedida, sino la preferencia que ha dado al deber de todos los jueces y magistrados de atender las necesidades del servicio, deber establecido en el citado artículo 189 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y que tiene una particular proyección sobre el tiempo de audiencia pública y sobre el deber de los miembros de la Carrera Judicial de asistir al despacho oficial. Necesidades que no pueden considerarse satisfechas mediante la presencia exclusivamente en esas cuatro horas diarias que, como mínimo, ha de durar la audiencia pública [artículo 10.3.a) del Reglamento 1/2005], sean o no frecuentes las solicitudes de atención de profesionales o del público (artículo 10.2 del mismo Reglamento), sino que requieren la presencia del juez o magistrado en su despacho oficial para resolver cualquier incidencia o consulta que pueda producirse, incluso, fuera de las horas de audiencia establecidas, en especial cuando concluyen a las 12:45 horas. Y al Consejo General del Poder Judicial corresponde determinar en cada caso hasta dónde llegan, desde el punto de vista temporal, las exigencias de esas necesidades del servicio, justamente como ha hecho en este caso. Su apreciación del alcance de las mismas —o sea, su afirmación de que requieren la permanencia del juez o magistrado en su despacho durante la mañana, incluyendo en ellas las 13:00 horas— es plenamente razonable y ajustada a los preceptos antes recogidos, y, por esa razón, no lesiva de la seguridad jurídica. La circunstancia de que el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura y el Servicio de Inspección no se opusieran a la solicitud no conduce a una conclusión diferente ya que tal actitud no puede prevalecer sobre una interpretación de las normas realizada por el órgano de gobierno del Poder Judicial conforme a los criterios que ofrece el ordenamiento jurídico».

8. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Falta grave. Emisión de informes y adopción de acuerdos manifiestamente ilegales cuando causen perjuicio a la Administración o a los ciudadanos y no constituyan falta muy grave

La SAN de 16 de mayo de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, recurso núm. 29/2012, desestima el recurso interpuesto por el actor contra la sentencia de instancia, que ratificó la resolución sancionadora administrativa impugnada. En virtud de dicha resolución, el ahora recurrente fue sancionado como autor de una falta grave tipificada en el art. 7.1.h) del Real Decreto 33/1986, consistente en la «*emisión de informes y adopción de acuerdos manifiestamente ilegales cuando causen perjuicio a la Administración o a los ciudadanos y no constituyan falta muy grave*», al responder a una consulta verbal de una empresa mediante la emisión de un informe sin registro de salida y sin observar otras prescripciones del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

En cuanto a la concurrencia de los elementos del tipo referido, la Sala confirma la ilegalidad manifiesta del informe, que deriva de su falta de legalidad extrínseca al carecer de sello oficial y del oportuno visado de salida, pues, si bien es posible la contestación por parte de la Inspección de Trabajo a consultas verbales, aunque sea con carácter excepcional, en modo alguno ello puede tener lugar con omisión de los oportunos controles de salida de dichos informes.

El cuanto al perjuicio causado a la Administración que contempla el art. 7.1.h) del Real Decreto 33/1986, se concreta en el elevado volumen de tiempo y de trabajo que la Administración tuvo que dedicar a responder las cuestiones realizadas por distintas empresas, a raíz de que el informe emitido quedase en manos de una empresa que indebidamente lo utilizó como medio de difusión publicitaria de su actividad.

9. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL

A) Derecho a la jubilación voluntaria cuando se cumplan los requisitos exigidos por la normativa vigente

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 20 de abril de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, recurso núm. 172/2011, reconoce el derecho a la jubilación voluntaria del funcionario cuando éste cumple los requisitos exigidos por la normativa vigente en el momento de la solicitud, sin que puedan oponerse nuevos requisitos establecidos por una ley posterior a dicha solicitud, pues no se trata de una mera expectativa sino de la materialización de un derecho a través de la oportuna solicitud, cumpliendo a fecha de la solicitud, sobradamente, los requisitos legalmente establecidos en ese momento por la norma

B) Inexistencia de derecho a la jubilación parcial del personal estatutario de los servicios de salud sin desarrollo reglamentario previo

Dos Sentencias del Tribunal Supremo, de 24 de mayo y de 7 de junio de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a, núm. recurso respectivos 19/2010 y

29/2010, resuelven sendos recursos de casación en interés de ley en relación con el derecho a la jubilación parcial del personal estatutario de los servicios de salud. Aunque por cuestiones procesales, derivadas de la naturaleza singular de dicho recurso, el Tribunal Supremo rechaza fijar doctrina al respecto en el fallo, los Fundamentos de Derecho sí resuelven el fondo de la cuestión y establecen la imposibilidad de aplicar directamente el Estatuto Marco en tanto en cuanto no se produzca un desarrollo reglamentario, rechazando por tanto la existencia del citado derecho a la jubilación parcial anticipada del personal estatutario previsto en el artículo 26.4 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

En efecto, aunque las Sentencias de instancia consideraron que el citado derecho a la jubilación parcial anticipada del personal estatutario no estaba condicionado a la existencia de un plan de ordenación de los recursos humanos, lo que el Tribunal Supremo viene a dejar claro es que dicho derecho sí está condicionado a la aprobación de normativa reglamentaria que desarrolle no tanto el artículo 26.4 de la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario, como la legislación de seguridad social sobre esta materia, a la que aquel precepto se remite para reconocer el derecho en cuestión. En efecto, según las Sentencias analizadas, «tanto la referencia del artículo 166.2 LGSS al término “trabajadores”, como la mención directa que el propio precepto hace del artículo 12.6 ET, y, sobre todo, la expresa remisión al futuro reglamento que se contiene, merced a la adición introducida por la Ley 35/2002, de 12 de julio, en el número 4 del mismo artículo 166 LGSS al señalar: “El régimen jurídico de la jubilación parcial a que se refieren los apartados anteriores será el que reglamentariamente se establezca”, permiten entender que el personal estatutario, al menos por ahora, no puede acceder a ese tipo de jubilación parcial, ni a la anticipada, ni a la que hemos dado en denominar autónoma. El reglamento en sí parece configurarse pues como el presupuesto que el legislador ordinario ha querido establecer para que quepan este tipo de flexibilidades en la jubilación del personal estatutario». Por tanto, el artículo 26.4 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, prevé que “el personal estatutario que reúna los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social” podrá optar a la jubilación voluntaria, total o parcial, añadiendo igualmente que “los órganos competentes de las Comunidades Autónomas podrán establecer mecanismos para el personal estatutario que se acoja a esta jubilación como consecuencia de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos”. El precepto además de permitir o abrir la vía a esa posibilidad de jubilación voluntaria, total o parcial, cuando traiga su causa en algún proyecto elaborado al respecto por la correspondiente Comunidad Autónoma, contiene una clara y expresa remisión a la normativa de Seguridad Social y no permite la jubilación parcial anticipada al personal estatutario mientras esa posibilidad no sea desarrollada reglamentariamente, tal como lo fue para el personal laboral a partir del ya derogado Real Decreto 1991/1984, de 31 de octubre, pasando luego por el Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, hasta llegar al Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, que, en el párrafo octavo de su preámbulo, justifica la necesidad de dictar normas de desarrollo y aplicación de las disposiciones contenidas en el artículo 12.6 ET. En suma, la doctrina jurisprudencial de este Tribunal ha reconocido que la modalidad de jubilación aquí cuestionada solo está claramente prevista y perfeccionada en el ordenamiento de la Seguridad Social (artículo 166.2 LGSS), desarrollada reglamentariamente en la actualidad en el Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, para los trabajadores por cuenta ajena (artículo 12.7

ET), pero necesita un desarrollo propio y específico (también reglamentario: artículo 166.4 LGSS), respecto a quienes, como el personal estatutario de los Servicios de Salud, tienen un régimen jurídico muy distinto en relación con la prestación de servicios».

BELÉN MARINA JALVO
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ
JESÚS ANGEL FUENTETAJA PASTOR
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

XI. URBANISMO

SUMARIO

1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO.
 - A) **Nulidad del Proyecto Sectorial de Incidencia Supramunicipal por excluir de licencia municipal un proyecto industrial de una empresa privada.**
2. RÉGIMEN DEL SUELO.
 - A) **Sólo hay limitación singular indemnizable cuando la restricción de aprovechamiento urbanístico introducida por el planeamiento afecte a derechos o contenidos ya patrimonializados.**
3. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO.
 - A) **Programa de Actuación Integrada: cuestiones competenciales.**
 - B) **Sistemas Generales: terrenos de reserva para instalaciones ferroviarias.**
4. MOMENTO Y VALORACIÓN DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS.
 - A) **Ante un expediente de valoración conjunta, la 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.**

1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

A) Nulidad del Proyecto Sectorial de Incidencia Supramunicipal por excluir de licencia municipal un proyecto industrial de una empresa privada

La STS de 26 de abril de 2012 (JUR 2012/161747) anula la Sentencia de instancia y el PSIS aprobado por la Junta de Galicia, al acoger el motivo de la Asociación recurrente, en el sentido de que no existe razón para que un proyecto de una empresa privada escape a los actos de control preventivo como es la licencia municipal. Dicho acuerdo establece que las determinaciones del proyecto sectorial tienen fuerza vinculante para las Administraciones y prevalecen sobre las del planeamiento urbanístico, debiendo los Concellos adaptar su planeamiento. Pero ello no excluye, según el TS, las competencias propias de los entes locales, como la prevista en el art. 84.1.b) LBRL.

Tras repasar el significado de la autonomía local a la luz de la doctrina constitucional, el Tribunal concluye:

«Ahora bien, hemos visto que cuando el acuerdo de aprobación del proyecto sectorial determina la necesidad de adaptación del planeamiento urbanístico y la exención de licencia y otros actos de control preventivo municipal lo hace de forma global, es decir, con relación a todas las instalaciones previstas en el proyecto, entre las que se encuentra la fábrica de papel tisú. Pues bien, entendemos que no es respetuosa con la garantía institucional de la autonomía del municipio en el que se ubica, y no encuentra justificación legal, el que la exención de licencia y de cualquier forma de control municipal preventivo se extienda a esa fábrica de papel tisú, pues el legislador autonómico, al que corresponde la competencia en materia de urbanismo y ordenación del territorio, ha excluido de la intervención municipal, únicamente, las “... obras públicas definidas detalladamente en los proyectos sectoriales” (Disposición Adicional Primera de la Ley 10/1995, de Ordenación del Territorio de Galicia y artículo 11.3 del Decreto 80/2000, de 23 de marzo), entre las que no se encuentra la fábrica de papel tisú del Grupo Empresarial Ence, S.A.

Entender lo contrario implica cercenar el ámbito de actuación del Ayuntamiento, pues el proyecto de carácter supramunicipal incluye obras privadas a las que ningún precepto legal justifica que se extienda la exención de licencia, con vulneración, por tanto, del artículo 140 de la Constitución.

Para justificar que la exención de licencia alcance a la fábrica de papel tisú la Sala de instancia ofrece unas razones que consideramos carentes de consistencia. Según vimos en el antecedente segundo, la sentencia recurrida señala que dicha fábrica “... se ha incardinado en un proyecto sectorial de justificada incidencia supramunicipal, tal como hemos visto anteriormente, el cual se integra como uno de los instrumentos de ordenación del territorio basados en los principios de coordinación, cooperación interadministrativa, racionalidad y planificación, que, en cuanto tales, son competencia de la Administración autonómica, tal como se recoge en la Ley 10/1995, de 23 de noviembre, de Ordenación del Territorio de Galicia, tratando con ello de colmar las insuficiencias que ofrecía el sistema de planificación urbanística, con la creación de aquel otro sistema (el de ordenación territorial) que se considera más integrador (...)”. Y concluye la sentencia recurrida: “... Por tanto, no cabe la sumisión a licencia municipal urbanística de las obras e instalaciones comprendidas en el proyecto sectorial antes de que el planeamiento haya sido adaptado a sus determinaciones, pues si se estableciera dicha exigencia previa quedaría desactivada la primacía de aquel instrumento de ordenación del territorio...”. Dicho de otro modo, la sentencia recurrida viene a considerar que la exoneración de licencia referida a la fábrica de papel tisú está justificada porque dicha fábrica está incluida en el proyecto sectorial, lo que comporta tal exoneración, y porque si no estuviese exento de licencia antes de producirse la adaptación del planeamiento el proyecto sectorial quedaría “desactivada” la primacía de este último.

Tales razones no resultan satisfactorias. De un lado, la inclusión de la fábrica de papel tisú en el proyecto sectorial es precisamente uno de los aspectos de dicho proyecto que cuestiona la Asociación recurrente, y, por tanto, dicha inclusión no puede invocarse como si fuese una premisa inalterable que por sí misma justificase que dicha fábrica reciba igual consideración y tratamiento que el resto de instalaciones comprendidas en el proyecto. En cuanto a la afirmación de que “no cabe la sumisión a licencia municipal urbanística de las obras e instalaciones comprendidas en el proyecto sectorial antes de que el planeamiento haya sido adaptado a sus determinaciones, pues si se estableciera dicha exigencia previa

quedaría desactivada la primacía de aquel instrumento de ordenación del territorio”, baste con señalar que tal objeción se desvanece si se deja fuera del proyecto sectorial la fábrica de papel tisú, cuya inclusión en el mismo no está debidamente justificada. Porque, en efecto, así como no está justificada la exoneración de licencia municipal, tampoco hemos encontrado una razón mínimamente consistente para aceptar que, en lo relativo a dicha fábrica de papel tisú, el planeamiento urbanístico quede vinculado por el proyecto sectorial y deba adaptarse a éste».

Por otro lado, la STS también declara que el PSIS carece de eficacia, ya que sólo fue publicado el Acuerdo aprobatorio, pero no su contenido, de indudable carácter normativo.

2. RÉGIMEN DEL SUELO

A) Sólo hay limitación singular indemnizable cuando la restricción de aprovechamiento urbanístico introducida por el planeamiento afecte a derechos o contenidos ya patrimonializados

La empresa recurrente era propietaria de dos fincas situadas en una urbanización en el área de Perafita, calificada como suelo no urbanizable en el PGOU vigente cuando se aprobó la Ley 4/1998, del parque natural de Cabo de Creus. El Plan Especial de protección del medio de dicho parque, aprobado por el Gobierno de Cataluña de 20 de junio de 2006, no permite las edificaciones de nueva planta para vivienda en el área de Perafita, aunque sí en la de Guillola, por lo que entendió que había sufrido una limitación singular injustificada.

La STS de 17 de mayo de 2012 (JUR 2012/184534) confirma la sentencia de instancia, que desestimó el recurso por entender que la prueba practicada puso de manifiesto una conformación limitada y fragmentaria de servicios urbanísticos en el área mencionada, sin comparación con la otra zona, apreciando una mera delimitación del contenido urbanístico normal de la propiedad.

Tras reproducir el contenido de los artículos 2.2 y 43 de la Ley 6/1998, de 13 abril, la Sentencia establece:

«Así las cosas, dos son los requisitos exigidos para la procedencia de indemnización por vinculación singular: a) Que una ordenación urbanística ocasione una restricción del aprovechamiento urbanístico, y b) que resulte imposible compensarla a través de las técnicas de distribución de beneficios y cargas del planeamiento. En consecuencia, constituye el fundamento de esta exigencia de indemnización la vulneración o afectación del derecho subjetivo que tienen atribuido todos los propietarios que se incorporan al proceso urbanístico y edificatorio a que se equidistribuyan entre todos ellos los beneficios y cargas derivados del planeamiento a través de las diversas técnicas que articule la legislación autonómica. En relación con el primer requisito —restricción del aprovechamiento— debe partirse, obviamente, de la previa titularidad del mismo, lo que exige la previa adquisición o incorporación efectiva al patrimonio del perjudicado.

Partiendo del régimen normativo que acabamos de describir, y aceptada, pues, la posibilidad de indemnización como consecuencia de una modificación del planeamiento que afecte a aprovechamientos debidamente patrimonializados, debe notarse que en el caso que nos

ocupa la indemnización se solicita tratándose de un suelo clasificado como no urbanizable, que mantiene su clasificación, por imperativo legal, por encontrarse dentro del Parque Natural Cabo de Creus y estar sujeto al régimen de protección recogido en el Plan Especial.

De acuerdo con el esquema normativo antes reseñado, sólo es posible hablar de una privación indemnizable cuando la restricción afecte a derechos o contenidos ya patrimonializados, lo que, tratándose de suelo no urbanizable, sólo puede afirmarse cuando la nueva ordenación hubiera privado a su propietario de unos usos acordes con su clasificación —usos agrícolas, ganaderos, forestales, etc.—. Tal cosa no sucede en este caso, por cuanto los mencionados usos, que son los característicos del suelo no urbanizable, los conserva la recurrente no obstante la especial protección introducida por el Plan Especial; y éste respeta, además, como uso compatible, las viviendas unifamiliares en edificaciones preexistentes con la debida cobertura jurídica [artículo 47.6.2.e) de las normas del Plan Especial], no habiendo constancia de que la recurrente hubiese patrimonializado ningunos de esos otros usos que la nueva ordenación excluye, en particular el relativo a la construcción de edificaciones».

Esta doctrina se apoya en diversas sentencias del Tribunal Constitucional que cita (SSTC 170/1989, 37/1987, 227/1988).

3. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

A) Programa de Actuación Integrada: cuestiones competenciales

El TS tiene que resolver en su sentencia de 10 de febrero de 2012 (RJ\2012\3883) la impugnación de un acuerdo de un Pleno municipal que aprobó definitivamente la modificación de un Proyecto de Urbanización, del Proyecto Reparcelatorio y la modificación del respectivo Plan General, que integraban el contenido de un Programa de Actuación Integrada, si bien que en lo referido a la competencia del Tribunal para conocer del recurso planteado.

En este sentido, el Tribunal indica que los Proyectos de Reparcelación, los de Urbanización o los Programas de Actuación Integrada valencianos, cuando no modifican la ordenación del ámbito, como ocurre en el caso controvertido, son instrumentos de gestión o ejecución urbanística, careciendo de naturaleza reglamentaria y correspondiendo el conocimiento de su impugnación en primera instancia, tras la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa realizada por la disposición adicional decimocuarta de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, según el art. 8.1 de la Ley Jurisdiccional, en la redacción del mismo tras la reforma citada, redacción que es plenamente aplicable al supuesto en controversia, atendiendo al tracto temporal de la impugnación efectuada, mientras que el conocimiento de dicha cuestión en segunda instancia corresponde a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia —art. 10.2 LJCA—.

Teniendo en cuenta lo anterior, el TS indica que el acto impugnado se incluye en el ámbito del art. 8.1 de la LJCA, pues si bien es cierto que dicho acto incluía una modificación del Plan General, en el suplico de la demanda no se solicitaba la nulidad de las

determinaciones urbanísticas contenidas en dicho Plan, por lo que el asunto recae en la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

Por ello, según aquel, la cuestión se ciñe a determinar el tratamiento que debe darse, a efectos impugnatorios, a las sentencias que, como sucede en el supuesto en controversia, han sido dictadas por las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma antes citada en procesos pendientes antes ellas y que, tras dicha reforma, son competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Y a este respecto, el Tribunal indica que el recurso de casación planteado no puede ser examinado en cuanto al fondo, ya que resulta aplicable plenamente el régimen de recursos establecido en las normas transitorias de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, recordando, además, que el régimen de recursos es el establecido en la LJCA para las sentencias dictadas en segunda instancia, contra las que no cabe recurso de casación, pues éste solo procede contra las recaídas en única instancia, según el art. 86.1 de la misma Ley.

B) Sistemas Generales: terrenos de reserva para instalaciones ferroviarias

En su sentencia de 22 de febrero de 2012 (JUR/2012/146107), el TS debe resolver sobre la calificación otorgada en la revisión de un Plan General de Ordenación Urbana a una finca que, en parte, resulta afectada por el trazado de un tramo ferroviario, y que dicha revisión califica como suelo no urbanizable especial de terrenos sujetos a protecciones sectoriales y complementarias de protección del sistema de comunicaciones e infraestructuras, de acuerdo a su naturaleza supramunicipal, y que la entidad demandante pretende que sea declarado como sistema general municipal.

A este respecto, lo primero que hace el TS es centrar el objeto del litigio, entendiendo que éste se ciñe exclusivamente a si el suelo que el Plan General destina a una infraestructura ferroviaria tiene o no que ser calificado en dicho Plan como sistema general, al margen de la clasificación concreta que se otorgue a dicho suelo. De esta manera, resalta que de la prueba pericial se desprende que el Plan General ha previsto que por la finca de la actora transcurra una infraestructura ferroviaria que es exactamente la misma línea férrea que discurre por las fincas colindantes, «de manera que la funcionalidad infraestructural del tramo, que está inmediatamente antes y del que lo está inmediatamente después del que es objeto de este litigio, es exactamente la misma porque todos ellos forman un conjunto necesario e indisoluble como soporte de la vía férrea, que no se puede cortar sino que, necesariamente, tiene que discurrir continuo» (FJ Cuarto).

Así, el TS indica que el suelo objeto de la controversia, como soporte de una infraestructura, desempeña la misma función que el suelo que conforman los tramos inmediatamente anteriores y posteriores, y desconocer esta realidad, como hizo la sentencia recurrida, supone desconocer la identidad estructural y funcional, como simple soporte, de dicha porción de suelo, llegando, según el Tribunal, «a un resultado absurdo porque implica aceptar como realidad de hecho una vía férrea discontinua, lo que conceptualmente es imposible». Y concluye remarcando que cuestión distinta es que los terrenos de los sucesivos tramos puedan tener una u otra clasificación, pero ello no es objeto del presente recurso, sino la calificación del suelo como soporte un una infraestructura, que es necesariamente la misma en el suelo del tramo litigioso que en el anterior y posterior.

Además, el TS indica que, desde esa función de mero soporte, que es igual para toda la infraestructura, «no cabe calificar como sistema general los suelos del mismo trazado de forma intermitente o discontinua, ya que la función de soporte de la vía férrea es la misma en todo el discurrir de ésta sobre la realidad física natural, y, en consecuencia, al existir una norma jurídica que establece una consideración especial para esta función de soporte, esa norma debe aplicarse exactamente igual a todos los suelos sobre los que se asienta la infraestructura pues todos ejercen la misma función, y como esta circunstancia constituya un **hecho determinante**, no hay potestad discrecional del planificador que pueda soslayar ese automatismo jurídico necesaria» (FJ Quinto). De esta manera, la inaplicación de la misma consecuencia jurídica —la calificación como sistema general— a situaciones idénticas vulnera el principio de igualdad, y por tanto, lo preceptuado en los arts. 14, 9.3 y 103 de la Constitución.

Por último, el TS también rechaza la argumentación de la sentencia recurrida al entender que, como para ella el suelo en cuestión estaba correctamente clasificado como suelo no urbanizable de especial protección, destinado a sistema de comunicaciones e infraestructuras, dicha circunstancia impide discutir la condición que deba otorgarse a unos terrenos como sistema general de la ordenación. Esta argumentación, según el TS, infringe el art. 9 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, pues de tal precepto no se deriva la incompatibilidad entre esa clasificación y la caracterización jurídica como sistema general, lo que igualmente se deriva de los arts. 25 y 26.2 del Reglamento de Planeamiento (aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio), aplicable como derecho supletorio al supuesto controvertido.

Según el art. 25.2 del Reglamento citado, los Planes Generales han de definir los sistemas generales con la precisión suficiente para permitir un adecuado desarrollo a través de los Planes Parciales o Especiales, entre los cuales se incluye el sistema general de comunicaciones, tanto urbanas como interurbanas, estableciendo las reservas de suelo necesarias para el establecimientos de redes viarias y ferroviarias, indicando el art. 26.2 de la misma norma que la definición de los sistemas generales determinantes de la estructura general del territorio se formulará sin perjuicio de la clasificación del suelo, de lo que el TS infiere que «las cuestiones de clasificación del suelo y sistemas generales son independientes, mientras que el Plan General debe definir obligatoriamente los sistemas generales con un determinado grado de precisión» (FJ Sexto), lo que permite concluir al Tribunal que, al margen de la concreta clasificación de los terrenos en controversia, éstos deben estar definidos en el Plan General como sistema general, al igual que los que sirven de soporte a los tramos anteriores y posteriores, argumentos todos ellos que determinan la estimación del recurso interpuesto y la anulación del acuerdo de aprobación definitiva del Plan General discutido.

Dicha declaración lleva al TS, de acuerdo a la petición de la recurrente, a sopesar si dicho Tribunal puede declarar el tramo objeto de controversia como sistema general o si, simplemente, está facultado para declarar contrario a derecho y nulo el Plan General en lo referido a que no califica como sistema general el tramo concreto. En este sentido, el Tribunal entiende que el art. 71.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no le permite redactar los preceptos de una disposición general en sustitución de los que resulten anulados, ni puede determinar el contenido discrecional de los actos anulados, pero en el

supuesto concreto, considera que «han sido las propias Administraciones urbanísticas las que han trazado sobre el suelo en cuestión la futura vía férrea, aunque su proyecto no se haya aprobado, y, por tanto, su calificación, al igual que el tramo anterior y posterior, sólo puede ser el de **sistema general** por las razones antes expresadas», lo que lleva al TS a admitir la pretensión de la actora.

4. MOMENTO Y VALORACIÓN DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS

A) Ante un expediente de valoración conjunta, la 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

El Tribunal Supremo ha vuelto a recordar su doctrina sobre este particular aspecto, entre otras, en las siguientes sentencias: STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 4 de junio de 2012 (JUR 2012\202921); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 11 de junio de 2012 (JUR 2012\212220); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 16 de julio de 2012 (JUR 2012\252159); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 16 de julio de 2012 (JUR 2012\252158); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 9 de julio de 2012 (JUR 2012\245337); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 2 de julio de 2012 (JUR 2012\236643).

En tales Sentencias, el TS estima en parte los respectivos Recursos de casación interpuestos contra las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que 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).

A mayor abundamiento, el TS aclara:

«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 (RCL 1998, 959), 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».

Por todas las Sentencias citadas anteriormente, véase el FJ 7 de la STS de 11 de junio de 2012 (JUR 2012\212220).

CONSUELO ALONSO GARCÍA
FRANCISCO DELGADO PIQUERAS
LUIS ORTEGA ÁLVAREZ
RUBÉN SERRANO LOZANO
ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS

XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL

SUMARIO

1. JURISPRUDENCIA EUROPEA.
 - A) **Redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Directiva 2002/20/CE: solo se permite establecer cánones por el uso de la propiedad pública a los titulares de las redes e instalaciones, no a los operadores. Efecto directo del art. 13 de la Directiva.**
2. BIENES LOCALES.
 - A) **Tribunal Supremo.**
 - a) Utilización de los bienes de dominio público: la costumbre y el aprovechamiento de los bienes comunales.
 - B) **Tribunales Superiores de Justicia.**
 - a) Normas por las que se rige el patrimonio local: normas aplicables a los bienes de las sociedades locales.
 - b) Enajenación del patrimonio local: normas aplicables a las enajenaciones de bienes de las sociedades locales y necesidad de respetar los principios de publicidad y concurrencia.
 - c) Desafectación de los bienes de dominio público: requisitos.
 - d) Utilización de los bienes de dominio público.
 - e) Otros: impugnación por un concejal de un Ayuntamiento ante la jurisdicción contencioso-administrativa de los acuerdos de enajenación de un bien adoptados por una sociedad municipal.
3. AGUAS CONTINENTALES.
 - A) **Cuestiones relativas al informe de los Organismos de cuenca sobre la disponibilidad de recursos hídricos en distintas actuaciones, como urbanísticas o de ordenación del territorio, que pretenden realizar Comunidades Autónomas y Ayuntamientos. Carácter vinculante, y no solo determinante, de tal informe.**
4. MONTES.
 - A) **La justificación del deslinde de montes de utilidad pública se encuentra en el informe técnico que sirve de base a dicho deslinde. El deslinde de montes no prejuzga el deslinde entre términos municipales.**
5. PATRIMONIO HISTÓRICO.

A) **La incoación de un expediente para la declaración de un determinado Bien inmueble como de Interés Cultural conforme a la Ley del Patrimonio Histórico Español, determina que se pueda suspender la autorización o, en su caso, la ejecución de actuaciones de parcelación, edificación o demolición, previamente autorizadas por la Administración municipal o por cualquier otra Administración competente.**

6. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO.

A) **Aguas continentales: cánones de regulación y tarifas de utilización del agua.**

- a) Obligados tributarios.
- b) Relaciones con el canon de explotación de saltos de pie de presa.
- c) Fijación de la base imponible, criterios de reparto y, en general, problemas de cuantificación.

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.

C) **Dominio público local.**

- a) Tasas por utilización del dominio público local en general.

D) **Impuesto sobre Bienes Inmuebles.**

- a) Dominio público hidráulico.
- b) Dominio marítimo-terrestre.

1. JURISPRUDENCIA EUROPEA

A) **Redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Directiva 2002/20/CE: solo se permite establecer cánones por el uso de la propiedad pública a los titulares de las redes e instalaciones, no a los operadores. Efecto directo del art. 13 de la Directiva**

Se ha dictado una importante Sentencia por la Sala cuarta del Tribunal de Justicia. Es la de fecha 12 de julio de 2012, recaída en los asuntos acumulados C-55/11, C-57/11 y C-58/11. Proviene de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de España con arreglo al art. 267 TFUE, y que versa sobre la interpretación del art. 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización).

En el litigio previo participan Vodafone España, S.A. y France Telecom España, S.A., que son operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y en esa condición demandan a varios Ayuntamientos que han establecido ordenanzas fiscales donde se regulan cánones (que han impuesto a esas Sociedades) por el uso privativo y el aprovechamiento especial del subsuelo, el suelo y el vuelo del dominio público local. La fundamentación para esta actuación municipal se puede encontrar en el art. 49 de la Ley 32/2003, de 3 de

noviembre, General de Telecomunicaciones, que indica en su apartado primero que «*los operadores y los titulares de derechos de uso del dominio público radioeléctrico o de recursos de numeración estarán sujetos al pago de las tasas establecidas en el ordenamiento jurídico*», regulando el resto de apartados del precepto la finalidad de estas tasas y otras cuestiones sobre las mismas.

Tras el rechazo de la posición de las operadoras, el asunto llega al Tribunal Supremo, quien plantea la cuestión prejudicial sobre el artículo 13 de la Directiva, autorización que dice lo siguiente: «Los Estados miembros podrán permitir a la autoridad pertinente la imposición de cánones por los derechos de uso de radiofrecuencias, números o derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, que reflejen la necesidad de garantizar el uso óptimo de estos recursos. Los Estados miembros garantizarán que estos cánones no sean discriminatorios, sean transparentes, estén justificados objetivamente, sean proporcionados al fin previsto y tengan en cuenta los objetivos del artículo 8 de la [Directiva marco, que es la 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas].

Pues bien, al Tribunal Supremo le interesa la interpretación de este artículo 13 para saber si ampararía la imposición de cánones sobre los operadores, además de sobre los propietarios de las instalaciones construidas en el dominio público, y si, en su caso, tal art. 13 tendría efecto directo.

El Tribunal de Justicia parte del concepto de «instalaciones» o de «recursos» para decir, siguiendo textualmente a la Abogado General, que esos conceptos remiten, respectivamente, «a las infraestructuras físicas que permiten el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y a su colocación física en la propiedad pública o privada de que se trate» (punto 32 de la Sentencia). Tras ello, la posición del Tribunal se explica de esta forma:

«33. De ello se desprende que únicamente puede ser deudor del canon por derechos de instalación de recursos contemplado en el artículo 13 de la Directiva autorización el titular de dichos derechos, que es asimismo el propietario de los recursos instalados en la propiedad pública o privada de que se trate, o por encima o por debajo de ella.

34. Por lo tanto no puede admitirse la percepción de cánones como los que son objeto del procedimiento principal en concepto de “canon por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma”, puesto que se aplican a los operadores que sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para la prestación de servicios de telefonía móvil explotando así ese dominio público».

Y en relación a la cuestión de la aplicabilidad directa del art. 13 de la Directiva autorización, se responde positivamente recordándose en el punto 37 la posición tradicional del Tribunal a estos efectos: «... en todos aquellos casos en que las disposiciones de una directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando éste no haya adaptado el derecho nacional a la directiva dentro de los plazos señalados, bien cuando haya hecho una adaptación incorrecta». Y esas condiciones se encuentran en el art. 13 mencionado (punto

38), por lo que los particulares «tienen el derecho a invocarlo directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales para oponerse a la aplicación de una resolución de los poderes públicos incompatible con dicho artículo» (punto 39).

Y así se cierra la Sentencia y se abren, seguro, multitud de procedimientos administrativos y judiciales para oponerse a los cánones en este momento exigidos y para reclamar, también, los cánones indebidamente abonados en el pasado.

2. BIENES LOCALES

A) Tribunal Supremo

a) *Utilización de los bienes de dominio público: la costumbre y el aprovechamiento de los bienes comunales*

Se ha dictado la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, de 17 de febrero de 2012, rec. casación núm. 6080/2008, que se pronuncia sobre la relación de la costumbre y las ordenanzas en los aprovechamientos de los bienes comunales. La STS citada parte de la regulación contenida en el art. 95 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 y se pronuncia a favor de la primacía de la costumbre frente a la ordenanza en estos casos. El interés de la citada STS radica en que resume la jurisprudencia anterior de la Sala del TS sobre la materia, como se apreciará a continuación

En concreto, en la STS citada se dice que la jurisprudencia de esta Sala subraya la relación del artículo 95 Reglamento de Bienes de 1986 con el artículo 75.2 del Texto refundido de la Ley de Régimen Local de 1986, en el que se antepone la costumbre a las ordenanzas locales y ha destacado, desde antiguo, el carácter esencial de la costumbre en este tipo de aprovechamientos. La STS de esta Sala y Sección de 10 de julio de 1989 lo declaró ya así en atención al rango legal de las disposiciones del TRRL —que prima necesariamente sobre el carácter reglamentario del Reglamento de Bienes de 1986— y a los antecedentes históricos de la figura.

La misma orientación de respeto a la regulación consuetudinaria, sigue diciendo la STS comentada, se aprecia en la STS de esta Sala de 3 de mayo de 1989 y, más recientemente, en la STS de la Sección Cuarta de 21 de febrero de 2007. Es necesario añadir a las mismas, en forma decisiva para este caso, la doctrina de la STS de la Sección Cuarta de esta Sala de 29 de junio de 2007 y la de 17 de noviembre de 2009, así como la de 21 de mayo de 2008 o incluso la STC 85/2008, de 21 de julio.

En todas estas Sentencias, afirma la STS comentada, se reconoce que la legislación aplicable da un valor de relieve a la costumbre como fuente característica en este tipo de aprovechamientos. Así, en la STS de 21 de febrero de 2007 se subraya su valor recordando el artículo 75.2 TRLRL de 1986, cuando afirma que si el aprovechamiento y disfrute general simultáneo de bienes comunales fuere impracticable, regirá la costumbre u ordenanza local, al respecto, y que corrobora el núm. 4 al afirmar que los Ayuntamientos y Juntas vecinales que, de acuerdo con normas consuetudinarias u ordenanzas locales tradicionalmente observadas, viniesen ordenando el disfrute y aprovechamiento de bienes comunales... Es decir, que la costumbre está presente en nuestro ordenamiento y en concreto cuando de los

aprovechamientos de los bienes comunales se trata. Además, esa referencia a la costumbre en esta materia del aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales se recoge también en el art. 95 del Reglamento de Bienes de 1986 cuando afirma que cada forma de aprovechamiento se ajustará, en su detalle, a las ordenanzas locales o normas consuetudinarias tradicionalmente observadas. Recoge —en fin— esta STS de 21 de febrero de 2007 la doctrina de la citada STS de 10 de julio de 1989, recordando que ha de entenderse que la costumbre tiene prioridad sobre la ordenanza local.

Y continúa afirmando la STS comentada que, en lo que aquí interesa, la STS de 21 de febrero de 2007 señala que la sociedad española ha sido siempre rural y los bienes comunales eran la garantía de la supervivencia de su población, puesto que gracias a ellos podían complementarse tanto los ingresos de la pequeña propiedad individual como los de las rentas salariales de un trabajo esporádico. Es cierto que las circunstancias han cambiado al haber avanzado la economía, y la situación social es bien diferente; en consecuencia, es más que probable que los aprovechamientos de los bienes comunales puedan en el futuro efectuarse de otro modo o encaminarse hacia otras actividades, pero esas hipótesis poco tienen que ver con lo que ahora la Sala enjuicia referido a casi una década del momento en que se produjo la modificación de la ordenanza. Que la costumbre adquiera rango de norma escrita no le priva de su condición, y por ello no permite su modificación sin más, algo que sí sería posible efectuar con cualquier norma jurídica por la voluntad de quien posee, según su rango, potestad para hacerlo, y ello sin perjuicio de los posibles remedios que también en relación con las normas ofrece el ordenamiento jurídico para su impugnación si no se ajustan a Derecho en el más amplio de los sentidos. Pero no es ese el caso de la costumbre, que sólo se puede modificar cuando mute la *opinio iuris vel necessitatis* de la comunidad que la recibió como tal, y atendidas las circunstancias que así lo demuestren.

B) Tribunales Superiores de Justicia

a) *Normas por las que se rige el patrimonio local: normas aplicables a los bienes de las sociedades locales*

En la **STSJ de Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, núm. 1002/2011, de 29 de abril**, se afirma que los bienes de las sociedades municipales que son de su propiedad no son bienes de titularidad municipal y, por tanto, no les resulta de aplicación los artículos del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 ni la legislación sectorial correspondiente. En el caso enjuiciado se considera que los bienes de una sociedad municipal no pueden calificarse como patrimonio municipal del suelo, dado que únicamente son considerados como tales los de titularidad de los Municipios.

b) *Enajenación del patrimonio local: normas aplicables a las enajenaciones de bienes de las sociedades locales y necesidad de respetar los principios de publicidad y concurrencia*

En la **STSJ de Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, núm. 1002/2011, de 29 de abril**, se afirma que las enajenaciones de las sociedades municipales deben respetar los principios de publicidad y concurrencia.

Principios que se considera que no se han respetado en el caso enjuiciado, lo que lleva a la anulación de los acuerdos impugnados.

En particular, en la STSJ comentada se dice que sobre esta cuestión cabe señalar que hemos de estar a lo que establecen el artículo 2 y la Disposición adicional sexta del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Artículo 2 que hace referencia a la aplicación parcial de la citada norma a las sociedades mercantiles que satisfagan necesidades de interés general y que no tengan carácter industrial o mercantil; y artículo que no resulta aplicable a la sociedad municipal mencionada en la STSJ por razón del objeto del contrato, enajenación de terrenos. De ahí que sea necesario acudir a la Disposición adicional sexta citada, en la que se establece que las sociedades mercantiles del sector público se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios. Y, por consiguiente, en el presente caso debe analizarse si se han cumplido o no en la contratación efectuada los principios de publicidad y concurrencia, que son en todo caso aplicables a la adjudicación del contrato de compraventa.

Por lo que respecta al principio de publicidad ha de decirse que la publicidad ha consistido en dos escuetos anuncios en prensa local, que constan en el expediente administrativo. Pues bien, en el presente caso ha de entenderse que no se ha cumplido con tal principio, aunque el mismo se entendiera como un concepto jurídico indeterminado a concretar en función de la entidad de las obras licitadas, y ello en atención a los caracteres y entidad de la propia obra, que hubiera exigido una publicidad superior para de esta forma hacer efectivos los principios comunitarios de libre circulación de mercancías, libre prestación de servicios, no discriminación e igualdad de trato.

Como parámetro objetivo para medir el cumplimiento de este principio deberá estarse a lo establecido en el artículo 78 de la Ley Básica de Contratos —que objetiva y explicita el principio de publicidad—, que exige en todo caso la publicación en el Boletín Oficial del Estado y en ocasiones en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. A similar conclusión se llega si se está al contenido sobre el particular de la comunicación interpretativa de la Comisión publicada en el DOUE de 1 de agosto de 2006 —2006/C 179/02—. El principio de publicidad, por consiguiente, no se ha cumplido debiendo, en consecuencia, declararse la nulidad en este extremo de la licitación efectuada.

Y en lo concerniente al principio de concurrencia, el mismo tiene como finalidad preservar los intereses económicos que la Administración, pues fomenta la máxima participación y competencia en las licitaciones con los correspondientes efectos favorables en la formación del precio del contrato evitando distorsiones, y garantizar el libre acceso de todo empresario o profesional a la licitación en igualdad de condiciones y en competencia con los demás, evitando, así, situaciones de discriminación prohibidas por el artículo 14 de la Constitución de 1978. Su fundamento, además del precepto constitucional ya expresado, está en el artículo 103.1 de aquel texto constitucional que sanciona los principios de objetividad y eficacia en el quehacer administrativo (STS, Sala Tercera, de 5 de octubre de 2001). Pero la efectividad de la libre concurrencia está estrechamente vinculada con el principio de publicidad, ya que ésta es un instrumento formal que garantiza la efectiva existencia en cada caso concreto de la concurrencia: sin la difusión pública será muy difícil

o será casi imposible que los licitadores potenciales o los interesados en una determinada contratación puedan concurrir a la misma, ya que desconocerán su existencia.

De conformidad con ese planteamiento, y volviendo a lo expresado más atrás sobre el déficit de publicidad de los pliegos, si éstos no han podido ser conocidos *a priori* por quienes puedan estar interesados en la contratación, pues su difusión fue reducida o en un ámbito relativamente pequeño, el nivel de participación y de competencia quedará aminorado, pues el acceso de potenciales licitadores ha quedado circunscrito a un ámbito provincial.

Entonces y en conclusión, termina diciendo la STSJ comentada, habrá que decir que la actuación de la parte demandada no respetó el mandato de la Disposición adicional sexta del Real Decreto Legislativo 2/2000 antes citado; pudiendo quedar incardinada en la previsión contenida en el artículo 63.1 de la Ley de Procedimiento 30/1992.

c) Desafectación de los bienes de dominio público: requisitos

La STSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, núm. 621/2011, de 28 de septiembre, se pronuncia sobre los requisitos que deben acreditarse para la desafectación de un bien de dominio público. Así, el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 exige un expediente en el que se acredite la oportunidad y legalidad de la desafectación. La Sentencia se pronuncia sobre la concurrencia del requisito de la oportunidad y para ello parte de la jurisprudencia del mismo STSJ del País Vasco sobre lo que se entiende por tal, y que a continuación se expondrá.

En concreto, en la STSJ comentada se reitera la doctrina contenida en la STSJ del País Vasco, Sección Primera, de 22 de febrero de 2005, recurso 1579/2002. En esta última Sentencia del año 2005 se afirma que aludir a la oportunidad de una actuación administrativa remite necesariamente al ejercicio de una potestad discrecional en que los supuestos que la posibilitan no están reglados ni predeterminados por la norma jurídica; cierto es no obstante que esa razón de oportunidad está sometida a que se satisfagan auténticas finalidades de interés público, a que no se pretenda materializar opciones ni alternativas caprichosas, arbitrarias o irrazonables, y a que quede justificada la realidad de los llamados «hechos determinantes». Límites que son controlables por los tribunales y cuya intervención ha admitido una reiterada jurisprudencia (SSTS de 6 de octubre y 4 de noviembre de 2004). Además, la circunstancia de que el propio legislador haya subrayado la necesidad de que en el expediente de desafectación se acredite esa oportunidad del cambio de calificación refuerza la exigencia de que resulte del mismo una motivación no tan solo externa y formalista, sino que justifique en términos sustanciales la modificación de la naturaleza de los bienes municipales evitándose operaciones interesadas, desviadas o fraudulentas y perjudiciales para el destino de dominio público de los bienes.

Partiendo de lo que se entiende por oportunidad, la STSJ del País Vasco entiende que concurre este requisito en la desafectación de unos metros cuadrados de vía pública para su conversión en parcela sobrante y su utilización por el edificio colindante para la construcción de un ascensor. La razón reside en que, aun beneficiando dicha decisión a una comunidad privada de propietarios del edificio, también con esta decisión se está persiguiendo un interés municipal, puesto que el Ayuntamiento debe facilitar la supresión de barreras arquitectónicas para colectivos afectados, como son las personas mayores, y posibilitar que

accedan a sus viviendas. Este último interés aparece recogido en diversas leyes aprobadas de accesibilidad y supresión de barreras, de igualdad de oportunidades y no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad

d) Utilización de los bienes de dominio público

Se ha dictado la **STSJ de Islas Canarias, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, núm. 51/2011, de 7 de abril**, que se ha pronunciado sobre los requisitos exigibles para la utilización de los bienes de dominio público por los operadores de telecomunicaciones para el establecimiento de cabinas telefónicas. Partiendo de la regulación contenida en la Ley de Telecomunicaciones y de que la empresa Telefónica, S.A. es el operador que tiene las obligaciones de prestar el servicio universal en los términos y alcance señalados en la citada Ley, se plantea, entre otros aspectos, si la citada empresa puede seguir utilizando el demanio local para instalar las cabinas telefónicas de uso público. Cuestión que se resuelve positivamente, si bien ese derecho derivado de la prestación del servicio universal debe entenderse no como un derecho absoluto que pueda privar la competencia y libre mercado, excluyendo a otros operadores el establecimiento de cabinas en la zona, si hay otros operadores dispuestos a cumplir en condiciones adecuadas dicho servicio.

e) Otros: impugnación por un concejal de un Ayuntamiento ante la jurisdicción contencioso-administrativa de los acuerdos de enajenación de un bien adoptados por una sociedad municipal

Se ha dictado la **STSJ de Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, núm. 1002/2011, de 29 de abril**, en la que se ha admitido la posibilidad de que un concejal del Ayuntamiento impugne los acuerdos de enajenación de bienes adoptados por una sociedad municipal ante la jurisdicción contenciosa. Las cuestiones que se plantean en la STSJ son dos: la primera si es competente la jurisdicción contenciosa para conocer del recurso; y la segunda si un concejal puede impugnar.

En relación con la primera cuestión, relativa a la competencia de la jurisdicción contenciosa para conocer del recurso, en la STSJ citada se afirma que el recurso contencioso-administrativo tiene por objeto el acuerdo adoptado por el consejo de administración de la sociedad municipal de gestión urbanística, por el que se aprobó el pliego de condiciones y se convocaba concurso para la enajenación de suelo para la construcción de viviendas, y plazo de presentación de ofertas a los posibles compradores.

Pues bien, sigue diciendo la STSJ comentada, reiterando lo afirmado en la Sentencia de esta Sala de 10 de abril de 2007 y la Sentencia de la Sección Primera de esta Sala 209/2007, de 2 de febrero, con respecto a determinados acuerdos de la citada sociedad municipal relativos a enajenación de bienes: es aplicable al presente caso, cuando menos, la Disposición adicional sexta de la expresada Ley de Contratos para las Administraciones Públicas, pues se trata de un procedimiento licitatorio de carácter público, en que se aplican normas de Derecho administrativo sobre licitación, los principios de publicidad y concurrencia, objeto de fiscalización por la jurisdicción contenciosa. Y ello aunque la actos hayan dimanado

de una entidad societaria, que aunque con carácter general sujeta su actuación a normas de Derecho privado, ejercita funciones claramente atribuibles a la entidad municipal de la que depende, cuyo Ayuntamiento-Pleno actúa como Junta general, artículo 92 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, por lo que existen aspectos de Derecho Público en el ámbito orgánico de su actuación, y ello con independencia de los supuestos de fiscalización por la jurisdicción contenciosa de estos entes instrumentales, que, junto a la búsqueda de fórmulas gestoras que pretenden la agilidad, pueden conseguir la huida del Derecho Administrativo y sus formas de control. De esta forma, en cuanto que se trata de un procedimiento licitatorio público, materialmente administrativo, atendiendo a que ha de estarse al ámbito objetivo de actuación, más que al sujeto que la provoca, público o privado, cual dimana del Derecho comunitario europeo, objeto de transposición en la legislación contractual española, tal actuación conceptuada como materialmente administrativa y pública, sujeta a la legislación contractual administrativa, ha de ser objeto de fiscalización por la jurisdicción contenciosa, independientemente de la naturaleza subjetiva, pública o privada del poder adjudicador.

En razón de esas consideraciones, sigue diciendo la STSJ comentada, será posible sostener que la actuación aquí recurrida es materialmente administrativa, ya que se produce por una sociedad instrumental participada únicamente por el Ayuntamiento, presenta unas connotaciones públicas claras y en su elaboración el propio agente productor siguió las pautas normativas contenidas en la legislación administrativa sobre contratación.

Por lo demás, afirma la STJ comentada, la STS de 15 de junio de 2009, recaída en el recurso de casación promovido frente a la Sentencia de esta Sala, Sección Segunda, de 30 de septiembre de 2004, dictada en el recurso 447/2002, por la que se anuló el Decreto de fecha 13 de febrero de 2002 del Alcalde del Ayuntamiento, que resolvió inadmitir la petición del recurrente, de 7 de febrero de 2002, de acceso al expediente de enajenación del suelo, así como la denegación por parte de la sociedad municipal de facilitar el expediente, por ser contrarios al derecho fundamental consagrado en el artículo 23 de la Constitución, ordenando a las demandadas a facilitar al recurrente el acceso al expediente completo e información solicitada, declaró que es menester subrayar otro extremo: una sociedad mercantil de capital íntegramente público no puede concebirse al margen del Ayuntamiento que la ha constituido, pues su creación no responde a otra cosa que a la mejor satisfacción de los intereses generales que tiene confiados la corporación local mediante la prestación en régimen de gestión directa de diversos servicios del Municipio. Además, el Ayuntamiento la gobierna a través de la Junta general, integrada por el Alcalde y todos los concejales, y la controla mediante los instrumentos que la legislación de régimen y de haciendas locales le atribuye. En otras palabras, esta sociedad no es equiparable desde el punto de vista de su posición y de los fines que persigue a una entidad privada cualquiera: es un instrumento creado para la realización de los intereses municipales y, por tanto, subordinado a ellos y a la corporación que los tiene encomendados.

Partiendo de la competencia de la jurisdicción contenciosa, a continuación el TSJ se pronuncia sobre la legitimación del concejal para recurrir. En relación con la misma y reiterando lo afirmado en las SSTC de 3 de abril de 2006 y 173/2004, de 18 de octubre, considera que quien tiene legitimación para recurrir son los concejales, en cuanto personas físicas, y que en el caso concreto ha quedado acreditado que ha recurrido un concejal en su

propio nombre, y el recurso está relacionado con materias competencia del Ayuntamiento del que forma parte. Por otra parte, y siguiendo la doctrina de la STS, Sala Tercera, Sección Séptima, de 1 de diciembre de 2003, resulta indiferente que durante la tramitación del procedimiento contencioso-administrativo perdiera la condición de concejal, como consecuencia de la renovación de la corporación, siempre que en el momento de dictarse los actos impugnados ostentara tal condición, pues de lo contrario sería tanto como vaciar de efectividad el control de legalidad a que la descrita legitimación responde.

3. AGUAS CONTINENTALES

A) Cuestiones relativas al informe de los Organismos de cuenca sobre la disponibilidad de recursos hídricos en distintas actuaciones, como urbanísticas o de ordenación del territorio, que pretenden realizar Comunidades Autónomas y Ayuntamientos. Carácter vinculante, y no solo determinante, de tal informe

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2012 (NR 2263/2009)** se refiere a distintas cuestiones relativas al informe que los Organismos de cuenca deben realizar en relación a actos o planes de las entidades locales o de las Comunidades Autónomas a través de los cuales se demanden nuevos recursos hídricos, cuestión que sucederá, sobre todo, en el marco de la aprobación de instrumentos urbanísticos de ordenación del territorio o de urbanismo. La Sentencia representa un decisivo apoyo en relación a la validez y a los efectos jurídicos de tal informe mediante el que es fácil concluir en que se pueden evitar ocupaciones del suelo imposibles de realizar por falta de recursos hídricos, hecho que ha sucedido con demasiada frecuencia en el pasado.

Ese informe está regulado en el art. 25.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001 según la redacción dada por la modificación proveniente de la Ley 11/2005, de 22 de junio. El texto a considerar actualmente dice lo siguiente:

«Las Confederaciones Hidrográficas emitirán informe previo, en el plazo y supuestos que reglamentariamente se determinen, sobre los actos y planes que las Comunidades Autónomas hayan de aprobar en el ejercicio de sus competencias, entre otras, en materia de medio ambiente, ordenación del territorio y urbanismo, espacios naturales, pesca, montes, regadíos y obras públicas de interés regional, siempre que tales actos y planes afecten al régimen y aprovechamiento de las aguas continentales, o a los usos permitidos en terrenos de dominio público hidráulico y en sus zonas de servidumbre y policía, teniendo en cuenta a estos efectos lo previsto en la planificación hidráulica y en las planificaciones sectoriales aprobadas por el Gobierno.

Cuando los actos o planes de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales comporten nuevas demandas de recursos hídricos, el informe de la Confederación Hidrográfica se pronunciará expresamente sobre la existencia o inexistencia de recursos suficientes para satisfacer tales demandas.

El informe se entenderá desfavorable si no se emite en el plazo establecido al efecto.

Lo dispuesto en este apartado será también de aplicación a los actos y ordenanzas que aprueben las entidades locales en el ámbito de sus competencias, salvo que se trate de actos

dictados en aplicación de instrumentos de planeamiento que hayan sido objeto del correspondiente informe previo de la Confederación Hidrográfica».

Pues bien, este complejo sistema es aclarado de la siguiente forma por la Sentencia que se comenta:

- a) En primer lugar se dice que el informe debe ser exigido aun cuando no exista el desarrollo reglamentario que refiere el comienzo del precepto reproducido. La dicción legal es tan clara, dice la Sentencia en su fundamento jurídico séptimo que no es necesario tal desarrollo reglamentario para su exigibilidad.
- b) Tampoco debe entenderse que, dada la existencia de la disposición adicional segunda, apartado 4.º, de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, relativa al contrato de concesión de obras públicas, que dispone la vinculatoriedad del informe de la Administración del Estado en lo relativo a la defensa de las competencias estatales, en relación a la instrucción de los procedimientos de aprobación, modificación o revisión de los instrumentos de planificación territorial y urbanístico que puedan afectar al ejercicio de las competencias estatales, se refiera únicamente a las obras públicas reguladas en la Ley 13/2003. Para ello se basa en algunas sentencias anteriores del propio TS afirmando que la competencia autonómica en materia de urbanismo y ordenación del territorio no puede entenderse en términos tan absolutos que elimine o destruya las competencias que la propia Constitución reserva al Estado, pues ello equivaldría a la negación misma de la competencia estatal.
- c) Consiguientemente, el informe de la Confederación Hidrográfica es preceptivo, o sea de necesaria obtención, pero es además vinculante porque así lo dispone la disposición adicional segunda de la Ley 13/2003 (lo que se relaciona con el art. 83.3 de la Ley urbanística valenciana que se refiere a tal disposición).
- d) En este punto se produce una interesante interpretación jurídica en relación a lo que dispone el art. 15.3 del Texto refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto-Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que no caracteriza a ese informe como vinculante sino como «determinante», es decir, asumiendo la posibilidad de disentir del mismo de forma motivada. La cuestión es importante, por lo que reproducimos la parte correspondiente del fundamento jurídico octavo:

«1.º (...) Desde esta perspectiva, por mucho que estos informes no puedan caracterizarse como vinculantes desde un plano formal, sí que se aproximan a ese carácter desde el plano material o sustantivo; y 2.º más aún, la posibilidad de apartarse motivadamente de esos informes no es absoluta ni incondicionada, sino que ha de moverse dentro de los límites marcados por el ámbito de competencia de la Autoridad que resuelve el expediente en cuyo seno ese informe estatal se ha evacuado. Esto es, que un hipotético apartamiento del informe sobre suficiencia de recursos hídricos solo puede sustentarse en consideraciones propias del legítimo ámbito de actuación y competencia del órgano decisor (autonómico en este caso) y no puede basarse en consideraciones que excedan de ese ámbito en invadan lo que sólo a la Administración del Estado y los órganos que en ella se insertan corresponde valorar, pues no está en manos de las Comunidades Autónomas disponer de la competencia exclusiva estatal. Por eso, el informe estatal sobre suficiencia de recursos hídricos, en cuan-

to se basa en valoraciones que se mueven en el ámbito de la competencia exclusiva estatal, es, sin ambages, vinculante.

Desde esta perspectiva, el artículo 15.3 de la Ley del Suelo estatal concuerda con la precitada disposición adicional 2.^a, 4.^a, de la Ley estatal 13/2003, pues lo que uno y otro precepto vienen a sentar, en definitiva, y en cuanto ahora interesa, es el carácter no ya determinante sino incluso vinculante del informe estatal, por más que no en todos sus extremos y consideraciones (es decir, de forma omnicomprendiva), sino en lo que se refiere a la preservación de las competencias del Estado».

- e) La Sentencia se enfrenta, finalmente, con el contenido del art. 19.2 de la Ley autonómica valenciana 4/2004, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje, modificada por Ley 16/2005, quien hace equivalente a la obtención del informe del organismo de cuenca el de «entidad colaboradora autorizada para el suministro», teniendo en cuenta que en el caso concreto ha existido tal informe de entidad colaboradora indicando que sí existían recursos hídricos. El TS indica que tal precepto autonómico se opone a la legislación estatal y que, por tanto, sería inconstitucional si la intención del legislador valenciano hubiera sido oponerse a lo que indica el TRLA. Ello implicaría la formulación de una cuestión de constitucionalidad por parte del TS.

Sin embargo, dice el TS que tal precepto autonómico ha sido desplazado por la legislación estatal y aun por la propia legislación autonómica valenciana (el art. 83.2 de la Ley urbanística valenciana de 2005 en la redacción aplicable anterior a su reforma de 2010, precepto que acepta el papel de la legislación estatal).

4. MONTES

A) La justificación del deslinde de montes de utilidad pública se encuentra en el informe técnico que sirve de base a dicho deslinde. El deslinde de montes no prejuzga el deslinde entre términos municipales

En la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a), de 21 de mayo de 2012 (rec. núm. 3422/2010)**, se resuelve un recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Laviana contra la Sentencia del TSJ de Asturias de 31 de marzo de 2010, por la que se desestimaba un anterior recurso contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias de 21 de noviembre de 2005 mediante el que se revocaba un anterior acuerdo de la Consejería de Medio Rural y se aprobaba el deslinde del monte de utilidad pública núm. 226, «Peñamayor».

El centro del debate reside en la pugna entre dos juicios técnicos. El Ayuntamiento demandante sostiene la legitimidad del Acuerdo original de deslinde de la Consejería del Medio Rural, sustentado por el informe técnico emitido por el Ingeniero operador Don Víctor, y ataca el Acuerdo final del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, basado en el informe del jefe del Servicio de Montes, Don Pedro Miguel, del cual resultó un nuevo lindero en los términos municipales de Nava y Laviana.

El TS recuerda, respecto a la valoración de la prueba en un recurso de casación, que, conforme a una jurisprudencia completamente asentada, «no basta con justificar que el resultado probatorio obtenido por la Sala de instancia pudo ser, a juicio de la parte recurrente, más acertado o ajustado al contenido real de la prueba, sino que es menester demostrar que dicha apreciación es arbitraria o irrazonable, o conduce a resultados inverosímiles».

En el caso particular, el TS examina el razonamiento de la sentencia de instancia para comprobar que ésta está suficientemente motivada y no es arbitraria o irrazonable, habiendo examinado ambos informes técnicos y asignado prevalencia al segundo por razones objetivas. Así, la Sala optó por el informe del jefe del Servicio de Montes porque el del Ingeniero Operador había fijado dobles linderos al no haber acuerdo, porque infringía el art. 102 del Reglamento de Minas al no contener la clasificación que este exige y porque el mismo Ingeniero manifestó en la prueba testifical que le parecía razonable el criterio opuesto al suyo. Además, la línea divisoria fijada en el Acuerdo del Consejo de Gobierno coincidía con la constitución del coto de caza «Villa de la Sidra» y con el mapa del Instituto Geográfico Nacional (FJ 4.º).

El TS insiste en que la solución alcanzada respecto al deslinde del monte 226 «Peñamayor» deja a salvo lo que resulte de la específica operación de delimitación de los términos municipales, ya que se trata simplemente de un deslinde de montes de utilidad pública (FJ 6.º).

Por todo ello, el TS desestima el recurso de casación condenando en costas al Ayuntamiento demandante conforme al art. 139.2 LJCA.

5. PATRIMONIO HISTÓRICO

A) La incoación de un expediente para la declaración de un determinado Bien inmueble como de Interés Cultural conforme a la Ley del Patrimonio Histórico Español, determina que se pueda suspender la autorización o, en su caso, la ejecución de actuaciones de parcelación, edificación o demolición, previamente autorizadas por la Administración municipal o por cualquier otra Administración competente

La STS de 11 de junio de 2012 (recurso. núm. 4095/2011) resuelve un recurso de casación en el que se aborda si resulta ajustada a Derecho la paralización inmediata de los trabajos de construcción del embalse que la actora —una Comunidad de Regantes— estaba realizando dentro de un área comprendida en una zona respecto de la que se inicia un procedimiento de declaración de Bien de Interés Cultural.

Conviene recordar que el artículo 11.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, determina que la incoación de un expediente para la declaración de un bien de interés cultural conlleva, en relación al bien afectado, la aplicación provisional del mismo régimen de protección previsto para los declarados de interés cultural. Por su parte, el artículo 37 habilita a que la Administración competente impida un derribo o suspenda la ejecución de cualquier clase de obra o intervención en un bien declarado de interés cultural o cuando no se haya producido aún, siempre que aprecie la concurrencia de

alguno de los valores a que se refiere el artículo 1 de la misma Ley. Finalmente, el artículo 16 establece que la incoación de expediente de declaración de interés cultural respecto de un bien inmueble determinará la suspensión de las correspondientes licencias municipales de parcelación, edificación o demolición en las zonas afectadas, así como de los efectos de las ya otorgadas.

Pues bien, la recurrente defiende que el artículo 16 LPHE sólo contempla la suspensión de las licencias municipales de parcelación, edificación o demolición en las zonas afectadas y los efectos de las ya otorgadas, esto es, sólo prevé la suspensión de obras sujetas a licencia municipal y no las no necesitadas de la misma, como ocurría en el caso, en que la obra, autorizada por la Administración competente en materia de aguas, no está sujeta a licencia municipal por virtud de lo dispuesto en el artículo 127 del Texto Refundido de la Ley de Aguas y 223.1, *in fine*, de la Ley del Suelo de la Región de Murcia.

El TS desestima tal interpretación apelando a que la misma es contraria al espíritu que preside la superior protección de los bienes de interés cultural otorgándoles la máxima tutela por la especial importancia de los valores que preservan. Recuerda que, en el momento de redactarse la LPHE, obras como las del caso sí precisaban de licencia municipal, y entiende que las posteriores modificaciones de las normas sectoriales de aplicación, dispensando de la obligación de solicitar licencia o acto de control preventivo municipal, para la ejecución de proyectos promovidos por las distintas Administraciones públicas, no afecta a las posibilidades suspensivas, habida cuenta la especialidad de la Ley de Patrimonio Histórico Español y su ámbito tuitivo material.

6. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO

A) Aguas continentales: cánones de regulación y tarifas de utilización del agua

a) *Obligados tributarios*

La **sentencia del TSJ de Andalucía, Sevilla, de 23 de febrero de 2012 (NR 527/2010)** desestima el recurso planteado por la actora, que alega no ser titular de la concesión. Dice la sala que como titular de la explotación es beneficiaria de los usos de la concesión y como tal debe sufragar el canon de regulación. Añade el tribunal que la parte actora ha realizado actos indubitados que acreditan los usos de la concesión, tales como la comunicación a la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de la instalación de un contador tipo Woltman, y la suscripción de Acta de Inspección y reconocimiento, en la que se hace constar que el uso industrial del agua es para enfriamiento de los tubos refrigeradores. Concluye que el beneficiario de los usos de la concesión es el sujeto pasivo del canon, sin que quepa alegar la elusión del mismo, por no ser titular de la concesión.

b) *Relaciones con el canon de explotación de saltos de pie de presa*

El **Tribunal Económico-Administrativo Central, mediante resolución de 17 de mayo de 2012**, mantiene su 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.

c) Fijación de la base imponible, criterios de reparto y, en general, problemas de cuantificación

Las **sentencias de la Audiencia Nacional de 26 de marzo de 2012 (NR 207/2009) y 30 de abril de 2012 (NR 167/2009)** desestiman los recursos deducidos por la titular de varias minicentrales de producción de energía hidroeléctrica, que reprochaba a la Confederación un trato discriminatorio respecto de otras empresas del sector que, a su parecer, se encontraban en su misma situación, pero recaía sobre ellas una mejor tributación. El caso es que mientras la demandante había de contribuir en función de toda el agua turbinada, estas otras empresas sólo lo hacían por la diferencia entre el caudal de agua que sale del pantano de Yesa y el que aporta el río Aragón al pantano en cada momento. La recurrente efectuaba sus aprovechamientos en el canal de Bardenas, mientras las demás lo hacían en el río Aragón.

Explica el Tribunal que la situación de las centrales del río Aragón no es equiparable a las dos centrales del Canal de Bardenas, por las que se recurre. Las primeras toman el caudal turbinado del río Aragón, mientras las dos centrales del Canal de Bardenas tienen una actividad que depende exclusivamente de la regulación del embalse de Yesa, o sea están las dos centrales situadas en el propio canal, cuyo caudal se nutre en su totalidad del embalse de Yesa. Dicho de otra manera, las diez centrales del río Aragón, en el hipotético caso de que no existiera el embalse de Yesa, aprovecharían el caudal natural del río dentro de los términos de su concesión, y en realidad solo en determinados supuestos obtendrían beneficio de la regulación efectuada por el embalse. La sala acepta en todos sus extremos el informe de la autoridad de cuenca, según el cual «estas centrales del río Aragón toman el caudal turbinado del propio río que tiene un régimen hidráulico independiente al del embalse de Yesa. Se parte de la base de que si el caudal que sale del embalse es el mismo que el que entra, no hay beneficio. De ahí que la premisa por la que se opera es que si el caudal que sale es mayor que el que entra, hay que regular porque hay beneficio. Y además se añade, el caudal del río Aragón se nutre también del caudal que aporta el río Iratí sin regulación en aquellos momentos. Por eso se considera que si el río Iratí aporta un caudal superior al concesional tampoco hay regulación de Yesa pues el caudal turbinado procedería de un régimen natural».

La **sentencia del TSJ de Andalucía, Sevilla, de 23 de febrero de 2012 (NR 527/2010)** resuelve la impugnación que se le plantea en cuanto a las bases de cuantificación del canon. Dice que el canon de regulación asume el caudal que figura en el título concesional, en base al principio de reserva, privativo del agua pública que se concede y exclusivo respecto de otros que no se benefician de la misma ni la disfrutan, por lo que, en todo caso, la parte actora debería solicitar la revisión de la concesión y reducción del caudal, pero no pretender la anulación de la liquidación porque el caudal sea excesivo y el aprovechamiento no tenga carácter consuntivo.

La **sentencia del TSJ de Andalucía, Sevilla, de 9 de marzo de 2012 (NR 503/2010)** estima el recurso deducido, anulando la liquidación, dado que la autoridad de cuenca había imputado todos los gastos de personal, tanto los adscritos a servicios generales como los adscritos a embalses, al capítulo de gastos de administración (al que corresponderían sólo los primeros). La estimación conlleva, no obstante, retroacción del expediente en orden a que se practique una nueva liquidación con las imputaciones ajustadas.

Finalmente, en el caso resuelto por el **TSJ de Madrid**, mediante **sentencia de 8 de febrero de 2012 (NR 485/2009)**, la sala de la capital se ratifica en su criterio tradicional impositivo de que se repercutan sobre los usuarios los costes de las inversiones sufragadas mediante fondos europeos.

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

Los procedimientos para la autorización o intervención de las tarifas de abastecimiento de agua, cuando no tienen naturaleza de tasa, dependen de las normas autonómicas. En este escenario se crea un juego de intereses en el que participan los usuarios, la empresa gestora, la administración titular del servicio y la Comunidad Autónoma. En el caso resuelto por la **sentencia del TSJ de Canarias, Las Palmas, de 16 de diciembre de 2011 (NR 378/2011)**, vuelve a suceder que las autoridades tanto locales como autonómicas se oponen a la subida de precios demandada por la empresa gestora. Al parecer, la negativa tuvo que ver con la situación económica del servicio, que venía arrastrando un déficit histórico tal que imposibilitaba incrementar las tarifas hasta conseguir valores equivalentes a la financiación, dado que el incremento necesario sería demasiado elevado y penalizaría en exceso a los usuarios. Se advierte que esta situación se agrava en el caso del municipio en cuestión (Candelaria) por la gratuidad de que disfruta la Corporación como usuaria del servicio, por lo que la repercusión del incremento de tarifas sería costeada íntegramente por los vecinos del municipio. En consecuencia, no aprecia la Sala que quepa reproche alguno al acto impugnado, con independencia del derecho de la mercantil recurrente a obtener del Ayuntamiento de Candelaria las contrapartidas que procedan en atención a la situación denunciada, siendo sin embargo, al tratarse de una entidad local, competencia de los Juzgados de Santa Cruz decidir al respecto.

Seguimos en las islas Canarias, comentando ahora la **sentencia del TSJ de Canarias**, ahora de la sala de **Santa Cruz de Tenerife, de fecha 24 de noviembre de 2011 (NR 137/2010)**. El TSJ estimará el recurso interpuesto por la Comunidad Autónoma por entender que no se había cumplido el procedimiento preceptivo, por no haber sido autorizado el precio del agua por el órgano autonómico con competencia sobre precios. El caso es que se trataba de una Ordenanza Fiscal reguladora de una tasa, fórmula que según el Tribunal Supremo era refractaria a la obligación de someter el importe a la Comunidad Autónoma. Sucedió no obstante que el servicio se prestaba mediante gestión indirecta. Siguiendo anteriores pronunciamientos, la sala considera equivocada la naturaleza jurídica que se le ha dado —debería ser una tarifa sometida al derecho privado— y, en consecuencia, que se ha eludido un trámite que no se podía haber eludido. Claro que el Tribunal Supremo también ha dictado doctrina en el sentido de que esas prestaciones no sólo *podían* ser tasas, sino que *debían* ser precisamente tasas, por lo que la sentencia es de sentido muy discutible.

La última **sentencia** de este grupo es una **del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2012 (NR 4232/2009)**, por la que se desestima el recurso de casación deducido por una empresa mixta municipal de abastecimiento de agua en relación con la decisión adoptada por la comisión de precios autonómica. La Comunidad Autónoma había autorizado una subida inferior a la pretendida por la empresa (y auspiciada por el ayuntamiento), a la vista

de los informes que había solicitado sobre los costes de una obra que había que repercutir y que, al parecer, no se había ejecutado totalmente. La recurrente alegó que la autorización, en realidad, obraba por la vía del silencio positivo, teniendo en cuenta la regulación de la normativa valenciana. Respecto del silencio positivo como fórmula autorizatoria de los precios del abastecimiento de agua, el Alto Tribunal, primero, advierte que en la inobservancia del plazo tuvo mucho que ver la actitud de la actora; y, segundo, y mucho más importante, que a pesar de lo que dicen varios decretos autonómicos, no es admisible obtener incrementos tarifarios de un servicio público esencial por esta vía. Si bien no plantea la anulación de norma alguna.

C) Dominio público local

a) Tasas por utilización del dominio público local en general

Se comenta en primer lugar la **sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2012 (NR 1683/2008)**. El caso arrancó de la sentencia estimatoria del TSJ de Madrid en relación con el recurso contencioso-administrativo promovido por la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución frente a la modificación de la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Madrid Reguladora de la Tasa por Utilización Privativa o Aprovechamiento Especial del Dominio Público Local, en lo referente al «Paso de vehículos». Existían modificaciones importantes, pues se introduce una fórmula polinómica de cálculo, con inclusión de nuevos factores, como el ancho de la acera (tres metros siempre, sea cual sea la medida real), y la clase de aprovechamiento, que viene determinado por la superficie construida del garaje-aparcamiento y por el uso, residencial o no, del inmueble, y otros parámetros de cuantificación. La sala adujo la ausencia de verdaderos y efectivos estudios económico-financieros que justificasen el coste y el rendimiento de la tasa, existiendo, además, una desconexión entre la memoria y la tasa aprobada. El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid contra dicha Sentencia. El Ayuntamiento, entre otras cosas, alegaba la razonabilidad de la cuantificación de la tasa en atención a la superficie del garaje o aparcamiento y del resto de factores correctores y su justificación en el expediente. Al entender del TS, la envergadura de las modificaciones obligaba a que el informe motivara con el suficiente detalle el incremento que representaba la modificación: analiza los aspectos controvertidos y comparte el fallo de la sentencia de instancia.

Las exigencias de los informes económico-financiero son objeto de estudio en las **sentencias del Tribunal Supremo de 10 y 14 de mayo de 2012 (NR 1622 y 2188/2008)**, que se muestra más laxo en relación con modificaciones meramente adaptativas de la cuantía a la evolución de los precios. Por su parte, la **sentencia del TSJ de Madrid de 8 de marzo de 2012 (NR 83/2011)** considera que no exige estos estudios una mera ampliación de las zonas objeto de tasa por estacionamiento, sin que se hayan modificado propiamente las tarifas.

D) Impuesto sobre Bienes Inmuebles

a) Dominio público hidráulico

El **TSJ de Galicia** estima, mediante **sentencia de 30 de mayo de 2012 (NR 406/2010)**, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Abegondo contra

el Acuerdo Plenario del Ayuntamiento de A Coruña, de aprobación definitiva del Presupuesto General de dicho ente local, del organismo autónomo municipal Instituto Municipal de Espectáculos (IMCE), de la Empresa Municipal de Aguas de La Coruña (EMALCSA) y de EMALCSA Servicios, S.A., así como algunos otros actos, al objeto de que se cree la correspondiente partida presupuestaria que incluya crédito adecuado y suficiente para el cumplimiento de la obligación tributaria con el concello de Abegondo, derivada de las liquidaciones por IBI-BICES correspondientes a los ejercicios 2002 a 2006, con los oportunos recargos e intereses legales, en su condición de titular de concesión administrativa de la presa y embalse de Cecebre. A esta solución ha tenido que apelar este pequeño Ayuntamiento ante la negativa a pagar por parte del de Coruña, un ejemplo más de la conflictividad que se está produciendo en torno a la tributación en el IBI de los embalses.

b) Dominio marítimo-terrestre

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a Resolución del TEAC recaída en la reclamación interpuesta contra la Resolución de la Gerencia Territorial del Catastro de Málaga de asignación de valor catastral a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles al Puerto de Caleta de Vélez, en cuanto consideraba titular catastral a la Agencia Pública Puertos de Andalucía. La sala aplica reciente doctrina del TS (sentencia de 15 de diciembre de 2011) y considera que el organismo andaluz no es el sujeto pasivo, pues ni la titularidad de la competencia portuaria, ni la adscripción demanial que el Estado para su ejercicio le realiza, constituyen hecho imponible del Impuesto de Bienes Inmuebles. Considera por ello el TS que no debe confundirse la titularidad de la competencia portuaria por parte de las Comunidades Autónomas con la del dominio público portuario (dominio que mantiene su titularidad estatal), indicando que la adscripción no es equiparable a ninguno de esos derechos sobre los que recae el IBI. Es la **sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de abril de 2012 (NR 206/2010)**.

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) **Evaluación estratégica medioambiental. Relación de la normativa de EEM en relación a la de la Directiva hábitats.**
 - B) **Vertido de residuos. Sujeción de la empresa explotadora de un vertedero a un impuesto. Valor del principio de recuperación de costes. Inadecuación del derecho italiano a la realización completa del principio de recuperación de costes instaurado en la normativa comunitaria: inaplicación de la normativa interna.**
2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.
 - A) **Libertad de expresión. Injerencia de las autoridades públicas. Límites más amplios en cuanto a la crítica a las personalidades políticas respecto a los ciudadanos. Justo equilibrio entre libertad de expresión y respeto de la vida privada. Contribución a un debate público sobre un interés general relativo al medio ambiente.**
 - B) **Derecho al respeto del domicilio y de la vida privada y familiar. Atentados contra el domicilio de carácter inmaterial o incorporeal. Obligaciones positivas a cargo del Estado: reglamentar la actividad privada. Construcción de domicilio en violación de la reglamentación urbanística y asunción de las consecuencias.**
3. AGUAS CONTINENTALES.
 - A) **Trasvase Tajo-Segura. Validez de una Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social que cambia una parte de la regulación del régimen económico-financiero de este trasvase.**
 - B) **Obras hidráulicas. El recrecimiento del embalse de Yesa y su impugnación judicial. Afirmación de la legalidad del proyecto.**
4. MONTES.
 - A) **Interpretación restrictiva de las posibilidades de segregación y descatalogación de una parte de un Monte de Utilidad Pública a partir de los artículos 16.4 y 5 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes. Prevalencia del interés del monte catalogado sobre el interés económico que entraña la realización de actuaciones urbanísticas. El Principio de no regresión planificadora en relación con los suelos calificados de especialmente protegidos —como los Montes Catalogados— impone un plus de motivación exigente, pormenorizada y particularizada de aquellas actuaciones administrativas que impliquen la desprotección de todo o parte de los mismos.**
5. ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS.

A) La prevalencia de la competencia exclusiva del Estado en materia de Defensa Nacional por ser más específica sobre la competencia en materia de protección de espacios naturales no ha de ser entendida en términos absolutos, pues no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en ese espacio. Presupuestos para la declaración por una norma de un espacio como Parque Natural sin previa aprobación de un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN): que existan razones que así lo justifiquen y que dichas razones se hagan constar expresamente en la norma que los declare.

6. RADIACIÓN NO IONIZANTE.

A) Los municipios pueden establecer límites urbanísticos y paisajísticos a la instalación de antenas de telefonía móvil, pero no sanitarios, por haber correspondido al Estado en exclusiva la regulación de estos aspectos.

7. RUIDO.

A) Las competencias sobre sanidad y medio ambiente permiten al Estado prefigurar determinados contenidos de la planificación territorial y urbanística autonómica.

8. FISCALIDAD AMBIENTAL.

A) **Tributos estatales en materia de aguas.**

- a) Canon de control de vertido: relaciones con los tributos autonómicos sobre depuración.
- b) Canon de control de vertido: hecho imponible.
- c) Canon de control de vertido: cuantificación.
- d) Canon de control de vertidos: aplicación del tributo.
- e) Canon de control de vertidos: revisión, reclamaciones y recursos.

B) **Tributos autonómicos en materia de aguas.**

- a) Doble imposición interna: relaciones con el canon de control de vertidos de la Ley de Aguas estatal.

C) **Fiscalidad sobre la actividad nuclear.**

- a) Impuesto sobre actividades que inciden en el medio ambiente de Castilla-La Mancha.
- b) Tasas por inspección y control de instalaciones radiactivas.

D) **Otros tributos autonómicos ambientales.**

- a) Impuesto extremeño sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente.

1. JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

A) **Evaluación estratégica medioambiental. Relación de la normativa de EEM en relación a la de la Directiva hábitats**

La Directiva 2001/42/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de denominados planes y programas en el medio am-

biente (EEM abreviadamente aquí) comienza a ser objeto de distintos pronunciamientos del Tribunal de Justicia como habrán notado los habituales lectores de estas crónicas. En este caso damos noticia de la **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava), de 21 de junio de 2012, recaída en el asunto C-177/11**, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el *Symvoulio tis Epikrateias* de Grecia. En la misma se trata del art. 3.2.b) de la Directiva EEM que dispone que serán objeto de una evaluación medioambiental todos los planes y programas que «atendiendo al efecto probable en algunas zonas, se haya establecido que requieren una evaluación conforme a lo dispuesto en los artículos 6 o 7 de 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 silvestre modificada por la Directiva 2006/15/CE. La cuestión que plantea el órgano judicial griego, en el marco de un procedimiento prescindible de exposición aquí, es si la evaluación de la EEM debe atender a que se cumplan previamente los requisitos marcados por los arts. 6 y 7 de la Directiva hábitats que exigen que se practique una evaluación ambiental para el plan que afecte especialmente a una zona especial de conservación —pero que no esté dirigido a su regulación— correspondiendo a los Estados la valoración de esta afección, o basta con que el plan esté relacionado con un lugar de los citados en la Directiva hábitats pero no especialmente con una zona especial de conservación.

La respuesta del Tribunal va a ser la siguiente: deberá realizarse la evaluación medioambiental cuando el plan o proyecto afecte al lugar de una forma apreciable y el examen efectuado para comprobar si se cumple dicho requisito se limita necesariamente a saber si puede excluirse, sobre la base de datos objetivos, que dicho plan o proyecto afecta al lugar de forma apreciable.

B) Vertido de residuos. Sujeción de la empresa explotadora de un vertedero a un impuesto. Valor del principio de recuperación de costes. Inadecuación del derecho italiano a la realización completa del principio de recuperación de costes instaurado en la normativa comunitaria: inaplicación de la normativa interna

La **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 24 de mayo de 2012, recaída en el asunto C- 97/11, AmiaSpa/Provincia Regionale di Palermo**, resuelve una decisión prejudicial planteada por la *Commissione tributaria provinciale* de Palermo en un litigio entre la empresa Amia Spa y la Provincia Regional de Palermo, sobre la aplicación de un impuesto especial sobre el depósito de residuos sólidos en vertederos y, en general, sobre si el órgano jurisdiccional remitente debe abstenerse de aplicar las disposiciones nacionales que considera contrarias al art. 10 de la Directiva 1999/31/CE del Consejo, de 26 de abril de 1999, relativa al vertido de residuos, en su versión modificada por el Reglamento (CE) núm. 1882/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de septiembre de 2003) y a los artículos 1 a 3 de la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

La cuestión que se debate en esta Sentencia tiene su antecedente en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de febrero de 2010, Pontina Ambiente [comentada en el núm. 48 de esta revista, XIII.1.A)] y en la que el Tribunal de Justicia indicó que los Estados tenían libertad para, en el plano interno, dar cumplimiento al art. 10 de la Directiva 1999/31/CE

que establecía la obligación de recuperación completa de los costes económicos a que diera lugar la gestión de los vertederos (incluyendo los costes estimados del cierre y mantenimiento posterior del emplazamiento por los menos durante 30 años). En Italia se había establecido un impuesto que debían pagar las empresas explotadoras de los vertederos con obligación de repercutirlo por entero a las entidades locales que depositaran sus residuos en el vertedero. Se dijo también, en aquella ocasión, que el derecho interno debía permitir la imposición de intereses a las entidades locales que no pagaran a la empresa explotadora las cantidades correspondientes.

La empresa Amia solo pagó temporalmente este impuesto, lo que determinó que la *Provincia Regionale di Palermo* le girara una liquidación por el importe no pagado, junto con los intereses y una multa. La empresa recurre aduciendo que las entidades locales no le pagan a ella el impuesto repercutido y, por consiguiente, no puede pagar a la Provincia. Además, las disposiciones internas italianas no disponen el pago de intereses a las entidades locales si ellas se retrasan en el pago de sus cantidades, tampoco existiría un procedimiento adecuado para exigir el pago a las entidades locales ni para repercutir sobre ellas las sanciones que la empresa sufriera por el no pago del tributo correspondiente.

Llevado el asunto ante el órgano correspondiente, la *Commissione tributaria provinciale*, esta suspendió el asunto planteando al Tribunal de Justicia y como cuestión prejudicial la de si podía inaplicarse el derecho interno en el caso de que éste no fuera conforme con la Directiva 1999/31/CE.

El Tribunal responde indicando que debe aplicarse el derecho europeo, por supuesto, pero que antes de decidirse por la inaplicación del derecho nacional presuntamente contrario a él hay que examinar el derecho nacional en su conjunto para ver si puede existir algún tipo de interpretación que favorezca la realización del derecho europeo. Eso exige también que el derecho europeo sea enteramente preciso en el establecimiento de sus prescripciones. como sucede en el caso concreto. Finalmente, los puntos 34-37 establecen el resultado final con las siguientes palabras:

«34. En el presente asunto, el artículo 10 de la Directiva 1999/31 cumple dichos criterios, dado que impone a los Estados miembros, en términos inequívocos, una obligación de resultado preciso que no va acompañada de ninguna condición relativa a la aplicación de la norma que establece. En efecto, dicha disposición exige que los Estados miembros adopten medidas a fin de garantizar que el precio exigido por la eliminación de los residuos mediante vertido se fije de modo que cubra todos los costes vinculados a la creación y explotación de un vertedero (sentencia Pontina Ambiente, antes citada, apartado 35),

35. Aunque el artículo 10 de la Directiva 1999/31 no impone a los Estados miembros ningún método preciso con respecto a la financiación de los costes de los vertederos, dicha circunstancia no afecta sin embargo al carácter preciso e incondicional de la obligación que establece el citado artículo.

36. Por lo que respecta a los artículos 1 a 3 de la Directiva 2000/35, procede señalar que el artículo 3 de dicha Directiva establece que los Estados miembros deben velar por que puedan exigirse intereses de demora en el caso de retraso en el pago, y pueda reclamarlos el acreedor que haya cumplido sus obligaciones contractuales y legales y que no haya recibido a tiempo la cantidad debida, a menos que el deudor pueda probar que no es responsable de ese retraso.

37. La obligación impuesta a los Estados miembros es incondicional y suficientemente precisa para producir efecto directo. Dado que las cantidades que una entidad local que deposita residuos en el vertedero debe a la entidad explotadora de un vertedero, como las adeudadas en concepto de reembolso de un impuesto, están comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/35, de ello se deriva que dicha entidad explotadora puede exigir intereses en caso demora en el pago de dichas cantidades imponibles a la mencionada entidad local (véase en ese sentido la sentencia Pontina Ambiente, antes citada, apartado 48)».

Consiguientemente, y en este marco, pueden inaplicarse las disposiciones nacionales contrarias a los preceptos europeos mencionados, todo ello con la finalidad de hacer plenamente realizable el principio de recuperación de costes.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Libertad de expresión. Injerencia de las autoridades públicas. Límites más amplios en cuanto a la crítica a las personalidades políticas respecto a los ciudadanos. Justo equilibrio entre libertad de expresión y respeto de la vida privada. Contribución a un debate público sobre un interés general relativo al medio ambiente

En su sentencia de 19 de junio de 2012, en el asunto **Tănăsoaica contra Rumanía**, el Tribunal de Estrasburgo conoce de la demanda presentada por un ciudadano rumano, Director de un periódico, condenado por los tribunales nacionales por insultos y difamación al Director de una sociedad comercial que, en un artículo del primero, se señalaba que vierte a las aguas una cantidad de amonio ocho veces superior a los niveles permitidos. El Tribunal Europeo constata que no hay discrepancias entre las partes en cuanto a la existencia de una injerencia de las autoridades en la libertad de expresión del demandante; y considera que dicha injerencia está prevista por la ley y responde a un fin legítimo. La única cuestión controvertida es la necesidad de esa injerencia en una sociedad democrática. La sentencia recuerda que, si bien la libertad de expresión es un fundamento esencial de una sociedad democrática, su ejercicio conforme al artículo 10.2 de la Convención no está exento de límites, que se aplican incluso a los medios de comunicación y en aquellos casos en que se lleve a cabo un debate sobre un interés general. La tarea del Tribunal se centra por tanto en el respeto por las autoridades nacionales del justo equilibrio entre libertad de expresión y respeto de la vida privada, valores ambos garantizados por la Convención. Con ese fin la propia jurisprudencia del Tribunal ha identificado diversos criterios que permiten la ponderación del respeto de dicho equilibrio.

En cuanto a la aplicación de esos criterios al caso concreto el Tribunal recuerda que el artículo del demandante se basa en datos incluidos en el informe enviado a la redacción del periódico por la Dirección de aguas de Olt y que no ha sido discutido el interés público de la información difundida, relativa al nivel de contaminación de las aguas del Departamento. Sobre este particular la sentencia señala la importancia del acceso del público a las conclusiones de los estudios medioambientales y a informaciones que permitan evaluar el

riesgo al que están expuestos. Por otra parte se advierte que el juez nacional no ha llevado a cabo la valoración que le corresponde respecto de la notoriedad de la persona aludida en la información, y añade que, por su condición de Director de una sociedad que garantiza un servicio público y funciona mediante subvenciones públicas, la persona concernida puede considerarse un personaje público, por lo que los límites existentes en relación con la crítica admisible son más amplios que respecto de simples ciudadanos.

A continuación se afirma que el propósito del artículo, considerado por los tribunales internos como insultante, debe situarse en su contexto, considerándose que el demandante no pretendía más que dar la señal de alarma e informar a la población de la contaminación de sus aguas por la sociedad en cuestión, lo que respondía a un interés público. Además, el demandante no estaba obligado a verificar las alegaciones realizadas, que al estar basadas en un informe de una instancia oficial podían considerarse legítimamente como creíbles. Asimismo se afirma que el carácter técnico de los datos recogidos no exigía ningún conocimiento especializado para su comprensión. Por todo ello se concluye que no existen indicios que permitan dudar de la buena fe del demandante al publicar el artículo. En cuanto al carácter provocador de las expresiones utilizadas se señala que, al inscribirse en el contexto de un debate público de interés general, el artículo puede recurrir a cierta dosis de exageración, e incluso de provocación; a lo que se añade que las alegaciones no estaban desprovistas de base fáctica y el artículo no contenía ningún insulto personal. Por último se señala que la sanción impuesta al periodista, aunque ha sido suspendida, ha podido tener un efecto disuasorio en cuanto al ejercicio de su libertad de expresión. Por todo ello concluye que ha existido violación del artículo 10 de la Convención.

B) Derecho al respeto del domicilio y de la vida privada y familiar. Atentados contra el domicilio de carácter inmaterial o incorporeal. Obligaciones positivas a cargo del Estado: reglamentar la actividad privada. Construcción de domicilio en violación de la reglamentación urbanística y asunción de las consecuencias

La sentencia de 3 de julio de 2012, en el asunto **Martínez Martínez y Pino Manzano contra España**, da respuesta a la demanda presentada por dos ciudadanos españoles que consideran vulnerado su derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio, consagrado en el artículo 8 de la Convención. Esa violación trae causa de los daños provocados en los demandantes por el funcionamiento de una cantera próxima a su domicilio, parte del cual se dedicaba a actividades profesionales, en concreto a un taller textil.

El Tribunal recuerda el concepto amplio de domicilio que resulta del citado artículo 8, incluyendo entre los atentados contra el mismo los de carácter inmaterial o incorporeal (ruidos, emisiones, olores u otras injerencias), que si revisten gravedad pueden privar a una persona de su derecho al respeto del domicilio al impedirle el disfrute del mismo. A eso se añade que la violación del artículo 8.1 de la Convención exige la producción de un efecto nefasto sobre la esfera privada y familiar de una persona, no bastando una simple degradación general del medio ambiente, que no es específicamente garantizado por la Convención. Además, dicha violación puede tener lugar por actividades directamente desarrolladas por el Estado o por falta de cumplimiento de su deber de adoptar una reglamentación adecuada de una actividad desarrollada por el sector privado. Esta segunda dimensión es la que se debe tener en cuenta en este caso. La sentencia se remite

al informe del Servicio de protección de la naturaleza de la guardia civil, conforme al cual las molestias sonoras se producían únicamente por la noche y superando levemente los niveles permitidos, mientras que el polvo proveniente de la cantera tan solo afectaba a la parte de la vivienda dedicada a actividades profesionales, siendo imperceptible en la zona destinada a vivienda.

Por otra parte se recuerda que los demandantes han construido su domicilio en violación de la legislación urbanística aplicable, por lo que deben asumir las consecuencias de la situación de irregularidad en la que voluntariamente se han colocado. Por ello el Tribunal afirma que no pueden quejarse de las molestias provocadas por una cantera instalada legalmente en un terreno reglamentariamente afectado a actividades industriales, que por tanto no puede disfrutar de la misma protección medioambiental que las zonas residenciales. La sentencia añade que, a pesar de esa situación de irregularidad, las pretensiones de los demandantes han sido examinadas en detalle, no pudiendo considerarse que la decisión de los tribunales nacionales haya sido arbitraria o desprovista de fundamento. Por todo ello se concluye la inexistencia de un atentado al derecho de los demandantes al respeto de su domicilio, así como de su vida privada y familiar.

3. AGUAS CONTINENTALES

A) Trasvase Tajo-Segura. Validez de una Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social que cambia una parte de la regulación del régimen económico-financiero de este trasvase

La **Sentencia del Tribunal Constitucional 102/2012, de 8 de mayo** (Ponente D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel), rechaza el recurso de inconstitucionalidad formulado por la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha contra algunos preceptos de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Se trata de una de las Leyes de «acompañamiento» a los presupuestos cuya validez constitucional, en general, ha sido establecida por el TC recientemente (cfr. STC 136/2011, de 13 de septiembre), bien que con argumentos contestados con contundencia por el voto particular que en ese momento formuló el magistrado Manuel Aragón. En este caso el reproche de Castilla-La Mancha hacía mención a una característica de la regulación cuyas consecuencias (omitimos la narración pormenorizada del complejo supuesto de hecho) serían la de disminuir la parte que a las Comunidades Autónomas de la Cuenca del Tajo debería llegar proveniente de la tarifa de conducción del agua a través de las infraestructuras del trasvase (eso se trata en el cuarto de los fundamentos jurídicos). Los reproches de insolidaridad o de arbitrariedad que, entre otros, imputa el recurrente a la norma recurrida son rechazados por el Tribunal Constitucional que, al margen de la afirmación de la legitimidad de las normas de acompañamiento al presupuesto, encuentra en la habilitación a la ley estatal del art. 132.2 CE argumento suficiente para sostener la constitucionalidad de la norma recurrida, a lo que se une la mención a algunas Sentencias del Tribunal Supremo (de 13 de febrero y 9 de julio de 1999) que conducirían a este resultado.

B) Obras hidráulicas. El recrecimiento del embalse de Yesa y su impugnación judicial. Afirmación de la legalidad del proyecto

El recrecimiento del embalse de Yesa ha sido objeto de conflicto social y jurídico en múltiples frentes. En el ámbito del conflicto jurídico son muchas las sentencias aparecidas, y en este lugar solo se quiere dar noticia de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2012 (NR 873/2008), que podría ser la última en este ámbito, dado que se resuelven cuestiones planteadas en pleitos anteriores afirmándose en todo caso la legalidad del proyecto que, por otra parte, se está ejecutando ya. La Sentencia es importante porque, además, se refiere a un importante embalse cuya capacidad va a ser incrementada en buena medida lo que facilitará, además de la ampliación de la zona regable, el abastecimiento a la ciudad de Zaragoza. Debe tenerse en cuenta que además de tratarse en la sentencia cuestiones tradicionales en el cuestionamiento de las obras hidráulicas (impactos, validez de la evaluación de impacto ambiental, seguridad de las obras...) en este caso hay un aspecto patrimonial también por imputarse al proyecto técnico la inundación de algunas partes del Camino de Santiago.

4. MONTES

A) Interpretación restrictiva de las posibilidades de segregación y descatalogación de una parte de un Monte de Utilidad Pública a partir de los artículos 16.4 y 5 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes. Prevalencia del interés del monte catalogado sobre el interés económico que entraña la realización de actuaciones urbanísticas. El Principio de no regresión planificadora en relación con los suelos calificados de especialmente protegidos —como los Montes Catalogados— impone un plus de motivación exigente, pormenorizada y particularizada de aquellas actuaciones administrativas que impliquen la desprotección de todo o parte de los mismos

La STS de 23 de febrero de 2012 (rec. núm. 3774/2009) resuelve el recurso de casación interpuesto por la Junta de Castilla y León contra una Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, que declaraba la nulidad de una Orden de la Consejería de Medio Ambiente de esta Comunidad que había aprobado la segregación de unos terrenos de un Monte inscrito en el Catálogo de Montes Utilidad Pública, y la agregación de otros terrenos municipales, con la finalidad de reservar dicho Suelo para dotaciones urbanísticas, en concreto la construcción de 500 viviendas y un campo de golf, que se entiende revitalizarán económicamente la zona.

La Junta de Castilla y León recurre en casación la sentencia invocando que se ha producido una infracción de los apartados 4 y 5 del artículo 16 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, que, recordamos, determinan que: a) La exclusión de un monte del Catálogo de Montes de Utilidad Pública sólo procederá cuando haya perdido las características por las que fue catalogado y que la exclusión parcial o permuta de una parte no significativa de un monte catalogado podrá ser autorizada por la comunidad autónoma, a

propuesta de su órgano forestal, siempre que suponga una mejor definición de la superficie del monte o una mejora para su gestión y conservación; b) Con carácter excepcional que una Comunidad autónoma, previo informe de su órgano forestal y, en su caso, de la entidad titular, pueda autorizar la exclusión o permuta de una parte de un monte catalogado por razones distintas a las previstas en el apartado anterior.

El TS entiende que, de acuerdo con los principios que inspiran los apartados 4 y 5 del artículo 16 de la ley de Montes, éstos han de interpretarse de forma restrictiva. La exclusión de una parte de un Monte del Catálogo de los de Utilidad Pública ha de concebirse como excepcional habida cuenta del interés público al que sirve el monte por su contribución a la protección y salvaguarda del medio ambiente. Considera que del artículo 16 de la Ley de Montes se infiere que existen tres requisitos imprescindibles para que proceda la descatalogación de un Monte Catalogado o de una parte del mismo:

1. Que se trate de una parte de monte «no significativa».
2. Que la misma «suponga una mejor definición de la superficie del monte o una mejora para su gestión y conservación».
3. Que «haya perdido las características por las que fue catalogado».

La Sala entiende que con la segregación que implica la descatalogación se pretende una posterior reclasificación urbanística que en modo alguno responde a los fines señalados. La actuación urbanizadora residencial, por más que quiera disfrazarse con la denominación de «actuación dotacional» —dice el Tribunal— no es un uso que justifique de forma indubitada el sacrificio de los terrenos que se descatalogan; además, el Monte no ha perdido las características naturales por las que fue incluido en el Catálogo. El TS considera que tal forma de proceder implica una lesión frontal y directa de los nuevos criterios sobre la cada vez más necesaria imbricación de urbanismo en la protección y restauración del medio ambiente. No sólo por las consecuencias que tal urbanización tendrá en cuanto a la destrucción del valor forestal de los terrenos descatalogados y la presión y lesión sobre el resto del monte, sino porque, además, supone una vuelta a una concepción del crecimiento urbanístico mediante enclaves desgajados del núcleo urbano que está en contra de los requerimientos del urbanismo sostenible que demandan un modelo de crecimiento compacto, tal como se desprende de la Exposición de Motivos del Texto refundido de la Ley del Suelo.

En este sentido, la Sentencia, en el fundamento jurídico 8, recuerda el carácter sostenible y medioambiental que impregna el urbanismo actual, que se proyecta de forma más directa y efectiva en relación con la protección de los suelos rústicos de especial protección, cualidad que concurre en los Montes catalogados. Explica que ese plus de protección se presenta hoy como un reto ciertamente significativo y como uno de los aspectos más sensibles y prioritarios de la normativa ambiental.

Considera que razones como las que expone nos sitúan en el ámbito, propio del Derecho Ambiental, del principio de no regresión planificadora o de *statu quo*, especialmente relevante en relación con los suelos calificados de especialmente protegidos —como los Montes Catalogados—, y que impone un plus de motivación exigente, pormenorizada y particularizada de aquellas actuaciones administrativas que impliquen la desprotección de todo o parte de los mismos.

En definitiva, el presumible progreso económico que previsiblemente experimentaría la zona con la realización de las actuaciones urbanísticas citadas no se compadece, en el caso, con la excepcionalidad que, por el sacrificio que entraña al medio ambiente, impone la normativa forestal para autorizar la exclusión o permuta de una parte de un monte catalogado, razón por la que la Sala desestima íntegramente el recurso planteado.

5. ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS

A) La prevalencia de la competencia exclusiva del Estado en materia de Defensa Nacional por ser más específica sobre la competencia en materia de protección de espacios naturales no ha de ser entendida en términos absolutos, pues no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en ese espacio. Presupuestos para la declaración por una norma de un espacio como Parque Natural sin previa aprobación de un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN): que existan razones que así lo justifiquen y que dichas razones se hagan constar expresamente en la norma que los declare

El recurso de inconstitucionalidad resuelto por la **STC 82/2012, de 18 de abril de 2012**, tuvo como objeto la impugnación de la Ley Foral 16/2000, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley Foral 10/1999, de 6 de abril, por la que se declara parque natural las Bardenas Reales de Navarra.

El recurso fue interpuesto por el Presidente del Gobierno y los motivos que llevaron a plantearlo se sintetizan básicamente en los siguientes extremos:

- a) La vulneración de la legislación básica estatal en materia de medio ambiente. La Ley impugnada declaraba Parque Natural una zona con una extensión aproximada de 2.244 hectáreas que venía siendo usada como polígono de tiro por el Ejército del Aire desde el año 1951, sin que tal declaración hubiese venido precedida por la aprobación del preceptivo Plan de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN).
- b) La vulneración de las competencias exclusivas que en materia de defensa nacional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.1.4.^a de la Constitución, le corresponden al Estado. En tal sentido, la zona comprendida dentro de la declaración de parque natural las Bardenas Reales de Navarra había sido previamente declarada por el Real Decreto 1943/2000, de 1 de diciembre, como de interés para la defensa nacional.

El Tribunal comienza analizando las distintas normas y acuerdos relativos a la zona controvertida, poniéndose con ello de manifiesto que la Comunidad Foral desde hacía tiempo consideraba oportuno, con el fin de alcanzar la plenitud ambiental de Bardenas Reales, que las Administraciones Públicas competentes adoptasen cuantas medidas e iniciativas fuesen necesarias para revisar el uso y actividad que venía realizándose en una parte de la zona, concreto, en la superficie reservada a polígono de tiro.

En la Ley impugnada quedaba clara esta voluntad cuando, tras aludir en su Exposición de Motivos «a la próxima conclusión de las relaciones jurídicas vigentes reguladoras del uso de la zona como polígono de tiro», establecía en su Disposición Final 3.^a que en el

plazo de un año debía procederse a la redacción de la modificación del PORN, que deberá incluir las determinaciones y el régimen aplicable a aquellos terrenos ocupados por el polígono de tiro.

Así las cosas, el Tribunal repasa la consolidada doctrina general que viene manteniendo en lo referente a la concurrencia de competencias estatales y autonómicas en el territorio derivadas de títulos jurídicos distintos, y, en particular, sobre los espacios naturales protegidos.

Recuerda que tiene establecido que los espacios naturales son el soporte de un título competencial distinto del que cobija la protección del medio ambiente, y no habiéndose reservado el Estado competencia alguna respecto de tales espacios resulta por una parte posible que esa materia pueda corresponder a las Comunidades Autónomas, como comprendida en el art. 149, párrafo 3, de la Constitución, y que el perímetro de su actuación sea muy amplio. No obstante, además de la exigencia de adecuación a la normativa básica medioambiental, la amplitud con la que puede ser entendida la competencia autonómica en materia de espacios naturales protegidos no enerva el hecho de que se trata de una zona en la que convergen intereses estatales vinculados con la defensa nacional de competencia exclusiva del Estado *ex* art. 149.1.4.^a CE. Es por ello que, atendiendo a esa situación de concurrencia competencial, para que la competencia autonómica pueda reputarse legítimamente ejercida habrá de determinarse si la misma se coherente con las concurrentes competencias estatales en materia de defensa nacional ejercidas sobre ese mismo territorio.

El Pleno del Tribunal concluye, como en ocasiones anteriores, que el criterio general en los supuestos de concurrencia de títulos competenciales ha de ser el de la prevalencia de la regla competencial específica sobre el de la más genérica. Resuelve que, atendiendo a las circunstancias del caso, es la competencia estatal en materia de defensa nacional la que ha de ser considerada prevalente.

No obstante, el Tribunal no concibe esa preferencia en términos absolutos, sino que entiende que, determinada la preferencia de la competencia estatal en virtud de su carácter más específico recuerda que, también con arreglo su doctrina, la atribución de una competencia sobre un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en ese espacio, siempre que ambas tengan distinto objeto jurídico, y que el ejercicio de las autonómicas no interfiera o perturbe el ejercicio de las estatales.

Estima que, a la vista de lo dispuesto en la DF 3.^a de la norma impugnada, las medidas de protección vinculadas a la declaración de esa zona como parque natural solo entrarían en juego cuando el campo de tiro afectado y las zonas adyacentes hubieran cambiado de uso y se hubieran desmantelado las instalaciones militares, por lo que la norma autonómica no incide en la utilización militar de la instalación ni se afecta a la zona.

Tampoco aprecia una vulneración de la Ley 42/2007 del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad al entender que concurre la posibilidad calificada de excepcional de aprobar el PORN en el plazo de un año desde la declaración del parque. Explica que son dos las condiciones de cuyo cumplimiento depende que pueda legítimamente procederse a la declaración de parques y reservas naturales sin la previa aprobación de un PORN: que existan razones que así lo justifiquen y que dichas razones se hagan constar expresamente en la norma que los declare. Ambas exigencias concurren en el caso.

Por todo lo anterior, luego de recordar la prevalencia de la competencia en materia de Defensa Nacional, el Tribunal desestima el recurso de inconstitucionalidad y se acepta la constitucionalidad de la Ley Foral.

No obstante, la Sentencia tiene dos votos particulares. El primero se aparta del Fallo mayoritario considerando la Ley Foral inconstitucional por cuanto, cuando se dictó, la Comunidad Autónoma carecía de competencias sobre las 2.244 hectáreas del polígono de tiro y no podía regular el uso de dicho espacio territorial.

Por su parte, el segundo voto particular discrepa del fallo al entender que la ley impugnada «en el mejor de los casos» es una Ley puramente preventiva, dictada «por si un día (acontecimiento futuro e incierto) se tiene la competencia que hoy no se tiene». Explica el Magistrado que «La simple lectura de la Ley Foral lo que pone de manifiesto es que el legislador ha venido a actuar de la siguiente manera: primero se declara parque natural un espacio donde la Comunidad Autónoma carece de competencias porque el Estado había ejercido (y estaba ejerciendo) su competencia exclusiva; a continuación se manda elaborar un PORN sin tener aún la competencia para hacerlo; y, al final, se presupone que la competencia estatal no se vulnera porque se prevé la eficacia de todo ello para cuando el Estado deje de ser competente». Razón por la cual emite su parecer disidente.

6. RADIACIÓN NO IONIZANTE

A) Los municipios pueden establecer límites urbanísticos y paisajísticos a la instalación de antenas de telefonía móvil, pero no sanitarios, por haber correspondido al Estado en exclusiva la regulación de estos aspectos

En la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 13 de marzo de 2012 (rec. núm. 5044/2008)**, se resuelve un recurso de casación interpuesto por Telefónica Móviles España, S.A. contra la sentencia del TSJ de Cataluña de 13 de mayo de 2008, que estimaba parcialmente un anterior recurso contra la Modificación parcial de la Ordenanza de los usos del paisaje urbano de la ciudad de Barcelona, que establecía ciertas limitaciones sobre la instalación de antenas de telefonía móvil.

El TS comienza por reconocer que tanto en el planeamiento urbanístico como en las ordenanzas relativas a obras e instalaciones en la vía pública los Ayuntamientos pueden establecer condiciones para la instalación de las nuevas redes de telecomunicaciones, pero que el ejercicio de dicha competencia no puede traducirse en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten desproporcionadas.

A continuación pasa a analizar los concretos artículos sobre los que la demandante aprecia una invasión de las competencias exclusivas del Estado en materia de telecomunicaciones.

En primer lugar, analiza la exigencia de un Plan Técnico previo a la autorización de las antenas, del cual no aprecia ninguna tacha, al presentarse éste con la finalidad de garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas y la pertinente protección de los edificios.

En segundo lugar, se pronuncia sobre las limitaciones relativas al impacto visual de las antenas, que considera proporcionadas al no suponer una restricción absoluta al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones. Entre ellas, considera justificada la imposición del uso compartido de las antenas, ya que tiene una finalidad de protección del paisaje (FJ 3.º).

A continuación, el TS juzga sobre la legitimidad de determinadas previsiones destinadas a evitar exposiciones innecesarias a la radiación por parte de la población (principio de evitación prudente), sobre la obligación para los operadores de medir periódicamente el campo electromagnético en el entorno de las instalaciones, sobre la imposición a las operadoras del uso de la mejor tecnología disponible para reducir las emisiones y sobre la novedosa promoción y gestión municipal de un sistema de control remoto de los niveles de emisión de las antenas que garantice la comprobación continua e ininterrumpida por la Administración municipal del funcionamiento de estas instalaciones.

El TS reitera su reciente jurisprudencia al respecto, elaborada a partir de la Sentencia de 22 de marzo de 2011 sobre la legalidad del Decreto autonómico catalán de Ordenación Ambiental de las Instalaciones de Telefonía Móvil, conforme a la cual la determinación de los estándares de tecnología idóneos es una cuestión que entra de lleno en el ámbito reservado para el legislador estatal *ex* artículo 149.1.21.ª de la Constitución.

Así, conforme al TS, la gestión del riesgo de la exposición a radiaciones electromagnéticas la ha llevado a cabo el Estado mediante el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas. Dice textualmente que «Esta 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 diversos intereses concurrentes».

Así, en el caso particular, la falta de remisión de la mejor tecnología disponible al Derecho estatal ocasiona la anulación de este artículo, así como de la previsión del sistema de control remoto de los niveles de emisión, cuestiones estas que corresponde regular al Estado conforme a su competencia exclusiva sobre telecomunicaciones (FJ 4.º).

Por lo tanto, una vez más, el TS confirma la competencia local para regular los aspectos urbanísticos y paisajísticos de las antenas de telefonía móvil, pero no los sanitarios, aspectos donde la competencia sanitaria autonómica y local ha sido eliminada y englobada dentro de la competencia técnica estatal a partir de la citada STS de 22 de marzo de 2011 y de la STC 8/2012, de 18 de enero.

7. RUIDO

A) Las competencias sobre sanidad y medio ambiente permiten al Estado prefigurar determinados contenidos de la planificación territorial y urbanística autonómica

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 interpuesto

por la Junta de Galicia contra el 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.

La recurrente solicita la nulidad de determinados artículos del citado RD alegando que éste ha invadido las competencias exclusivas sobre urbanismo que ostentan las Comunidades Autónomas, ya que ni desde la competencia en medio ambiente ni desde la sanitaria puede el Estado regular el planeamiento urbanístico. Los preceptos recurridos establecen la necesaria inclusión, en la planificación territorial e instrumentos de planeamiento urbanístico, de la zonificación acústica del territorio en áreas acústicas de acuerdo con las descritas en la Ley del Ruido y las medidas que hagan efectivas las servidumbres acústicas.

El TS comienza por reconocer la competencia autonómica exclusiva en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda *ex art. 148.1.3.^a CE*, si bien reconoce que el Estado tiene competencias que le facultan para incidir o condicionar el urbanismo, entre las que se encuentran el medio ambiente y la sanidad, que son las que fundamentan la legislación estatal sobre ruido, como ha declarado el TC (STC 204/2002, de 31 de octubre) (FJ 2.º). Dice también que el urbanismo se encuentra en evidente y creciente relación con el medio ambiente, y que en esta relación se detecta cierta prevalencia del segundo título, «pues ya las normas urbanísticas no pueden despreñar, ni mantenerse al margen de la variable ambiental, entre cuyas manifestaciones cualificadas se encuentra el ruido, que tiene un grado de especificidad significativo» (FJ 3.º).

Así, dice el TS que la preocupación acústica incide sobre el urbanismo con un grado superior de intensidad que en otros ámbitos, pues es en las zonas urbanas donde la relación entre el ruido ambiental y el urbanismo reviste mayor intensidad y gravedad. El planeamiento constituye por tanto un eje central, integrando «la primera línea de lucha contra la contaminación acústica» y la implicación de las Administraciones autonómicas y locales en evitar la contaminación acústica, que «no puede quedar al albur de la mayor o menor sensibilidad de cada una al respecto, sino que debe establecerse legal y reglamentariamente, un umbral común de protección mediante (...) la vinculación al planificador urbanístico» (FJ 5.º).

Por tanto, el TS considera que las normas impugnadas no vulneran la competencia sobre el urbanismo, al ser la única forma efectiva para protegerse de la contaminación acústica la fijación de estándares legales y reglamentarios que condicionen el planeamiento (FJ 6.º). La misma solución alcanzada respecto a la competencia sobre medio ambiente se repite respecto a la competencia sobre salud pública (FJ 7.º).

Finalmente, y por todo ello, el TS desestima el recurso sin hacerse imposición en costas (FJ 9.º).

8. FISCALIDAD AMBIENTAL

A) Tributos estatales en materia de aguas

a) *Canon de control de vertido: relaciones con los tributos autonómicos sobre depuración*

Es un clásico reprochar a las autoridades de cuenca del Estado la falta de competencia para exigir este tributo, sobre la base de ciertas transferencias efectuadas a Comunidades

Autónomas, incluso de las que se corresponden con cuencas de las que llamamos intercomunitarias. Como es un clásico rechazar esta argumentación. *Cfr. sentencia del TS de 1 de marzo de 2012 (NR 5583/2008).*

b) Canon de control de vertido: hecho imponible

La **sentencia del TS de 1 de marzo de 2012 (NR 5583/2008)** rechaza que la exacción tenga que relacionarse por fuerza con la autorización definitiva del vertido, pudiendo ser exigido también a la vista de una autorización provisional.

c) 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 0,01202 euros para el agua residual urbana y en 0,03005 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 acaba de hacer).

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 TS de 1 de marzo de 2012 (NR 5583/2008)** desestima los reproches efectuados por la empresa recurrente, en relación con la aplicación del factor K. El factor aplicable fue de 3, pidiendo la recurrente uno menor, en el entendimiento de que, en contra de la liquidación, podía procederse a la interpolación de uno intermedio. Lo que sucedió es que no se aplicó un factor menor, no porque no se pudiera, sino porque la empresa no acreditó que correspondiera.

También se producen discrepancias sobre la cuantía del canon en el caso resuelto por la **sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de mayo de 2012 (NR 670/2010)**. Por ejemplo, en cuanto a la forma de calcular los días de inactividad de la empresa a los efectos de reducir proporcionalmente el canon. Se ofrecen varias técnicas para ello, ligadas a las diversas líneas de producción de la empresa, siendo razonada y razonable la que dispone la administración, por lo que se desestima el recurso. Se rechaza que el precio básico,

fijado por ley, precise de una particular justificación (algo similar a un estudio económico-financiero). Y, finalmente, se rechaza la demanda contra el coeficiente aplicado en función de la calidad del medio receptor, pues la empresa no es capaz de desacreditar lo que había fijado la administración. Estas polémicas las vemos reproducidas en otra **sentencia de la Audiencia Nacional** de la misma fecha **de 14 de mayo de 2012 (NR 507/2010)**. Es similar en cuanto a la mayoría de sus planteamientos la **sentencia de este mismo tribunal de 23 de abril de 2012 (NR 450/2010)**, si bien en este caso la demandante sí es capaz de probar que el volumen de vertido a considerar es menor que el empleado en la liquidación impugnada, precisamente por causa del cálculo de los días de inactividad.

d) Canon de control de vertidos: aplicación del tributo

Aunque algún tribunal superior de justicia haya podido decir otra cosa, el Tribunal Supremo, en relación con el precepto de la Ley de Aguas que previene que la liquidación debe practicarse en el primer trimestre del año natural, considera que la inobservancia de ese plazo no determina la caducidad del procedimiento, estando las liquidaciones ajustadas a derecho en tanto no se produzca la prescripción [*cf.* **sentencia del TS de 1 de marzo de 2012 (NR 5583/2008)**].

La **sentencia del TSJ de Murcia de 30 de marzo de 2012 (NR 27/2008)** estima el recurso planteado, debido a la deficiente motivación de la liquidación administrativa practicada.

e) Canon de control de vertidos: revisión, reclamaciones y recursos

La **sentencia del TSJ de Andalucía, Sevilla, de 9 de febrero de 2012 (NR 64/2012)** analiza diversas cuestiones relativas a los recursos que se pueden instrumentar contra tributos como el canon de vertidos, en particular cuando el sujeto pasivo de la tasa es otra Administración pública. Uno de los elementos que se plantean —con poco éxito— tiene que ver con lo que fue la transferencia a la Comunidad Autónoma de Andalucía del distrito hidrográfico del Guadalquivir (finalmente desarticulada, de acuerdo con el Tribunal Constitucional). La Comunidad Autónoma ejerció funciones y las vías de reclamación fueron las propias de la situación: el canon de control de vertidos había pasado a ser una tasa regional y por ello el recurso que procedía en vía administrativa era una reclamación económico-administrativa ante el órgano creado a tal efecto por la Junta de Andalucía. Otra de las cuestiones debatidas tenía que ver con la extensión de lo que dice el artículo 44 de la Ley de la Jurisdicción, que parece excluir de la vía administrativa cualquier conflicto entre administraciones (en este caso, entre un Ayuntamiento y la Comunidad Autónoma). La sala de Sevilla recuerda que el Tribunal Supremo había fijado doctrina al respecto en el sentido de que dicho precepto no se aplica cuando una de las dos administraciones actúa en la relación jurídico-administrativa entablada como un particular y no como un poder público (caso de la relación tributaria). En un caso así, es pues obligado el recurso administrativo que sea pertinente para que se abra la vía contenciosa.

B) Tributos autonómicos en materia de aguas

a) *Doble imposición interna: relaciones con el canon de control de vertidos de la Ley de Aguas estatal*

Se sigue invocando la inconstitucionalidad de los cánones de saneamiento por invadir los sistemas tributarios estatal o local. En la **sentencia del TS de 22 de marzo de 2012 (NR 1450/2008)** nos encontramos principalmente esto, en torno al canon de saneamiento de Galicia. Como ya nos ha acostumbrado, el Alto Tribunal rechazará todos y cada uno de los argumentos que pudieran fundamentar el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

Este es en definitiva el campo en el que puede desarrollar su actividad el Tribunal Supremo que realmente nos puede interesar. Otra **sentencia del TS, de fecha 20 de febrero de 2012 (NR 6687/2010)**, también en relación con el canon de saneamiento gallego, pone de manifiesto las dificultades en la argumentación que puede emplearse en una casación pretendida sobre un impuesto autonómico. La sentencia no aborda razones de constitucionalidad y, por ello, sus considerandos languidecen, a la vista de motivos de casación que todos ellos bordean la inadmisibilidad.

C) Fiscalidad sobre la actividad nuclear

a) *Impuesto sobre actividades que inciden en el medio ambiente de Castilla-La Mancha*

La **sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 20 de febrero de 2012 (NR 740/2008)** estima el recurso planteado contra liquidaciones de este impuesto en su modalidad de almacenamiento de residuos nucleares. La estimación se produce por no realizarse el hecho imponible, si bien el tribunal aclara que la normativa que ha tenido en cuenta es la original de 2000 y no la reformada de 2005, pues con los cambios operados en esta fecha la respuesta podía haber sido otra. Al entender del tribunal, el mero almacenamiento temporal de combustible no podía estar sometido al tributo con anterioridad a 2005, pues no puede considerarse residuo radiactivo.

Al haber fallado de esta manera, evita entrar en el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, que, por otra parte, ya había sido formulada por otra sala del mismo tribunal en alguna ocasión.

b) *Tasas por inspección y control de instalaciones radiactivas*

Las **sentencias de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2012 y 13 de febrero de 2012 (NR 266/2010 y 205/2010)** desestiman los recursos deducidos por la Empresa Nacional de Residuos Radiactivos en relación con liquidaciones giradas por el Consejo de Seguridad Nuclear. La empresa pedía que se distinguiera entre residuos de media y baja actividad y de muy baja actividad, no gravando estos últimos. La sala niega que exista esta última categoría a los efectos de la tasa. También rechaza que por la indistinción se incumpla el principio de equivalencia entre el coste del servicio y el importe de la tasa que lo sufraga, más cuando la recurrente no es capaz de demostrar la diferencia entre las actividades de control sobre unos y otros residuos.

Tampoco se le dará la razón a la recurrente en cuanto a la inexistencia de estudios económico-financieros, teniendo en cuenta que la tasa en cuestión ha sido aprobada por una norma de rango legal.

D) Otros tributos autonómicos ambientales

a) *Impuesto extremeño sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente*

La **sentencia del TSJ de Extremadura de 21 de marzo de 2012 (NR 1092/2010)** desestima el recurso interpuesto por una empresa eléctrica contra el impuesto de Extremadura sobre actividades que inciden en el medio ambiente. Como es sabido, este impuesto fue objeto de declaración de inconstitucionalidad, pero en su versión original. Ahora el impuesto se sigue exigiendo, con el mismo nombre, pero —al menos en apariencia— distinta factura. La empresa trataba de inducir la presentación de una cuestión de inconstitucionalidad relativa a la regulación vigente, pero la sala de Cáceres va rechazando cada uno de sus argumentos, basados en determinadas deficiencias de la figura. El TSJ entiende que la reforma del impuesto se realizó acatando los planteamientos del propio Tribunal Constitucional, por lo que ahora no se le ve tacha. Va rechazando las posibles colisiones con los apartados 2 y 3 de la LOFCA en relación con varios impuestos: desde el IBI al IAE, pasando por el Impuesto especial sobre la Electricidad. Lo hace en principio en relación con la versión original del artículo 6.3 de la LOFCA. Finalmente, rechaza de plano que la creación del tributo pueda subvertir el reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas en materia energética.

Todo esto no es novedoso. Lo que sí han cambiado son las reglas de juego de constitucionalidad, al haberse modificado el artículo 6.3 de la LOFCA desde finales de 2009 en un sentido más favorable para los intereses autonómicos. Ha de caerse en la cuenta de que la pauta de constitucionalidad debe ser la del momento de resolver la sentencia, como tiene dicho el Tribunal Constitucional, por lo que, en realidad, sus largos considerandos en defensa de la constitucionalidad de la ley extremeña se podían haber simplificado mucho: la defensa es más sencilla ahora.

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. AYUDAS PÚBLICAS.
 - A) **La construcción de aeropuertos y el concepto de actividad económica.**
 - B) **La decisión de no solicitar la quiebra de una empresa deudora. Concepto de ayuda de Estado y criterio del inversor privado.**
 - C) **Naturaleza de un sistema de comercio de derechos de emisión. Concepto de ayuda.**
 - D) **Ventajas fiscales y concepto de ayuda de Estado. La relevancia de la eficacia del sistema de vigilancia y corrección de abusos para la calificación de la medida.**
 3. CONTRATOS PÚBLICOS.
 - A) **La distinción entre contratos públicos de servicios y concesiones de servicios.**
 - B) **El concepto de contrato público de obra y el agente urbanizador.**
 4. ENERGÍA.
 5. TELECOMUNICACIONES.

Alcance de las competencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.
-

1. NOTA PRELIMINAR

Este número recoge la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de ayudas y contratos públicos dictada durante el año 2011, así como las sentencias del Tribunal Supremo incluidas en los Cuadernos Aranzadi números 1 a 5 de 2012.

2. AYUDAS PÚBLICAS

A) **La construcción de aeropuertos y el concepto de actividad económica**

La **STG de 24 de marzo de 2011, T-443 y 455/08, *Freistaat Sachsen***, conoce de un recurso de anulación contra una Decisión de la comisión por la que se declaró que constituían

ayudas estatales diversas medidas adoptadas a favor de FLH, una sociedad participada conjuntamente por diversos entes públicos territoriales encargada de la explotación del aeropuerto público de Leipzig-Halle. La parte demandante alegaba, en esencia, que el art. 107.1 TFUE no era aplicable a la decisión de otorgar financiación pública para la construcción de una nueva pista porque los aeropuertos regionales no son empresas al menos en lo referente a la financiación de las infraestructuras aeroportuarias. De un lado, la construcción de estas infraestructuras no constituiría una actividad económica, sino una medida perteneciente al ámbito de la política de transportes, de la política económica y de la política regional. Alegaban las demandantes, en particular, que la actividad de construcción de infraestructuras aeroportuarias y la actividad de explotación de dichas infraestructuras constituyen dos actividades diferentes, cuya naturaleza económica debe quedar acreditada para cada una de ellas separadamente. De otro lado, esa actividad no podría considerarse económica porque, al no existir ninguna perspectiva de rentabilidad de la inversión, ya que resulta imposible repercutir los gastos de construcción sobre los usuarios del aeropuerto a través de tasas aeroportuarias, no sería rentable para un inversor privado. Se aducía que por ese motivo no existe en el ámbito de la Unión ningún caso en el que inversores privados hayan autofinanciado la construcción de un aeropuerto o de una parte considerable de éste. La construcción de infraestructuras aeroportuarias forma parte de las actividades que siempre han sido realizadas por organismos públicos y que deben necesariamente ser realizadas por éstos, sin que resultaran pertinentes los ejemplos que en otro sentido oponía la Comisión (apartados 71 y ss.).

Por un lado, el Tribunal rechaza este motivo aduciendo, en primer lugar, que la «gestión de las infraestructuras aeroportuarias constituye una actividad económica. [...] Ello queda confirmado en el presente asunto por el hecho de que FLH ofrece servicios aeroportuarios a cambio de una remuneración percibida, en particular, en forma de tasas aeroportuarias, las cuales deben considerarse la contraprestación de los servicios que presta el concesionario del aeropuerto», y ello sin que la «circunstancia de que FLH gestione un aeropuerto regional y no un aeropuerto internacional» prive «a la actividad que desarrolla de su carácter económico, ya que ésta consiste en ofrecer servicios a cambio de una remuneración en el mercado de los servicios aeroportuarios regionales». En segundo lugar, la nueva pista sur se «integrará en la actividad económica de FLH»; «la pista sur es una infraestructura que será explotada por FLH con fines comerciales, ya que FLH no permitirá el uso gratuito de dicha pista en aras del interés común, sino que exigirá el pago de tasas como contraprestación por su utilización. Debe señalarse a este respecto que las tasas aeroportuarias serán la principal fuente de ingresos para financiar la nueva pista sur [...]. Así pues, la construcción y la ampliación de dicha pista permitirán que FLH aumente su capacidad y refuerce su actividad económica de explotación del aeropuerto de Leipzig-Halle». En tercer lugar, «a efectos del análisis del carácter económico de la actividad de FLH en relación con la financiación pública de la ampliación de la pista sur, debe considerarse que no es posible disociar la actividad consistente en la construcción o la ampliación de una infraestructura —la pista sur en este caso— del uso posterior que se haga de la misma, y que el carácter económico o no del uso posterior de la infraestructura construida determina necesariamente la naturaleza de la actividad de ampliación». La sentencia admite que «no todas las actividades de una entidad gestora de un aeropuerto revisten necesariamente carácter económico. En efecto, las actividades que se vinculan al ejercicio de prerrogativas

de poder público no tienen carácter económico que justifique la aplicación de las normas sobre competencia del Tratado CE». Sin embargo, «la construcción y la ampliación de la pista sur no guardan relación, como tales, con prerrogativas de poder público» (apartados 93 y ss.).

El Tribunal rechaza, en particular, la alegación de las demandantes en el sentido de que «costes de las infraestructuras públicas deberían ser asumidos por la colectividad»: «dado que su actividad no se limita al ejercicio de funciones correspondientes principalmente a la política de ordenación del territorio o a la política en materia de transportes sino que además, como se ha señalado anteriormente, desarrolla una actividad económica, el organismo encargado de la explotación de un aeropuerto debería financiar con recursos propios el coste de las construcciones en las que se basa su actividad económica». Para que la financiación pública de esas infraestructuras pueda «no ser calificada como ayuda estatal cuando los capitales que el Estado pone, directa o indirectamente, a disposición de una empresa son puestos a disposición en circunstancias que se corresponden con las condiciones normales de mercado» (apartado 107).

Por otro lado, la sentencia tampoco acoge la alegación de que los operadores privados no se hacen cargo de la construcción de aeropuertos y de que la construcción de la pista sur no puede constituir una actividad económica, ya que ésta no es ejercida por un inversor privado por no ser rentable, puesto que «la ampliación de la pista sur es una actividad que puede considerarse directamente vinculada a la gestión de las infraestructuras aeroportuarias, la cual constituye una actividad económica. A mayor abundamiento, el hecho de que ningún operador privado se haga cargo de una actividad o la circunstancia de que ésta no sea rentable no constituyen criterios pertinentes a la hora de atribuirle la calificación de actividad económica. [...] Estas mismas consideraciones son también aplicables a la calificación de empresa» (apartados 114 y s.).

B) La decisión de no solicitar la quiebra de una empresa deudora. Concepto de ayuda de Estado y criterio del inversor privado

La **STG de 17 de mayo de 2011, T-1/08, *Buczek Automotive***, enjuicia una Decisión en la que la Comisión apreció la existencia de una ayuda prohibida por el art. 107.1 TFUE como consecuencia de que las autoridades renunciaron a la ejecución forzosa de un crédito contraído por la empresa TB al no haber solicitado su declaración de quiebra en 2004, momento en el que ya resultaba improbable que ésta pudiera volver a ser rentable. En opinión de la Comisión esto constituyó una ayuda de funcionamiento a TB, que, de este modo, pudo continuar con su actividad no rentable. El Tribunal considera que para determinar si la ventaja otorgada a TB mediante la decisión de no solicitar su declaración de quiebra constituye o no una ayuda es preciso valorar si dicha ventaja no habría sido concedida en condiciones normales de mercado. En particular, se ha de determinar «si la condonación de deuda que cada organismo público de que se trata había concedido era manifiestamente de mayor magnitud que la que habría otorgado un hipotético acreedor privado que se encontrara, con respecto a la empresa, en una situación análoga a la del organismo público correspondiente y que tratara de recuperar las cantidades que se le adeudaban» (apartado 84). El Tribunal continúa afirmando que, en un caso como el de autos, en el que no se celebró ningún convenio para sanear la deuda sino que pura y simplemente se renunció a

su ejecución, «un hipotético acreedor privado debe optar entre, por una parte, el resultado previsible del procedimiento legal de cobro de deudas y, por otra, el importe que espera poder recuperar tras el procedimiento de quiebra de la sociedad» (apartado 85). La sentencia anula parcialmente la Decisión impugnada por entender que la Comisión no carecía de los elementos materiales que le permitiesen afirmar que un acreedor privado habría optado ya en el año 2004 por el procedimiento de quiebra, al no disponer de análisis que comparasen el beneficio que obtendría el hipotético acreedor privado tras un procedimiento de quiebra —teniendo en cuenta, en particular, los gastos generados por tal procedimiento— con el beneficio del procedimiento legal de cobro de deudas públicas» (apartados 93 y 96).

C) Naturaleza de un sistema de comercio de derechos de emisión. Concepto de ayuda

La STJ de 8 de septiembre de 2011, C-279/08, *Comisión c. Países Bajos*, se pronuncia acerca de la consideración como ayuda de Estado de un régimen de asignación directa y posterior reasignación voluntaria de derechos de emisión a la atmósfera de óxidos de nitrógeno (NO_x). La Comisión había declarado ese régimen como una ayuda de Estado compatible con el mercado común y, pese a todo, el Reino de los Países Bajos recurrió la Decisión ante el Tribunal de Primera Instancia, el cual estimó el recurso y anuló la Decisión. La Comisión interpuso entonces un recurso de casación que es ahora estimado por el Tribunal de Justicia.

En primer lugar, la sentencia aprecia que el régimen controvertido otorga una ventaja económica a sus destinatarios, en la medida en que «prevé el carácter negociable de tales derechos de emisión, debe considerarse una ventaja económica que la empresa beneficiaria no habría obtenido en condiciones normales de mercado». El «carácter negociable de los derechos de emisión de NO_x depende ante todo de que el Estado, por una parte, autorice la venta de tales derechos y, por otra, permita a las empresas que hayan emitido un excedente de NO_x adquirir a otras empresas los derechos de emisión que le falten, permitiendo de este modo la creación de un mercado de tales derechos». La alegación de «que el carácter negociable de tales derechos constituye una contrapartida, a precio de mercado, de los esfuerzos realizados por las empresas a las que se aplica la medida de que se trata para reducir sus emisiones de NO_x» debe rechazarse «ya que los costes de reducción de dichas emisiones representan cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de la empresa. En lo tocante a las alegaciones de que el carácter negociable de tales derechos no puede considerarse una ventaja concreta para las empresas interesadas por ser el mercado imprevisible, debe señalarse que la facultad de que disponen estas empresas de optar, bien por los costes de adquisición de derechos de emisión, bien por los costes aparejados a las medidas de reducción de las emisiones de NO_x, constituye una ventaja para aquéllas. Además, la facultad que tienen las empresas a las que se refiere la medida de que se trata de negociar todos los derechos de emisión y no solamente los créditos liberados al finalizar el año por la diferencia positiva entre la emisión autorizada y la emisión realizada, constituye una ventaja adicional para tales empresas. En efecto, éstas pueden disponer de liquidez vendiendo derechos de emisión antes de que se reúnan los requisitos para su asignación definitiva, con independencia de que se les aplique un techo y las empresas que excedan la norma de emisión establecida deban compensar el excedente al año siguiente» (apartados 88 y ss.).

En segundo lugar, la ventaja que el régimen representa tendría carácter selectivo porque todas las empresas que producen emisiones de NO_x tienen «obligaciones en materia de limitación o reducción de tales emisiones, se les aplique o no la medida de que se trata». Sin embargo, con «el fin de cumplir las obligaciones que de este modo les incumbe, en virtud de la normativa nacional, sólo las empresas a las que se aplica la medida de que se trata cuentan con las posibilidades descritas en el apartado anterior, lo cual constituye una ventaja para ellas de la que no disponen otras empresas que se hallan en una situación comparable» (apartado 64).

En tercer lugar, el Tribunal de Primera Instancia había estimado en la sentencia recurrida que, «al poner a disposición de las empresas de que se trata de manera gratuita los derechos de emisión de NO_x , en lugar de venderlos o subastarlos, y al instaurar un régimen que prevé la posibilidad de negociar en el mercado con tales derechos, aunque estén vinculados a un techo máximo, el Reino de los Países Bajos ha conferido a estos derechos la naturaleza de activos inmateriales y ha renunciado a percibir fondos estatales». El Tribunal de Justicia acoge este criterio y añade que al admitir la compra de esos derechos «el Reino de los Países Bajos ha concedido a las empresas a las que se aplica la medida de que se trata la posibilidad de adquirir derechos de emisión para evitar el pago de multas. Además, dicho régimen da lugar a la creación, sin ofrecer una contrapartida concreta al Estado, de derechos de emisión que, por su carácter negociable, tienen un valor económico. Es preciso señalar que el Estado miembro podría haber vendido tales derechos, en su caso mediante subasta, si hubiera organizado dicho régimen de otra manera» (apartados 102 y ss.).

D Ventajas fiscales y concepto de ayuda de Estado. La relevancia de la eficacia del sistema de vigilancia y corrección de abusos para la calificación de la medida

La STJ de 8 de septiembre de 2011, C-78 a 80/08, *Ministerio dell'Economia e delle Finanze*, recuerda que «una medida mediante la cual las autoridades públicas conceden a determinadas empresas una exención tributaria que, aunque no implique una transferencia de fondos estatales coloque a los beneficiarios de dicha medida en una situación financiera más favorable que a los restantes contribuyentes, constituye una «ayuda de Estado» en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1. Igualmente, una medida que otorgue a determinadas empresas una reducción impositiva o un aplazamiento del pago del impuesto normalmente debido puede constituir una ayuda de Estado» (apartado 46). Lo más relevante de esta resolución es, sin embargo, que el órgano remitente de la cuestión prejudicial pregunta si las ventajas fiscales pueden o no calificarse como ayuda de Estado «sobre todo en presencia de un sistema inadecuado de vigilancia y corrección de los abusos, como el establecido en la norma controvertida (apartado 28).

El Tribunal de Justicia responde que «una medida nacional no puede verse válidamente justificada por la naturaleza o la economía general del sistema fiscal de que se trate si permite la exención del impuesto sobre los beneficios procedentes de intercambios con terceros no socios de la cooperativa o la deducción de importes abonados a estos últimos en concepto de remuneraciones. Asimismo, debe velarse por el respeto de la exigencia de coherencia de una ventaja otorgada no sólo con las características inherentes del sistema fiscal de que se trate, sino también con la aplicación de dicho sistema. Por

tanto, corresponde al Estado miembro de que se trate establecer y aplicar procedimientos de control y vigilancia apropiados a efectos de garantizar la coherencia de las medidas fiscales específicas adoptadas en favor de las sociedades cooperativas con la lógica y la economía general del sistema fiscal, así como evitar que las entidades económicas opten por esta forma jurídica específica con el único fin de disfrutar de las ventajas en materia de impuestos previstas para este tipo de sociedades. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si esta exigencia se cumple en los litigios principales» (apartados 72 y ss.).

3. CONTRATOS PÚBLICOS

A) La distinción entre contratos públicos de servicios y concesiones de servicios

A lo largo de 2011 el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en dos ocasiones sobre esta cuestión. La primera ha sido con objeto de la **STJ de 19 de marzo de 2011, As. C-274/09, *Privater Rettungsdienst***, en relación con la organización de la prestación de servicios en el ámbito de los servicios públicos de socorro. El Tribunal adopta como punto de partida su doctrina acerca de la distinción entre contratos de servicios y concesiones de servicios. Por una parte, un «contrato de servicios requiere una contrapartida que, sin ser la única, es pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios [...], mientras que, en el caso de una concesión de servicios, la contrapartida de la prestación de servicios consiste en el derecho a explotar el servicio, bien únicamente, bien acompañado de un pago». Por otra parte, «[s]i bien el modo de remuneración es, por tanto, uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate», teniendo en cuenta que, aunque «este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión de servicios requiere no obstante que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre» (apartados 24, 25 y 29).

En lo que respecta a la contrapartida, la sentencia constata que, en el asunto controvertido, «la remuneración del prestador de los servicios de socorro no procede de la entidad adjudicadora que ha otorgado el contrato en cuestión, sino de los precios de utilización que puede exigir, según la Ley bávara, de los organismos de seguridad social cuyos asegurados se hayan beneficiado de los servicios de socorro, así como de las personas con un seguro privado o no aseguradas que hayan recibido tales servicios». Además, «el hecho de que el nivel de los precios de utilización no quede unilateralmente determinado por el prestador de los servicios de socorro, sino mediante acuerdo con los organismos de seguridad social que tienen la condición de entidad adjudicadora [...], y que tales precios no sean pagados directamente por los usuarios de estos servicios al prestador elegido, sino por una oficina liquidadora central encargada de recaudar y abonar esos importes en forma de pagos a cuenta periódicos, no afecta a esta apreciación. En efecto, sigue siendo cierto que todas las remuneraciones del prestador de servicios proceden de personas distintas de la entidad adjudicadora que le ha atribuido el contrato» (apartados 27 y s.).

Por lo que atañe a la transmisión del riesgo, el Tribunal afirma, en primer lugar, que, «cuando la remuneración del prestador procede exclusivamente de terceros, la transferencia de un riesgo de explotación “muy limitado” por parte de la entidad adjudicadora es suficiente para que pueda considerarse que existe una concesión de servicios. [...] En efecto, es corriente que ciertos sectores de actividad, en particular los sectores relativos a actividades de utilidad pública, como ocurre en el asunto principal, sean objeto de una reglamentación que puede tener como resultado limitar los riesgos económicos que se corren. Debe seguir siendo posible que las entidades adjudicadoras, actuando de buena fe, garanticen la prestación de servicios mediante una concesión, si consideran que se trata de la mejor manera de garantizar el servicio público en cuestión, incluso si el riesgo de explotación es muy limitado. [...] En tales sectores, las entidades adjudicadoras no tienen influencia alguna en la configuración jurídico-pública del servicio ni, por tanto, en el nivel de riesgo que ha de transferirse, y no sería razonable, además, pedir a una autoridad pública concedente que cree condiciones de competencia y de riesgo económico superiores a las que existen en el sector en cuestión debido a la normativa aplicable a éste» (apartados 33 y ss.).

En segundo lugar, la sentencia señala también que «el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado [...], que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio [...]. En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios (apartados 37 y ss.).

A la vista de esta doctrina general, el Tribunal llega a la conclusión de que la operación controvertida en el litigio principal debe calificarse como concesión de servicios públicos por cuatro motivos. Ante todo, porque «los precios de utilización no son determinados unilateralmente por el prestador de los servicios de socorro, sino a través de un acuerdo con los organismos de seguridad social sobre la base de negociaciones que deben llevarse a cabo anualmente. Estas negociaciones, cuyos resultados sólo son parcialmente previsibles, conllevan el riesgo de que el prestador de servicios deba enfrentarse a restricciones impuestas durante la vigencia del contrato». Al pretender los organismos de seguridad social «que los precios de utilización se fijen en un nivel tan bajo como sea posible, dicho prestador corre de este modo el riesgo de que dichos precios no sean suficientes para cubrir todos los gastos de explotación», sin que pueda renunciar «a la continuación de su actividad ya que, por un lado, las inversiones efectuadas por él quedarían sin amortizar y, por otro lado, se expondría a las consecuencias jurídicas de su decisión de resolver el contrato de manera anticipada» (apartados 39 y ss.).

En segundo lugar, la legislación nacional aplicable no garantiza la cobertura completa de los costes del operador. «Si los costes reales del operador superan, en un período deter-

minado, los costes probables sobre cuya base se calcularon los precios de utilización, dicho operador puede encontrarse en una situación deficitaria y verse obligado a obtener una pre-financiación por sus propios medios. Además, en caso de diferencia entre los costes reales y los costes probables reconocidos por los organismos de seguridad social, el resultado de la rendición de cuentas simplemente se inscribe en el orden del día de las negociaciones siguientes, lo cual no obliga a los organismos de seguridad social a compensar un eventual déficit durante el año siguiente y, de este modo, no implica una garantía de compensación completa» (apartados 42 y ss.).

Junto a estos dos argumentos, que la sentencia considera de especial relevancia, el Tribunal aprecia también otras dos circunstancias. De un lado, «el prestador elegido está en cierta medida expuesto al riesgo de impago de los deudores de los precios de utilización. Es cierto que la mayoría de los usuarios de los servicios están asegurados por organismos de seguridad social, pero una parte no despreciable de los usuarios son personas sin seguro o con seguro privado» (apartado 46). Y, de otro lado, la legislación aplicable «no excluye que se permita a varios operadores prestar sus servicios en la misma zona. Así, en el asunto principal, la [entidad adjudicadora] celebró contratos con dos prestadores de servicios» (apartado 47).

La **STJ de 10 de noviembre de 2011, As. C-348/2010, Norma-A SIA**, aplica la misma doctrina acerca de la transmisión del riesgo de explotación económica del servicio a una formalmente denominada concesión de servicios de transporte público por autobús, alcanzando, sin embargo, la conclusión contraria. Por una parte, «la normativa aplicable en el procedimiento principal establece que la entidad adjudicadora debe compensar al prestador del servicio las pérdidas derivadas de explotación» y, además, debido a las normas de Derecho público y a las cláusulas contractuales que regulan la prestación de estos servicios, el prestador no asume «una parte significativa del riesgo de explotación», puesto que, «conforme a las cláusulas contractuales, la parte ordenante compensa, con cargo a los fondos previstos a tal fin en el presupuesto del Estado, las pérdidas vinculadas a la prestación del servicio de transporte, generadas por dicha prestación, y los gastos conexos, una vez deducidos los ingresos derivados de la explotación de los servicios de transporte» (apartados 51 y s.). Por otra parte, «al prestador se le indemnizan las pérdidas vinculadas al cumplimiento del contrato por lo que se refiere a los costes indispensables vinculados al cumplimiento del contrato de servicios de transporte público que superen los ingresos obtenidos, los costes generados por la aplicación de las tarifas establecidas por la parte ordenante, o los costes surgidos en el supuesto de que la parte ordenante aplique una reducción del precio del transporte a determinadas categorías de pasajeros, y los gastos generados por el cumplimiento de requisitos de calidad impuestos cuando ya ha comenzado la prestación del servicios, siempre que estos requisitos impliquen gastos suplementarios en relación con los requisitos de calidad establecidos previamente» (apartado 53). Resulta, además, que la legislación aplicable «establece el pago al adjudicatario de una cantidad en concepto de beneficios que se calcula multiplicando los ingresos por un porcentaje de beneficio que se calcula incrementando en el 2,5% el tipo medio del mercado interbancario europeo (EURIBOR) en los 12 meses del año de referencia» (apartado 54). Habida cuenta de todo ello, «no es posible afirmar que el adjudicatario soporte una parte significativa del riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado. Por consiguiente, debería calificarse tal operación de “contrato de servicios” [...], y no de “concesión de servicios”» (apartado 55).

B) El concepto de contrato público de obra y el agente urbanizador

La **STJ de 26 de mayo de 2011, As. C-306/08, Comisión c. España**, resuelve un recurso de incumplimiento planteado por la Comisión contra el Reino de España por entender que la regulación de los procedimientos de adjudicación y aprobación de los programas de actuaciones integradas (en adelante PAI) en gestión indirecta contenida en la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad Valenciana, primero, y en la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana, con posterioridad, vulnera diversas disposiciones de las Directivas 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, y 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 esencia, la Comisión alegaba, por un lado, que la relación existente entre la Administración y el urbanizador constituye, conforme a las Directivas 93/37 y 2004/18, un contrato público cuyo objeto principal es la ejecución de obras públicas de infraestructura y urbanización y, por otro lado, que su carácter oneroso se deriva del hecho de que el urbanizador obtiene una contraprestación que está en relación directa con la ejecución de las obras públicas y la prestación de determinados servicios conexos, consistente en que recibe de los propietarios de los terrenos una cantidad de dinero o su equivalente en suelo.

Por su parte, el Reino de España sostenía que la relación existente entre la Administración y el urbanizador, habida cuenta de la forma de retribución de éste, no constituye un contrato público de obras, sino una concesión de servicio público que no está comprendida en el ámbito de aplicación de las Directivas 93/37 y 2004/18 y que, por consiguiente, la adjudicación de los PAI está sujeta a los principios del Derecho primario de la Unión pero no a esas normas de Derecho derivado. Según la representación procesal del Estado miembro, la Comisión confunde el PAI y el proyecto de obras de urbanización, siendo así que la ejecución de las obras públicas no constituye el objetivo exclusivo, ni siquiera fundamental, del PAI. La aprobación del PAI, mediante la adjudicación, implica también la financiación y la gestión de la reparcelación, así como la contratación de las obras de urbanización. Por lo tanto, el urbanizador es también responsable financiero de la ejecución de las obras y se encarga de efectuar las gestiones administrativas necesarias para garantizar la gratuidad de las operaciones para la Administración y el reparto justo de los costes y beneficios inmobiliarios correspondientes entre los propietarios. Por otro lado, el Reino de España alegaba que no existe relación onerosa a cargo de la Administración en la medida en que la retribución del urbanizador procede exclusivamente de los propietarios. En primer lugar, la obligación del propietario de financiar los costes de la urbanización y, por lo tanto, de retribuir al urbanizador, no se origina en una decisión unilateral de la Administración, sino que se deriva de su decisión, voluntaria, de participar en la reparcelación y de acceder así al disfrute de los nuevos terrenos edificables. En segundo lugar, la regulación controvertida no establece garantía de pago alguna a cargo de fondos públicos de la que se pudiera colegir la existencia de un contrato oneroso entre la Administración y el urbanizador, que es responsable frente a ésta incluso en el supuesto de que el empresario constructor o los propietarios incumplan sus obligaciones respectivas. Por último, la opción por la gestión indirecta en vez de la gestión directa no implica una causa onerosa, al igual que el ejercicio por la Administración de sus potestades públi-

cas a efectos de la reparcelación o de la expropiación. Por todo ello, el Reino de España sostenía que no debe calificarse al urbanizador de «adjudicatario» de un contrato *stricto sensu*, sino de «concesionario», puesto que su retribución depende de la explotación en el mercado de los terrenos edificables y no de un precio fijo garantizado por la Administración. En particular, presenta las características de un concesionario de servicios, siendo la gestión económica de la reparcelación la función más relevante desde el punto de vista económico.

Sin llegar a analizar el carácter oneroso de la relación entre la Administración y el urbanizador, la sentencia desestima el recurso de incumplimiento por entender que «la Comisión no ha demostrado que el objeto principal del contrato celebrado entre el ayuntamiento y el urbanizador corresponda a contratos públicos de obras en el sentido de la Directiva 93/37 o de la Directiva 2004/18, lo que constituye una condición previa para la declaración del incumplimiento alegado». El Tribunal parte de la afirmación de que, «cuando un contrato contiene a un tiempo elementos propios de un contrato público de obras y elementos propios de algún otro tipo de contrato, ha de estarse al objeto principal del contrato para determinar qué cuerpo normativo de la Unión referente a la contratación pública debe en principio aplicarse [...]. Esta determinación debe llevarse a cabo a la luz de las obligaciones esenciales que prevalecen y que, como tales, caracterizan dicho contrato, por oposición a aquellas otras que sólo tienen carácter accesorio o complementario y que son impuestas por el propio objeto del contrato» (apartados 90 y ss.).

La sentencia recuerda a continuación que, «según reiterada jurisprudencia, en un procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 226 CE, incumbe a la Comisión probar la existencia de dicho incumplimiento. Debe aportar al Tribunal de Justicia los elementos necesarios para que éste pueda verificar la existencia de tal incumplimiento, sin poder basarse en presunciones [...]. Sobre este particular, y por lo que respecta a la naturaleza de las actividades a cargo del urbanizador, es preciso señalar que, pese a los elementos de análisis proporcionados por el Reino de España, la Comisión no intentó apoyar sus propias alegaciones ni refutar las del Estado miembro demandado mediante un examen profundo de dichos elementos. No se ha demostrado en absoluto que las obras de conexión e integración de los terrenos con las redes de infraestructuras, energía, comunicaciones y servicios públicos existentes constituyan el objeto principal del contrato celebrado entre la entidad territorial y el urbanizador en el marco de un PAI en gestión indirecta. La ejecución del PAI por el urbanizador comprende [...] actividades que no pueden calificarse de “obras” en el sentido de las Directivas invocadas por la Comisión en su escrito de demanda, a saber, la elaboración del plan de desarrollo; la propuesta y la gestión del correspondiente proyecto de reparcelación; la obtención gratuita en favor de la Administración de los suelos dotacionales públicos y con destino al patrimonio público de suelo de la entidad territorial; la gestión de la transformación jurídica de los terrenos afectados y la realización del reparto equitativo de las cargas y beneficios entre los interesados, así como las operaciones de financiación y de garantía del coste de las inversiones, obras, instalaciones y compensaciones necesarias para la ejecución del PAI. Así ocurre también cuando el urbanizador [...] debe organizar el concurso público destinado a designar al empresario constructor al que se confiere la ejecución de las obras de urbanización». Pero es que, además, el Tribunal afirma que «algunas de las actividades que comprenden los PAI [...] parecen corresponder, por su naturaleza, a las actividades

contempladas en la categoría 12 de los anexos I, parte A, de la Directiva 92/50 y II, parte A, de la Directiva 2004/18, esto es, actividades que constituyen el objeto de contratos públicos de servicios (servicios de arquitectura; servicios de ingeniería y servicios integrados de ingeniería; servicios de planificación urbana y servicios de arquitectura paisajista. Servicios conexos de consultores en ciencia y tecnología. Servicios de ensayos y análisis técnicos)» (apartados 92 y ss.). Por todo ello el Tribunal concluye desestimando el recurso de incumplimiento promovido por la Comisión.

4. ENERGÍA

La **Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2012** (rec. núm. 6816/2009) examina la graduación de las sanciones a imponer por la interrupción del suministro de energía eléctrica sin que medien los requisitos legales que lo justifiquen. En este sentido, la Sala desestima el recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía al considerar que, a diferencia de otros supuestos analizados anteriormente y en los que sí que se consideró adecuada y proporcionada la sanción muy grave impuesta en atención al número o importancia de las interrupciones de suministro eléctrico durante períodos muy amplios, la específica ponderación de las circunstancias concurrentes en este caso permitían concluir que la reducción de la sanción a grave decidida por la Sala de instancia —y que, precisamente, constituye el objeto del recurso presentado por la Junta de Andalucía— resultaba adecuada y proporcionada a la entidad de la infracción. Y es que, como se explicita en la Sentencia, nos encontrábamos ante una sola avería producida por un elemento atmosférico no habitual e imprevisto en la época del año en que ocurrió, que conllevó la afectación de una zona determinada durante horas de la madrugada de un día festivo y sin la concreción de unos perjuicios económicos relevantes.

Por su parte, la **Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2012** (rec. núm. 47/2010) declara no haber lugar al recurso planteado frente al Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2009, por el que se procede a la ordenación de los proyectos o instalaciones presentados al registro administrativo de preasignación de retribución para las instalaciones de producción de energía eléctrica previsto en el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril.

La Sala, en primer lugar, desestima las pretensiones de nulidad formal del citado Acuerdo presentadas por la recurrente, al considerar que éste, al no culminar la instrucción de un expediente sino tratarse, por el contrario, de un acuerdo de ejecución directa del Real Decreto-ley 6/2009, no requería la previa audiencia de los eventuales interesados. Añadiendo, por la misma razón, que tampoco era preciso el informe de la Comisión Nacional de Energía, pues la intervención de este organismo, según la Ley 34/1988, de 7 de octubre, lo era solamente respecto de la elaboración de las disposiciones generales que afecten a los mercados energéticos, mientras que el Acuerdo del Consejo de Ministros impugnado no era ninguna de aquellas disposiciones generales sino un acto mediante el que se adoptan las medidas singulares de ejecución del Real Decreto-ley 6/2009.

En segundo lugar, y recordando otras sentencias anteriores, el Tribunal Supremo rechaza también el motivo de fondo planteado, al entender que en la adopción del Acuerdo

del Consejo de Ministros no sólo concurrían los requisitos fácticos establecidos por el citado Real Decreto-ley 6/2009, sino que, además, se apoyaba en las consideraciones del operador técnico del sistema (Red Eléctrica de España), que invocaba razones asociadas a la seguridad del suministro y al desarrollo eficiente de la red y del sistema, así como en razones de orden económico, vinculadas a la reducción del déficit y que justificaban retrasar la entrada en operación de determinadas instalaciones de producción de electricidad.

Finalmente, la **Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2011** (rec. núm. 76/2010) se refiere a los combustibles gaseosos, declarando la nulidad del inciso 0,8 previsto en el artículo 13 de la Orden ITC/3520/2009, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas para el año 2010. En este caso, reiterando la doctrina jurisprudencial de la Sala, se afirma que la aplicación del coeficiente 0,8 objeto de recurso —que, en la práctica, significaba reducir un 20% el importe normalmente aplicado a uno de los conceptos que integran el peaje de transporte y distribución aplicable por el uso de las instalaciones básicas del sistema gasista— se había realizado sin un análisis riguroso de los costes, cuya reducción a los clientes suministrados desde plantas satélite era preceptivo en virtud de la Ley del Sector de Hidrocarburos; toda vez que, al fijarse un coeficiente único e indiscriminado, no se apreciaba debidamente que en determinados suministros de gas no sólo se prescinde de utilizar las redes de transportes primarias y secundarias hasta los gasoductos de distribución, sino también de los gasoductos de distribución a presión.

5. TELECOMUNICACIONES

Alcance de las competencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2011** resuelve el recurso de casación número 1002/2009 (RJ 116/2012) interpuesto por una sociedad mercantil contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 9 de diciembre de 2008, que desestimó el recurso contencioso-administrativo presentado por la misma sociedad mercantil contra el acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 24 de marzo de 2006, que a su vez le requirió diversos datos referidos a esta sociedad mercantil y correspondientes al año 2005.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acordó el mencionado requerimiento de datos, con vistas a la confección del informe anual que debía presentar el organismo regulador de las telecomunicaciones.

La Sala del Tribunal Supremo cita en esta Sentencia los diversos pronunciamientos recaídos en torno a la competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para requerir datos a los operadores del sector audiovisual. De este modo, en la sentencia se pone de manifiesto que la mencionada Sala ha corroborado la validez de las motivaciones contenidas en los requerimientos de información enviados por el citado organismo regulador a la misma sociedad mercantil ahora recurrente.

La Sala también expone que ha estimado diversos recursos de casación interpuestos por la Abogacía del Estado contra otras tantas sentencias de la Audiencia Nacional que, a partir de un momento determinado, anularon los requerimientos del organismo regulador por una supuesta falta de motivación.

Con base en estos precedentes, la Sala entra a examinar brevemente los alegatos planteados por la entidad mercantil recurrente.

En primer lugar, y en cuanto a una supuesta falta de motivación y falta de competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Sala destaca que el requerimiento objeto de litigio expresaba claramente que recababa los datos correspondientes al ejercicio 2005 en su conjunto, a fin de elaborar el informe que la Comisión está obligada a presentar preceptivamente. Se trata de datos, prosigue la Sala, que la Comisión necesita acerca del mercado audiovisual, y que le permitirán conocer la situación del sector, y proponer, en su caso, las medidas oportunas para corregir las eventuales deficiencias advertidas en relación con su desarrollo en condiciones de libre competencia. La Sala destaca que este organismo regulador está obligado por ley a presentar un informe al Gobierno sobre el desarrollo de los servicios audiovisuales, por lo que se concluye en la sentencia que es evidente que la Comisión tiene competencias para recabar la información de referencia.

En segundo lugar, la sociedad mercantil recurrente en casación alega que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, al tramitar el requerimiento de datos a los operadores del sector, habría infringido el principio de proporcionalidad, puesto que con posterioridad no habría utilizado los datos obtenidos para la redacción del informe anual correspondiente. La Sala rechaza este otro motivo de casación, puesto que la entidad recurrente no ha acreditado que alguno o algunos de los datos requeridos fueran innecesarios para que el organismo regulador pudiera cumplir con sus funciones, tras conocer en concreto la situación de los mercados audiovisuales. Se trata de datos sobre los cuales la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no ofreció detalles, porque estaban calificados de confidenciales, por afectar a cuestiones delicadas comercialmente, extremo que en todo caso no ha sido objeto de debate en esta sentencia del Tribunal Supremo.

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2012** resuelve el recurso de casación número 1061/2009 (RJ 200/2012), interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de noviembre de 2008, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo formulado por una entidad mercantil contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 2 de febrero de 2006, recaída en un expediente por el que se resuelve el conflicto de acceso entre la entidad ahora recurrente y otra sociedad mercantil, en relación con el cumplimiento de plazos de la oferta de acceso del servicio de coubicación de la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA). En realidad, tanto la Abogacía del Estado como la entidad mercantil interpusieron respectivos recursos de casación contra la Sentencia en cuestión.

Con esta sentencia, el Tribunal Supremo se pronuncia de nuevo sobre el alcance de las competencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. En particular, la Sala examina si este organismo regulador es competente para declarar la existencia de daños y perjuicios causados dentro de una relación contractual, o para imponer la obligación al operador dominante de su indemnización, por los supuestos retrasos en la entrega de solicitudes de coubicación.

A los efectos de clarificar el debate casacional, la Sentencia recoge el tenor literal de la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 2 de febrero de 2006, impugnado en el proceso judicial de instancia. Asimismo, la Sala reproduce gran parte de la fundamentación de la sentencia recurrida.

Planteado en estos términos, la Sala constata que esta cuestión fue resuelta por Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2011 (recurso de casación 5732/2008), a la cual se remite.

En este sentido, la Sala admite que la oferta (obligatoria) del operador con poder significativo en el mercado debe necesariamente contener penalizaciones, y que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones puede exigir su inclusión en aquella oferta. Esta medida, señala la Sala, incentiva el cumplimiento de las obligaciones dentro de plazo, y facilita un mayor grado de competencia en el acceso a la red.

Pero una vez incluidas las penalizaciones en la oferta, y suscritos los acuerdos o contratos entre los operadores, prosigue la Sala, el eventual incumplimiento de las obligaciones ha de seguir el mismo régimen que el que corresponde a las indemnizaciones de daños y perjuicios generados por aquel incumplimiento.

El Tribunal Supremo alcanza esta conclusión por varias razones. La primera de ellas obedece a los términos en que esta figura está regulada, tanto en el ámbito de la Unión Europea como en el ámbito del ordenamiento jurídico español.

La Sala observa que la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones reconoce que no es competente para la declaración de la existencia de los daños y perjuicios ocasionados. Con todo, la Comisión alega que una cuestión distinta es el pago de las penalizaciones recogidas en la oferta de acceso al bucle, porque éstas no se corresponderían con la indemnización por los daños y perjuicios que un incumplimiento podría haber causado. En el parecer del organismo regulador, las penalizaciones no compensan por el daño eventualmente causado, sino que incentivan al cumplimiento de las condiciones de suministro establecidas.

El Tribunal Supremo no acepta este argumento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Para la Sala, es cierto que el retraso en los plazos de provisión de servicios al operador que pretende el acceso podría ser considerado, además de incumplimiento contractual, como una infracción de las estipulaciones de carácter necesario, recogidas en la oferta de acceso al bucle de abonado, perjudicial para el despliegue de los nuevos operadores y, por lo tanto, para la competencia del sector.

Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que, si la Comisión observa un incumplimiento de los plazos en el suministro de servicios regulados por el operador dominante, y que ello, además de los daños al operador que pide el acceso, genera perjuicios para la competencia, podrá adoptar las medidas necesarias contempladas en el ordenamiento jurídico, incluso las sancionadoras.

La Sala concluye que la Comisión no es competente para ordenar que uno de los operadores pague al otro la compensación por los retrasos; la función de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es vigilar que no haya impedimentos, y no pronunciarse sobre el abono de las cantidades debidas a causa de los retrasos ya consumados.

Otras razones aportadas por la Sala en la presente Sentencia son las siguientes: la regulación que de las penas convencionales efectúan los artículos 1152 a 1155 del Código Civil; la autonomía de voluntad de los contratantes, que tienen reconocido un poder de disposición y pueden alcanzar acuerdos sobre la forma de pago; y, finalmente, la atribución de la competencia a la jurisdicción civil.

Por todo lo expuesto, la Sala estima el único motivo de casación planteado por la entidad societaria recurrente, a la vez que desestima el recurso de casación que la Abogacía del Estado había promovido.

LUIS ARROYO JIMÉNEZ
RICARD GRACIA RETORTILLO
ELISENDA MALARET GARCÍA
JOSEP MOLLEVI I BORTOLO
JOAQUÍN TORNOS MAS
MARC VILALTA REIXACH

XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD

SUMARIO

1. CONSUMO.
 - A) **Cláusulas abusivas de intereses de demora y regulación de control atribuida a los órganos jurisdiccionales en los procesos monitorios en España.**
 2. DEPORTE.
 - A) **Juicio de constitucionalidad sobre la participación de selecciones del País Vasco y Cataluña en competiciones deportivas internacionales.**
 3. EDUCACIÓN.
 - A) **No universitaria.**
 - a) Competencias autonómicas en formación profesional.
 - B) **Universitaria.**
 - a) Recomendación para no superar determinado tiempo en la exposición de los méritos propios en una prueba de habilitación.
 4. EXTRANJEROS.
 - A) **Permisos y visados.**
 - B) **Denegación de entrada y expulsión.**
 - C) **Asilo y condición de refugiado.**
 5. JUEGO.
 - A) **Libre prestación de servicios e imposibilidad de obtener licencia municipal para apertura de un salón de juego «por menoscabo de los intereses de los habitantes».**
 6. SANIDAD.
 - A) **Consentimiento informado.**
-

1. CONSUMO

A) Cláusulas abusivas de intereses de demora y regulación de control atribuida a los órganos jurisdiccionales en los procesos monitorios en España

La **STJUE de 14 de junio de 2012**, en el asunto C-618/10, tiene por objeto dar respuesta a varias cuestiones prejudiciales planteadas desde España. Los hechos que subyacen a las cuestiones planteadas son los siguientes: un señor suscribió una póliza de préstamo por importe de 30.000 euros con Banesto («contrato controvertido»), para la adquisición de un vehículo. El interés retributivo fijado era del 7,950%, el TAE de 8,890% y el interés de demora del 29%. La fecha de vencimiento del contrato controvertido era el 5 junio de 2014, pero Banesto lo dio por vencido anticipadamente, ya que en septiembre de 2008 no se habían abonado aún un total de siete cuotas de amortización mensuales. Por lo tanto, Banesto presentó el 8 de enero de 2009 ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Sabadell una demanda de juicio monitorio, con arreglo al Derecho español, en reclamación de un importe de 29.381,95 euros, correspondiente a las cuotas mensuales impagadas, más intereses convencionales y costas. El 21 de enero de 2010, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Sabadell dictó un auto en el que constata, por una parte, que el contrato controvertido era un contrato de adhesión, por haberse celebrado sin posibilidades reales de negociación e incluir condiciones generales impuestas, y, por otra parte, que la fijación del tipo de interés de demora del 29% figuraba en una cláusula mecanográfica que no se distinguía del resto del texto en cuanto al tipo o cuerpo de letra o a su aceptación específica por parte del consumidor. Dadas estas circunstancias, y tomando en consideración el tipo de interés del Euribor y el del Banco Central Europeo, así como el hecho de que el interés de demora en cuestión sobrepasaba el interés retributivo en más de 20 puntos, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Sabadell declaró de oficio nula de pleno derecho la cláusula de intereses moratorios controvertida, por estimarla abusiva, remitiéndose a la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia. Además, fijó el interés de demora en un 19%, basándose en el interés legal y en el interés de demora establecidos en las Leyes de Presupuestos de 1990 a 2008, y requirió a Banesto para que procediera a un nuevo cálculo del importe de los intereses para el período que se discutía en el litigio del que estaba conociendo.

Banesto interpuso recurso de apelación contra dicho auto ante la Audiencia Provincial de Barcelona, alegando esencialmente que el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Sabadell no podía, en esa fase del proceso, ni declarar de oficio la nulidad de la cláusula relativa a los intereses de demora, considerada como abusiva, ni modificar dicha cláusula. En el auto de planteamiento de cuestión prejudicial, la Audiencia Provincial de Barcelona señala, en primer lugar, que la normativa española sobre protección de los intereses de los consumidores y usuarios no faculta a los jueces del proceso monitorio para declarar de oficio, e *in limine litis*, la nulidad de las cláusulas abusivas, pues la legalidad de tales cláusulas debe dilucidarse en el correspondiente proceso declarativo, que únicamente se inicia en caso de oposición del deudor. En segundo lugar, por lo que respecta al Derecho de la Unión Europea, la Audiencia Provincial de Barcelona indica que es cierto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha interpretado el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 en el sentido de que obliga a los jueces nacionales a examinar de oficio la nulidad

y la inaplicabilidad de las cláusulas abusivas, incluso en el caso de que las partes en el contrato no lo hayan solicitado. Sin embargo, el Reglamento 1896/2006, que regula precisamente el proceso monitorio a nivel de la Unión Europea, no establece un procedimiento de control de oficio e *in limine litis* de las cláusulas abusivas, sino que se limita a enumerar una serie de requisitos y de informaciones que deben facilitarse a los consumidores. Asimismo, ni la Directiva 2008/48, relativa a los contratos de crédito al consumo, ni la Directiva 2009/22, relativa a las acciones de cesación de las infracciones perjudiciales para los intereses de los consumidores, establecen mecanismos procesales que obliguen a los tribunales nacionales a declarar de oficio la nulidad de una cláusula como la contenida en el contrato controvertido. Por último, aunque se considere «desleal», en el sentido de la Directiva 2005/29, la práctica consistente en incluir una cláusula de intereses de demora en el texto de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, como la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (BOE 31 de diciembre de 2009), no ha transpuesto en Derecho español el artículo 11, apartado 2, de dicha Directiva, los tribunales nacionales carecen de la facultad de examinar de oficio el carácter desleal de dicha práctica. En estas circunstancias, la Audiencia Provincial de Barcelona, al albergar dudas sobre la correcta interpretación del Derecho de la Unión, decidió suspender el procedimiento y plantea al Tribunal de Justicia distintas cuestiones prejudiciales.

Mediante la primera sustancialmente pide que se dilucide si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa como la española, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio examine de oficio —*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento— el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición. Para responder a esta cuestión, el TJ recuerda de inmediato que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas. Habida cuenta de esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la citada Directiva prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Con el fin de garantizar la protección a que aspira la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia ha subrayado ya que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. Así, a la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional.

Ahora bien, la cuestión planteada versa sobre la definición de las responsabilidades que, en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13, incumben al juez nacional, en el marco de un proceso monitorio, antes de que el consumidor haya formulado oposición. Por lo tanto, el sistema procesal español no sólo no permite al juez nacional que conoce de una demanda en un proceso monitorio examinar de oficio —*in limine litis* ni en ninguna fase

del procedimiento— el carácter abusivo, con arreglo al artículo 6 de la Directiva 93/13, de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición, sino que tampoco le permite pronunciarse sobre si tal cláusula resulta contraria a las normas nacionales de orden público, lo cual incumbe verificar, no obstante, al tribunal nacional. De este modo, en virtud de los artículos 815, apartado 1, y 818, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la competencia del juez nacional que conoce de una demanda en proceso monitorio se circunscribe a comprobar que concurren los requisitos formales para iniciar dicho procedimiento, en cuyo caso deberá dar curso favorable a la demanda y dictar un requerimiento de pago con carácter ejecutivo, sin poder examinar —*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento— la procedencia de la demanda a la luz de los datos de que disponga, salvo en caso de que el deudor se niegue a pagar la deuda o formule oposición dentro de un plazo de veinte días contados a partir de la fecha de la notificación del mencionado requerimiento de pago. Pues bien, en este contexto, el TJ declara que un régimen procesal de este tipo, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando ya disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio —*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento— el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13. Al efecto, bastaría con que los profesionales presentaran la demanda en un proceso monitorio en lugar de hacerlo en el juicio civil ordinario para privar a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13, lo que resulta asimismo contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se dilucidan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13. Por consiguiente, el TJ determina, en primer lugar, que la normativa española controvertida no resulta conforme con el principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los litigios iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva 93/13 pretende conferir a estos últimos.

En segundo lugar, se pide sustancialmente que se dilucide si el artículo 2 de la Directiva 2009/22 y el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponen a una normativa, como la española contenida en el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 (Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva. Al respecto, no hay duda que del tenor literal del apartado 1 del artículo 6 de la Directiva 93/13 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas. En este contexto es preciso señalar que, tal como ha indicado la

Abogado General en los puntos 86 a 88 de sus conclusiones, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Así pues, de las precedentes consideraciones resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede entenderse en el sentido de que permite, en el supuesto de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor. En resumen, a la luz de cuanto antecede, el Tribunal de Justicia responde a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva.

2. DEPORTE

A) Juicio de constitucionalidad sobre la participación de selecciones del País Vasco y Cataluña en competiciones deportivas internacionales

La SSTC de 18 de abril y 23 de mayo de 2012, núm. 80 y núm. 110 respectivamente, resuelven sendos recursos de inconstitucionalidad interpuestos en 1998 y 1999, contra distintas leyes del Parlamento Vasco y de Cataluña, recursos planteados estrictamente por motivos competenciales, dado que el abogado del estado, considera que los preceptos legales autonómicos invaden las competencias estatales en materia de relaciones internacionales (art. 149.1.3 CE) y de cultura (art. 149.2 CE).

Respecto a la primera alegación el TC afirma que «resulta evidente que la llamada “representación internacional” en el ámbito deportivo tiene difícil encaje en la materia de “relaciones internacionales” prevista en el art. 149.1 3 CE, puesto que ni nos encontramos ante relaciones entre Estados u otro tipo de organismos públicos —ya que las estructuras deportivas internacionales tienen un carácter absolutamente privado— ni la participación en competiciones oficiales supone la asunción de compromisos u obligaciones internacionales de ningún tipo». Respecto a la segunda el TC considera que «no puede negarse la existencia de una dimensión cultural del deporte dada su relación con el desarrollo de la personalidad, con la educación y con el intercambio de valores y culturas que fomenta la práctica deportiva, especialmente cuando dicha práctica se desarrolla a nivel internacional... En cualquier caso conviene recordar que “la competencia sobre cultura no puede

convertirse en un título universal desde el que puedan realizarse indistintamente todas y las mismas funciones que pueden realizarse desde otras competencias específicas que tienen aspectos culturales” (STC 109/1996, de 13 de junio [RTC 1996, 109], F. 4) sin que quepa extender la competencia estatal sobre cultura “a ámbitos no queridos por el constituyente ... pues por esta vía se dejarían vacíos de contenido los títulos del bloque de la constitucionalidad que se limitan a regular una porción definida del amplio espectro de la misma” (STC 17/1991, de 31 de enero [RTC 1991, 17], F. 3)».

Encuadrada la cuestión en la materia «deporte», el TC reconoce explícitamente que la Constitución no contiene reserva competencial alguna a favor del Estado en el art. 149 CE. No obstante, el TC entiende que resulta especialmente relevante a los efectos de enjuiciamiento de los preceptos controvertidos *«la incidencia de la dimensión internacional del deporte en la acción exterior del Estado español puesto que la representación internacional del deporte federado español puede calificarse como una cuestión de interés general, relacionada directamente con la imagen exterior que se proyecta del Estado Español, que, si bien no se integra en el título competencial de “relaciones internacionales” constituye fundamento suficiente de la intervención reguladora del Estado en materia deportiva y se proyecta, consecuentemente, sobre el alcance de las competencias autonómicas en esta materia, en el sentido de que determinadas decisiones —como la decisión de participación de las selecciones españolas en competiciones internacionales, la autorización de la inscripción de las federaciones españolas en las federaciones internacionales correspondientes, o la autorización de la celebración de competiciones internacionales de carácter oficial en territorio español (art. 8 Ley 10/1990)— ha de ubicarse necesariamente en el ámbito de decisión del Estado, constituyendo un límite externo al ejercicio de las competencias autonómicas»*.

Por consiguiente, interpretando los preceptos cuya constitucionalidad se cuestiona, el TC no los juzga como inconstitucionales, siempre y cuando las federaciones vascas o catalanas de cada modalidad deportiva compitan en el ámbito internacional en competiciones en las «que no existan federaciones españolas, y que, en ningún caso, se impidan o perturben las competencias del Estado de coordinación y representación internacional del deporte español».

3. EDUCACIÓN

A) No universitaria

a) Competencias autonómicas en formación profesional

La STC núm. 111/2012, de 24 de mayo, resuelve un recurso de inconstitucionalidad (de fondo competencial) en relación con determinados preceptos de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las cualificaciones y de la formación profesional. Y lo hace, estimando parcialmente el recurso, sobre la base del encuadramiento siguiente: la formación profesional es un concepto unitario que trata de la capacitación para el desempeño de una profesión y el acceso al mercado laboral. Ahora bien, «este concepto cubre una multiplicidad de figuras con perfiles propios y diferenciados. En concreto, dentro del concepto genérico

de “formación profesional” encontramos tres vertientes diferenciadas: la formación profesional reglada, la formación profesional ocupacional y la continua (si bien las actuaciones relativas a estas dos últimas se suelen agrupar bajo la denominación de formación profesional ocupacional, como ocurre en el art. 30.1 de la Ley de Ordenación General del Sistema Educativo: LOGSE). La primera de ellas se incluye en el sistema educativo, “en el que los saberes o cualificación con base en aptitudes específicas se imparten y están dirigidos, previa estratificación en niveles y grados, a la obtención de títulos académicos o profesionales que habilitan para el ejercicio de determinadas profesiones u oficios» (STC 95/2002, de 25 de abril, FJ 6). Las otras dos, en cambio, no se integran en el sistema educativo, teniendo por objeto la formación ocupacional, específicamente, el desarrollo de actuaciones formativas dirigidas a la inserción y reinserción laboral de los trabajadores, mientras que la continua busca “el mantenimiento, a lo largo de la vida laboral, de las aptitudes y cualificaciones profesionales en su día alcanzadas y que capacitaron para acceder al puesto de trabajo, con el fin de dotar a los trabajadores asalariados de los adecuados instrumentos formativos para hacer operante la directriz constitucional contenida en el art. 40.2 CE, es decir, para garantizar la formación y readaptación profesionales de los trabajadores ante los nuevos y acelerados cambios tecnológicos” (STC 95/2002, de 25 de abril, FJ 6)» (FJ 3).

B) Universitaria

a) *Recomendación para no superar determinado tiempo en la exposición de los méritos propios en una prueba de habilitación*

La **STS de 28 de febrero de 2012**, Ar. 4899, considera que la indicación hecha por el Presidente de la Comisión juzgadora, para que los concursantes se atuviesen a un tiempo máximo de exposición del primer ejercicio para la habilitación al Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad de media hora, en razón a su carácter no obligatorio, establecida para todos los concursantes, con antelación suficiente para preparar la exposición oral y fundamentada en el número de concursantes, así como para programar mejor el desarrollo de las pruebas, no constituyó una modificación del procedimiento establecido (como así había estimado, sin embargo, el Consejo de Coordinación Universitaria) y, en consecuencia, declara ajustada a Derecho la propuesta realizada en su momento por la Comisión juzgadora.

4. EXTRANJEROS

A) Permisos y visados

En cuanto a los *visados por reagrupación familiar*, podemos mencionar algunas sentencias. Así, la **STS de 13 de febrero de 2011**, Ar. 3949, ratifica la denegación —tras un exhaustivo análisis también de la normativa de la Unión Europea y recalando, finalmente, en el RD 240/2007—, razonando en que el solicitante es mayor de 21 años y no ha demostrado que es incapaz o que vive a cargo del reagrupante por no ejercer actividad laboral por sí mismo. Sin embargo, la **STS de 28 de febrero de 2012**, Ar. 4305, concede un visado de residencia de similar naturaleza, pero tiene un interés especial porque las circunstancias

del caso (se trataba de tres menores de Gambia que pretendían reagruparse en España con su padre) hacían sospechar no sólo la ruptura familiar sino que la autorización materna podía no ser del todo fiable. De hecho, esta Sentencia contiene un meditado voto particular de una Magistrada. También la **STS de 23 de marzo de 2012**, Ar. 4821, concede el visado, ante la falta de motivación de la denegación (que ahora se anula). Sendas **SSTS de 22 de marzo de 2012**, Ar. 4819 y 4932, conceden el visado de residencia sin finalidad laboral, por insuficiencia de motivación de la previa denegación (que se apoyaba en meras sospechas o conjeturas sobre la pertenencia de los solicitantes a las «mafias rusas»).

B) Denegación de entrada y expulsión

La **STJUE de 22 de mayo de 2012**, *caso P.I.*, C-348/09, resuelve una nueva cuestión prejudicial relativa a la interpretación que se debe otorgar a la expresión «motivos imperiosos de seguridad pública», definidos por los Estados miembros (para los casos de residencia en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores), como causa justificativa de la expulsión de un ciudadano europeo (según se establece en el art. 28.3 de la conocida Directiva 2004/38, 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). Así, el Tribunal de Luxemburgo recuerda que «motivos imperiosos» es un concepto considerablemente más estricto que el de «motivos graves»; señala que aquél supone no sólo la existencia de menoscabo de la seguridad pública, sino, además, de un nivel particularmente elevado de gravedad; precisa que si bien, esencialmente, los Estados miembros disponen de libertad para definir, con arreglo a sus necesidades nacionales, que pueden variar de un Estado miembro a otro y de una época a otra, las exigencias de orden público y de seguridad pública; no obstante tales exigencias, en particular como justificación de una excepción al principio fundamental de la libre circulación de las personas, deben interpretarse en sentido estricto, de manera que su alcance no puede ser determinado unilateralmente por cada Estado miembro sin control de las instituciones de la Unión Europea. Y, concretando más el caso objeto de interpretación, también considera que la explotación sexual de niños forma parte de los ámbitos delictivos de especial gravedad y dimensión transfronteriza en los que está prevista la actuación del legislador de la Unión. En fin, la forma de comisión de tales infracciones debe presentar características especialmente graves (extremo éste que incumbe verificar a los tribunales nacionales, basándose en un examen individualizado del asunto del que conoce) y, además, toda medida de expulsión está subordinada a que la conducta personal del interesado constituya una amenaza real y actual para un interés fundamental de la sociedad o del Estado miembro de acogida, apreciación que supone, como regla general, la tendencia del individuo interesado a proseguir esa conducta en el futuro. A estos efectos, antes de tomar una decisión de expulsión, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en ese Estado y la importancia de los vínculos con su país de origen.

C) Asilo y condición de refugiado

La **STS de 24 de febrero de 2012**, Ar. 4256, reconoce que la solicitante de asilo no reúne los requisitos legales para su obtención, no obstante lo cual, ponderando las circunstancias

personales de la recurrente, no vinculadas a la causa de asilo invocada, recuerda que el informe psicológico de Cruz Roja Española de Fuerteventura refleja el estado de shock de la recurrente al llegar a España, que sufría depresión aguda con diversas alteraciones, del sueño, del apetito y crisis de ansiedad, debidos al trauma vivido derivado de la pérdida de su hija durante el trayecto en una patera, viajando a España desde Marruecos y los dramáticos pormenores relatados del suceso. Todas estas experiencias han motivado la necesidad de tratamiento psicológico a la recurrente para intentar sobrevivir a tan luctuoso hecho, pérdida de su hija menor en lamentables condiciones originadas sin duda por una situación de necesidad. Estas circunstancias le conducen al Tribunal Supremo a autorizar su permanencia en España (por extensión a su hija nacida en España, por las apuntadas razones humanitarias, teniendo en cuenta que se dispone en este caso de un informe objetivo emitido por una Institución como Cruz Roja Española, que además de su probado carácter voluntario y de interés público desarrolla su actividad bajo la protección del Estado Español a través de su Consejo de Protección, acomodándose a los Principios Fundamentales recogidos en sus Estatutos, entre los que se destacan los de Imparcialidad, Neutralidad, Humanidad, Independencia, Voluntariado y Universalidad.

5. JUEGO

A) Libre prestación de servicios e imposibilidad de obtener licencia municipal para apertura de un salón de juego «por menoscabo de los intereses de los habitantes»

La **STJUE de 19 de julio de 2012**, en el asunto C-470/11, tiene por objeto dar respuesta a una cuestión prejudicial planteada desde Letonia. Los hechos se remontan a la solicitud por parte de una sociedad de la apertura de un salón de juego en un centro comercial situado en la ciudad de Riga. Mediante resolución del Ayuntamiento de Riga de 12 de octubre de 2006, se rechazó expedirle la licencia, al considerar que la apertura menoscabaría sustancialmente los intereses de los habitantes del municipio. Ante ello el Tribunal letón correspondiente formula la siguiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia: «¿Deben interpretarse el artículo 49 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y la obligación de transparencia vinculada a éste en el sentido de que es compatible con las restricciones admisibles a la libre prestación de servicios el uso en una ley promulgada públicamente con carácter previo de un concepto jurídico indeterminado como el “menoscabo sustancial de los intereses del Estado y de los habitantes del territorio administrativo de que se trate”, que ha de concretarse en cada aplicación individual mediante pautas interpretativas, pero que al mismo tiempo permite una cierta flexibilidad al evaluar el menoscabo de la libertad?».

Mediante su cuestión prejudicial, el tribunal remitente desea saber, en esencia, si el artículo 49 CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma que confiere a los municipios una amplia facultad de apreciación al permitirles denegar una licencia de apertura de un casino, un salón de juego o un bingo basándose en un «menoscabo sustancial de los intereses del Estado y de los habitantes del territorio administrativo de que se trate». Con carácter previo, cabe recordar que una norma que prohíbe el ejercicio de actividades en el sector de los juegos de azar sin una licencia previa de las autoridades

administrativas constituye una restricción de la libre prestación de servicios garantizada por el artículo 49 CE. Sin embargo, las restricciones que impongan los Estados miembros deben cumplir los requisitos que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con su proporcionalidad y aplicarse de manera no discriminatoria. De este modo, una normativa nacional sólo es adecuada para garantizar la consecución del objetivo alegado si responde verdaderamente al empeño por hacerlo de forma congruente y sistemática.

En el caso de autos, es pacífico que el objetivo perseguido por la normativa nacional controvertida, en concreto la protección de los intereses de los habitantes de la zona y de los consumidores potenciales de los riesgos vinculados a los juegos de azar, puede constituir una razón imperiosa de interés general capaz de justificar la restricción de la libre prestación de servicios controvertida. En estas circunstancias, debe comprobarse si la restricción de la libre prestación de servicios impuesta por la normativa nacional controvertida en el litigio principal puede garantizar el cumplimiento del objetivo de proteger a los consumidores de los riesgos vinculados a los juegos de azar y si no va más allá de lo necesario para cumplirlo. No se discute que, como se deduce de la resolución de remisión, al permitir denegar una licencia de apertura de un salón de juegos de azar basándose en un menoscabo sustancial de los intereses del Estado y de los habitantes del territorio administrativo de que se trate, la norma nacional controvertida en el litigio principal confiere a las autoridades administrativas una amplia facultad de apreciación, en particular de la naturaleza de los intereses que desea proteger. Una facultad de apreciación, como la controvertida, podría estar justificada si la propia norma nacional tuviera por objeto responder realmente a la necesidad de reducir las ocasiones de juego y de limitar las actividades en este ámbito de manera coherente y sistemática o garantizar la tranquilidad de los habitantes de la zona, o incluso, de manera general, el orden público, reconociendo a tal efecto a los municipios una cierta laxitud en la aplicación del régimen relativo a la organización de juegos de azar. En consecuencia, al objeto de apreciar la proporcionalidad de la norma nacional controvertida, incumbe al tribunal remitente comprobar en particular que el Estado ejerce un control estricto sobre las actividades vinculadas a los juegos de azar, que la negativa de los municipios a autorizar la apertura de nuevos establecimientos de este tipo persigue realmente el objetivo alegado de proteger a los consumidores y que el criterio del «menoscabo sustancial de los intereses del Estado y de los habitantes del territorio administrativo de que se trate» se aplica sin discriminación.

Habida cuenta de lo que antecede, el Tribunal de Justicia responde a la cuestión planteada que el artículo 49 CE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma de un Estado miembro, como la controvertida, 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.

6. SANIDAD

A) Consentimiento informado

La **STS de 26 de marzo de 2012**, Ar. 5102, también en recurso contencioso-administrativo con pretensión indemnizatoria, contiene algunas reflexiones que pueden resultar de interés. Así, partiendo de que ha habido quebranto de la *lex artis* en la prestación del consentimiento informado, al no haber sido instruida la paciente adecuadamente sobre los posibles riesgos derivados del parto por cesárea mediante la técnica de anestesia y el subsiguiente tratamiento profiláctico, admite que, en determinadas circunstancias, dicha infracción produce un daño moral reparable económicamente ante la privación de su capacidad para decidir; y, dada la subjetividad que acompaña siempre a ese daño moral (que lo hace de difícil valoración), se debe ponderar la cuantía a fijar de un modo estimativo.

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA
EDORTA COBREROS

XVI. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

A) Sujetos: un Ayuntamiento carece de legitimación para impugnar un Acuerdo del Jurado de Expropiación Forzosa cuando la beneficiaria de la expropiación es una sociedad mercantil cuyo capital pertenece a dicho Ayuntamiento.

B) Procedimiento.

- a) Alcance y significado del requerimiento del artículo 45.3 LJCA.
- b) La acumulación de pretensiones cuando la competencia para conocer corresponde a órganos diferentes del Orden Jurisdiccional Contencioso-administrativo es admisible por la estrecha relación existente entre las actuaciones.
- c) La rehabilitación de plazos contemplada en la LJCA no es aplicable a la caducidad de la instancia prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- d) Prueba.

C) Sentencias.

- a) Doble función del deber de motivación.
- b) El deber de motivación de las resoluciones judiciales no exige un razonamiento jurídico exhaustivo pormenorizado de todos los aspectos.
- c) Doctrina sobre la incongruencia omisiva.

D) Error judicial.

- a) El recurso de revisión para la declaración de error judicial no es una última instancia ni un remedio formal que pueda servir para subsanar deficiencias procedimentales.
- b) El plazo para la interposición del recurso de revisión por error judicial no se interrumpe por la formalización y desarrollo de un incidente de nulidad de actuaciones ni por la interposición de un recurso de amparo.

2. RECURSO DE CASACIÓN.

A) Inadmisión.

- a) Procede la inadmisión por carencia manifiesta de fundamento cuando la crítica se dirige contra el acto administrativo impugnado en la instancia y no contra la sentencia recurrida.
 - b) La falta de interés casacional no es asimilable a la excepción de cosa juzgada.
-

INTRODUCCIÓN

La presente Crónica recoge pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos desde el 1 de diciembre de 2011 al 1 de marzo de 2012, entre los que merecen ser destacados los relativos a los efectos procedimentales de las sentencias del TJUE dictada en el marco de un mecanismo prejudicial, así como los referentes al error judicial.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Sujetos: un Ayuntamiento carece de legitimación para impugnar un Acuerdo del Jurado de Expropiación Forzosa cuando la beneficiaria de la expropiación es una sociedad mercantil cuyo capital pertenece a dicho Ayuntamiento

La STS de 22 de febrero de 2012 (Recurso núm. 301/2009) deja sentado que un Ayuntamiento carece de legitimación para impugnar la resolución del Jurado de Expropiación siendo la beneficiaria de esta una sociedad mercantil cuyo capital es del Ayuntamiento.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre lo que constituye la «esencia de la indefensión, esto es, una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, o, en otras palabras, aquella situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de las facultades de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias, en aplicación del indispensable principio de contradicción» (ATC 1110/1986, de 22 de diciembre). Del mismo modo se ha puesto de manifiesto que las denominadas «irregularidades procesales» no suponen «necesariamente indefensión, si le quedan al afectado posibilidades razonables de defenderse, que deja voluntariamente —por error o falta de diligencia— inaprovechados» (ATC 484/1983, de 19 de octubre). En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sentencia de fecha 25 de enero de 1995 (Sala I.^a), donde ha establecido qué es lo que debe entenderse por indefensión: «Una deficiencia procesal no puede producir tal efecto (la indefensión) si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación del derecho a la defensa de un proceso público con todas las garantías “en relación con algún interés” de quien lo invoca (STC 90/1988 [RTC 1988\90]). En definitiva, la indefensión, que se concibe constitucionalmente como la negación de la tutela judicial y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24 de la Constitución, ha de ser algo real y efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, si que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo (SSTC 181/1994 [RTC 1994\181] y 314/1994, de 28 noviembre, Recurso de Amparo núm. 1019/1991 [RTC 1994\314]). Por ello hemos hablado siempre de indefensión “material”».

En el presente caso nunca se podría hablar de indefensión en tanto que la Sala de instancia puso en conocimiento de la recurrente la posible causa de inadmisibilidad, la falta de legitimación activa para recurrir las resoluciones del Jurado de Expropiación. Por otro lado, el hecho de que la posible falta de legitimación haya sido puesta de manifiesto a las

partes antes de dictar Sentencia, y no como consecuencia del trámite establecido en el art. 51 o 58 de la LJCA, no impide al Tribunal, una vez advertida ésta, resolver sobre la misma, sin que el hecho de que no haya sido declarada en Sentencia, de acuerdo con lo dispuesto en art. 69 del mismo texto legal, suponga a la recurrente ningún tipo de indefensión en tanto que la estimación del recurso deja indemne la posibilidad de defensa de sus pretensiones.

No pueden prosperar al respecto las alegaciones sobre la legitimación reconocida por el dicho Jurado en vía administrativa al notificarle la totalidad de las Resoluciones recaídas en el expediente expropiatorio en tanto que dicho Ayuntamiento no ha realizado en dicha vía ninguna actuación, ni la notificación a la corporación local conlleva por sí misma reconocimiento de legitimación alguna. Por otro lado, no obsta al valor jurisprudencial de las decisiones de esta Sala el hecho de que puedan haber existido vacilaciones o una evolución en el criterio seguido sobre la legitimación. La adaptación y el ajuste en la aplicación de la norma son consustanciales al concepto de jurisprudencia, que no constituye fuente del Derecho propiamente dicha y carece por lo tanto de la rigidez formal de los productos normativos, sino que es medio complementario para integrar el ordenamiento en el momento de su aplicación. Por otra parte, el principio de irretroactividad no puede aplicarse a la jurisprudencia de la Sala, por lo que habrá que estar a la interpretación que el Tribunal Supremo haga de la norma en el momento en que se enjuicie el recurso de casación.

La Administración recurrente no puede confundir interesadamente sus intereses y los de una sociedad anónima, como no puede ignorar las diferencias entre un expediente expropiatorio y otro de justiprecio, entre las facultades expropiatorias y las obligaciones de pago del justiprecio, entre una Administración que expropia una sociedad beneficiaria de la expropiación, habida cuenta que la Sociedad detenta su propia personalidad jurídica diferenciada del Ayuntamiento, actúa jurídicamente de manera autónoma y constituye una sociedad mercantil exponente de la huida de algunas Administraciones públicas del Derecho administrativo, sin que valgan sus excusas de que el capital de esa mercantil es público pues eso implica jugar a la baraja de la economía de mercado como entidad privada y como Administración pública. La Administración expropiante, cuando no es a su vez beneficiaria de la expropiación, no adquiere los bienes o derechos expropiados ni abona el importe del justiprecio ni tiene ninguna intervención en su fijación —ni siquiera puede recusar a los miembros del Jurado, *ex art. 33.1 del Reglamento de la LEF*—, sino que es la entidad beneficiaria la adquirente de tales bienes y derechos, inscribiéndolos a su nombre en los registros públicos —arts. 60 y 62 del mismo Reglamento—, y la que formula la hoja de aprecio y acepta o rechaza la valoración efectuada por los propietarios expropiados, y asume el deber de indemnizar a éstos, soportando, por tanto, el pago del justiprecio. Ello otorga a la beneficiaria una indiscutible legitimidad para impugnar en sede jurisdiccional las valoraciones fijadas por el Jurado de Expropiación, que el propio Reglamento de la LEF le reconoce en su art. 140. Por el contrario, la Administración expropiante en la que no concurra la condición de beneficiaria no viene facultada para impugnar el justiprecio, al carecer de interés legítimo de parte, por cuanto ninguna ventaja o utilidad, de carácter material o jurídico, obtendría si prosperase su pretensión, bien por recibir un beneficio, bien por dejar de sufrir un perjuicio efectivo, derivado inmediatamente del acto recurrido, ya que en el proceso no está en cuestión su potestad expropiatoria ni la gestión de la misma.

En el caso que nos ocupa, la mercantil beneficiaria fue constituida por el propio Ayuntamiento expropiante, que es propietario del 100% del capital social, y es sobre esta razón sobre la que se fundamenta la pretensión de la actora, argumentación que no es suficiente para desvirtuar la doctrina jurisprudencial en virtud de la cual la Administración expropiante carece de interés directo cuando el beneficiario de la expropiación es una sociedad mercantil a quien corresponde en exclusiva satisfacer el precio de la expropiación, como aquí acontece. Ello es así porque la sociedad mercantil constituida por el Ayuntamiento goza de personalidad jurídica propia y se sujeta a un régimen jurídico específico, propio del Derecho Mercantil, completamente diferente al régimen estatutario, procedimental y sustantivo que rige la actividad de la Administración, sin que ésta pueda utilizar tales figuras mercantiles y su específico régimen jurídico con una finalidad meramente instrumental en la medida en que sus resultados le son favorables y rechazar aquellas consecuencias, que siendo consustanciales a esa personalidad jurídica diferenciada, pueden llegar a resultar perjudiciales a sus intereses.

B) Procedimiento

a) *Alcance y significado del requerimiento del artículo 45.3 LJCA*

La **STS de 16 de enero de 2012 (recurso núm. 4907/2011)**, sobre el cumplimiento del requisito del artículo 45.2.d) LJCA, señala que es la Sentencia del Pleno del TS de 5 de noviembre de 2008 la que fija la doctrina jurisprudencial al respecto, sin que puedan considerarse sentencias de fecha anterior a la misma, contradictorias con su criterio ya asentado. Por otra parte, el artículo 45.3 LJCA impone al Juzgado o la Sala el deber de examinar de oficio la validez de la comparecencia con el escrito de interposición, y si no está cumplimentado, deberá requerir la subsanación. Para un momento posterior entran en juego las normas del artículo 138 LJCA, que diferencia dos situaciones, que sea el propio órgano el que aprecie el defecto subsanable, y que el defecto sea alegado por alguna de las partes en el curso del proceso, en cuyo caso la que incurrió en tal defecto podrá subsanarlo en un plazo de 10 días.

El Pleno de la Sala se ha pronunciado, en Sentencia de 5 de noviembre de 2008 (recurso 4755/2005), sobre el alcance y significado del requerimiento de subsanación a que se refiere el citado artículo 45.3 LJCA que impone al Juzgado o Sala el deber de examinar de oficio la validez de la comparecencia tan pronto como se haya presentado el escrito de interposición. Y le impone, como lógica consecuencia, que requiera la subsanación del requisito de validez que estime no cumplimentado y que ordene el archivo de las actuaciones si la subsanación no se lleva a efecto. Ahora bien, el alcance y significado de ese precepto se detiene ahí. De él no cabe derivar como efecto jurídico uno de presunción de validez de la comparecencia cuando el Juzgado o la Sala no hacen aquel requerimiento, pues no es eso lo que dice el precepto ni es eso lo que se deduce de su tenor literal o de su espíritu o finalidad. Ni cabe derivar uno según el cual la invalidez sólo pudiera ser apreciada tras un acto en contrario del propio Juzgado o Sala que sí requiriera de subsanación.

La razón de ser del precepto es abrir lo antes posible un cauce que evite la inutilidad de un proceso iniciado sin los requisitos que son ya precisos en ese mismo momento. No otra. Fracasada por la razón que sea esa aspiración de la norma, queda abierto con toda

amplitud el debate contradictorio que las partes deseen entablar, al que el Juez o Tribunal habrá de dar respuesta en los términos en que se entable, evitando, eso sí, toda situación de indefensión.

Y es aquí, para un momento posterior de aquel inicial del proceso, donde entran en juego las normas del artículo 138 de la Ley de la Jurisdicción, comprendido en un Título de la Ley, el VI, que contiene las disposiciones comunes a sus Títulos IV y V, y por tanto las que son aplicables también al procedimiento contencioso-administrativo y a su fase de interposición que regula precisamente el Título IV. Son así las normas de ese artículo 138, más la del artículo 24.1 de la Constitución en el particular en que proscribía toda situación de indefensión, las que rigen la cuestión que finalmente hemos de decidir, cual es si la Sala de instancia podía, sin previo requerimiento de subsanación, apreciar la causa de inadmisibilidad que en efecto concurría.

Sin desconocer que este Tribunal Supremo ha dictado sentencias en sentido contrario (así, entre otras, las de 10 de marzo de 2004, 9 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006 o 26 de marzo de 2007 y las que en ellas se citan), pero también otras coincidentes con la que ahora se dicta (así, por ejemplo, las de 21 de febrero y 5 de septiembre de 2005, 27 de junio de 2006, 31 de enero de 2007 o 29 de enero de 2008), es la respuesta afirmativa la que debe imponerse. Aquel artículo 138 diferencia con toda claridad dos situaciones. Una, prevista en su número 2, consistente en que sea el propio órgano jurisdiccional el que de oficio aprecie la existencia de un defecto subsanable; en cuyo caso, necesariamente, ha de dictar providencia reseñándolo y otorgando plazo de diez días para la subsanación. Y otra, prevista en su número 1, en la que el defecto se alega por alguna de las partes en el curso del proceso, en cuyo caso, que es el de autos, la que se halle en tal supuesto, es decir, la que incurrió en el defecto, podrá subsanarlo u oponer lo que estime pertinente dentro de los diez días siguientes al de la notificación del escrito que contenga la alegación. Y termina con otra norma, la de su número 3, que es común a aquellas dos situaciones, aplicable a ambas, en la que permite sin más trámite que el recurso sea decidido con fundamento en el defecto si éste era insubsanable o no se subsanó en plazo.

Pero no es sólo que la literalidad del precepto diferencie esas dos situaciones y que para ambas, para una y otra una vez agotada su respectiva descripción, prevea sin necesidad de más trámite el efecto común que dispone su número 3. Es también la regla lógica que rechaza toda interpretación que conduzca a hacer inútil o innecesaria la norma, la que abona nuestra respuesta de que en un caso como el de autos no era obligado que el órgano judicial hiciera un previo requerimiento de subsanación. Si éste hubiera de hacerse también en la situación descrita en el número 1 de aquel artículo, la norma en él contenida sobraría en realidad, pues sin necesidad de construir un precepto cuya estructura es la de separar en números sucesivos situaciones distintas, le habría bastado al legislador con disponer en uno solo que apreciada la existencia de algún defecto subsanable, bien de oficio, bien tras la alegación de parte, se actuara en el modo que dice el número 2 del repetido artículo 138.

Además y por último, una interpretación conforme con la Constitución de los números 1 y 3 de dicho artículo no impone que el órgano jurisdiccional, habiéndose alegado el defecto en el curso del proceso, requiera en todo caso de subsanación antes de dictar sentencia de inadmisión. Alegado el defecto, sólo será exigible el requerimiento previo del órgano jurisdiccional cuando, sin él, pueda generarse la situación de indefensión proscribida

en el artículo 24.1 de la Constitución. Situación que debe ser descartada en un supuesto, como lo es el de autos, en el que la parte demandada invocó con claridad la causa de inadmisibilidad que alegaba y en el que la parte actora tuvo ocasión, por brindarla el curso sucesivo del proceso, de oponer lo que estimara pertinente. Tal es también la conclusión que cabe ver, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional 266/1994, de 3 de octubre. En definitiva, no era obligado que la Sala de instancia requiriera de subsanación antes de dictar sentencia. Ni es a la actuación de dicha Sala a la que cabe imputar situación alguna de indefensión.

El supuesto de hecho en el que se dictó la sentencia de Pleno de esta Sala es similar al presente, pues también en aquella ocasión la Administración demandada alegó en su escrito de contestación a la demanda que concurría la causa de inadmisibilidad de no constar en autos que la entidad recurrente hubiera acreditado que el órgano competente según sus normas estatutarias hubiera adoptado la decisión de iniciar el proceso, igualmente la parte actora conoció la oposición de dicha causa de inadmisión del recurso sin subsanar o aportar posteriormente nueva documentación, a pesar de haber tenido oportunidades para ello en el curso del proceso, y finalmente, también el Tribunal acogió en la sentencia la causa de inadmisión, y, aunque en este caso se acordó requerir a la parte actora para que subsanara el defecto alegado por el Abogado del Estado, es lo cierto que la Sala no acepta la documentación presentada a efectos de la subsanación. La propia sentencia de Pleno reconoce que, con anterioridad a la misma, la Sala había dictado sentencias en sentido contrario y otras en sentido coincidente, y precisamente la razón de evitar pronunciamientos contradictorios llevó al Excmo. Sr. Presidente de Sala a llamar al Pleno de la Sala para pronunciar sentencia. Es, por tanto, la sentencia de Pleno de 5 de noviembre de 2008 la que fija la doctrina jurisprudencial de esta Sala sobre el alcance y significado del requerimiento del artículo 45.3 LJCA, siendo dicha doctrina seguida por la sentencia impugnada, sin que puedan tenerse en consideración las sentencias citadas de contraste, todas ellas anteriores a la repetida sentencia de Pleno de 5 de noviembre de 2008.

b) La acumulación de pretensiones cuando la competencia para conocer corresponde a órganos diferentes del Orden Jurisdiccional Contencioso-administrativo es admisible por la estrecha relación existente entre las actuaciones

La **STS de 9 de marzo de 2012 (recurso núm. 3088/2008)** analiza un supuesto en el que el TSJ aceptó la acumulación de pretensiones deducidas contra dos inactividades administrativas, una municipal y otra autonómica, sobre expedientes de disciplina urbanística referidos a un mismo objeto (la denuncia de actuaciones urbanísticas presuntamente irregulares en cuanto que desprovistas de las pertinentes licencias). Aunque el conocimiento de ambas inactividades corresponde a órganos jurisdiccionales distintos, el Juzgado y el TSJ, el TS declara ajustada a derecho tal acumulación, pues aunque la LEC no permite la acumulación cuando corresponden a distintos órganos jurisdiccionales y aunque en la Sala 3.^a del TS 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, dada la estrecha relación existente entre ambas inactividades y la inequívoca línea de continuidad que exige su contemplación conjunta. Lo determinante es que no puede analizarse la inactividad

imputada a la Administración autonómica si no se pone en relación dialéctica con la inactividad previamente imputada al Ayuntamiento. La Sala concluye que resultaría 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.

En el sistema competencial de la LJCA de 1998, el enjuiciamiento de una y otra impugnación corresponde, en principio, a órganos jurisdiccionales distintos, toda vez que, según el artículo 8.1, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conocen de los recursos que se deduzcan frente a los actos de las entidades locales, salvo excepciones que no vienen al caso; mientras que, según el artículo 10.1, las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conocen en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con los actos de las Administraciones de las Comunidades Autónomas cuyo conocimiento no esté atribuido a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo [debiéndose tener presente que según el artículo 13.b) la competencia atribuida a los Juzgados y Tribunales para el conocimiento de recursos contra actos administrativos incluye la relativa a la inactividad y a las actuaciones constitutivas de vía de hecho].

Surge aquí 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 Ley de la Jurisdicción, 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 LJCA).

Pues bien, 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 artículo 73.1 que dispone, 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, reconoció que, no existiendo en la Ley Reguladora de esta Jurisdicción 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 (artículo 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. En el caso de autos se sigue la primera de las dos líneas jurisprudenciales reseñadas, pues la decisión clave de todo el procedimiento es 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, 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 ATS de 4 de diciembre de 2007 (recurso núm. 17/2006).

Ciertamente, la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil al proceso contencioso-administrativo no puede afirmarse de manera acrítica y automática, sino que ha de coheretarse 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 se tiene por correcta la acumulación de ambas pretensiones ante la Sala de instancia y la consiguiente viabilidad del recurso de casación respecto de la totalidad del debate procesal, sin diferenciaciones artificiosas.

c) La rehabilitación de plazos contemplada en la LJCA no es aplicable a la caducidad de la instancia prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil

La STS de 14 de marzo de 2012 (recurso núm. 2192/2011) desestima el recurso de casación interpuesto contra auto que declaró la caducidad del recurso contencioso-administrativo por haber estado paralizado el procedimiento durante más de dos años. La rehabilita-

ción de los plazos, contemplada en la LJCA, no es aplicable a la caducidad de la instancia prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el caso analizado no hubo actividad procesal alguna en el plazo de dos años contados desde la última notificación a las partes, sin que quepa excluir la caducidad porque la paralización fue debida única y exclusivamente a la voluntad de la recurrente, quien no impugnó su decisión, y dejó transcurrir los dos años sin haber pedido la continuación del proceso. Así pues, no existe trámite alguno susceptible de ser rehabilitado sino una dejación en la instancia.

Se enjuicia así la aplicabilidad de lo establecido en el segundo inciso del artículo 128.1 de la LJCA, cuando la Sala de instancia declaró por auto caducado el recurso contencioso-administrativo, que dicha Sala consideró inaplicable y que la representación procesal 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 artículo 24.1 de la Constitución.

No existen 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, la caducidad contemplada en el artículo 237.1 de la LECIV carece de la naturaleza de los trámites a que alude el citado artículo 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, se repite, 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 se considera acertada la tesis de la Sala *a quo* al negarse a aplicar lo dispuesto en el tan citado artículo 128.1 LJCA y, por consiguiente, desestima el motivo de casación. Sin que exista infracción del principio *pro actione* cuando quién ejercita una pretensión procesal no lo hace en la forma dispuesta por la norma aplicable, y, en el caso enjuiciado, la representación procesal de la entidad recurrente dejó transcurrir el plazo de dos años sin haber solicitado la continuación del proceso, a pesar de ser consciente de que, si no pedía su continuación en ese plazo, el proceso caducaría, como le había advertido la Sala al notificarle la providencia en la que acordó el archivo provisional de las actuaciones.

d) Prueba

- a') Tras una sentencia del TJUE dictada en el marco de un mecanismo prejudicial las partes litigantes no tienen derecho a ser oídas

Se denegó el recibimiento a prueba a raíz de una petición formulada en el marco del artículo 61 de la LJCA, tras conocer la recurrente que la sentencia del Tribunal de Justicia de

la Unión Europea de 11 de septiembre de 2008 «atribuye una importancia fundamental a la existencia de compensaciones del Estado a los Territorios Históricos y a la Comunidad Autónoma Vasca que sufragan *de facto* la disminución de ingresos tributarios producida por la implantación de las medidas fiscales cuestionadas». Bajo esta premisa argumental, la recurrente entiende que ha existido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE, pues la negativa de la Sala a recibir el pleito a prueba (y practicar la que, propuesta posteriormente, resultara pertinente) le ha privado a esta parte de cualquier posibilidad de acreditar hechos trascendentes que podrían cambiar el sentido de la decisión adoptada.

La **STS de 30 de marzo de 2012 (recurso núm. 636/2009)** analiza, al hilo de lo anterior, una cuestión de índole procesal, la de si tras una sentencia del TJUE dictada en el marco del mecanismo prejudicial existe o no un derecho a ser oídas las partes litigantes. La respuesta, a juicio de la Sala, debe ser negativa.

En primer lugar, porque no existe disposición procesal en la LJCA —tampoco en la LECIV— que obligue a un tribunal interno a tener que dar traslado a las partes litigantes para «comentar» o «interpretar» una sentencia prejudicial del TJCE dictada tras utilizar dicho tribunal el mecanismo de cooperación judicial a que se refiere el artículo 234 TCE sobre interpretación de Derecho comunitario. El tenor literal de artículo 61 LJCA permite constatar que dicha disposición se limita a reconocer al órgano jurisdiccional una potestad, bien de acordar el recibimiento a prueba, antes de pasar al periodo de conclusiones (apartado 1), bien de disponer, finalizado el periodo de prueba, la práctica de las pruebas que estime oportunas hasta que el pleito sea declarado concluso para sentencia (apartado 2). Así pues, la facultad de ordenar pruebas a que se refiere el artículo 61 LJCA (o de no ordenar pruebas pese la petición en tal sentido por una de las partes en un proceso) es necesariamente una facultad discrecional —no una obligación— de los Jueces y Tribunales y, por tanto, es inimpugnable.

En segundo lugar, esa discrecionalidad del juzgador resulta incompatible con un supuesto deber de ordenar la práctica de diligencias para mejor proveer. A este respecto, cabe invocar la jurisprudencia reiterada en el sentido de que las diligencias para mejor proveer no constituyen un derecho de las partes, sino una facultad del Tribunal (por todas, sentencia de este Tribunal Supremo, Sala 3.^a Sec. 5.^a, de 12 de mayo de 2006, rec. 3748/2003, FJ 3.^o). Cabe añadir a lo anterior que, en el caso concreto, el pleito, además, se encontraba concluso para sentencia cuando la aquí recurrente pretendía en instancia «plantear prueba».

En tercer lugar, la resolución comentada considera que ninguna indefensión se les puede seguir a las partes por la circunstancia de que no se adopten por la Sala decisiones respecto de un actual recibimiento a prueba de oficio, o sobre una sobrevenida instrucción respecto de supuestos hechos novedosos, que a estas alturas alterarían la estructura del proceso y que, incluso de ser posibles, estarían fuera de la disponibilidad de las partes, pues ni en la legalidad ordinaria ni en la constitucional cuentan aquéllas con el derecho a exigir trámites inexistentes, y la tutela judicial efectiva se ha de producir mediante el desarrollo del proceso configurado por las leyes y no mediante aquel otro, ficticio o hipotético, que resulte más conveniente o deseable para los intereses procesales de los litigantes. Es por ello de rigor señalar que en un proceso concluso en todas sus fases, y que ha contado, por

demás, con nuevas audiencia de parte sobre elevación de una cuestión prejudicial al TJCE, que, llevada a cabo, ha supuesto asimismo la directa intervención de la entidad institucional recurrente ante dicho Tribunal comunitario, lo único que puede y debe ordenar el Tribunal nacional sentenciador tras obtener la respuesta prejudicial mencionada es el hito final conducente al dictado de la sentencia que le corresponde emitir.

Y frente a ello no cuenta con ninguna virtualidad aludir a supuestos mandatos o requerimientos de llevar a cabo investigaciones o nuevas instrucciones que resultarían de la sentencia del citado TJCE pues, al margen de lo que haya de ser materia de más completo examen en la sentencia a dictar en el presente proceso, tal punto de vista obedece a una infundada y errónea apreciación de la parte recurrente, carente de todo respaldo en la sentencia misma que invoca y ajena a la más elemental lógica que preside las relaciones entre ambos Tribunales en torno a las referidas consultas prejudiciales.

En este mismo sentido, desconoceríamos plenamente el sentido y finalidad de las consultas prejudiciales del artículo 234 TJCE si entendiésemos que el procedimiento incidental ante el Tribunal de Justicia es el principal, y que dicha institución es el juzgador último de las cuestiones del presente litigio y quien mediante «mandatos» dirigidos a este órgano judicial interno le está requiriendo a investigar nuevos hechos, debiendo éste emprender una instrucción judicial de oficio para, en suma, resolver sobre los supuestos de hecho inciertos que de ello resultan, al margen de lo que enmarcan la pretensión revisora actuada por las partes mediante las pruebas y alegaciones contenidas en el proceso. Con ello se pretendería que, a raíz de la respuesta prejudicial, se inicie un nuevo litigio diferente del ya concluso y pendiente de sentencia y que sea incluso la Jurisdicción Contencioso-Administrativa revisora la que lleve a cabo pesquisas o sondeos inciertos sobre meras hipótesis de hecho y fundamentos, so capa de indefensión a la parte recurrente, que, no obstante, habría que recordar que ha intervenido en todas las fases alegatorias y eventualmente probatorias del presente proceso; ha sido oída y ha podido sostener lo conveniente acerca del planteamiento de la cuestión prejudicial y que ha sido igualmente parte interviniente ante el TJCE.

Por lo demás, la invocación al artículo 435 de la LEC que hace la recurrente no resulta pertinente pues no se está ante «hechos nuevos» tras la sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2008.

b') No procede la denegación del recibimiento a prueba por imprecisión en su planteamiento

La STS de 16 de enero de 2012 (recurso núm. 2071/2010) resuelve un recurso de casación contra la decisión de la Sala de instancia que deniega el recibimiento del pleito a prueba sobre la base de una falta de concreción suficiente en la solicitud realizada a tal efecto, de los hechos que habían de ser objeto de la actividad probatoria.

No niega el Alto Tribunal que, en efecto, la demanda pecara de vaguedad e imprecisión en lo relativo a la concreción de los hechos sobre los que había de versar la prueba. Ahora bien, la Sala de instancia obró conforme a un criterio excesivamente formalista al no permitir la subsanación del defecto procesal, que no era esencial, subsanación que podía entenderse realizada mediante el correspondiente recurso de súplica, en que se aludió como hechos de la prueba a aquellos que formaban parte del relato fáctico de la demanda.

Además, la prueba pericial que se intentaba practicar era relevante, si se tiene en cuenta que la sentencia recurrida rechaza precisamente la demanda por no haber sido enervada, mediante la prueba pericial pertinente, la presunción de acierto que emanaba la declaración de impacto ambiental desfavorable a una solicitud de concesión directa de la explotación de recursos mineros.

Se censura a la Sentencia recurrida en el recurso de casación haber infringido gravemente las normas reguladoras de los actos y garantías procesales por cuanto, habiendo solicitado a la Sala la corrección de su defecto procesal mediante un recurso de súplica, ésta lo ha desestimado, no obstante constituir la ausencia de contradicción probatoria al informe que toma en cuenta la Administración para denegar la pretensión actora, el fundamento de la Sentencia.

Efectivamente, la Sala de instancia había denegado la apertura del período de prueba por entender que la petición en tal sentido incorporada al escrito de demanda era genérica y no cumplía los requisitos del art. 60.1 LJCA. La parte recurrente impugna esta decisión en súplica, solicitando también la subsanación del eventual defecto concretando los hechos a probar, recurso que fue desestimado por Auto de 29 de mayo de 2009. Dado que no se abrió período de prueba, el hoy recurrente interesó que se utilizara la documentación obrante en el expediente, habida cuenta de que en la vía administrativa hubo recurso de alzada con sus justificaciones documentales y periciales.

La sentencia comentada nos recuerda la jurisprudencia constitucional en torno a la prueba:

- a) El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa es un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional y de cada proceso, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio de este derecho, de tal modo que, para entenderlo lesionado, será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de las normas legales.
- b) Este derecho no tiene, en todo caso, carácter absoluto o, expresado en otros términos, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquéllas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y la pertinencia de las pruebas solicitadas, debiendo motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho en caso de denegación o inexecución imputables al órgano judicial cuando se inadmiten o inejecutan mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable. Por supuesto, una vez admitidas y practicadas las pruebas declaradas pertinentes, a los órganos judiciales les compete también su valoración conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica, según lo alegado y probado, fallando en consecuencia, sin que este Tribu-

nal pueda entrar a valorar las pruebas, sustituyendo a los Jueces y Tribunales en la función exclusiva que les atribuye el art. 117 CE.

- c) Es también doctrina reiterada de este Tribunal la de que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, a su práctica, a su valoración, etc.) causa por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante. Y es que, en efecto, el dato esencial para que pueda considerarse vulnerado el derecho fundamental analizado consiste en que las irregularidades u omisiones procesales efectivamente verificadas hayan supuesto para el demandante de amparo una efectiva indefensión, toda vez que la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa, puesto que, de haberse practicado la prueba omitida, o si se hubiera practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiese podido ser distinta en el sentido de resultar favorable a quien denuncia la infracción del derecho fundamental.

En concreto, para que se produzca violación del indicado derecho fundamental, este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurren dos circunstancias: por una parte, la denegación o inejecución han de ser imputables al órgano judicial; y, por otra, la prueba denegada o impracticada ha de ser decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida. Esta última exigencia de acreditación de la relevancia de la prueba denegada se proyecta, según nuestra jurisprudencia, también en un doble plano: por un lado, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de las pretensiones; sólo en tal caso —comprobado que el fallo del proceso *a quo* pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado— podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita el amparo constitucional (por todas, SSTC 247/2004, de 20 de diciembre, FJ 3; 23/2007, de 12 de febrero, FJ 6; 94/2007, de 7 de mayo, FJ 3; 185/2007, de 10 de septiembre, FJ 2; 240/2007, de 10 de diciembre, FJ 2; y 22/2008, de 31 de enero).

La aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional al supuesto sometido a nuestra consideración permite concluir el examen del primer motivo de casación con la declaración de que la Sala de instancia ha infringido el artículo 24.2 de la Constitución, al basar la denegación del recibimiento del pleito a prueba en una interpretación excesivamente formalista de nuestra Ley Jurisdiccional, en la medida que únicamente a través de la articulación de la prueba necesaria hubiere podido ser destruida la presunción de acierto del informe que sirvió de fundamento a la resolución recurrida. La Sentencia impugnada basó la desestimación del recurso en que la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente emitió una declaración de impacto ecológico desfavorable y vinculante en relación con la solicitud de concesión directa de explotación efectuada por el recurrente, sin que la parte demandante hubiere podido destruir la bondad de dicho informe a través de los medios de prueba cuyo acceso le fue denegado, y que hubiera permitido el enjuiciamiento de la decisión impugnada a través de datos relevantes a fin de desvirtuar la veracidad y certeza de los motivos que expresa la decisión tomada por la Administración.

Del examen de lo actuado resulta que la omisión en la concreción de los hechos sobre los que debía versar la prueba no constituía un defecto procesal esencial para que la Sala pudiera juzgar acerca de la pertinencia de la misma, toda vez que, si bien el demandante se refirió de forma vaga e imprecisa, al solicitar el recibimiento del pleito a prueba, que habría de versar sobre las cuestiones planteadas en la propia demanda, una somera lectura de la misma permitía deducir razonablemente los hechos a los que debía referirse el recibimiento a prueba del proceso por constituir el objeto de la discrepancia entre la Administración y el solicitante de la concesión de referencia. En otras palabras, si bien la demanda se limitó a manifestar que la prueba versaría sobre los puntos de hecho contenidos en el relato de la misma, también lo es que el Tribunal debió de integrar esa petición, cuando menos al resolver el recurso de súplica, por cuanto debió considerarlo un medio válido para subsanar y reparar la meritada deficiencia procesal. En el motivo de casación se justifica adecuadamente la indefensión material generada por la inadmisión de la prueba en el proceso. En efecto, se señala por el recurrente que de haberse admitido el recibimiento del pleito a prueba, se hubiera permitido demostrar, a través de la prueba pericial que hubiera propuesto, que la declaración de impacto medio ambiental era favorable a sus intereses, y por ende, hubiera podido desvirtuar el fundamento sustancial de la decisión desestimatoria de su pretensión de concesión directa de explotación de recursos mineros. Pues bien, la mera lectura de la demanda deducida en la instancia y de la Sentencia recurrida en casación, permite concluir que la practica de la prueba hubiera incidido en elemento relevante en la decisión denegatoria de la solicitud deducida, esto es, el carácter desfavorable de la declaración de impacto ambiental en el proyecto minero.

Como se ha expuesto, la Sentencia desestima el recurso contencioso-administrativo sustentando el fallo desestimatorio en que el entonces demandante y ahora recurrente no ha desvirtuado los argumentos en que se basa la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente desfavorable en relación con el impacto ecológico de la concesión, afirmando que es al recurrente al que «compete la carga de la prueba para desvirtuar tales argumentos, no habiendo sin embargo la actora interesado la práctica de la prueba pericial al respecto», insistiendo en la infracción por el recurrente del artículo 60 LRJCA al que le es imputable tal actuación y «su consecuencia legal», confirmando su decisión expuesta en el Auto de 1 de septiembre de 2009. Por tanto, se da la paradoja de que el órgano judicial a partir de una interpretación formalista no permite al recurrente subsanar o concretar los hechos de su petición inicial de prueba, que se señalaron en el recurso de súplica y, en fin, a partir de la interpretación excesivamente formalista se le impide proponer y utilizar la prueba pertinente para la defensa de sus intereses legítimos y, ello no obstante, se le imputa en la Sentencia recaída, como argumento esencial de la desestimación de la pretensión deducida no haber desvirtuado el recurrente, como le incumbía, la presunción de veracidad y certeza del informe emitido por la Comisión citada de Medio Ambiente de Canarias siendo este el soporte básico y *ratio decidendi* del pronunciamiento de la Sala de instancia (fundamento jurídico tercero).

Esto es, el órgano judicial deniega el recibimiento del pleito a prueba y, posteriormente, funda su decisión en la falta de acreditación de unos extremos medioambientales cuya demostración se intentaba mediante la actividad probatoria que se rechazó por un deficit estrictamente formal que fue ulteriormente subsanado, mediante la precisión de los hechos sobre los que debía versar la prueba. De manera que, tras denegar indebidamente

el recibimiento del pleito a prueba, la sala de instancia funda luego su pronunciamiento desestimatorio en el carácter desfavorable del informe de impacto ecológico que se trataba de contradecir a través de los medios probatorios oportunos.

Acreditado, pues, que la denegación del recibimiento a prueba resulta de una interpretación excesivamente formalista del órgano judicial y que esta última que no pudo articular el recurrente, contenía elementos en relación con los hechos que podían —al menos hipotéticamente— ser trascendentes en el enjuiciamiento del litigio, y de la eventual estimación de la demanda, se concluye que se ha infringido el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes que generó indefensión al recurrente.

c') Valoración de prueba: el documento público no tiene prevalencia sobre otras pruebas

La **STS de 30 de marzo de 2012 (recurso núm. 4868/2010)** se refiere a la vulneración de las reglas tasadas de valoración de prueba, en concreto, a la vulneración de los artículos 319 de la LEC y 1218 del CC, relativos a la prueba de documentos públicos.

En este sentido, nos recuerda 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 Sala de lo Contencioso-administrativo del Alto Tribunal en sentencia 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 invocada 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 sentencia, también de la misma sección, de 16 de marzo de 2010 dictada en rec. núm. 2243/06).

C) Sentencias

a) Doble función del deber de motivación

La **STS de 30 de marzo de 2012 (recurso núm. 5128/2010)** recuerda la doble función del deber de motivación de las sentencias. Por un lado, explicar por qué se asumen unos hechos determinados y se hace una interpretación y aplicación de la norma determinados, y por otro permitir comprobar que la decisión contenida en la sentencia no es arbitraria, caprichosa o irrazonable, cuando sea revisada en vía de recurso.

b) El deber de motivación de las resoluciones judiciales no exige un razonamiento jurídico exhaustivo pormenorizado de todos los aspectos

La **STS de 30 de marzo de 2012 (recurso núm. 5128/2010)** nos recuerda, en relación con la exigencia de motivación de las sentencias, la doctrina sentada en la Sentencia de

23 de marzo de 2010 (recurso de casación núm. 6404/2005), que a su vez se remitió a la STC 6/2002, de 14 de enero, para decir 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 decisión». A ello, sin embargo, añade, con la STC 301/2000, de 13 de noviembre, que «el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengán apoyadas en razones que permitan conocer cuáles hayan sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión, es decir, la “ratio decidendi” que ha determinado aquélla» (por todas la sentencia de esta Sala de 8 de noviembre de 2011, rec. núm. 1053/2008).

c) *Doctrina sobre la incongruencia omisiva*

La STS de 19 de diciembre de 2011 (recurso núm. 5644/2010) nos recuerda que, tratándose de sentencias dictadas en el proceso contencioso-administrativo, su contenido viene establecido en los arts. 67 a 71 LJCA, atendiendo al alcance y características del recurso contencioso-administrativo que difieren notablemente del proceso civil, y es en relación con esas normas reguladoras de la sentencia que deben examinarse, en su caso, las posibles infracciones y no el precepto invocado por la parte, que sólo es aplicable supletoriamente en defecto de previsiones de la Ley Jurisdiccional, que no es el caso.

Por otra parte se hace referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo sobre la materia. Es significativa al respecto la sentencia 146/2004, de 13 de septiembre, según la cual: «en la reciente STC 83/2004, de 10 de mayo, recordábamos que una consolidada jurisprudencia, que arranca al menos de la STC 20/1982, de 5 de mayo, ha definido el vicio de incongruencia omisiva o *ex silentio* como un “desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido” (SSTC 136/1998, de 29 de junio, y 29/1999, de 8 de marzo), que entraña una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva siempre y cuando esa desviación “sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos por los que discurre la controversia procesal” (SSTC 215/1999, de 29 de noviembre, y 5/2001, de 15 de enero). La incongruencia omisiva o *ex silentio*, que aquí particularmente importa, se produce cuando “el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta

global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales» (SSTC 124/2000, de 16 de mayo, 186/2002, de 14 de octubre, y 6/2003, de 20 de enero)».

Por otro lado, como ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 226/92, de 14 de diciembre), la ausencia de respuesta judicial expresa no es susceptible de ser resuelta con un criterio unívoco que en todos los supuestos lleve a considerar dicho silencio como lesivo del derecho fundamental, sino que hay que examinar las circunstancias en cada caso concreto para establecer si el silencio del órgano judicial puede o no ser razonablemente interpretado como desestimación tácita. En el mismo sentido la sentencia de esta Sala de 20 de enero de 1998 establece que en relación con la incongruencia omisiva se han de ponderar las circunstancias singulares para inferir si el silencio respecto de alguna pretensión ejercitada debe ser razonablemente interpretado como desestimación implícita o tácita de aquélla.

D) Error judicial

a) El recurso de revisión para la declaración de error judicial no es una última instancia ni un remedio formal que pueda servir para subsanar deficiencias procedimentales

En la **STS de 22 de marzo de 2012 (recurso núm. 48/2010)** la Sala aprecia la existencia de un error judicial que puede calificarse de «flagrante, clamoroso y evidente», en la interpretación que lleva a cabo de un precepto que impone a los conductores de ciclomotores la obligación de conducción por el arcén cuando fuera transitable y suficiente, y en ningún momento la sentencia cuestiona que el arcén no reuniera dichas características de transitabilidad y suficiencia.

La declaración de error judicial es un remedio excepcional y extremo que el legislador ha dispuesto para que pueda emplearse en los casos de inexistencia de recursos o de agotamiento sin éxito de los que fueran procedentes. El recurso de revisión para la declaración de error judicial no es una última instancia ni un remedio formal que pueda servir para subsanar deficiencias procedimentales que pudo reparar la parte, sino un proceso en el que sólo se incluye una cognición limitada y en el que no puede someterse a examen el acierto o desacierto de la resolución judicial a la que se imputa el error, sino únicamente si ésta se ha mantenido dentro de los límites de la lógica y de la razonabilidad en la apreciación de los hechos y en la interpretación del Derecho, criterio reiterado por esta Sala al resolver, entre otros, los recursos de revisión 3/2010, 9/2010, 1/2010.

La Sentencia comentada estima la pretensión de declaración de error judicial de que aquí se trata, bien que limitada a su función de requisito previo a la eventual pretensión de responsabilidad patrimonial a ejercitar, en su caso, contra el Estado. En efecto, la pretensión de declaración de error judicial se contrae a la exclusiva finalidad de constituir presupuesto inexcusable, junto con la sentencia dictada en recurso de revisión, de una ulterior acción resarcitoria, por responsabilidad patrimonial de Estado Juez, sin que, por tanto, la situación jurídica declarada o reconocida por la sentencia a la que se imputa dicho error se vea alterada o modificada por una declaración de existencia en la misma de error judicial.

La declaración del error persigue, pues, una reparación del daño sufrido por la resolución judicial errónea y no, a diferencia de los recursos procesales, una sustitución de los pronunciamientos del fallo por otros de signo o alcance diversos, como lo pone de manifiesto el art. 293.1 apartado g) de la LOPJ.

b) El plazo para la interposición del recurso de revisión por error judicial no se interrumpe por la formalización y desarrollo de un incidente de nulidad de actuaciones ni por la interposición de un recurso de amparo

La STS de 22 de marzo de 2012 (recurso núm. 48/2010) analiza un supuesto en el que la solicitud de aclaración de la sentencia —que fue denegada por el Juzgador de instancia— y el incidente de nulidad de actuaciones promovido por el recurrente tenían por objeto la subsanación del error padecido por el Juzgado de instancia posteriormente denunciado a través del recurso de revisión que ahora se resuelve.

La Sentencia comienza por el análisis de la causa de inadmisibilidad por extemporaneidad opuesta por el Ministerio Fiscal, reconociendo que, de acuerdo con el artículo 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 20 de octubre de 1990 —Sala 1.^a—, 22 de diciembre de 1989 —Sala 1.^a— y 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 artículo 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 examinamos 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 presente 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.

Dicha solución, impuesta por exigencias de justicia del caso concreto, atendidas sus particulares circunstancias, resulta respetuosa con la doctrina que dimana de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos núm. 900/1997, de 28 de octubre de 1998 (asunto Pérez de Rada contra España), que considera que el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales excluye una interpretación excesivamente rigorista de los requisitos legales para el acceso a la Jurisdicción que pueda suponer una privación del derecho a acceder a un Tribunal, o de la STEDH de 19 de mayo de 2005 (asunto Kaufmann contra Italia), que aprecia violación del artículo 6.1 del Convenio en su vertiente de derecho a un proceso equitativo en relación con la inadmisión de un recurso de casación por extemporáneo, en un supuesto en que se produjo un incumplimiento imputable al propio órgano jurisdiccional.

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) Inadmisión

- a) *Procede la inadmisión por carencia manifiesta de fundamento cuando la crítica se dirige contra el acto administrativo impugnado en la instancia y no contra la sentencia recurrida*

La **STS de 19 de diciembre de 2011 (recurso núm. 5644/2010)** nos recuerda que la causa de inadmisibilidad del recurso de casación *ex* artículo 93.2.d) LJCA, por carecer manifiestamente de fundamento, se ha aplicado en aquellos casos en los que las alegaciones contenidas en el recurso de casación revelan que la crítica se dirige contra el acto administrativo impugnado en la instancia y no contra la sentencia recurrida (entre otros muchos, Autos de 19 de septiembre de 2005 —recurso de casación núm. 6838/2005— y de 30 de septiembre de 2002 —recurso de casación núm. 2601/2000—). Ello es así porque tal proceder revela una técnica procesal que resulta ajena al objeto y finalidad del recurso de casación, ya que en éste la posibilidad de debate y consiguiente examen del litigio por este Tribunal queda limitada al análisis de las eventuales infracciones jurídicas, formales o de fondo, en que pudiera haber incurrido la sentencia que se pretende sea casada, y no el acto administrativo impugnado en la instancia. Ha de recordarse a este respecto la naturaleza peculiar y extraordinaria del recurso de casación, toda vez que en este recurso, a diferencia del de apelación, la crítica debe centrarse en la sentencia recurrida y no en el acto administrativo impugnado en la instancia.

- b) *La falta de interés casacional no es asimilable a la excepción de cosa juzgada*

En las **SSTS de 30 de marzo de 2012 (recursos núm. 4868/2010 y 5128/2010)** se rechaza la causa de inadmisión basada en la falta de interés casacional, por haberse desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales, ya que la misma no es asimilable a la excepción de cosa juzgada al no requerirse la concurrencia de las identidades necesarias.

El supuesto de hecho de este caso es, además, distinto al examinado en las otras sentencias y posterior a la reforma del artículo 25 LRSV por Ley 53/2002, lo que obliga a un replanteamiento de la cuestión.

La causa de inadmisión que aparece expresada en el art. 93.2 c) LJCA, esto es, falta de interés casacional por haber sido desestimados en el fondo otros recursos sustancialmente iguales, 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, de ahí que no pueda tenerse en cuenta la apreciación que la recurrente efectúa en oposición a la causa de inadmisión planteada. El significado y finalidad de la causa de inadmisión 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 (por todos el Auto de esta Sala de 29 de marzo de 2007).

A este respecto, del tenor literal tanto del escrito rector de este recurso 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 esta Sala en asunto de análogas características, sino que, en el fondo, lo que cuestiona la recurrente aquí 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. Efectivamente, en primer lugar, su pretensión principal gira en torno a la no aplicabilidad de la solución dada por este Tribunal a supuestos similares en las sentencias de referencia empleadas, por existir connotaciones fácticas que, dice, no concurrían o no pudieron ser tenidas en cuenta en las sentencias de esta Sala de septiembre de 2008, lo cual genera una modificación de la base fáctica que hace imposible el desenlace de la cuestión en las sentencias de referencia. Dicho con otras palabras, que 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, todo ello en relación con la clasificación y calificación urbanística de los terrenos objeto de expropiación. En definitiva, la recurrente, como ya se ha dicho, sin negar el hecho de que la Sala ya ha tratado la cuestión para un proyecto expropiatorio diferente, combate la sentencia de instancia por aplicar el precedente que ahora se ofrece como referencia para sustentar la causa de inadmisión alegada, pues considera que la base fáctica y jurídica de unos y otros supuestos es diferente, haciendo inviable aquí la aplicación de la solución dada por esta Sala en las meritadas sentencias del año 2008, cuestión que es claramente de fondo y hace que, como ya se avanzó, deba rechazarse la causa de inadmisión alegada.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

(Libros y Revistas)

La constitucionalización de la crisis económica

EMBED IRUJO, A.,

Iustel, Madrid, 2012, 151 páginas

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Profesora titular de derecho administrativo.

Universidad de Oviedo]

A todos preocupa en la actualidad la crisis económica que azota no sólo a España sino en general, aunque con distinta intensidad, a toda Europa. Por ello resultan tan interesantes estas reflexiones que nos ofrece el Profesor Embid al respecto y desde la perspectiva jurídica.

En efecto, la crisis que asuela Europa desde 2008, y un año antes a Estados Unidos, provocó, y sigue haciéndolo, la correspondiente reacción jurídica, dando lugar a lo que da en llamar el autor «derecho de la crisis económica», dentro del que destaca la «constitucionalización» de la crisis. Este concepto es empleado por el citado profesor para referirse a la fase de ese Derecho que supuso la reforma no sólo de ciertas constituciones nacionales, como la española, sino también y primeramente del propio Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

No obstante, con anterioridad al análisis que el autor realiza de las diversas modificaciones normativas que se encuadran en dicho concepto y, particularmente, la reforma de la Ley Fundamental de Bonn en julio de 2009, así como la intervención del Tribunal Federal alemán; la modificación de la Constitución Española para introducir en el verano de 2011 el principio de estabilidad presupuestaria; y las modificaciones del Derecho originario y derivado de la Unión Europea, expone las causas de la crisis y las características del «derecho de la crisis económica» que surge en reacción a la misma.

Por todo ello resulta interesante recordar que, como bien se indica en esta obra, la crisis econó-

mica comienza siendo una crisis financiera, que pasa a afectar a determinados sectores de forma particularizada, como, por ejemplo, el inmobiliario, pero que más tarde llega a ser una crisis de deuda pública y privada que hace necesario adoptar medidas que irán transformando la situación de respuesta económica y jurídica a los retos planteados.

Si bien ha habido con anterioridad otras crisis, algunas particularidades impregnan la actual, lo que implica también que las respuestas o medidas tradicionales no hayan sido suficientes para superarla. Entre las singularidades de esta crisis señala el autor, entre otras, la rápida transmisión de la crisis financiera de Estados Unidos a Europa, en gran medida propiciada por las nuevas tecnologías; la amplitud del ámbito material de la crisis que, como ya se ha dicho, comienza siendo financiera pero con importantes repercusiones en sectores como el inmobiliario o automovilístico, a lo que se unen las singularidades de la estructura económica de los distintos países en que acontece; la globalización, tanto desde la perspectiva del amplio número de países afectados, como en cuanto a las respuestas ofrecidas. Pero sin duda, particular atención merece la separación entre la política monetaria, que es competencia del BCE, y la política fiscal o económica en sentido estricto, que es competencia de los Estados, aunque deba haber coordinación entre los países de la zona euro.

Dentro de las particularidades del «derecho de la crisis económica» destaca, entre otras, desde el plano formal, el abuso del empleo del decreto-ley; desde el plano material, por ejemplo, la transformación del sistema financiero, que la mayor parte de ese derecho tiene una referencia europea, que la respuesta normativa a veces es coyuntural pero en otras permanente, o que en estas medidas ha sido utilizado prácticamente

todo el instrumentario que está a disposición de los poderes públicos en el ámbito de la intervención en la economía.

Partiendo de estas premisas, analiza el autor detenidamente no sólo las reformas ya indicadas sino en general el contenido y significado de la constitucionalización de la crisis económica.

Y de este modo llega a una serie de conclusiones y a expresar su postura, que parte claramente del problema que a su juicio conlleva el hecho de que la Unión Europea tenga competencia en política monetaria pero adolezca de falta de reales competencias en el gobierno de la economía, lo que provoca la singularidad de esta crisis, aunque el origen de la misma se encuentre en el sistema financiero, la burbuja inmobiliaria o la extensión de los llamados activos tóxicos.

Por ello, entre sus propuestas para superar la crisis —e incluso para el mantenimiento de la Unión Europea como estructura jurídica-pública— destaca, precisamente, la necesidad —dada la moneda única—, del traslado a la UE de buena parte de las políticas económicas nacionales o, cuanto menos, una supervisión europea de las mismas más eficaz y con mayor celeridad, unido a la coactividad de la coordinación de la que ya dispone.

En fin, dar un paso más, pues la constitucionalización de la crisis resulta insuficiente para superarla, y a cuyos efectos reflexiona en torno a ciertas cuestiones centrales para esa nueva Europa, como los límites de la constitucionalización o la transformación de las estructuras de la UE, no sólo en cuanto a incrementar sus competencias en el sentido expuesto, sino también por lo que se refiere a la legitimación democrática de las mismas.

Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático

MORENO MOLINA, J.A.

y PLEITE GUADAMILLAS, F.

La Ley-Wolters Kluwer, 2012, 1760 páginas

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora titular de derecho administrativo.
Universidad de Oviedo]

Una de las materias propias del Derecho Administrativo que se encuentra actualmente en una constante reforma, y que supone además una de sus instituciones básicas, es la contratación pública.

Si con la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, se produjo un importante cambio en algunas cuestiones relevantes de esta materia, como, por ejemplo, el ámbito subjetivo: Administración Pública-poder adjudicador-sector público, el recurso especial, la presentación y valoración separada de las ofertas según sea necesario el empleo de la apreciación subjetiva o por el contrario se valore de forma automática, incluso el cambio radical de estructura de la propia norma respecto de sus antecesoras, o la regulación de un nuevo contrato (CPP), sin embargo, ello no supuso ni mucho menos que dichas cuestiones y muchas otras quedaran zanjadas en el nuevo texto.

De hecho, tanto la necesidad de ciertas aclaraciones del mismo como las sucesivas reformas que se fueron sucediendo, valga mencionar simplemente la Ley de Economía Sostenible, provocaron la aprobación de un Texto Refundido, que es objeto de análisis por dos expertos en la materia en esta obra.

En efecto, de acuerdo con la disposición final trigésima segunda de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que autorizaba al Gobierno para elaborar, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, un texto refundido en el que se integrasen, debidamente regularizados, aclarados y armonizados, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y las disposiciones en materia de contratación del sector público contenidas en normas con rango de ley, se ha aprobado dicho texto mediante el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en lo sucesivo TRLCSP).

El nuevo TRLCSP principalmente supone integrar en un texto único las sucesivas reformas que se habían introducido en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, por normas como el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo; el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público; la Ley 14/2010, de 5 de julio, de infraestructuras y los servicios de información geográfica en España; la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se es-

tablecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales; la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras; la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas; la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y la Seguridad, y la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Ante este nuevo texto normativo, los autores que, como ya se ha dicho, son especialistas indiscutibles en contratación pública, han elaborado un estudio sistemático del mismo. No obstante, no se trata de un mero comentario al articulado del TRLCSP, sino que éste se aborda por materias, facilitando así al lector el análisis y aplicación de la nueva norma y contribuyendo a la comprensión integral de la misma, que dada su complejidad, particularmente estructural, se hace muy difícil alcanzar.

De este modo, las materias abordadas se dividen en veintitún puntos que van desde unas consideraciones previas y cuestiones generales sobre el TRLCSP hasta la utilización de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la contratación pública, pasando por el estudio del Reglamento de desarrollo parcial de la LCSP; las disposiciones generales del texto normativo y, en concreto, su ámbito subjetivo y objetivo; la delimitación de los tipos contractuales, donde se analizan tanto los contratos administrativos como los privados; la formación, invalidez y recursos de los contratos administrativos; la capacidad y solvencia del contratista; el objeto, precio y cuantía del contrato; el régimen de las

garantías exigibles en la contratación pública; el expediente de contratación; los Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas, con particular dedicación a las condiciones especiales de ejecución del contrato; la selección del contratista y los procedimientos de adjudicación de los contratos; la racionalización técnica de la contratación; los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos; el contrato de obras, el contrato de concesión de obra pública, el contrato de gestión de servicios públicos; el contrato de suministro; el contrato de servicios; el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y los órganos de contratación y asistencia.

No obstante, además del estudio sistemático y exhaustivo de las diversas cuestiones a tener en cuenta en la contratación pública, esta obra incorpora no sólo, como es frecuente, un índice bibliográfico, sino también formularios de contratación adaptados a la nueva normativa y de máxima utilidad, como lo es también el cuadro de concordancias del TRLCSP con la LCSP, el RGLCAP, el TRLCAP y la LCAP.

**Tratado de Derecho Administrativo.
Tomo IV: Contratación Pública
(Revisado, actualizado y adaptado al nuevo
Texto Refundido de la Ley de Contratos del
Sector Público [RDleg 3/2011,
de 14 de noviembre])**

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.

2.^a ed., Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2012,
749 páginas

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
*Profesora titular de derecho administrativo.
Universidad de Oviedo*]

Como ya se ha dicho con anterioridad, la aprobación del TRLCSP y, con anterioridad, de la LCSP, ha supuesto un cambio normativo relevante que ha provocado su estudio, particularmente, por quienes ya dedicaron sus esfuerzos a esta institución tan destacada en el Derecho Administrativo como es la contratación pública.

De este modo, el autor de esta obra, experto en contratación, retoma el análisis de esta materia, para adaptar el mismo al nuevo régimen jurídico existente.

En este caso, al igual que el anterior, no se trata de un comentario al nuevo texto normativo, sino de un exhaustivo estudio de las cuestiones que comprende esta materia, así como su marco jurídico, analizadas a lo largo de seis partes en que se estructura la obra.

La primera de ellas se dedica principalmente a las disposiciones generales, a la configuración general de la contratación del Sector Público y a los elementos estructurales de los contratos. A todo ello dedica catorce capítulos en los que analiza respectivamente: el objeto y ámbito de aplicación del TRLCSP, las Directivas comunitarias de contratación pública, el ámbito subjetivo de la norma, los negocios y contratos excluidos, los tipos de contratos, los contratos sujetos a regulación armonizada, los contratos administrativos y privados, la necesidad del contrato y plazo y prórroga de los contratos, la libertad de pactos y contenido mínimo del contrato, perfección, forma y fiscalización y régimen de invalidez, la vertiente procesal de la contratación, las partes en el contrato: capacidad y solvencia, clasificación, prohibiciones, el objeto, precio y cuantía de los contratos, las garantías exigibles en la contratación del Sector Público y la modificación de los contratos.

La segunda parte del libro se corresponde con los temas principales del Libro II del TRLCSP, donde a lo largo de tres capítulos estudia la preparación de los contratos, los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, y las normas especiales para la preparación de alguno de los contratos nominados.

La tercera parte incluye seis capítulos y está dedicada a la fase de adjudicación de los contratos. Por ello analiza las normas generales de licitación, la selección del adjudicatario, las ofertas con valores anormales o desproporcionados, las obligaciones de información sobre el resultado del procedimiento y formalización del contrato, el procedimiento de adjudicación y el ajuste de la normativa de contratos públicos a las nuevas tecnologías, y la racionalización técnica de la contratación.

En la cuarta parte de esta obra el autor analiza los efectos y el cumplimiento de los contratos administrativos. Lo hace a través del estudio de los efectos de los contratos y las prerrogativas

de la Administración, en el primero de sus capítulos, donde no sólo hace referencia al marco normativo de la cuestión sino también a la jurisprudencia y a los pronunciamientos doctrinales. A la ejecución de los contratos dedica el segundo capítulo y a la modificación el tercero.

En la quinta parte presta atención a la ejecución y resolución de los contratos administrativos y todas las cuestiones que en esta fase pueden surgir, valgan de ejemplo: el principio de conservación de los contratos administrativos, la cesión y subcontratación, las normas especiales para determinados contratos, la financiación privada en el marco del contrato de concesión de obra pública y de las distintas modalidades de realización de infraestructuras, o las causas de resolución.

Finalmente, la sexta y última parte de este tratado abandona la perspectiva sistemática del texto normativo analizado para adentrarse en debates doctrinales referentes a la propia configuración del contrato administrativo, para lo que emplea, indefectiblemente, sus importantes conocimientos de Derecho comparado, no en vano, pues no en todos los sistemas existe el contrato administrativo como una figura propia y distinta del contrato privado. Igualmente, destaca el último de los capítulos, en que encuadra el contrato administrativo en el nuevo contexto internacional de la globalización económica.

Las Situaciones Administrativas de los Funcionarios. Conforme a la Ley 7/2007, Estatuto Básico del Empleado Público

LORENZO DE MEMBIELA, J.B.

3.^a ed., Aranzadi-Thomson, Navarra, 2012, 1.200 páginas

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora titular de derecho administrativo.
Universidad de Oviedo]

Desde la aprobación, hace ya cinco años, del Estatuto Básico del Empleado Público, se ha dado un giro importante a las diversas cuestiones relacionadas con el empleo público y, en particular, el régimen jurídico de los funcionarios, que ha hecho necesario adoptar una perspectiva en su estudio.

El autor, como se verá, ha dedicado sus esfuerzos a analizar varias de estas cuestiones fundamentales del régimen funcionarial, una de ellas es la referente a las situaciones administrativas en que pueden encontrarse los funcionarios, procediendo en esta nueva edición a la adaptación al citado texto normativo.

No obstante, esta obra debe encuadrarse como parte del *Manual Práctico de la Función Pública* en el que el autor nos ofrece una visión global de las distintas cuestiones relevantes de esta materia a lo largo de diversos títulos como: «Retribuciones de los Funcionarios Públicos», «Incompatibilidades de los Funcionarios Públicos», «El Acceso y Provisión de puestos de Trabajo en la Administración», «Régimen Disciplinario de los Funcionarios de Carrera», «Permisos y licencias de los Funcionarios», y «Derechos Fundamentales de los Funcionarios en la Administración. Nuevos Retos en las Organizaciones Burocráticas», algunos de ellos adaptados ya al EBEP.

En concreto, en este volumen y en esta nueva edición, el autor adapta y actualiza el estudio de las situaciones administrativas de los funcionarios, no sólo al EBEP, sino también a las instrucciones para la aplicación del mismo en el ámbito de la Administración General del Estado y sus Organismos autónomos, que fueron aprobadas por la resolución de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas de 5 de junio de 2007; así como los criterios para la aplicación del texto normativo citado en el ámbito de la Administración Local, dictados por la Dirección General de Corporación Local y Dirección General de Función Pública de 2008.

La actualización se extiende igualmente a las modificaciones introducidas por la LO 3/2007, sobre igualdad entre mujeres y hombres, y la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, en cuanto a la extensión de la situación administrativa de servicios especiales.

La obra conserva la metodología de los anteriores estudios sobre la materia y la visión esencialmente práctica, aunque también recoge las principales aportaciones doctrinales, y todo ello incorporando los nuevos supuestos que la casuística ha ido ofreciendo y, por tanto, la problemática que ha ido generando.

En conclusión, un estudio, particularmente, práctico y útil para los operadores jurídicos que deben manejar y afrontar los diversos problemas que las situaciones administrativas de los funcionarios presentan en el día a día.

Ordenación del tiempo de trabajo, igualdad y corresponsabilidad en las Administraciones Autonómicas

GARCÍA TORRES, A.

Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, Oviedo, 2012, 126 páginas
(Prólogo de Ignacio González del Rey Rodríguez, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN

*Profesora titular de derecho administrativo.
Universidad de Oviedo]*

Este libro recoge el trabajo que el Jurado de la Octava Edición del Premio de Investigación del Consejo Económico y Social del Principado de Asturias tuvo a bien seleccionar como accésit, y que versa sobre un tema transversal como lo es en sí mismo el principio de igualdad de género, aunque tratado particularmente desde una perspectiva jurídica multidisciplinar, tanto iuslaboralista como administrativista, como es la ordenación del tiempo de trabajo y sus repercusiones en la corresponsabilidad.

Como bien señala su autora, el análisis de la ordenación del tiempo de trabajo desde la perspectiva de género es necesario para una consecución de la igualdad real y efectiva en el ámbito de las relaciones laborales. Ese es el punto de partida adoptado en este estudio, que, no obstante, pone en conexión con el Empleo Público, enriqueciendo de este modo el estudio al adoptar esta doble vertiente.

Sin duda, uno de los ámbitos en que resulta más interesante el examen de la igualdad de género es el propio de las Administraciones Públicas, que no sólo son empleadoras, sino que por mandato constitucional, y al igual que el resto de poderes públicos, han de impulsar las medidas necesarias para que dicha igualdad sea real y efectiva. Y que por otro lado, no debe olvidarse, como bien se indica en el prólogo de esta obra, que el empleo público se encuentra intensamente feminizado, por lo que todo ello hace que este

ámbito resulte doblemente interesante como campo de aplicación del tema objeto de estudio, aunque no ha sido abordado por la doctrina de forma tan intensa como la empresa privada.

Este trabajo afronta el estudio pormenorizado de la ordenación del tiempo de trabajo en el empleo público en régimen laboral en las Comunidades Autónomas, desde la perspectiva de la igualdad, la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, y la corresponsabilidad, de mujeres y hombres.

Lo hace a través de cuatro capítulos en que analiza los principales elementos a tener presentes en la cuestión: la conciliación de la vida laboral y familiar, tiempo de trabajo e igualdad en el empleo público; la incidencia de la ordenación del tiempo de trabajo en las responsabilidades familiares; los permisos y licencias por motivos familiares y personales, y la gestión de los tiempos en clave de corresponsabilidad y diversidad: entre el tiempo de trabajo y el tiempo propio.

Y con todo ello llega a una serie de conclusiones, de entre las que cabe destacar la undécima, en la que señala que la consecución de la igualdad real y efectiva entre sexos exige apostar por fórmulas que fomenten la corresponsabilidad, y que, obviamente, las medidas de conciliación *strictu sensu* son necesarias para alcanzar este objetivo, pero por sí solas resultan insuficientes, dado que su propósito principal consiste en garantizar que la necesidad social que motiva las horas de ausencia del trabajo sea satisfecha; sin embargo, el reconocimiento de esas medidas de conciliación no asegura un reparto equitativo de las cargas familiares y, por tanto, tampoco la igualdad entre los sexos.

Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático

MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.
Wolters Kluwer-La Ley, Madrid, 2012.
1756 páginas. ISBN 978-84-9020-046-9

[ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS
*Profesor Ayudante Doctor (Contratado Doctor Ac.)
de Derecho Administrativo de la UCLM*]

Entre la numerosa bibliografía sobre contratación pública publicada en España en los últimos

años, la obra objeto de la presente recensión merece ser resaltada por lo completo del estudio teórico y práctico realizado por los autores sobre la nueva legislación reguladora de la contratación pública en España.

Moreno Molina y Pleite Guadamillas ya han publicado conjuntamente en los últimos años diversas monografías sobre las normas internas que han ido trasponiendo el reciente Derecho de la Unión Europea sobre contratos públicos. Desde su trabajo *Nuevo régimen de contratación administrativa. Comentarios a La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tras la Ley 53/1999* (La Ley, Madrid), con prólogo de Ortega Álvarez y tres ediciones (entre 2000 y 2003) han publicado también *El nuevo Reglamento de Contratación de las Administraciones Públicas. Repercusión práctica, novedades, concordancias y formularios adaptados* (La Ley, Madrid, 2002) y *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático* (La Ley, Madrid, 3 ediciones en 2007, 2009 y 2011).

El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, *TRLCSP*), integra y ordena en un texto único las disposiciones aplicables a la contratación del sector público contenidas en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (*LCSP*), con las sucesivas leyes que la han modificado, así como las normas sobre la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos contenidas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (*TRLCAP*), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (los únicos preceptos de esta norma que seguían vigentes) y en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

En cada una de las partes en que se divide el libro de Moreno Molina y Pleite Guadamillas, que constituye un verdadero tratado de la contratación pública, se analizan tanto la parte general del Derecho de los contratos del sector público como las especialidades de la regulación de los distintos tipos contractuales: contratos de obras públicas, suministro, servicios, concesión de obras públicas y colaboración público-privada. La publicación recoge, además de los

comentarios de los preceptos y novedades del TRLCSP, las concordancias de los mismos con los artículos de la propia norma y con todas las disposiciones relacionadas con ellos, en especial con los preceptos de la LCSP y del RGLCAP, así como del RPLCSP. Además, se comentan en el texto y se relacionan al final de cada bloque de comentarios las Resoluciones de los nuevos Tribunales estatal y autonómicos de recursos contractuales, los Informes de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, estatal y autonómicas, y los Dictámenes del Consejo de Estado que les afecten, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional, de los Tri-

bunales Superiores de Justicia y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Se pueden encontrar también en la obra unos completos y prácticos formularios de contratación adaptados a la nueva normativa que pueden facilitar a los órganos de contratación y a los contratistas disponer rápida y adecuadamente de los instrumentos necesarios para aplicar las normas.

En definitiva, el libro que se recensiona constituye una obra de referencia para la doctrina española en la materia y asimismo un instrumento de gran utilidad para todos aquellos que intervienen en los procedimientos de contratación administrativa.

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.