



*Justicia*  
**Justicia**

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

*Administrativa*  
**Administrativa**

DIRECTOR

**Miguel Sánchez Morón**

**LEX NOVA**

# REVISTA

## Justicia Administrativa

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](http://portaljuridico.lexnova.es)

### CONSEJO ASESOR

**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** 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.

### DIRECTOR

**Miguel Sánchez Morón**

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

© LEX NOVA 2010

EDICIÓN	LEX NOVA, S.A.U. General Solchaga, 3 47008 Valladolid
TELÉFONO	902 457 038
FAX	983 457 224
E-MAIL	clientes@lexnova.es
INTERNET	www.lexnova.es
ISSN	1139-4951
DEPÓSITO LEGAL	VA. 777/1998

### SECRETARÍA TÉCNICA

**Margarita Beladiez Rojo**

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

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 consecuente de la utilización o no 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.

## Sumario:

### DOCTRINA:

- [5] El papel del Consejo de Estado en el Estado autonómico español: especial consideración a la revisión de oficio de las normas forales de los territorios históricos vascos  
SUSANA URBANO GÓMEZ
- [27] La protección extrajudicial de los datos personales en la actividad de la Administración Electrónica  
CARMEN MARÍA ÁVILA RODRÍGUEZ

### CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [61] I. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA  
L. ORTEGA ÁLVAREZ
- [83] II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS  
J. GARCÍA ROCA
- [85] III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS  
J. GARCÍA ROCA
- [119] IV. FUENTES DEL DERECHO  
A. MENÉNDEZ REXACH
- [129] V. ACTOS ADMINISTRATIVOS, PROCEDIMIENTO Y CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS  
A. MENÉNDEZ REXACH
- [147] VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA  
M. SÁNCHEZ MORÓN
- [157] VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR  
M. REBOLLO PUIG
- [177] VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA  
F. LÓPEZ MENUDO
- [191] IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA  
F. LÓPEZ MENUDO
- [205] X. FUNCIÓN PÚBLICA  
L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN
- [219] XI. URBANISMO  
L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN
- [225] XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL  
A. EMBID IRUJO
- [261] XIII. MEDIO AMBIENTE  
A. EMBID IRUJO
- [291] XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO  
J. TORNOS MAS
- [303] XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD  
I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA
- [317] XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES  
G. FERNÁNDEZ FARRERES

### [339] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS



# El papel del Consejo de Estado en el Estado autonómico español: especial consideración a la revisión de oficio de las normas forales de los territorios históricos vascos

SUSANA URBANO GÓMEZ

Funcionaria de carrera en la Diputación Foral de Bizkaia

## Resumen

### EL PAPEL DEL CONSEJO DE ESTADO EN EL ESTADO AUTÓNOMICO ESPAÑOL: ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA REVISIÓN DE OFICIO DE LAS NORMAS FORALES DE LOS TERRITORIOS HISTÓRICOS VASCOS

*En el ejercicio de su función consultiva corresponde al Consejo de Estado, entre otros asuntos, “la revisión de oficio de disposiciones administrativas y de los actos administrativos en los supuestos previstos por las leyes”. Por otra parte, la legalidad vigente confirma el carácter meramente reglamentario de las normas forales que dictan las Juntas Generales de los territorios históricos vascos. Se tratará de abogar, una vez comentado el procedimiento de revisión para este tipo de*

*normas, por una necesaria reforma legislativa que respete la naturaleza jurídica propia de su contenido material pues, compartiendo la afirmación de VALLET DE GOYTISOLO, Juan (Metodología jurídica), “(...) cuando la aplicación práctica de las normas nos descubre que éstas son un corsé que oprime y ahoga aspiraciones legítimas y necesidades sentidas y, en cambio, deja franco el camino a deformaciones sociales, la vida misma es la dura crítica de la ley”.*

## Abstract

### THE ROLE OF THE STATE COUNCIL IN THE SPANISH AUTONOMOUS GOVERNMENT: SPECIAL CONSIDERATION TO THE EX OFFICIO REVIEW OF THE FORALES REGULATIONS OF THE HISTORICAL BASQUE TERRITORIES

*Within the exercise of its advisory duty it corresponds to the Council of State, among other subjects, “the ex officio review of the*

*administrative provisions and of the administrative acts in those suppositions stated by the Law.” On the other hand, the current leg-*

*islation confirms the mere statutory nature of the forales regulations announced by the General Committees of the historical Basque territories. It will be about advocating for, once it has been analyzed the procedure of review for this type of regulations, a necessary legislative amendment that observes its own legal nature of its material content because, sharing*

*the statement of VALLET DE GOYRTISOLO, Juan (Legal Methodology), "(...) when the practical application of the norms discovers that they are a corset that oppresses and drowns genuine aspirations and felt necessities and, on the contrary, it leaves open route to social deformations, the life itself is the rough criticism of the law".*

## Sumario:

**I. El Consejo de Estado. II. La organización territorial de Estado español: la Comunidad Autónoma Vasca. III. La singularidad organizativa del País Vasco: Introducción a la Disposición Adicional Primera de la Constitución. IV. Consideraciones previas en torno a los reglamentos o disposiciones generales. V. Sobre la naturaleza de las normas forales: rango legal versus reglamentario. VI. La revisión de reglamentos o disposiciones de carácter general: especial consideración a las Normas Forales. VII. Breve reflexión sobre la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial. VIII. Bibliografía consultada.**

### I. EL CONSEJO DE ESTADO

1. El Consejo de Estado es una institución de honda raigambre en nuestro sistema jurídico y constituye un trasplante al ámbito español del Consejo de Estado Francés creado por Napoleón. Aparece primero en la Constitución de Bayona y luego en la de las Cortes de Cádiz de 1812. Sufrió durante el siglo XIX distintos avatares políticos y, al igual que su predecesor francés, tuvo también funciones judiciales hasta que definitivamente las pierde cuando se las atribuye a la jurisdicción contenciosa conformada por órganos independientes. El Consejo de Estado salvó su vida y aseguró su continuidad institucional porque la vigente Constitución española de 1978 (en adelante, CE) lo contempla expresamente (vid. artículo 107), esto es, lo constitucionaliza y, además, se le dota de su propia ley reguladora que tiene carácter orgánico a pesar de que durante el iter constitucional se cuestionara incluso su supresión.

El Consejo de Estado que integra, en el ámbito estatal, la denominada Administración consultiva<sup>1</sup> se rige por su ley reguladora, Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de

(1) Esta función consultiva es compartida por órganos de diferente naturaleza: Gabinetes políticos; órganos inscritos en la estructura administrativa activa, como la Secretaría General Técnica; o bien órganos de diálogo social, como el Consejo

## El papel del Consejo de Estado en el Estado autonómico español

Estado (en adelante, LOCE), y por el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado que la desarrolla, aprobado por Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio. Una y otro han sido objeto de modificaciones posteriores. La más importante modificación de la LOCE se llevó a cabo por la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre.

2. En la actualidad, el Consejo de Estado se trata de un órgano que mantiene **funciones consultivas**<sup>2</sup> que las ejerce con autonomía orgánica y funcional para garantizar su objetividad e independencia.

Precisamente, por gozar de estas garantías en el ejercicio de su función –que son las propias de los órganos judiciales–, y por la finalidad de sus intervenciones (“velará por la observancia de la Constitución y del resto del Ordenamiento jurídico”, dispone el artículo 2.1º LOCE) –propias también de aquéllos–, se le ha caracterizado, conforme a algunos autores, como “órgano de control” ya que la independencia funcional y la intervención preceptiva parecen establecidas en función de asegurar o preservar determinadas aplicaciones del Ordenamiento jurídico de una intervención e interpretación exclusiva del Gobierno o de la Administración, por muy bien que pudiera estar asesorada por otros órganos. La intervención del Consejo de Estado tiene una finalidad cuasi-fiscalizadora, orientada a que el Gobierno y la Administración sigan en esas materias su parecer, so pena y sanción de que sus actuaciones, o bien no sean válidas, si se omite la petición del informe, o sufran de una cierta desautorización material si el Gobierno o la respectiva Administración deciden en contra de dicha opinión.

La CE configura al Consejo de Estado como órgano consultivo “del Gobierno” tanto en su artículo 107 como en el artículo 153.b), para referirse a su intervención en el control sobre la actuación de las Comunidades Autónomas cuando ejercen las funciones que les delegan leyes de transferencia. En idénticos términos, el artículo 1.1º de la LOCE dispone que es el supremo órgano consultivo “del Gobierno”. Ello no obstante, el Tribunal Constitucional ha dejado sentado que su función consultiva tiene un ámbito de ac-

**EL CONSEJO DE ESTADO  
SE TRATA DE UN ÓRGANO  
QUE MANTIENE FUNCIONES  
CONSULTIVAS QUE LAS  
EJERCE CON AUTONOMÍA  
ORGÁNICA Y FUNCIONAL  
PARA GARANTIZAR  
SU OBJETIVIDAD  
E INDEPENDENCIA**

Económico y Social previsto en el artículo 131.2º de la CE y creado por la Ley de 17 de junio de 1991, como órgano consultivo en relación con la actividad normativa del Gobierno en materia socioeconómica y laboral y también como un “medio de comunicación permanente, entre los agentes económicos y sociales y el Gobierno”.

(2) La modificación efectuada a la LOCE por la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, supuso un incremento de las competencias del Consejo de Estado, además de cambios organizativos, que puede llegar a ubicarlo fuera de su posición natural, tal y como tradicionalmente ha sido entendido: así, por ejemplo, la realización de labores de estudio e informe y de elaboración de textos que puedan servir como base para proyectos legislativos o, incluso, proyectos de reforma constitucional, con lo que, claramente, trasciende las funciones “meramente” consultivas. En su aspecto organizativo, como consecuencia de este aumento competencial, se ha considerado pertinente crear una Comisión de Estudios en el seno del Consejo de Estado.

tuación más amplio y, de hecho, se ha configurado históricamente como un órgano consultivo de las “Administraciones Públicas”.

3. En el ejercicio de su función consultiva el Consejo de Estado aprecia no sólo la legalidad del asunto, esto es, la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, sino que también puede valorar aspectos de oportunidad cuando así lo exija la naturaleza del asunto o lo solicite expresamente el consultante. Esta función consultiva la ejerce emitiendo **dictámenes**.

El Consejo de Estado deberá ser consultado con respecto a los asuntos que así lo disponga su propia ley orgánica y otras leyes siendo facultativa en el resto de asuntos. Como regla general, sus dictámenes no son vinculantes salvo que la ley disponga lo contrario. Los acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta de votos de los asistentes. En caso de empate decidirá el voto de calidad del que presida. Las disposiciones y resoluciones sobre asuntos informados por el Consejo expresarán si se acuerdan conforme con el dictamen del Consejo de Estado, utilizando la fórmula “de acuerdo con el Consejo de Estado”, o bien se apartan de él, en cuyo caso utilizarán la de “oído el Consejo de Estado”.

En principio, está legitimado para consultar el Presidente del Gobierno o cualquiera de los Ministros, así como los Presidentes de las Comunidades Autónomas pero en la práctica se ha reconocido legitimación a otros órganos por la peculiar naturaleza de las funciones que desempeñan como el Banco de España y el Tribunal de Cuentas.

4. En el ejercicio de su función consultiva tiene un importante papel la organización del Consejo de Estado al que dedica una gran parte de su articulado la LOCE. Y, conforme a dicha ley, el Consejo de Estado se compone del Pleno, Comisión Permanente, Comisión de Estudios y Secciones. Para preparar el despacho de los asuntos, hay un Cuerpo de Letrados. Las consultas se reciben en la sección a la que correspondan, que elabora el proyecto de dictamen, el cual se somete a la aprobación de la Comisión Permanente y, en su caso, del Pleno.

Así, por ejemplo, deberá ser consultada *La Comisión Permanente*, entre otros asuntos, para la “Revisión de oficio de disposiciones administrativas y de actos administrativos, en los supuestos previstos por las leyes” (artículo 22.10 LOCE). La referida competencia ha sido redactada por la LO 3/2004, de 28 de diciembre, por la que se modifica la LOCE para adecuarla a la regulación introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que modificó parcialmente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC). Y, por así interesarme en particular, constituirá esta función objeto de estudio conforme se desprende del título del presente artículo.

## II. LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DE ESTADO ESPAÑOL: LA COMUNIDAD AUTÓNOMA VASCA

1. La Constitución española de 1978 se inspira en la teoría clásica de la división de poderes formulada por Montesquieu, a pesar de que no lo formula expresamente, al regular el poder legislativo, o sea, las “Cortes Generales”, al ejecutivo o “Gobierno” y al poder judicial. Junto a esta división de poderes horizontal la Constitución Española también recoge, como piedra

angular de la organización de los poderes constituidos, la llamada división vertical o territorial del poder, pues el artículo 2 de la CE reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que lo integran y la solidaridad entre todas ellas. En este sentido, entre los principios generales del Título VIII, el artículo 137 de la CE afirma que “El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses”.

Los municipios y las provincias (núcleo principal de la Administración local y, además, de carácter territorial) tienen asegurada su pervivencia porque se concibe su existencia como obligatoria a diferencia de las Comunidades Autónomas que “pueden” constituirse. La “posibilidad” de constituir Comunidades Autónomas supone instaurar un Estado Autonómico (sobre el que se hablará más extensamente), entre el regionalista y el federal, calificado como “abierto”, en el que rige el principio dispositivo, sin unos contornos precisos, pues la CE tan sólo se limita a establecer un marco, principios, y señalar las fases principales de algunos procesos.

2. Tres son los supraprincipios jurídicos que se constitucionalizan en la nueva organización territorial estatal: a) *la unidad nacional*, reforzada por los elementos “indisoluble” y “patria común e indivisible” (artículo 2 CE), que se traduce en una superioridad del Estado tanto en relación a las Comunidades Autónomas como a los entes locales; b) *La autonomía* que hace referencia a un poder limitado. Autonomía no es soberanía y en ningún caso puede oponerse al de unidad sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido. En el pueblo español reside la soberanía nacional (artículo 1.2º CE) con lo que se coloca en una posición de superioridad, claro está, en función de la garantía de unidad de la Nación; c) *La solidaridad*, basada en un deber de recíproco apoyo y mutua lealtad, es el corolario de la autonomía pues ésta no se garantiza para incidir negativamente sobre los intereses generales de la Nación o sobre intereses distintos. Los artículos 138 y 139 de la CE concretan este principio y el 158.2º prevé, para hacerlo efectivo, el fondo de compensación Interterritorial.

3. El proceso de distribución entre el Estado y las Comunidades Autónomas (CCAA) se articula a partir de los artículos 148 y 149 de la CE comprensivos, respectivamente, de las competencias exclusivas del Estado y de las asumibles por las Comunidades autónomas, cuya relación definitiva se plasma en los Estatutos de Autonomía. Entre el Estado y las Comunidades Autónomas se ha distribuido el poder legislativo y ejecutivo, si bien el Estado se ha reservado las competencias legislativas sobre materias más importantes y, además, declara prevalente el Derecho estatal. El poder judicial no ha sido objeto de distribución y se encuentra centralizado.

Por lo que se refiere a la organización de las Comunidades autónomas, sin perjuicio de su regulación constitucional (artículo 152.1º CE), procede decir que prácticamente todas reproducen el esquema de división de poderes estatal: Asamblea legislativa; Consejo de gobierno y Tribunal Superior de Justicia que culmina la organización judicial en el ámbito de la comunidad, sin perjuicio de la jurisdicción del Tribunal Supremo.

4. El Pueblo Vasco o Euskal-Herria, como expresión de su nacionalidad, y para acceder a su autogobierno, se constituyó en Comunidad Autónoma dentro del Estado Español bajo la denominación de Euskadi o País Vasco, de acuerdo con la Constitución y con su Estatuto de

Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre (en adelante, EAPV). Conforme al citado Estatuto, el territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco quedará integrado por los Territorios Históricos que coinciden con las provincias, en sus actuales límites, de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, así como la de Navarra, en el supuesto de que esta última decida su incorporación de acuerdo con el procedimiento establecido en la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución. Sin embargo, esta circunstancia no se produjo dado que Navarra se constituyó en Comunidad Autónoma haciendo uso de la Disposición Adicional Primera de la CE, sobre la que más adelante se comentará.

El EAPV es la norma institucional básica del País Vasco, y se encarga de regular y precisar los “poderes del País Vasco” reproduciendo el diseño previsto en la CE (artículo 152 CE) al conformarse por un órgano legislativo (el Parlamento Vasco), un órgano ejecutivo (el Gobierno Vasco) con funciones tanto ejecutivas como administrativas, y con un presidente o Lehendakari, elegido por la Asamblea, de entre sus miembros y nombrado por el Rey, al que corresponde la dirección del Consejo de gobierno y la suprema representación de la respectiva Comunidad. No se hace mención a ningún poder judicial vasco pues, como ya se ha adelantado, no existe como tal sino un Tribunal Superior de Justicia que se integra en el poder judicial único estatal y con el que se culmina territorialmente la organización judicial en el ámbito de la Comunidad Vasca, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo. En todo caso, la regulación deberá ser completada por lo que se refiere al Parlamento Vasco, con su propio Reglamento aprobado por el pleno ordinario celebrado el día 23 de diciembre de 2008 (BOPV núm. 34, de 18 de diciembre de 2009) y con la Ley 5/1990, de 15 de junio, de elecciones al parlamento vasco, y en cuanto al Gobierno Vasco (y su Administración) por la Ley de 7/1981, de 30 de junio.

5. Aunque la CE no configura al Consejo de Estado como supremo órgano consultivo de las Administraciones Autonómicas tampoco lo impide. No obstante, las Comunidades Autónomas, con base en el principio de autonomía organizativa, han ido creando sus propios órganos consultivos con funciones análogas a las del Consejo de Estado. En el ámbito de aplicación de la ya mencionada LRJPAC, tras su modificación por la Ley 4/1999, de 13 de enero, la Disposición Adicional Decimoséptima –que tiene carácter básico de acuerdo con el artículo 149.a).18º de la CE–, y que fue introducida como enmienda por el grupo parlamentario nacionalista vasco en el Congreso, permite que el ejercicio de las funciones consultivas de las Comunidades Autónomas y Entidades forales (NO los entes locales) pueda articularse mediante órganos específicos dotados de autonomía orgánica y funcional con respecto a la Administración activa, o a través de los servicios jurídicos de esta última (opción más económica). En este último caso, dichos servicios no podrán estar sujetos a dependencia jerárquica ya sea orgánica o funcional, ni recibir instrucciones, directrices o cualquier clase de indicación de los órganos que hayan elaborado las disposiciones o producido los actos objeto de consulta, actuando para cumplir con tales garantías de forma colegiada.

La asunción de esta función consultiva por los servicios jurídicos es una cuestión compleja porque lo que caracteriza al Consejo de Estado es estar “fuera” de la Administración activa y gozar de autonomía orgánica y funcional. La disposición teóricamente configura un modelo de servicios jurídicos *sui generis* cumpliendo con los requisitos que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (vid. STC 204/1992 –RTC 1992, 204 FJ 2º–), al interpretar el artículo 107 de la CE, establece en cuanto a la autonomía y no sujeción a la Administración activa. No sería

admisible atribuir a un servicio jurídico estructurado con arreglo a principios “tradicionales” ese status si ese mismo servicio jurídico desempeña, sin esas características, el resto de funciones que le son propias para garantizar la legalidad y el interés general que, entre sus funciones, tiene todo servicio jurídico.

Ello no obstante, y como menciona el artículo 24 de la LOCE, “el dictamen será preceptivo para las Comunidades Autónomas que carezcan de órgano consultivo propio en los mismos casos previstos por esta ley orgánica para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes”.

6. En la Comunidad Autónoma Vasca, la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, creó y reguló la COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI en cuanto órgano colegiado superior consultivo de las siguientes Administraciones de Euskadi: a) Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi; b) Administración local; c) Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea, y d) las demás entidades públicas con personalidad jurídica propia vinculadas a las anteriores o dependientes de ellas, excluyendo expresamente de su ámbito de aplicación la actividad de las instituciones forales de los territorios históricos al disponer de su propio órgano consultivo (artículo 2.2º). En su desarrollo se aprobó el Decreto 187/1999, de 13 de abril.

### III. LA SINGULARIDAD ORGANIZATIVA DEL PAÍS VASCO: INTRODUCCIÓN A LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN

1. En el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, como consecuencia de lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la CE al establecer que “La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales” y que “La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía”, existe una organización institucional singular y diferente al resto de las Comunidades Autónomas del Estado.

La foralidad que la Constitución garantiza no supone amparar y respetar una suma de potestades, facultades o privilegios ejercidos históricamente en forma de derechos subjetivos sino la existencia de un **régimen foral** dinámico y vivo acomodado a las circunstancias de cada tiempo histórico. Lo que la Constitución intenta preservar para cada territorio histórico dentro del marco constitucional, y a través de la vía estatutaria, es un sistema peculiar de autogobierno territorial.

**LO QUE LA CONSTITUCIÓN INTENTA PRESERVAR PARA CADA TERRITORIO HISTÓRICO DENTRO DEL MARCO CONSTITUCIONAL Y A TRAVÉS DE LA VÍA ESTATUTARIA ES UN SISTEMA PECULIAR DE AUTOGOBIERNO TERRITORIAL**

2. Esta disposición marca la singularidad organizativa y competencial de la Comunidad Autónoma Vasca como distinta a la del resto de las Comunidades Autónomas.

**La singularidad organizativa** va a suponer que en la Comunidad Autónoma Vasca van a aparecer, junto al Parlamento Vasco y su Gobierno (presidido por el Lehendakari) otros órganos forales, en el ámbito de cada uno de los Territorios Históricos que, según dispone el artículo 37 del EAPV y, sobre todo, la importantísima Ley del Parlamento Vasco 27/1983, de 25 de noviembre, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos (en adelante, LTH), lo conforman las Juntas Generales y las Diputaciones Forales. Las Juntas Generales se configuran como una “asamblea legislativa” que ejercen un poder “normativo”, a través de normas forales, así como el control sobre las Diputaciones Forales que se configuran como el “órgano ejecutivo” del Territorio Histórico correspondiéndoles potestad reglamentaria y administrativa.

**La singularidad competencial** significa que a cada Territorio Histórico vasco le son aplicables las disposiciones de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (en adelante, LBRL) pero con las peculiaridades previstas en su Disposición Adicional Segunda. Este régimen competencial peculiar se basa en reconocer a las instituciones y órganos forales tanto los niveles competenciales normales de la provincia de régimen común como las competencias propias de su régimen foral, de entre aquellas que según el Estatuto de Autonomía corresponden a la Comunidad Vasca. Reconocimiento que reitera el artículo 24.2 del EAPV y que se traduce en una reserva expresa a los órganos forales por el propio Estatuto de un núcleo competencial exclusivo (artículo 37.2), en el que ni siquiera el Parlamento Vasco puede entrar (artículo 25.1º del EAPV), además de tener sobre otras materias competencias ejecutivas y/o de desarrollo normativo.

3. Para finalizar, conviene decir que en virtud de la Disposición Adicional Decimoséptima de la LRJPAC, ya comentada, la función consultiva del Consejo de Estado es ejercida en los Territorios Históricos por sus respectivas Comisiones Jurídicas Asesoras (en Bizkaia y Gipuzkoa) o Comisión Consultiva de la Administración Foral (en Álava), actuando de forma colegiada y sin dependencia jerárquica, ya sea orgánica o funcional, de ningún otro órgano de la Administración Foral. Su regulación se encuentra, para el Territorio Histórico de Bizkaia, en el Decreto Foral número 57/1999, de 30 de marzo (BOB núm. 67, de 17 de abril de 1999); para el Territorio Histórico de Gipuzkoa en el Decreto Foral 38/1999, de 30 de marzo (BOG núm. 64, de 9 de abril de 1999), y, para el Territorio Histórico de Álava en el Decreto Foral 40/1999, del Consejo de Diputados, de 30 de marzo (BOTHÁ núm. 40, de 14 de abril de 1999). La función consultiva se ejerce con respecto a la actividad de las Diputaciones Forales, organismos autónomos y demás entes vinculados o dependientes.

#### IV. CONSIDERACIONES PREVIAS EN TORNO A LOS REGLAMENTOS O DISPOSICIONES GENERALES

1. Al tratar de las fuentes del Derecho Administrativo, como de cualquier otra rama del Derecho, hay que acudir a la teoría general de las fuentes del Derecho que, en nuestro ordenamiento jurídico, en ejercicio de la competencia que con carácter exclusivo el artículo 149.1.8.º de la CE atribuye al Estado Español para determinar las fuentes del Derecho (“respetando las normas del derecho foral o especial”), debe ser buscado en el artículo 1 del Código Civil (en adelante, CC).

## El papel del Consejo de Estado en el Estado autonómico español

Comienza el apartado 1º del citado artículo 1 del CC diciendo que las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. También reconoce en el apartado 5º a los tratados internacionales como fuente directa una vez que se publiquen en el Boletín Oficial del Estado. Finalmente, el apartado 6º se refiere a la jurisprudencia, esto es, la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, como complemento del ordenamiento jurídico pero no como fuente de derecho.

2. La ley es fuente directa, escrita y principal. Son normas jurídicas de carácter general y abstracto. Ostenta esta **potestad legislativa**: a) En el ámbito estatal: las Cortes Generales, y b) en el ámbito autonómico: las Asambleas legislativas. Las Entidades locales carecen de asambleas legislativas y en los Territorios Históricos que integran la Comunidad Autónoma del País Vasco las Juntas Generales ejercen la potestad “normativa” a través de normas forales cuya naturaleza jurídica se verá más adelante.

Dentro de las leyes deberán incluirse también las que el poder ejecutivo apruebe por delegación del legislativo (Decretos legislativos) o en los supuestos excepcionales previstos en el ordenamiento (Decretos-leyes).

3. Junto al concepto “formal” de ley arriba comentado la doctrina señala la existencia de un concepto “material” de ley para referirse a las disposiciones de carácter general del poder ejecutivo en ejercicio de su *potestad reglamentaria*, esto es, **los reglamentos** pues, si bien no encaja literalmente en el término “Ley” del artículo 1.1º del CC, son normas escritas que integran el ordenamiento jurídico e inferior jerárquicamente a aquéllas porque si la potestad reglamentaria se ejerce por el Gobierno “de acuerdo con la Constitución y las Leyes” (artículo 97 CE) es porque son disposiciones de rango inferior a éstas y, por tanto, incluidas en el concepto genérico (material) de ley.

Tienen **potestad reglamentaria**: a) El gobierno estatal; b) el gobierno autonómico; c) Las Diputaciones forales (luego se hablará de las Juntas Generales); d) El Alcalde (bandos) y los plenos (ordenanzas y reglamentos) de las Corporaciones locales, NO el presidente. Pueden tenerla las Administraciones Institucionales.

4. Una forma de definir el reglamento viene dada por una concepción delimitadora “negativa” en el sentido de que el reglamento **ni** es ley, fruto del ejercicio de la potestad legislativa, **ni** acto administrativo, fruto del ejercicio de potestad administrativa. Concretando más se puede decir que:

**No es ley** porque: a) son controlados por los Tribunales ordinarios (jurisdicción contencioso-administrativa) [artículo 106 de la CE: “Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa (...)”] No por Tribunal Constitucional (aunque sean inconstitucionales); b) NO expresan la voluntad general porque emanan del gobierno y no de las Cortes generales [que son las que representan al pueblo español ex artículo 66.1º de la CE del que emana los poderes del Estado (artículo 1.2º de la CE)]; c) Supone ejercitar un poder propio –la potestad reglamentaria– y no un poder delegado. Este poder propio se reconoce por la Constitución, de manera expresa al gobierno español ex artículo 97 de la CE e implícita a las Autonomías ex artículos 153.c) y 161.2), o bien por la LBRL a las Corporaciones locales (artículos

4, 22, 33 y 21 de la LBRL]; **d)** Los reglamentos están subordinados jerárquicamente a las leyes y si las vulnera se produce su nulidad de pleno derecho (artículo 62.2 LRJAP); **e)** Mientras hay materia reservada a Ley no puede hablarse de materias reservadas al Reglamento.

**No es un acto administrativo** porque: **a)** No cabe recurso administrativo contra ellos (artículo 107.3º de la LRJAP) pero sí podrán impugnarse los actos concretos dictados en ejecución de un reglamento “Nulo” = **recurso indirecto**; **b)** los actos administrativos no podrán vulnerar lo establecido en un reglamento, aunque hayan sido dictados por órganos de igual o superior jerarquía que el que lo haya aprobado (artículos 23 LG y 52.2º de la LRJAP) = **Inderogabilidad singular de los reglamentos**; **c)** Los reglamentos, al igual que las leyes, son normas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico y con su cumplimiento se reafirman, en cambio, los actos no son normas jurídicas sino que son aplicaciones del ordenamiento jurídico y se agotan con su cumplimiento; **d)** Los reglamentos, al igual que las leyes, son generales –salvo excepciones– pero los actos administrativos son singulares –salvo excepciones–; **e)** los reglamentos se dictan al ejercerse la potestad “reglamentaria”, que no la tiene cualquier órgano de la Administración, pero los actos administrativos se dictan en ejercicio de la potestad “administrativa” que, en el ámbito de su competencia, cualquier órgano administrativo lo tiene (es la forma normal de actuar); **f)** Los reglamentos se derogan o modifican por otros reglamentos posteriores del mismo órgano que los aprobó u otro superior pero no por actos administrativos; **g)** los reglamentos deberán ser publicados en los Boletines que correspondan para producir sus efectos (artículo 52.1º de la LRJPAC) mientras que los actos administrativos deberán notificarse conforme dispone el artículo 58 de la LRJPAC.

Los reglamentos y los actos administrativos tienen en común que para su aprobación necesitan seguir rigurosamente un procedimiento de elaboración cuyo incumplimiento absoluto produce su nulidad (artículos 24 LG y 62 de la LRJPAC) o bien, si no causa indefensión, anulabilidad pero, en todo caso, uno y otro son procedimientos diferentes.

## V. SOBRE LA NATURALEZA DE LA NORMAS FORALES: RANGO LEGAL VERSUS REGLAMENTARIO

1. Con carácter previo, debe hacerse referencia a las normas que emanan de los órganos de los Territorios Históricos y a la distribución de las competencias que se hacen entre ellos. Por su cercanía se usará la normativa del Territorio Histórico de Bizkaia, que viene dada por la vigente Norma Foral 3/1987, de 13 de febrero, sobre elección<sup>3</sup>, organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones forales, pero las conclusiones que se extraigan son extrapolables a cualquiera de los Territorios Históricos Vascos.

En dicha normativa se atribuye a las Juntas Generales la potestad “normativa” y, al respecto, se establece que “las disposiciones de carácter general emanadas de las Juntas Generales, que se denominarán Normas Forales, son superiores en rango a los Decretos de la Diputación

(3) La alusión a “elección” del título de dicha norma foral debe entenderse tácitamente derogada a la vista de la Ley 1/1987, de 27 de marzo, de elecciones para las Juntas generales de los Territorios Históricos de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa, que asume toda competencia relativa a la elección de este órgano foral dejando sin contenido la regulación que la Norma Foral 3/1987 destinaba a tal fin.

Foral. Dichas normas estarán sometidas al control de legalidad”. Posteriormente aquella norma atribuye a la Diputación Foral de Bizkaia la potestad “reglamentaria” y, al establecer una jerarquía normativa entre las distintas disposiciones de carácter general que se pueden dictar en el Territorio Histórico, las normas forales de las Juntas Generales ocupan el primer lugar y le siguen, también de manera jerarquizada, los Decretos Forales de la Diputación Foral, del Diputado General y las Órdenes Forales de los Diputados Forales de los distintos departamentos.

2. Se ha escrito mucho y se ha discutido mucho acerca de la naturaleza jurídica de las normas forales emanadas de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco, sobre todo, en lo referente a si deben considerarse como normas con rango de Ley o si, por el contrario, no son más que meras normas reglamentarias, máxime cuando en materia sobre las que pesa el principio de reserva de ley, por ejemplo, en materia tributaria, se encomienda a las Juntas generales su regulación a través de normas forales. Esta polémica hay que situarla en el peculiar sistema organizativo y competencial de Euskadi, anteriormente perfilado.

Es obvio, y no plantea problema alguno, afirmar que en todas las demás Comunidades Autónomas los únicos órganos con potestad “legislativa”, esto es, capacidad para dictar normas con rango de ley, son sus Asambleas Legislativas, mientras las Diputaciones Provinciales, así como los Ayuntamientos, sólo pueden dictar normas reglamentarias porque estos últimos NO tienen atribuidas competencias sobre materias cuya regulación esté prevista por ley o incluso reservada expresamente a norma de tal rango, según se desprende de los ámbitos competenciales delimitados en la LBRL.

3. En el ámbito de la Comunidad Vasca, como se ha comentado anteriormente, los órganos e instituciones forales ejercen competencias con carácter exclusivo sobre materias cuya regulación, de pertenecer a la esfera autonómica, vendría dada por leyes e incluso sobre algunas de ellas gravita el principio de reserva de ley por mandato constitucional. Por otro lado, en Euskadi, la potestad “legislativa” la ostenta el Parlamento Vasco, tal y como señala el artículo 25.1 del EA y, de manera aun más clara, la LTH al disponer su artículo 6.2 que “en todo caso, la facultad de dictar normas con rango de ley corresponde en exclusiva al Parlamento”. Empero en el ámbito foral tales materias son reguladas por medio de normas forales aprobadas por las Juntas Generales. Se entiende cuál es el problema práctico candente sobre la naturaleza de dichas normas.

4. Existen argumentos de sobra que permiten concluir que las citadas Normas Forales no son normas con rango de ley.

**NI LA CONSTITUCIÓN  
ESPAÑOLA RECONOCE  
EXPRESAMENTE  
COMPETENCIA  
LEGISLATIVA A LOS  
TERRITORIOS HISTÓRICOS  
VASCOS NI TAMPOCO EL  
ESTATUTO DE AUTONOMÍA  
DEL PAÍS VASCO ATRIBUYE  
POTESTAD LEGISLATIVA A  
LAS JUNTAS GENERALES**

En primer lugar, porque ni la CE reconoce expresamente competencia legislativa a los Territorios Históricos vascos (por mucho que la Disposición Adicional Primera prevea la actualización de los derechos históricos forales) ni tampoco el propio EAPV atribuye potestad legislativa a las juntas generales, es más y, como se acaba de adelantar, porque la LTH dispone que el único órgano con potestad “legislativa” es el Parlamento Vasco.

En segundo lugar, y salvo lo que se dirá más adelante, porque las normas forales están sometidas al control de legalidad, y así lo establecen —en términos más o menos similares—, las normas forales de organización, régimen y funcionamiento de cada uno de los Territorios Históricos, lo que viene a afirmar su carácter reglamentario, porque sólo los reglamentos están sometidos al citado control de legalidad, tal y como se desprende del artículo 106.1 de la CE y del artículo 39 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA). Y, por otra parte, porque la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC), al establecer taxativamente las normas que pueden ser objeto de declaración de inconstitucionalidad, no incluye a las normas forales.

5. Sin embargo, se plantea una controversia a fin de encontrar una explicación a cómo es posible que unas normas que carecen de rango legal puedan regular materias, sobre las que los Territorios Históricos tienen competencias exclusivas, con preferencia a cualesquiera otras e incluso a las leyes del Parlamento Vasco (artículo 8.1.º LTH).

Se sostiene que esta situación se soluciona satisfactoriamente aplicando el **principio de competencia**, y no de jerarquía, que también sirve para explicar las relaciones entre las leyes orgánicas y ordinarias, dentro del mismo ordenamiento jurídico español; la relación entre el ordenamiento estatal y el comunitario y, especialmente, entre el sistema jurídico estatal y el autonómico. En suma, las normas forales de los Territorios Históricos del País Vasco son normas reglamentarias, que en virtud del principio de competencia excluyen a todas las demás en la regulación de las materias de su competencia exclusiva. El principio de jerarquía y la superioridad de las leyes sobre los reglamentos van a tener su papel dentro de cada subsistema jurídico, pero no en las relaciones entre ellos, en que sólo debe imperar el principio de competencia.

6. A efectos prácticos, las normas forales cumplen las mismas finalidades que una norma legal o ley, ya que son emitidas por quien, conforme a las distintas Normas Forales de organización, funcionamiento y régimen jurídico, se configura como el órgano máximo de representación y participación popular del Territorio Histórico y es, además, elegido por sufragio universal, libre, directo, secreto y de representación proporcional, esto es, las Juntas Generales. Paradójicamente, el Parlamento Vasco, ni se configura expresamente en el EAPV como órgano representativo del pueblo vasco<sup>4</sup>, ni su composición es proporcional a la población sino que a cada territorio se le ha concedido el mismo peso, 25 escaños, cuando el peso poblacional es muy diverso. Siendo así que si el órgano que representa al pueblo, al ser democráticamente elegido por éste, es lo que caracteriza a un órgano legislativo y, por tal razón, tienen función

(4) En efecto, **el EAPV no dispone que el Parlamento Vasco represente al pueblo vasco**. Esta misma omisión tiene lugar en el Estatuto de Autonomía de Galicia pero en el resto sí se explicita esta representación. Así, por ejemplo, el EA de Andalucía (LO 2/2007, de 19 de marzo) dispone que “El Parlamento de Andalucía representa al pueblo andaluz”; el EA de Aragón (LO 5/2007, de 20 de abril) dice que “Las Cortes de Aragón representan al pueblo aragonés”, etc.

legislativa a diferencia del gobierno que no ostenta dicha representación, cabría decir que en el caso vasco quien tiene más legitimación “legislativa” son las Juntas Generales de los Territorios Históricos que el propio Parlamento autonómico.

Por otra parte, el procedimiento de elaboración formalizado de las normas forales es similar al procedimiento de elaboración y aprobación de las leyes si se repasa la normativa institucional de los Territorios Históricos así como los reglamentos reguladores de sus Juntas Generales.

7. No obstante, por mucho que en la práctica tengan la misma validez y eficacia que las Leyes y por mucho que “el principio de competencia” explique su superioridad frente a cualquier norma estatal o autonómica, se debe señalar que la protección judicial de estas normas forales no ha sido del mismo nivel que el de las “leyes”.

Al ser normas reglamentarias sujetas al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, bien a través del recurso directo contra reglamentos, bien mediante la técnica del llamado recurso indirecto, obviamente, resultan más vulnerables en la medida en que dichos recursos son utilizables por cualquier persona física o jurídica y provoca la debilidad de la garantía constitucional de la foralidad de los Territorios Históricos vascos, a pesar de tener origen en la Disposición Adicional Primera del texto constitucional, en el Estatuto de Autonomía y la legislación posterior de su desarrollo.

Esta fragilidad ha hecho correr ríos de tinta, en especial con las normas forales tributarias, al no encajar su defensa **ni** en la vía del recurso de inconstitucionalidad, al no mencionarse expresamente como objeto del citado recurso así como por la reducida lista de sujetos que el artículo 162 de la CE considera legitimados para su interposición, **ni** en la vía procesal prevista en la LOTC “**en defensa de la autonomía local**”<sup>5</sup> porque una cosa es la autonomía local y otra cosa distinta la autonomía foral, que se predica de cada Territorio Histórico individualmente considerado, mientras que el mecanismo de conflicto en defensa de la autonomía local<sup>6</sup> exige la actuación de consumo de dos de los tres Territorios, que representen, como mínimo, la mitad de la población de los tres.

De *lege ferenda* se podría plantear la posibilidad de conferir rango legal a las normas forales, por lo menos cuando se refieran a esas competencias exclusivas sujetas a la reserva de Ley, así como realizar modificaciones legislativas para que se puedan recurrir ante el Tribunal Constitucional y, así, solventar la debilidad apuntada.

El 1 de abril de 2008 el Parlamento Vasco presentó en el Pleno del Congreso de los Diputados la Proposición de Ley 125/000011, para la modificación parcial de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, en aras a reservar al conocimiento del Tribunal Constitucional, vía recurso o cuestión de inconstitucionalidad, las pretensiones que se deduzcan en relación con las normas forales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Bizkaia que regulen los impuestos concertados que integran el régimen

(5) Lo que contrasta tanto con respecto a las normas tributarias del Estado, que sólo pueden ser impugnadas ante el Tribunal Constitucional, como con la situación de la Comunidad Foral de Navarra que ostenta potestad “legislativa” para regular su régimen “foral” tributario que trae origen, al igual que el de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma Vasca, en la misma Disposición Adicional Primera de la CE.

(6) Durante la tramitación de la LO 7/1999, de 21 de abril, de reforma de la LOTC, que introdujo el mecanismo para la protección de la autonomía local, se planteó una enmienda por el grupo parlamentario del partido nacionalista vasco en el Senado tendente a atribuirle el conocimiento de las impugnaciones que se planteasen contra las normas forales. Pero no prosperó.

del Concierto Económico<sup>7</sup>. El resto seguiría siendo fiscalizado por la jurisdicción contenciosa. Además, se proponía arbitrar un procedimiento en *defensa de la autonomía foral* frente a las normas estatales con rango de ley.

Tras los trámites parlamentarios oportunos dicha proposición se ha plasmado —con las enmiendas pertinentes— en la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, publicada el sábado 20 de febrero de 2010 en el BOE núm. 45, sobre la que más adelante me referiré por cuanto afecta al objeto del presente trabajo y, en especial, a la propuesta para equiparar las normas forales con las disposiciones generales con rango legal.

## **VI. LA REVISIÓN DE REGLAMENTOS O DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL: ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LAS NORMAS FORALES**

1. La revisión de oficio de los reglamentos y disposiciones de carácter general se regula en el artículo 102.2 de la LRJPAC, fruto de su modificación efectuada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, según el cual, “(...) las Administraciones Públicas, en cualquier momento, de oficio y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 62.2”. Lo peculiar de esta vía es la excepción que supone al principio general del derecho privado de que nadie puede ir contra sus propios actos y que, en este ámbito, permite a la Administración ir contra sus propios actos y disposiciones de carácter general o reglamentarios nulos de pleno derecho.

La nulidad debe ampararse, por lo tanto, en el apartado segundo del artículo 62 de la LRJPAC que, al respecto, dispone: “serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior”. Las normas reglamentarias contrarias a la Constitución o a las Leyes siguen siendo, como ya nos consta, nulas de pleno derecho, conforme reconocen de forma explícita los citados preceptos y resulta obligado, so pena de aceptar que la Constitución o Leyes puedan ser desplazadas por un simple Reglamento y que ese desplazamiento de tan graves consecuencias se consolide por la falta de su impugnación dentro de los plazos del recurso que la ley habilita.

Conforme a una doctrina reiterada del Consejo de Estado (por ejemplo, Dictamen de 30 de marzo de 2000), la identificación de los supuestos de nulidad previstos en el artículo 62.2 de la LRJPAC está presidida por un criterio enumerativo, es decir, de identificación de los supuestos que la provocan y que, dada su configuración excepcional, debe ser objeto de una interpretación restrictiva, a los efectos de la aplicación del artículo 102.2 de la LRJPAC, atendiendo a la restricción que de la potestad de revisión de oficio por parte de la Administración hizo la Ley 4/1999. El Consejo, coherente con la doctrina general acuñada sobre la nueva regulación de la potestad de la Administración en cuanto a la revisión de sus disposiciones generales, considera que sólo ante una violación frontal y flagrante del principio de jerarquía normativa

(7) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJE de 11 de septiembre de 2008) ha reconocido la plena compatibilidad del régimen de Concierto Económico con el ordenamiento jurídico comunitario.

afirmado en el artículo 9.2 de la CE, al que se refieren las especificaciones del artículo 62.2, procede la revisión de oficio.

2. No contempla este apartado la posibilidad de que la revisión se efectúe a iniciativa del interesado, en cuanto forma normal de iniciación de los procedimientos administrativos (*ex* artículo 68 de la LRJPAC). Existe una doctrina favorable a su reconocimiento en base a una aplicación analógica de lo dispuesto en el apartado primero del citado artículo 102 de la LRJPAC que sí lo prevé con respecto a la revisión de oficio *de los actos administrativos*. Otro sector doctrinal, por el contrario, considera la nueva redacción del precepto citado, frente a su regulación anterior, una clara intención del legislador de excluirla. Además, añaden estos autores, esta exclusión resulta acorde con la inexistencia de recurso administrativo directo en manos de los particulares para impugnar los reglamentos, tal y como señala el apartado 3º del artículo 107 de la LRJPAC al decir que “Contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa”. Otros autores (*v. gr.*, GARCÍA-ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN-FERNÁNDEZ, Tomás), mostrando su disconformidad con la reforma efectuada, sostienen que cuando la denuncia del interesado identifica una nulidad inequívoca o de seria apariencia la Administración viene “obligada” a revisar la disposición.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 28 de noviembre de 2001 –Jur. Arz. 2730– del año 2002) niega dicha posibilidad aunque reconoce que los particulares puedan actuar por la vía del derecho de petición (artículo 29 de la CE). Tanto el Consejo de Estado como otros órganos consultivos autonómicos (por ejemplo, la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña en su Dictamen 104/2008, de 29 de abril) reconocen que aun mediando petición de parte si la Administración competente la hace suya queda reconvertida la iniciativa y válido el procedimiento de revisión.

3. El requisito procedimental más importante es el dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano equivalente. Como la revisión de oficio supone la expulsión de las disposiciones únicamente por motivos de legalidad, es decir, por nulidad de pleno derecho, el dictamen del Consejo de Estado debe limitarse a esta cuestión sin valorar aspectos de oportunidad y conveniencia (artículo 2.1 de la LOTC). Este informe resulta PRECEPTIVO a tenor del artículo 102 de la LRJPAC y del artículo 22.10 de la LOCE, siendo en concreto su Comisión permanente la que ha de adoptarlo.

Con respecto al significado del carácter FAVORABLE del dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano equivalente la doctrina mayoritaria distingue dos supuestos: a) de ser DESFAVORABLE a la revisión, el informe vincula a la Administración quien no podrá seguir adelante con el procedimiento revisorio. Cuestión distinta

**COMO LA REVISIÓN DE OFICIO SUPONE LA EXPULSIÓN DE LAS DISPOSICIONES ÚNICAMENTE POR MOTIVOS DE LEGALIDAD, ES DECIR, POR NULIDAD DE PLENO DERECHO, EL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO DEBE LIMITARSE A ESTA CUESTIÓN SIN VALORAR ASPECTOS DE OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA**

es que pueda proceder a la derogación pura y simple del reglamento (pero los efectos serán distintos); **b)** de ser FAVORABLE a la revisión, **no** existe vinculación “pudiendo” la Administración hacer lo que crea oportuno (el término “podrá” empleado en la redacción del precepto aparece de este modo perfectamente claro). Se trataría, por tanto, de un informe que la doctrina ha denominado como “informes obstativos” y que el Tribunal Supremo ha calificado como “informes semivinculantes” pues impiden realizar una acción en contra del criterio del órgano consultivo pero no obligan a actuar de acuerdo con dicho criterio.

De la propia literalidad del artículo 102 de la LRJPAC se desprende que el informe no es vinculante para declarar la nulidad porque la expresión que emplea no es la de “dictamen vinculante” sino “dictamen favorable”. Por otra parte, la ausencia de disposición expresa sobre el carácter del dictamen determina, al amparo del artículo 83.1º de la LRJPAC y la regla 2.3º de la LOCE, según el cual sus dictámenes no serán vinculantes salvo que la Ley diga lo contrario, que el dictamen no sea vinculante “en sentido positivo” y, por ello, la Administración puede motivadamente (artículo 54 de la LRJPAC) apartarse del dictamen del Consejo si discrepa de él.

4. Declarada la nulidad de la disposición por la autoridad competente deberá publicarse en el BOE. La LRJPAC no dice nada al respecto. Este requisito se recoge en la Orden de la Presidencia del Gobierno de 12 de diciembre de 1960 (BOE de 17 de diciembre de 1960), por la que se establece el trámite para decidir sobre la nulidad de pleno derecho de disposiciones administrativas y que la Ley 30/1992 no derogó expresamente. Por lo que respecta al procedimiento, en todo lo no previsto expresamente en el artículo 102 de la LRJPAC, resultan de aplicación las reglas generales sobre procedimiento administrativo contenidas en el título VI de dicha ley y, en concreto, la audiencia del interesado.

Las Administraciones públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que procedan si se dan los requisitos que hagan surgir la responsabilidad patrimonial de la Administración<sup>8</sup> (artículos 142.1º y 139.2º LRJPAC) sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos “firmes” dictados en aplicación de ésta.

Tradicionalmente se ha establecido una clara diferencia entre la “derogación” y “la declaración de nulidad” ya que la derogación tienen efectos *ex nunc*, es decir, a partir del momento en que se produce, mientras la declaración de nulidad tiene efectos *ex tunc*, o sea, que los retrotrae al momento en que se dictó el acto declarado nulo quedando sin efecto las situaciones jurídicas que se hubiesen dictado bajo su amparo. Sin embargo, con respecto a las disposiciones de carácter general esta diferenciación se ha diluido pues la LRJPAC prevé, en el apartado 4º del artículo 102, que se mantendrán vigentes los actos firmes dictados bajo su vigencia. Con todo, y a pesar de lo que por razones de seguridad y en garantía de las relaciones establecidas dispone el meritado párrafo 4º, sigue siendo válida la diferencia apuntada entre derogación y declaración de nulidad. En otras palabras, que en el procedimiento de revisión sólo se mantienen los actos dictados al amparo de la disposición declarada nula y que todavía no sean firmes (por no

(8) La existencia de un daño antijurídico, o sea, que el particular no tenga el deber jurídico de soportarlo por disposición legal o vínculo jurídico, individualizado y efectivo –lo que exige probarlo–; evaluable económicamente; acaecido en supuestos que no sean de fuerza mayor (todo hecho imprevisible e inevitable), y siempre que no hubiere prescrito la acción para su reclamación (1 año desde la firmeza de la resolución que declare su nulidad).

haber transcurrido los plazos de impugnación o estar pendientes de resolución los recursos interpuestos contra ellos) mientras que con la derogación se mantienen todos.

5. Se debe tener en cuenta, como ha sostenido el Consejo de Estado en numerosos dictámenes, que las facultades de la revisión –sea de reglamentos o bien de actos administrativos–, no son omnímodas, ni universales, ni eternas. En este sentido hay que tener presente el artículo 106 de la LRJPAC, cuando prevé unas limitaciones al ejercicio de esta potestad por *prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, o su ejercicio sea contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes*. Finalmente, el párrafo 5º del artículo 102 de la LRJPAC establece un plazo de caducidad del procedimiento de revisión –de tres meses– cuando se hubiera iniciado de oficio (opción por la que, como se ha dicho, se ha inclinado el legislador para la revisión de disposiciones administrativas de carácter general).

6. La competencia para resolver el procedimiento revisorio es una cuestión pendiente y bastante discutible, habida cuenta que el artículo 102 de la LRJPAC tan sólo hace referencia al *órgano competente para la revisión de oficio*, de los actos y reglamentos nulos de pleno derecho, pero sin especificar éste para cada Administración Pública.

En el ámbito estatal, para la Administración General del Estado, la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), establece la competencia revisora de **“actos administrativos”** pero hay que considerar (siguiendo a una doctrina mayoritaria) aplicable también a la revisión de los reglamentos o disposiciones de carácter general.

En el ámbito de la Administración autonómica o de sus organismos públicos serán competentes para la revisión de actos y reglamentos los órganos que señalen la correspondiente legislación autonómica de organización, procedimiento y régimen jurídico. Y, si bien es cierto que algunas Comunidades Autónomas así lo han realizado, en la Comunidad Autónoma del País Vasco la Ley 7/1981, de 30 de junio, sobre Ley de Gobierno, no hace atribución expresa a ningún órgano en este tipo de competencia. Una posible solución vendría dada en aplicar supletoria y analógicamente las reglas estatales, buscando en la Administración Autonómica el órgano equivalente al que sería competente en la estatal, o bien, atribuir tal competencia al órgano autonómico a quien se le haya atribuido competencia residual, o sea, competencia para resolver en última instancia los recursos y las reclamaciones administrativas que no correspondan a organismos y autoridades inferiores al Departamento.

En el ámbito de los Territorios Históricos las respectivas normas reguladoras de la organización, funcionamiento y régimen jurídico de las instituciones y órganos forales resuelven de manera distinta la citada competencia revisora. En Álava se atribuye, en todo caso, al Consejo de Diputados. En Guipúzcoa se asigna a cada órgano foral con potestad administrativa con respecto a sus respectivos actos y/o disposiciones. En Bizkaia, al igual que en el ámbito local, no se hace mención expresa a esta competencia cabiendo interpretaciones a favor de unos u otros órganos para llevarlo a cabo<sup>9</sup>.

(9) Para más información vid. “Revisión de oficio de los actos nulos en los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco” de URBANO GÓMEZ, Susana, publicado en la *Revista Actualidad Administrativa* 21/2008 (primera quincena de diciembre), La Ley.

7. Como se ha concluido con anterioridad, las Normas Forales, tal y como se conceptúan en el vigente ordenamiento jurídico, tienen naturaleza reglamentaria. Dado este carácter procede cuestionarse si cualquier revisión que de oficio se pretendiese efectuar de tales disposiciones de carácter general debiera someterse al previsto en el comentado artículo 102.2º de la LRJPAC o no. Ello obliga a preguntarse sobre el ámbito de aplicación objetivo y subjetivo de la citada ley:

7.1. Por lo que se refiere al ámbito de aplicación **objetivo** el artículo 1º de la LRJPAC dispone que: “La presente ley establece y regula las bases del régimen jurídico, el procedimiento administrativo común y el sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas, siendo aplicable a todas ellas”. En el reparto competencial que la Constitución lleva a cabo entre el Estado y las Comunidades Autónomas se establece, en el artículo 149.1.18º de la CE, como competencia exclusiva del Estado: “Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas”.

Como sostiene el Tribunal Constitucional no es competencia exclusiva del Estado regular todo el procedimiento administrativo sino el que debe ser común y haya sido establecido como tal. Lo común se ha venido perfilando a lo largo de distintas sentencias como la estructura general del iter procedimental”, esto es, todo lo relativo a la elaboración, requisitos de validez y eficacia, medios de revisión, ejecución e impugnación de los actos administrativos y garantías de los ciudadanos respecto a la actividad administrativa. La existencia de una regulación del procedimiento administrativo común no impide la regulación por las Comunidades Autónomas de procedimientos específicos en razón de materias cuya competencia corresponde a la propia Comunidad Autónoma porque, según el citado Tribunal, no se puede disociar la norma sustantiva de procedimiento, por lo que también ha de ser posible que las Comunidades Autónomas dicten las normas de procedimiento necesarias para la aplicación de su derecho sustantivo (vid. Exposición de Motivos de la LRJPAC). Esta postura jurisprudencial resulta válida con respecto al ejercicio de las competencias que con carácter exclusivo ostentan en titularidad los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma Vasca.

7.2. Por lo que se refiere al ámbito de aplicación **subjetivo** debe comentarse que a los efectos de esta LRJPAC se entiende por Administraciones Públicas: **a)** La Administración General del Estado; **b)** Las Administraciones de las Comunidades Autónomas, y **c)** Las Entidades que integran la Administración Local. Por su parte, la Disposición Adicional Decimosexta de la meritada ley, a efectos de su aplicación en la Comunidad Autónoma del País Vasco, dispone que “se entenderá por Administraciones públicas las Diputaciones Forales y las Administraciones institucionales de ellas dependientes, así como las Juntas Generales de los Territorios Históricos en cuanto dicten actos y disposiciones en materia de personal y gestión patrimonial sujetos al derecho público”<sup>10</sup>.

(10) La adecuada interpretación de esta Disposición Adicional Decimosexta de la LRJPAC debe hacerse de manera sistemática con la Disposición Adicional Primera de la LJCA en la que se introdujo un precepto de carácter similar, en cuanto a la fiscalización contencioso-administrativa de los actos emanados de las Juntas Generales de los Territorios Históricos. La redacción originaria fue modificada en el Senado. Con esta disposición se afirma la condición de “Administración Pública”

Esta Disposición Adicional tiene una gran relevancia por cuanto no se encontraba en el proyecto de ley remitido por el Gobierno a las Cortes Generales y es fruto de una enmienda planteada por el grupo parlamentario del partido nacionalista vasco. Algún autor considera que el propósito de esta Disposición Adicional es atribuir a las Juntas Generales el carácter de órgano legislativo y a las Normas Forales por ellas emanadas el carácter de normas con naturaleza similar a la de la Ley, excluyendo su configuración como Administración Pública a las primeras y del carácter reglamentario a las segundas. Por ello se utiliza la fórmula que en otras leyes se aplica a los actos de personal y de gestión patrimonial de las Cortes Generales, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

En una interpretación literal del precepto, si las Juntas Generales sólo tienen el carácter de Administraciones Públicas respecto de estos actos, parece que quiere decirse que en lo demás, es decir, en sus funciones principales, tienen una naturaleza distinta a la administrativa. De hecho, las normas reguladoras de los territorios Históricos identifican a la “Diputación Foral” con la “Administración Foral” y en la regulación de ésta no se menciona a las Juntas Generales como parte de su estructura. Es más, en el territorio Histórico de Álava existen dos normas forales diferenciadas para regular una y otra institución foral: Por un lado, la Norma Foral 52/1992, de 18 de diciembre, de organización, funcionamiento y régimen jurídico de la Diputación Foral de Álava, que regula el mentado órgano foral y, por otro, la Norma Foral de 7 de marzo de 1983, sobre organización institucional del Territorio Histórico de Álava, destinado a regular las Juntas Generales. La normativa de los tres territorios históricos enumeran los órganos superiores de la Administración foral sin mencionar, en ningún momento, a las Juntas generales quienes gozan, además, de autonomía presupuestaria y de gestión patrimonial.

La Disposición Adicional cobra sentido si se tiene en cuenta que, efectivamente, las Juntas Generales pueden adoptar otro tipo de resoluciones en ejercicio de competencias o funciones que las normativas forales de cada territorio le atribuyen, diferente al ejercicio de la potestad normativa, y que adoptan otra denominación distinta a la de “Norma Foral” (v.gr., en el Territorio Histórico de Bizkaia se denominan “acuerdos”).

A la vista de la citada Disposición Adicional Decimosexta, y sin pretender cuestionar su naturaleza jurídica, resulta claro que al reflejar las Normas Forales el ejercicio por las Juntas Generales de la potestad normativa respecto a competencias que con carácter exclusivo la normativa vigente atribuye a los Territorios Históricos vascos, quedan fuera del ámbito de aplicación de la LRJPAC.

de la Diputación Foral, que es realmente el único órgano ejecutivo de los Territorios Históricos, pero excluye a las Juntas Generales excepto sobre los actos estrictamente administrativos (en materia de personal y gestión patrimonial).

**SEGÚN EL TC, NO SE PUEDE DISOCIAR LA NORMA SUSTANTIVA DE PROCEDIMIENTO, POR LO QUE TAMBIÉN HA DE SER POSIBLE QUE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS DICTEN LAS NORMAS DE PROCEDIMIENTO NECESARIAS PARA LA APLICACIÓN DE SU DERECHO SUSTANTIVO**

8. Visto que las Normas Forales quedan excluidas del ámbito de aplicación de la LRJPAC y que su procedimiento de elaboración y aprobación es similar al de las leyes, debe reconocerse que su revisión no se realiza conforme al procedimiento contemplado en la citada ley estatal sino que se lleva a cabo mediante su “derogación” con la aprobación de otra Norma Foral posterior que bien tácita o expresamente la deje sin vigor. Se trataría, en definitiva, de aplicar lo dispuesto en el apartado 2º del artículo 2º del CC, que dice: “Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. (...)”.

El efecto típico que se desprende de todo acto de derogación expresa consiste en la “cesación de la eficacia” de la ley derogada, o sea, que deja de producir efectos pero se mantienen los actos que bajo su vigencia se hubieren adoptado. Se trata de una cuestión de eficacia y no de validez. En este punto, se pone de relieve una nueva diferencia entre la revisión de oficio de las normas forales frente a la de cualquier otra disposición de carácter general que, como se ha dicho, por razones de seguridad, mantiene vigente sólo los actos “firmes” aprobados bajo su amparo mientras que la “derogación” no produce efectos sobre el pasado (principio de irretroactividad) y mantiene, por tanto, vigentes todos los actos y situaciones jurídicas nacidas bajo su vigencia –firmes o no–.

9. En este apartado relativo a la revisión de las Normas Forales, como se ha podido apreciar, se pretende encontrar una muestra más de su consideración como norma con una categoría jurídica particular y *sui generis*, que no puede ser catalogada como simplemente reglamentaria, lo que abundaría en las consideraciones que a lo largo del presente artículo se han tenido ocasión de apuntar sobre la naturaleza de tales normas y, por ello, avalaría la necesaria reforma legislativa al objeto de respetar la naturaleza jurídica propia de su contenido material.

## VII. BREVE REFLEXIÓN SOBRE LA LEY ORGÁNICA 1/2010, DE 19 DE FEBRERO, DE MODIFICACIÓN DE LAS LEYES ORGÁNICAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL PODER JUDICIAL

El 19 de febrero de 2010 se aprobó la anunciada Ley Orgánica 1/2010, de modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial. El objetivo de esta ley ha sido dispensar una protección al sistema fiscal vasco encomendando su control judicial al Tribunal Constitucional, como ocurre con las normas fiscales del Estado o de cualquier otra Comunidad Autónoma (que adopta la forma de ley), y no a los tribunales del orden contencioso-administrativo y, además, establecer un mecanismo de conflictos en defensa de la foralidad vasca frente a normas estatales con rango de ley, al igual que en su día se hiciera de la autonomía local. A tal fin, procede a realizar las modificaciones de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del poder judicial así como de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

A la vista de las reformas efectuadas en las citadas leyes se pueden extraer claramente dos consideraciones: a) En primer lugar, que únicamente se reside en el Tribunal Constitucional la impugnación de normas forales de naturaleza **fiscal** cuando lo cierto es que en el elenco

de competencias que con carácter exclusivo ostentan los Territorios Históricos existen materias, además de la fiscal, sobre las que gira también el principio de reserva de ley, como, por ejemplo, la regulación de los bienes de dominio público y comunales [vid. artículo 7.a).7 de la LTH; artículo 132.1º de la CE]; b) En segundo lugar, se arbitra un recurso (y cuestión) en defensa de estas normas forales fiscales paralelo al “inconstitucional”, que sigue reservándose para las normas con rango de ley, sin que se les dote de dicha naturaleza a las normas forales, todo lo contrario, se reafirma su condición de disposiciones generales de rango inferior a ley tanto en la redacción del mismo preámbulo como en las modificaciones de las leyes estatales afectadas.

Si bien la reforma comentada debe ser estudiada de manera más profunda, lo que desbordaría el objeto del presente artículo, resulta concluyente que se ha desaprovechado una oportunidad para defender la fuerza normativa superior de las normas forales en general en aras a dispensar una protección constitucional a las normas fiscales que, por referirse a una materia con un relevante peso “económico” y gravemente atacada ante los tribunales, merecía en este momento ser atendida.

### VIII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ALONSO ARCE, Iñaki: “Naturaleza de las Normas Forales de los territorios históricos del País Vasco y su posición en el ordenamiento jurídico”, publicado en *Forum Fiscal de Bizkaia*, septiembre 1998.

ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, (VVAA), tomo VIII, Edersa, Cortes Generales, Madrid, 1996.

AYALA MUÑOZ, José María: *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contenciosa-administrativa de 1998*, (VVAA), 3ª ed., Thomson, Madrid, 2007.

— *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo*, Aranzadi, 4ª ed., Navarra, 2008.

Consulta a la página web: <http://narros.congreso.es/constitucion/index.htm>.

ETXEBERRÍA MONASTERIO, José Luis (Letrado/Jefe Diputación Foral de Bizkaia): “En defensa del blindaje de las normas forales tributarias”, publicado en la *Revista Forum Fiscal de Bizkaia*, junio 2008.

FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel: *El control jurisdiccional de los reglamentos: procedimiento administrativo, judicial y potestad reglamentaria*, Atalier, Barcelona, 2002.

GARCÍA-ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN-FERNÁNDEZ, Tomás: *Curso de derecho administrativo*, vols. I y II, 14ª ed., Civitas, Madrid, 2008.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco: *Revisión de la actividad de la Administración: Procedimientos de revisión y recursos administrativos y contencioso-administrativos*, Comares, Granada, 2005.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, tomo II, 4ª ed., Thomson, Madrid, 2007.

- LARRAZABAL BASÁÑEZ, Santiago: *Contribución a una teoría de los derechos históricos vascos*, IVAP, Bilbao, 1997.
- LINDE PANIAGUA, Enrique: *Procedimientos, actos y recursos administrativos: cuestiones prácticas*, 3ª edición, Colex, Madrid, 2008.
- MELERO ALONSO, Eduardo: *Reglamentos y disposiciones administrativas: análisis jurídico y práctico*, Lex Nova, Valladolid, 2005.
- MEMENTO PRÁCTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO 2007-2008: Ediciones Francis & Taylor, Madrid, Marginales 8.715 y siguientes.
- MESEGUER YEBRA, Joaquín: *La revisión de oficio de los actos administrativos nulos de pleno derecho y de las disposiciones administrativas*, Bosch, Barcelona, 2000.
- MORENO MOLINA, José Antonio: *Procedimiento y proceso administrativo práctico*, La Ley, Madrid, 2006.
- PARADA VÁZQUEZ, José Ramón: *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- RODRIGO RUIZ, Marco Antonio: *Las fuentes del derecho financiero en la Comunidad Autónoma del País Vasco*, (Capítulo V), Dijusa, Madrid, 2006.
- SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *Consejo de Estado. Función consultiva y reforma constitucional*, Reus, Madrid, 2007.
- URBANO GÓMEZ, Susana: "Revisión de oficio de los actos nulos en los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco", publicado en la *Revista Actualidad Administrativa*, 21/2008 (primera quincena de diciembre), La Ley.

# La protección extrajudicial de los datos personales en la actividad de la Administración electrónica

CARMEN MARÍA ÁVILA RODRÍGUEZ

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Administrativo  
Universidad de Málaga

## Resumen

### LA PROTECCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LOS DATOS PERSONALES EN LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

*Si por un lado las nuevas tecnologías son una herramienta fundamental para la modernización de las Administraciones Públicas, en su faceta menos noble puede ser una fuente de conflictos entre la Administración y los ciudadanos respecto a la defensa del derecho de autodeterminación informativa y de protección de los datos personales, pudiendo con ello aumentar el número de recursos que los ciudadanos pueden interponer ante los Tribunales.*

*En este artículo se estudia la figura del Defensor del Usuario de la Administración Electrónica, la institución de la Agencia Española de Protección de Datos y la Institución del Defensor del Pueblo. Analizamos las tres Instituciones que garantizan el derecho a la protección de datos buscando respuesta a la pregunta de si ¿pueden considerarse autoridades de control encaminadas a proteger los datos personales de los ciudadanos en el desarrollo de la actividad administrativa?*

## Abstract

### TÍTULO EN INGLÉS

*On one hand, new technologies are a fundamental tool for the modernization of Public Administration. Its negative side is that it can*

*be a source of conflict between the authorities and the public about defending the right informational self-determination and protec-*

tion of personal data. Thus, it can increase the number of resources that citizens may bring before the courts.

This article examines the user's ombudsman of e-Government; the Spanish Agency for Data Protection and the Spanish Ombuds-

man. Finally, we analyze the three institutions that guarantee the same right looking for answers to questions. May be considered supervisors to protect the personal data of citizens in the development of management activity?

## Sumario:

### **I. Introducción y justificación del estudio. II. La implantación y el arraigo de los medios informáticos y de las tecnologías de la información y la comunicación**

**en la actividad de las Administraciones Públicas.** A) La promoción de los medios informáticos en la relación entre el ciudadano y la Administración pública.

B) Apunte sobre dos preocupaciones: la brecha digital y la privacidad de los datos

### **III. El límite constitucional al uso de la informática: el derecho fundamental a la autodeterminación informativa.**

A) La previsión constitucional y la interpretación del Tribunal Constitucional. B) El desarrollo legislativo del artículo 18.4 de la CE.

### **IV. Instituciones de garantía del derecho a la autodeterminación informativa.**

A) La incipiente figura del Defensor del Usuario de la Administración Electrónica: su origen, naturaleza y régimen jurídico. B) Naturaleza y régimen jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos. C) Naturaleza y régimen jurídico del Defensor del Pueblo.

D) La competencia de la Agencia Española de Protección de Datos de recepción de peticiones y reclamaciones. E) Competencias del Defensor del Pueblo: la tramitación

de quejas de los ciudadanos. F) Las relaciones del Defensor del Pueblo y la Agencia

Española de Protección de Datos. **V. Conclusiones.**

## **I. INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO**

La Constitución impone a las Administraciones Públicas que actúen con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho y entre los principios que han de inspirar su actuación se encuentran los de eficacia y eficiencia que concretados en el actuar común y natural de las Administraciones Públicas ha de tener su manifestación más importante en el procedimiento administrativo. Como respuesta a este mandato constitucional el legislador de Cortes Generales, en su obligación también de trasponer Directivas Europeas, está consolidando una política de fomen-

to en la implantación de la progresiva utilización de los medios electrónicos y de la Sociedad de la Información en el ámbito del sector público dando como resultado el reconocimiento general del derecho del ciudadano de acceder electrónicamente a las Administraciones Públicas.

El uso y la aplicación de las tecnologías de la información y las comunicaciones hacen posible acercar la Administración a los ciudadanos y con ello el legislador remueve el obstáculo que para la participación en la vida política, social y económica supone la barrera que levanta el tiempo y el espacio en la relación del ciudadano con la Administración, es decir, disminuye la distancia entre la Administración y el ciudadano y disminuye el tiempo que hay que dedicar a la relación con ella para la realización de muchos trámites de la vida diaria.

Estas condiciones permiten también a los ciudadanos ver a la Administración como una entidad a su servicio y no como una burocracia pesada que empieza por exigir, siempre y para empezar, el sacrificio del tiempo y del desplazamiento que impone el espacio que separa el domicilio de los ciudadanos y empresas de las oficinas públicas. Pero, además de eso, las nuevas tecnologías de la información facilitan, sobre todo, el acceso a los servicios públicos a aquellas personas que antes tenían grandes dificultades para llegar a las oficinas públicas, por motivos de localización geográfica, de condiciones físicas de movilidad u otros condicionantes, y que ahora se pueden superar por el empleo de las nuevas tecnologías.

No obstante, la eficacia tecnológica de la Administración debe tener como límites los marcados en el ordenamiento jurídico y en especial el pleno respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Mientras el impulso de la Administración electrónica se ha llevado a cabo al amparo de la regulación general sobre procedimiento administrativo, la disciplina sobre protección de datos de carácter personal no ha prestado la debida atención a la informatización de la Administración Pública, especialmente teniendo en cuenta las nuevas posibilidades que ofrecen los desarrollos tecnológicos en los últimos años, el gran volumen de datos personales que se han incorporado y se seguirán incorporando a los ficheros de titularidad pública y el intenso tráfico que de dichos datos va a establecerse entre las Administraciones Públicas con objeto de cumplir sus respectivas competencias y dar satisfacción a los intereses generales.

Si por un lado las nuevas tecnologías son una herramienta fundamental para la efectiva descentralización administrativa y para la modernización de las Administraciones Públicas, en su faceta menos noble puede ser una fuente de conflictos entre la Adminis-

**LA EFICACIA  
TECNOLÓGICA DE LA  
ADMINISTRACIÓN DEBE  
TENER COMO LÍMITES  
LOS MARCADOS EN EL  
ORDENAMIENTO JURÍDICO  
Y EN ESPECIAL EL PLENO  
RESPECTO A LOS DERECHOS  
FUNDAMENTALES DE LOS  
CIUDADANOS**

tración y los ciudadanos respecto a la defensa del derecho de autodeterminación informativa y de protección de los datos personales, pudiendo con ello aumentar el número de recursos que los ciudadanos pueden interponer ante los Tribunales y teniendo como consecuencia el efecto de agravar el colapso de la jurisdicción contencioso-administrativa y relativizar la justicia de la Administración de Justicia.

En este estudio se analizan las reformas legislativas de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, especialmente de sus artículos 38, 45 y 59 y la aprobación de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos en cuanto que cobertura legal y fuente de obligaciones de las Administraciones Públicas respecto al uso de la informática. Con posterioridad se analiza el artículo 18.4 de la Constitución y la interpretación que de éste ha efectuado el Tribunal Constitucional y su desarrollo legislativo. El análisis de este precepto constitucional tiene por objetivo resaltar que nos encontramos ante el reconocimiento de un derecho fundamental a la determinación autoinformativa que se configura como límite del uso de la informática y que por tanto requiere de unas garantías y técnicas de protección. Finalmente se analizan las Instituciones del Defensor del Usuario de la Administración Electrónica, de la Agencia Española de Protección de Datos y del Defensor del Pueblo. En el primer caso, por ser el órgano administrativo que crea la Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos para garantizar los derechos reconocidos en su artículo 6, entre ellos el derecho a la garantía de la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones Públicas y el derecho a respetar el consentimiento del ciudadano cuando las Administraciones Públicas recaben informaciones sobre datos de carácter personal con el objeto de hacer real y efectivo el derecho a no aportar los datos y documentos que obren en poder de las Administraciones Públicas; en el segundo caso, por ser la Institución que el legislador ordinario ha diseñado para la protección de los datos personales en desarrollo del mandato del artículo 18.4 de la Constitución y en el tercero de los casos, por ser el Defensor del Pueblo el Alto Comisionado de las Cortes Generales el encargado de tutelar los derechos del Título I de la Constitución y para ello poder supervisar la actuación de las Administraciones Públicas. En definitiva, analizamos las tres Instituciones que garantizan un mismo derecho buscando respuesta a unas preguntas: ¿Pueden considerarse autoridades de control encaminadas a proteger los datos personales de los ciudadanos en el desarrollo de la actividad administrativa? ¿Son garantías extrajudiciales que pueden contribuir a disminuir el colapso de los Tribunales y por tanto a mejorar la Administración de Justicia?

## **II. LA IMPLANTACIÓN Y EL ARRAIGO DE LOS MEDIOS INFORMÁTICOS Y DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN EN LA ACTIVIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

### **A) La promoción de los medios informáticos en la relación entre el ciudadano y la Administración Pública**

La Exposición de Motivos de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, la Ley 30/1992), puso de manifiesto la importancia de la utilización por las Administraciones Públicas de las técnicas

electrónicas, informáticas y telemáticas y en tal sentido afirmaba con énfasis que la ley se abría “decididamente a la tecnificación y modernización de la actuación administrativa en su vertiente de producción jurídica y a la adaptación permanente al ritmo de las innovaciones tecnológicas”<sup>1</sup>. Muestra de ello es la redacción del artículo 45 de dicha ley, pieza angular del proceso de incorporación y validación de las citadas técnicas, que impone a las Administraciones Públicas la obligación de impulsar el empleo y aplicación de las técnicas y de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, respetando las limitaciones que la Constitución y las Leyes fijan para la utilización de estos medios<sup>2</sup>. Consecuencia de dicho impulso, la ley reconoce que los documentos emitidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas, cualquiera que sea su soporte, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozan de la validez y eficacia de documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado.

Con posterioridad, la Ley 30/1992 fue modificada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que vino a añadir dos nuevos apartados: el apartado nueve al artículo 38 y el apartado tres del artículo 59<sup>3</sup>. En el primero, se regulaba la creación de los registros telemáticos para la recepción o salida de solicitudes, escritos y comunicaciones que se transmitían por medios telemáticos. A tenor del artículo, los registros telemáticos sólo estaban habilitados para la recepción o salida de las solicitudes, escritos y comunicaciones relativas a los procedimientos y trámites de la competencia del órgano o entidad que creó el registro y que se especificaban en la norma de creación de éste, así como que cumplieran con los criterios de disponibilidad, autenticidad, integridad, confidencialidad y conservación de la información que igualmente se señalaran en la citada norma. Además de ello, los registros telemáticos tenían que permitir la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones todos los días del año durante las veinticuatro horas y a efectos de cómputo de plazos, la recepción en un día inhábil para el órgano o entidad se entendía efectuada en el primer día hábil siguiente.

En el apartado tres del artículo 59 se regulaban, *ex novo*, cuestiones relativas a la notificación condicionando que la práctica de la notificación estuviera supeditada a que el interesado hubiera señalado dicho medio como preferente o consentida expresamente su utilización, identificando además la dirección electrónica correspondiente, que debería cumplir con los requisitos reglamentariamente establecidos. En estos casos, la notificación se entendía practicada a todos los efectos legales en el momento en que se produjera el acceso a su contenido en la dirección electrónica. Cuando, existiendo constancia de la recepción de la notificación en la dirección electrónica, hubieran transcurrido diez días naturales sin que se accediera a su contenido, se entendía que la notificación había sido rechazada, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se comprobara la imposibilidad técnica o material del acceso.

(1) Vid. AGIRREAZKUENAGA, I. y CHINCHILLA, C.: “El uso de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en el ámbito de las Administraciones Públicas”, REDA, núm. 109, 2001, págs. 35-59.

(2) A este respecto, vid. SÁNCHEZ BLANCO, A.: *Internet, Sociedad, Empresa y Poderes Públicos*, Comares, Granada, 2000.

(3) En relación al marco normativo en esta materia, vid. SANZ LARRUGA, F.J.: “Una aproximación sistémica al régimen jurídico de las administraciones electrónicas”, en ALENZA GARCÍA, F.J. y RAZQUÍN LIZARRAGA, J.A. (dir.): *Organización y procedimientos administrativos: libro homenaje al profesor Francisco González Navarro*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, págs. 251-260.

Sin embargo, el legislador de Cortes Generales considerando que el desarrollo de la Administración electrónica era insuficiente y, en buena parte, identificando la causa de ello en que las previsiones de los artículos 38, 45 y 59, antes mencionados, de la Ley 30/1992 eran facultativas, es decir, que se dejaba en manos de las propias Administraciones determinar si los ciudadanos iban a poder de modo efectivo, o no, relacionarse por medios electrónicos con ellas, según que éstas quisieran poner en pie los instrumentos necesarios para esa comunicación con la Administración, aprueba la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos<sup>4</sup>. En esta ley el legislador manifiesta su voluntad rotunda de dar el paso del “podrán” al “deberán” y consagra la relación de los ciudadanos con las Administraciones Públicas por medios electrónicos como un derecho de los ciudadanos y como una obligación correlativa para tales Administraciones.

Entre las importantes aportaciones de la ley hay que destacar que se regulan los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas a través de medios electrónicos, entre ellos el derecho de acceso a la información administrativa<sup>5</sup>, y para garantizar el pleno ejercicio de los derechos, se establece la obligación de las Administraciones de habilitar diferentes canales o medios para la prestación de los servicios electrónicos. Correlativamente se establece la obligación de cada Administración de facilitar a las otras Administraciones los datos de los interesados que se le requieran y obren en su poder, en la tramitación de un procedimiento, siempre que el interesado preste su consentimiento expreso, el cual podrá emitirse y recabarse por medios electrónicos, al objeto de que los ciudadanos no deban aportar datos y documentos que están en poder de las Administraciones Públicas.

Esta Ley regula el régimen jurídico de la Administración Electrónica<sup>6</sup>. Se configura la sede electrónica, como dirección electrónica cuya gestión y administración corresponde a una Administración Pública funcionando con plena responsabilidad respecto de la integridad, veracidad y actualización de la información y los servicios a los que puede accederse a través de ella, dejando que en la normativa de desarrollo de la Ley, cada Administración determine los instrumentos de creación de las sedes electrónicas. Se regulan las formas de identificación y autenticación, tanto de los ciudadanos como de los órganos administrativos en el ejercicio de sus competencias, siendo destacable que se habilitan distintos instrumentos de acreditación. Sin perjuicio de la obligación para cualquier Administración de admitir los certificados electrónicos reconocidos en el ámbito de la Ley de Firma Electrónica, el Documento Nacional

(4) Publicado en el BOE de 23 de junio de 2007. La LAECAP ha sido dictada en virtud de la competencia estatal contenida en el artículo 14.1.18ª. Sobre este texto legal, vid. VALERO TORRIJOS, J.: “La nueva regulación legal del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en el ámbito administrativo: ¿el viaje hacia un nuevo modelo de Administración, electrónica?”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 35, 2007, págs. 207-246. Vid. GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J.: *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Thomson-Aranzadi, 2007.

(5) Respecto a las condiciones en que debe estar ofrecida la información vía telemática, vid. VALERO TORRIJOS, J.: “Los desafíos jurídicos de la Administración Pública electrónica: a propósito del Plan Info XXI”, en DAVARA RODRÍGUEZ, M.A. (coord.): *Quince años de encuentros sobre informática y Derecho (1987-2002)*, tomo II, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2002 y “El derecho de acceso a la información administrativa mediante sistemas informáticos y telemáticos”, en *Administración, archivos y ciudadanos. Acerca de la restricción del acceso telemático a la información en función de la posición jurídica de quien formula la solicitud*, vid. FERNÁNDEZ SALMERÓN, M.: “El acceso a los archivos y registros administrativos: perspectiva telemática de un derecho contemporáneo”, en DAVARA RODRÍGUEZ, M.A. (coord.), *Quince años...*, ob. cit., págs. 618 y 619.

(6) En relación a la delimitación conceptual del término “Administración electrónica”, vid. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: “Administración electrónica: origen, definición institucional y contexto actual”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 14, 2007 y VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen jurídico de la e-Administración*, Comares, Granada, 2004.

de Identidad electrónico está habilitado con carácter general para todas las relaciones con las Administraciones Públicas<sup>7</sup>.

En la Ley se regulan los registros, comunicaciones y notificaciones electrónicas. Se establecen las condiciones para reconocer la validez de un documento electrónico, se regula todo el sistema de copias electrónicas, tanto las realizadas a partir de documentos emitidos originariamente en papel, como las copias de documentos que ya estuvieran en soporte electrónico y las condiciones para realizar en soporte papel copia de originales emitidos por medios electrónicos o viceversa. Se desarrolla la regulación de los procedimientos administrativos utilizando medios electrónicos y los criterios a seguir en la gestión electrónica, guardando un cierto paralelismo con la regulación que encontramos en la Ley 30/1992. Así, se regulan la iniciación, instrucción y terminación de procedimientos por medios electrónicos.

### B) Apunte sobre dos preocupaciones: la brecha digital y la privacidad de los datos

La política de fomento de desarrollo de la Sociedad de la Información que se viene impulsando en nuestro país en los últimos años<sup>8</sup>, como respuesta al impulso comunitario a la iniciativa e-Europa y a los compromisos comunitarios y a las iniciativas europeas puestas en marcha a partir de Consejo Europeo de Lisboa y Santa Maria da Feira y como resultado de todo ello el reconocimiento general del derecho de acceder electrónicamente a las Administraciones Públicas y por tanto la progresiva utilización de los medios electrónicos, puede tener una consecuencia negativa si no llega a todos en la medida de sus necesidades y carencias: El aumento de las desigualdades sociales y la consolidación de la llamada brecha digital<sup>9</sup>. El legislador parece ser consciente de ello y en la Exposición de Motivos de la Ley 11/2007, de 22

**LOS DATOS QUE SE FACILITAN EN RELACIÓN CON UN EXPEDIENTE CONCRETO, ARCHIVADOS DE FORMA ELECTRÓNICA COMO CONSECUENCIA DE SU PROPIO MODO DE TRANSMISIÓN HACEN EMERGER EL PROBLEMA DE SU USO POR OTROS SERVICIOS DE LA ADMINISTRACIÓN EN OTRO EXPEDIENTE**

(7) Acerca de la firma electrónica, vid. MARTÍNEZ NADAL, A.: Comentarios a la Ley 59/2003, de firma electrónica, Thomson-Civitas, Madrid, 2004; MAGÁN PERALES, J.M.A.: "La nueva Administración pública electrónica, las relaciones electrónicas entre la Administración y el ciudadano. Especial referencia a la firma electrónica", en PUNZÓN MORALED A, J. (coord.): Administraciones Públicas y nuevas tecnologías, Lex Nova, Valladolid, 2005; VALERO TORRIJOS, J. y SÁNCHEZ MARTÍNEZ, D.: "Protección de datos personales, DNI-e y prestación de servicios de certificación: ¿un obstáculo para la e-Administración?", Datospersonales.org. Revista de la Agencia Española de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, núm. 25, 2007, y MORCILLO MORENO, J.: "La identidad digital mediante el Documento Nacional de Identidad electrónico", en J. PUNZÓN MORALED A (coord.): Administración Pública y nuevas tecnologías, Lex Nova, Valladolid, 2005, pág. 293.

(8) Vid. RIVERO ORTEGA, R.: El expediente administrativo. De los legajos a los soportes electrónicos, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

(9) Sobre el concepto de brecha digital y aspectos teóricos, vid. SERVON, L.: Bridging the Digital Divide. Technology, community and public policy, Inglaterra: Blackwell Publishing, 2002; HOFFMAN, D.L, NOVAK, T.P y SCHLOSSER, A.E.: The evolution of the digital divide: Examining the relationship of race to internet access and usage over time. En Compaine, B. Digital Divide, Cambridge, Massachussets: The MIT Press, 2001; BAIGORRI, A.: "La fractura Digital", I Congreso Mundial de Alfabetización Tecnológica, Cáceres, 2000; MATTELART, A.: Historia de la Sociedad de la Información, Barcelona, Paidós, 2001, y CARRACEDO VERDE, J.D.: Jerarquías y desigualdades en el diseño de las Sociedades de la Información: Explorando la estratificación digital, 2003.

de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, afirma que el uso de medios electrónicos no puede significar merma alguna del derecho del interesado en un expediente a acceder a él en la forma tradicional, así como tampoco puede suponer un freno o un retraso para que la Administración internamente adopte los mecanismos más adecuados, en este caso los medios electrónicos, que le permiten mejorar procesos y reducir el gasto público.

El legislador se muestra preocupado en conjugar ambos requerimientos y, en este sentido, impone a la Administración el deber de incorporar las nuevas tecnologías a su funcionamiento interno y, simultáneamente, el deber de garantizar que aquellos ciudadanos que por cualquier motivo, ya sea la no disponibilidad de acceso a las nuevas tecnologías, la falta de formación o la existencia de alguna discapacidad, no puedan acceder electrónicamente a la Administración Pública, puedan disponer de los medios adecuados para seguir comunicándose con la Administración con los mismos derechos y garantías.

A juicio del legislador la solución a ese doble objetivo pasa por la formación del personal al servicio de la Administración que atiende al público para que hagan posible la comunicación de estos ciudadanos con la Administración Electrónica, por la disponibilidad de puntos de acceso electrónico públicos en sedes administrativas y por establecer las previsiones generales que sean garantía de los derechos de los ciudadanos y de un tratamiento igual ante todas las Administraciones.

Por otro lado, el gran volumen de datos personales que se han incorporado y se seguirán incorporando a los ficheros de titularidad pública y el intenso tráfico que de dichos datos va a establecerse entre las Administraciones Públicas con objeto de cumplir sus respectivas competencias y dar satisfacción a los intereses generales pueden implicar otro riesgo: la cuestión de la privacidad<sup>10</sup> de unos datos que se facilitan en relación con un expediente concreto pero que, archivados de forma electrónica como consecuencia de su propio modo de transmisión, hacen emerger el problema de su uso no en el mismo expediente en el que es evidente, desde luego, pero, sí la eventualidad de su uso por otros servicios o dependencias de la Administración o de cualquier Administración o en otro expediente.

A este respecto, no podemos olvidar que la modernización de las Administraciones Públicas y la exigencia del principio de eficacia y eficiencia obliga a las Administraciones Públicas a unas pautas de conducta que conlleven la simplificación de la gestión documental de manera que se reduzcan los trámites que debe realizar el ciudadano de cara al suministro de la información requerida para que aquéllas adopten sus decisiones, tanto si ésta procede de la propia Administración encargada de la tramitación, como de otra distinta e, incluso, de particulares<sup>11</sup>. Para lograr el objetivo de reducción de la carga documental frente a las Administraciones Públicas

(10) Sobre el derecho a la intimidad y el derecho a la privacidad, vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, tomo I, 3ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs. 1067 y 1068.

(11) Sobre la simplificación en general puede consultarse, entre otros y a partir de la destacada experiencia italiana, VANDELLI, L. y GARDINI, G. (al cuidado de): *La semplificazione amministrativa*, Maggioli, Rimini, 1999. Sobre la simplificación documental, en la que la trayectoria italiana es asimismo muy relevante, puede acudir a los siguientes trabajos: AA.VV.: *La documentazione amministrativa*, Maggioli, Rimini, 2001 y CIERCO SEIRA, C.: "La reducción de la carga de presentación de documentos ante la Administración Pública", *Administración de Andalucía, Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 48, 2002, págs. 389-435.

las tecnologías de la información y la comunicación son un instrumento decisivo, y una de las fórmulas para su consecución es la adopción de medidas estandarizadas que faciliten el intercambio de información entre las diferentes instituciones públicas. Así pues, la transferencia telemática de información constituye un instrumento esencial para lograr una mayor eficacia en la actividad de las modernas Administraciones Públicas y, en concreto, para hacer efectivo no sólo el derecho a no presentar documentos que ya obren en poder de la Administración actuante, consagrado, por la Ley 30/1992 de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 35.f), sino también el reciente derecho de los ciudadanos, reconocido en el artículo 6.2.b) de la Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, a no aportar los datos y documentos que obren en poder de las Administraciones Públicas, debiendo éstas utilizar medios electrónicos para recabar la información siempre que cuenten con el consentimiento de los interesados o que una norma legal así lo establezca<sup>12</sup>.

La privacidad queda también afectada en otros supuestos. Las Administraciones Públicas actúan bajo el amparo de un deber legal de colaboración imprescindible y por ello, en múltiples situaciones y para dar respuesta al cumplimiento de sus competencias, requieren inexcusablemente manejar información de carácter personal y, por lo tanto, proceder a la interconexión entre bases de datos diversas y heterogéneas en cuanto a su contenido y finalidad y gestionar numerosas bases de datos propias y acceder a las mantenidas por terceros. Ello puede convertirse en un auténtico peligro por cuanto permite crear perfiles personales de forma sencilla, al menos para quien pueda tener acceso a esas múltiples fuentes informativas<sup>13</sup>. La respuesta del legislador para controlar estos riesgos no ha sido todo lo contundente que debiera. La eficacia tecnológica de la Administración debe tener como límite los marcados en el ordenamiento jurídico y en especial el pleno respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Pero mientras el impulso de la Administración electrónica se ha llevado a cabo al amparo de la regulación general sobre procedimiento administrativo y la normativa sobre firma electrónica, la disciplina sobre protección de datos de carácter personal no ha prestado la debida atención a la informatización de la Administración Pública, especialmente teniendo en cuenta las nuevas posibilidades que ofrecen los desarrollos tecnológicos en los últimos años. Ni la inicial Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, Reguladora del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD) ni su sucesora, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), contienen una regulación sistemática y plenamente adaptada a las singularidades propias de la información en el sector público y, especialmente, de las Administraciones Públicas, ya que, por lo que hace a

(12) Para analizar las diferencias entre la simple comunicación de datos y las transferencias de datos, vid. FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. y VALERO TORRIJOS, J.: "Protección de datos y Administración electrónica", *Revista Española de Protección de Datos*, núm. 1, 2006, págs. 115-141. Sobre este tema, vid. PÉREZ VELASCO, M.M.: "Intercambio de datos entre Administraciones Públicas", *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 2, 2006, quien considera que "la generalización del consentimiento de la persona concernida parece una garantía totalmente insuficiente en ausencia de una regulación equilibrada y general de las interconexiones de bases de datos"; Vid. SALERNOU VIÑOLAS, A.: "Los datos personales como límite a la reutilización de la información del sector público", en CERRILLO I MARTÍNEZ, A. y GALÁN GALÁN, A. (coords.): *La reutilización de la información del sector público*, Comares, Granada, 2006.

(13) Vid. FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. y VALERO TORRIJOS, J.: "Protección de datos y Administración electrónica", *Revista Española de Protección de Datos*, núm. 1, 2006, págs. 115-141. Sobre el conflicto que plantea el uso de cookies por las Administraciones públicas y la voluntariedad del tratamiento de información que conllevan, vid. VALERO TORRIJOS, J.: "El uso de cookies por las Administraciones Públicas: ¿una vulneración de la normativa sobre protección de los datos personales?", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 3, 2003, págs. 176 y 177 y GRIMALT SERVERA, P. y PAYERAS CAPELLA, M.: "Una primera aproximación sobre la legalidad del tratamiento de datos personales mediante cookies", *Actas del I Simposio español de negocio electrónico (SNE'01)*, Fundación Dintel, 2001, págs. 101 y 102.

esta última, los preceptos que específicamente dedica a los ficheros de titularidad pública se conciben, simplemente, como excepciones limitadoras de las garantías del titular y ni siquiera están en concordancia con la disciplina que regula el derecho de acceso a la información administrativa en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas<sup>14</sup>. La reciente Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a las Administraciones Públicas tampoco muestra una especial sensibilidad por ofrecer una protección adecuada de este derecho fundamental, limitándose genéricamente a reconocerlo en los términos de la LOPD y a exigir el consentimiento expreso del titular para hacer efectivo el consistente en no presentar documentos que obren en poder de las Administraciones Públicas, de manera que la información se intercambie por medios telemáticos entre los diversos órganos y entidades implicadas<sup>15</sup>. La propia Exposición de Motivos de la Ley afirma que “las normas de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, deben bastar, y no se trata de hacer ninguna innovación al respecto, pero sí de establecer previsiones que garanticen la utilización de los datos obtenidos de las comunicaciones electrónicas para el fin preciso para el que han sido remitidos a la Administración”.

### III. EL LÍMITE CONSTITUCIONAL AL USO DE LA INFORMÁTICA: EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

#### A) La previsión constitucional y la interpretación del Tribunal Constitucional

La Constitución Española de 1978 no podía desconocer los avances técnicos, de ahí que su artículo 18.4 establezca que “La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”<sup>16</sup>. El Tribunal Constitucional, intérprete supremo de la Constitución, tal y como proclama el artículo 1º de su Ley Orgánica, ha interpretado que el artículo 18.4 “(...) no sólo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática, sino que consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona, pertenezcan o no al ámbito más

(14) Sobre la regulación jurídica contradictoria de la protección de datos, vid. MURILLO DE LA CUEVA, P.L.: “Perspectivas del derecho a la autodeterminación informativa”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 5, 2007, págs. 18-32 y CASTELLS ARTECHE, J.M.: “Derecho de la intimidad y procesos informáticos: análisis de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre (LORTAD)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 39, 1994, págs. 249-278.

(15) En cuanto a la protección de datos de carácter personal, vid. FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. y VALERO TORRIJOS, J.: “La publicidad de la información administrativa en Internet: implicaciones para el derecho a la protección de datos personales”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 26, 2005, págs. 77-126; y GUICHOT REINA, E.: *Publicidad registral y derecho a la privacidad. Una necesaria conciliación*, Fundación Registral, Madrid, 2006.

(16) Sobre la tramitación parlamentaria, vid. SAINZ MORENO, F.: *Trabajos Parlamentarios de la Constitución Española*, Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1989; MURILLO DE LA CUEVA, P.L.: “La Constitución y el derecho a la autodeterminación informativa”, *Cuadernos de derecho público*, núms. 19-20, 2003, págs. 27-44. MURILLO DE LA CUEVA, P.L.: “La construcción del derecho a la autodeterminación informativa”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 4, 1999, págs. 35-60; MURILLO DE LA CUEVA, P.L.: “Las vicisitudes del derecho de la protección de datos personales”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 58, 2, 2000, págs. 211-242 y SOUVIRON MORENILLA, J.M.: “En torno a la juridificación del poder informativo del Estado y el control de los datos por la Administración Pública”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 40, 1994, págs. 121-190.

estricto de la intimidad, para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos”<sup>17</sup>.

La peculiaridad del medio informático y las innumerables posibilidades de su uso, y no el almacenamiento en sí de los datos de las personas en soportes reducidos es lo que representa una verdadera amenaza para la intimidad, el honor y el pleno ejercicio de los derechos. Con anterioridad, el tratamiento manual de los datos en soporte de papel no representaba una amenaza tan seria, pero con el uso de la informática, ágil, rápida y en la que no existen fronteras de espacio y tiempo, la capacidad de almacenar y relacionar los datos, tanto nacional como internacionalmente, ha introducido una nueva perspectiva en la protección y ha hecho necesario instituir un nuevo y moderno sistema de garantías, porque si de hecho en la sociedad han evolucionado los medios de intromisión en los derechos de las personas, un ordenamiento jurídico dinámico y eficaz ha de hacer evolucionar también sus instrumentos legales de tutela<sup>18</sup>.

En este contexto no podemos olvidar que la sociedad actual y los poderes públicos exigen disponer de información sobre los ciudadanos para el efectivo cumplimiento y satisfacción de los fines sociales, evitando en todo momento las utilizaciones abusivas, desviadas e indeseadas de los datos. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional<sup>19</sup> cuando afirma que “toda la información que las Administraciones Públicas recogen y archivan ha de ser necesaria para el ejercicio de las potestades que les atribuye la ley, y ha de ser adecuada para las legítimas finalidades previstas por ella. (...) Los datos que conservan las Administraciones son utilizados luego por sus distintas autoridades y organismos en el desempeño de sus funciones, desde el reconocimiento del derecho a prestaciones sanitarias o económicas de la Seguridad Social hasta la represión de las conductas ilícitas, incluyendo cualesquiera de la más variopinta multitud de decisiones con que los poderes públicos afectan a la vida de los particulares”<sup>20</sup>. Esta

**SI DE HECHO EN LA SOCIEDAD HAN EVOLUCIONADO LOS MEDIOS DE INTROMISIÓN EN LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS, UN ORDENAMIENTO JURÍDICO DINÁMICO Y EFICAZ HA DE HACER EVOLUCIONAR TAMBIÉN SUS INSTRUMENTOS LEGALES DE TUTELA**

(17) Vid. STC 94/1998, de 9 de junio, BOE de 9 de septiembre, FJ 6°. Véanse también la STC 144/1999, de 22 de julio, BOE de 26 de agosto, FJ 8° y la STC 233/2005, de 26 de septiembre, BOE de 28 de octubre, FJ 4°, entre otras.

(18) Sobre la tarea del TC de extender la tutela a determinadas zonas del Derecho no expresamente consideradas en las correspondientes Constituciones para que los ciudadanos no queden desprotegidos en sus intereses esenciales, vid. el voto particular que formuló el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la Sentencia 290/2000, de 30 de noviembre.

(19) STC 254/1993, de 20 de julio, BOE de 18 de agosto, FJ 7°. Para un análisis más profundo de esta sentencia, vid. ARROYO YANES, L.M.: “El derecho de autodeterminación informativa frente a las Administraciones Públicas (comentario a la STC 254/1993, de 20 de julio)”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 16, 1993, págs. 119-140 y GONZÁLEZ MURÚA, A.R.: “Comentario a la STC 254/1993, de 20 de julio, algunas consideraciones en torno al artículo 18.4 de la Constitución y la protección de los datos personales”, *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, núms. 6-7, 1994, págs. 203-248.

(20) Esta referencia a los datos obtenidos por y para las Administraciones públicas es un elemento clave en nuestro trabajo de investigación porque en él nos centramos en el control que realiza la Administración sobre los datos personales, recordemos que, por un lado, el Defensor del Pueblo tiene la misión de defender los derechos comprendidos en el

interpretación ha de ser completada con la idea que el mismo Tribunal reconoció en una Sentencia posterior: “que el principio cardinal de la protección de datos como es la congruencia y la racionalidad de su utilización, exige una nítida conexión entre la información personal que se recaba y trata informáticamente y el legítimo objetivo para el que se solicita y, en consecuencia, prohíbe tajantemente el uso de los datos para finalidades distintas de las que motivaron su recogida”<sup>21</sup>.

## B) El desarrollo legislativo del artículo 18.4 de la CE

La Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, al amparo de su Disposición Transitoria Primera extendía su ámbito de protección a los supuestos contemplados en el artículo 18.4 de la Constitución en tanto no se promulgara una ley que los desarrollara. La ley tardó diez años en ver la luz y el 29 de octubre de 1992 emana de las Cortes Generales la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (en adelante, LORTAD) que posteriormente fue derogada por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos (en adelante, LOPD).

El legislador ha configurado en el Título III de la LOPD el Derecho fundamental a la autodeterminación informativa con el siguiente contenido: controlar el flujo de informaciones que conciernen a una persona, pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad, para preservar el pleno ejercicio de sus derechos. Este control se materializa en el derecho de información, el derecho de acceso, el derecho de rectificación, el derecho de oposición, el derecho de cancelación de los datos y en su posibilidad de exigir el cumplimiento de la legislación vigente ante la institución de garantía que contempla la LOPD, así como denunciar la vulneración de su derecho y las infracciones cometidas por los responsables de ficheros.

Lo primero que tenemos que destacar es la aplicación de la LOPD tanto a los ficheros de titularidad pública como a los ficheros de titularidad privada. Aunque a ambos se les ha reconocido en el Título IV un Capítulo propio para regular su régimen jurídico de creación, modificación o supresión y la comunicación de datos junto a especificidades propias del funcionamiento de ambos sectores, el resto del articulado de la Ley, como son las Disposiciones Generales, los Principios de protección, el reconocimiento de los Derechos de las personas, las previsiones de movimiento internacional de datos, la tutela de la Agencia Española de Protección de Datos, y las infracciones y sanciones con algunas peculiaridades, son de aplicación a ambos sectores, rompiendo, como aprecia PÉREZ LUÑO, con la trayectoria del Consejo de Europa de establecer normas de tutela diferentes para cada sector<sup>22</sup>. Por las excesivas excepciones al sistema general que la Ley establece en atención a la titularidad pública de los ficheros, la LOPD ha sido acusada

Título I de la Constitución y para ello podrá supervisar la actuación de la Administración Pública y, por otro lado, el ámbito de aplicación de la Ley orgánica de protección de Datos, y por tanto las facultades y potestades de la Agencia Española de Protección de Datos, se extiende tanto a los ficheros de titularidad privada como a los de titularidad pública aunque nosotros nos centraremos en estos últimos.

(21) STC 94/1998, de 9 de junio, BOE de 9 de septiembre, FJ 4º.

(22) Vid. PÉREZ LUÑO, A.E.: “Los Derechos Humanos en la Sociedad tecnológica. Libertad informática y leyes de protección de datos personales”, *Cuadernos y Debates*, núm. 21, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 137-213.

de permisiva y favorecedora de las Administraciones Públicas frente a las cuales no ha diseñado una verdadera técnica de protección con lo que se puede constatar que de existir anteriormente una regulación aplicable sólo al sector público, hoy se han invertido los términos configurándose una regulación que si teóricamente es aplicable a ambos sectores, el público y el privado, en la práctica su cumplimiento se hace más exigente y más gravoso en el sector privado<sup>23</sup>.

El Capítulo I del Título IV de la LOPD diseña el régimen jurídico específico de los ficheros de titularidad pública en cuanto a la creación, modificación o supresión (artículo 20); la comunicación de datos entre las Administraciones Públicas (artículo 21); los ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (artículo 22); las excepciones a los derechos de acceso, rectificación y cancelación (artículo 23), y otras excepciones a los derechos de los afectados (artículo 24). También será de aplicación a las Administraciones Públicas, no sólo el artículo 32, ubicado en el Capítulo II, que establece el régimen jurídico de los ficheros de titularidad privada, en cuanto que contempla la figura de los Códigos Tipo como códigos deontológicos o de buena práctica profesional que podrán formalizarse por los responsables de tratamientos de titularidad pública mediante acuerdos sectoriales y convenios administrativos, sino también el Título V en relación a los movimientos internacionales de datos, y respecto al Título VII relativo a la tipificación de infracciones y sanciones, habrá que tener en cuenta que respecto a las Administraciones Públicas las cuestiones relativas a las sanciones no será de aplicación, como explicaremos posteriormente.

#### IV. INSTITUCIONES DE GARANTÍA DEL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

Tanto el Defensor del Pueblo como la Agencia Española de Protección de Datos se configuran como instituciones de garantía de los derechos contenidos en el derecho de la autodeterminación informativa; en el primer caso, nos encontramos con el Alto Comisionado de las Cortes Generales nombrado por éstas para la tutela de los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución, entre los que se encuentra el artículo 18.4, en atención al mandato constitucional del artículo 54 ubicado en el Capítulo IV del Título I que se denomina “De las garantías y derechos fundamentales”, y, en el segundo caso, nos encontramos con la Autoridad de Control de garantía institucional del derecho fundamental del artículo 18.4 de la Constitución, creada por el legislador estatal habilitado por la normativa europea<sup>24</sup>.

Además de estas dos instituciones que vamos a analizar, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos ha creado la figura del Defensor del Usuario, que atenderá las quejas y realizará las sugerencias y propuestas pertinentes para mejorar las relaciones de ciudadanos en su trato con las Administraciones Públicas por medios electrónicos. Vamos a analizar las peculiaridades de esta figura en primer lugar.

(23) Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.: “La nueva Ley de Protección de Datos de Carácter Personal de 13 de diciembre de 1999. Su porqué y sus principales novedades”, *Actualidad Informática Aranzadi*, núm. 34, 2000 y VALERO TORRIJOS, J. y LÓPEZ PELLICER, J.A.: “Algunas consideraciones sobre el Derecho a la Protección de los datos personales en la actividad administrativa”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 59, 2001, págs. 255-288.

(24) Sobre los hitos internacionales en materia de protección de datos, vid. ONU: Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las minorías; Estudio de los principios rectores pertinentes a la utilización de ficheros computadorizados de datos personales. Informe final presentado por el Sr. Louis Joinet, Sess. 36 Doc. E/CN.4/Sub.2/1983/18, de 30 de junio de 1983. Este informe fue revisado en 1990.

### A) La incipiente figura del Defensor del Usuario de la Administración Electrónica: su origen, naturaleza y régimen jurídico

Es el artículo 7 de la Ley 11/2007 de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, el que crea la figura del Defensor del Usuario de la Administración Electrónica como defensor de los derechos de los ciudadanos que están enumerados en el artículo 6 de la mencionada ley. Esta figura se crea para el ámbito de la Administración General del Estado, sin perjuicio de las competencias atribuidas en este ámbito a otros órganos o entidades de derecho público<sup>25</sup>.

Varias cuestiones hay que señalar de este primer apartado del artículo 7. En primer lugar, no siempre estuvo prevista la creación de esta figura en los orígenes de la ley, mientras el borrador del anteproyecto de Ley de Administración Electrónica, en el artículo 7, preveía la creación del Defensor del Usuario de la Administración electrónica<sup>26</sup>, finalmente el proyecto de ley presentado por el Consejo de Ministros eliminó esta figura y cuando regulaba la defensa de los derechos de los ciudadanos, en el artículo 7, se refería exclusivamente a las Inspecciones Generales de Servicios de los departamentos ministeriales<sup>27</sup>. En el Borrador del Anteproyecto de Ley al Defensor del Usuario se le encomendaba la función de velar por los derechos reconocidos específicamente a los ciudadanos en la Ley, para ello debía atender las quejas que se produjeran por la vulneración de dichos derechos y en consecuencia efectuaría las sugerencias y propuestas pertinentes. En el Anteproyecto de ley presentado a las Cortes las Inspecciones Generales de Servicios de los Departamentos Ministeriales eran las encargadas de velar por el respeto de los derechos reconocidos a los ciudadanos atendiendo para ello las quejas y sugerencias recibidas por los propios ciudadanos, y proponiendo las actuaciones y medidas a adoptar en relación a garantizar dichos derechos.

(25) Sobre el régimen jurídico de esta figura, vid. COTINO HUESO, L.: “El Defensor del Usuario de la Administración Electrónica y sus posibilidades de futuro (el artículo 7 LAE)”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.): *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Aranzadi, 2007, pág. 564.

(26) Artículo 7 del Borrador del Anteproyecto de Ley de la Administración electrónica: “Artículo 7. Defensor del usuario de la Administración Electrónica.— 1. En la Administración General del Estado se crea la figura del Defensor del usuario de la Administración electrónica que velará de los derechos reconocidos específicamente a los ciudadanos en la presente Ley, atenderá las quejas que se produzcan por la vulneración de dichos derechos y efectuará las sugerencias y propuestas pertinentes, en la forma y con los efectos que reglamentariamente se determinen. 2. El Defensor del usuario de la Administración Electrónica será nombrado por el Consejo de Ministros a propuesta del Ministerio para las Administraciones Públicas, entre personas de reconocido prestigio en la materia. Dependerá orgánicamente del Ministro para las Administraciones Públicas y desarrollará sus funciones con imparcialidad e independencia funcional, para lo cual se le dotará de los medios necesarios para su funcionamiento”. Para ver el borrador del anteproyecto consultar la página web siguiente:

[http://www.map.es/iniciativas/mejora\\_de\\_la\\_administracion\\_general\\_del\\_estado/moderniza/Administracion\\_Electronica/parrafo/00/documentos/borrador\\_anteproyecto\\_LAE\\_v1.0\\_final.pdf](http://www.map.es/iniciativas/mejora_de_la_administracion_general_del_estado/moderniza/Administracion_Electronica/parrafo/00/documentos/borrador_anteproyecto_LAE_v1.0_final.pdf)

(27) Artículo 7 del Proyecto de Ley para el Acceso Electrónico de los Ciudadanos a las Administraciones Públicas: “Artículo 7. Defensa de los derechos de los ciudadanos.—1. En la Administración General del Estado, las Inspecciones Generales de Servicios de los Departamentos Ministeriales velarán por el respeto de los derechos reconocidos en la presente Ley a los ciudadanos, sin perjuicio de las competencias atribuidas en este ámbito a otros órganos o entidades de derecho público. 2. La Comisión Coordinadora de las Inspecciones generales de servicios de los departamentos ministeriales realizará, en este ámbito, las funciones de coordinación que tiene encomendadas en virtud del Real Decreto 3063/1978, de 10 de noviembre. 3. La Inspección General de Servicios de la Administración Pública elaborará, con carácter anual, un informe que se elevará al Consejo de Ministros. Dicho informe contendrá un análisis de las quejas y sugerencias recibidas así como la propuesta de las actuaciones y medidas a adoptar en relación con lo previsto en el apartado 1 de este artículo. Vid. BOCG. Congreso de los Diputados, núm. A-116-1, de 15 de diciembre de 2006, pág. 9.

En segundo lugar, la Ley de acceso electrónico a los servicios públicos ha previsto la figura del Defensor del Usuario para garantizar los derechos de los ciudadanos reconocidos en la Ley, sin perjuicio de las competencias atribuidas en este ámbito a otros órganos o entidades de derecho público. Cuando la ley se refiere a “... otros órganos...” interpretamos que se trata de las Inspecciones Generales de los Servicios de los Departamentos Ministeriales y la Inspección General de Servicios de la Administración Pública, a las que la ley les reconoce la posibilidad de recibir quejas y sugerencias de los ciudadanos. A este respecto nos preguntamos si estamos ante un caso del artículo 11.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común y se está creando un órgano administrativo que supone la duplicación de otro ya existente con las mismas funciones y competencias<sup>28</sup>. Cuando el texto legal hace referencia a “... otras entidades de Derecho Público...” se trata de la Agencia Española de Protección de Datos<sup>29</sup>, ente de derecho público según el artículo 35.1 de la LOPD, que, como veremos, tiene encomendada la protección de los datos de carácter personal y también recibe quejas de los ciudadanos. A nuestro juicio, falta en la ley una mención expresa a la figura del Defensor del Pueblo, pues no se puede englobar esta institución en la expresión “... otras entidades de Derecho Público...” al tratarse, como veremos, del Alto Comisionado de las Cortes Generales designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución.

Ello nos lleva directamente a otra cuestión: ¿qué derechos debe garantizar el Defensor del Usuario de la Administración Electrónica? El artículo 6 de la Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, reconoce una amplia enumeración de derechos a los interesados de un procedimiento administrativo electrónico que son análogos a los contenidos en el artículo 35 de la Ley 30/1992, pero además el apartado 2.i) reconoce el derecho a la garantía de la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones Públicas. Este derecho, como hemos visto, se encuentra en directa conexión con el derecho a la autodeterminación informativa. Podemos afirmar que existe una identidad respecto a los derechos a defender o garantizar por parte del Defensor del Usuario, de la Agencia Española de Protección de Datos y del Defensor del Pueblo.

(28) Artículo 11.3 de la LRJAD y PAC: “No podrán crearse nuevos órganos que supongan duplicación de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de éstos”.

(29) La referencia de la Agencia Española de Protección de Datos se incorpora en función a la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en su artículo 79 que establece que la Agencia Española de Protección de Datos pasa a denominarse Agencia Española de Protección de Datos y las referencias a la Agencia Española de Protección de Datos realizadas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, así como en las normas a las que se refiere su Disposición Transitoria Tercera y cualesquiera otras que se encuentren en vigor deberán entenderse realizadas a la Agencia Española de Protección de Datos.

**LA LEY DE ACCESO  
ELECTRÓNICO A LOS  
SERVICIOS PÚBLICOS HA  
PREVISTO LA FIGURA DEL  
DEFENSOR DEL USUARIO  
PARA GARANTIZAR  
LOS DERECHOS DE  
LOS CIUDADANOS  
RECONOCIDOS EN LA LEY,  
SIN PERJUICIO DE LAS  
COMPETENCIAS DE OTROS  
ÓRGANOS**

En cuanto a la forma de designación del Defensor del Usuario la Ley ha previsto que sea nombrado por el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Administraciones Públicas entre personas de reconocido prestigio en la materia, quedando integrado en el Ministerio de Administraciones Públicas. Aunque la Ley le impone la obligación de desarrollar sus funciones con imparcialidad e independencia funcional, su forma de designación no parece muy apropiada para ello<sup>30</sup>. Es interesante destacar que en la tramitación parlamentaria de la Ley se contemplaron otras formas de designación y otra dependencia orgánica pues la enmienda número 90 proponía la adición de un nuevo artículo 6 bis al Proyecto de ley cuya rúbrica era: "Defensor del Usuario de la Administración Electrónica". Entre las peculiaridades que presentaba destacamos la forma de designación, pues se diseñaba que fuera nombrado y cesado por el Consejo de Ministros a propuesta del Defensor del Pueblo, de quien dependería orgánicamente, desarrollando sus funciones con imparcialidad e independencia funcional, para lo cual se le dotaría de los medios necesarios para su funcionamiento. Evidentemente esta enmienda fue aceptada parcialmente pues sirvió para recuperar la figura del Defensor del Usuario que aparecía en el borrador del anteproyecto de ley, pero no en el proyecto de ley, pero quedó rechazada la forma de designación que proponía, pues no puede una ley ordinaria entrar a regular cuestiones relativas al Defensor del Pueblo porque el artículo 54 de la Constitución establece una reserva de ley orgánica para regular dicha institución.

En cuanto a los resultados de la actividad del Defensor del Usuario éstos se manifiestan, según el artículo 7 de la Ley, en la formalización de propuestas y medidas y en la elaboración de un informe anual que elevará al Consejo de Ministros y remitirá al Congreso de los Diputados. El informe contendrá un análisis de las quejas y sugerencias recibidas así como las propuestas de las actuaciones y medidas a adoptar por la Administración en relación a garantizar los derechos reconocidos en la Ley. El apartado tercero del artículo le impone la obligación a las Inspecciones de los Servicios de asistir al Defensor del Usuario en la elaboración del informe. Ésta ha sido una solución intermedia de las alternativas que se propusieron en la tramitación parlamentaria de la Ley. Mientras que en el borrador del anteproyecto no se preveía que el resultado de la actuación del Defensor del Usuario se plasmara en un informe, el texto final del Proyecto de ley, que, recordemos, hizo desaparecer la figura del Defensor del Usuario, encomendaba la obligación de realizar el informe a la Inspección General de Servicios de la Administración Pública que debía presentarlo únicamente ante el Consejo de Ministros<sup>31</sup>. La enmienda número 91 mantenía la obligación de elaboración del informe por la Inspección General de Servicios de la Administración Pública, pero proponía que fuera remitido, no sólo al Consejo de Ministros sino también a las Cortes Generales y al Defensor del Usuario con la finalidad de ampliar el ámbito de información<sup>32</sup>. Finalmente fue la Comisión con competencia legislativa plena la que aprobó el texto definitivo tal y como se encuentra regulado por la ley<sup>33</sup>. Hacemos una objeción a esta cuestión del informe. A tenor del precepto legal, parece

(30) Vid. BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-116-7, de 13 de marzo de 2007, págs. 66 y 67.

(31) Vid. [http://www.map.es/iniciativas/mejora\\_de\\_la\\_administracion\\_general\\_del\\_estado/moderniza/Administracion\\_Electronica/parrafo/00/document\\_es/borrador\\_anteproyecto\\_LAE\\_v1.0\\_final.pdf](http://www.map.es/iniciativas/mejora_de_la_administracion_general_del_estado/moderniza/Administracion_Electronica/parrafo/00/document_es/borrador_anteproyecto_LAE_v1.0_final.pdf) y vid. BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-116-1, de 15 de diciembre de 2006, pág. 9.

(32) La enmienda fue presentada por el Partido popular en el Congreso. Vid. BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-116-7, de 13 de marzo de 2007, pág. 66.

(33) Vid. BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-116-9, de 24 de abril de 2007, pág. 144.

que el informe se remite al Congreso de los Diputados por el Defensor del Usuario pero lo realiza la Inspección General de Servicios de la Administración Pública, si tenemos en cuenta que el Defensor es un órgano administrativo incardinado en el Ministerio de Administraciones Públicas, nos preguntamos si no sería mejor que fuera el propio Ministro de Administraciones Públicas, como responsable del departamento ministerial, quien remitiera el informe y además quien compareciera ante el Congreso de los Diputados. Por otro lado, encontramos de nuevo una identidad absoluta entre el proceder del Defensor del Pueblo, como analizaremos posteriormente, y el proceder del Defensor del usuario que nos lleva de nuevo a plantearnos la oportunidad de creación de esta última institución.

Respecto a la propuesta que formula el Defensor del Usuario de las actuaciones y medidas a adoptar por la Administración en relación a garantizar los derechos reconocidos en la Ley, a tenor de la redacción del artículo 7 parece ser que no son más que recomendaciones que carecen de toda obligatoriedad para los órganos administrativos a los que vayan destinadas. De nuevo identidad absoluta entre el Defensor del Pueblo y entre el Defensor del Usuario.

No obstante, quedan muchos puntos del régimen jurídico de esta figura por matizar, de ahí que la Ley haga una remisión al Ejecutivo y le encomienda que reglamentariamente determine el estatuto del Defensor del Usuario de la Administración Electrónica, así como la regulación de sus relaciones con las Inspecciones Generales de Servicios de las Administraciones Públicas.

### **B) Naturaleza y régimen jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos**

La Agencia Española de Protección de Datos se configura como un Ente de Derecho Público que ha de ejercer sus funciones con plena independencia. Este recurso al Ente de Derecho Público para constituirse como “Administración independiente” queda completamente desvirtuado por los siguientes preceptos: “La Agencia ejercerá sus funciones por medio del Director, a cuyo efecto los actos del Director se consideraran actos de la Agencia” (artículo 2.3 del EAEPD); “Corresponde al Director de la Agencia Española de Protección de Datos dictar las resoluciones e instrucciones que requiera el ejercicio de las funciones de la Agencia” (artículo 12.2 del EAEPD)<sup>34</sup>. Ello que por sí no presenta ninguna objeción, sí llega a constituirse en tal cuando observamos la forma de designación y el cese del Director de la Agencia, aspecto este de nuestra legislación muy debatido y criticado.

Respecto al régimen jurídico aplicable a la Agencia Española de Protección de Datos se rige en primer lugar por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos cuyos artículos reguladores del régimen jurídico de la Agencia son prácticamente fiel reproducción de la normativa anterior salvo pequeñas modificaciones<sup>35</sup>; por el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos aprobado por el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo (en adelante, EAEPD), modificado por el Real Decreto 156/1996, de 2 de febrero, y por el Real Decreto 1665/2008, de 17 de octubre.

Retomando la cuestión relativa a la forma de designación y el cese del Director de la AEPD, el Director es nombrado por el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de

(34) Sobre la naturaleza jurídica de la Agencia, *vid.* el Fundamento jurídico 8º de la STC 290/2000, de 30 de noviembre.

(35) La ley ha sido desarrollada por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

Justicia, de entre los miembros del Consejo Consultivo<sup>36</sup>. Su nombramiento, como se puede observar, es decisión exclusiva del Gobierno puesto que ningún otro órgano participa. Con el mismo espíritu se redacta el cese y la separación que se realizará cuando el propio Director lo pida o solicite, o cuando lo acuerde el Gobierno, previa instrucción de expediente, en el que necesariamente serán oídos los restantes miembros del Consejo Consultivo, por incumplimiento grave de sus obligaciones, incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función, incompatibilidad o condena por delito doloso<sup>37</sup>. El trámite de audiencia a los miembros del Consejo Consultivo no tiene más efectos jurídicos prácticos que ser preceptivo, ya que respecto a los efectos de controlar la decisión del Gobierno de cese, por ejemplo, cuando aprecie incumplimiento grave de sus obligaciones, son nulos ya que en ningún caso la Ley prevé que la audiencia tenga carácter vinculante. Esta determinación legal de las causas de cese anticipado no acredita en modo alguno que la separación del Director de la Agencia responda a criterios estrictamente objetivos. Lo acertado hubiera sido que la responsabilidad en el cese correspondiera a una instancia diferente a la gubernativa, garantizando de esta forma que la independencia plena en el desarrollo de sus funciones predicada en el artículo 36 de la LOPD y en el artículo 16 del EAEPD fuera real y efectiva.

Si a la forma de designación y cese le sumamos que su mandato coincide con el mandato del Gobierno aún se hace más patente la duda de la dependencia respecto de la Administración. Esta duda que en nada beneficia a la Agencia podría haberse superado desde el principio con la aprobación de la LORTAD o con posterioridad en su modificación que ha dado lugar a la LOPD. Ya en los trámites parlamentarios de la LORTAD las numerosas y variadas enmiendas formuladas tenían el denominador común de entender que el sistema de designación previsto en el proyecto no garantizaba la independencia del Director y lo estigmatizaba *ab origine*. Por esta razón se ofrecían sistemas alternativos que reducían la intervención del Gobierno e iban desde dotar de mayor protagonismo al Consejo Consultivo, siendo éste el que realizara la designación y limitando la actuación del Gobierno a un mero refrendo, hasta establecer una forma de designación análoga a la establecida por el Defensor del Pueblo y por tanto siendo el Director nombrado por las Cortes Generales en virtud de acuerdo adoptado por el voto favorable de las tres quintas partes de los miembros del Congreso y, con posterioridad, en un plazo máximo de veinte días, fuera ratificado por esa misma mayoría en el Senado, en primera votación y, si no se obtuviese, por mayoría simple en segunda votación<sup>38</sup>. Si en este momento, 1992, la duda de dependencia era una sospecha, en el momento de la reforma, 1999, ya se había constatado como un hecho tras la puesta en práctica y funcionamiento de la Agencia, pero el legislador ha permanecido inamovible en su voluntad y ha desaprovechado la oportunidad de garantizar realmente la independencia del Director de la Agencia y por ende de la Agencia misma si atendemos a la afirmación de HEREDERO IGLESIAS: “la Agencia es el Director”<sup>39</sup>.

(36) Artículos 36 de la LOPD y 14 del EAEPD.

(37) Artículos 36.3 de la LOPD y 15.2 del EAEPD.

(38) Enmienda número 308 planteada por el Grupo Parlamentario Popular. Congreso de los Diputados, BOCG, IV Legislatura, Serie A, núm. 59-6, de 26 de octubre de 1991.

(39) Vid. HEREDERO IGLESIAS, M.: “La Agencia Española de Protección de Datos”, *Informática y Derecho*, núms. 6-7, 1994, UNED.

La característica de la exterioridad de la Agencia con respecto a la estructura de la Administración del Estado se predica de: su actuación con plena independencia de las Administraciones Públicas; el desempeño del cargo de Director con dedicación absoluta, plena independencia y total objetividad, junto con la no sujeción a mandato imperativo y la no recepción de instrucciones respecto a autoridad alguna; la sujeción del cargo de Director al régimen de incompatibilidades para los altos cargos; la no sujeción de la Agencia a modalidad de tutela administrativa alguna, sino la sola existencia de un control de legalidad de los actos del Director a través del recurso potestativo de reposición, al agotar la vía administrativa, y el recurso contencioso-administrativo; los cauces de relaciones no sólo con los Poderes del Estado: con el Gobierno, a través del Ministro de Justicia; con el Parlamento, a través de la remisión de la Memoria anual por el Ministro de Justicia; sino también con otras instituciones, por ejemplo, con el Tribunal de Cuentas, por conducto de la Intervención General de la Administración del Estado, y con el Defensor del Pueblo, directamente<sup>40</sup>.

A pesar de estas notas, también existen otras que manifiestan un especial vínculo de dependencia con el Gobierno y la Administración: la ya mencionada forma de designación y cese del Director; la duración de su cargo; la ausencia de fuentes propias de ingresos estables, dependiendo por ello de asignaciones estatales, aunque en la Ley de Presupuestos anuales se fija el porcentaje que percibe de las cantidades recaudadas en concepto de multas<sup>41</sup>. A todo ello debemos sumar la escasa voluntad del legislador, que se puede observar en algunos preceptos, de someter a la Administración Pública a unas mínimas normas de control que aseguren un elevado nivel de garantía para la intimidad de los ciudadanos.

### C) Naturaleza y régimen jurídico del Defensor del Pueblo

El artículo 54 de la Constitución Española de 1978 diseña la institución del Defensor del Pueblo como una institución claramente vinculada a las Cortes Generales, ya que es su “Alto Comisionado”, designado por ellas, y a ellas es a quien da cuentas de su gestión, por ello se configura como un órgano auxiliar de éstas. Su tarea fundamental es supervisar la actividad de la Administración Pública para garantizar la defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas del Título I de la Constitución. La Constitución precisa que la Ley que regule su régimen jurídico debe adoptar la forma de Ley Orgánica.

**LA TAREA FUNDAMENTAL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ES SUPERVISAR LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARA GARANTIZAR LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS DEL TÍTULO I DE LA CONSTITUCIÓN**

(40) Artículos 35.1 de la LOPD y 1.2 del EAPG; 36.2 de la LOPD y 16 del EAEPD; 18.2 y 48.2 de la LOPD y 2.4 del EAEPD; 1.2, 8.2 y 33.1 del EAEPD y 46.4 de la LOPD.

(41) Artículos 36.1 de la LOPD y 14 del EAEPD junto con los artículos 35.4 y 5 de la LOPD y 32 del EAEPD.

La previsión constitucional del artículo 54 se ha concretado en la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, posteriormente modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo. Esta Ley ha de completarse con el Reglamento de Organización y funcionamiento del Defensor del Pueblo, aprobado por las Mesas del Congreso y del Senado, a propuesta del Defensor, en su reunión conjunta de 6 de abril de 1983.

Para estudiar la naturaleza jurídica del Defensor es preciso diferenciar dos dimensiones: por un lado, el aspecto orgánico reflejado en el artículo 1 y en el artículo 2 de su ley orgánica reguladora, el primero se refiere a su condición del alto comisionado de las Cortes Generales y el segundo a su procedimiento de elección, y, por otro lado, el aspecto funcional, que se refleja especialmente en el artículo 6 y en el Título II de su Ley reguladora.

Desde el punto de vista orgánico la relación que el legislador ha querido establecer entre el Defensor y las Cortes es terminológicamente de comisión, aunque ésta, que implica que alguien tiene poder y facultad de quien lo comisiona o envía para ejercitar algún encargo o entender de algún negocio, a juicio de algunos autores, no sea la expresión más correcta para definir la posición jurídica que ocupa el Defensor respecto de las Cortes<sup>42</sup>. La explicación que se le ha dado al término comisionado es la de configurar al Defensor como órgano dependiente de las Cortes Generales para garantizar su independencia en el ejercicio de su misión con respecto al Poder Ejecutivo al que controla, es por tanto una dependencia de las Cortes por simple exclusión, dependencia orgánica que se manifiesta especialmente en tres cuestiones: en primer lugar, la forma en que se ha aprobado su reglamento de organización y funcionamiento; en segundo lugar, la obligación por parte del Defensor del Pueblo de presentar un informe anual ante las Cámaras que materialice la dación de cuentas que, por imperativo constitucional, debe realizar, y la tercera, su financiación que se encuentra integrada en los Presupuestos Generales de las Cortes. Esta dependencia no ha de confundirnos y llevarnos a interpretar que nos encontramos ante un órgano interno de las Cortes Generales, no sólo porque los órganos internos no tienen autonomía funcional como la tiene el Defensor del Pueblo reflejada en su actuación en nombre propio y en la posibilidad de plantear recursos de inconstitucionalidad frente a leyes emanadas del Parlamento; sino también porque si ésta hubiera sido la intención, no ya del legislador, sino del Constituyente, se habría regulado dentro del Título III “De las Cortes Generales” y esta idea no rondó en ningún momento por la mente del Constituyente.

En el artículo 6.1 de la LODP se reconoce la autonomía del Defensor que no se agota en sí misma sino que se constituye en un principio informador en torno al cual se articula toda una serie de preceptos fundamentales que configuran la institución: los artículos 2º, 4º y 5º de la LODP donde se regula su elección por una mayoría cualificada; el artículo 2.1 de la LODP donde se enuncia que su período de elección es de cinco años y por tanto superior al de la legislatura; el artículo 11.1 de la LODP estableciendo que su actividad no será interrumpida en los casos en que las Cortes no se encuentren reunidas, hubieren sido disueltas o hubiese expirado su mandato; el artículo 5.4 de la LODP en el que se establece que las Cortes no pueden cesarle por consideraciones políticas, sino únicamente por actuar con notoria negligencia en el cumplimiento de las obligaciones y deberes del cargo y por el resto de las causas tasadas;

(42) Vid. SAINZ MORENO, F.: “Defensor del Pueblo y Parlamento (relaciones con las Cámaras)”, *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y Perspectivas*, Universidad Carlos III, Madrid, 1992, págs. 41 y 42.

el artículo 31.2 de la LODP en el que se establece que iniciada su intervención de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 10, es decir, mediante escrito motivado de diputados y senadores individualmente, comisiones de investigación o relacionadas con la defensa general o parcial de los derechos o libertades públicas o la Comisión Mixta Congreso-Senado, informará de los resultados alcanzados en su investigación o de su decisión de no intervenir, siendo su desestimación motivada; el artículo 162.1.a) de la CE y el artículo 32 de la LOTC que le reconocen la legitimación para interponer recursos de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley; el artículo 162.1.b) de la CE y el artículo 46 de la LOTC que le reconocen la legitimidad para interponer recurso de amparo.

Para proteger y hacer realmente efectiva esta autonomía el legislador dotó al Defensor de ciertas garantías personales: la inviolabilidad y la inmunidad; así como de una larga lista de incompatibilidades.

Por tanto, cuando hablamos del Defensor del Pueblo nos referimos a un órgano que incorpora nuestra Constitución y le coloca en una posición preeminente por ejercer vitales funciones de garantía, control y consulta con plena autonomía orgánica y funcional, y cuya finalidad institucional es velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento. En el vigente derecho español se conocen sólo a otros dos órganos, aparte del DP, que compartan estas características: el Tribunal de Cuentas y el Consejo de Estado<sup>43</sup>.

### **D) La competencia de la Agencia Española de Protección de Datos de recepción de peticiones y reclamaciones**

El artículo 36.1.a) de la LOPD y el artículo 1 del Estatuto de la Agencia atribuyen a ésta la función de velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos. Estos derechos individuales son las piedras fundamentales de los instrumentos tanto nacionales como internacionales de protección de datos, ya que permiten a los afectados tener un cierto control sobre la utilización de su información personal. A través del reconocimiento y las garantías que existen sobre estos derechos, los afectados pueden ejercer, de forma indirecta, un control sobre los responsables o usuarios de los ficheros y en caso de que exista una manifiesta violación de las disposiciones legales y reglamentarias denunciarlo a la autoridad nacional.

La competencia de la Agencia de atender las peticiones y reclamaciones formuladas por las personas afectadas viene reconocida en el artículo 37.d) de la LOPD, mientras que su formulación bajo la forma de derecho de los ciudadanos viene contemplada en el artículo 18 de la LOPD, en cuyo primer apartado se declara el principio general de tutela al establecer que las actuaciones contrarias a lo dispuesto en la presente Ley pueden ser objeto de reclamación por los interesados ante la Agencia en la forma que reglamentariamente se establezca. En este derecho, por tanto, no sólo se engloba la tutela de los derechos que se reconocen como tales a los ciudadanos en el Título III de la Ley, sino que el ciudadano puede acudir a la Agencia por cualquier actuación contraria a la Ley, tanto respecto del desconocimiento de los derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición, como respecto de cualquier incumplimiento de las obligaciones legalmente establecidas, pudiendo solicitarse en este último caso el inicio

(43) Vid. MERINO MERCHAN, J.F.: *Instituciones de Derecho Constitucional*, Beramar, Madrid, 1994.

de un expediente sancionador o simplemente la intervención de la Agencia sin requerir la imposición de sanciones, sin necesidad de que la solicitud de tutela que se insta en virtud de este precepto tenga que dar lugar a un procedimiento sancionador. Una de las actuaciones contrarias a la Ley en que puede incurrir el responsable de un fichero público es la negativa a mostrar la información a la que se refiere el artículo 13.3 de la ley que es la relativa a los criterios de valoración y el programa utilizado en un tratamiento de datos que haya servido para adoptar un acto administrativo que haya afectado significativamente al solicitante de información y que se haya basado únicamente en un tratamiento de datos destinado a evaluar determinados aspectos de su personalidad. En el caso de que esta circunstancia se produzca el afectado ante la negativa podrá dirigirse a la Agencia solicitando la tutela e incluso el inicio de un procedimiento sancionador en cuanto que el artículo 44 tipifica como infracción grave la negativa a facilitar la información que sea solicitada.

El segundo apartado del artículo 18 de la LOPD prevé la tutela de la Agencia en beneficio del interesado para el caso de que el responsable del tratamiento no satisfaga debidamente las pretensiones del ciudadano que en este precepto se concretan en el ejercicio del derecho de acceso, de oposición, de rectificación o cancelación. La propia ley delimita que la actuación de la Agencia se centrará en asegurarse de la procedencia o improcedencia de la denegación. Este mismo derecho y el objeto de la actuación de la Agencia se reconoce en el artículo 23.3 respecto a los ficheros de titularidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de la Hacienda Pública. Si observamos el artículo 24.2, recordemos que quedó afectado por la STC 292/2000, de 30 de noviembre, y ha sido declarado inconstitucional, mientras estuvo vigente se producía cierta descoordinación en el texto y el sentido de la ley respecto a los artículos anteriormente analizados. Así, mientras en aquéllos se establece que la Agencia asegurará la procedencia o improcedencia de la denegación, en el caso del artículo 24.2 si el responsable del fichero denegaba el acceso, la rectificación o la cancelación invocando razones de interés público o intereses de terceros más dignos de protección, el artículo se limitaba a reconocer la posibilidad de poner en conocimiento de la negativa a la AEPD, pero sin concretar a qué efectos, para cuya concreción había que recurrir al Estatuto de la Agencia en cuyo artículo 12.2.c) se encomendaba al Director que resolviera motivadamente, previo informe del responsable del fichero, sobre la procedencia o improcedencia de la denegación total o parcial del acceso a los ficheros policiales o tributarios. Otro supuesto en el que se reconoce de forma expresa la reclamación ante la Agencia lo encontramos en el artículo 33 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal que regula la cuestión de la denegación de los derechos de rectificación y cancelación de los datos de carácter personal.

El procedimiento para llevar a cabo la reclamación se regula en los artículos 117, 118 y 119 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. En él podemos distinguir claramente tres fases: una primera de iniciación; una segunda en la que se da audiencia al responsable del fichero y al afectado y se practica las actuaciones que sean necesarias, y una tercera en la que se resuelve. La duración máxima de este procedimiento es de seis meses, dentro de cuyo plazo deberá resolverse expresamente. De no ser así, entra en juego la figura del silencio administrativo que tendrá un sentido positivo.

En la reclamación que formule el interesado se deberá expresar con claridad su contenido así como los preceptos de la LOPD que considere vulnerados. APARICIO SALOM considera que un requisito como éste en el que se pide que la reclamación esté fundada jurídicamente, si se exige a raja tabla haría prácticamente inviable y complicaría en exceso esta forma de protección<sup>44</sup>. Lógicamente la interpretación que se ha hecho por la Agencia ha sido obviar esta exigencia formal, requiriendo sólo que se manifiesten los hechos que motivan la pretensión del ciudadano y que se aporten los medios de prueba de que dispongan, a los efectos de poder amparar la solicitud de tutela.

La segunda fase se inicia con el traslado por parte de la Agencia de la reclamación al responsable del fichero, para que en el plazo de quince días éste formule las alegaciones que estime pertinentes. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo previsto para ello, la AEPD, previos los informes, pruebas y otros actos de instrucción pertinentes, incluida la audiencia al afectado y nuevamente del responsable del fichero, resolverá sobre la reclamación formulada, dando traslado de ella a los interesados. Dicha resolución agota la vía administrativa y ante ella procederá recurso potestativo de reposición y recurso contencioso-administrativo. Para determinar ante qué órgano judicial habría que interponer el recurso debemos recurrir al diseño competencial establecido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Distinguimos entre la Agencia cuya resolución se recurre y la cuantía de la indemnización solicitada; si se trata de la Agencia estatal la competencia recae en los Juzgados Centrales de los Contencioso-Administrativo, según lo dispuesto en el artículo 9.c); si es una Agencia autonómica hay que distinguir en función de la cuantía: si no supera la cuantía de sesenta mil euros, la competencia objetiva recae en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo territorialmente competente ex artículo 8.3; si supera dicha cantidad la competencia objetiva recae en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente. Para aclarar este enredo la propia Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su Disposición Adicional Cuarta ha establecido que los actos de la Agencia serán recurribles directamente, en única instancia, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

La Agencia para llevar a cabo esta función de tutela ha sido investida de la potestad de inspección. Esta potestad se desarrolla por la Inspección de Datos constituida en el artículo 27 del EAEPD. El Estatuto impone a los funcionarios que ejerzan labores inspecto-

**LA AEPD PUEDE REQUERIR A LOS RESPONSABLES Y LOS ENCARGADOS DE LOS TRATAMIENTOS, PREVIA AUDIENCIA, LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA LA ADECUACIÓN DEL TRATAMIENTO DE DATOS A LAS DISPOSICIONES DE LA LEY**

(44) Vid. APARICIO SALOM, J.: *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de datos de carácter personal*, Aranzadi, Pamplona, 2000, cit. pág. 145.

ras el deber de secreto sobre las informaciones que conozca incluso después de haber cesado en ellas; también les reconoce la condición de autoridad pública en el desempeño de estas funciones lo que conlleva que el responsable del fichero está obligado a permitir el acceso a los locales en los que se hallen los ficheros y los equipos informáticos previa exhibición por el funcionario actuante de la autorización expedida por el Director de la AEPD. El artículo 28 del Estatuto concreta estas funciones inspectoras en la posibilidad de: examinar los soportes de información que contengan los datos personales; examinar los equipos físicos; requerir el pase de programas y examinar la documentación pertinente al objeto de determinar, en caso necesario, los algoritmos de los procesos de que los datos sean objeto; examinar los sistemas de transmisión y acceso a los datos; realizar auditorías de los sistemas informáticos con miras a determinar su conformidad a la LOPD; requerir la exhibición de cualesquiera otros documentos pertinentes, y requerir el envío de toda información precisa para el ejercicio de las funciones inspectoras. Como garantía a esta potestad de inspección la LOPD en su artículo 44.3.j) ha tipificado como infracción grave la obstrucción al ejercicio de la función inspectora.

Por lo que respecta al contenido de las resoluciones que pueda dictar la AEPD, ésta puede adoptar las medidas previstas en el artículo 37.f) de la LOPD que podemos diferenciar en dos grupos atendiendo a su carácter sucesivo: aquellas consistentes en requerir a los responsables y los encargados de los tratamientos, previa audiencia de éstos, la adopción de las medidas necesarias para la adecuación del tratamiento de datos a las disposiciones de la Ley; y si estas medidas no son adoptadas la Agencia ordenará la cesación de los tratamientos y la cancelación de los ficheros, cuando no se ajusten a las disposiciones de la Ley. Como se observa, esta segunda medida es de una gran fuerza interventora y aunque ésta es muy clara e incuestionable en el ámbito de los ficheros de titularidad privada para comprobar si ocurre lo mismo en el ámbito de los ficheros de titularidad pública debemos seguir profundizando en la Ley y conectar esta función contemplada en el artículo 37 con lo previsto en el artículo 42 y el artículo 49.

En primer lugar, el artículo 42 que regula los ficheros de las Comunidades Autónomas en materia de su exclusiva competencia prevé que cuando el Director de la Agencia constate que el mantenimiento o uso de un determinado fichero de las Comunidades Autónomas contraviene algún precepto de la Ley en materia de su exclusiva competencia podrá requerir a la Administración correspondiente la adopción de las medidas correctoras que determine en el plazo fijado expresamente en el requerimiento. Si la Administración no cumple con el requerimiento formulado, el director de la Agencia podrá impugnar la resolución adoptada por aquella Administración. En este caso se observa cómo a la Agencia se le ha negado la posibilidad de intervenir de forma directa en la cesación y la cancelación de los ficheros de la Comunidad Autónoma a diferencia de la habilitación genérica del artículo 37 que ha de ser entendido en el sector de la actividad privada. Por otro lado, el artículo 49 se muestra más tajante en su dicción literal, así en los supuestos constitutivos de infracción muy grave, de utilización o cesión ilícita de los datos de carácter personal en que se impida gravemente o se atente de igual modo contra el ejercicio de los derechos de los ciudadanos y el libre desarrollo de la personalidad que la Constitución y las leyes garantizan, el Director de la Agencia podrá, además de ejercer la potestad sancionadora que en el caso de las infracciones de las Administraciones Públicas será potestad disciplinaria, requerir a los responsables de ficheros de datos de carácter personal, tanto de titularidad pública como privada, la cesación en la utilización o

cesión ilícita de los datos. En el caso de que este requerimiento fuera desatendido, la Agencia podrá, mediante resolución motivada, inmovilizar tales ficheros a los solos efectos de restaurar los derechos de las personas afectadas.

### E) Competencias del Defensor del Pueblo: la tramitación de quejas de los ciudadanos

El Defensor del Pueblo, tal y como establece el artículo 54 de nuestra Carta Magna, es el alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales<sup>45</sup>.

Para cumplir su misión, en la que se engloba la protección del derecho a la autodeterminación informativa, el Defensor puede iniciar o proseguir de oficio o a petición de parte cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración Pública y sus agentes, en relación con los ciudadanos, a la luz de lo dispuesto en el artículo 103.1<sup>46</sup>. La iniciación de oficio es una clara manifestación de la independencia en el ejercicio de sus funciones cuya consecuencia es completar la iniciación a instancia de parte desde una doble perspectiva; por un lado, permite al Defensor llevar a cabo investigaciones programadas de los diferentes servicios administrativos, lo que, sin duda alguna, contribuye a complementar racionalmente las investigaciones que realiza aleatoriamente conducidas por las peticiones de los ciudadanos, así como también le permite investigar situaciones con relevancia e interés que no han sido programadas pero cuyo conocimiento le han llegado a través de medios de comunicación, y, de otro lado, permite salvar el límite temporal de un año que se impone al ciudadano para poder presentar su queja y que comienza a contarse desde que tuviera conocimiento de los hechos objeto de ella. En este sentido, si el Defensor recibe una queja cuyo límite temporal ya se ha rebasado pero los hechos que la han dado lugar se siguen produciendo y el Defensor considera que es justo deberá, siendo fiel al tenor literal del texto legal, rechazar la queja pero podrá asumirla de oficio e iniciar la investigación oportuna. En definitiva, la capacidad de actuación de oficio proporciona al Defensor un gran poder confiado a su arbitrio, pero también supone una gran responsabilidad de la que deberá rendir cuentas ante las Cortes.

La legitimación de presentar una queja ante el Defensor del Pueblo se regula con una gran amplitud al reconocer este derecho a toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, sin restricción alguna, y sin que la nacionalidad, la residencia, el sexo, la minoría de edad, la incapacidad legal, el internamiento en un centro penitenciario o de reclusión o, en general, cualquier relación especial de sujeción o dependencia de una Administración o Poder Público, se constituya como impedimento<sup>47</sup>. Aquellas personas físicas o jurídicas que cumplen con los escasos condicionantes de legitimidad se dirigen al Defensor del Pueblo a través

(45) Sobre el ámbito de actuación y el alcance de su misión, vid. GARRIDO FALLA, F.: “Comentario al artículo 54”, en la obra colectiva: *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985; VALERA SUANCES-CARPEGNA, J.: “Naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8, 1983, cit., págs. 75 y 76; SANTAMARÍA PASTOR, A. en “La ponencia mantenida en la mesa redonda de los días 1, 2 y 6 de julio de 1981 en Madrid: El Defensor del Pueblo y la Administración”, Servicio Central de Publicaciones, Presidencia del Gobierno, cit., pág. 52 y GARRIDO FALLA, F.: “Ley Orgánica del Defensor del Pueblo”, *Trabajos Parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1981.

(46) Vid. artículos 54 CE y 1 y 9 de la LODP.

(47) Vid. artículo 10 de la LODP.

de una queja, firmada por ellos, con indicación de su nombre, apellidos, domicilio, en escrito razonado, en papel común y en el plazo máximo de un año, contado a partir del momento en que tuviera conocimiento de los hechos objeto de la queja. Para la interposición de la queja no será necesaria y preceptiva la asistencia de letrado ni procurador, y además esta actuación revestirá un carácter gratuito.

En cuanto a las formas de presentación de la queja, la LODP hace referencia expresa al “papel común”, ello debe interpretarse como una ausencia de requisito de papel especial. Aunque de este artículo pueda deducirse que la única presentación es a través de la presentación física del papel, debe admitirse la posibilidad de que un ciudadano se dirija personalmente a la oficina del Defensor del Pueblo formule la queja verbalmente y sea ayudado por el personal de la institución a formalizarla por escrito, incluso se prevé la presentación de quejas mediante el correo electrónico. La presentación de la queja debe llevarse a cabo en el plazo máximo de un año contado a partir del momento en que tuviera conocimiento de los hechos objeto de ella.

El Defensor antes de tramitar o rechazar la queja, registrará y acusará recibo de ella. En el caso de que sea rechazada lo hará mediante un escrito motivado, pudiendo informar al interesado sobre las vías más oportunas para ejercitar su acción, en el caso de que a su entender hubiere alguna, y sin perjuicio de que el interesado pueda utilizar las que considere más pertinentes<sup>48</sup>.

Las quejas que lleguen al Defensor podrán ser de dos tipos: las objetivas que versarán sobre actos y resoluciones de las Administraciones Públicas, o sobre el mal funcionamiento de un servicio habiéndose causado un daño al sujeto reclamante, haya sido el servicio prestado directamente por la Administración o indirectamente a través de un particular habilitado para ello. El otro tipo de quejas, previstas en los artículos 20 y 21 de la LODP, se denominan subjetivas y en ellas se denuncian conductas irregulares de los funcionarios, siendo secundario el mal funcionamiento del servicio.

Respecto a la queja objetiva, el Defensor debe dar cuenta del contenido sustancial de la solicitud al Organismo o a la Dependencia administrativa procedente con el fin de que por su Jefe, en el plazo máximo de quince días, pudiendo ser éste ampliado cuando concurren circunstancias que lo aconsejen a juicio del Defensor del Pueblo, se remita informe escrito. La finalidad de este informe es dar a la Administración la posibilidad de aclarar su criterio con respecto a la queja. El sentido de establecer este plazo radica en cortar de raíz toda dilación indebida en la contestación de la Administración Pública al DP, si a pesar de ello esta dilación se produce la institución pondrá en marcha instrumentos de persuasión muy importantes y cuya puesta en práctica puede crear serios problemas al organismo cuestionado y al funcionario responsable.

Las actuaciones de investigación de la queja subjetiva se caracterizan por cumplir una serie de requisitos cuyo fin es garantizar la seguridad jurídica y la defensa del funcionario. En

(48) Vid. artículos 15 y 17 de la LODP. El artículo 17 de la LODP en su apartado 3º clasifica las causas de rechazo entre aquellas que son obligatorias, así las anónimas, entendiendo por anónimas aquellas que no cumplen con las previsiones del artículo 15.1 de la LODP de contener el nombre, los apellidos y el domicilio, y aquellas en las que el Defensor tiene un margen de apreciación como son: en las que se advierta mala fe, carencia de fundamento, inexistencia de pretensión o aquellas cuya tramitación irroge perjuicio al legítimo derecho de tercera persona.

este tipo de quejas resulta necesario compaginar el derecho de los ciudadanos a ser atendidos y defendidos por el Defensor del Pueblo frente a una posible conducta irregular del funcionario, y los derechos del funcionario a no ser sometido a un ataque indiscriminado y en cualquier caso a gozar de todas las garantías en orden a ser escuchado y defenderse frente a las imputaciones que se le formulen. Las actuaciones de investigación deben iniciarse con una doble comunicación: por un lado, al afectado, es decir, al funcionario cuya conducta vaya a investigarse, y, de otro lado, a su inmediato superior u organismo de quien aquél depende. El funcionario debe responder por escrito aportando cuantos testimonios y documentos considere necesarios. La ley orgánica deja que el Defensor fije el plazo que considere oportuno para que le sea remitida la respuesta, pero establece un límite inferior ya que en ningún caso podrá ser inferior a diez días, pudiendo ser prorrogado por la mitad del concedido a instancia de parte. La información y los datos dados por el funcionario pueden ser completados por el Defensor a través de una entrevista. La ley prevé que el funcionario pueda negarse a ésta, pero le otorga la posibilidad al Defensor de poder requerir al funcionario que por escrito le manifieste las razones que justifiquen la decisión. Esta negativa del funcionario a entrevistarse con el Defensor puede deberse a una decisión propia y tomada por él mismo o a la prohibición de responder o entrevistarse con el Defensor dada por el superior jerárquico o por el Organismo correspondiente; en este caso, el superior jerárquico está obligado a manifestarlo por escrito motivado tanto al funcionario como al Defensor del Pueblo, al efecto de que este último dirija las actuaciones investigadoras necesarias al referido superior jerárquico. Esta variante de la queja subjetiva también tiene su manifestación en el procedimiento de la Agencia a través de la solicitud por parte del afectado de iniciar el procedimiento sancionador que en el caso de infracción de las Administraciones Públicas se transforma en procedimiento disciplinario<sup>49</sup>.

El Defensor es una magistratura de opinión, por tanto, no puede modificar o anular los actos y resoluciones emanadas de la Administración<sup>50</sup>, no añade nada nuevo al orden administrativo. Es una magistratura de persuasión que se basa en el prestigio y en la autoridad moral para actuar, reavivar y vitalizar el orden administrativo en la corrección de sus defectos, sus incorrecciones o sus procedimientos poco adaptados. Para agilizar y modernizar la actuación de las Administraciones Públicas, aunque carece de toda potestad sancionadora, la ley le ha dotado de una serie de garantías proce-

**EL DEFENSOR DEL PUEBLO  
ES UNA MAGISTRATURA  
DE PERSUASIÓN QUE SE  
BASA EN EL PRESTIGIO Y  
EN LA AUTORIDAD MORAL  
PARA ACTUAR, REAVIVAR  
Y VITALIZAR EL ORDEN  
ADMINISTRATIVO EN LA  
CORRECCIÓN DE SUS  
DEFECTOS**

(49) Vid. artículos 20 y 21 de la LODP.

(50) Vid. artículos 18 de la Proposición de Ley y 28.1 de la LODP.

dimentales para que su investigación sea sumaria y totalmente eficaz sirviendo a su misión principal de tutela de los derechos del Título I de la Constitución. Estas garantías son: el deber de colaboración que le es exigido a todos los poderes públicos, incluso con la remisión de documentos reservados; sus poderes de inspección; su relación con el Ministerio Fiscal; la posibilidad de calificar la conducta del funcionariado y prever la consecuencia de dicha calificación, y la previsión de ejercitar la acción de responsabilidad.

La LODP ha dotado a éste de unos poderes de inspección que se traducen en la posibilidad de que él mismo, un Adjunto o la persona en quien él delegue se persone en cualquier centro de la Administración Pública, dependientes de ésta o afectos a un servicio público para comprobar cuantos datos fueren necesarios; en la posibilidad de hacer entrevistas personales, y en la posibilidad de proceder al estudio de los expedientes y los documentos pertinentes. A estos efectos no podrá negársele el acceso a ningún expediente o documentación administrativa o que se encuentre relacionada con la actividad o servicio objeto de la investigación, sin perjuicio de lo analizado anteriormente respecto a los documentos reservados<sup>51</sup>.

La falta de respuesta a la información que el Defensor solicita le permite calificar dichas conductas como hostiles y entorpecedoras. Esta calificación produce unos efectos generales que se reducen a extraer los nombres de los funcionarios en cuestión del principio de reserva de las actuaciones de investigación del Defensor del Pueblo para posteriormente hacerlos públicos en los informes anuales<sup>52</sup>. Si se persiste en la actitud hostil y entorpecedora respecto a la remisión del informe inicial por parte del funcionario o superior responsable o se llevan a cabo actuaciones de obstrucción de las labores del Defensor del Pueblo, la consecuencia de ello es destacarlo en un informe especial elaborado al objeto, además de destacarlo en la sección correspondiente de su informe anual. A nuestro modo de ver, esta posibilidad de calificar las actuaciones de los funcionarios y autoridades que se le ha dado al Defensor del Pueblo vistos los efectos que producen de extraer del principio general de reserva los nombres de aquellos que incurran en el comportamiento hostil y entorpecedor y sin perder de vista que nos encontramos ante una institución cuya fuerza radica en la autoridad moral, ha de ser entendida como una forma de hacer pública una conducta reprobable para poner en evidencia y conseguir un cierto efecto sancionador dentro y fuera de la propia Administración en relación a las conductas que no son predicables de un sistema donde el aparato administrativo está al servicio de los derechos e intereses de los ciudadanos. Esta calificación se constituye también como una posibilidad de vencer las resistencias que puedan encontrarse en el seno de una Administración reacia a ser controlada externamente.

Concluida la fase investigadora, el procedimiento llega a su fin, distinguiéndose una terminación normal y una terminación anormal o suspensión temporal de él que se produce en aquellos casos en los que el Defensor del Pueblo se ve imposibilitado de completar la investigación a causa de cualquier perturbación ajena a su voluntad como la conducta hostil y entorpecedora de algún funcionario o la calificación como secreta de algún documento. La terminación normal se produce en aquellos supuestos en los que el Defensor del Pueblo o bien ha rechazado la queja por ser inadecuada, o bien la Administración se niega termi-

(51) A modo de ejemplo para comparar la semejanza en el modo de actuar entre ambas instituciones consultar la Memoria del año 1995, pág. 90.

(52) Vid. artículos 18.2 y 24.1 de la LODP.

nantemente a solucionarla, o bien cuando el Defensor y la Administración han llegado a un acuerdo satisfactorio canalizado a través de las advertencias, recomendaciones, recordatorios de deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas que dirige el primero a la segunda o especialmente a los funcionarios, teniendo todas ellas fiel constancia en el informe que presenta ante el Parlamento.

Ya hemos dicho que el Defensor no es competente para modificar o anular los actos y resoluciones de la Administración Pública. Sus pronunciamientos adoptan la forma de sugerencias que pueden tener muy variados contenidos: pueden sugerir la modificación de los criterios utilizados para la producción de actos y resoluciones; pueden sugerir a la Administración que modifique una norma reglamentaria, y también puede instar a las autoridades administrativas competentes el ejercicio de las potestades de inspección y sanción si las actuaciones se hubieran realizado con ocasión de servicios prestados por particulares en virtud de acto administrativo habilitante, esta cuestión es muy común en la actividad informática de las Administraciones Públicas que externalizan servicios vinculados a la utilización de medios electrónicos, particularmente el diseño de las aplicaciones o la implementación de medidas de seguridad, supuestos todos ellos que en la medida en que requieran el manejo de datos personales obligarán a la suscripción del oportuno contrato de acceso por cuenta de terceros<sup>53</sup>. En este punto es necesario destacar que en la prestación de servicios públicos es muy frecuente la técnica de la habilitación a particulares y de ello no puede derivarse una desprotección de los derechos cuya tutela y defensa han sido atribuidos por la previsión constitucional del artículo 54 al Defensor del Pueblo.

La segunda puntualización incide en la posibilidad de instar de la Administración no sólo la inspección sino la sanción. Mientras que el legislador ha sido temeroso de prever expresamente la competencia del Defensor para instar de la Administración o del funcionario o autoridad competente el inicio de un expediente disciplinario cuando las actuaciones practicadas revelen que la queja ha sido originada presumiblemente por el abuso, la arbitrariedad, la discriminación, el error, la negligencia o la omisión de un funcionario; acepta de buen grado y sin discusión alguna, la posibilidad de instar la inspección y sanción en el caso de que el servicio público sea prestado por particulares habilitados.

Las autoridades y funcionarios a quienes se dirija el Defensor del Pueblo tienen la obligación de responder por escrito dentro del plazo de un mes sobre la aceptación o no de la resolución, y en este último caso a exponer las razones de su rechazo. Una vez que el Defensor ha concluido su investigación y ha dado forma a sus sugerencias y recomendaciones, tiene la obligación de notificar a los distintos interesados los resultados de sus investigaciones. Esta notificación se dirige, por un lado, a los peticionarios si los hay y, por otro, a la autoridad, funcionario o dependencia administrativa cuya actividad haya sido objeto de investigación.

### **F) Las relaciones del Defensor del Pueblo y la Agencia Española de Protección de Datos**

Cuando los ciudadanos ponen en conocimiento del Defensor del Pueblo actuaciones procedentes de las Administraciones Públicas que presentan indicios de contravención de las disposiciones sobre protección de datos personales, éste indica inicialmente a los reclamantes la procedencia de solicitar la intervención de la Agencia Española de Protección de Datos en

(53) En este sentido, vid. el contrato de acceso por cuenta de terceros en los términos del artículo 12 de la LOPDP.

cuanto instancia que asume el cometido de velar por el cumplimiento y adecuada aplicación de las normas vigentes en la materia y en, lo que podríamos llamar, primera instancia. Sin perjuicio de que con posterioridad ante la resolución de la Agencia, si el ciudadano no se encuentra satisfecho, acuda de nuevo ante el Defensor del Pueblo e investigue la actuación de ésta en cuanto que Ente de Derecho público solicitando informes y remitiendo recomendaciones, sugerencias y recordatorios de deberes legales<sup>54</sup>.

Ya hemos visto que una de las especificidades que contempla la LOPD en referencia a los ficheros de titularidad pública alude al régimen aplicable a las infracciones cometidas en ficheros de los que sean responsables las Administraciones Públicas, supuestos en los que el artículo 46 de la LOPD prevé la adopción por el Director de la Agencia de resoluciones estableciendo las medidas que deba adoptar la respectiva autoridad administrativa para que cesen o se corrijan los efectos de la infracción. Igualmente, según señala la LOPD, podrá proponerse por la Agencia la iniciación de actuaciones disciplinarias contra el funcionario o funcionarios presuntamente responsables de las infracciones, señalándose, por último, que la Agencia comunicará al Defensor del Pueblo las actuaciones que efectúe y las resoluciones que dicte al amparo de las prescripciones anteriores. Esta última previsión legal ha dado lugar a la remisión por la Agencia Española de Protección de Datos de un cierto número de comunicaciones en las que se traslada al Defensor del Pueblo el contenido de las resoluciones dictadas en procedimientos de infracción iniciados ante distintas Administraciones Públicas<sup>55</sup>.

Dado que la ley no indica cuál debe ser la actuación del Comisionado Parlamentario de las Cortes Generales en relación con las mencionadas comunicaciones en las que la Agencia se limita a dar cuenta de las medidas cuya adopción ha instado de la respectiva Administración para adecuar su actuación a la normativa sobre protección de datos, y teniendo en cuenta que por razones de economía no parece que lo indicado en tales supuestos sea reproducir las actuaciones ya efectuadas por la Agencia para depurar los términos de la correspondiente actuación administrativa, el Defensor del Pueblo, en cuya normativa reguladora tampoco se contienen previsiones susceptibles de aplicación en dichos supuestos, se cuestiona cuáles deban ser los términos de su posible actuación a raíz de la recepción de las repetidas comunicaciones.

El Defensor del Pueblo, que se ha limitado por el momento a solicitar de la Agencia Española de Protección de Datos que le mantenga informado de las resoluciones que dictan las correspondientes Administraciones Públicas en relación con las medidas y actuaciones instadas por la Agencia que, de acuerdo con lo establecido en el propio artículo 46, apartado 3, le deben ser comunicadas por aquéllas, se plantea la posibilidad de incluir en sucesivos informes anuales una referencia a las Administraciones Públicas que hayan sido objeto en el correspondiente ejercicio de alguna de las resoluciones o propuestas de la Agencia Española de Protección de Datos previstas en el artículo mencionado, así como, en su caso, a los términos en que, de acuerdo con la información que la Agencia proporcione posteriormente, dichas resoluciones y propuestas hayan sido atendidas por la respectiva Administración.

(54) En este sentido, *vid.* el Informe del Defensor del Pueblo de 2003, en las páginas 1317-1331.

(55) En este sentido, *vid.* la Memoria de la Agencia Española de Protección de Datos de 2003, en la página 34 en la que se da cuenta de las comunicaciones enviadas al Defensor del Pueblo; la Memoria de la Agencia Española de Protección de Datos de 2004, en la página 52 y la Memoria de la Agencia Española de Protección de Datos de 2005, en la página 57.

La procedencia de seguir esta última línea de actuación puede ser cuestionable, desde el momento en que las comunicaciones al Defensor del Pueblo previstas en el precepto legal ya mencionado se producen de forma prácticamente simultánea a su remisión por la Agencia Española de Protección de Datos a las correspondientes Administraciones Públicas, es decir, en unas fechas en que cuando los acuerdos adoptados son todavía susceptibles de recurso ante los Tribunales del orden contencioso-administrativo, respecto de cuya efectiva interposición por la Administración afectada, así como de los resultados que se desprendan del ejercicio de la correspondiente vía de impugnación, no están establecidas vías que permitan al Defensor del Pueblo conocer en todos los casos ni su utilización ni el contenido de los pronunciamientos jurisdiccionales a que den lugar ni, en definitiva, determinar si la eventual falta de atención a las resoluciones o propuestas de la Agencia revela la voluntad de la respectiva Administración de no atender los acuerdos de la Agencia, o es una consecuencia legítima de la interposición de los recursos jurisdiccionales que proceden contra ella o de la aplicación de los pronunciamientos dictados por los Tribunales contencioso-administrativos. Por ello, la inclusión en los informes anuales de la información que en cada ejercicio disponga el Defensor del Pueblo, sobre los supuestos en que Administraciones Públicas titulares de ficheros hayan sido objeto de expedientes de infracción, podría ofrecer un panorama incompleto y de utilidad muy relativa. En todo caso, se trata de un punto sobre el que sería muy útil que las Cortes, en el ámbito de la Comisión Mixta de Relaciones con el Defensor del Pueblo, expresasen su punto de vista sobre la conveniencia de que el Defensor del Pueblo incluyera en sus informes los contenidos referidos.

### V. CONCLUSIONES

Tanto el Defensor del Usuario, como el Defensor del Pueblo, como la Agencia Española de Protección de Datos se configuran como garantías del denominado derecho a la autodeterminación informativa. Ahora bien, aunque los tres tienen encomendada la misión de tutelar este derecho, poseen una naturaleza jurídica distinta que puede condicionar su objetividad y su misión.

El Defensor del Usuario es un órgano administrativo que crea el artículo 7 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos y se incardina dentro del Ministerio de Administraciones Públicas para velar por la garantía de los derechos reconocidos a los ciudadanos en el artículo de la mencionada Ley.

**EL DEFENSOR DEL  
USUARIO, EL DEFENSOR  
DEL PUEBLO Y LA AEPD  
SE CONFIGURAN COMO  
GARANTÍAS DEL DERECHO  
A LA AUTODETERMINACIÓN  
INFORMATIVA, PERO  
CON UNA NATURALEZA  
JURÍDICA DISTINTA QUE  
PUEDE CONDICIONAR SU  
MISIÓN**

El Defensor del Pueblo es una institución que crea la Constitución Española de 1978, la mención expresa en ella nos lleva a considerarla una institución básica del Estado en orden a garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos del Título I.

La Agencia Española de Protección de Datos se crea por una norma de rango legal. Se configura como un Ente de Derecho Público que, aun teniendo plena capacidad jurídica y capacidad de obrar y, sin perjuicio de ejercer sus funciones con independencia de las Administraciones Públicas, se incardina dentro de la Administración General del Estado regulándose por su normativa propia que es de carácter administrativo, no en vano las resoluciones que dicte el Director de la Agencia, al agotar la vía administrativa, son objeto de recurso contencioso-administrativo, a diferencia de lo que ocurre con las resoluciones del Defensor del Pueblo que no pueden ser objeto de recurso.

La evaluación de la dependencia del Defensor del Pueblo lo es respecto a las Cortes Generales que es el Poder del Estado que lo nombra, dependencia que en todo caso se produce desde el punto de vista orgánico pero no desde el punto de vista funcional, como puede observarse en su regulación. La dependencia orgánica responde a la necesidad de desvincular totalmente al Defensor del Pueblo con el objeto de su supervisión: la Administración Pública.

La evaluación de la dependencia del Defensor del Usuario lo es respecto de la Administración por la forma de designación por el Consejo de Ministro, sin que intervenga ninguna otra institución y por su pertenencia al Ministerio de Administraciones Públicas. Por estas razones no se puede evitar poner en duda la objetividad del ejercicio de sus funciones de supervisión o control sobre la Administración Pública.

La evaluación de la dependencia de la Agencia Española de Protección de Datos lo es también respecto de la Administración, por la forma de designación del Director, por la duración del mandato de éste, por la escasa relevancia del Consejo Consultivo, por las causas y el procedimiento de cese del Director. Esta dependencia se agrava desde el punto de vista de su finalidad puesto que el objeto de supervisión y control de la Agencia Española de Protección de Datos, desde el ámbito que hemos abarcado en nuestro estudio ciñéndonos a los ficheros de titularidad pública, es la Administración en cuanto que ésta es titular de múltiples ficheros de datos personales. Por estas razones no se puede evitar poner en duda la objetividad del ejercicio de sus funciones de supervisión o control sobre las Administraciones Públicas.

Sobre la función del Defensor del Usuario de atender las quejas que presenten los ciudadanos no podemos hacer mención pues su régimen de funcionamiento aún no ha sido regulado por disposición reglamentaria del Consejo de Ministros. Por lo que se refiere a la función de atender las peticiones y reclamaciones formuladas por las personas afectadas, existen diferencias entre el Defensor del Pueblo y la Agencia Española de Protección de Datos en cuanto al procedimiento, el resultado y su efectividad. En primer lugar, el procedimiento que sigue el Defensor del Pueblo se encuentra regulado por Ley Orgánica con las garantías que ello implica para el derecho de los ciudadanos a diferencia del procedimiento de la Agencia que se regula por disposición reglamentaria; en segundo lugar, el procedimiento del Defensor del Pueblo no puede ser confundido con un procedimiento administrativo porque no lo es, e incluso la utilización de la expresión “procedimiento” en la LODP ha sido valorada negativamente en la medida en que evoca a un procedimiento administrativo o a proceso judicial cuando nada tiene que ver con ellos porque en ningún caso el procedimiento del Defensor del Pueblo se

configura como un procedimiento de naturaleza jurídico-administrativa, sino que se configura como un instrumento para encauzar la relación del Defensor del Pueblo y la Administración a los efectos de servir al buen fin de la investigación, por tanto, no expresa en ningún caso una relación jurídica entre los sujetos que participan en él que son: de un lado, el ciudadano y, de otro, el funcionario o la Administración. Mientras que el procedimiento de la Agencia es eminentemente administrativo recordemos que está sujeto a plazo, 6 meses, y que la resolución de su Director agota la vía administrativa frente a la que podrá formularse recurso potestativo de reposición y recurso contencioso-administrativo, posibilidad esta que se niega tajantemente en el artículo 17.3 de la LODP.

En cuanto a la efectividad de las resoluciones de ambas instituciones, por lo que respecta a la Agencia, su contenido puede ser de dos clases y pueden ser adoptadas de forma sucesiva: unas, en las que requiere a los responsables y los encargados de los tratamientos, previa audiencia de éstos, la adopción de las medidas necesarias para la adecuación del tratamiento de datos a las disposiciones de la Ley; y si estas medidas no son adoptadas la Agencia ordenará la cesación de los tratamientos y la cancelación de los ficheros, cuando no se ajusten a las disposiciones de la Ley. Como se observa, esta segunda medida es de una gran fuerza interventora que respecto a los ficheros de las Comunidades Autónomas en materia de su exclusiva competencia se limita a requerir a la Administración correspondiente que se adopten las medidas correctoras que determine en el plazo que expresamente se fije en el requerimiento. Si la Administración no cumple con el requerimiento formulado, el Director de la Agencia podrá impugnar la resolución adoptada por aquella Administración, todo ello cuando se constate que el mantenimiento o uso de un determinado fichero de las Comunidades Autónomas contraviene algún precepto de la Ley en materia de su exclusiva competencia. En este caso se observa cómo a la Agencia se le ha negado la posibilidad de intervenir de forma directa en la cesación y la cancelación de los ficheros de la Comunidad Autónoma. Por otro lado, el artículo 49 de la LOPD se muestra más tajante en su dicción literal, así en los supuestos constitutivos de infracción muy grave, de utilización o cesión ilícita de los datos de carácter personal en que se impida gravemente o se atente de igual modo contra el ejercicio de los derechos de los ciudadanos y el libre desarrollo de la personalidad que la Constitución y las leyes garantizan, el Director de la Agencia podrá, además de ejercer la potestad sancionadora que en el caso de las infracciones de las Administraciones Públicas será potestad disciplinaria, requerir a los responsables de ficheros de datos de carácter personal de titularidad pública la cesación en la utilización ilícita de los datos. En el caso de que este requerimiento fuera desatendido, la Agencia podrá, mediante resolución motivada, inmovilizar tales ficheros a los solos efectos de restaurar los derechos de las personas afectadas. Por consiguiente, a la Agencia se le ha reconocido capacidad ejecutiva e interventora en el ámbito de los ficheros de titularidad pública con la potestad de inmovilización de los ficheros siempre que nos encontremos en alguno de los supuestos de infracción muy grave, de utilización o cesión ilícita, o cuando se atente contra el ejercicio de los derechos de los ciudadanos y el libre desarrollo de la personalidad.

Por el contrario, las decisiones del Defensor del Pueblo, que se adoptan bajo la forma de sugerencias, recomendaciones y recordatorio de deberes, no están revestidas de esta potestad ejecutiva, sino que tienen su fuerza en el prestigio y la *auctoritas* de la institución. No obstante, tenemos que tener en cuenta el mecanismo disuasorio contemplado en el artículo 30 de la LODP para que las resoluciones que formule sean atendidas por la Administración.

Por todo ello consideramos que el Defensor del Pueblo no está dotado de la capacidad de intervenir sobre los ficheros de titularidad pública con las medidas ejecutivas que puede adoptar

la AEPD; además de ello, hablar de sugerencias, recomendaciones y recordatorios de deberes legales no es suficiente garantía preventiva cuando nos encontramos ante la vulneración de un derecho fundamental, sin perjuicio de que el Defensor del Pueblo una vez constatada la violación lo pusiera en conocimiento de un órgano o autoridad con competencia para adoptar tales medidas.

Finalmente, respecto a la propuesta que formula el Defensor del Usuario de las actuaciones y medidas a adoptar por la Administración en relación a garantizar los derechos reconocidos en la Ley, a tenor de la redacción del artículo 7 de la Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, parece ser que no son más que recomendaciones que carecen de toda obligatoriedad para los órganos administrativos a los que vayan destinadas. De nuevo identidad absoluta entre el Defensor del Pueblo y entre el Defensor del Usuario.

Por todo lo argumentado anteriormente, consideramos que la figura del Defensor del Usuario es ambigua y poco clara generando una duplicación de órganos e instituciones que a nuestro juicio lleva, por un lado, al aumento del gasto público y, por otro lado, al debilitamiento de los derechos que se pretenden tutelar, pues el ciudadano ante la proliferación de instituciones y órganos de defensa no sabe a cuál acudir. Además de ello, se hace necesario regular las relaciones entre todas estas instituciones, pues puede darse el caso de resoluciones y sugerencias contradictorias entre ellas provocando confusión y un quebranto del principio de seguridad jurídica.

**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) Recurso por incumplimiento y recurso por responsabilidad extracontractual. C) Responsabilidad del Estado miembro. 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 que comprende esta crónica.

En este sentido, el Tribunal ha tenido ocasión de introducir algunos señalados matices en lo que concierne a la cuestión prejudicial, los cuales, sin duda, merecen nuestra atención y nuestro comentario.

**2. PRINCIPIOS GENERALES**

La **STJUE (Gran Sala) de 12 de enero de 2010, en el asunto C-229/08**, analiza la posible discriminación por razón de la edad por una disposición nacional que fijaba en 30 años la edad máxima para la contratación de funcionarios en el servicio de bomberos.

La sentencia citada se dictó con ocasión de la petición de decisión prejudicial sobre la interpretación 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, en el marco de un litigio entre el Sr. Wolf y la Stadt Frankfurt am Main (Alemania) por la negativa de ésta a considerar la candidatura del Sr. Wolf para ser contratado en el servicio técnico medio de bomberos, por el hecho de que el Sr. Wolf superaba la edad de 30 años.

Hay que recordar que la Directiva 2000/78/CE se adoptó sobre la base del artículo 13 CE. El artículo 2 de la Directiva establece que “a efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1”.

El Hessische Feuerwehrlaufbahnverordnung (Reglamento sobre la carrera del funcionario en el servicio de intervención de bomberos profesionales del Land Hessen), de 21 de diciembre de 1994 (en lo sucesivo, “FeuerwLVO”), establece en su artículo 3, apartado 1, punto 1, que la edad máxima para poder ser contratado en el servicio medio es de 30 años.

Para determinar si la diferencia de trato por razón de la edad contenida en la normativa nacional controvertida en el litigio principal está justificada, el TJUE examina en su sentencia si la aptitud física es una característica vinculada a la edad y si constituye un requisito profesional esencial y determinante para la actividad profesional de que se trata o para su ejercicio, siempre y cuando el objetivo perseguido por dicha normativa sea legítimo y el referido requisito, proporcionado.

Pues bien, por lo que respecta, en primer lugar, al objetivo perseguido por la referida normativa nacional, su finalidad es garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento del cuerpo de bomberos profesionales. Sobre este particular debe señalarse que el cuerpo de bomberos profesionales forma parte de los servicios de socorro. El decimotavo considerando de la Directiva precisa que ésta no puede tener el efecto de obligar a dichos servicios a contratar a personas que no tengan las capacidades necesarias para desempeñar cuantas funciones puedan tener que ejercer en relación con el objetivo legítimo de mantener el carácter operativo de dichos servicios.

Por lo tanto, para el Tribunal, el interés en garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio de bomberos profesionales constituye un objetivo legítimo en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva.

Por lo que respecta, en segundo lugar, al requisito profesional esencial y determinante de la actividad de bombero o del ejercicio de ésta, se desprende de las explicaciones del Gobierno alemán, que no han sido rebatidas, que los miembros del servicio técnico medio de bomberos llevan a cabo sobre el terreno las tareas atribuidas a los bomberos profesionales. Contrariamente a las funciones de dirección y de mando del servicio técnico de bomberos, las actividades del servicio técnico medio de bomberos se caracterizan por su naturaleza física. Como tales, los miembros de dicho servicio participan en la extinción de incendios, el salvamento de personas, las tareas relacionadas con la protección del medio ambiente, el salvamento de animales y la protección frente a animales peligrosos, así como en tareas de apoyo como el mantenimiento y control de los equipos de protección y los vehículos de intervención. De lo expuesto resulta para el Tribunal que el hecho de disponer de una capacidad física particularmente importante puede considerarse una exigencia profesional esencial y determinante, en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva, para el ejercicio de la profesión de bombero del servicio técnico medio.

## I. Derecho de la Unión Europea

En cuanto a la cuestión de si la necesidad de disponer de una elevada capacidad física guarda relación con la edad, ha de señalarse que el Gobierno alemán alega, sin que se haya rebatido este extremo, que determinadas tareas confiadas a los miembros del servicio técnico medio de bomberos, como la extinción de incendios o el salvamento de personas, exigen una capacidad física excepcionalmente elevada y únicamente pueden llevarse a cabo por funcionarios jóvenes. Sobre este extremo, el referido Gobierno ha facilitado datos científicos resultantes de estudios realizados en el marco de la medicina del trabajo y deportiva, de los que se desprende que la capacidad respiratoria, la musculatura y la resistencia disminuyen con la edad. De este modo, muy pocos funcionarios de más de 45 años tienen la capacidad física suficiente para ejercer su actividad en el ámbito de la extinción de incendios. En el ámbito del salvamento de personas, los funcionarios de que se trata dejan de disponer de la referida capacidad a la edad de 50 años. Los funcionarios que superan dichas edades trabajan en los demás sectores de actividad antes mencionados. De ello resulta que la necesidad de disponer de plena capacidad física para ejercer la profesión de bombero del servicio técnico medio guarda relación con la edad de los miembros de dicho servicio.

Por lo que respecta, en cuarto y último lugar, a la cuestión de si es proporcionada una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que fija en 30 años la edad máxima para la contratación de funcionarios que dispongan de una importante capacidad física que permita el ejercicio de la profesión de bombero en el servicio técnico medio, el Tribunal sostiene que las tareas de extinción de incendios y salvamento de personas, que incumben al servicio técnico medio de bomberos, únicamente pueden llevarse a cabo por los funcionarios más jóvenes. Los funcionarios de más de 45 o de 50 años realizan otras tareas. A fin de garantizar el funcionamiento eficaz del servicio técnico medio de bomberos, puede considerarse necesario que la mayoría de los funcionarios de dicho servicio sea capaz de cumplir las tareas exigentes desde un punto de vista físico y que, por lo tanto, tengan menos de 45 o de 50 años. Además, el destino de los funcionarios de más de 45 o 50 años a tareas menos exigentes desde un punto de vista físico exige que éstos sean sustituidos por funcionarios jóvenes. Pues bien, la edad a la que se contrata al funcionario determina el tiempo durante el cual podrá cumplir las tareas exigentes desde un punto de vista físico. El funcionario contratado antes de cumplir los 30 años, dado que por lo demás deberá seguir una formación de dos años de duración, podrá ser destinado a dichas tareas durante un período mínimo de entre 15 y 20 años. Por el contrario, si es contratado a la edad de 40 años, dicho período será como mucho de entre 5 y 10 años. Una contratación a edad avanzada tendría como consecuencia que un número demasiado elevado de funcionarios no podría ser destinado a las tareas más exigentes desde un punto de vista físico. Asimismo, tal contratación no permitiría que los funcionarios contratados de este modo estuvieran destinados a las citadas tareas durante un período de tiempo suficientemente largo. Por último, como alega el Gobierno alemán, la organización razonable del cuerpo de bomberos profesionales exige, por lo que respecta al servicio técnico medio, una correlación entre los puestos que requieren una mayor capacidad física y que no están adaptados a los funcionarios de más edad y los puestos que requieren una menor capacidad física y que están adaptados a dichos funcionarios.

Por lo tanto, el Tribunal considera, por una parte, que una normativa nacional como la controvertida en el caso de autos, que fija en 30 años la edad máxima para la contratación

en el servicio técnico medio de bomberos, es adecuada para lograr el objetivo consistente en garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio de bomberos profesionales y, por otra, que no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declaró que

“El artículo 4, apartado 1, 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, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que fija en 30 años la edad máxima para la contratación en el servicio técnico medio de bomberos”.

### 3. FUENTES

Por lo que a fuentes se refiere, y dentro del intervalo al que debemos reconducir nuestro análisis, destacamos dos pronunciamientos, si bien no incorporan novedades sustanciales en la jurisprudencia del Alto Tribunal de la Unión Europea.

En primer lugar, hay que mencionar la **STJUE de 15 de abril de 2010, As. 433/05, Sandström**, en relación al artículo 8, apartado 1, de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas. En este sentido, el Tribunal de Justicia señala que dicho precepto debe interpretarse en el sentido de que una modificación introducida en un proyecto de reglamento técnico ya notificado a la Comisión Europea, con arreglo al párrafo primero de ese artículo, y que sólo implica, respecto del proyecto notificado, una flexibilización de los requisitos de utilización del producto de que se trata y, por tanto, reduce el impacto potencial del reglamento técnico en los intercambios comerciales, no constituye una modificación significativa del proyecto en el sentido del tercer párrafo de dicha disposición y no debe ser objeto de notificación previa a la Comisión. A falta de tal obligación de notificación previa, no haber comunicado a la Comisión una modificación no significativa de un reglamento técnico, con anterioridad a la adopción de éste, no afecta a su aplicabilidad.

En segundo término, la **STJUE de 29 de abril de 2010, As. C-446/08, Solgar y otros**, recuerda la obligación de un Estado miembro de adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado previsto en una Directiva, obligación imperativa impuesta por el párrafo 3º del artículo 249 del TCE y por la propia Directiva (Fundamento 27).

### 4. RECURSOS

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

Durante el período al cual se ciñe la presente crónica de jurisprudencia comunitaria no se aprecia ningún cambio sustancial en la naturaleza de los recursos de anulación y omisión.

## I. Derecho de la Unión Europea

No obstante, vamos a resaltar por su importancia algunas de las sentencias recaídas en recursos de anulación y omisión durante el marco temporal al cual se suscribe la presente crónica de jurisprudencia comunitaria.

En primer lugar, podemos señalar el **Auto del Tribunal General (Sala Tercera) de 12 de febrero de 2010, As. T-456/07, Comisión/CdT**, en el cual, respecto a la esencia del recurso de anulación que determina que debe atenderse a la esencia del acto más a que su forma, recordaba el Tribunal General que si bien el acto enjuiciado aparecía bajo la forma de “dictamen” había que apreciar, en el marco de la interpretación del contenido del acto, si éste presenta o no carácter decisorio, no constituyendo propiamente una decisión una comunicación procedente de un organismo comunitario en respuesta a una petición formulada por otro órgano comunitario (en este supuesto enjuiciado, una invitación del director general de la DG “Personal y Administración” dirigida a obtener del consejo de administración del Centro de Traducción de los Órganos de la Unión Europea una postura formal y motivada sobre el abono de la contribución al régimen de pensiones comunitario durante los años 1998 y 2005).

Por su parte, el Tribunal General (Sala Octava), en el fundamento jurídico sexagésimo tercero de su **Sentencia de 18 de marzo de 2010, Centre de coordination Carrefour/Comisión, As. T-94/08**, recordó la jurisprudencia que establece que un demandante no puede invocar situaciones futuras e inciertas para acreditar su interés en solicitar la anulación de un acto impugnado.

Igualmente, el Tribunal General (Sala Tercera), en su **Sentencia de 2 de marzo de 2010, As. T-16/04, Arcelor/Parlamento y Consejo**, recordó que el mero hecho de que no se reconozca expresamente la admisibilidad de un recurso de anulación interpuesto por un particular contra una directiva no basta para declarar la inadmisibilidad de este recurso. Las instituciones comunitarias no pueden excluir la protección jurisdiccional que el Tratado ofrece a los particulares, por la mera elección de la forma del acto de que se trate, aunque dicho acto hubiese revestido la forma de directiva. Así como también, subrayó que el mero hecho de que las disposiciones controvertidas formen parte de un acto de alcance general constitutivo de una verdadera directiva y no de una decisión adoptada bajo la apariencia de directiva no basta por sí solo para excluir la posibilidad de que dichas disposiciones puedan afectar directa e indirectamente a un particular.

El Tribunal General (Sala Sexta) en el fundamento jurídico quincuagésimo de su **Sentencia de 3 de marzo de 2010, As. T-429/05, Artogodan/Comisión**, esclareció el sentido de los diferentes recursos existentes:

“Mientras que los recursos de anulación y por omisión persiguen declarar la ilegalidad o la falta de adopción de un acto jurídicamente vinculante, el recurso de indemnización tiene por objeto la solicitud de reparación de un perjuicio causado por un acto o un comportamiento ilícito imputable a una institución”.

Respecto a los plazos, encontramos dos sentencias que deben ser reseñadas. Una primera es la **Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 4 de marzo de 2010, Foshan City Nanhai Golden Step Industrial/Consejo, As. T-410/06**, en la cual el Tribunal General sostuvo que al conceder a la demandante un plazo inferior a diez días para comentar el

documento de información final adicional, la Comisión infringió la normativa existente pero, sin embargo, esta circunstancia no puede, por sí misma, dar lugar a la anulación del reglamento impugnado ya que es necesario demostrar que el hecho de disponer de un plazo inferior al plazo legal pudo afectar concretamente a su derecho de defensa (FJ 124º) –idéntica fundamentación encontramos en la **Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 4 de marzo de 2010, Sun Sang Kong Yuen Shoes Factory/Consejo, As. T-409/06**, FJ 147º–. La segunda sentencia que resaltamos es la **Sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) de 2 de marzo de 2010, Evropaiki/Dynamiki/EMSA, As. T-70/05**, en la cual el Tribunal General sostuvo que la comunicación extemporánea del nombre del adjudicatario que en vez de ser comunicado en los quince días siguientes a la solicitud de la demandante, no se reveló hasta varias semanas más tarde, por medio del anuncio de adjudicación de contrato publicado en el Diario Oficial, si bien tal retraso, por lamentable e injustificado que resulte, no restringió la posibilidad de la demandante de hacer valer sus derechos ante el Tribunal y, por tanto, no puede por sí solo dar lugar a la anulación de la decisión impugnada (FJ 157º).

Igualmente, en relación con los efectos de las partes en un recurso de anulación, podemos recordar la **Sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) de 28 de abril de 2010, Gütermann/Comisión, As Ac. T-456/05 y T-457/05**, en la cual el Tribunal General afirmó que si el destinatario de una decisión decide interponer un recurso de anulación al juez comunitario sólo se le somete la parte de la decisión que afecta a dicho destinatario. En cambio, las partes relativas a otros destinatarios, que no han sido impugnadas, no integran el objeto del litigio que el juez comunitario ha de resolver.

Quisiéramos finalizar la parte de la crónica relativa a los recursos de anulación y de omisión poniendo de relieve aquellos en los que aparecen como partes el Reino de España y ciudadanos/empresas españolas. En primer lugar, en relación con el recurso de anulación, podemos recordar el **Auto del Tribunal General (Sala Primera) de 13 de abril de 2010, As. T-529/08, T-530/08, y T-531/08**, que declaró la inadmisibilidad de los recursos presentados por el Territorio Histórico de Álava –Diputación Foral de Álava–, el Territorio Histórico de Guipúzcoa –Diputación Foral de Guipúzcoa–, y el Territorio Histórico de Vizcaya –Diputación Foral de Vizcaya–, contra el escrito de la Comisión, de 2 de octubre de 2008, en el que se indica a los demandantes que procede aplicar intereses compuestos –y no intereses simples– en el proceso de recuperación de las ayudas estatales declaradas ilegales por las Decisiones 2002/820/CE, 2002/894/CE y 2003/27/CE de la Comisión, de 11 de julio de 2001, relativas al régimen de ayudas estatales ejecutado por España en favor de las empresas de las provincias de Álava, de Guipúzcoa y de Vizcaya, respectivamente, en forma de crédito fiscal del 45% de las inversiones (DO 2002, L 296, p. 1; DO 2002, L 314, p. 26, y DO 2003, L 17, p. 1, respectivamente), y por las Decisiones 2002/892/CE, 2002/540/CE y 2002/806/CE de la Comisión, de 11 de julio de 2001, relativas al régimen de ayudas estatales aplicado por España a algunas empresas de reciente creación en las provincias de Álava, de Guipúzcoa y de Vizcaya, respectivamente (DO 2002, L 314, p. 1; DO 2002, L 174, p. 31, y DO 2002, L 279, p. 35, respectivamente), decisiones validadas por las Sentencias del Tribunal de 9 de septiembre de 2009, Diputación Foral de Álava y otros/Comisión (T-227/01 a T-229/01, T-265/01,

## I. Derecho de la Unión Europea

T-266/01 y T-270/01, Rec. p. II-0000), y Diputación Foral de Álava y otros/Comisión (T-230/01 a T-232/01 y T-267/01 a T-269/01, Rec. p. II-0000). En su argumentación el Tribunal General consideró que como no se habían recurrido los escritos de 9 de julio de 2004 y de 21 de marzo de 2005, dichos escritos eran firmes y no podían ser recurribles. Y, en segundo lugar, respecto al recurso por omisión, podemos recordar el recurso interpuesto el día 8 de febrero de 2010, por Fernando Marcelino Victoria Sánchez contra la Comisión, asunto T-61/10, en el que solicita se dicte sentencia por la que se declare que la inactividad del Parlamento Europeo y de la Comisión en dar respuesta a la solicitud formulada mediante escritos presentados el día 6 de octubre de 2009, en relación con una supuesta red de corrupción existente en España en materia de seguridad social y salud pública, es contraria al derecho comunitario y que por ello se emplace a estos órganos a su subsanación.

### **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**

Una vez más, la admisibilidad o, por mejor decir, los motivos para inadmitir una cuestión prejudicial han ocupado la mayor parte del tiempo del Tribunal de Justicia de la Unión en lo que atañe a este tópico del Derecho comunitario. Valga como muestra que, del total de las doce sentencias seleccionadas y analizadas en esta crónica, ocho de ellas han tenido por objeto dilucidar, matizar o puntualizar, justamente, los motivos de inadmisión prejudicial y cómo deben o pueden ser interpretados. Por lo demás, y junto a este argumento “estrella”, la Corte comunitaria también ha tenido oportunidad de pronunciarse durante estos últimos meses sobre otros temas llamemos “secundarios”, como lo son: la posibilidad de reabrir la fase oral del procedimiento prejudicial; cuál es el alcance y extensión de la competencia temporal de la propia Corte en esta materia, y los efectos (retroactivos o no) de las sentencias prejudiciales. De todo ello, nos ocuparemos en las páginas que siguen.

Comencemos –como no podía ser de otra forma– por los motivos de inadmisión. Y hagámoslo señalando que, en la **STJUE de 18 de marzo de 2010, As. Gielen, C-440/08; STJUE de 18 de marzo de 2010, Alassini, As. Ac. C-317/08 a C-320/08, y la STJUE de 22 de abril de 2010, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, As. C-486/08**, la Curia comunitaria se ha limitado a reproducir la que viene siendo su reiterada jurisprudencia sobre esta temática y a rechazar, en última instancia, el motivo o motivos de inadmisión invocado por las partes en cada uno de estos procesos. Una reiterada jurisprudencia de la que, en apretada síntesis, se deduce lo siguiente:

– Que es al órgano jurisdiccional interno al que le toca decidir acerca tanto de la necesidad como de la pertinencia de plantear una cuestión prejudicial.

– Que, una vez planteada, la cuestión o cuestiones prejudiciales gozan de una suerte de “presunción de pertinencia” que se traduce, a su vez, en la regla general de obligación de dar respuesta a ésta por parte del Tribunal de Justicia, salvo concurrencia de alguna circunstancia o circunstancias excepcionales.

– Y que estas circunstancias excepcionales pueden reducirse a tres, a saber: a) la falta de su relación con el Derecho Comunitario o de la Unión Europea (por ejemplo, en los casos de petición de pronunciamiento prejudicial acerca de una norma de Derecho nacional); b) el hecho de que la cuestión planteada resulte hipotética o superflua, y c) la eventualidad de que en el escrito de remisión el órgano interno no haya incluido los elementos de hecho y de Derecho mínimos y suficientes para que el Tribunal de Justicia pueda cumplir con su misión de ofrecer una respuesta útil.

Sentado lo anterior, interesa poner de manifiesto de inmediato que la **STJUE de 25 de febrero de 2010, Pontina Ambiente, As. C-172/08**; la **STJUE de 9 de marzo de 2010, ERG y otros, As. Ac. C-380/08 y C-379/08**; la **STJUE de 11 de marzo de 2010, Attanasio Group, As. C-384/08**; la **STJUE de 15 de abril de 2010, Gala-Salvador Dalí y Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos, As. C-518/08**, y la **STJUE de 22 de abril de 2010, Dimos Agios Nikolaos, As. C-82/09**, introducen, en cambio, algunos señalados matices respecto de aquella reiterada jurisprudencia dignos, desde luego, de ser analizados.

Así es, en la **STJUE de 25 de febrero de 2010, Pontina Ambiente, As. C-172/08**, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha precisado que, si bien es cierto que no es competente para pronunciarse sobre la compatibilidad de una disposición nacional con el Derecho de la Unión, sí lo es, por el contrario, para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación de Derecho de la Unión que puedan permitir apreciar dicha compatibilidad para dirimir el asunto del que esté conociendo (apdo. 27 de la Sentencia). Más todavía: en el caso de autos, el Tribunal de Justicia de la Unión es capaz de construir, por deducción (apdo. 31), cuáles son las cuestiones que se hallan detrás de la petición prejudicial formulada, con base –eso sí– en las indicaciones facilitadas por el órgano remitente y previa afirmación, cabal (apdo. 30 de la antedicha Sentencia), de que la petición planteada ha de declararse admitida.

De otra parte, en la **STJUE de 9 de marzo de 2010, ERG y otros, As. Ac. C-380/08 y C-379/08**, la Corte comunitaria señala que, frente a la alegación formulada por el Gobierno italiano (apdo. 24 de la Sentencia) en cuanto a que el objetivo del órgano jurisdiccional remitente no es el de resolver una duda acerca de la interpretación o la validez del Derecho de la Unión sino desvirtuar la jurisprudencia del órgano interno y superior de apelación, aquel órgano remitente debe, en particular, tener la libertad de someter al Tribunal de Justicia las cuestiones que le preocupan; sobre todo cuando considere que la valoración jurídica efectuada por este órgano de rango superior pudiera llevarle a dictar una sentencia contraria al Derecho comunitario. En otras palabras: cuando un órgano jurisdiccional interno prevea que sus decisiones pueden ser corregidas o enmendadas por un órgano jurisdiccional también interno pero superior y con competencia para ello, en un sentido contrario a lo querido por el Derecho de la Unión, ha de gozar de la libertad

## I. Derecho de la Unión Europea

necesaria para hacer uso del mecanismo prejudicial; lo que constituye, dicho sea entre paréntesis, una forma indirecta de corregir o enmendar la jurisprudencia contraria al Derecho comunitario de ese otro órgano jurisdiccional superior.

Por lo demás, la **STJUE de 11 de marzo de 2010, Attanasio Group, As. C-384/08**, constituye el único supuesto durante el período que comprende esta crónica en el que la Corte europea ha declarado, siquiera parcialmente, la inadmisión de una cuestión prejudicial. En efecto, en este concreto asunto y en la parte de él que atañe a la interpretación de los artículos 81 a 89 del antiguo TCE, el Tribunal de Justicia sí admite la alegación (formulada también por el Gobierno italiano) de falta de definición del contexto fáctico y régimen normativo en el que se inscribe parte de la cuestión planteada. Así (apdo. 33 de la Sentencia), afirma la Curia comunitaria que en el caso de autos: "... la resolución de remisión no proporciona los elementos de hecho y de Derecho que permitan (...) determinar las condiciones en las que unas medidas estatales como las controvertidas en el litigio principal pueden estar comprometidas en el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a la competencia. En especial, la mencionada resolución no proporciona ninguna indicación relativa a las normas concretas de la competencia cuya interpretación solicita ni ninguna explicación referente a la relación que establece [sic] entre tales normas y el litigio principal o el objeto de éste...". En tal estado de cosas (apdo. 34 de la susodicha Sentencia), la cuestión planteada no puede sino declararse inadmisibile; única vez –insistimos en ello– en la que durante los últimos tres meses, el Tribunal de Justicia ha sido de este parecer.

Finalmente, y en lo que concierne aún a las sentencias prejudiciales en las que la Corte comunitaria ha matizado o puntualizado su reiterada jurisprudencia en la materia, hay que reseñar, conjuntamente, las **SSTJUE de 15 de abril de 2010, Gala-Salvador Dalí y Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos, As. C-518/08**, y **de 22 de abril de 2010, Dimos Agios Nikolaos, As. C-82/09**. Y ello a resultas de que, en ambos casos, el Tribunal de Justicia especifica que sólo cabe acoger como motivo de inadmisión de una cuestión prejudicial la falta de pertinencia de ésta con el Derecho de la Unión cuando dicha falta de pertinencia se revele manifiesta, y no en cualquier circunstancia.

Baste citar, a este respecto, los apartados 22 y 23 de la primera de las sentencias que venimos de referir, donde la Curia comunitaria deja claro que la cuestión prejudicial planteada resulta admisible porque: "... no se revela manifiestamente carente de pertinencia para la resolución del litigio principal...". Del mismo modo, y en términos casi idénticos, en los apartados 17 y 18 de la segunda de las sentencias a las que venimos de referirnos, el Tribunal de Justicia determina que la cuestión prejudicial formulada ha de resultar admisible dado que: "... no se revela manifiestamente carente de pertinencia para la resolución del litigio principal...". En suma, es cierto que la Corte comunitaria utiliza y contempla la falta de relación del objeto y contenido de las cuestiones prejudiciales con el Derecho de la Unión para declarar su inadmisión, pero también lo es que esto sólo sucede cuando la impertinencia de la cuestión planteada resulte manifiesta.

Más allá de los motivos de inadmisión –y como ya hemos indicado más arriba–, el Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad también de ocuparse de otros aspectos del mecanismo prejudicial. Así, hay que señalar, en primer término, la **STJUE de 25 de febrero de 2010, X Holding, As. C-337/08**, donde la Curia comunitaria nos ha recordado que, a pesar de que, conforme al artículo 61 de su Reglamento de Procedimiento (a fecha 3

de abril de 2010), ésta puede ordenar de oficio (o a propuesta del Abogado General o a instancia de las partes) la reapertura de la fase oral si considera que no está lo suficientemente informada sobre un asunto, o que éste debe dirimirse basándose en una alegación que no ha sido debatida entre los pleiteantes (apdo. 11 de la Sentencia), ésta no sería en ningún caso la regla general sino la excepción, con lo que se pretende no dilatar más de lo estrictamente necesario el procedimiento prejudicial; y el supuesto de autos, dicho sea entre paréntesis, no constituye una de estas excepciones.

En efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión (apdos. 12 y 13 de la sentencia), y frente a la petición de reapertura de la fase oral que en este caso formula una de las partes en el proceso principal (X holding), se limita a responder, de una parte, que el Derecho discutido (el neerlandés) ha sido expuesto y comentado con suficiencia en las observaciones escritas y orales formuladas ante el propio Tribunal, y que, por lo demás, no se alega ahora cuestión alguna que deba dirimirse sobre la base de una circunstancia que no haya sido ya tenida en cuenta. Por consiguiente, oído el Abogado General y con base en la que viene siendo su reiterada jurisprudencia a este propósito, no procede sino desestimar la solicitud de reapertura de la fase oral del procedimiento formulada por X Holding (apdo. 14 de la Sentencia).

Por su parte, en la **STJUE de 2 de marzo 2010, Salahadin Abdulla, As. Ac. C-175/08 a C-179/08** y en la **STJUE de 15 de abril de 2010, CIBA, As. C-96/08**, y aunque relacionadas con las causas o motivos de inadmisión, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de tratar otro argumento añadido, a saber, el alcance de su propia competencia temporal.

Así es, en la primera de ellas (apartados 45 a 50), la Corte comunitaria examina la extensión de su jurisdicción desde un punto de vista cronológico para conocer, o no, de una cuestión prejudicial que versa sobre unas solicitudes de protección internacional que fueron presentadas por los demandantes (extranjeros) antes de la entrada en vigor de la directiva controvertida en el asunto principal, estableciendo a este respecto: a) que, al haber sido transpuesta esta directiva por una Ley nacional que no limitaba en el tiempo la aplicabilidad de sus disposiciones, esta Ley nacional, junto con la directiva de la que trae su causa, resulta invocable por quienes presentaron aquellas solicitudes de protección internacional anteriores a la entrada en vigor de la norma comunitaria discutida, y b) que, precisamente por ello, la cuestión prejudicial ahora planteada debe ser admisible (apdo. 50 de la Sentencia).

Por su parte, en la STJUE de 15 de abril de 2010, CIBA, As. C-96/08, que acabamos de citar, el Tribunal de Justicia deja claro que su jurisdicción, desde dicho punto de vista temporal, comienza tan sólo a partir de la fecha de adhesión de un Estado miembro y la de sus órganos jurisdiccionales a la Unión. En efecto, en el caso de autos (empresa húngara cuyos presupuestos de los años 2003 y 2004 han dado lugar al planteamiento de varias cuestiones prejudiciales en un procedimiento principal), la Corte comunitaria declara que sólo podrá conocer de aquéllas de entre éstas que guarden relación con asuntos suscitados a partir del momento de la adhesión de Hungría a la Unión, esto es, desde el día 1 de mayo de 2004 y no antes (apdos. 13 y 14 de la Sentencia). Coherentemente con ello, el Tribunal de Justicia se considera competente para conocer de las cuestiones

## I. Derecho de la Unión Europea

prejudiciales planteadas, pero sólo parcialmente, es decir, sólo respecto de aquellas que versen sobre aspectos presupuestarios que afecten a la empresa considerada, y posteriores a esa fecha (apdo. 15 de la Sentencia).

Por último, y dentro de las sentencias prejudiciales que durante estos últimos tres meses han ido más allá de los motivos de inadmisión, sobresale la **STJUE de 13 de abril de 2010, Bressol y otros et Chaverot y otros, As. C-73/08**. La razón es que ha proporcionado a la Corte comunitaria la posibilidad de recordarnos cuál es su parecer en cuanto a los efectos en el tiempo de las sentencias prejudiciales y, más concretamente, la eventual limitación de la retroactividad. Lo ha hecho frente a la solicitud en este sentido presentada en el caso de autos por el Gobierno belga (apdo. 89 de la Sentencia), el cual pretendía limitar los efectos de la decisión prejudicial invocando la seguridad jurídica o, en otros términos, la salvaguardia de la gran cantidad de relaciones jurídicas constituidas de buena fe por la mayor parte de los afectados (estudiantes del curso académico 2006-2007) por la norma comunitaria objeto ahora de interpretación; lo que, asimismo y a su juicio, podría tener repercusiones económicas graves, con riesgo de desequilibrar el presupuesto de la *Communauté française* belga en materia de educación.

Por el contrario (apdos. 90 a 93 de la antecitada sentencia), el Tribunal de Justicia de la Unión considera: a) que, con arreglo a su reiterada jurisprudencia sobre este particular, en la interpretación que hace de las normas de Derecho de la Unión está llamado a aclarar y precisar, cuando es necesario, el significado y el alcance de éstas, tal como habrían debido ser entendidas y aplicadas desde el momento de su entrada en vigor, esto es, con carácter retroactivo; b) que, en su consecuencia, la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el Juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación en los supuestos en los que, además, se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma; c) 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 por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe; d) que, para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves; e) que, a mayor abundamiento y según también su reiterada jurisprudencia a este respecto, las consecuencias financieras que podrían derivar para un Estado miembro de una sentencia dictada con carácter prejudicial no justifican, por sí solas, la limitación de los efectos en el tiempo de esta sentencia, y f) que el Tribunal de Justicia únicamente ha recurrido a esta solución en circunstancias muy determinadas, cuando, por una parte, 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, por otra parte, 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 de la Unión (incertidumbre a la que habían contribuido eventualmente los mismos comportamientos adoptados por otros Estados miembros o por la Comisión).

Aplicado todo lo anterior al caso que ahora nos ocupa (apdos. 94 y 95 de la Sentencia), se pone de manifiesto que: a) respecto a los litigios principales, el Gobierno belga no ha aportado al Tribunal de Justicia ningún dato concreto que permita afirmar que el autor del Decreto nacional discutido (de 16 de junio de 2006) habría sido incitado a observar una conducta eventualmente contraria al Derecho de la Unión en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance del referido Derecho, y b) que dicho Gobierno tampoco ha sustentado de ninguna manera, con datos concretos, su alegación de que la presente sentencia podría tener consecuencias financieras graves si no se limitan sus efectos en el tiempo.

A la vista de todo ello (apdo. 96), y como hace en la mayoría de los casos según acabamos de comprobar, la Corte comunitaria declara que no procede limitar los efectos en el tiempo de la presente sentencia.

### E) Medidas cautelares

Nada nuevo hay que destacar, ni merecen comentario alguno las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las que se ha abordado este argumento durante el período de tiempo que comprende esta crónica.

## 5. MERCADO INTERIOR

### A) Libre circulación de mercancías

En el período objeto de análisis (del 15 de febrero al 15 de mayo de 2010), se ha dictado solamente una sentencia por parte del Tribunal. Nos referimos a la **STJUE (Sala Cuarta) de 22 de abril de 2010, “Association of the British Pharmaceutical Industry” (As. C-62/09)**, en materia de medicamentos. En este asunto se pide al Tribunal que realice una interpretación prejudicial del artículo 94.1 de la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano, y en concreto sobre la posibilidad de ofrecer primas o ventajas pecuniarias a quienes dispensan medicamentos.

En Inglaterra y en el País de Gales los médicos generalistas y los demás profesionales sanitarios están específicamente facultados para extender prescripciones de medicamentos, y cuando extienden prescripciones financiadas por el Servicio Nacional de Salud (*National Health Service*) deben cumplir las normas que establece este último y someterse al control de esas prescripciones. En el marco de una política global tendente a reducir los costes de sus ramas “medicamentos”, se han establecido por parte del Estado sistemas de incentivos económicos dirigidos a las consultas médicas para que éstas prescriban a sus pacientes bien medicamentos específicamente designados, bien medicamentos genéricos.

Para el TJUE, a pesar de la prohibición de la Directiva, no supone merma de la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de Seguridad Social y, en particular,

## I. Derecho de la Unión Europea

para dictar disposiciones encaminadas a regular el consumo de productos farmacéuticos, en interés del equilibrio financiero de sus regímenes del seguro de enfermedad (Sentencia de 2 de abril de 2009, A. Menarini Industrie Farmaceutiche Riunite y otros, C-352/07 a C-356/07, C-365/07 a C-367/07 y C-400/07). Por ello, a fin de garantizar el efecto útil de la Directiva 89/105/CEE, relativa a la transparencia de las medidas que regulan la fijación de precios de los medicamentos para uso humano y su inclusión en el ámbito de los sistemas nacionales del seguro de enfermedad, es preciso también permitir a los profesionales de la industria farmacéutica cuyos medicamentos sean objeto de incentivos económicos para la prescripción, o no, asegurarse de que el sistema de incentivos económicos aplicado por las autoridades públicas se apoya en criterios objetivos y no se practica ninguna discriminación entre los medicamentos nacionales y los procedentes de otros Estados miembros (SS. de 12 de junio de 2003, Comisión/Finlandia, C-229/00).

En conclusión, el artículo 94.1 de la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano, en su versión modificada por la Directiva 2004/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a sistemas de incentivos económicos, como el controvertido en el litigio principal, aplicados por las autoridades nacionales responsables de la salud pública a fin de reducir sus gastos en la materia y tendentes a favorecer, a efectos del tratamiento de ciertas patologías, la prescripción por los médicos de medicamentos específicamente designados y que contienen una sustancia activa diferente de la del medicamento que se había prescrito anteriormente o que se habría podido prescribir de no existir tal sistema de incentivos.

### B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

#### 1. Libre prestación de servicios

En el período analizado (del 15 de febrero al 15 de mayo de 2010), se han dictado dos sentencias del TJUE en la materia.

En primer lugar, la **STJUE (Sala Tercera) de 25 de marzo de 2010, “Helmut Müller”, As. C-451/08**, que resulta de especial interés por analizar el contrato público de obras y que como en el caso anterior tiene también su origen en una cuestión prejudicial que deriva de un litigio entre una empresa y la Administración Federal alemana en relación con la venta por esta última de un terreno en el que el comprador debía realizar posteriormente obras de conformidad con los objetivos de desarrollo urbanístico fijados por un ente local, aunque la complejidad técnica del caso es bastante más profusa. Al Tribunal se le pide que interprete el concepto “contrato público de obras” en el sentido de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

En esta Sentencia el TJUE estableció que el concepto de “contrato público de obras”, en el sentido del artículo 1.2.b) de la Directiva 2004/18/CE no exige que las obras objeto del contrato se realicen material o físicamente por el poder adjudicador, siempre que dichas

obras le reporten un beneficio económico directo. El ejercicio por este último de competencias normativas en materia urbanística no basta para cumplir este último requisito.

Por su parte, el concepto de “contrato público de obras”, en el sentido del artículo 1.2.b) de la Directiva 2004/18/CE requiere que el adjudicatario asuma, directa o indirectamente, la obligación de realizar la obra objeto del contrato y que se trate de una obligación exigible judicialmente de conformidad con las modalidades previstas por el Derecho interno.

Las “necesidades especificadas por el poder adjudicador”, en el sentido de la tercera modalidad enunciada en el artículo 1.2.b) de la Directiva 2004/18/CE, no pueden consistir en el mero hecho de que un poder público estudie algunos planes de construcción que le hayan sido presentados o en que adopte una decisión en el ejercicio de sus competencias en materia de normativa urbanística.

En las concretas circunstancias del asunto principal (en las que no nos detenemos dado su casuismo), queda excluida una concesión de obras públicas, en el sentido del artículo 1.3 de la Directiva 2004/18. E igualmente tampoco son aplicables las disposiciones de la Directiva 2004/18 cuando un poder público vende un terreno a una empresa al tiempo que otro poder público pretende adjudicar un contrato de obras en ese terreno pese a no haber decidido aún formalmente otorgar dicho contrato.

La segunda sentencia dictada en este período ha sido la **STJUE de 29 de abril de 2010, “Comisión/Alemania”, As. C-160/08**, que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 226 TCE, también en materia de contratos públicos, en concreto en materia de transporte sanitario de enfermos.

El Tribunal declara el incumplimiento por parte de Alemania de las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 10 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, en relación con el artículo 16 de esta Directiva, o, a partir del 1 de febrero de 2006, en virtud del artículo 22 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en relación con el artículo 35.4, de esta Directiva, al no publicar ningún anuncio con los resultados del procedimiento de licitación en el marco de la adjudicación de contratos de servicios públicos de transporte sanitario de urgencia y de transporte especial de enfermos, según el modelo de oferta de licitación, en los Länder de Sajonia-Anhalt, Renania del Norte-Westfalia, Baja-Sajonia y Sajonia.

El asunto no obstante requiere hacer referencia al supuesto de hecho concreto. En Alemania, la organización de los servicios de socorro es competencia de los Länder.

En la mayoría de los Länder, la prestación de servicios de socorro responde a un sistema denominado “dual”, también llamado “modelo de separación”. Éste se basa en una distinción entre los servicios públicos de socorro, que representan en torno al 70% del total de los servicios de socorro, y las prestaciones de servicios de socorro basadas en autori-

## I. Derecho de la Unión Europea

zaciones concedidas con arreglo a las leyes de los Länder en la materia, que corresponden en torno al 30% del total de dichos servicios.

Los servicios públicos de socorro comprenden las prestaciones de transporte sanitario de urgencia y las prestaciones de transporte especial de enfermos. El transporte sanitario de urgencia designa el traslado en vehículo de socorro o en ambulancia, bajo control especializado, de heridos o enfermos en peligro de muerte. El transporte especial de enfermos consiste en el traslado en vehículo sanitario, bajo control especializado, de heridos, enfermos u otras personas que precisen asistencia, pero cuya situación no presente carácter de urgencia. Estos dos tipos de prestaciones están normalmente a disposición de la población las veinticuatro horas del día, en la totalidad del correspondiente territorio, e implican con frecuencia la organización de un servicio de guardia dotado permanentemente de personal y de vehículos de intervención.

En el ámbito de los servicios públicos de socorro, las entidades locales, en calidad de autoridades responsables de la organización de los servicios de que se trata, celebran contratos con los proveedores para que presten estos servicios a toda la población del territorio de su competencia. La remuneración de los servicios de que se trata se efectúa o bien directamente por la entidad adjudicadora, con arreglo al modelo denominado de “oferta de licitación”, o bien mediante el cobro por el prestador de servicios de una contraprestación económica a los pacientes o a las cajas del seguro de enfermedad, con arreglo al modelo denominado de “concesión”.

Los denunciantes alegaron que, en Alemania, los contratos de servicios públicos de transporte sanitario, en general, no son objeto de un anuncio de licitación publicado a nivel de la Unión Europea y no se adjudican de manera transparente. Algunos de ellos afirmaron que los casos que habían justificado la presentación de sus denuncias constituyen el reflejo de una práctica general en ese Estado miembro.

Las investigaciones efectuadas por la Comisión pusieron de manifiesto que, entre 2001 y 2006, sólo trece anuncios de licitación, procedentes de once entidades locales diferentes, fueron publicados en el DOCE o en el DOUE, en lo que atañe a la prestación de servicios de transporte sanitario de urgencia o de transporte especial de enfermos. Durante ese mismo período, el número de anuncios relativos a los resultados de la adjudicación de un contrato también fue muy limitado, habiendo sido únicamente objeto de dos publicaciones.

### 2. Libertad de establecimiento

En el período analizado (del 15 de febrero al 15 de mayo de 2010), se han dictado un total de cuatro sentencias en esta materia.

En primer lugar, la **STJUE de 11 de marzo de 2010, “Attanasio Group”, As. C-384/08**, en la que se ventila un recurso por incumplimiento contra Alemania de nuevo en materia de contratos públicos de obras, aunque esta vez desde la perspectiva de la libertad de establecimiento.

Por resumir el supuesto de hecho enjuiciado, podemos decir que el asunto versa sobre la construcción de unos pabellones feriales para la ciudad de Colonia que fueron construidos

recurriendo a diversos contratos jurídicos pero no al contrato de obras públicas. El Tribunal aplica la consabida cláusula de “interpretación funcional” de los contratos. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal, la calificación jurídica del contrato compete al Derecho comunitario y que la calificación que recibe en Derecho nacional no es pertinente a estos efectos (Sentencia Auroux, de 18 de enero de 2007). De igual modo, la calificación jurídica del contrato dada por las partes tampoco es determinante. La definición del concepto de “contrato público de obras” establecida en el artículo 1.a) de la Directiva 93/37/CE abarca todos los contratos onerosos, independientemente de su calificación, celebrados entre un poder adjudicador y un contratista, que tengan por objeto la ejecución por éste de una obra definida en el artículo 1.c) de la misma Directiva. El criterio esencial en este sentido es que la obra responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador, al margen de los medios empleados para su realización.

Por ello la condena es inevitable, y el TJUE declara el incumplimiento por parte de Alemania de las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 7.4 y 11 de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, al haber celebrado la ciudad de Colonia un contrato con una sociedad inmobiliaria, sin recurrir al procedimiento de adjudicación de contratos establecidos en dichas disposiciones.

En segundo lugar, la **STJUE de 18 de marzo de 2010, “Gielen” As. C-440/08**, cuyo origen es una cuestión prejudicial sobre el IRPF holandés. Mediante su cuestión el órgano judicial plantea si el artículo 49 TFUE se opone a una normativa nacional que, por lo que se refiere a la concesión de una ventaja fiscal, como la deducción en favor de los trabajadores por cuenta propia, tiene efectos potencialmente discriminatorios respecto a los sujetos pasivos no residentes, aun cuando éstos puedan, en lo que atañe a dicha ventaja, hacer uso de la opción de equiparación prevista en tal normativa.

Para el Tribunal, el artículo 49 TFUE se opone a una normativa nacional que, por lo que se refiere a la concesión de una ventaja fiscal, como la deducción en favor de los trabajadores por cuenta propia controvertida en el litigio principal, tiene efectos discriminatorios respecto a los sujetos pasivos no residentes, aun cuando éstos puedan, en lo que atañe a dicha ventaja, optar por el régimen aplicable a los sujetos pasivos residentes.

En tercer lugar, la **STJUE de 15 de abril de 2010 “CIBA” As. C-96/08**, tiene también como origen una cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial húngaro.

Veamos el supuesto de hecho: CIBA es una empresa con domicilio social en Hungría que está sujeta a la obligación de pagar la CFP (“cotización de formación profesional”). Dispone de una sucursal en la República Checa, donde paga los impuestos y las cotizaciones relativos a los trabajadores empleados en esa sucursal, incluidas las relativas a la política pública de empleo establecidas en el Derecho nacional checo. A raíz de un control a posteriori en relación con los ejercicios 2003 y 2004, las autoridades fiscales húngaras declararon la existencia de una deuda fiscal a cargo de CIBA. La parte demandada en el litigio principal, ante quien se interpuso un recurso contra esa decisión, confirmó esa deuda, que incluía, en particular, cantidades relativas a la CFP que CIBA no había pagado.

## I. Derecho de la Unión Europea

El Tribunal constata la inadecuación de la normativa húngara. Los artículos 43 y 48 TCE se oponen a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual una empresa con domicilio social en ese Estado está obligada a pagar una cotización como la cotización de la formación profesional, cuyo importe se calcula sobre la base de los costes salariales, incluidos los relativos a una sucursal de esa empresa establecida en otro Estado miembro, si, en la práctica, se impide que la empresa pueda obtener, en relación con dicha sucursal, las posibilidades previstas en esa normativa de reducir la citada cotización o de tener acceso a tales posibilidades.

Y por último, la **STJUE de 20 de abril de 2010 (Gran Sala) “Federutility y otros” As. C-265/08**, en la cual también se eleva al Tribunal una cuestión prejudicial, esta vez por un órgano judicial italiano sobre la interpretación de 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 y por la que se derogó la Directiva 98/30/CE. El supuesto de hecho del litigio fue la fijación por parte de una empresa distribuidora de gas de “precios de referencia” para el suministro de gas natural que las empresas deben incluir en sus ofertas comerciales a una parte de su clientela.

El Tribunal constata la adecuación entre la normativa italiana discutida y la comunitaria. Para el tribunal, los artículos 3.2 y 3.23, apartado 1, de la Directiva 2003/55/CE no se oponen a una normativa nacional, como la italiana, que permite determinar el importe del precio de suministro del gas natural mediante la fijación de precios de referencia, como los controvertidos en el litigio principal, después del 1 de julio de 2007, a condición de que esa intervención:

- persiga un interés económico general consistente en mantener el precio de suministro del gas natural al cliente final en un nivel razonable, habida cuenta de que los Estados miembros deben conciliar, tomando en consideración la situación del sector del gas natural, los objetivos de liberalización y de la necesaria protección del cliente final perseguidos por la Directiva 2003/55;
- sólo menoscabe la libre fijación de precios de suministro del gas natural después del 1 de julio de 2007 en la medida necesaria para alcanzar dicho objetivo de interés económico general y, en consecuencia, durante un período de tiempo necesariamente limitado;
- esté claramente definida, sea transparente, no discriminatoria y controlable, y garantice a las empresas de gas de la Unión el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores.

### C) Libre circulación de trabajadores

#### 1. Igualdad de trato

La **STJCE de 11 de febrero de 2010, As. C-523/08, Comisión contra España**, ha declarado que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedi-

miento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica, al no haber adoptado, dentro del plazo señalado, todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a dicha Directiva.

En su escrito de contestación a la demanda, el Gobierno de España no discutía el hecho de que no se realizó la adaptación efectiva del Derecho interno a la Directiva 2005/71 en el plazo señalado en el dictamen motivado. No obstante, alegaba que las disposiciones nacionales en vigor en materia de extranjería e inmigración regulan ya la admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica. La normativa española, según la defensa, contiene las mismas exigencias y produce los mismos efectos que los que se desprenden de la Directiva 2005/71.

No obstante, el Tribunal de Justicia rechaza esta argumentación. Así, recuerda que cuando una directiva prevé expresamente que las disposiciones de adaptación del Derecho interno a esa Directiva hagan referencia a esta última o vayan acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial, es necesario, en cualquier caso, adoptar un acto positivo de adaptación del Derecho interno (véanse las Sentencias de 27 de noviembre de 1997, Comisión/Alemania, C-137/96, Rec. p. I-6749, apartado 8; de 18 de diciembre de 1997, Comisión/España, C-360/95, Rec. p. I-7337, apartado 13, y Comisión/España, C-361/95, Rec. p. I-7351, apartado 15, así como de 15 de noviembre de 2007, Comisión/España, C-59/07, apartado 19).

Por otro lado, la **STJCE de 15 de abril de 2010, As. C-542/08, Barth**, ha declarado que el Derecho de la Unión no se opone a una normativa que somete a un plazo de prescripción de tres años las solicitudes de pago de los complementos especiales de antigüedad, de los que un trabajador que ejerció sus derechos de libre circulación fue privado con anterioridad a la sentencia Köbler (C-224/01), con arreglo a una legislación nacional incompatible con el Derecho comunitario. Ello es así porque la aplicación de un plazo de pre-inscripción no priva pura y simplemente al interesado a percibir un complemento que, en contra de las disposiciones del Derecho de la Unión, no le ha sido concedido.

## 2. Restricciones

La **STJCE de 16 de marzo de 2010, As. C-325/08, Olympique Lyonnais**, ha tenido ocasión de analizar si una medida restrictiva de la libre circulación de los jugadores profesionales de fútbol es compatible con el artículo 39 CE. Así, la sentencia examina la validez de una cláusula según la cual se impone a un jugador “promesa” la obligación de firmar su primer contrato como profesional con el club formador. Pues bien, el Tribunal entiende que una restricción tal puede justificarse por el objetivo de fomentar la contratación y la formación de jóvenes jugadores. En palabras del Tribunal de Justicia,

“Como el Tribunal de Justicia ya ha afirmado, hay que reconocer al respecto que la perspectiva de percibir compensaciones por formación es efectivamente idónea para alentar a los clubes de fútbol a buscar jugadores con talento y llevar a cabo la formación de los jóvenes jugadores (véase la sentencia Bosman, antes citada, apartado 108).

## I. Derecho de la Unión Europea

En efecto, los beneficios derivados de las inversiones realizadas por los clubes formadores con ese fin se caracterizan por su naturaleza aleatoria, dado que esos clubes soportan los gastos correspondientes al conjunto de los jóvenes jugadores a los que contratan y forman, en su caso durante varios años, en tanto que sólo una parte de esos jugadores desarrolla al término de su formación una carrera profesional, bien en el club formador, bien en otro club (véase en ese sentido la sentencia *Bosman*, antes citada, apartado 109).

Por otra parte, los gastos causados por la formación de jóvenes jugadores sólo se compensan parcialmente, como regla general, por los beneficios que el club formador puede obtener de esos jugadores durante el período de formación.

En esas circunstancias, los clubes formadores podrían desalentarse de invertir en la formación de los jóvenes jugadores si no pudieran recuperar las cantidades gastadas a tal efecto en el caso de que un jugador celebrara al término de su formación un contrato como jugador profesional con otro club. Ése es en especial el supuesto de los pequeños clubes formadores cuyas inversiones realizadas en el ámbito local en la contratación y formación de los jóvenes jugadores revisten una importancia considerable para la realización de la función social y educativa del deporte.

De ello resulta que un sistema que prevé el pago de una compensación por formación en el caso de que un joven jugador celebre al término de su formación un contrato como jugador profesional con un club distinto del que le ha formado puede, en principio, justificarse por el objetivo consistente en fomentar la contratación y la formación de jóvenes jugadores. No obstante, dicho sistema tiene que ser efectivamente apto para lograr ese objetivo, y proporcionado en relación con éste, teniendo debidamente en cuenta los gastos soportados por los clubes para formar tanto a los futuros jugadores profesionales como a los que jamás llegarán a serlo (véase en ese sentido la sentencia *Bosman*, antes citada, apartado 109)”.

Lo que censura el TJCE es el régimen controvertido en el supuesto principal, que se considera desproporcionado. Ese régimen no se caracterizaba por el pago al club formador de una compensación por formación, sino de una indemnización a la que se exponía el jugador interesado a causa del incumplimiento de sus compromisos contractuales y cuyo importe era independiente de los gastos reales de formación soportados por ese club.

Por su parte, la **STJCE de 13 de abril de 2010, As. C-73/08, Bressol**, analiza si está justificada en razones de salud pública una normativa que limita la matrícula de estudiantes no residentes en determinados estudios sanitarios.

Esta medida, adoptada en Bélgica, tiene su origen en el hecho de que desde hace varios años se viene observando un significativo aumento del número de estudiantes que llegan de otros Estados miembros distintos del Reino de Bélgica y se matriculan en sus centros de enseñanza superior, especialmente en nueve estudios sanitarios. Dicho aumento es debido sobre todo a la afluencia de estudiantes franceses hacia la *Communauté française* dado que en ésta se imparte la enseñanza superior en la misma lengua que en Francia y que este último Estado ha restringido el acceso a tales estudios.

Esta restricción a la libre circulación de personas se motiva principalmente, según el Gobierno belga, en razones de salud pública. Así, se señala que la limitación es necesaria para lograr el objetivo de garantizar la calidad y permanencia de la asistencia.

Pues bien, el Tribunal de Justicia no excluye que los motivos de salud pública alegados constituyan una justificación suficiente de la medida restrictiva. Así,

“A este respecto, no es descartable *a priori* que una eventual disminución de la calidad de la formación de los futuros profesionales sanitarios pueda menoscabar, a largo plazo, la calidad de la asistencia prestada en el territorio de que se trate, en la medida en que la calidad del servicio sanitario en un territorio determinado depende de la competencia de los profesionales sanitarios que desempeñan su labor en él.

Tampoco se puede descartar que una eventual limitación del número total de estudiantes en estos estudios —en concreto, para garantizar la calidad de la formación— pueda disminuir, proporcionalmente, el número de titulados dispuestos a asegurar, a largo plazo, la disponibilidad del servicio sanitario en el territorio de que se trate, lo que podría afectar posteriormente al grado de protección de la salud pública. Sobre este extremo, se debe reconocer que la falta de profesionales sanitarios plantearía problemas graves en materia de protección de la salud pública y que para evitar este riesgo se requiere que un número suficiente de titulados se instalen en dicho territorio para ejercer en él una de las profesiones sanitarias a que se refiere el Decreto controvertido en los litigios principales”.

En cualquier caso, el Tribunal de Justicia exige al órgano jurisdiccional remitente que, antes de declarar la compatibilidad de la medida con los artículos 18 y 21 CE, aprecie toda la información pertinente aportada por las autoridades competentes, con el fin de verificar la efectividad del riesgo para la protección de la salud pública belga que la norma pretende conjurar.

## D) Libre circulación de capitales

### 1. Ventajas fiscales

La **STJCE de 22 de abril de 2010 As. 510/08, Mattner**, analiza la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la regulación alemana que sólo permite aplicar determinada reducción del impuesto sobre donaciones en los casos en los que el donante o donatario tienen su residencia en Alemania a la fecha en que se realiza la donación.

Para el Tribunal de Justicia, esta medida restringe la libre circulación de capitales. Así, afirma que en lo que atañe a las donaciones, las medidas prohibidas por el artículo 56 CE, apartado 1, por constituir restricciones a los movimientos de capitales, incluyen las que provocan una disminución del valor de la donación realizada por un residente de un Estado miembro distinto de aquel en cuyo territorio se encuentran los bienes afectados y que sujeta a tributación la donación de éstos.

El Gobierno alemán alega que una donación efectuada entre un donante y un donatario no residentes y una en la que intervenga un residente, sea donante o donatario, corresponden a situaciones objetivamente diferentes. Mientras que, en la primera situación, el donatario estaría sujeto en Alemania por obligación real, tributando únicamente por los

## I. Derecho de la Unión Europea

bienes situados en dicho Estado miembro, en la segunda situación estaría sujeto en éste por obligación personal, tributando por todos sus bienes, con independencia del lugar en que se sitúen.

Dicha justificación, no obstante, no es acogida por el Tribunal de Justicia, ya que de los autos remitidos al Tribunal de Justicia se desprende que el importe del impuesto sobre donaciones correspondiente a un inmueble situado en Alemania se calcula con arreglo a la ErbStG, en función al mismo tiempo del valor de dicho bien inmueble y del vínculo familiar que exista eventualmente entre el donante y el donatario. Pues bien, ninguno de estos dos criterios depende del lugar de residencia del donante o del donatario. Por consiguiente, por lo que respecta al importe que se ha de pagar en concepto de impuesto de donación por un bien inmueble situado en Alemania que es objeto de donación, no puede existir ninguna diferencia objetiva que justifique una desigualdad de trato fiscal entre, respectivamente, la situación de unas personas, ninguna de las cuales reside en dicho Estado miembro, y aquella en que al menos una de ellas reside en el referido Estado.

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.**

### NOTA DE LOS REDACTORES

Por primera vez desde que elaboramos esta crónica de “Justicia Constitucional, Procesos y competencias” publicada en el número 1 de esta Revista en octubre de 1998, no se va a hacer referencia a ninguna Sentencia del Tribunal Constitucional.

La razón de esta ausencia es que en el período correspondiente, entre el 1 de enero y el 31 de marzo de 2010, el Tribunal ha dictado únicamente 4 sentencias, ninguna de las cuales, en nuestra opinión, es merecedora de figurar en esta crónica al referirse a aspectos procesales en los que no se aprecia novedad alguna. Es evidente que este dato contrasta con las 86 sentencias dictadas en el mismo período de 2009, las 48 de 2008 o las 68 de 2007.

La causa de esta ausencia de jurisprudencia es, sin lugar a duda, la plena dedicación del Tribunal a intentar, hasta el momento de forma fallida, lograr una Sentencia sobre el Estatuto de Cataluña, que se hace esperar desde hace ya tres años y medio.

Los redactores de esta crónica hemos querido expresar formalmente este dato para hacer constar a nuestros lectores que la ausencia de resolución sobre el controvertido Estatut no sólo está perjudicando notablemente ese concreto asunto, sino que, desgraciadamente, está impidiendo al Tribunal cumplir sus restantes y relevantes funciones constitucionales, entre las que se encuentra la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

### 1. INTRODUCCIÓN

A lo largo del primer trimestre de 2010, el Alto Constitucional tan sólo ha dictado 4 sentencias y 31 Autos.

Las cuatro sentencias han resuelto recursos de amparo, ninguno de ellos planteados con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 6/2007, de 24 de mayo, de modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (esto es, el 26 de mayo de 2007). Por tanto, el Tribunal Constitucional no ha aplicado el nuevo criterio de admisión de los recursos de amparo de la “especial trascendencia constitucional” [artículo 50.1.b) LOTC] ni ha

profundizado en su significado. Todas ellas fueron resueltas por Secciones del Tribunal (artículo 8.3 LOTC) y su admisión a trámite fue dictada en dos casos por la Sección Primera (STC 4/2010, de 17 de marzo y STC 3/2010, de 17 de marzo) y en los otros dos por la Sala Segunda del Tribunal (STC 2/2010, de 11 de enero y STC 1/2010, de 11 de enero).

De los 31 autos dictados, algunos se pronuncian sobre recursos de amparo planteados posteriormente a la entrada en vigor de la LO 6/2007 de reforma de la LOTC, pero en ninguno de ellos el Tribunal Constitucional desarrolla más su doctrina sobre algún aspecto del trámite de admisión. Los cuatro autos que deciden la inadmisión de un recurso de amparo planteado con posterioridad al 26 de mayo fueron dictados por Secciones del Tribunal (AATC 25/2010, 18/2010, 16/2010 y 12/2010) sin pronunciarse en absoluto ni profundizar en algún aspecto del trámite de admisión. Cabe apuntar, por último, que en dos ocasiones el TC ha estimado el recurso de súplica del Fiscal (artículos 50.3 y 93.2 LOTC) planteado contra la inadmisión de sendos recursos de amparo por estimar que la demanda no exponía las razones por las que el recurso tenía especial trascendencia constitucional, cuando en realidad sí las contenía (ATC 5/2010, de 14 de enero y ATC 4/2010, de 14 de enero), insistiendo en lo esencial de este requisito para la admisión de los recursos de amparo.

## 2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

### A) Recurso de inconstitucionalidad

En este trimestre el Tribunal no ha resuelto ningún recurso de inconstitucionalidad.

### B) Cuestión de inconstitucionalidad

En este trimestre el Tribunal no ha resuelto ninguna cuestión de inconstitucionalidad.

### C) Recurso de amparo

No hay doctrina novedosa sobre el recurso de amparo en las sentencias dictadas en este trimestre.

## 3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

En este trimestre el Tribunal no ha resuelto ningún conflicto entre entes territoriales ni ningún recurso de inconstitucionalidad en materia de distribución de competencias.

JAVIER GARCÍA ROCA  
PABLO SANTOLAYA MACHETTI  
RAÚL CANOSA USERA  
RAFAEL BUSTOS GISBERT  
ENCARNA CARMONA CUENCA  
ISABEL PERELLÓ DOMENECH  
JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO

MARÍA DÍAZ CREGO  
IGNACIO GARCÍA VITORIA  
MARIO HERNÁNDEZ RAMOS  
MIGUEL PÉREZ-MONEO AGAPITO  
MÓNICA ARENAS RAMIRO  
YOLANDA FERNÁNDEZ VIVAS  
LUCÍA ALONSO SANZ

**III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS****Sumario:****Nota de los redactores. 1. Consideraciones preliminares. 2. Jurisprudencia del Tribunal**

**Europeo de Derechos Humanos.** A) Introducción. B) Derecho a la vida (artículo 2).

Artículos 2 y 4. Trata de blancas, *trafficking* como esclavitud. Condena a dos países. C)

Prohibición de tortura y tratos inhumanos y degradantes (artículo 3). a) Violación del artículo 3 por las condiciones del mantenimiento en prisión de un enfermo. b) Malos tratos provocados por imposición de una capucha en todas las apariciones públicas de un detenido durante más de un año. c) Importancia de los informes individualizados de riesgo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados para determinar la posibilidad de sufrir tratos inhumanos en caso de deportación al país de origen.

d) Detención larga de menores en centros de internamiento no preparados aún acompañados de su madre. e) El traslado de presos para su procesamiento a un régimen en el que se permite la pena de muerte, sin necesidad de que hayan sido condenados, supone un trato inhumano. D) Libertad personal (artículo 5 CEDH). a) Detención de un sujeto durante tres años para proceder a su expulsión del país. Violación de los artículos 8, 5.1 y 5.4 y 13 del Convenio. b) Violación del artículo 5.1 (libertad y seguridad) por extender el período máximo de detención de una persona. E) Garantías del proceso (artículo 6). a) Derecho a un proceso equitativo. Imparcialidad del juez instructor, una controvertida y probablemente no definitiva sentencia sobre la posibilidad de que una nueva instrucción subsane la falta de imparcialidad de la anterior. b) Acceso a tribunal. Disputas entre confesiones religiosas. c) Negativa a levantar la inmunidad a Diputada en un conflicto de tutela de los hijos. d) En un proceso contra menores se lesiona el derecho a un proceso equitativo al no permitirse al menor estar en contacto con su abogado, comprender el proceso, y al ser el juez instructor el mismo que le condenó. F) Vida privada y familiar (artículo 8). a) Regulación antiterrorista británica contraria al derecho a la vida privada. b) Derecho a la intimidad de abogados (artículo 8): concepto material de abogado. Obligación estatal de actuar con especial cautela en

registros domiciliarios de abogados aunque no esté plenamente probada su condición de tales. c) La negativa de las autoridades turcas a transcribir el nombre de varios ciudadanos kurdos con el alfabeto kurdo no vulnera el derecho a la vida privada. d) La inactividad de las autoridades rumanas frente al incumplimiento de la legislación medioambiental por parte de una empresa química vulnera el artículo 8 CEDH. G) Libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9 CEDH). a) La indicación de la religión de una persona en su documento de identidad vulnera la libertad de religión. b) Prohibición sobre la forma de vestir de un determinado grupo religioso en lugares públicos. H) Libertad de expresión e información (artículo 10). a) Los límites cuando afectan a asuntos de interés público o a políticos en activo se interpretan, de nuevo, muy restrictivamente. b) Moral pública. I) Derecho a contraer matrimonio (artículo 12): Negativa de las autoridades polacas a permitir el matrimonio en la cárcel del recurrente con la mujer a la que había violado considerada contraria al derecho a contraer matrimonio. J) Derecho a un recurso efectivo (artículo 13): Violación del artículo 3 y del artículo 13 del Convenio. Medidas provisionales impuestas por el TEDH. Un recurso en caso de expulsión o extradición sólo es efectivo si tiene efectos suspensivos. K) Prohibición de discriminación (artículo 14 CEDH) y vida privada (artículo 8 CEDH). Discriminación por orientación sexual en materia sucesoria. L) Propiedad privada (artículo 1 del Protocolo núm. 1). a) Obligaciones positivas del Estado en los casos de colapso financiero. Los administradores judiciales han de respetar la ley siendo el Estado responsable por ello. b) Obligaciones positivas del Estado: la ocupación ilegal de tierras por sujetos privados sin que los poderes públicos adopten las medidas necesarias para restituir el uso y disfrute a los propietarios constituye una violación del derecho. c) Obligaciones positivas derivadas del reconocimiento del derecho de propiedad: la violación del derecho por una omisión legislativa. d) La modificación de la pensión complementaria de trabajadores prejubilados por un convenio colectivo no vulnera el derecho a la propiedad. M) Derecho a elecciones libres (artículo 3 del Protocolo núm. 1 CEDH). Lesión del derecho por falta de concreción y previsibilidad en la legislación electoral. N) *Non bis in idem*. Prohibición de imposición de más de una sanción por los mismos hechos (artículo 4 del Protocolo núm. 7): la imposición de una sanción formalmente administrativa pero de naturaleza materialmente criminal impide la

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

imposición de sanciones penales posteriores. **3. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.**

A) Derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE): Integridad, libertad y tutela judicial efectiva: Auxilio humanitario del Carguero Marine I (artículos 15, 17.1 y 2 y 24 CE). B) Derecho de acceso a la jurisdicción (artículo 24.1 CE): Inadmisión de demanda en un procedimiento de protección de los derechos fundamentales. C) Derecho a la libre circulación (artículo 19 CE): Libertad de circulación y extradición pasiva. D) Derecho a la tutela judicial efectiva y otras garantías procesales (artículo 24 CE): Ejecutividad de actos administrativos y medidas cautelares. E) Extranjeros. a) Concesión de nacionalidad (buena conducta cívica y violencia de género). b) Nacionalidad por residencia en el Sahara; plazo de residencia de un año, artículo 22.2.a) del Código Civil. c) Nacionalidad española y residencia legal. F) Derecho de asilo (artículo 13 CE): Concurrencia de indicios. G) Principio de legalidad penal y derechos de los reclusos (artículo 25 CE): Traslado de recluso de centro penitenciario.

#### NOTA DE LOS REDACTORES

Por primera vez desde que elaboramos esta crónica de “Derechos Fundamentales”, publicada en el número 1 de esta Revista en octubre de 1998, no se va a hacer referencia a ninguna Sentencia del Tribunal Constitucional.

La razón de esta ausencia es que en el período correspondiente, entre el 1 de enero y el 31 de marzo de 2010, el Tribunal ha dictado únicamente 4 sentencias, ninguna de las cuales, en nuestra opinión, es merecedora de figurar en esta crónica al referirse a aspectos procesales en los que no se aprecia novedad alguna. Es evidente que este dato contrasta con las 86 sentencias dictadas en el mismo período de 2009, las 48 de 2008 o las 68 de 2007.

La causa de esta ausencia de jurisprudencia es, sin lugar a duda, la plena dedicación del Tribunal a intentar, hasta el momento de forma fallida, lograr una Sentencia sobre el Estatuto de Cataluña, que se hace esperar desde hace ya tres años y medio.

Los redactores de esta crónica hemos querido expresar formalmente este dato para hacer constar a nuestros lectores que la ausencia de resolución sobre el controvertido Estatut no solo está perjudicando notablemente ese concreto asunto, sino que, desgraciadamente, está impidiendo al Tribunal cumplir sus restantes y relevantes funciones constitucionales, entre las que se encuentra la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

#### 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En la presente crónica se examina la jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo durante el primer trimestre de 2010 (enero a marzo de 2010). Ahora bien, como acaba de decirse, en el

caso del Tribunal Constitucional ha dictado apenas cuatro sentencias que carecen de toda relevancia para esta crónica.

Dos de los asuntos resueltos en este período eran contra España: El asunto **Vera Fernández-Huidobro**, de 6 de enero de 2010, sobre imparcialidad judicial, y **Aizpurua Ortiz y otros contra España**, de 2 de febrero de 2010, sobre propiedad privada y convenios colectivos.

Al margen de lo anterior, entre la doctrina emanada del Tribunal de Estrasburgo en este período puede destacarse el asunto **Ahmet Arslan y otros contra Turquía**, de 23 de febrero de 2010, sobre prohibición sobre la forma de vestir de un determinado grupo religioso en lugares públicos, que aborda una temática que se planteará cada vez con más frecuencia en nuestras sociedades.

También es digno de resaltarse el asunto **Baysakov y otros contra Ucrania**, de 18 de febrero de 2010, en el que el Tribunal concluye que un recurso en materia de expulsión o extradición no es “efectivo” conforme al artículo 13 CEDH si no produce efectos suspensivos. Es también significativo, en fin, el asunto **Z.N.S. contra Turquía**, de 19 de enero, en el que el TEDH pone de relieve la importancia de los informes individualizados de riesgo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados para determinar la posibilidad de sufrir tratos inhumanos en caso de deportación al país de origen.

## 2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

### A) Introducción

Durante este trimestre, el TEDH ha dictado un total de 413 sentencias, de las cuales cinco fueron dictadas por la Gran Sala.

Como en casos anteriores, la mayoría de las sentencias analizadas en este período hacen referencia a la lesión del derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH), ya sea por dilaciones indebidas (como el caso **Lefevre contra Italia**, de 2 de marzo de 2010); o por no haber cumplido con todas las garantías del proceso, alegando la lesión del derecho a un juicio justo (por ejemplo, casos **Kurt Müller contra Alemania** y **Lisica contra Croacia**, ambos de 25 de febrero de 2010; asunto **Veli Yalçın contra Turquía**, de 2 de marzo de 2010, o asunto **Mokhov contra Rusia**, de 4 de marzo de 2010); o por no obtener un remedio efectivo, conectándolo así con una lesión del artículo 13 CEDH (así, entre otros, asuntos **Kazyulin o Kupriny contra Rusia**, ambos de 25 de febrero de 2010, o caso **Antunes contra Portugal**, de 2 de marzo de 2010).

Existen algunos casos de violación del derecho a la vida (artículo 2), como el caso **Lütfi Dermici y otros contra Turquía**, de 2 de marzo de 2010, donde los familiares de un joven turco que estaba realizando el servicio militar que se había suicidado alegaban que las autoridades nacionales no habían llevado a cabo las medidas necesarias para haber evitado el suicidio de su pariente, a pesar de que éste presentaba una historia clínica con

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

problemas psicológicos y había tomado antidepresivos. Conclusión a la que también llegó el TEDH. Igual que en el caso **Wasilewska y Kalucka contra Polonia**, de 23 de febrero de 2010, relativo a la falta de investigación efectiva sobre la muerte de dos delincuentes en una redada policial. Y, en sentido contrario, se pronunció en el asunto **Nurten Deniz Bülbül contra Turquía**, de 23 de febrero de 2010, al considerar que las autoridades turcas habían actuado correctamente a la hora de esclarecer el suicidio de otro joven turco durante la realización del servicio militar.

Junto al relevante asunto **Al-Saadoon & Mufdhi contra el Reino Unido**, de 2 de marzo de 2010, sobre prohibición de tratos inhumanos y degradantes (artículo 3 CEDH), existen otros casos en los que se apreció un trato inhumano o degradante por parte de las autoridades públicas (policía, en la mayoría de los casos). Así, por ejemplo, en el caso **Gökhan Yildirim contra Turquía**, de 23 de febrero de 2010. Y sin embargo, en algún otro supuesto, el TEDH deja claro, como en el asunto **Dermanovic contra Serbia**, de 23 de febrero de 2010, que no existe una lesión del artículo 3 CEDH imputable a las autoridades públicas en el supuesto concreto de que un detenido empeore su estado de salud por sus actividades. En el ya citado asunto **Z.N.S. contra Turquía**, de 19 de enero de 2010, se destaca la relevancia de los informes individualizados de riesgo de tratos inhumanos en cada país elaborados por ACNUR.

En este período, el TEDH se pronuncia también en alguna ocasión sobre la violación del derecho a la libertad y seguridad (artículo 5 CEDH), en supuestos en los que la prisión preventiva se había extendido más tiempo del razonable o no se habían ofrecido las garantías adecuadas, como, por ejemplo, en el asunto **Crabtree contra la República Checa**, de 25 de febrero de 2010, o en el asunto **Savenkova contra Rusia**, de 4 de marzo de 2010.

Durante este período el TEDH también aborda asuntos relativos a la lesión de la vida privada (artículo 8 CEDH), por control de la correspondencia en centros penitenciarios, como en el caso **Barmaksiz contra Turquía**, de 2 de marzo de 2010; o en el asunto **Shalimov contra Ucrania**, de 4 de marzo de 2010, donde también se consideró que se había producido una lesión de la vida privada y familiar, al no permitírsele al preso ver a su familia durante un período de cuatro años. Asimismo, el TEDH consideró en el asunto **Sh-tukaturov contra Rusia**, de 4 de marzo de 2010, que la privación de la capacidad jurídica de una persona que había sido ingresada en un centro psiquiátrico sin su conocimiento, suponía una lesión de la vida privada y familiar del demandante.

Sobre la libertad de pensamiento, creencia y religión (artículo 11), puede destacarse el asunto **Ahmet Arslan y otros contra Turquía**, de 23 de febrero de 2010, sobre vestimentas religiosas en lugares públicos.

También ha sido objeto de análisis la libertad de expresión (artículo 10 CEDH): así, en los casos **Renaud contra Francia**, de 25 de febrero de 2010, y **Antica and Company R. contra Rumanía**, de 2 de marzo de 2010, donde el TEDH consideró lesionada la citada libertad al no haberse permitido en el ámbito periodístico la crítica a personalidades públicas y altos funcionarios.

Y sobre la lesión de la libertad de reunión y asociación (artículo 11 CEDH), es reseñable el asunto **Eksi y Ocak contra Turquía**, de 23 de febrero de 2010, donde el TEDH conclu-

yó la lesión del derecho ante la ausencia de una necesidad social imperiosa que justificase la disolución de una manifestación celebrada en Turquía con ocasión de la conmemoración de los sucesos acaecidos el 1 de mayo de 1977.

De nuevo en este período existen casos frecuentes de vulneración del derecho de propiedad (artículo 1 del Protocolo núm. 1 CEDH) por privación de la propiedad, excesiva demora en la restitución o compensación en procesos de nacionalización de la propiedad al comienzo de una etapa comunista en el país o, incluso, por anulación de la declaración de herederos. Son asuntos como **Man y Cusa, María Violeta Lazarescu y Moculescu contra Rumanía**, y de 23 de febrero los dos primeros y de 2 de marzo de 2010 el último; **Patrikova contra Bulgaria**, de 4 de marzo de 2010, o **Agnidis contra Turquía**, de 23 de febrero de 2010.

### **B) Derecho a la vida (artículo 2). Artículos 2 y 4. Trata de blancas, *trafficking* como esclavitud. Condena a dos países**

En el asunto **Rantsev contra Chipre y Rusia**, de 7 de enero de 2010, se trata de la demanda presentada contra Chipre y Rusia por el padre de una víctima de *trafficking* que no había obtenido protección al denunciarlo y sobre cuya muerte posterior no se realiza una investigación suficiente. El Tribunal concluye que Chipre ha violado el artículo 2 en sus aspectos procedimentales, al no realizar una investigación efectiva de la muerte y el artículo 4 al no protegerla contra el tráfico destinado a la prostitución y la explotación en general y Rusia sus obligaciones procedimentales al no investigar el *trafficking* denunciado.

### **C) Prohibición de tortura y tratos inhumanos y degradantes (artículo 3)**

#### **a) Violación del artículo 3 por las condiciones del mantenimiento en prisión de un enfermo**

En el asunto **Al-Agha contra Rumanía**, de 12 de enero de 2010, el recurrente, palestino inicialmente con pasaporte irakí, se establece en Rumanía en 1993. En 1998 agotada la duración de su pasaporte intenta obtenerlo de siete países árabes a través de sus respectivas embajadas en Bucarest. El 31 de julio de 1998 se le declara “indeseable” y se ordena su expulsión en el plazo de 48 horas, mediante una orden que nunca le fue comunicada. Inicia entonces un procedimiento para que se le reconozca como refugiado, que termina el 30 de noviembre de 1999, y el 15 de febrero de 2000 se le interna en el centro de retención del aeropuerto de Bucarest. El 31 de julio de 2003 es puesto en libertad y es reconocido como refugiado. En la actualidad se encuentra en Rumanía, está documentado como refugiado y vive en un centro de acogida de refugiados.

El recurrente alega que sus condiciones de vida en el centro de retención del aeropuerto son contrarias al artículo 3 del Convenio. La Corte comienza por constatar que la permanencia en ese centro ha sido de tres años y cinco meses ... que se trata de un centro que no es adecuado para largas estancias, sino que por su propia naturaleza se trata de

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

un lugar destinado a acoger personas durante estancias cortas y que no está adaptado a las necesidades de una estancia de varios años ... lo que unido a la pobreza de las condiciones sanitarias, la ausencia de cuidados médicos específicos ... le hace concluir que ha existido vulneración del artículo 3 del Convenio.

El asunto se analiza también desde la óptica del artículo 5.1, 4 y 5 concluyendo que se trata de una detención sin base legal de acuerdo al propio derecho interno, en cuanto que la orden que la motivó ni se le había notificado ni preveía como medida su privación de libertad, y que de acuerdo a la normativa interna las personas que no pueden abandonar el país se les debe asignar una residencia obligatoria, pero no ser privados de libertad.

#### **b) Malos tratos provocados por imposición de una capucha en todas las apariciones públicas de un detenido durante más de un año**

En el asunto **Petyo Petkov contra Bulgaria**, de 7 de enero de 2010, el recurrente alega, entre otras varias violaciones del Convenio, que durante su detención provisional a la espera de un juicio que había tenido una gran repercusión pública en su país, como acusado de haber arrojado ácido sulfúrico a la cara de una mujer, fue obligado a llevar una capucha en todas sus apariciones en público, incluidas las judiciales, durante más de un año, medida justificada por las autoridades búlgaras para proteger la identidad del acusado y por necesidades de investigación de un delito similar ejecutado en paralelo.

La Corte recuerda que ya en Irlanda contra el Reino Unido declaró que el empleo simultáneo, premeditado y continuo de cinco técnicas de interrogatorio de “privación sensorial” entre las que se encontraba el uso de capuchas era un tratamiento inhumano y degradante, doctrina también aplicada con relación a vendar los ojos a un detenido durante los interrogatorios en *Martínez Sala contra España*. En el presente caso el uso de la capucha no ha sido acompañado de otras medidas pero, teniendo en cuenta su duración, la ausencia de previsión legal de la medida y, sobre todo, que se mantuviera ante los tribunales donde pudiera haberse asegurado por procedimientos menos lesivos, como el realizarse a puerta cerrada, así como un cierto carácter punitivo de la medida, la convierten en contraria al artículo 3.

#### **c) Importancia de los informes individualizados de riesgo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados para determinar la posibilidad de sufrir tratos inhumanos en caso de deportación al país de origen**

En **Z.N.S. contra Turquía**, de 19 de enero de 2010, el TEDH resuelve un recurso presentado por una ciudadana iraní que habiendo entrado ilegalmente en Turquía fue detenida y sometida a un procedimiento de deportación suspendido con motivo del planteamiento del presente recurso. La recurrente durante su detención se había convertido al cristianismo y había solicitado el *status* de refugiado ante el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. *Status* que le fue concedido por la citada autoridad por motivos religiosos a pesar de lo cual continuó detenida. Para el TEDH, además de la lesión del artículo 5.3, se produce una violación del artículo 3 CEDH porque las autoridades turcas en ningún caso estudiaron los posibles riesgos para el derecho a no sufrir tratos inhumanos en el caso de extraditar a la recurrente a su país de origen y por no haber terminado

el procedimiento de deportación tras la resolución del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. Quizá sea este aspecto el más relevante de la resolución al conferir a los informes individualizados de riesgo de esta institución (no dependiente en modo alguno del Consejo de Europa) un indudable peso para que los tribunales valoren la existencia de una seria posibilidad de riesgo para la dignidad de las personas en el caso de ser devueltos a su país de origen, produciéndose de este modo una interesante relación de complementariedad en la actuación de dos organizaciones internacionales actuantes cada una en su propio ámbito competencial pero con el común objetivo de garantizar derechos fundamentales.

**d) Detención larga de menores en centros de internamiento no preparados aun acompañados de su madre**

En **Muskhadzhiyeva y otros contra Bélgica**, de 19 de enero de 2010, la recurrente de origen checheno y sus cuatro hijos menores de edad son internados en un centro para inmigrantes ilegales en Bélgica. Las condiciones de la detención no siendo inhumanas para los adultos sí resultaban absolutamente inadecuadas para los niños. Por ello, siguiendo la doctrina establecida en *Mubilanzila Mayeke y Kaniki Mitunga contra Bélgica*, de 12 de octubre de 2006 (véase crónica en el número 35 de esta Revista) en la que se consideró un trato inhumano la detención de un menor de edad en un centro como el descrito sin la compañía de sus padres, el TEDH considera que aun estando acompañados el internamiento de menores en un centro no preparado para albergarlos genera un sufrimiento en ellos que los Estados miembros no pueden infringirles en cuanto seres particularmente desvalidos y dignos de protección positiva por parte de las autoridades nacionales. El mismo argumento no es aplicable, sin embargo, respecto a la madre pues, antes al contrario, el que no la separaran de sus hijos hizo más soportable para ella la propia detención.

**e) El traslado de presos para su procesamiento a un régimen en el que se permite la pena de muerte, sin necesidad de que hayan sido condenados, supone un trato inhumano**

Relevante es el asunto **Al-Saadoon & Mufdhi contra el Reino Unido**, de 2 de marzo de 2010, donde los demandantes, acusados de haber participado en el asesinato de dos soldados británicos poco después de la invasión de Iraq en 2003, alegan que con el traslado por parte de las autoridades inglesas —que les habían inicialmente detenido— a las autoridades iraquíes, las primeras habían puesto en peligro su vida, en tanto que el régimen iraquí permitía la pena de muerte respecto de ciertos crímenes violentos como el asesinato o crímenes de guerra.

En el presente caso, las autoridades británicas decidieron trasladar el asunto a los tribunales iraquíes —y en concreto, al Alto Tribunal Iraquí (*Iraqi High Tribunal*, IHT) por ser éste el Tribunal encargado de juzgar a los ciudadanos iraquíes acusados de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra—, entendiéndose que estaban obliga-

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

dos a transferirles en tanto en cuanto el Derecho Internacional obligaba al Reino Unido a someter a los detenidos, a menos que existiera una clara evidencia de que el Estado receptor los iba a someter a tratos inhumanos o degradantes. Como las autoridades británicas no consideraron que existieran motivos fundados para creer que existía tal riesgo o que era real, transfirieron a los demandantes, independientemente de que eso pudiera suponer su posterior pena de muerte. Aunque el proceso ante el IHT terminó en septiembre de 2009 y se ordenó su puesta en libertad, tras un recurso de apelación, se mantuvo en prisión a los demandantes, que actualmente están detenidos.

El TEDH recuerda en este caso que la pena de muerte es un trato inhumano y degradante. El Tribunal recuerda cómo ha evolucionado la regulación del derecho a la vida reconocido en el artículo 2 CEDH y cómo se ha ido modificando hasta prohibir la pena de muerte bajo cualquier circunstancia, independientemente de que las leyes nacionales la permitieran o que se estuviera en tiempo de guerra. Considera el TEDH que la pena de muerte, que incluye una destrucción premeditada y deliberada de la vida humana por parte de las autoridades públicas, causa un dolor físico y un sufrimiento psicológico tan intenso por el hecho de saber que se va a morir, que puede ser considerado como un trato inhumano contrario al artículo 3 CEDH. Y, a pesar de que el Gobierno británico alegó que no existía otra opción que la transferencia de los prisioneros, al tener que acatar la soberanía iraquí por ser ciudadanos iraquíes detenidos en suelo iraquí, el TEDH no está tan seguro de ello, pues consideró que no se había iniciado ningún tipo de intento de negociar el traslado de los presos, tendente a evitarlo.

Por este motivo, en el presente caso, aunque no se ha declarado la pena de muerte de los demandantes, el hecho de saber que están en un Estado que sí permite tal pena, conlleva un trato inhumano y, por tanto, viola la prohibición establecida en el artículo 3 CEDH. El Tribunal considera además que existen más que fundados motivos para creer que se podrá condenar a muerte a los acusados, sobre todo teniendo en cuenta la actividad llevada a cabo por el tribunal iraquí en el presente caso.

#### D) Libertad personal (artículo 5 CEDH)

##### a) Detención de un sujeto durante tres años para proceder a su expulsión del país. Violación de los artículos 8, 5.1 y 5.4 y 13 del Convenio

En el asunto **Raza contra Bulgaria**, de 11 de febrero de 2010, el demandante, el Sr. Raza, es un nacional de Pakistán, que en 1998 abandonó su país, supuestamente para huir de la persecución religiosa. Desde esa fecha reside en Bulgaria donde contrae matrimonio y se le concede permiso de residencia permanente.

En 2005 el Sr. Raza es detenido por “constituir una grave amenaza para la seguridad nacional” y queda internado en un centro especial de detención en espera de que se ejecute la orden de expulsión del territorio búlgaro, situación que se extiende hasta 2008, debido a que el recurrente no tiene los documentos necesarios para poder acceder a Pakistán. Por todo ello, el recurrente acude al TEDH alegando la posible vulneración de los artículos 5 (derecho a la libertad y seguridad), 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y 13 (derecho a un recurso efectivo) del Convenio.

El Tribunal analiza, en primer lugar, la posible vulneración del artículo 8 del Convenio y utilizando el precedente sentado en el caso C. G. y otros contra Bulgaria, de 20 de abril de 2008, el Tribunal considera que, a pesar de que el sujeto tiene capacidad para reclamar la revisión judicial de la orden de expulsión contra él, sin embargo, no gozan de un grado mínimo de garantías para protegerle frente a la posible arbitrariedad de los poderes públicos, por dos motivos: el primero, porque los tribunales facultan al ejecutivo a ampliar el concepto de seguridad nacional más allá de su significado natural, y, el segundo, porque los tribunales no entraron a valorar si efectivamente el ejecutivo tenía pruebas que demostraran la existencia de hechos concretos que justificaran ese riesgo para la seguridad nacional. Al no darse estas circunstancias, el Tribunal considera que la acción de los tribunales es arbitraria y, por tanto, contraria al artículo 8 del Convenio.

Una argumentación similar realiza el Tribunal respecto de la posible lesión del artículo 13 del Convenio, y utilizando, de nuevo, la Sentencia C. G. contra Bugaria, considera que el procedimiento de revisión judicial no se ajusta a los requisitos del artículo 13, por lo que afirma la violación de este precepto.

Finalmente, el Tribunal también considera que se ha producido lesión del artículo 5 del Convenio, en sus apartados 1 y 4, por el período de tiempo que el Sr. Raza permaneció bajo custodia en espera de su deportación (más de dos años y medio) debido a la falta de diligencia por parte de las autoridades búlgaras, y sin posibilidad de acudir a un proceso sumario con el fin de recurrir su privación de libertad.

Además, el Tribunal concedió una indemnización de 5.500 euros por daños morales y 1.200 euros por las costas del proceso.

### **b) Violación del artículo 5.1 (libertad y seguridad) por extender el período máximo de detención de una persona**

En el *affaire Asatryan contra Armenia*, de 9 de febrero de 2010, la demandante, Asatryan Silva, de nacionalidad armenia, es detenida en 2005, como presunta autora de un intento de asesinato. Una vez concluido el plazo establecido legalmente para su puesta en libertad o su paso a disposición judicial, las autoridades continúan manteniéndola detenida hasta que al día siguiente las autoridades judiciales acordaron prolongar su detención. Ante estos hechos, la recurrente acude al Tribunal Europeo por la posible vulneración del artículo 5.1 del Convenio, al considerar que se ha producido una detención ilegal.

En este caso el Tribunal reitera que toda detención debe ser realizada de conformidad con el procedimiento establecido en la ley y que la lista de las posibles excepciones al derecho de libertad garantizado en el artículo 5.1 del Convenio es exhaustiva y sólo una interpretación estricta de las excepciones es coherente con el objetivo y la finalidad de dicha disposición. Así, y tras analizar las circunstancias que concurren en este caso, el Tribunal concluye que entre el 23 y el 24 de noviembre de 2005, que es la fecha en la que los tribunales nacionales dictan la resolución de prórroga de la detención de la recurrente, la demandante estuvo privada de libertad, a pesar de que no existía una decisión judicial que autorizara su detención, tal y como exige la ley. Por todo ello, afirma, por unanimi-

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

dad, que la privación de libertad de la recurrente durante ese período ha sido ilegal y contraria al artículo 5.1.c) del Convenio, y le concede una indemnización de 2.000 euros por los daños no pecuniarios causados.

#### E) Garantías del proceso (artículo 6)

##### a) Derecho a un proceso equitativo. Imparcialidad del juez instructor, una controvertida y probablemente no definitiva sentencia sobre la posibilidad de que una nueva instrucción subsane la falta de imparcialidad de la anterior

En el asunto **Vera Fernández-Huidobro contra España**, de 6 de enero de 2010, Rafael Vera, ex Secretario de Estado de Interior, afirmaba que su causa no ha sido examinada por un tribunal imparcial en la medida en que existían dudas legítimas sobre la imparcialidad del juez instructor de la Audiencia Nacional (Garzón) por las malas relaciones que mantenían entre ellos. Señala así mismo la importancia que la instrucción tiene en este tipo de procedimientos.

La Corte comienza por recordar que las garantías del artículo 6 se aplican al conjunto del procedimiento incluidas las fases de información preliminar y de instrucción judicial (*Imbrioscia c. Suisse*, de 24 de noviembre de 1993) en la medida en que su inobservancia inicial puede comprometer gravemente el carácter equitativo del proceso. Afirma a continuación que aunque es verdad que el artículo 6.1 habla de un tribunal y que un juez de instrucción no está llamado a pronunciarse sobre lo fundado de una acusación en materia penal, pero que sin embargo los actos realizados por un juez de instrucción influyen directa e ineludiblemente sobre el procedimiento posterior, por lo que el 6.1 exige que el juez de instrucción sea imparcial, lo que también viene exigido por el ordenamiento español, que la Convención viene a reforzar en este punto de acuerdo al principio de subsidiariedad. El juez de instrucción es en el sistema español, como recuerda el Tribunal Constitucional, por una parte, el director de la instrucción y, por otra, un juez de garantías, lo que es particularmente importante en este caso dado que, por una parte, el juez instructor ordenó la detención provisional sin fianza del recurrente y, por otra, el recurrente fue juzgado y condenado en única instancia por el Tribunal Supremo.

Con relación a la imparcialidad objetiva, la Corte considera que los temores del recurrente pueden estar objetivamente justificados y que reintegrarse a su puesto judicial tras cesar en el ministerio y reabrir el procedimiento podría no responder a la exigencia de imparcialidad impuesta por el artículo 6. Pero analiza también las cosas desde la imparcialidad subjetiva y considera que a pesar de los argumentos del recurrente, la Corte no está convencida de que existan elementos suficientes que indiquen que el juez de instrucción tenga prevenciones contra el recurrente, entre otras cosas por el escaso tiempo (28 días) en que fueron Secretarios de Estado con el mismo rango y al mismo tiempo, y además con funciones muy diferentes.

A pesar de todo considera que la imparcialidad del instructor estaba sujeta a caución, por lo que siguiendo el precedente *Kyprianou c. Chypre* analiza si el Tribunal Supremo, y en particular el juez de instrucción delegado de la Sala de lo Penal ha resuelto el defecto en cuestión, por que no existe vulneración del artículo 6.1 si la decisión es sometida al control de

un órgano judicial dotado de plenitud de jurisdicción y que cumple con las garantías del artículo 6, y considera que eso es lo que ha sucedido ya que el Instructor del Supremo hizo repetir ante él todos los testimonios de las personas que implicaban al recurrente, y al propio recurrente en presencia de todas las partes y sus abogados, ordenando asimismo pruebas suplementarias, de manera que la mayor parte de los actos de instrucción fueron nuevamente efectuados, sin que esté en duda la imparcialidad personal de ese nuevo Instructor. Por todo ello concluye, por una exigua mayoría de 4 votos frente a 3, que no ha existido vulneración del juez imparcial del artículo 6.1.

Por otra parte, el recurrente afirma que se ha vulnerado su presunción de inocencia, sin embargo el TEDH aplica en este punto su constante doctrina de que pertenece a las jurisdicciones nacionales apreciar la pertinencia de las pruebas, y que el Tribunal Supremo a fundado su convicción de culpabilidad del recurrente de forma ampliamente motivada, sin que se revele ningún desconocimiento de derechos del recurrente, por lo que concluye, igualmente por 4 votos frente a 3, que no existe vulneración de la presunción de inocencia.

La sentencia, que no es definitiva y que probablemente acabará siendo sometida a la Gran Cámara en los términos del artículo 44 del Convenio, contiene dos votos particulares, el primero de ellos, redactado por el Juez Casadevall al que se adhiere la Juez Power, afirma que la falta de imparcialidad del juez de instrucción de la Audiencia Nacional contamina toda la instrucción, sin que pueda ser sanada por la nueva instrucción practicada, por lo que existe vulneración del juez imparcial.

En la misma dirección pero dando un paso mucho más radical, el juez Zupancic considera que el auténtico problema es la pervivencia de lo que considera “un fósil jurídico” y una contradicción en sus términos; la existencia de un juez instructor, que relaciona con los procedimientos de la Inquisición y liga a la tortura, que en definitiva debe ser considerado contrario al Convenio, cuestión que anuncia se someterá a la Gran Cámara.

## **b) Acceso a tribunal. Disputas entre confesiones religiosas**

En el asunto **Parroquia Greco Católica Sâmbata Bihor contra Rumanía**, de 12 de enero de 2010, la recurrente, una iglesia católica de rito oriental, alega que la negativa de la jurisdicción a decidir sobre su derecho a utilizar un edificio de culto le impide acceder a un tribunal y significa un atentado a su derecho a la propiedad, la libertad religiosa y la prohibición de discriminación. Se trata de un problema de origen histórico ya que hasta 1948 coexistían dos comunidades cristianas, cada una con su propia iglesia, una la ahora recurrente y la otra ortodoxa. En ese año se disolvió por el estado la católica y todos sus bienes fueron transferidos a la ortodoxa. El Decreto de 1948 no fue abrogado hasta 1989. A partir de entonces se intenta un arreglo por la vía marcada en la nueva ley de Comisiones Mixtas entre las dos confesiones. No se consigue y la recurrente acude a la vía judicial, pero los tribunales se declaran incompetentes, al considerar que no pueden entrar a fijar la utilización de un edificio religioso, labor que la norma del 90 atribuye a las Comisiones Mixtas, sin posibilidad de recurso judicial, que no fue introducido hasta 2004.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

La Corte, argumentando sencillamente que el Convenio tiene como finalidad proteger derechos no teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos (Ártico contra Italia) y constatando que el recurrente no se ha beneficiado de un derecho de acceso efectivo a un tribunal, considera que se ha producido violación del artículo 6.1, tanto de forma aislada como con relación al artículo 14 en la medida en que los tribunales nacionales han tratado de forma diferente las demandas interpuestas por distintas comunidades greco católicas, sin que el gobierno haya sido capaz de explicar la diferencia de trato, lo que considera en sí mismo discriminatorio.

#### c) Negativa a levantar la inmunidad a Diputada en un conflicto de tutela de los hijos

En el caso **Syngelidis contra Grecia**, de 11 de febrero de 2010, el demandante, Polychronis Syngelidis, de nacionalidad griega, denuncia a los tribunales a su ex mujer, diputada del Parlamento griego, por no permitirle tener contacto con su hijo. Sin embargo, el Parlamento se niega a levantar la inmunidad a la ex mujer, sin justificar su decisión, en un proceso que se extiende por más de cuatro años.

El demandante recurre al TEDH alegando la posible vulneración del artículo 6.1 del Convenio, al considerar que la negativa del Parlamento griego de levantar la inmunidad parlamentaria a su ex esposa había violado su derecho de acceso a los tribunales.

En primer lugar, el Tribunal rechaza los argumentos del Gobierno griego, que alegaba que en este caso no se había producido una infracción del derecho del demandante a acceder a un tribunal, al existir distintas vías jurisdiccionales, más allá que la acusación penal contra su ex esposa de indemnización por su presunta conducta ilegal. En este sentido, la Corte reiteró que el Estado tiene el deber de garantizar que toda persona pueda disfrutar y acceder a todas las garantías fundamentales reconocidas y consagradas en el artículo 6.

El Tribunal señaló además que a la luz del artículo 6 del Convenio, la Constitución griega reconoce el derecho del Parlamento a rechazar levantar la inmunidad de la acción penal sólo cuando los actos que se hayan cometido y que sean el objeto de la acusación se basen claramente en la actividad parlamentaria, algo que no ocurre en el presente caso.

El Tribunal concluyó, por tanto, por seis votos contra uno, que el derecho del demandante en virtud del artículo 6 § 1 habían sido violados y concedió al demandante una indemnización de 12.000 euros por los daños no pecuniarios.

#### d) En un proceso contra menores se lesiona el derecho a un proceso equitativo al no permitirse al menor estar en contacto con su abogado, comprender el proceso y al ser el juez instructor el mismo que le condenó

Sobre este tema destaca en este período el asunto **Adamkiewicz contra Polonia**, de 2 de marzo de 2010, en el que un menor de 15 años que había asesinado a un compañero de 12 años y había sido condenado a seis años de internamiento en un reformatorio, alega haber sufrido una violación de su derecho a un juicio justo y de su derecho a ser asistido por un defensor de su elección (artículo 6.1 y 3 CEDH). Tras haber sido detenido e interrogado durante cinco horas, el menor terminó confesando haber matado a su compañero ahogándolo con una soga, y fue trasladado inmediatamente a un centro de menores

por el tiempo que durara el proceso. Una vez internado, el abogado que le había sido designado intentó ponerse en contacto con él, siendo rechazadas las peticiones por el juez de asuntos familiares y admitiéndose sólo una vez, después de que el menor hubiera ya sido interrogado nuevamente por el juez de asuntos familiares en ausencia de abogado, y transcurridas seis semanas desde su arresto –momento en el que el menor tuvo su primer contacto con su abogado, que le informó por primera vez de su derecho a permanecer en silencio y no inculparse–.

Aunque el menor se había inculcado, motivo que alegan los Tribunales nacionales para condenarle, el abogado del menor mantiene la lesión de sus derechos de defensa en tanto en cuanto se habían admitido como pruebas válidas las declaraciones que el menor había realizado ante la policía, y en el hecho de que el juez que había dirigido la investigación, había intervenido posteriormente en el caso.

El TEDH recuerda que en casos de menores, los Tribunales deben seguir el principio conforme al cual se debe hacer primar el interés del menor, teniendo en cuenta su edad, nivel de madurez y capacidades intelectuales y emocionales, promoviendo todas aquellas medidas para que el menor pueda participar en el proceso que se siga contra él. Y en este caso, no se había informado al menor sobre su derecho a permanecer en silencio hasta la sexta semana de su detención y la confesión que se había obtenido se hizo antes de que el menor fuera de esta forma informado. Por ello, el TEDH considera que debido a la edad del menor, éste no era capaz de conocer sus derechos procesales a permanecer en silencio o a escoger abogado y las consecuencias de su negativa; y del mismo modo, el TEDH considera que el hecho de que el juez instructor fuera posteriormente el juez encargado de resolver el caso, provocaba una falta de imparcialidad, motivada especialmente por la actitud inculcatoria del juez en el caso. Así, el Tribunal concluye que, aunque entre sus funciones no está regular las medidas legales y jurídicas necesarias en el terreno de la justicia juvenil, la forma en la que se había procesado al menor, los hechos que se produjeron durante la instrucción preliminar restringieron considerablemente los derechos de defensa del acusado, provocando una lesión del artículo 6 CEDH.

## F) Vida privada y familiar (artículo 8)

### a) Regulación antiterrorista británica contraria al derecho a la vida privada

En el asunto **Gillan y Quinton contra Reino Unido**, de 12 de enero de 2010, los recurrentes son dos personas a los que se aplica la posibilidad de ser “parados y registrados” (*stopped and searched*) por la policía, prevista en la Ley Antiterrorista del año 2000, cuando se dirigían a una manifestación contraria a la celebración de una exposición sobre Sistemas de Defensa. Permanecen con la policía entre 20 y 30 minutos antes de que se les permita continuar su camino sin que se les formule ningún cargo.

Alegan, en primer lugar, que se ha vulnerado su derecho a la libertad personal del artículo 5.1 del Convenio, pero el Tribunal considera que las “simples restricciones de la libertad de movimientos” no se encuentran previstas en el artículo 5.1, sino en el artículo 2 del

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Protocolo 4, no ratificado por el Reino Unido. Afirma sin embargo que aunque sólo duró en torno a 30 minutos, los recurrentes fueron privados de su libertad de movimientos, de manera que si se hubieran negado hubieran sido detenidos e inculcados, y que este elemento coercitivo indica una privación de libertad en el sentido del artículo 5.1, que, en el contexto del caso, debe ser analizado en conexión con el artículo 8 del Convenio: derecho a la vida privada (intimidad).

Desde este punto de vista la Corte afirma que la Ley de 2000 permite a la policía parar a una persona dentro de un área cubierta por la autorización, registrarla a ella y a todos los objetos que lleve, pudiendo pedirle que se quite el sombrero, los zapatos, la ropa exterior, vaciar sus bolsillos, remover su pelo,... todo ello en público y de forma que la negativa a someterse a esa investigación puede acarrear su detención y/o multa, de manera que las personas pueden ser paradas en cualquier sitio y en cualquier momento, sin aviso previo y sin posibilidad de negarse, lo que implica una interferencia en su intimidad en el sentido del artículo 8.

El siguiente paso es analizar si esa interferencia está “prevista por la ley”. La Corte recuerda su doctrina de que la norma debe ser adecuadamente accesible y previsible, y estar formulada con la suficiente precisión para permitir a las personas adecuar su conducta. Además tiene que proteger frente a interferencias arbitrarias de las autoridades públicas y no puede formularse de manera que pueda ser aplicada de forma discrecional y sin trabas.

La Corte afirma que la ley autoriza a la policía a aplicar esta medida en las zonas delimitadas a cualquier persona “si lo considera adecuado (*expedient*) para la prevención de actos de terrorismo”. La zona a aplicar está sometida a una confirmación de la autorización policial por el Secretario de Estado, que no puede alterar la petición policial en cuanto a su delimitación geográfica, y que, aunque en teoría puede negarla o acortarla en el tiempo, al parece esto no ha sucedido nunca. La autorización debe estar limitada a un máximo de 28 días, pero es renovable y puede cubrir zonas muy amplias con mucha población. Aunque todo esto está sometido a revisión judicial, la amplitud de los poderes dados a la policía hace sumamente difícil constatar que se haya producido un abuso de poder.

Analiza, además, el uso estadístico de la medida utilizada 33,177 veces en 2004/5, 44,545 en 2005/6, 37,000 en 2006/7 y 117,278 en 2007/8 y el claro riesgo de arbitrariedad dada la amplia discrecionalidad de la policía, como lo atestigua el hecho de la desproporción con la que se ha aplicado a personas de raza negra y de origen asiático con relación a los blancos.

Y por todo ello declara, por unanimidad, que la regulación del *stop and search* no está lo suficientemente matizada para garantizar que no se produzcan abusos, y que, en definitiva, la interferencia en el derecho a la intimidad no es “de acuerdo con la ley”, por lo que se ha vulnerado el artículo 8 del Convenio.

#### **b) Derecho a la intimidad de abogados (artículo 8): concepto material de abogado. Obligación estatal de actuar con especial cautela en registros domiciliarios de abogados aunque no esté plenamente probada su condición de tales**

En **Xavier Da Silveira contra Francia**, de 21 de enero de 2010, el recurrente es un abogado francés con doble nacionalidad brasileña que desempeña sus funciones básicamente

en Portugal aunque ocasionalmente también en Francia donde mantiene también un domicilio. Es precisamente en su domicilio francés donde se produce un registro policial para la búsqueda de pruebas de la comisión de un delito por parte de terceros. Pese a que el recurrente trata de hacer valer su condición de abogado para la aplicación del procedimiento especial de registro para estos casos previsto en Francia no puede aportar en el momento su condición formal de tal en cuanto no aparece como dado de alta en el correspondiente colegio profesional. En vista de ello se produce la incautación de diverso material que el recurrente no puede, por ningún procedimiento, recuperar con posterioridad. El TEDH considera que se ha producido una violación del artículo 8 de la Convención. Comienza su argumentación recordando que el registro se produce no en el lugar de residencia en cuanto sujeto privado, sino en cuanto abogado. Esta distinción es esencial en la medida en que el registro e incautación de documentos en la casa de un abogado puede romper la confidencialidad profesional tan esencial para la relación de confianza entre un abogado y su cliente, por lo que es imperativo que existan garantías procedimentales especiales. El hecho de que se trataba de un abogado era claro desde el principio aunque sólo ejerciera ocasionalmente en Francia por lo que no estaba obligado (en virtud de la normativa francesa que transpone la normativa comunitaria sobre libre prestación de servicios) a darse de alta en el correspondiente colegio. A los efectos del CEDH el que se ejerza con habitualidad o no, se esté dado de alta o no en el colegio, es irrelevante para conferir una protección cualificada del derecho a la intimidad de los abogados. Incluso, continúa el Tribunal, aunque hubieran existido dudas fundadas sobre su condición de abogado, las autoridades deberían haber procedido con especial cuidado. Por último, además, las investigaciones e incautaciones nada tenían que ver con el propio afectado que nunca fue acusado o sospechoso de los crímenes objeto de investigación. No deja de ser interesante en este supuesto cómo el TEDH colabora de esta forma indirecta a la eficacia directa del Derecho comunitario en el seno de los Estados miembros de ambas organizaciones internacionales aunque, obviamente, tal no sea su función.

**c) La negativa de las autoridades turcas a transcribir el nombre de varios ciudadanos kurdos con el alfabeto kurdo no vulnera el derecho a la vida privada**

En el asunto **Kemal Taskin y otros contra Turquía**, de 2 de febrero de 2010, el TEDH señala que la negativa de las autoridades turcas a transcribir el nombre de varios ciudadanos de origen kurdo con el alfabeto kurdo no vulnera el derecho a la vida privada. El asunto trae causa de la solicitud de cambio de nombre efectuada por varios ciudadanos de origen kurdo ante las autoridades turcas. Los solicitantes, recurrentes ante el TEDH, pidieron que se les registrara con nombres kurdos, pero las autoridades turcas se negaron a proceder al cambio de nombre, indicando que si bien los solicitantes podían cambiar sus nombres por nombres kurdos, éstos debían ser escritos con el alfabeto turco y no con el kurdo; lo que planteaba ciertos problemas dado que algunas letras del alfabeto kurdo no se encuentran en el alfabeto turco.

El TEDH analiza la cuestión desde el punto de vista del derecho a la vida privada, al considerar que el nombre de una persona es un mecanismo de identificación personal y de vinculación a la propia familia, incluyéndose por tanto en la amplia esfera protegida por ese

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

derecho. A pesar de que el TEDH considera que la negativa de las autoridades turcas supuso una injerencia en el derecho de los recurrentes, el Alto Tribunal destacaba que esa injerencia podía considerarse legítima, en la medida en que estaba prevista por la ley, perseguía un objetivo legítimo (garantizar cierta uniformidad en las relaciones entre los particulares y la administración) y era proporcionada. En relación con esta última cuestión, el TEDH subrayaba que el turco era la única lengua oficial del país, según la Constitución nacional, por lo que parecía razonable que se exigiera el uso del alfabeto turco en todos los documentos oficiales, y que no se había negado a los recurrentes la posibilidad de utilizar un nombre kurdo, sino tan sólo de escribirlo utilizando el alfabeto kurdo; lo cual suponía una mínima injerencia en el derecho, que parecía aceptada por los instrumentos internacionales en la materia (Convención núm. 14 de la Comisión Internacional del Estado Civil).

#### **d) La inactividad de las autoridades rumanas frente al incumplimiento de la legislación medioambiental por parte de una empresa química vulnera el artículo 8 CEDH**

En el asunto **Băcilă contra Rumanía**, de 30 de marzo de 2010, el TEDH sigue la línea jurisprudencial sentada en el asunto **López Ostra contra España** y señala que la inactividad de las autoridades rumanas frente al incumplimiento constante de la legislación medioambiental por parte de una empresa química habría vulnerado el derecho a la vida privada y familiar de una ciudadana rumana, cuya salud se habría deteriorado gravemente como consecuencia de las emisiones no controladas de plomo y dióxido de azufre de la empresa. En este asunto, el TEDH recuerda que el artículo 8 CEDH impone una serie de obligaciones positivas a los Estados miembros, llamados a adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger la salud de sus ciudadanos frente a la actuación de terceros. En este sentido, los Estados parte estarían obligados a reglamentar de forma adecuada el desarrollo de ciertas actividades peligrosas para la salud y a actuar convenientemente en el caso de que un tercero no cumpla la normativa; lo que no habría ocurrido en el caso objeto de estudio, ya que la empresa en litigio habría actuado con total incumplimiento de la legislación rumana durante ocho años, sin que las autoridades tomaran medida alguna, a pesar de que varios informes señalaban los importantes daños para la salud de las personas que podrían derivarse de su actividad.

#### **G) Libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9 CEDH)**

##### **a) La indicación de la religión de una persona en su documento de identidad vulnera la libertad de religión**

En el asunto **Sinan Isik contra Turquía**, de 2 de febrero de 2010, el TEDH resuelve un importante caso en el que trata de dilucidar si la normativa turca, que prevé la existencia de un apartado en el que se indicaría la religión del individuo en todos los documentos de identidad, vulnera la libertad de religión. El asunto llega al TEDH porque las autoridades turcas decidieron rellenar la casilla dedicada a la religión del recurrente (que era alevista) indicando que era de religión islámica; lo que el recurrente consideraba una violación de su libertad de religión, ya que la religión alevista no podía considerarse una rama del Islam.

El TEDH da una perspectiva más amplia del asunto y considera, con carácter general, que la normativa turca que prevé la inclusión de una referencia a la religión en los documentos de identidad sería contraria al artículo 9 CEDH, al violar una de las facultades negativas que se desprenden de ese derecho, en concreto, el derecho a no manifestar las propias convicciones religiosas. El TEDH considera que ese derecho se vería vulnerado por la normativa turca, incluso tras su modificación realizada en 2006. La modificación indicada permitía a aquellos que lo solicitaran que la casilla destinada a hacer referencia a su religión fuera dejada en blanco o suprimida. Sin embargo, según el TEDH, el derecho a no manifestar las convicciones religiosas se vería vulnerado incluso por tales previsiones, en la medida en que el mero hecho de solicitar que la casilla destinada a indicar la religión del individuo sea dejada en blanco o suprimida supone la divulgación de una determinada actitud del individuo frente a lo “divino”; divulgación cuya exigencia vulneraría la libertad de religión.

### **b) Prohibición sobre la forma de vestir de un determinado grupo religioso en lugares públicos**

En el asunto **Ahmet Arslan y otros contra Turquía**, de 23 de febrero de 2010, los miembros de un grupo religioso denunciaron haber sido acusados por manifestar sus creencias religiosas a través de sus vestimentas.

En el presente caso, los miembros del grupo religioso denominado *Aczimendi tarikatı*, son detenidos por acudir a una celebración religiosa llevando sus vestimentas (una túnica, un turbante y un bastón negros). Durante el proceso contra ellos, los acusados seguían llevando su vestimenta, y a pesar de que el Presidente el Tribunal les solicitó quitarse el turbante por respeto al Tribunal, ellos se negaron y por este motivo fueron acusados. No se les acusó por sus actuaciones o por falta de disciplina sino por la forma de vestir en zonas públicas abiertas a todo el mundo, de forma contraria a lo que dispone la legislación turca.

De acuerdo con los Tribunales turcos, la limitación del derecho a manifestar sus creencias religiosas –derecho que alegan los demandantes– estaba amparada por la previsión legal existente conforme a la cual existían unas normas concretas sobre la forma de vestir en lugares públicos. Dichas normas respondían a la función de salvaguardar el carácter laico de la República turca, tras su proclamación en octubre de 1923, y suponían el respeto a los principios democráticos, por lo que los demandantes al haber actuado en contra de ellas habían actuado con un alto grado de provocación.

Así las cosas, el TEDH considera que el razonamiento del Tribunal turco no tenía como base el carácter secular del sistema democrático turco, sino la referencia a unas determinadas previsiones legales. Por lo tanto, el caso debía centrarse en la forma de vestir en lugares públicos y no en el hecho de vestir hábitos religiosos, respecto de lo que el TEDH ya se ha manifestado en otras ocasiones, y sí que había mantenido que la neutralidad religiosa debía prevalecer sobre el derecho a manifestarse religiosamente de forma individual. Pero en el presente caso, aunque existía una previsión legal que justificaba la injerencia y el fin podría entenderse como legítimo al perseguir garantizar la laicidad y los principios demo-

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

cráticos, así como la seguridad pública y la defensa del orden y los derechos de terceros, el TEDH considera que la forma de vestir del citado grupo religioso no pretendía ser una amenaza contra el sistema turco, por lo que concluye que el Estado turco no justificó suficientemente la limitación realizada. A lo que se añade que los demandantes son simples civiles que no representan al Estado y que no ejercen ninguna función pública, por lo que no se les debe someter a una obligación de discrecionalidad en su forma de vestir máxima cuando no se está discutiendo la prohibición de símbolos religiosos en un establecimiento público (donde debería respetarse la neutralidad del Estado), sino que se discute la forma de vestir en los lugares públicos. Todo ello provocaría una restricción no adecuada ni justificada de la libertad de creencias de los demandantes, en tanto que se limitaba su específica forma de vestir, y por tanto se producía una lesión del artículo 9 CEDH.

#### H) Libertad de expresión e información (artículo 10)

##### a) Los límites cuando afectan a asuntos de interés público o a políticos en activo se interpretan, de nuevo, muy restrictivamente

En **Laranjeira Marques da Silva contra Portugal**, de 19 de enero de 2010, el TEDH se enfrenta de nuevo al conflicto entre libertad de expresión y, por una parte, la correcta administración de justicia y, por la otra, el derecho a la reputación de personas dedicadas a actividades políticas. En el supuesto planteado el recurrente, editor de un semanario portugués, es condenado a importantes penas pecuniarias como consecuencia de la publicación de dos artículos y una nota editorial en la que daba cuenta de la investigación judicial iniciada contra un conocido doctor y político de la región por supuestos abusos sexuales a sus pacientes, exhortando a que todas las posibles afectadas iniciaran las oportunas acciones penales. Los tribunales nacionales consideran, por una parte, que el periodista habría violado el *segredo da justiça* (similar al secreto del sumario durante las investigaciones judiciales) por haber publicado los hechos mientras eran investigados judicialmente y, por la otra, consideran que las afirmaciones contenidas en los citados textos eran difamatorias para la persona afectada.

El TEDH, tras apreciar por otros motivos una violación del artículo 6.1 CEDH, considera que se ha producido en ambos casos una violación del artículo 10. Y ello porque en el caso de la salvaguardia de la administración de justicia en cuanto bien jurídico protegido por el artículo 10.2 CEDH como límite a la libertad de expresión, lo cierto es que no puede prevalecer sobre el interés de los ciudadanos en conocer procedimientos penales contra determinados políticos. Además, no se habría demostrado la existencia de daño alguno en la investigación, ni una lesión a la presunción de inocencia.

Respecto a las condenas por difamación el asunto es un poco más complejo en la medida en que incluye la cobertura periodística de una serie de actos que no tienen relación con la actividad política del afectado. El Tribunal considera que la materia tenía interés general, en cuanto la sociedad tiene el derecho a ser informado sobre investigaciones penales que afecten a políticos. Es más, cualquier cuestión que se discuta en los tribunales puede ser objeto de discusión en todo momento por la prensa y por los ciudadanos. Por otra parte, las publicaciones, con independencia de su estilo que no puede ser objeto de discusión desde los tribunales, se habían limitado a informar y si bien existía algún juicio de valor (la petición de que otras mujeres eventualmente afectadas pudieran denunciar los

hechos, siendo en este punto donde disienten dos de los magistrados componentes de la sala), tenía una *base fáctica suficiente* en el contexto flexible de la cobertura del caso por los medios. Por todo ello, no existía la presión social acuciante necesaria para la limitación de la libertad de expresión que, además, dada la gravedad de las penas impuestas podían producir un efecto descorazonador para el libre ejercicio de la libertad de expresión.

### b) Moral pública

En el asunto **Akdas contra Turquía**, de 16 de febrero de 2010, el demandante, Sr. Rahmi Akdas, es un editor turco que en 1999 publicó la traducción al turco de la obra del escritor francés Guillaume APOLLINAIRE *Onze mille les Verges*. Los tribunales nacionales turcos le condenan como autor del delito de publicación de esta obra, considerada obscena y contraria a la moral, ordenando la incautación y destrucción de todas las copias del libro así como imponiéndole una sanción de 684.000.000 liras turcas (equivalentes a aproximadamente 1.100 euros). Tras recurrir a instancias jurisdiccionales nacionales, el Tribunal de Casación turco confirmó la sentencia, aunque anuló la orden de destruir las copias de libro.

Basándose en la libertad de expresión consagrada en el artículo 10 del Convenio, el recurrente acude al TEDH.

En primer lugar, el Tribunal confirma que efectivamente se ha producido una injerencia en la libertad de expresión, aunque esta injerencia había sido prescrita por la ley y además persigue un objetivo legítimo, como es la protección de la moral. En este sentido, el Tribunal considera que el concepto de moral puede variar en un momento determinado y también puede variar de un lugar a otro, incluso dentro de un mismo Estado. Y reconoce que las autoridades nacionales están en una mejor posición que el juez internacional para dar una opinión sobre el contenido exacto del concepto de moral, así como sobre la “necesidad de una restricción” de la libertad de expresión destinada a satisfacer esa concepción de moral.

Sin embargo, y a pesar de estas afirmaciones, el Tribunal tiene en cuenta el hecho de que en este caso en concreto había transcurrido más de un siglo desde que el libro se había publicado por primera vez en Francia (en 1907), y que además había sido traducido y publicado en numerosos países, por lo que considera que el reconocimiento de las particularidades culturales, históricas o religiosas de los Estados miembros del Consejo de Europa no pueden ir tan lejos como para impedir el acceso del público en un idioma determinado, en este caso de Turquía, a una obra que pertenece al patrimonio literario europeo. Por ello, considera que se ha producido una violación de la libertad de expresión consagrada en el artículo 10 del Convenio.

### l) Derecho a contraer matrimonio (artículo 12): Negativa de las autoridades polacas a permitir el matrimonio en la cárcel del recurrente con la mujer a la que había violado considerada contraria al derecho a contraer matrimonio

En el asunto **Frasik contra Polonia**, de 5 de enero de 2010, el recurrente alega, entre otras vulneraciones de derechos fundamentales, la del artículo 12 del Convenio que se

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

habría producido por no permitirle contraer matrimonio en prisión con la mujer a la que había violado y con la que previamente había mantenido una relación de cuatro años. Había sido condenado a cinco años de prisión en contra del testimonio de la mujer, que afirmaba que le había perdonado y que ya no consideraba ese acto sexual una violación.

La Corte comienza por afirmar que en esta materia existe un amplio margen de apreciación nacional, pero que no puede llegar a negar la posibilidad real de contraer matrimonio. Los Estados pueden, por ejemplo, imponer limitaciones por razón de publicidad o solemnización del matrimonio, también por razón de capacidad, consentimiento, prohibición de grados de afinidad, bigamia, prevenir matrimonios de convivencia con relación a la inmigración, ... pero no pueden privar a una persona o categoría de personas de su capacidad legal para casarse con la persona de su elección. Afirma, además, que los límites que se puede imponer al artículo 12 son los del artículo 8.2, con el que tienen una cercana afinidad, y señala que la libertad personal no es una precondition necesaria para el ejercicio del derecho de matrimonio y la detención no significa la privación de este derecho.

Entrando ya en el caso en concreto analiza la argumentación utilizada en la negativa de las autoridades polacas de que se trataba de evitar que la víctima no pudiera testificar contra él alegando el matrimonio, pero advierte que la mujer había alegado desde el principio la existencia de una “relación particularmente cercana” para justificar su no declaración, añade, además que la prohibición de contraer matrimonio carecía de base legal, porque de acuerdo a la ley polaca la relación acusado-víctima no impide contraer matrimonio. No acepta, por otra parte, la alegación del Gobierno polaco de que el recurrente podía casarse al abandonar el centro penitenciario, esto es, 1 año y 5 meses después.

En definitiva para el TEDH se ha producido en este caso una falta de proporcionalidad en la decisión de los tribunales polacos en aplicación de su amplia discrecionalidad para autorizar el matrimonio en prisión, que implica vulneración del artículo 12 del Convenio.

Hay un segundo caso similar y de la misma fecha, en el que igualmente se condena a Polonia por no autorizar el matrimonio de un preso, se trata de **Jaremowicz contra Polonia**, de 5 de enero de 2010.

#### **J) Derecho a un recurso efectivo (artículo 13): Violación del artículo 3 y del artículo 13 del Convenio. Medidas provisionales impuestas por el TEDH. Un recurso en caso de expulsión o extradición sólo es efectivo si tiene efectos suspensivos**

En el asunto **Baysakov y otros contra Ucrania**, de 18 de febrero de 2010, los demandantes, nacionales de Kazajistán, Yesentay Baysakov, Zhumbai Baysakov, Arman Zhekebayev y Sergei Gorbenko, que formaban parte de un grupo opositor al Gobierno tuvieron que abandonar el país en 2002 tras conocer que los líderes de su grupo habían sido detenidos y las autoridades habían iniciado un proceso criminal contra todos ellos acusándoles de delitos políticos. Desde ese momento los recurrentes han vivido en Ucrania desde el año 2005 y se les concedió el estatuto de refugiado en 2006 sobre la base de que había razones legítimas para temer que correrían el riesgo de persecución política en Kazajistán por sus actividades de oposición.

Por su parte, las autoridades de Kazajstán solicitaron la extradición de los demandantes para ser juzgados de los delitos de los que se les acusaba y la suspensión de su condición de refugiados. Así, y aunque en distintas instancias fue rechazada su solicitud de extradición, finalmente la Corte de Apelación en 2009 concede la extradición, aunque la fiscalía de Ucrania recurrió esta decisión y todavía está pendiente de su resolución. Sin embargo, es importante destacar que el recurso no tiene efectos suspensivos en la legislación ucraniana, por lo que no existía ningún obstáculo legal a la extradición.

Ante esta situación, los recurrentes acuden al TEDH invocando el artículo 3 del Convenio, de acuerdo con el cual, si fueran extraditados a Kazajstán se enfrentarían al riesgo de ser sometidos a torturas y malos tratos por parte de las autoridades. Además, sostuvieron que en Kazajstán se enfrentarían a un juicio injusto, violando así el artículo 6 (derecho a un juicio justo). También invocaron la posible vulneración del artículo 13 del Convenio, al considerar que en la legislación de Ucrania no había recursos efectivos para evitar su extradición.

Cabe resaltar que la solicitud fue presentada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 12 de noviembre de 2008 y al día siguiente, el Tribunal indicó que, como medida provisional en virtud de la Regla 39 del Reglamento de la Corte, los demandantes no debían ser extraditados hasta que el Tribunal tuviera la oportunidad de examinar más a fondo el caso. Por tanto, se impusieron medidas cautelares.

Respecto a la posible vulneración del artículo 3 del Convenio, el Tribunal señaló que, según información obtenida del Comité de la ONU contra la Tortura, Human Rights Watch y Amnistía Internacional, existen numerosos informes creíbles de tortura y malos tratos a los detenidos. Los informes también hacen referencia a las lamentables condiciones de los centros de detención y establecimientos penitenciarios. En consecuencia, por unanimidad, declaró que la extradición de los solicitantes a Kazajstán daría lugar a una violación del artículo 3. Consideró además que no era necesario examinar por separado las quejas de los demandantes en virtud del artículo 6.

Finalmente, y en relación con el artículo 13, el Tribunal señaló que, dado el carácter irreversible del daño que se puede causar en los casos de tortura o malos tratos, la noción de un recurso efectivo contemplado en el artículo 13 exige, en mayor medida, un examen riguroso de la demanda en virtud de la cual se alerta sobre la existencia de un riesgo real de sufrir malos tratos, en caso de expulsión de los demandantes y, además, que ese recurso tenga un efecto suspensivo automático. Así, y tras analizar la legislación de Ucrania, la Corte admite que la posibilidad de impugnar las decisiones de extradición ante los tribunales, en principio, constituía un recurso efectivo. Sin embargo, tal recurso sólo sería eficaz si tuviera un efecto suspensivo automático. Por ello, el Tribunal consideró por unanimidad que se había producido una violación del artículo 13 del Convenio.

#### **K) Prohibición de discriminación (artículo 14 CEDH) y vida privada (artículo 8 CEDH).**

##### **Discriminación por orientación sexual en materia sucesoria**

En el asunto **Kozak contra Polonia**, de 2 de marzo de 2010, el demandante, un ciudadano polaco, alega sufrir un trato discriminatorio por su orientación sexual al no permitír-

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

sele suceder en el contrato de alquiler del piso en el que vivía con su pareja de hecho a la hora de fallecer ésta. El demandante vivía con su pareja en un piso de alquiler que estaba a nombre de este último. Cuando su pareja fallece y el demandante quiere sucederle en el alquiler del piso, las autoridades polacas rechazan su petición alegando, junto a la falta del requisito de vivir en los últimos meses antes del fallecimiento de su pareja en el citado piso, y a la evidencia de no haber contribuido a sufragar los gastos del funeral, de haber realizado la misma acción con otra pareja anterior, el hecho de que las normas polacas sólo reconocen el concepto de “pareja de hecho” a las parejas heterosexuales, de diferente sexo, y no a las homosexuales.

El TEDH acepta el argumento esgrimido por las autoridades nacionales de que proteger a la familia fundada en la unión de un hombre y una mujer, tal y como dispone la Constitución polaca, es una razón de peso que puede justificar un trato diferenciado a las parejas del mismo sexo, pero añade que cuando lo que hay que hacer es una ponderación de derechos, entre la protección de la familia y los derechos de las minorías sexuales, los Estados deben tener en cuenta la evolución de la sociedad, incluyendo el hecho de que no es sólo una forma de vida privada. Por este motivo, el TEDH no acepta la exclusión expresa de las personas que vivan en una relación homosexual como pareja de hecho para la adquisición de los derechos sucesorios sólo bajo el argumento de la defensa de la familia, pues ello provoca una clara lesión del derecho a la igualdad en relación con la vida privada, esto es, del artículo 14 CEDH en relación con el artículo 8 CEDH, en tanto que la orientación sexual es una parte de la vida privada de las personas, tal y como sentencia el TEDH.

Destaca el argumento del TEDH en este caso en el que indica que la orientación sexual es un concepto cubierto por el artículo 14 CEDH, máxime cuando la distinción se refiere a una esfera tan íntima y vulnerable. Por lo que entonces, se necesitan razones de peso que justificaran cualquier tipo de injerencia. Así, cuando un trato diferente se basa en una orientación sexual, el margen de apreciación de los Estados se reduce y, en tales circunstancias, el principio de proporcionalidad no requiere sólo que la medida persiga un fin legítimo, sino también que sea necesaria en las circunstancias en las que se produce. Así, aunque en el presente caso el TEDH está de acuerdo en que la historia del demandante es imprecisa e inconsistente, no siendo competencia suya comprobar la veracidad de los hechos, considera que no existe ningún motivo que justifique el trato diferente ofrecido por los Tribunales polacos.

#### L) Propiedad privada (artículo 1 del Protocolo núm. 1)

##### a) Obligaciones positivas del Estado en los casos de colapso financiero. Los administradores judiciales han de respetar la ley siendo el Estado responsable por ello

En **Kotov contra Rusia**, de 14 de enero de 2010, se plantea la responsabilidad estatal como consecuencia de ciertos actos realizados por el administrador judicial encargado de la liquidación de las deudas del Banco de Yurak una vez éste fue declarado en quiebra. El TEDH afirma que no puede tenerse como responsable al Estado de las consecuencias de la banca-

rrota de una empresa privada. Ahora bien, el administrador judicial nombrado para la liquidación de la empresa declarada en bancarrota ha de ser considerado una “autoridad estatal” a los efectos del Convenio. Por ello, sus actos han de ser plenamente respetuosos de la ley. En el caso objeto del recurso el administrador judicial, incumpliendo la ley, no consideró al recurrente uno de los deudores prioritarios como consecuencia de la aplicación de criterios diferentes a los previstos en la ley. Con ello generó, a juicio del Tribunal, una lesión a su derecho de propiedad sobre las cantidades depositadas en el banco y los intereses adeudados por éste violando, de esta forma, el artículo 1 del Protocolo núm. 1 del CEDH.

**b) Obligaciones positivas del Estado: la ocupación ilegal de tierras por sujetos privados sin que los poderes públicos adopten las medidas necesarias para restituir el uso y disfrute a los propietarios constituye una violación del derecho**

En tres supuestos prácticamente idénticos contra Francia (**R.P. ; Barret et Sirjean; Fernández y otros**), todos de 21 de enero de 2010, el TEDH se enfrenta al problema de la ocupación ilegal de tierras en Córcega por parte de personas vinculadas a sindicatos y a grupos nacionalistas corsos que además se comportan con fuertes dosis de violencia ante los intentos de los legítimos propietarios de recuperar sus tierras. Las autoridades nacionales, pese a existir resoluciones judiciales a favor de los recurrentes, no procedieron nunca al desalojo por la fuerza de los ocupantes y lo máximo que acabaron concediendo fue una indemnización (muy reducida) por los daños causados. Sin que tras esa indemnización jamás hayan vuelto a intentar desalojar las fincas ocupadas. A juicio del TEDH con esta actitud las autoridades nacionales han violado el derecho de propiedad de los recurrentes al tolerar una *expropiación privada* de sus bienes. El hecho de que se pudieran generar problemas de orden público como consecuencia de la eventual expulsión de los ilegítimos ocupantes de las tierras no constituye una justificación suficiente de la inactividad de las autoridades que, además, genera un riesgo de llegar a formas de “justicia privada” que pueden erosionar la confianza ciudadana en el sistema judicial.

**c) Obligaciones positivas derivadas del reconocimiento del derecho de propiedad: la violación del derecho por una omisión legislativa**

En el asunto **Klaus e Iouri Kiladze contra Georgia**, de 2 de febrero de 2010, el TEDH considera violado el derecho de propiedad de los recurrentes por una omisión del legislador georgiano, que no habría previsto las condiciones en que las víctimas georgianas de la represión política desarrollada por las autoridades de la URSS podían acceder a una compensación por los daños morales causados. El caso estudiado resulta particularmente sangrante, ya que los recurrentes, dos hermanos de origen georgiano, sufrieron todo tipo de humillaciones a manos de las autoridades soviéticas, que no sólo condenaron como traidores a la patria a sus progenitores, recluyéndolos durante largos años en prisiones soviéticas, sino que confiscaron todos sus bienes, y recluyeron a los hijos menores en centros para niños sin hogar, en los que las condiciones de vida eran terribles y eran continuamente vejados y castigados físicamente.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Dada la dimensión de la represión llevada a cabo por las autoridades soviéticas, el legislador georgiano consideró adecuado reconocer a todas sus víctimas una compensación pecuniaria, cuya cuantía y requisitos debía ser determinada en una ley posterior (artículo 9 de la Ley de 11 de diciembre de 1997). Basándose en el reconocimiento efectuado por el legislador georgiano, los recurrentes exigieron ante los tribunales georgianos su reconocimiento como víctimas de la represión soviética y la compensación económica estipulada. Sin embargo, los tribunales georgianos, aún reconociendo a los recurrentes como víctimas de la represión, negaron la posibilidad de conceder la compensación económica por cuanto el legislador georgiano no había desarrollado el precepto legislativo correspondiente, previendo las condiciones para acceder a la citada compensación, así como su cuantía.

El TEDH analiza el asunto desde la óptica del derecho al disfrute de los bienes, reconocido en el artículo 1 del Protocolo núm. 1 CEDH. En este sentido, el TEDH considera que los derechos reconocidos a los recurrentes por la Ley georgiana de 11 de diciembre de 1997 son valores patrimoniales, respecto de los cuales los recurrentes pueden tener una esperanza legítima de disfrute, en la medida en que la citada Ley reconocía el derecho a una compensación pecuniaria a todos los georgianos que hubieran sido víctimas de la represión de las autoridades soviéticas entre 1921 y 1990 y siempre que pudieran demostrar que fueron detenidos, exilados, retenidos en algún centro especial o asesinados como consecuencia de esa represión. La Ley reconocía el derecho a esa compensación también a los herederos en primer grado de las víctimas de esos hechos, lo que configuraba a los recurrentes como beneficiarios claros de la compensación económica. Por tanto, la imposibilidad de obtenerla como consecuencia de la inactividad del legislador georgiano debía ser analizada, según el TEDH, como una injerencia en el derecho de propiedad, que sólo sería legítima siempre que fuera legal, persiguiera un objetivo legítimo y mantuviera un justo equilibrio entre los intereses particulares y generales.

A pesar de que, según el TEDH, la omisión del Estado georgiano podía considerarse legal y legítima, en la medida en que las autoridades georgianas alegaban que no se había desarrollado la Ley de 11 de diciembre de 1997 por motivos políticos y financieros, el TEDH destacaba que no podía considerarse que la medida mantuviera un justo equilibrio entre los intereses particulares y generales, ya que las autoridades georgianas no habían siquiera iniciado el proceso de tramitación de la ley (11 años después de la adopción de la Ley de 11 de diciembre de 1997) y no habían explicado de ningún modo el porqué de ese retraso más allá de la genérica referencia, ya señalada, a motivaciones políticas y financieras. Esa indicación, entendía el TEDH, no podía considerarse suficiente para estimar proporcionada la injerencia en el derecho.

#### **d) La modificación de la pensión complementaria de trabajadores prejubilados por un convenio colectivo no vulnera el derecho a la propiedad**

En el asunto **Aizpurua Ortiz y otros contra España**, de 2 de febrero de 2010, el TEDH entiende que la modificación de un convenio colectivo por uno posterior, en el que se retocaban las condiciones de percepción de la pensión complementaria que correspondía a los trabajadores prejubilados de una empresa que estaba sufriendo una situación

financiera difícil, no vulnera el derecho a la propiedad. El TEDH llega a esa conclusión al considerar que la medida era legal (al estar prevista en un convenio colectivo), perseguía un objetivo legítimo (garantizar la estabilidad financiera de una empresa y, por tanto, el empleo de sus trabajadores) y era proporcionada, al haber sido adoptada en un contexto de crisis financiera de la empresa, ser una modificación mínima de las condiciones en que los trabajadores prejubilados percibían su pensión complementaria e ir acompañada de importantes renunciaciones económicas de los trabajadores en activo de la empresa.

El caso resultaba especialmente llamativo porque la cuestión litigiosa enfrentaba a dos grupos de particulares: la empresa Sefanitro SA y una cincuentena de antiguos trabajadores de la empresa ya prejubilados. En relación con las obligaciones que incumben a los Estados miembros en contextos como el indicado, el TEDH subrayaba que la responsabilidad del Estado español podría derivarse de un incumplimiento de la obligación que tenía de garantizar la protección del derecho de propiedad de un particular frente a otro. En esta línea, el TEDH señalaba que el Estado español podría haber vulnerado el derecho de propiedad en caso de no proveer a las partes de mecanismos jurisdiccionales efectivos que garantizaran la posibilidad de que pudieran resolver el litigio que las enfrentaba en un proceso que cumpliera todas las garantías exigidas por el CEDH. En relación con esta última cuestión, el TEDH subrayaba que las partes en litigio habían tenido esa posibilidad y que los tribunales españoles habían resuelto la problemática realizando una interpretación de la legislación en vigor razonable y adecuada a la jurisprudencia de Estrasburgo.

### **M) Derecho a elecciones libres (artículo 3 del Protocolo núm. 1 CEDH). Lesión del derecho por falta de concreción y previsibilidad en la legislación electoral**

En el caso **Grosaru contra Rumanía**, de 2 de marzo de 2010, el demandante es un ciudadano rumano que se había presentado a las elecciones al Parlamento en representación de la minoría italiana en Rumanía. Conforme a la Ley electoral de la Cámara de Diputados y del Senado de 1992, el Sr. Grosaru obtuvo la mayoría de los votos a nivel nacional. Sin embargo su escaño fue entregado a otro miembro de su partido que había obtenido más votos, pero sólo a nivel de una circunscripción singular. A pesar de que se presentó la correspondiente queja ante la Oficina Central Electoral, su petición fue desestimada. Finalmente, en 2004, con el cambio de la Ley electoral, el Sr. Grosaru fue elegido miembro del Parlamento por la agrupación de la Minoría italiana rumana. La nueva Ley electoral establecía que el escaño asignado a un miembro de una minoría nacional debía corresponder a la circunscripción electoral en la que el candidato hay obtenido más votos, sin mencionar el número de votos obtenido a nivel nacional. A pesar de esto, el Sr. Grosaru alegó violación del artículo 3 del Protocolo núm. 1 CEDH en relación con el artículo 13 CEDH por la falta de asignación de escaño como miembro del Parlamento en el año 2000.

En este caso, el TEDH señala que el Estado tiene un amplio margen de discrecionalidad a la hora de determinar las normas electorales. Recuerda el TEDH que existen maneras

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

muy diferentes de organizar y de hacer funcionar los sistemas electorales por motivos históricos, culturales o de pensamientos políticos. Sin embargo, las decisiones tomadas en función de esas normas tienen que verse acompañadas de las suficientes garantías legales para evitar cualquier tipo de arbitrariedad. El Tribunal recrimina la falta de claridad en la normativa electoral rumana de 1992 en lo relativo a la asignación de escaños para los miembros de una organización representativa de una minoría nacional: aunque esta Ley establece que se otorgará el escaño al representante que obtenga un mayor número de votos, no se precisa si serán los votos obtenidos a nivel nacional o en una determinada circunscripción. Es esta falta de claridad lo que obliga a las autoridades rumanas a ser prudentes a la hora de interpretar las citadas normas, teniendo en cuenta el impacto directo que su interpretación puede tener respecto de los resultados electorales.

Así, en el presente caso, el TEDH señala que la Oficina Electoral Central no ofreció ninguna explicación motivada de su decisión. Del mismo modo, el TEDH considera que la variación producida en la Ley electoral en 2004 no remedió en ningún caso la situación que había sufrido el Sr. Grosaru. Por todo ello, debido a la falta de claridad en la Ley electoral y ante la ausencia de unas garantías sobre la oportunidad de obtener un remedio imparcial, el TEDH concluyó que se había producido una lesión del derecho a unas elecciones. Y ante la ausencia de alguna autoridad imparcial que revisara las normas electorales, también se produjo una violación del derecho a obtener un remedio efectivo.

#### **N) *Non bis in idem*. Prohibición de imposición de más de una sanción por los mismos hechos (artículo 4 del Protocolo núm. 7): la imposición de una sanción formalmente administrativa pero de naturaleza materialmente criminal impide la imposición de sanciones penales ulteriores**

En **Tsonyo Tsonev (2) contra Bulgaria**, de 14 de enero de 2010, el TEDH se enfrenta al poco frecuente caso, en la jurisprudencia europea, del principio *non bis in idem* consagrado en el artículo 4 del Protocolo núm. 7. Debe notarse en este punto la sustancial coincidencia entre la posición sostenida por el TEDH con la mantenida por el Tribunal Constitucional español en la difícil configuración jurisprudencial de este derecho.

En concreto, en la Sentencia objeto de comentario, se trata de un ciudadano búlgaro sancionado administrativamente con una multa por alteración del orden público que con posterioridad es sometido, por los mismos hechos, a un proceso criminal por el que es condenado a una pena de 18 meses de cárcel. EL Tribunal aprecia, aplicando los criterios establecidos en *Sergey Zolotukhin contra Rusia*, de 10 de febrero de 2009, violación del artículo 4 del Protocolo núm. 7 CEDH. Igual que en el caso recién citado, el TEDH considera que la calificación del primer procedimiento como “administrativo” no convierte a la sanción en administrativa y no penal puesto que su carácter criminal o no ha de determinarse en relación con la naturaleza de la acción y con la severidad de la sanción impuesta. En tal sentido concluye que la naturaleza de la acción puede considerarse dentro del concepto de procedimiento penal utilizado por el artículo 4 del Protocolo núm. 7. Ahora bien, siguiendo los pasos del test establecido en la citada sentencia es necesario que concurren también dos circunstancias para que se produzca la violación: la identidad en los hechos causantes de la sanción y la duplicación de los procedimientos. En relación con el segundo requisito, el TEDH sostiene que la finalidad del precepto es impedir la

repetición de procedimientos que ya han concluido con una decisión “final” en el sentido de haber adquirido la fuerza de *res iudicata*. En el caso en cuestión, considera que el recurrente fue “condenado” en un procedimiento administrativo que ha de ser asimilado los “procedimientos criminales” en el concepto que de éstos tiene el CEDH que resulta autónomo del utilizado por los Estados. Una vez esta “condena” se convierte en definitiva no cabe comenzar un procedimiento criminal sobre la base de hechos sustancialmente idénticos.

### 3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

#### A) Derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE): Integridad, libertad y tutela judicial efectiva: Auxilio humanitario del Carguero Marine I (artículos 15, 17. 1 y 2 y 24 CE)

**STS de 17 de febrero de 2010**, Sala Tercera (RC 548/2008). Derechos Fundamentales. Ponente: Don Nicolás Maurandi Guillén. Se recurre la vía de hecho, de la actuación de los Ministros y Secretarios de Estado de Interior y Asuntos Exteriores y Cooperación, respecto al salvamento marítimo del remolcador español *Luz de Mar* que atendió a las llamadas de socorro del carguero *Marine I* que se encontraba a la deriva en aguas internacionales. Se invoca la vulneración de los derechos fundamentales de los artículos 15, 17 (1 y 2) y 24 de la CE, y que las actuaciones de los Ministros y Secretarios de Estado antes mencionados vulneraban los derechos fundamentales a la integridad física y moral, a la libertad y la seguridad, y a la tutela judicial efectiva, y manifestaba la obligación de la Administración de adoptar las medidas adecuadas para restablecer los derechos que asisten a las 23 personas que se reseñaban, de las que viajaban en el carguero. Los 369 inmigrantes rescatados se fueron repatriando paulatinamente, hasta quedar esas 23 personas de origen asiático que permanecieron en Mauritania, y pretendían quedarse en España. La sentencia recurrida rechaza que existiera vulneración de derechos fundamentales, razonando que el Gobierno español prestó asistencia por razones humanitarias, en territorio mauritano, y que las obligaciones de España en este caso, no están reguladas en el derecho interno, sino en el derecho internacional (Convenio SAR) cumpliendo con las obligaciones que le incumbían según éste. Así mismo, la situación de hecho producida no generó ningún derecho de venida a España.

El recurso de casación planteado por la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) se basa en la calificación de la actuación de la Administración española, no como acción de salvamento, sino como acción de detención y cautiverio. Solicitan la integración fáctica en el recurso, respecto de los hechos materiales como son el rescate y traslado hasta Mauritania de la embarcación, y en la intervención de las autoridades españolas en el puerto mauritano y operaciones posteriores que terminaron en el destino final de esas 23 personas. Esa integración no obliga a aceptar esa calificación de detención y cautiverio que el recurso de casación atribuye a los hechos. La Sala niega la calificación de detención y cautiverio, así como que la negativa del Estado español a trasladar al territorio español a esas personas merezca ser considerada contraria a Derecho, toda vez que la primera actuación se realizó

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

para evitar que esas personas pudieran perder sus vidas y se buscó una solución para facilitarles salir de esa situación y volver a la vida ordinaria; y en la segunda, dado que esas personas estaban en el extranjero y no habían obtenido ninguna de las situaciones previstas en España sobre los derechos y libertades de los extranjeros, no generando ningún derecho de venida a España al no estar tutelado ni amparado por norma alguna.

Debido a estos razonamientos, la Sala desestima el recurso, al no poderse acoger las vulneraciones de derechos fundamentales invocadas. La limitación de libertad de esas personas en Mauritania fue consecuencia sobrevenida al riesgo de naufragio, y no debido a un acto de detención de las autoridades españolas. Y estando en el extranjero y no teniendo derecho a exigir su traslado a territorio español, la negativa al traslado no produce un obstáculo nuevo al acceso a los tribunales españoles o de solicitud de asilo.

#### **B) Derecho de acceso a la jurisdicción (artículo 24.1 CE): Inadmisión de demanda en un procedimiento de protección de los derechos fundamentales**

**STS de 15 de febrero de 2010**, Sala Tercera (Ponente: Don Pablo Lucas Murillo de la Cueva). En la Sala de instancia se inadmitió el recurso planteado siguiendo el trámite de protección de los derechos fundamentales, alegando vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, así como a un procedimiento con todas las garantías del artículo 24 CE. El recurso de casación es estimatorio, dado que la Sala en reiterada jurisprudencia sostiene, a propósito de los requisitos del escrito de interposición para el acceso a la vía especial de protección judicial de los derechos fundamentales, que basta con la invocación de uno de ellos, junto con un mínimo razonamiento que enlace ese resultado con ella. Desde el punto de vista de la tutela que merecen los derechos fundamentales, es más satisfactoria la admisión del recurso desde el momento en que el escrito de interposición cuenta con los requisitos formales indispensables, y no cabe excluir *ab initio* toda posibilidad de infracción de ellos. Así mismo, no debe anticiparse en el trámite de admisión el juicio sobre el fondo.

#### **C) Derecho a la libre circulación (artículo 19 CE): Libertad de circulación y extradición pasiva**

**STS de 2 de marzo de 2010**, Sala Tercera (Ponente: Don Octavio Juan Herrero Pina). Derechos Fundamentales. En la demanda se impugna la adopción de acuerdo sobre extradición pasiva, por falta de motivación, por inadecuada valoración de la norma, como la correspondencia entre el delito tipificado en el Código Federal de los EEUU y el artículo 284 del CP, alegando vulneración del artículo 24 CE (proceso debido), en relación con los artículos 10.2, 13.1, 13.3 y 19. La Sala desestima el recurso de casación, razonando que la motivación del acto administrativo que acuerda la continuación del procedimiento ha de examinarse desde la consideración de las circunstancias en él: los hechos que fundamentan la solicitud de extradición, su tipificación en la legislación del Estado requirente y en el CP español, y la fundamentación jurídica, y no desde la definitiva certeza y realidad jurídica de tales apreciaciones, que sólo corresponde establecer al órgano jurisdiccional en el procedimiento judicial contradictorio. De igual manera, no siendo determinante para la decisión sobre la legalidad del acuerdo, carece de sentido el planteamiento de cuestión prejudicial sobre si el artículo 14.2 y concordantes, sobre la libre circulación de

personas, permite la apertura de un proceso judicial de extradición a un país tercero de un ciudadano comunitario, ya que ésta habría de plantearse no en ese sentido, sino en la procedencia de la decisión de extradición, y no sobre la posibilidad de abrir procedimiento judicial para su determinación.

**D) Derecho a la tutela judicial efectiva y otras garantías procesales (artículo 24 CE):  
Ejecutividad de actos administrativos y medidas cautelares**

**STS de 9 de febrero de 2010**, Sala Tercera (RC 2431/2007). Derechos Fundamentales (Ponente: Don Nicolás Maurandi Guillén). Se recurre la ejecución material de la sanción de separación del servicio a un Agente de la Ertzaintza, que pierde la condición de funcionario. El recurrente alega que la decisión de detener la suspensión cautelar de la ejecución de la sanción es controlable jurisdiccionalmente, no pudiendo la Administración ejecutar el acto administrativo. Considera vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, dado que se ha procedido a ejecutar una resolución sancionadora no firme, y contra la que se había formulado recurso. Esta Sala define la ejecutividad como expresión de una calidad de la resolución o posibilidad de ser llevada a efecto mediante actos materiales de ejecución, diferenciándola de la actividad de ejecución, que serían los actos materiales por los que se lleva a la práctica la resolución. La ejecutividad no es en principio contraria al derecho del artículo 24 CE, y lo decisivo sería su posibilidad de control jurisdiccional. La tutela judicial se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida ante un tribunal, para que resuelva sobre la suspensión. Se concluye que el derecho a la tutela judicial se satisface cuando antes de la ejecución se permite someter a la decisión de un Tribunal la ejecutividad, para que resuelva sobre la suspensión, vulnerándose ese derecho fundamental cuando se inician actos materiales de ejecución sin ofrecer al interesado la posibilidad de instar judicialmente la suspensión de esa ejecutividad. Este derecho fundamental exige permitir al particular interesado someter a un órgano judicial esa ejecutividad para que pueda adoptar medidas cautelares. Pero no impone paralizar la posibilidad de ejecutar el acto administrativo dotado de ejecutividad hasta que se dicte sentencia en el proceso judicial donde se impugnó dicho acto, lo que equivale a negar la ejecutividad de los actos administrativos que está legalmente reconocida y directamente relacionada con el principio de eficacia que proclama el artículo 103 CE para la actuación de la Administración Pública. La Administración puede adoptar las medidas de carácter provisional del artículo 136 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando lo aconseje el aseguramiento de la eficacia de la resolución final. El recurso de casación es estimado.

**E) Extranjeros:**

**a) Concesión de nacionalidad (buena conducta cívica y violencia de género)**

**STS de 12 de febrero de 2010**, Sala Tercera (RC 1343/06) (Ponente: Don Mariano de Oro-Pulido López). Se plantea el recurso de casación ante la denegación de la nacionali-

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

dad española a nacional marroquí, por no haber justificado suficientemente una buena conducta cívica. El recurrente fue denunciado y condenado por sucesos de violencia doméstica o de género, cuyos antecedentes ya han sido cancelados, y tras la separación matrimonial, su mujer abandonó el hogar, quedando sus dos hijas menores de edad bajo la custodia del padre, que tiene medios de vida propios. Los hechos de violencia de género motivaron la denegación de la nacionalidad que, según dice el recurrente, vulnera su derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE y prolonga los efectos de los antecedentes penales más allá de la cancelación, suponiendo una infracción del artículo 25 CE. Este Tribunal estima que, según reiterada jurisprudencia, el requisito de la buena conducta cívica debe ser verificado por la Administración. El haber sido penalmente condenado no es suficiente por sí solo para tener por no acreditada la buena conducta cívica, como el no tener antecedentes tampoco basta para tener el requisito por probado. La buena conducta cívica es un requisito adicional sobre la observancia de una conducta no transgresora de las normas penales o sancionadoras. El civismo además debe respetar unas pautas mínimas de respeto y solidaridad respecto al resto de la sociedad. Dado que la condena penal impuesta fue cumplida, los antecedentes cancelados, han transcurrido más de cinco años sin que se reiteren tales conductas ni otras conductas constitutivas de infracción, asume las obligaciones paterno-filiales y goza de permiso de residencia permanente en España, todas esas circunstancias dan motivo al reconocimiento del derecho que pretende. Se estima el recurso de casación y se concede la nacionalidad al recurrente.

#### b) Nacionalidad por residencia en el Sahara; plazo de residencia de un año, artículo 22.2.a) del Código Civil

**STS de 9 de marzo de 2010** (Ponente: Sr. Octavio Juan Herrero Pina). Formulada solicitud de nacionalidad por el recurrente, es denegada por resolución del Ministerio de Justicia al no llevar más de diez años de residencia legal en España en el tiempo inmediatamente anterior a la petición y al no poderse acoger al plazo de un año por haber nacido en territorio español ya que el Sahara no era verdadero territorio español según se deduce de la descolonización y su abandono en virtud de la Ley 40/1975, de 19 de noviembre, y además no prueba su nacimiento en el Sahara.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo es estimado por la Audiencia Nacional que considera acreditado el nacimiento del recurrente en El Aaiun, Sahara Occidental, en el tiempo en que dicho territorio estaba bajo administración española y estima de aplicación el artículo 22.2 CC. La Sala Tercera del TS rechaza el recurso de casación deducido por el Abogado del Estado y confirma la interpretación realizada por la Audiencia sobre la aplicación al caso de autos del plazo privilegiado de un año del citado artículo 22.2 CC.

#### c) Nacionalidad española y residencia legal

**STS de 15 de febrero de 2010** (Ponente: Sr. Calvo Rojas). No se cuestiona que el recurrente haya residido en España de forma continuada durante los diez años inmediatamente anteriores a la solicitud, pero no se cumple el requisito de la “residencia legal” pues la última renovación de la tarjeta familiar de residente comunitario se produjo con posterioridad al divorcio del solicitante de su cónyuge español y sin que éste se lo comu-

nicara a la Administración a fin de obtener el permiso de residencia que correspondiera a su nueva situación, sin que la mera tolerancia de la Administración en la no aplicación de las sanciones previstas normativamente suponga reconocer un derecho a ostentar un tipo de permiso de residencia específico que desaparece cuando no subsiste la causa que motivó su concesión.

#### **F) Derecho de asilo (artículo 13 CE): Concurrencia de indicios**

**STS de 19 de febrero de 2010**, Sala Tercera (RC 5051/2006) Derecho de Asilo. Se recurre en casación la denegación del reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo a una familia de nacionalidad colombiana. Alegan que en su país sufren persecución y amenazas de muerte provenientes de las FARC que actúan en la zona. Entre la prueba que se aportó se acompañaban informes sobre la situación general en Colombia, informes de Amnistía Internacional, así como diversa documentación sobre la inseguridad general de su país de origen que se proyecta de modo concreto sobre la familia del recurrente. El recurso se plantea por infracción del artículo 3 en relación con el 8 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, el artículo 1 de la Convención de Ginebra y el artículo 17 de la Ley de Asilo. Se estima el recurso de casación, por ponerse de manifiesto la vulneración del artículo 8 de la Ley de Asilo, en el que se prevé la resolución favorable a la solicitud, bastando la concurrencia de “indicios suficientes” para deducir que el solicitante padece persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a grupo social determinado u opiniones políticas. Se infringe el citado artículo cuando la desestimación de la sentencia se asienta sobre la exigencia de una prueba cualitativamente superior a la legalmente establecida (la prueba indiciaria).

#### **G) Principio de legalidad penal y derechos de los reclusos (artículo 25 CE): Traslado de recluso de centro penitenciario**

**STS de 8 de febrero de 2010**, Sala Tercera (Ponente: Don Pablo Lucas Murillo de la Cueva). Derechos Fundamentales. Tras sentencia en que se denegaba al recurrente su permanencia en el centro penitenciario al pasar a ser clasificado como interno en segundo grado, y ser traslado a otro centro penitenciario. Se invoca la infracción de los artículos 25, 24.2 y 14 de la CE. Se alega que no se tuvo en consideración las circunstancias personales y psíquicas del recurrente, dado que el traslado a un centro tan lejano a su domicilio familiar y laboral supondría su desarraigo y que esa decisión no se orienta al mejor tratamiento para su reinserción y resocialización. El recurso de casación se desestima por no incurrir los motivos alegados, dado que no hay infracción del artículo 25 de la CE pues el cambio de destino no es una sanción, sino una decisión adoptada en el ejercicio de sus competencias por las Instituciones Penitenciarias, y de forma motivada. Por otro lado, conforme a la doctrina del TC, la reinserción social a la que deben orientarse las penas, no es un derecho fundamental sino un principio. Tampoco se advierte un trato contrario al principio de igualdad, ya que no se procedió con él de manera diferente a como se hubiere hecho con

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

otros internos en sus mismas circunstancias, faltando por tanto la exigencia del término de comparación, necesario para alegar discriminación constitucional inaceptable. No se infringe tampoco el artículo 24.2 CE, por no encontrarnos ante una actuación sancionadora, ni se le ha impedido el acceso al proceso, ni ha padecido indefensión.

JAVIER GARCÍA ROCA  
PABLO SANTOLAYA MACHETTI  
RAÚL CANOSA USERA  
RAFAEL BUSTOS GISBERT  
ENCARNA CARMONA CUENCA  
ISABEL PERELLÓ DOMENECH  
JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO  
MARÍA DÍAZ GREGO  
IGNACIO GARCÍA VITORIA  
MARIO HERNÁNDEZ RAMOS  
MIGUEL PÉREZ-MONEO AGAPITO  
MÓNICA ARENAS RAMIRO  
YOLANDA FERNÁNDEZ VIVAS  
LUCÍA ALONSO SANZ



**IV. FUENTES DEL DERECHO****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Bases en materia de función pública: la Comunidad Autónoma puede exigir que la incorporación a su Administración de funcionarios de la Administración del Estado se realice a través de sus convocatorias de concurso o de la libre designación. 3. Ley.** A) Reserva de Ley en materia sancionadora: no cabe modificar a través de reglamento las sanciones establecidas en un reglamento preconstitucional si no tiene la suficiente cobertura legal, ni establecer *ex novo* una sanción por vía reglamentaria con posterioridad a la Constitución. B) Reserva de Ley en materia tributaria: las leyes de presupuestos autonómicas pueden crear y modificar tributos.

**4. Reglamento.** A) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. B) Efecto cascada en la nulidad de normas reglamentarias. C) Ordenanzas municipales.

**5. Principios constitucionales.** A) Principio de igualdad en la Ley: resulta vulnerado al establecer en la Ley una diferenciación carente de una justificación objetiva y razonable. B) Principio de igualdad en la aplicación judicial de la Ley: tras la entrada en vigor de la Constitución, la condición de hija adoptiva no excluye el carácter legítimo de su filiación.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

La presente crónica abarca, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo hasta la referencia Id Cendoj 28079130042009100610, y respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa de los Tribunales Superiores de Justicia hasta la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de diciembre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, (recurso 1074/2006). La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la STC 30/2010, de 17 de mayo.

## **2. BASES EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA: LA COMUNIDAD AUTÓNOMA PUEDE EXIGIR QUE LA INCORPORACIÓN A SU ADMINISTRACIÓN DE FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO SE REALICE A TRAVÉS DE SUS CONVOCATORIAS DE CONCURSO O DE LA LIBRE DESIGNACIÓN**

En la **STC 8/2010, de 27 de abril**, se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2010-2003, promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Zaragoza en relación con el artículo 19.2 del Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación de la función pública de Aragón. El precepto objeto de la cuestión dispone que “a través de las oportunas convocatorias de concurso o de libre designación en que así se exprese, los funcionarios de la Administración del Estado podrán incorporarse a la de la Comunidad Autónoma para desempeñar puestos de trabajo de contenido funcional adecuado a sus Cuerpos o Escalas. En los casos en que sea preciso, podrán solicitarse de dicha Administración el envío en primer destino de funcionarios ingresados en los Cuerpos o Escalas de la misma”. El órgano judicial considera que este precepto modifica lo dispuesto en el artículo 17.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, precepto declarado básico por su artículo 1.3, que establece la posibilidad de que se cubran plazas de una Administración por funcionarios de otra “de acuerdo con lo que establezcan las relaciones de puestos de trabajo”. El órgano judicial entiende que el precepto autonómico rebaja el rango normativo del instrumento que permite que puestos de trabajo de una Administración puedan ser cubiertos por funcionarios que pertenezcan a otra, pues el precepto estatal dispone que tal previsión se haga por medio de las relaciones de puestos de trabajo.

El Tribunal Constitucional considera que, desde una perspectiva material, tanto la previsión de la posibilidad de movilidad entre funcionarios de las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, como la remisión a las relaciones de puestos de trabajo como instrumento de ordenación de la función pública en el que ha de concretarse aquella posibilidad, revisten carácter básico.

El carácter básico del citado precepto estatal no es óbice para que permita que sean cada una de las Administraciones públicas las que, a través de las relaciones de puestos de trabajo, concreten los puestos que pueden ser desempeñados por funcionarios de otras Administraciones públicas.

En este sentido, el Tribunal aclara que el precepto legal cuestionado, al establecer que los funcionarios de la Administración del Estado podrán incorporarse a los puestos de trabajo de la Administración autonómica a “través de las oportunas convocatorias de concurso o de libre designación en que así se exprese” en modo alguno excluye que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 17.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, y 17.1 del texto refundido de la Ley de ordenación de la función pública de Aragón, sea en las relaciones de los puestos de trabajo de la Comunidad Autónoma en las que se determinen aquellos que pueden ofrecerse a funcionarios de otras Administraciones públicas, entre ellos, los funcionarios de la Administración del Estado. El precepto viene a añadir así un

## IV. Fuentes del Derecho

requisito al establecido en la legislación básica estatal, que consiste en que, además de en las relaciones de puestos de trabajo, también se prevea esa posibilidad de movilidad de los funcionarios de la Administración del Estado a la Administración de la Comunidad Autónoma en las convocatorias públicas de los puestos de cuya provisión se trate en cada caso. Esta interpretación permite declarar que la ley aragonesa no vulnera la legislación básica estatal, sino que sencillamente incorpora un requisito adicional que encuentra cobertura en la competencia de desarrollo legislativo de la Comunidad Autónoma en materia de función pública, en cuyo ejercicio puede exigir que, además de en las relaciones de los puestos de trabajo, se recoja o exprese también en las respectivas convocatorias la posibilidad de que los funcionarios de la Administración del Estado puedan ocupar puestos de la Administración autonómica.

### 3. LEY

#### **A) Reserva de Ley en materia sancionadora: no cabe modificar a través de reglamento las sanciones establecidas en un reglamento preconstitucional si no tiene la suficiente cobertura legal, ni establecer *ex novo* una sanción por vía reglamentaria con posterioridad a la Constitución**

La **STC 21/2010, de 27 de abril**, resuelve el recurso de amparo interpuesto contra la resolución sancionadora de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 12 de febrero de 2001, por la que se impuso al recurrente la sanción de “postergación en la carrera” prevista en el artículo 352 del Reglamento Notarial, y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 13 de mayo de 2005, que confirmó su legalidad. El recurrente reprocha a la resolución administrativa impugnada la infracción del principio de legalidad en materia sancionadora que garantiza el artículo 25.1 CE, en su doble vertiente formal y material. En su vertiente de garantía formal, se alega la vulneración del artículo 25 CE por considerar que la sanción impuesta de “postergación en la carrera” es una sanción introducida *ex novo* en el Reglamento Notarial tras la aprobación de la Constitución y sin que el Real Decreto 1209/1984 tuviera cobertura legal. Y en su vertiente material, porque entiende que la resolución sancionadora se funda en una interpretación de los tipos disciplinarios considerados tan amplia e irrazonable que resulta imprevisible para sus destinatarios. Según la doctrina del Tribunal Constitucional, si bien no cabe exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reglamentarias sancionadoras preconstitucionales, la pervivencia de ese tipo de normas tiene como límite infranqueable la imposibilidad de que, a partir de la Constitución, dichas normas se modifiquen por la misma vía reglamentaria, salvo que la norma reglamentaria postconstitucional se limite, sin innovar el sistema de infracciones y sanciones en vigor, a aplicar el sistema preestablecido. En este caso no concurre esta excepción ya que, según anuncia la propia Exposición de Motivos del Real Decreto 1209/1984, éste tiene por objeto “da[r] una nueva regulación a la materia disciplinaria con una mejor determinación y clasificación de las faltas, [y] de las sanciones, que se amplían”, de modo que no se trata de una simple e inocua actualización del texto preconstitucional, sino de una auténtica modificación del cuadro sancionador preexistente acordada por vía reglamentaria y sin la imprescindible cobertura legal. En consecuencia, el Tribunal Constitucional resuelve que

la sanción de postergación en la carrera notarial impuesta al recurrente es una sanción tipificada por primera vez en una disposición reglamentaria posterior a la Constitución y sin respaldo legal suficiente. Por lo tanto, concluye que dicha resolución vulnera el principio de legalidad del artículo 25.1 CE, en su vertiente formal, lo que determina el otorgamiento del amparo solicitado, sin que sea necesario pronunciarse sobre el resto de las lesiones constitucionales denunciadas.

En las **SSTC 6, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19**, todas **de 27 de abril de 2010**, se resuelven cuestiones de inconstitucionalidad en relación con la Disposición Final Quinta de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal, en la medida en que impide la inmediata entrada en vigor de la destipificación de la falta de conducción de vehículos sin cobertura de seguro obligatorio de responsabilidad civil. En todos estos casos el Tribunal Constitucional determina que la cuestión de inconstitucionalidad ha perdido objeto tras entrar en vigor el precepto despenalizador de la conducta enjuiciada en el proceso penal, una vez transcurrido el período de *vacatio legis* fijado por la disposición cuestionada.

#### **B) Reserva de Ley en materia tributaria: las leyes de presupuestos autonómicas pueden crear y modificar tributos**

Sesenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso interpusieron recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 40 de la Ley 10/2001, de 27 de diciembre, de presupuestos de la Generalitat Valenciana para el ejercicio 2002, al considerar que dicho precepto infringe los artículos 31 y 134.7 de la Constitución. Este recurso fue resuelto por **STC 7/2010, de 27 de abril**. Los recurrentes alegan que el precepto impugnado, en cuanto incrementa el tipo de gravamen del impuesto sobre actos jurídicos documentados, que se eleva con carácter general desde el 0,5% al 1%, vulnera la prohibición de modificación de los tributos mediante ley de presupuestos (artículo 134.7 CE) y los principios de capacidad económica y reserva de ley en la creación o modificación de tributos (artículo 31 CE). El Tribunal Constitucional fundamenta su argumentación, en primer lugar, en que el artículo 134.7 CE prohíbe crear tributos mediante la ley de presupuestos generales del Estado y sólo permite que esta ley los modifique cuando una ley tributaria sustantiva lo prevea. Sin embargo, la citada limitación constitucional no resulta de aplicación a las leyes de presupuestos de las Comunidades Autónomas, por lo que descarta la posible vulneración del citado artículo 134.7 CE. Como reiteradamente ha establecido el Tribunal Constitucional, “de los preceptos constitucionales que regulan instituciones del Estado no pueden inferirse, sin más, reglas y principios de aplicación, por vía analógica, a las instituciones autonómicas homólogas” (entre otras, SSTC 116/1994, FJ 5º; 174/1998, FJ 6º, y 3/2003, FJ 6º).

A continuación, el Tribunal precisa que el canon de constitucionalidad aplicable a las fuentes normativas de las Comunidades Autónomas es el que se contiene “en sus respectivos Estatutos de Autonomía, en las leyes estatales que, dentro del marco constitucional, se hubiesen dictado para delimitar las competencias del Estado y de las Comunidades Autó-

## IV. Fuentes del Derecho

nomas y, por supuesto, en las reglas y principios constitucionales aplicables a todos los poderes públicos que conforman el Estado en sentido amplio y, evidentemente, en las reglas y principios constitucionales específicamente dirigidos a las Comunidades Autónomas” (SSTC 116/1994, de 18 de abril, FJ 5º; 174/1998, de 23 de julio, FJ 6º, y 180/2000, de 29 de junio, FJ 5º). Concluye que el precepto impugnado ha respetado los límites materiales exigibles a las leyes de presupuestos autonómicas, y más concretamente los aplicables a la ley de presupuestos de la Generalitat Valenciana, de modo que puede formar parte válidamente del articulado de dicha Ley, ya que la modificación de tributos es una cuestión vinculada a la previsión de ingresos de la Comunidad Valenciana, que no supone una extralimitación en relación con los límites materiales de la ley de presupuestos autonómica.

El Tribunal Constitucional rechaza también que el precepto impugnado, en cuanto establece en el impuesto sobre actos jurídicos documentados aplicable a los documentos notariales un tipo de gravamen proporcional (en lugar de uno progresivo, como propugnan los recurrentes), atente contra el principio de progresividad del sistema tributario, y, en consecuencia, vulnere el artículo 31.1 CE. El Tribunal precisa que el impuesto sobre los actos jurídicos documentados no es un tributo global sobre la renta o sobre el consumo, por lo que no puede decirse que constituya uno de los pilares básicos o estructurales de nuestro sistema tributario, ni el instrumento más idóneo para alcanzar los objetivos de redistribución de la renta y de solidaridad, de manera que no puede considerarse que la modificación de su tipo de gravamen repercuta sensiblemente en el criterio de reparto de la carga tributaria entre los contribuyentes.

Finalmente, el Tribunal descarta que el precepto impugnado vulnere el artículo 47 CE que regula el derecho a disfrutar de una vivienda digna. Los recurrentes habían alegado que el incremento del tipo de gravamen del impuesto sobre actos jurídicos documentados implicaba un encarecimiento del coste de la vivienda, puesto que la mayoría de los hechos impondibles de este impuesto afectan al proceso constructivo. Sin embargo, el Tribunal estima que la regulación en cuestión no pone en riesgo el derecho de los ciudadanos a acceder al disfrute de una vivienda digna y adecuada en la Comunidad Valenciana, lo que conduce, en definitiva, a descartar lesión del artículo 47 CE, porque los recurrentes no han cumplido con la carga de fundamentar de manera suficiente cuáles son los motivos por los que ésta se habría producido. En este sentido el Tribunal resuelve que la presunción de constitucionalidad de normas con rango de ley no puede desvirtuarse sin una argumentación suficiente, no siendo admisibles las impugnaciones globales carentes de un razonamiento desarrollado que las sustente (SSTC 43/1996, de 14 de marzo, FJ 5º; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 2º; 245/2004, de 16 de diciembre, FJ 3º; y 100/2005, de 19 de abril, FJ 3º, por todas), que es, precisamente, lo que sucede en el presente supuesto.

### 4. REGLAMENTO

#### A) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general

La **STSJ de Madrid de 3 de diciembre de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Novena, ponente: José Luis Quesada Varea, resuelve el recurso contencioso-ad-

ministrativo 867/2008 interpuesto por la Federación Regional de Madrid de Asociaciones de Padres y Madres del Alumnado “Francisco Giner de los Ríos” contra el Decreto 134/2008, de 28 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se regula la financiación del primer ciclo de Educación Infantil en la Comunidad de Madrid. Entiende la actora que el Decreto es nulo por falta de la preceptiva audiencia del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y que puede ser anulable por infracción de la Ley Orgánica de Educación, al establecer un régimen de financiación pública de las entidades privadas con ánimo de lucro. Con respecto al primer argumento, afirma la Sala que la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid establece que debe consultarse en: “c) Proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, y sus modificaciones”. De modo que la ausencia de esta consulta determinará la nulidad de pleno Derecho de la disposición aprobada. La cuestión está, por tanto, en la naturaleza ejecutiva o no del Decreto impugnado. La Sala repasa la jurisprudencia existente en torno a la distinción entre reglamentos organizativos y ejecutivos y concluye que el Decreto tiene por objetivo el desarrollo de la Ley Orgánica de Educación; además, añade, innova el ordenamiento jurídico, al instaurar reglas sobre la financiación de la educación infantil, que, asimismo, exceden del ámbito interno de la Administración. Al determinar la naturaleza ejecutiva del reglamento llega a la conclusión de que debería haberse requerido el dictamen del Consejo Consultivo. La omisión de ese trámite conduce a la nulidad de pleno Derecho del Decreto (FJ 6°).

La **STS de 16 de diciembre de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, ponente: Segundo Menéndez Pérez, Id Cendoj 28079130042009100610, resuelve el recurso de casación interpuesto por la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria contra Sentencia del TSJ de Cantabria de 18 de diciembre de 2007. Dicha Sentencia declaró la nulidad de pleno Derecho de la Orden GAN 20/2005, de 17 de marzo, por la que establece el régimen y procedimiento de autorización de los veterinarios habilitados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Consideró que en su tramitación se omitió el necesario informe del Colegio Oficial de Veterinarios de Cantabria. El Tribunal Supremo confirma esa decisión de la Sala *a quo*, al entender que debió consultarse al Colegio Oficial mencionado y que, además, se debió consultar a la Comisión Permanente del Consejo de Estado, puesto que la Orden no es un reglamento meramente organizativo, sino un reglamento que desarrolla la Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal.

La **STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de diciembre de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, ponente: María Jesús Oliveros Rosselló, resuelve el recurso contencioso-administrativo 1074/2006 interpuesto por el Sindicato Libre de Farmacéuticos de la Comunidad Valenciana contra el Decreto del Consejo de la Generalidad Valenciana 56/2006, de 28 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Funcionamiento de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Consejería de Sanidad. El recurrente solicita la declaración de nulidad del Decreto por haberse omitido en el procedimiento de elaboración el informe preceptivo sobre impacto por razón de género, la memoria económica y el informe de la Consejería de Hacienda y Empleo; asimismo se insta al Tribunal a declarar la nulidad de los preceptos referidos a los inspec-

## IV. Fuentes del Derecho

tores farmacéuticos. La Sala analiza el primero de los vicios procedimentales invocados: la ausencia del informe sobre impacto por razón de género. Al constatar su carácter preceptivo, considera que es un defecto suficientemente trascendente como para entender que determina la nulidad del Decreto impugnado (FJ 3º), de modo que se estima el recurso interpuesto.

### B) Efecto cascada en la nulidad de normas reglamentarias

La **STS de 15 de diciembre de 2009**, Id Cendoj 28079130042009100612, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, ponente: Celsa Pico Lorenzo, resuelve el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma del País Vasco contra la STSJ del País Vasco de 22 de noviembre de 2007. Esta Sentencia resolvió el recurso interpuesto por la Administración General del Estado contra la Orden de 28 de enero de 2006 del Consejero de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco por la que se declara abierto el proceso electoral para proceder a la elección de los Órganos Unipersonales de Gobierno de los centros docentes públicos no universitarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco, publicada en el Boletín Oficial del País Vasco número 26, de 8 de febrero de 2006. El fallo declaraba su nulidad de pleno Derecho.

Para resolver el recurso de casación el Tribunal Supremo se apoya en la aplicación del efecto cascada. Entiende que la Orden debe declararse nula porque el Decreto 91/2005, de 19 de abril, por el que se regula el procedimiento de elección de los órganos unipersonales de gobierno de los centros docentes públicos no universitarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco, se declaró nulo. De modo que también deben declararse nulas todas las disposiciones de desarrollo apoyadas en él. Señala la Sala que “Estamos ante un claro ejemplo en que la invalidez de una disposición general de superior rango, Decreto, se comunica a la posterior aprobación de un instrumento jurídico de desarrollo, Orden, siendo innegable la relación de causalidad entre el primero y la segunda ulterior”. En ese caso, afirma el Tribunal, no es posible aplicar el principio de conservación de los actos a la Orden, porque es totalmente dependiente del Decreto nulo (FJ 4º). Con apoyo en estos argumentos se desestima el recurso de casación interpuesto.

### C) Ordenanzas municipales

La **STS de 5 de diciembre de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, ponente: Enrique Lecumberri Martí, Id Cendoj 28079130042009100560, resuelve el recurso de casación interpuesto por la “Unió de Pagesos de Catalunya” contra la STSJ de Cataluña de 7 de diciembre de 2007. Dicha Sentencia había desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la misma entidad contra la Ordenanza reguladora de la aplicación de estiércol, purines y lodos de depuradora aprobada por el Ayuntamiento de Ulldecona. El recurso de casación se apoya en un único motivo: la infracción del artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), al considerar que el Ayuntamiento no tiene competencia para regular con carácter general esta materia. Con base en este argumento se solicita la declaración de nulidad de los artículos 4.1 y 5.3 de la referida Ordenanza.

El artículo 4.1 obliga a las explotaciones ganaderas o agrícolas, simultáneamente o inmediatamente a la aplicación del estiércol y purines, a realizar su enterramiento. La recurrente considera que este mandato conculca el artículo 25 LBRL, puesto que el Ayuntamiento no tiene competencia para establecer esa regulación. La competencia, de acuerdo con su tesis, correspondería a la Comunidad Autónoma, que establece la normativa en materia agrícola y ganadera. Al respecto el Tribunal Supremo señala que no existe incompatibilidad entre la regulación autonómica y la local. Para declarar esa incompatibilidad deberían haberse aportado pruebas técnicas, que no se propusieron en ningún momento por la recurrente (FJ 5º). Por otro lado, el artículo 5.3 prohíbe aplicar el estiércol y purines en un radio de quinientos metros alrededor de los pozos municipales, minas, embalses, depósitos o cualquier otra instalación o captación de agua. En este caso, el Tribunal entiende que no se vulnera la competencia de ninguna otra Administración. La Ordenanza simplemente concreta la prohibición general contenida en el artículo 97 del Texto Refundido de la Ley de Aguas que veta toda actividad susceptible de provocar la contaminación o degradación del dominio público hidráulico (FJ 6º). Con base en estos argumentos se desestima el recurso de casación interpuesto.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal en las **SSTS de 9 de diciembre de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, ponente: Antonio Martí García; **17 de noviembre de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, ponente: Antonio Martí García y **15 de diciembre de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, ponente: Antonio Martí García.

## 5. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

### A) Principio de igualdad en la Ley: resulta vulnerado al establecer en la Ley una diferenciación carente de una justificación objetiva y razonable

La **STC 22/2010, de 27 de abril**, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad, planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en relación con el artículo 174.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. El órgano judicial plantea si la citada regulación vulnera el artículo 14 de la Constitución. A juicio del órgano proponente, el apartado 3 del artículo 174 LGSS, que remite al artículo 101 CC, resulta contrario al artículo 14 CE, al establecer una diferenciación carente de una justificación objetiva y razonable entre beneficiarios de la pensión de viudedad. En el caso de aquellos que hubieran accedido a la pensión en los términos previstos en el apartado 2 del artículo 174, esto es, en los supuestos de separación o divorcio previos al momento de adquisición de la pensión, se extinguirá el derecho a ella por pasar a vivir maritalmente el beneficiario con otra persona, de acuerdo con lo establecido en el artículo 101 CC. Por el contrario, esta causa de extinción no existe en el caso de quienes hubieran accedido a la pensión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 174.1, es decir, conviviendo con el causante en el momento del fallecimiento sin que su matrimonio hubiera sido anulado y sin ha-

#### IV. Fuentes del Derecho

berse separado o divorciado, supuesto en el cual la pensión no se extinguirá por pasar el beneficiario a vivir maritalmente con otra persona. Se trata de dos situaciones idénticas, pues en ambos casos el precepto se refiere a beneficiarios que cuando se plantea la adquisición de la pensión de viudedad no conviven *more uxorio* con otra persona, haciéndolo después del hecho causante. Sin embargo, mientras en el caso de la viuda no separada o divorciada y con matrimonio no anulado, la convivencia marital no determina la pérdida de la pensión, ésta sí se produce en el caso contrario, cuando, en ambos casos, se está ante un hecho lícito en el marco de nuestro ordenamiento. En este sentido, el Tribunal Constitucional afirma además que la convivencia *more uxorio* no guarda relación con la finalidad de la ley al acordar el establecimiento de la pensión de viudedad.

La diferencia de trato que se introduce por la norma cuestionada entre unas y otras personas que estuvieron unidas con el causante por un vínculo conyugal, no obedece a ninguna razón relacionada con la propia esencia o fundamento actual de la pensión de viudedad, sino que corresponde a causas totalmente ajenas, como el distinto estado civil derivado de la relación que mantenía con el causante la persona que tiene la condición de titular ésta. Este factor de diferenciación no reúne la condición de elemento razonable y constitucionalmente exigible para descartar la discriminación ante supuestos de hecho que reciben diferente trato legal. En consecuencia, el Tribunal dispone que se ha producido una directa vulneración del artículo 14 CE, y, en particular, de la prohibición de discriminación en función de “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que aquel precepto se refiere.

#### **B) Principio de igualdad en la aplicación judicial de la Ley: tras la entrada en vigor de la Constitución, la condición de hija adoptiva no excluye el carácter legítimo de su filiación**

La **STC 9/2010, de 27 de abril**, estima el recurso de amparo planteado contra la STSJ de Cataluña 5/2004, de 22 de enero, dictada en el recurso de casación 90/2003. Las demandantes de amparo aducen que esta resolución les ha causado una discriminación contraria al principio de igualdad reconocido por el artículo 14 CE, en conexión con el 39.2 CE, al haberlas excluido del llamamiento a la herencia de su abuelo paterno realizado en favor de los hijos legítimos de los instituidos en el testamento, tomando en consideración su condición de hijas adoptivas de un hijo del causante. El citado Tribunal interpretó el testamento del causante en el sentido de que las hijas adoptivas de un hijo del causante no fueron consideradas hijas legítimas, condición exigida por el testamento para poder tener la condición de heredero.

En su demanda de amparo las recurrentes aducen que la Sentencia impugnada ha vulnerado su derecho a la igualdad proclamado en el artículo 14 CE, precepto que se encontraba vigente en el momento de producirse el llamamiento de los sucesivos herederos tras el fallecimiento sin descendencia del instituido heredero fiduciario en primer lugar (1997). Frente a la tesis defendida por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Cataluña, que entiende que la expresión “hijos legítimos” empleada por el testador ha de interpretarse al tiempo del otorgamiento del testamento (1927) o al del fallecimiento del causante (1945), de forma que, tanto en una como otra fecha, la expresión “hijos legítimos” no comprendería a los hijos adoptivos, las recurrentes consideran que la interpretación de esta noción

debe llevarse a cabo al tiempo del fallecimiento sin hijos del primer instituido, que es lo que desencadena el mecanismo sustitutorio establecido en el testamento. En este sentido, las recurrentes consideran que el momento en que son llamadas a la herencia es en el que ha de examinarse su idoneidad para entrar en la herencia de su abuelo como sustitutas vulgares de su padre fallecido, procediendo, por tanto, realizar una interpretación de la cláusula testamentaria conforme a los principios constitucionales vigentes.

Sin embargo, al mantener que los hijos adoptivos no pueden ser considerados hijos legítimos, el Tribunal Constitucional entiende que la Sentencia impugnada determinó una discriminación por razón de nacimiento, no justificada de manera objetiva y razonable, que no sólo vulnera el artículo 14 CE, sino también el artículo 39.2 CE, que establece la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación. Esta interpretación no supone aplicar retroactivamente la Constitución. Según el Tribunal Constitucional, a menos que en el testamento conste lo contrario de forma inequívoca, no puede considerarse la voluntad del testador introducir distinciones que resulten contrarias a los fundamentos del sistema jurídico vigente en el momento en que se cumple la condición y han de ser ejecutadas las correspondientes disposiciones testamentarias.

ANA DE MARCOS FERNÁNDEZ

SILVIA DÍEZ SASTRE

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

### Actos y Procedimiento Administrativos

## Sumario:

**1. Consideración preliminar. 2. Clases de actos administrativos.** A) Acto de las Cortes Valencianas: acto no materialmente administrativo. B) Denegación de indulto. C) Acto de trámite. a) Acto de trámite cualificado: declaración de bien de interés cultural. b) Actos municipales por los que se decide la celebración de un convenio: acto definitivo. c) Acto de trámite cualificado: procedimiento de extradición. **3. Requisitos del acto administrativo.** A) Motivación. a) No exigencia de motivación en los actos por los que se deniega un indulto. b) Insuficiente motivación en procedimiento selectivo. c) Motivación suficiente en la fase administrativa de un procedimiento de extradición. **4. Procedimiento administrativo.** A) Tramitación. a) Audiencia a los Consejos y Colegios profesionales en los procedimientos administrativos de concesión y homologación de títulos. b) Alcance de la exigencia del trámite de audiencia en el procedimiento específico de autorización de instalaciones de energía eléctrica. c) Tramitación simultánea de evaluación de impacto ambiental y de la solicitud de aprobación del proyecto de ejecución de línea eléctrica aérea. B) Finalización del procedimiento. a) No cabe declaración de caducidad cuando previamente se ha dictado resolución expresa. b) Naturaleza del silencio administrativo negativo, obligación de resolver y falta de motivación. **5. Eficacia y ejecución forzosa.** A) Suspensión de la ejecución del acto por interposición de recurso. **6. Eliminación del acto administrativo.** A) Revisión de oficio. a) Imposibilidad de libre revocación del acto: sometimiento a procedimientos previstos en la Ley. b) Revisión de acto administrativo

“de doble efecto”. B) Recursos administrativos. a) Improcedencia de utilizar dos vías impugnatorias. b) Recurso de alzada: escrito de interposición.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el análisis de las sentencias dictadas en el período comprendido entre los meses de febrero y marzo de 2010, ambos incluidos, con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia. En este período resulta de interés la continuidad de la línea jurisprudencial iniciada en sentencias de mayo de 2008 a través de una treintena de sentencias del Tribunal Supremo aprobadas en febrero y marzo, en las que se considera que los Consejos y Colegios profesionales son interesados en los procedimientos administrativos de concesión y homologación de títulos, por lo cual deben ser emplazados en ellos.

Igualmente, merece ser destacada la STS de 5 de marzo de 2010, que analiza si el acuerdo de las Cortes Valencianas sobre la elección de miembros de la Academia Valenciana de la Lengua tiene o no encaje en el artículo 1.3.a) LJCA. Esto es, si se trata de un acto de régimen interno que participa de la naturaleza propia de los actos administrativos o si, por el contrario, no tiene esa naturaleza, por lo que no puede ser impugnado al amparo del citado precepto.

## 2. CLASES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

### A) Acto de las Cortes Valencianas: acto no materialmente administrativo

La **STS de 5 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera (recurso de casación), analiza si el acuerdo de las Cortes Valencianas sobre la elección de miembros de la Academia Valenciana de la Lengua tiene encaje en el artículo 1.3.a) LJCA. Esto es, si se trata de un acto de régimen interno que participa de la naturaleza propia de los actos administrativos o si, por el contrario, se trata de un acto que excede de la consideración expuesta y, por tanto, del marco del citado precepto.

El procedimiento seguido en las Cortes Valencianas para la elección es el siguiente: escrito remitido por la Presidencia de la Academia Valenciana de la Lengua a las Cortes, trasladando el interés de la Academia en cubrir las vacantes producidas en su seno; su elevación a la mesa de las Cortes y su posterior remisión por ésta a los Grupos Parlamentarios; el acuerdo de la Junta de Síndicos de convocar pleno extraordinario para tratar el tema; la presentación de una candidatura para cubrir las vacantes por los Portavoces de los Grupos Parlamentarios popular y socialista; la admisión a trámite por la Mesa de la candidatura presentada, y la celebración de la sesión plenaria para la elección. Para el Tribunal, esta tramitación revela, por sí misma, que la elección de las vacantes de académicos no es un acto en materia de personal, administración o gestión patrimonial. Además del procedimiento de selección, esto se infiere de la naturaleza de la propia Academia, institución de

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

carácter público, con personalidad jurídica propia, adscrita a la Presidencia de la Generalitat, de las funciones a ella encomendadas y de los requisitos que deben concurrir en los académicos.

En definitiva, todo ello lleva al Tribunal a considerar que el motivo de casación debe desestimarse, en cuanto la elección que se combate es el resultado de una función parlamentaria que excede del ámbito jurisdiccional delimitado en el artículo 1 LJCA.

### **B) Denegación de indulto**

La **STS de 17 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta (recurso 160/2009), se pronuncia sobre la impugnación de un acto del Consejo de Ministros por el que se desestima una petición de indulto. Afirma el Tribunal que, en estos casos, no se trata de “auténticos actos administrativos”, si bien no le da una calificación expresa de otra naturaleza, sino que se limita a afirmar el control jurisdiccional de los elementos reglados de dicho acto del Gobierno.

### **C) Acto de trámite**

#### **a) Acto de trámite cualificado: declaración de bien de interés cultural**

La **STS de 9 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta (recurso de casación 4255/2006), se pronuncia sobre un acto de trámite cualificado. En concreto, sobre una resolución que reabre y somete a información pública y audiencia de los interesados un expediente de declaración de bien de interés cultural, con aplicación provisional del régimen de protección previsto para los bienes calificados.

#### **b) Actos municipales por los que se decide la celebración de un convenio: acto definitivo**

La **STS de 16 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta (recurso de casación 259/2006), conoce del recurso interpuesto contra dos acuerdos del Pleno del Ayuntamiento de Condado de Treviño y del Pleno del Ayuntamiento de la Puebla de Arganzón, por los que se aprobó suscribir tres Convenios de Colaboración entre el Gobierno autonómico Vasco y los dos Ayuntamientos citados, en materias de educación y cultura, sanidad y promoción económica y desarrollo rural, facultando a los respectivos Alcaldes para su firma. Frente a los argumentos del recurrente, el Tribunal sostiene que estos actos impugnados tienen entidad suficiente para ser susceptibles de impugnación, dado que se trata de actos definitivos de una Corporación Local que expresan una decisión de dicha Corporación.

#### **c) Acto de trámite cualificado: procedimiento de extradición**

La **STS de 2 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta (recurso 255/2005), conoce de la impugnación de un acuerdo del Consejo de Ministros,

por el que se decide la continuación del procedimiento de extradición solicitada por las autoridades de Estados Unidos, de acuerdo y asumiendo la propuesta del Ministerio de Justicia, que contiene toda la documentación e información pertinente y exigida. Se trata, por tanto, de la decisión del Gobierno, favorable a la continuación del procedimiento de extradición solicitada por vía diplomática, que se regula en el artículo 9 de la Ley 4/1985, de Extradición pasiva, adoptada a propuesta del Ministerio de Justicia, que constituye la fase inicial de ese complejo procedimiento de extradición, que se sustancia seguidamente en vía jurisdiccional, en la que se resuelve sobre la concurrencia de los requisitos jurídicos exigidos legalmente para dar lugar a la extradición. Para el Tribunal, el citado acuerdo tiene indudables efectos, culminando esta primera fase del procedimiento complejo y originando, si fuere denegatorio de la continuación, la notificación al juez, si el reclamado estuviera en prisión, para que acuerde su libertad y abriendo, de acordarse la continuación en vía judicial, la segunda fase procedimental ya ante el Juzgado Central de Instrucción. Es, por tanto, un acto con propia sustantividad susceptible de impugnación.

### 3. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

#### A) Motivación

##### a) No exigencia de motivación en los actos por los que se deniega un indulto

La **STS de 17 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta (recurso 160/2009), se pronuncia sobre la impugnación de un acto del Consejo de Ministros por el que se desestima una petición de indulto. Afirma el Tribunal que el ejercicio del derecho de gracia de indulto es un acto controlable en vía jurisdiccional, según declara una abundante jurisprudencia de esta Sala, pero exclusivamente en lo que a los aspectos formales de tramitación se refiere. Concretamente, a si se han solicitado los informes que la Ley de Indulto establece como preceptivos, informes que, por otra parte, no son vinculantes. No resulta, en definitiva, de aplicación al caso los requisitos que para los auténticos actos administrativos establece la LRJPAC y, entre ellos, y fundamentalmente, el de motivación, que no es exigible en las decisiones que sobre el ejercicio del derecho de gracia se adopten por el Gobierno.

##### b) Insuficiente motivación en procedimiento selectivo

La **STS de 17 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta (recurso 1313/2003), afirma la insuficiencia de la motivación en la resolución por la que se denegaba una petición de ayuda económica. El Tribunal señala que, si se observa la resolución recurrida, es posible conocer los puntos obtenidos por los favorecidos por las ayudas y los criterios del baremo por los que se les puntuó. Sin embargo, no se procedió de igual modo con los expedientes denegados, para los que sólo constaban los puntos obtenidos, sin que de ahí se pudiera colegir qué criterios del baremo se tomaron en con-

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

sideración y cuáles fueron los que se desecharon. En estas circunstancias, es obvio que la motivación es insuficiente.

### c) Motivación suficiente en la fase administrativa de un procedimiento de extradición

La **STS de 2 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta (recurso 255/2005), conoce de la impugnación de un acuerdo del Consejo de Ministros, por el que se decide la continuación del procedimiento de extradición solicitada por las autoridades de Estados Unidos, de acuerdo y asumiendo la propuesta del Ministerio de Justicia. La motivación de este acto administrativo es examinada por el Tribunal desde la consideración en éste de las circunstancias que, conforme a los artículos 2 a 5 de la Ley de Extradición Pasiva, determinan la extradición, lo que se refleja en el acuerdo impugnado: persona reclamada, documentación acompañada con la solicitud, hechos que fundamentan la solicitud de extradición, su tipificación en la legislación del Estado requirente y en el Código Penal español y la fundamentación jurídica.

El Tribunal concluye que no pueden acogerse las alegaciones de la demanda, que invocan la falta de motivación del acuerdo impugnado, por considerar que no se han justificado sus apreciaciones con una certeza definitiva. Esta exigencia, continúa el Tribunal, no es propia de la fase administrativa de este complejo procedimiento, sino que le corresponde fijarlo a la fase jurisdiccional, que abre las posibilidades de contradicción del interesado. En definitiva, cuando el recurrente cuestiona la certeza de las afirmaciones de la Administración sobre la concurrencia de las circunstancias para acordar la extradición, mediante su valoración jurídica, está poniendo de manifiesto que la Administración las ha tenido en cuenta y que, al menos, resulta discutible. En esta situación, es lógico el planteamiento de la Administración, dando curso al procedimiento y dejando al órgano judicial competente la decisión al respecto.

## 4. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

### A) Tramitación

#### a) Audiencia a los Consejos y Colegios profesionales en los procedimientos administrativos de concesión y homologación de títulos

Las **SSTS** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta) **de 5 de febrero de 2010** (recursos 2985/2008 y 3242/2008), **de 12 de febrero** (recursos 393/2008, 5155/2008, 5134/2008, 3748/2008 y 4491/2008), **de 19 de febrero** (recursos 3756/2008, 5916/2008, 3422/2008 y 2864/2008), **de 25 de febrero** (recursos 5127/2008, y 5140/2008), **de 26 de febrero** (recursos 4472/2008, 4501/2008, 4506/2008, 5148/2008, 5565/2008, 504/2009, 521/2009 y 724/2009), **de 12 de marzo** (recursos 2889/2008, 3454/2008, y 1211/2009) **y de 18 de marzo** (recursos 3011/2008, y 3408/2008), **y las SSTS** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección

Primera) **de 12 de febrero** (recursos 4918/2008 y 5143/2008) casan las sentencias de instancia, de la Audiencia Nacional, ya que el trámite de audiencia resulta preceptivo para el Consejo General de Colegios Oficiales de Procuradores de los Tribunales de España en los procedimientos de expedición de títulos de Procuradores a favor de personas no licenciadas en Derecho.

En este sentido, continúa la línea jurisprudencial consolidada desde las SSTs de 20, 21, 22 y 23 de mayo de 2008, en las que se realiza una reconsideración del interés de dichos Consejos y Colegios profesionales en los procedimientos administrativos de concesión y homologación de títulos, que condiciona de manera determinante el juicio sobre la corrección del procedimiento administrativo cuestionada en la instancia. Así, por ejemplo, la citada **STS de 5 de febrero de 2010** (recurso 2985/2008), señala: “A la vista de lo expuesto, en el caso que nos ocupa, por elementales razones de unidad de doctrina, debemos seguir la línea jurisprudencial consolidada en las Sentencias de 20, 21, 22 y 23 de mayo de 2008 y, en consecuencia, reconocer que el Consejo General de Colegios Oficiales de Procuradores de los Tribunales de España tiene un interés no sólo legítimo sino también directo, en los procedimientos de otorgamiento de títulos de Procurador, en los que la Administración, de acuerdo con el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, debió comunicar a dicha entidad la tramitación del procedimiento y debió cumplir con ella el trámite de audiencia y notificarle la resolución del mismo”.

Por ello, en la treintena de sentencias del TS citadas, dado que el recurrente, el Consejo General de Colegios Oficiales de Procuradores de los Tribunales de España no fue emplazado en el procedimiento administrativo que culminó en la Orden Ministerial impugnada en la instancia, ni se le notificó su resolución, el Tribunal concluye que las sentencias de instancia infringen los artículos 31 y 84 de la LRJPAC de acuerdo con la interpretación jurisprudencial más reciente, siendo procedente en consecuencia casar y anular las sentencias recurridas, así como declarar la nulidad de las Órdenes Ministeriales impugnadas.

### **b) Alcance de la exigencia del trámite de audiencia en el procedimiento específico de autorización de instalaciones de energía eléctrica**

La **STS de 25 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, (recurso 217/2007), conoce del recurso presentado por el Ayuntamiento de Taradell contra un acuerdo del Consejo de Ministros que declara la utilidad pública y aprueba el proyecto de ejecución de determinadas líneas eléctricas. Frente a la alegación del recurrente de infracción del principio de audiencia en relación a la Adenda en que se incluían modificaciones del trazado de uno de los tramos de la línea eléctrica, el TS en el FJ 3º rechaza dicho motivo ya que consta que dicho Ayuntamiento formuló alegaciones en el trámite de información pública que fueron incorporadas al expediente. De este forma se cumple el trámite de audiencia conferido conforme a lo dispuesto, específicamente, en el artículo 131 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, sin que sea exigible la remisión de

aquellas separatas o adenda del proyecto presentado, que, por interesar a modificaciones derivadas de condicionados propuestos por otras Administraciones u organismos no se correspondan con el trazado de la línea aérea eléctrica que afecta directamente a su término municipal.

Añade el TS que la invocación por la parte recurrente de la jurisprudencia de esta Sala, formulada respecto del trámite de audiencia previsto en la elaboración de disposiciones generales, resulta inadecuada, puesto que no guarda relación con la actuación administrativa impugnada en este proceso de carácter ejecutivo, cuyo procedimiento está regulado específicamente en el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica.

### c) Tramitación simultánea de evaluación de impacto ambiental y de la solicitud de aprobación del proyecto de ejecución de línea eléctrica aérea

En las **SSTS** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera) **de 8 de marzo** (recurso 620/2007 y 617/2007) y **9 de marzo de 2010** (recurso 607/2007), desestimatorias de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra un Acuerdo de Consejo de Ministros, que declara la utilidad pública y aprueba el proyecto de ejecución de la línea eléctrica aérea denominada “Tordesillas-Segovia”, el Tribunal Supremo interpreta el sentido de la previsión de la tramitación simultánea de evaluación de impacto ambiental y de la solicitud de aprobación del proyecto de ejecución de línea eléctrica aérea en aplicación del artículo 115 del RD 1955/2000.

Los recurrentes alegaban que siendo la finalidad esencial de la declaración de impacto ambiental elegir la alternativa más adecuada –lo que supone la obligatoriedad de incluir en el estudio de impacto ambiental diversas alternativas viables–, no podría tramitarse simultáneamente el proyecto de ejecución y la evaluación de impacto ambiental, ya que constituiría un cumplimiento meramente formal del procedimiento para avalar un trazado ya predeterminado por el proyecto, que sería anterior al estudio de impacto ambiental y que no habría podido, por tanto, recoger sus conclusiones. Frente a esta argumentación, el TS, en el FJ 3º de la citada sentencia, en primer lugar, aclara el sentido del procedimiento estipulado en el artículo 115 del RD 1955/2000, en el que expresamente se recoge la compatibilidad de la tramitación conjunta del proyecto de ejecución y de la evaluación de impacto ambiental: “La primera fase es la tramitación de la autorización administrativa, que debe contar con el estudio y declaración de impacto ambiental, de ser ambos necesarios, fase que se produce sobre el anteproyecto de la instalación [apartado a]. Aunque sin duda en una actuación secuencial natural la tramitación del proyecto de ejecución –que, en los propios términos del precepto, versa ya sobre un proyecto concreto de instalación– será posterior a la autorización administrativa, se admite expresamente su tramitación conjunta o coetánea. Ello no impide lo que resulta evidente, y es que aunque se tramiten simultánea o conjuntamente, en todo caso la aprobación del proyecto de ejecución ha de ser posterior a la autorización administrativa y al estudio de impacto ambiental necesario para otorgar tal autorización. Lo anterior quiere decir que efectivamente el anteproyecto debe ofrecer alternativas viables, que deberán ser evaluadas en el estudio de impacto ambiental y que determinarán los términos de la autorización y condicionarán el proyecto

de ejecución. Pero necesariamente se parte del anteproyecto elaborado por la entidad promotora, y son dichas alternativas las que habrán de ser evaluadas por el estudio de impacto ambiental y por la Administración autorizante, y no al contrario”.

En segundo lugar, el TS en el citado FJ 3º aborda la queja implícita de los recurrentes en relación a la realidad subyacente a la tramitación oficial de la línea eléctrica aprobada, y es que el proyecto estaba ya materialmente elaborado y que toda la tramitación habría sido una mera convalidación parcial de dicha decisión. Señala el TS, “es también irrelevante desde el punto de vista de la legalidad el que la entidad promotora llegue a acuerdos con afectados por el trazado propuesto en el anteproyecto o que trate de consensuar con la Administración autonómica afectada o con la autorizante el trazado más apropiado: más aun, es comprensible y puede coadyuvar a un mayor acierto en la selección del trazado, en el bien entendido que todas esas eventuales actuaciones materiales preparatorias no alteran la necesidad de la tramitación con todas sus exigencias procedimentales, con el consiguiente período de información pública y las alegaciones de todos los particulares y entidades que lo deseen, y el eventual estudio de impacto ambiental sobre el proyecto y sus variantes, que podría en su caso ser negativo. No se puede, en efecto, objetar esa pretensión de llegar a acuerdos con particulares y afectados cuando dicha concordia de intereses es precisamente, junto con las exigencias ambientales, uno de los objetivos de la regulación de la tramitación de todos estos proyectos”.

## B) Finalización del procedimiento

### a) No cabe declaración de caducidad cuando previamente se ha dictado resolución expresa

En la **STS de 23 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta (recurso 5538/2006), el TS estima el recurso de casación frente a una sentencia de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso contencioso contra la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto por la recurrente contra la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos, por la que se declaraba la caducidad del procedimiento sancionador seguido contra la compañía recurrente. En la sentencia recurrida se sostenía que “un mismo procedimiento administrativo puede concluir por resolución expresa y por declaración de caducidad o, si se prefiere, que el hecho de que haya ya recaído resolución expresa no impide que se declare la caducidad del procedimiento administrativo con la consiguiente pérdida de eficacia de aquélla”. La razón dada por la sentencia recurrida era fundamentalmente que la Administración sólo tiene limitadas sus potestades de revisión de los actos administrativos en el supuesto de que éstos sean favorables al particular; y no cuando, como en el presente caso, son desfavorables o de gravamen. Y mediante la declaración de caducidad, siempre según la sentencia recurrida, la Administración podría revisar el acto administrativo dictado fuera del plazo máximo legalmente establecido para ello, de donde se seguiría que resolución expresa y declaración de caducidad del procedimiento administrativo no son incompatibles.

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

Frente a la argumentación de la sentencia recurrida, la STS declara que existe infracción de los artículos 44, 62 y 102 LRJ-PAC en relación con el artículo 24 CE y de la correspondiente jurisprudencia, sosteniéndose que las potestades de la Administración para la revisión de sus propios actos deben ejercerse a través de los procedimientos legalmente previstos para ello. Añade el TS que, incluso si hubiera sido posible en el presente caso la libre revocación del acto administrativo en base al artículo 105 LRJPAC, ésta no habría podido hacerse por medio de una declaración de caducidad del correspondiente procedimiento administrativo, debido a su diferente naturaleza. Así, señala el TS: “revocar un acto es una manifestación de voluntad explícita de signo contrario a la que dio vida a aquél, mientras que declarar la caducidad de un procedimiento es una verificación de que ha expirado el plazo máximo establecido para resolver. Son decisiones distintas, cuyos efectos no son coincidentes. De aquí que, cuando un procedimiento administrativo ya ha concluido mediante resolución expresa, no cabe que vuelva a concluir mediante declaración de caducidad. Un mismo procedimiento administrativo no puede concluir dos veces, de dos modos distintos”.

### b) Naturaleza del silencio administrativo negativo, obligación de resolver y falta de motivación

La **STS de 2 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera (recurso 2878/2007), reitera la jurisprudencia sobre la naturaleza del silencio administrativo negativo y declara que en caso de desestimación presunta no cabe alegar infracción del artículo 42.1 en relación con el artículo 54 de la Ley 30/1992, en cuanto al incumplimiento de la obligación de resolver que atañe a la Administración y consiguiente falta absoluta de motivación de la desestimación de la solicitud municipal.

Afirma el FJ 3º que “estas alegaciones están en contra de la naturaleza propia del silencio administrativo negativo, que es una presunción establecida en favor de los particulares para que no tengan que esperar a una resolución expresa tardía que es obligatoria dictarla en todo caso, y por esta misma razón, si se opta por acudir a la vía jurisdiccional, lógicamente habrá que pasar por el defecto de motivación, siendo el órgano jurisdiccional el que, a la vista de todos los elementos concurrentes en el expediente administrativo y en la fase probatoria, decidirá el ajuste o no del silencio negativo con el ordenamiento jurídico”. En esta cuestión se recoge la doctrina de la misma Sala de 22 de abril de 2008, en la que se afirmó que “No parece, en cambio, conforme con la institución del silencio administrativo requerir a la Administración que dicte un acto expreso de acuerdo con la legislación aplicable al caso. En primer lugar, porque, como la propia Sala recuerda, la Administración está ya legalmente obligada a dictar un acto expreso en todo caso. Pero, sobre todo, porque al condenar a la Administración a dar una respuesta como pudiera haber hecho en un primer momento se produce una desactivación de lo que el legislador ha pretendido con la institución del silencio administrativo, que es precisamente anular ya unos efectos positivos o negativos a la falta de respuesta expresa de la Administración. Así pues, si la Sala estimaba que la denegación presunta era contraria a derecho, debía anularla y conceder lo otorgado en los términos que considerase pertinentes, según se ha indicado ya. En caso contrario, procedía la desestimación del recurso”.

## 5. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

### A) Suspensión de la ejecución del acto por interposición de recurso

La **STS de 11 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera (recurso de casación 787/2009), se pronuncia sobre la suspensión de la ejecución del acto impugnado. En concreto, se trata de una autorización administrativa previa otorgada a una empresa instaladora de gas y de la aprobación del proyecto de ejecución de instalación de gas. El recurrente, como fundamento de tal suspensión, alega, en primer lugar, la pérdida de la finalidad legítima del recurso. A esto responde el Tribunal que no es ésta una razón suficiente para acceder a la petición del recurrente porque la transformación de la realidad ya se ha producido, en gran parte, y, ante todo, porque de la ponderación del interés de la entidad en obtener la paralización de los trabajos en aras a una hipotética obtención de una autorización a su favor y el interés general concurrente en que se lleven a cabo los trabajos de instalación de las redes de distribución de gas en la correspondiente urbanización, el Tribunal opta por dar preferencia a este último.

En segundo lugar, la recurrente invoca la apariencia de buen derecho, limitándose a afirmar que tal apariencia está del lado de la tesis por ella propugnada, pero sin expresar las razones jurídicas que sustentan tal afirmación. En consecuencia, el Tribunal opta por no acceder a la solicitada suspensión.

Con carácter igualmente desestimatorio de la solicitud de suspensión de la ejecución, la **STS de 16 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera (recurso de casación 2880/2007), que otorga prevalencia al interés público de la protección de las funciones ordenadoras del mercado de las telecomunicaciones atribuidas al órgano regulador. Igualmente, la **STS de 12 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta (recurso de casación 2109/2009), y la **STS de 10 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, (recurso 955/2009).

## 6. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

### A) Revisión de oficio

#### a) Imposibilidad de libre revocación del acto: sometimiento a procedimientos previstos en la Ley

En la **STS de 23 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta (recurso 5538/2006), ya reseñada anteriormente, el TS afirma que las potestades de la Administración para la revisión de sus propios actos deben ejercerse a través de los procedimientos legalmente previstos para ello. Añade el TS que, incluso si hubiera sido posible en el presente caso la libre revocación del acto administrativo en base al artículo

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

105 LRJPAC, ésta no habría podido hacerse por medio de una declaración de caducidad del correspondiente procedimiento administrativo, debido a su diferente naturaleza.

### b) Revisión de acto administrativo “de doble efecto”

La **STS de 9 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, (recurso de casación 1145/2008), se pronuncia sobre la revisión de oficio de una resolución de la Consejería de Pesca y Asuntos Marítimos de la Xunta de Galicia, que revocó otra anterior, que modificó el censo electoral de la Cofradía de Pescadores de Lourizán. Considera el Tribunal de instancia que, realmente, el acto revocado no es un acto de gravamen o limitativo de derechos subjetivos y tampoco es un acto desfavorable para su destinatario. En puridad, se trata de un “acto administrativo de doble efecto”, desfavorable para quien instó de la Administración la revocación, y favorable, para las personas que, en vía de recurso de alzada, habían conseguido la rectificación del censo. Por tanto, concluye el Tribunal, no es adecuado seguir el procedimiento de revocación previsto en el artículo 105 LRJPAC, sino que debió seguirse el procedimiento establecido en el artículo 102 LRJPAC.

## B) Recursos administrativos

### a) Improcedencia de utilizar dos vías impugnatorias

La **STS de 4 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, (recurso de casación 7537/2008), afirma que, frente a un acto administrativo expreso (aquí, una Orden Ministerial), la parte interesada no puede crear dos procesos impugnatorios: uno lícito, interponiendo un recurso administrativo y judicial contra aquel acto, y otro, ilícito procesalmente, desgajando de aquel proceso unos motivos y llevándolos en petición declarativa, como si no tuvieran nada que ver con aquél, ante la propia Administración (cuyo silencio habilitaría para iniciar otro proceso judicial). Esto es lo que en este caso ha sucedido. La parte interesada impugnó en reposición, y luego en vía judicial, la resolución ministerial. Allí pudo alegar todo lo que estimó necesario. Lo que resulta anómalo e improcedente, en opinión del Tribunal, es tomar esos argumentos impugnatorios y llevarlos por vía de solicitud de declaración a la Administración, como petición autónoma e independiente, creando así, ante el silencio de la Administración, un proceso duplicado y sin objeto específico y singular. Por tanto, una solicitud tal de declaración no puede dar lugar a una actividad administrativa impugnable, ni expresa, ni presunta.

### b) Recurso de alzada: escrito de interposición

La **STS de 11 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, (recurso de casación 9214/2004), se refiere a la forma en que se ha de interponer el escrito de interposición del recurso de alzada. Este escrito ha de contener, necesariamente, las alegaciones correspondientes (hechos, fundamentos jurídicos y petición que se concrete en el recurso) y los documentos que lo acompañen al no haber con posterioridad un trámite 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. De no observarse todos estos condicionantes, no se estaría ante la presencia de un recurso de alzada ordinario en sentido estricto, con todos sus elementos de contraste justificativos, sino ante una virtual pretensión, vacía de contenido. El cumplimiento de las formalidades y plazos en la interposición del recurso de alzada obliga a todos los intervinientes, sin posibilidad de la concesión de plazos de cortesía o de una interpretación que pueda beneficiar a una de las partes en detrimento del principio de seguridad jurídica.

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)

Interpretación del concepto “contrato público de obras”. 3. Formas de adjudicación.

A) Recurso en materia de adjudicación de contratos públicos de suministros y de obras.

El plazo de interposición sólo comenzará una vez que el licitador tenga conocimiento de la infracción de las normas de adjudicación. B) La valoración de la experiencia contraviene el principio de libre competencia. 4. Ejecución. A) Revisión de precios en obras complementarias. B) Pago del precio. C) Intereses de demora.

### 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de febrero a mayo de 2010, tanto por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Supremo, como en lo que concierne a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y la Audiencia Nacional. Ha de destacarse la interpretación que realiza el TJCE del concepto de “contrato público de obras”.

### 2. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

#### A) Interpretación del concepto “contrato público de obras”

La STJCE de 25 de marzo de 2010, Sala Tercera, As. C-451/08, apartados 48 a 54, analiza la interpretación del concepto “contrato público de obras” en el sentido de la Direc-

tiva 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 [artículo 1, apartado 2, letra b)]. Señala la sentencia que para que exista un contrato público de obras es necesario que concurra el carácter oneroso del contrato. Ello implica que el poder adjudicador que haya celebrado un contrato público de obras reciba mediante éste una prestación a cambio de una contraprestación. Esta prestación consiste en la realización de las obras que la entidad adjudicadora prevé obtener. Y afirma el Tribunal que dicha prestación debe conllevar un beneficio económico directo para el poder adjudicador.

Afirma la sentencia que dicho beneficio económico está claramente acreditado en los siguientes supuestos:

- Cuando se dispone que el poder adjudicador asumirá la propiedad de las obras objeto del contrato.
- Cuando pueda constatarse que el poder adjudicador dispondrá de un título jurídico que le asegurará la disponibilidad de las obras objeto del contrato, a los efectos de su afectación pública.
- Cuando puedan acreditarse ventajas económicas que el poder adjudicador pueda obtener en un futuro del uso o de la cesión de la obra por el hecho de haber participado económicamente en su realización o por los riesgos que asume en el supuesto de un revés económico de la obra.

Por tanto, el Tribunal afirma que el concepto de “contrato público de obras”, en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, requiere que las obras objeto del contrato se ejecuten en beneficio económico directo del poder adjudicador sin que, no obstante, sea preciso que la prestación revista la forma de adquisición de un objeto material o físico.

Véanse sobre este tema también las SSTJCE de 12 de julio de 2001, Ordine degli Architetti y otros, C-399/98 y de 18 de enero de 2007, Auroux y otros, C-220/05.

### 3. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

#### **A) Recurso en materia de adjudicación de contratos públicos de suministros y de obras. El plazo de interposición sólo comenzará una vez que el licitador tenga conocimiento de la infracción de las normas de adjudicación**

La **STJCE de 28 de enero de 2010**, Sala Tercera, As. C-406/08, apartados 26 a 35, resuelve sobre la fecha en que comienza a correr el plazo para interponer el recurso en materia de adjudicación de contratos públicos de suministros y de obras, regulado en la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras.

Afirma el Tribunal que la Directiva 89/665 tiene por objeto garantizar la existencia de recursos eficaces en caso de infracción del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de las normas nacionales de adaptación a dicho Derecho, con el fin de garantizar la aplicación efectiva de las directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. Señala el Tribunal que la citada Directiva no contiene disposición alguna que se refiera específicamente a los requisitos en materia de plazos en relación con los recursos que pretende establecer; por ello entiende que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro definir dichos requisitos, teniéndose en cuenta que tienen en todo caso la obligación de garantizar que las decisiones ilícitas adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible por los licitadores.

Aclara al respecto el Tribunal que el hecho de que un candidato o licitador tenga conocimiento de que su candidatura u oferta ha sido rechazada no le sitúa en condiciones de interponer efectivamente un recurso. Tal información es insuficiente para permitir al candidato o licitador descubrir la posible existencia de una ilegalidad que pueda fundamentar un recurso. El candidato o licitador afectado sólo puede formarse una opinión bien fundada sobre la posible existencia de una infracción de las disposiciones aplicables y sobre la oportunidad de interponer un recurso después de ser informado de los motivos por los que ha sido excluido del procedimiento de adjudicación de un contrato. Por ello la sentencia afirma que el plazo para interponer un recurso destinado a que se declare la infracción de las normas de adjudicación de los contratos públicos o a obtener una indemnización de daños y perjuicios por la infracción de estas normas, sólo comenzará a correr en la fecha en que el demandante haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de tal infracción. En consecuencia, se declara en la sentencia que

“(…) la Directiva 89/665 impone al órgano jurisdiccional nacional la obligación de, haciendo uso de sus facultades discrecionales, prorrogar el plazo para interponer recurso de forma que se garantice al demandante un plazo equivalente a aquel de que habría dispuesto si el plazo previsto por la normativa nacional aplicable hubiera comenzado a correr a partir de la fecha en que tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la infracción de las normas de adjudicación de los contratos públicos. Si las disposiciones nacionales referentes a los plazos para interponer recurso no pudieran interpretarse de conformidad con la Directiva 89/665, el órgano jurisdiccional nacional deberá abstenerse de aplicarlas, con objeto de aplicar íntegramente el Derecho comunitario y tutelar los derechos que éste concede a los particulares”.

### B) La valoración de la experiencia contraviene el principio de libre competencia

La **STS de 16 de febrero de 2010** (recurso de casación 3690/2007), FD 6º, afirma, en plena consonancia con una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia, que la inclusión de la experiencia como criterio de valoración de las ofertas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares “supone

la contravención del principio de libre competencia en la contratación administrativa esencial en nuestro ordenamiento”.

#### 4. EJECUCIÓN

##### A) Revisión de precios en obras complementarias

En la interpretación del artículo 141.d) del TRLCAP referente al precio de las obras complementarias, la **SAN de 4 de marzo de 2010** (recurso contencioso-administrativo 486/2008), concluye que el precio fijado puede ser distinto al del contrato primitivo, en la medida en que dicho precepto prevé la posibilidad de que sea fijado contradictoriamente. Siendo ello así, si en el contrato de obras suscrito entre la Administración y el contratista se establece un precio del contrato sin remisión alguna a los “precios que rigen para el contrato primitivo”, no puede posteriormente el contratista aducir que aquí se produjo un error de hecho, dado que los términos de la citada cláusula contractual son claros, por lo que habrá de estarse a su sentido literal, resultando contraria a la buena fe la discrepancia extemporánea que sobre el precio convenido viene a plantear la recurrente. El precio del contrato fue convenido por las partes y a su abono tiene derecho el contratista pero no tiene derecho al abono el precio pretendido en este recurso pues la recurrente prestó su conformidad, tanto en los trámites del expediente de contratación como en el contrato, sobre el precio determinado al que quedaba sujeta la ejecución de las obras complementarias de forma que la Administración no ha incurrido en el error denunciado.

Esta misma interpretación es asumida por la **STS de 3 de febrero de 2010** (recurso de casación 144/2007), donde ante la alegación de la empresa contratista de que el precio de las obras complementarias debería ser el precio del contrato primigenio con la correspondiente revisión de precios, se señala por el Tribunal Supremo, ante el tenor literal del contrato suscrito por la Administración y el contratista respecto de tales obras complementarias, que “(...) La contratista era perfectamente consciente de lo que firmaba, y del modo en que lo hacía, así como de las circunstancias que concurrían, de modo que ese proceder voluntariamente asumido no puede de inmediato sustituirse por una actuación encaminada a cambiar un acto propio alegando razones de legalidad que pudo y debió oponer en el momento previo a la suscripción del contrato (...)”.

##### B) PAGO DEL PRECIO

Giradas por el contratista las facturas correspondientes a la prestación realizada, si la Administración no se opone, requiriendo su modificación o subsanación, el artículo 99.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no permite entender tácitamente aceptadas dichas facturas. Como precisa la **STSJ de La Rioja de 11 de febrero de 2010** (recurso de apelación 11/2010), lo que debe determinarse en todo caso es si el precio exigido por la parte demandante era el pactado de acuerdo con las

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

condiciones pactadas en el contrato, por lo que el hecho de que se hayan girado facturas en las mismas condiciones que las ahora impagadas no determina una aceptación tácita, ya que, una vez que la Administración ha detectado que las facturas no eran correctas, no ha procedido a su pago.

### C) Intereses de demora

La fijación del *dies a quo* no puede venir determinada ni por la fecha en que materialmente se finaliza la ejecución ni por la fecha en que se emite la certificación final, sino por la fecha en que se produce la recepción formal del contrato. A su vez, la determinación del *dies ad quem* en el cómputo de los intereses de demora es el del cobro efectivo por parte del contratista de las cantidades adeudadas, corriendo la carga de acreditar que la fecha que alega ha sido la de tal cobro efectivo al contratista a través de los correspondientes extractos bancarios que acrediten que el importe de la certificación final se abonó en una fecha determinada, por lo que si no los aporta deberá considerarse como válida la fecha señalada por la Administración, a tenor de la **STSJ de Madrid de 25 de enero de 2010** (recurso contencioso-administrativo 1669/2008).

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO

JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO



**VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA****Sumario:**

**1. Administración local.** A) Competencias municipales. Corresponde al Estado y a la Comunidad Autónoma regular las autorizaciones del transporte de mercancías, mientras compete al municipio el transporte público de viajeros. B) Relaciones interadministrativas. Un municipio no puede suscribir convenios de colaboración con otra Comunidad Autónoma sobre materias que son competencia de la Comunidad Autónoma a la que pertenece y sin el consentimiento de ésta. C) Estatuto de los miembros de las corporaciones locales. Derecho de los concejales a participar en la sesión plenaria de votación de la moción de censura que ellos habían presentado. D) Impugnación de acuerdos de las entidades locales. Es la publicación en el diario oficial la que determina el inicio del cómputo del plazo de dos meses para impugnar acuerdos de las entidades locales. E) Organización municipal. La exigencia de una nueva comunicación de un hecho para su conocimiento por otro órgano de la misma Administración no supone necesariamente la vulneración del artículo 35.f) de la Ley 30/1992. **2. Colegios profesionales y profesiones tituladas.** A) La nueva denominación del título “Graduado en Ingeniería de la Edificación” induce a confusión y por eso infringe el apartado 1 de la DA Decimonovena de la LO 6/2000. **3. Universidades.** A) Autonomía universitaria: vertiente económica y financiera.

**1. ADMINISTRACIÓN LOCAL**

**A) Competencias municipales. Corresponde al Estado y a la Autonomía regular las autorizaciones del transporte de mercancías, mientras compete al municipio el transporte público de viajeros**

La **STS de 2 de marzo de 2010** (recurso 2306/2008), desestima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Zaragoza contra la Sentencia del TSJ de Aragón de 14 de marzo de 2008, que declaraba la nulidad del artículo 2.1 de la Ordenanza Municipal del Servicio de Autotaxi. Dicho precepto permitía el transporte de objetos o encargos distintos a los equipajes de los viajeros, de forma compatible con las características del vehículo y la normativa aplicable, y previa autorización genérica otorgada por la Alcaldía en la que podían fijarse ciertas condiciones. La Sala del TSJ entendía que, mientras la regulación de los

transportes terrestres referidos a viajeros constituye competencia municipal en virtud de los artículos 6 y 7 de la Ley 14/1998, de 30 de diciembre, de transportes urbanos de Aragón, la Ley estatal de Ordenación del Transporte Terrestre (Ley 16/1987, de 30 de julio), no atribuye a los municipios ninguna competencia respecto al transporte de mercancías.

El Tribunal Supremo recuerda ahora lo dispuesto en la Sentencia de 2 de junio de 2004 (recurso 216/2004), cuyo fundamento jurídico segundo dice que la Sala ha venido reconociendo, tanto antes de la STC 118/1996 –que declaró la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley 16/1987– como después –en SSTs de 3 de diciembre de 1997, 3 de febrero de 1999, 30 de octubre de 2002 y 10 de junio de 2003– la facultad municipal de elaborar reglamentos y ordenanzas relativas al servicio público impropio de autotaxi a prestar dentro del término respectivo, en tanto no contravengan la normativa estatal, o comunitaria en su caso.

Ahora bien, no ofrece duda que la naturaleza del vehículo y de la actividad del transportista de viajeros, con su correspondiente equipaje, es bien distinta que la desarrollada por el transportista de mercancías, independientemente de su mayor o menor volumen. Tampoco existe incertidumbre jurídica acerca de que la competencia reguladora de autorizaciones del transporte de mercancías se distribuye entre el Estado (Ley de Ordenación del Transporte Terrestre) y la Autonomía (Ley de Transportes Urbanos de la Comunidad Autónoma de Aragón), mientras que el municipio goza de competencias en el ámbito del transporte público de viajeros (artículo 25.2.11 LBRL). Por lo anterior, no cabe otra respuesta que la de desestimar el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Zaragoza.

**B) Relaciones interadministrativas. Un municipio no puede suscribir convenios de colaboración con otra Comunidad Autónoma sobre materias que son competencia de la Comunidad Autónoma a la que pertenece y sin el consentimiento de ésta**

La **STS de 16 de marzo de 2010** (recurso 259/2006), desestima el recurso extraordinario de casación interpuesto frente a la Sentencia del TSJ de Castilla y León de 18 de noviembre de 2005, que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Junta de Castilla y León contra el acuerdo de 12 de marzo de 2002, adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de la Puebla de Arganzón en sesión de 12 de marzo de 2002, por el que se aprobaba suscribir los Convenios de Colaboración entre el Gobierno Vasco y los Ayuntamientos de Condado de Treviño y La Puebla de Arganzón en materia de educación y cultura y en materia de promoción económica y desarrollo rural. Estamos ante una problemática recurrente que ha dado lugar a otros pronunciamientos judiciales sobre distintas cuestiones relacionadas, algunos de los cuales ya fueron objeto de comentario en los números 28, 31 y 43 de esta Revista.

La Sala del Tribunal Superior de Justicia había anulado los citados acuerdos y el Tribunal Supremo confirma su decisión reiterando los pronunciamientos emitidos en las sentencias ya comentadas en números anteriores, por razones de igualdad, seguridad jurídica y unidad de doctrina, ya que la citada Sentencia enjuició la impugnación de convenios idénticos a los ahora examinados. La falta de identidad entre los recursos que dieron lugar a las sentencias

## VI. Organización Administrativa

anteriores (la Junta de Castilla y León en aquéllos y la Administración del Estado, en éste) y la extensión de los que son objeto del actual recurso a la materia de sanidad no altera, según la Sala, la identidad sustancial de los casos planteados en los recursos de casación.

### **C) Estatuto de los miembros de las corporaciones locales. Derecho de los concejales a participar en la sesión plenaria de votación de la moción de censura que ellos habían presentado**

El TSJ de Galicia, por **STSJ de 17 de diciembre de 2009** (recurso 4347/2009), desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Calvos de Randín frente a la Sentencia de 23 de diciembre de 2008 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Orense, dictada en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona.

La sentencia recurrida declaraba probado que la sesión extraordinaria del pleno de 10 de junio de 2008, en la que se deliberaba y votaba la moción de censura contra el Alcalde, se celebraba sin la asistencia de los concejales que la presentaron porque una multitud concentrada en el exterior e interior de la casa consistorial impidió su acceso a la sesión, siendo ello conocido por el Alcalde y por los concejales asistentes.

Frente al recurso de apelación del Ayuntamiento el Tribunal Superior de Justicia afirma que no nos encontramos ante un problema de ejercicio de competencias de la Alcaldía en materia de seguridad en los lugares públicos, sino que se trata del ejercicio de competencias de la Alcaldía en la presidencia de las sesiones del Pleno, en particular, del convocado para la votación de la moción de censura en cuyo ejercicio está obligado a impedir cualquier acto que perturbe, obstaculice o impida el derecho de los miembros de la Corporación a asistir a la sesión plenaria en que se vote la moción de censura y a ejercer su derecho al voto en ella. Ello puesto que en la sesión plenaria habría de oírse al candidato a la Alcaldía, al Alcalde y a los portavoces de los grupos municipales si estuvieran presentes, y porque la moción de censura sólo prosperaría con el voto favorable de la mayoría absoluta del número de concejales que legalmente componen la Corporación. El Tribunal añade que “no era relevante si la imposibilidad era ‘absoluta’, término de la apelación, o no. Porque la ley no la adjetiva; antes bien, tutela el ejercicio del derecho al voto frente a cualesquiera actos que imposibiliten, estorben o dificulten la asistencia a la sesión”. En consecuencia confirma la estimación de la pretensión de tutela del derecho fundamental a participar en los asuntos públicos y de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos reconocido en el artículo 23 de la Constitución.

### **D) Impugnación de acuerdos de las entidades locales. Es la publicación en el diario oficial la que determina el inicio del cómputo del plazo de dos meses para impugnar acuerdos de las entidades locales**

La **STS de 17 de diciembre de 2009** (recurso 3541/2005), estima el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia del TSJ de Cataluña de 18 de marzo de 2005 por la Generalitat de Cataluña, la cual inadmitía por extemporáneo el recurso promovido por la Comunidad Autónoma frente al Acuerdo de 30 de enero de 1998 del Pleno del Ayuntamiento de Lleida, que aprobó definitivamente un proyecto de modificación de un estudio de detalle.

Este acuerdo se notificó a la Comisión Provincial de Urbanismo el día 16 de febrero de 1998 y esta Comisión, en sesión de 1 de abril de 1998, acordó no aprobar definitivamente el estudio de detalle, oponiendo objeciones a la legalidad del Acuerdo municipal por entender que no se ajustaba al ordenamiento urbanístico y estableciendo ciertas condiciones para su aprobación. El Ayuntamiento de Lleida procedió, sin la inclusión de las condiciones indicadas por la Comisión Provincial de Urbanismo, a publicar el estudio de detalle en el Boletín Oficial de la Provincia, lo que tuvo lugar el 16 de mayo de 1998. Contra ese acuerdo, la Generalitat de Cataluña interpuso recurso contencioso-administrativo el 16 de julio de 1998.

La sentencia impugnada estimó las alegaciones de extemporaneidad formuladas por el Ayuntamiento de Lérida y por una entidad mercantil, por incumplir el plazo de dos meses establecido en el artículo 46 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues entendía que el cómputo del plazo se había iniciado el día 16 de febrero de 1998, que es cuando se produjo la comunicación del acuerdo inicial a la Comisión Provincial de Urbanismo. La Comunidad Autónoma entiende, no obstante, que tratándose de actos o disposiciones administrativas que, además de ser objeto de notificación personal deben también ser publicados, para determinar el  *dies a quo*  podrá optarse entre la fecha de la notificación personal o la de la publicación en el caso en que esta segunda sea posterior. Por ello el recurso debe considerarse interpuesto dentro de plazo.

El Tribunal Supremo manifiesta que esta cuestión ya ha sido resuelta en diversas ocasiones (SSTS de 11 de marzo de 2002 y de 26 de septiembre de 2007 –esta última comentada en el número 39 de *Justicia Administrativa*–), habiendo sentado la doctrina de que se ha de tomar como referencia del inicio del plazo preclusivo de impugnación del acuerdo municipal la fecha de notificación del acta de la sesión plenaria en la que se adoptó, practicada en cumplimiento de la obligación genérica de comunicación de las resoluciones municipales a las Administraciones superiores establecida en la legislación de régimen local y no la prevista en la legislación de urbanismo. La Ley jurisdiccional efectúa, pues, una expresa remisión a la regulación de régimen local para las impugnaciones que frente a actos de los entes locales puedan plantear otras Administraciones públicas. Y dicha regulación de régimen local no sólo prevé una específica comunicación con dicha finalidad, sino también que es la fecha de recepción de esta comunicación la que determina el inicio del cómputo del plazo de impugnación jurisdiccional.

En el presente caso no consta en el expediente (ni se hace referencia a ello en la sentencia) la fecha concreta de comunicación del Acuerdo de aprobación del Estudio de Detalle a la Administración Autonómica en cumplimiento de lo dispuesto en el citado artículo 56.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, y artículo 130 de la Ley 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña, que dispone la obligación de los entes locales de remitir al “Departamento de Gobernación, en la forma y los plazos determinados reglamentariamente, una copia literal o, en su caso, un extracto de sus actos y acuerdos”, pues el único oficio de remisión del expediente que consta es a la Comisión Provincial de Urbanismo y aunque en ese oficio no se contienen referencias explícitas a la normativa en virtud de la cual se remite la documentación, se desprende

## VI. Organización Administrativa

que lo es en cumplimiento de la normativa urbanística catalana, artículo 64.1.e) del Texto Refundido de la Ley de Suelo de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 1/1990.

Partiendo de tales hechos, a juicio de la Sala, no le falta razón a la Administración recurrente cuando afirma en su motivo único casacional que era la fecha de la publicación del acuerdo de aprobación del Estudio de Detalle en cuestión, posterior a la de la comunicación a la Comisión Provincial de Urbanismo, la que debe tenerse en cuenta a efectos de su impugnación, pues no existió comunicación genérica de la que pueda arrancar el plazo. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en SSTs de 18 de junio de 2007 y 25 de junio de 2008, que entiende que el artículo 46 LJCA determina que el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo se cuenta desde la notificación o publicación del acto, de manera que si después de la notificación sobreviene la publicación debe computarse desde esta última el plazo de dos meses para impugnar en vía jurisdiccional. También la STS de 25 de mayo de 2008 reconoce el carácter potestativo para impugnar un Acuerdo municipal, con o sin requerimiento previo, a partir del momento de la recepción de la comunicación, que, por otra parte, en modo alguno, excluye la posibilidad de la impugnación directa, no desde el momento de la recepción de la expresada comunicación, sino desde el momento de su posterior publicación general.

Esta doctrina resulta aplicable al caso, pues aunque se considerara que el requerimiento efectuado por la Comisión Provincial de Urbanismo no cumple los requisitos formales por falta de indicación de la normativa que lo fundamenta o estuviera fuera de plazo, su carácter potestativo unido al hecho de que el plazo de dos meses debía ser el de la fecha de publicación, debe llevar a la estimación del recurso, pues estando acreditado que la publicación tuvo lugar el día 16 de mayo de 1998 y la interposición lo fue el 16 de julio, estaba dentro del plazo de dos meses indicados.

Esta doctrina, a la que ya hicimos referencia en el número anterior con la STS de 14 de diciembre de 2009 (recurso 3851/2005), ha vuelto a ser reiterada por el Tribunal Supremo en otro asunto similar por **STS de 22 de abril de 2010** (recurso 1062/2006).

### **E) Organización municipal. La exigencia de nueva comunicación de un hecho para su conocimiento por otro órgano de la misma Administración no supone necesariamente la vulneración del artículo 35.f) de la Ley 30/1992**

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid dictó Sentencia de fecha 11 de diciembre de 2007 estimando parcialmente el recurso interpuesto por una Asociación Empresarial en impugnación de la Ordenanza sobre la Evaluación Ambiental de Actividades del Ayuntamiento de Madrid, declarando la nulidad del artículo 4 de dicha Ordenanza. Interpuesto recurso de casación por el Ayuntamiento de Madrid, el Tribunal Supremo en su **STS de 17 de marzo de 2010** (recurso 2450/2008), declara haber lugar al recurso, desestimando el recurso contencioso-administrativo, y declara conforme a Derecho el artículo 4 de la citada Ordenanza.

El motivo del recurso de primera instancia es que dicha asociación entendió que el cambio de titularidad de una actividad ya debía comunicarse al Ayuntamiento de Madrid, de conformidad, y en cumplimiento, de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ordenanza de Tramitación de Licencias del propio Ayuntamiento, no teniendo respaldo jurídico que el

cambio de titularidad de una actividad se comuniquen dos veces al mismo Ayuntamiento de Madrid como exigía dicho artículo 4: una, a la Junta de Distrito que corresponda por ubicación y, otra, al llamado “órgano ambiental”, puesto que la Ordenanza que se impugna impone la realización del mismo trámite de comunicación por partida doble, contraviniendo lo dispuesto en el apartado f) del artículo 35 de la Ley 30/1992, no teniendo derecho el Ayuntamiento a exigir un documento que ya obra en poder del propio Ayuntamiento, y que ya viene impuesto en la Ordenanza de Tramitación de Licencias.

El TSJ entendió que en base al principio de eficacia o de eficiencia exigible a toda Administración Pública, que comprende los principios de celeridad y economía, el fenómeno de la desconcentración en las Administraciones Públicas no puede suponer una merma de las garantías jurídicas de los administrados, por lo que no se podría exigir al administrado que presente documentos que obren ya en poder de la Administración actuante no pudiendo el Ayuntamiento alegar la desconcentración administrativa o despliegue territorial de funciones que ha llevado a cabo para imponer a los administrados requisitos innecesarios mediante una adecuada coordinación de los órganos que constituyen esa Administración Institucional. En consecuencia, el TSJ procedió a anular dicho precepto dado que su contenido implica una quiebra del artículo 35.f) de la Ley 30/1992.

El Ayuntamiento recurrió la Sentencia interponiendo un único motivo de casación por entender que la decisión de la Sala vulneraba los principios de legalidad, no arbitrariedad y seguridad jurídica en relación con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 2/2002, de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid, puesto que la comunicación que se incluía en el artículo controvertido, ya venía impuesta por la Ley 2/2002, en su artículo 8, limitándose a transcribirla la Ordenanza, lo que supone indebida aplicación de lo dispuesto en el artículo 35.f) de la Ley 30/1992, no deduciéndose, por otro lado, del artículo 4 de la Ordenanza que la comunicación la haya de hacer el interesado, sino que al órgano ambiental se le debe poner en conocimiento tal cambio de actividad, de tal forma que cuando se hayan formulado ampliaciones o modificaciones que alteren significativamente las condiciones ambientales del entorno, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 2 de la propia Ordenanza, que tanto obliga a los ciudadanos como a la Administración, sus autoridades y servicios.

El TS considera que el motivo debe estimarse puesto que el precepto anulado que regula el régimen jurídico del procedimiento de evaluación ambiental de actividades en el municipio, se refiere a los cambios de titularidad de una actividad sometida al ámbito de aplicación de la Ordenanza y dispone que este hecho debe comunicarse al órgano ambiental en un plazo máximo de veinte días, a contar desde la fecha de efectividad de la transmisión. Y ello en todo caso porque en el supuesto de que se hayan producido ampliaciones o modificaciones que alteren significativamente las condiciones ambientales del entorno habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ordenanza que obliga en ese supuesto a someterse al procedimiento de evaluación ambiental de la actividad. En este punto la Ordenanza no hace otra cosa que transcribir el artículo 8 de la Ley 2/2002, de la Asamblea de la Comunidad Autónoma de Madrid, que dispone que “Cualquier cambio de titularidad o competencia que afecte a un plan, programa, proyecto o actividad sometido a los procedimientos ambientales contenidos en esta Ley, deberá comunicarse al órgano ambiental en

## VI. Organización Administrativa

un plazo máximo de veinte días, a contar desde la fecha de efectividad de la transmisión”. En consecuencia, la norma desde ese punto de vista es perfectamente conforme a Derecho salvo que se pusiera en cuestión la constitucionalidad de la Ley que nadie discute. Entiende que esa obligación no es desproporcionada ni innecesaria por el hecho de que el cambio de titularidad se haya hecho saber al Ayuntamiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ordenanza de Tramitación de licencias de la Corporación. Y ello porque la Ley en el artículo 8 citado así lo requiere, y expresamente dispone que se comunique al órgano ambiental que es la autoridad a la que en cada Administración Pública corresponde el ejercicio de las competencias de evaluación ambiental, sin perjuicio de que se ponga también en conocimiento de la autoridad a la que corresponda el otorgamiento de la licencia precisa para la ejecución de la actividad. Ello sin duda facilitará la coordinación entre esos dos órganos de la Administración competente, lo que redundará en el beneficio final de la persona física o jurídica que tenga interés en la resolución del procedimiento.

El TS no comparte la solución de la Sentencia del TSJ en el sentido de que en este supuesto se haya vulnerado el contenido del artículo 35.f) de la Ley 30/1992 porque en este caso no se trata de presentar un documento no exigido por la norma que rige en el procedimiento de que se trata, ni puede decirse que se trate de aportar un documento que se encuentre en poder de la Administración a la que se dirige sino de una mera comunicación de un hecho para su conocimiento por la Administración, lo que no requerirá aportar documento alguno si no es necesario o lo hará si lo fuere, supuesto en que sí podría estar en juego ese precepto si en el seno del procedimiento a seguir en su caso se requiriese algún documento que se encontrase en cualquiera de los supuestos a los que remite el artículo 35.f) de la Ley.

### 2. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS

#### A) La nueva denominación del título “Graduado en Ingeniería de la Edificación” induce a confusión y por eso infringe el apartado 1 de la DA Decimonovena de la LO 6/2000

La STS de 9 de marzo de 2010 (recurso 150/2008), estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales contra la Resolución de 17 de diciembre de 2007 de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se establecen las condiciones a las que deberán adecuarse los planes de estudios conducentes a la obtención de títulos que habiliten para el ejercicio de la profesión regulada de Arquitecto Técnico, y contra la OM ECI/3855/2007, de 27 de diciembre, por la que se establecen los requisitos para el ejercicio de la profesión de Arquitecto Técnico, anulando los puntos solicitados por el recurrente de ambas disposiciones.

En concreto, la corporación profesional solicitaba la anulación del punto segundo del apartado 3 del acuerdo en lo que se refería a la denominación “Graduado o Graduada en Ingeniería de Edificación” y el equivalente en la OM ECI por entender que vulneraban la DA Decimonovena de la LO 6/2001, de Universidades, que establece que “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 aquélla” y de la Ley 12/1986, por inducir a confusión la nueva denominación del título, así como la vulneración del artículo 12.9 del RD 1393/2007, de 29 de octubre, en relación con la normativa de profesiones reguladas y jurisprudencia del TS que equipara las denominaciones de los títulos a las profesiones reguladas.

La posibilidad de que el título de Arquitecto Técnico pueda denominarse como “Graduado en Ingeniería de la Edificación” a los hasta ahora Arquitectos Técnicos induce a una evidente y palmaria confusión con las ya existentes, autorizadas y reconocidas a favor de los Ingenieros, dado que un Arquitecto Técnico no es un Ingeniero, y en aval de su argumentación, sostiene que basta acudir a los citados artículos 1 y 2 de la Ley 12/1986 para comprobar que son distintas las competencias que corresponden a unos y otros profesionales, pues, para los Arquitectos Técnicos, se limita su actuación a la “especialidad de ejecución de obras”, mientras que corresponden a la profesión titulada de Ingenieros Técnicos, la redacción y firma de los proyectos que tengan por objeto la construcción o reforma.

El TS estima que tiene razón la recurrente al afirmar que la nueva denominación del título “Graduado en Ingeniería de la Edificación” induce a confusión y por ende infringe el apartado 1 de la DA Decimonovena de la LO 6/2001, pues, a pesar de que la disposición impugnada se cuida en precisar que “la denominación de los títulos universitarios oficiales ... deberá facilitar la identificación de la profesión para cuyo ejercicio habilita y, en ningún caso, podrá conducir a error o confusión sobre sus efectos profesionales”, lo cierto es, que el Acuerdo impugnado al establecer una titulación de “Graduado en Ingeniería de Edificación”, viene a modificar la denominación de Arquitecto Técnico, aunque sólo sea para aquellos profesionales que superen los planes de estudio a los que se refiere el artículo 5 del Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, y consiguientemente con esta nueva denominación que, aunque se diga que no altera la atribución de competencias prevista en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, puede provocar confusión en la ciudadanía, pues el calificativo “Graduado en Ingeniería de la Edificación” es tan genérico que induciría a pensar que estos Arquitectos Técnicos tienen en detrimento de otros profesionales una competencia exclusiva en materia de edificación.

Pero, además, al crearse una nueva titulación que viene a modificar en algunos supuestos la denominación de Arquitecto Técnico, el Acuerdo impugnado se opone al Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, sobre ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, que en el artículo 12.9 en concordancia con el 15.4, establece que “cuando se trate de títulos que habiliten para el ejercicio de actividades profesionales reguladas en España, el Gobierno establecerá las condiciones a las que deberán adecuarse los correspondientes planes de estudios, que además deberán ajustarse, en su caso, a la normativa europea aplicable. Estos planes de estudios deberán, en todo caso, diseñarse de forma que permitan obtener las competencias necesarias para ejercer esa profesión. A tales efectos la Universidad justificará la adecuación del plan de estudios a dichas condiciones”.

De ahí que, como sostiene la demandante en su segundo motivo de oposición, se vulnere el citado Real Decreto 1393/2007, pues no existe la profesión regulada de “Ingeniero de Edificación” sino la profesión regulada de “Arquitecto Técnico”, que aparece en la Ley

## VI. Organización Administrativa

12/1986, de 1 de abril, y en el Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre, por el que se regula el sistema general de reconocimiento de los títulos de Enseñanza Superior de los Estados miembros de la Comunidad Europea, creando así el Acuerdo impugnado una nueva titulación que no se encuentra recogida en los Anexos del citado Real Decreto.

### 3. UNIVERSIDADES

#### A) Autonomía universitaria: vertiente económica y financiera

La **STS de 23 de febrero de 2010** (recurso 3374/2008), desestima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad de Madrid contra la Sentencia de 14 de febrero de 2008, dictada por el TSJ de Madrid, interpuesto por la Universidad Carlos III contra la Orden 4789/2004, de 28 de octubre, del Consejero de Educación de la Comunidad de Madrid, por la que se establece el procedimiento y requisitos para realizar los libramientos correspondientes a las transferencias nominativas para gastos de inversión de las Universidades Públicas Madrileñas. El TSJ declaró la nulidad de su artículo 2 que contenía la referencia a la necesidad de que dichas actuaciones fueran autorizadas por la DG de Universidades e Investigación. El Tribunal de Instancia entendió que tal alusión infringía el derecho de autonomía universitaria en su vertiente económico-financiera al entender que “si bien no cabe dudar de que previamente al libramiento de fondos para una obra nueva o para la adquisición de equipos, la Administración ha de comprobar si tales actuaciones solicitadas por las Universidades se encuentran comprendidas en las previstas en el Programa de Actuación y su coste no sobrepasa las cantidades previstas, tal comprobación no puede equipararse a la autorización establecida en la Orden por cuanto la misma supone en definitiva que una obra o adquisición de equipos ya prevista en el Programa de Actuación pueda ser denegada por la Administración, exigiendo un orden de prioridad y una justificación y evaluación de necesidad que la Sala entiende no procedente una vez que las actuaciones ya han sido establecidas en el Programa de actuación, apreciándose por ello una infracción de tal derecho”.

El Letrado de la Comunidad de Madrid sostiene en su recurso de casación que la Orden impugnada en la instancia fue dictada para llenar la laguna relativa al procedimiento y a los requisitos necesarios para realizar los libramientos correspondientes a las transferencias nominativas previstas en las Leyes anuales de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para gastos de inversión de las Universidades públicas madrileñas, ya que esta cuestión no está contemplada en la normativa legal ni reglamentaria, ni en materia de Universidades ni presupuestaria ni tampoco en el Programa de Actuación en materia de inversiones de las Universidades públicas de Madrid 2003-2006, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 24 de abril de 2003, y modificado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 16 de octubre de 2003, que se refería solamente al procedimiento para el ejercicio de 2003. La aprobación de la Orden, a su juicio, era necesaria y preceptiva, dado que el artículo 48.2 de la Ley 1/2004, de 31 de mayo, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2004, preveía expresamente su desarrollo a través de ella. Entiende que la autonomía universitaria es un derecho legal sujeto a límites (SSTS de 12 de diciembre de 1990, 16 de noviembre de 2001 y 30 de diciembre de 2005) y subraya que las transferencias nominativas están incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 2/1995, de 8 de marzo, de Subvenciones de la Comunidad de Madrid.

El TS considera que el motivo no puede prosperar ya que, en unidad de doctrina y seguridad jurídica, debe tenerse en cuenta el criterio manifestado por esta misma Sala y Sección en la STS de 16 de diciembre de 2009, que desestimó el recurso contencioso-administrativo 1386/2004, formulado precisamente en relación con la misma Orden autonómica. En dicho pronunciamiento el TS sostuvo que “la Orden impugnada diseña *ex novo* un modelo o sistema que contradice y se opone no sólo al Programa de Actuación para el período 2003/2006 en materia de inversiones de las Universidades Públicas de la Comunidad de Madrid en el que se concretan los proyectos de inversión propuestos para la Universidades para su realización en el período indicado, las previsiones de financiación anuales y la forma de efectuar los libramientos en el ejercicio de 2003, sino que también lesiona la autonomía universitaria, garantizada constitucionalmente como derecho fundamental, e infringe, por tanto, los artículos 79 y 81 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, que respectivamente disponen que las Universidades públicas tendrán autonomía económica y financiera y que en el marco de lo establecido por las Comunidades Autónomas podrán elaborar programaciones plurianuales que puedan conducir a la aprobación por las Comunidades Autónomas de convenios y contratos-programa que incluirán sus objetivos, financiación y la evaluación del cumplimiento de los mismos, pues como atinadamente sostiene la recurrente al reproducir y entrecomillar las fundamentaciones jurídicas de la sentencia dictada por la Sección Novena de Madrid si bien no cabe dudar previamente al libramiento de fondos para una obra nueva o para la adquisición de equipos, la Administración ha de comprobar si tales actuaciones solicitadas por las Universidades se encuentran comprendidas en las previstas en el Programa de Actuación y su coste no sobrepasa las cantidades asimismo previstas, tal comprobación no puede compararse a la autorización establecida en la Orden por cuanto la misma supone en definitiva que una obra o adquisición de equipos ya prevista en el Programa de Actuación pueda ser denegada por la Administración, exigiendo una Orden de prioridad y una justificación y evaluación de necesidad”.

De ahí, al exigirse por la norma impugnada, y en concreto en su artículo segundo y la referencia que se efectúa en los artículos tercero y cuarto, que no “se podrán librar fondos destinados para una obra nueva o para la adquisición de equipos sin la autorización previa de la Dirección General de Universidades e Investigación, a pesar de que aquéllas puedan estar comprendidas entre las contempladas en el Programa de Actuación y su coste no exceda de las cantidades inicialmente establecidas”, modifica el Programa y además condiciona su autorización a obras menores de reposición, mantenimiento y seguridad cuya realización compete, en todos los casos, a la Universidad en base a su autonomía económico-financiera.

Por este motivo el TS casó la sentencia y anuló los artículos segundo, tercero y cuarto de la Disposición impugnada. Siguiendo el mismo criterio entonces expuesto, pero al ser de signo contrario la sentencia impugnada, el TS desestima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad de Madrid.

JESÚS DEL OLMO ALONSO  
VANESA RODRÍGUEZ AYALA  
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

**VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR****Sumario:**

**1. Concepto de sanción.** A) El recargo tributario no es sanción aunque puedan resultarle aplicables algunos de los rasgos del Derecho Administrativo sancionador.

**2. Potestad sancionadora.** A) “El ejercicio de la acción disciplinaria es preceptivo”.

**3. Principio de legalidad. Reserva de ley y tipicidad.** A) Eficacia de la reserva de Ley en materia sancionadora antes y después de la CE. B) Facilitar la grabación del vídeo “del robo del sillón del presidente del Gobierno” en el Congreso de los Diputados encaja en el tipo infractor de atentado a la dignidad de dicha institución. C) Si el juez cambia el tipo infractor por el que ha sancionado la Administración vulnera el principio de tipicidad.

**4. Antijuridicidad.** A) La tolerancia de la actividad por la Administración no excluye la antijuridicidad. **5. Elementos subjetivos de las infracciones. Culpabilidad.**

A) La falta de concurrencia de cualquiera de las causas de exclusión de la culpabilidad no implica que exista culpabilidad. B) Especial extensión del deber de diligencia en función de la profesionalidad del infractor. C) La confianza legítima excluye la culpabilidad.

D) Interpretación razonable de la norma tributaria que excluye la culpabilidad.

**6. Concurso de infracciones. Concurso de normas punitivas: non bis in idem.** A) El deber de la Administración de paralizar el procedimiento sancionador en tanto se tramita un proceso penal exige la identidad de hecho, sujeto y fundamento. B) No pueden constituir agravantes aquellas circunstancias que ya sean constitutivas del tipo.

**7. Competencia sancionadora.** A) Competencia sancionadora distribuida entre diversos órganos en función de la gravedad de las sanciones. **8. Procedimiento administrativo**

**sancionador.** A) Cuestión de ilegalidad contra el artículo 332 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico por supuesta lesión del derecho a ser informado de la acusación.

B) El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas no es aplicable en el procedimiento administrativo sancionador. C) Sancionar por infracción distinta de la que se acusaba sin informar previamente al imputado vulnera su derecho fundamental a conocer la acusación. D) La agravación de la sanción propuesta sin audiencia dentro de los límites legales no vulnera el principio acusatorio ni causa indefensión.

E) Legitimación activa para exigir la responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados.

F) El principio de proporcionalidad como límite a la suspensión provisional del funcionario expedientado. **9. En especial, la prueba y la presunción de inocencia.**

A) La garantía de contradicción sobre las pruebas de cargo se asegura dando al imputado la posibilidad de alegar y desvirtuarlas con prueba en contrario. **10. La resolución del**

**procedimiento administrativo sancionador.** A) La resolución sancionadora debe motivar la existencia de culpabilidad y las pruebas de donde se infiere. B) La falta de motivación de la resolución sancionadora no puede ser subsanada por la sentencia que la confirme.

C) La imposición de la sanción más grave de las posibles requiere una motivación específica. **11. Caducidad del procedimiento administrativo sancionador.** A) No existe caducidad en los procedimientos disciplinarios contra militares. B) La notificación frustrada de la resolución no interrumpe *sine die* el plazo de caducidad del procedimiento.

C) Suspensión del plazo de caducidad debido al planteamiento de "cuestiones incidentales" por el expedientado. D) Consecuencias de su declaración: no interrumpe el plazo de prescripción de la infracción. **12. Extinción de la responsabilidad por**

**prescripción.** A) Prescripción de las infracciones permanentes. **13. Ejecución de las sanciones.** A) Suspensión cautelar de una sanción "irreversible" por dopaje en el deporte debido a la existencia de *periculum in mora* y a que el interés público no precisa de su ejecutividad inmediata. **14. Control jurisdiccional de la potestad sancionadora.**

A) Sustitución de la sanción impuesta por otra distinta prevista para ese tipo de infracción.

B) El carácter principal o accesorio de la sanción influye para determinar si procede o no la casación. C) La sanción de amonestación privada, pese a calificarse de cuantía

indeterminada, no es recurrible en casación si el legislador sectorial prevé una multa de cuantía inferior a la mínima legal prevista para las infracciones de igual o menor gravedad.

## 1. CONCEPTO DE SANCIÓN

**A) El recargo tributario no es sanción aunque puedan resultarle aplicables algunos de los rasgos del Derecho Administrativo sancionador**

Como consecuencia de una fusión, una compañía de seguros se ve obligada, dentro del plazo especial previsto para estos supuestos, a declarar y liquidar el Impuesto de Sociedades por la parte correspondiente a la compañía que ha sido objeto de absorción. Cuando la

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

empresa trata de realizar la declaración y el ingreso de la deuda tributaria, ha de utilizar los modelos correspondientes al ejercicio anterior, pues la Agencia Tributaria no ha puesto aún a disposición de los contribuyentes los impresos del ejercicio en curso. Como consecuencia, el penúltimo día del plazo para ingresar, el contribuyente no puede realizar el ingreso, pues el sistema informático de la entidad bancaria colaboradora no reconoce los impresos utilizados. Al día siguiente, último del plazo, la compañía de seguros pone en conocimiento de la Administración Tributaria por escrito estas circunstancias, solicitando al propio tiempo que se le indique el modo de ingresar la deuda. Sin haber obtenido aún contestación de la Administración, algunos meses más tarde la compañía ingresa lo debido, una vez publicados los nuevos impresos por parte de los servicios de recaudación. Pese a ello, la Agencia Tributaria gira con posterioridad a la compañía aseguradora una liquidación en concepto de recargo por presentación e ingreso fuera de plazo sin requerimiento previo. La **SAN de 22 de octubre de 2009**, Sección Segunda (recurso contencioso-administrativo 324/2006), sigue la jurisprudencia que niega la naturaleza sancionadora a los recargos de este tipo. Esta medida, dice, no es “un castigo por la realización de una conducta ilícita desde el punto de vista administrativo”, sino “una forma de disuadir a los contribuyentes de que presenten las declaraciones liquidaciones o autoliquidaciones fuera de plazo, lo que se consigue precisamente con la amenaza de una consecuencia desfavorable”. Pero, desde el punto de vista material, continúa, “esta consecuencia y su finalidad no difieren en exceso del que pueda tener una medida sancionadora; no olvidemos que las sanciones persiguen también un fin preventivo general”. Esta proximidad con las sanciones parece que lleva a la sentencia a rechazar una aplicación automática del recargo, es decir, un “sistema de responsabilidad objetiva o por el resultado” para los recargos tributarios, sin más miramientos que el simple transcurso del plazo y sin tener en cuenta las circunstancias concurrentes del caso. En concreto, en este supuesto, explica, “nos hallamos ante un contribuyente que quiere cumplir, con la diligencia temporal requerida, sus obligaciones tributarias y que si no lo hace es, simplemente, porque la Administración acreedora no ha puesto a su disposición en plazo unos elementos puramente accesorios (los ‘modelos’ o ‘formularios’) que permiten materializar ese cumplimiento”. Por ello, la Sala anula la liquidación y declara improcedente el recargo controvertido, aludiendo, además, a los principios de buena fe, protección de la confianza legítima e interdicción de la arbitrariedad.

### 2. POTESTAD SANCIONADORA

#### A) “El ejercicio de la acción disciplinaria es preceptivo”

Lo afirma la **STS de 15 de julio de 2009**, Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario 53/2008).

### 3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

#### A) Eficacia de la reserva de Ley en materia sancionadora antes y después de la CE

La Dirección General de los Registros y del Notario impuso sanciones disciplinarias de postergación en la carrera de setenta y cinco y veinticinco puntos por dos faltas consis-

tentes en una “conducta que dé lugar al desmerecimiento en el concepto público” y en el “acaparamiento de asuntos por medios reprobables”, previstas y tipificadas, respectivamente, como muy grave y grave en el artículo 348.5 y el artículo 349.3 del reglamento notarial. Esta sanción de postergación en la carrera disciplinaria fue introducida en el reglamento notarial de 1944 por el Real Decreto 1209/1984 que sustituye por ésta a la más antigua de traslado forzoso. El recurrente alega en amparo que la resolución sancionadora lesiona el principio de reserva de ley en materia sancionadora por cuanto que el Real Decreto 1209/1984, que estableció la sanción disciplinaria de postergación en la carrera, es una norma simplemente reglamentaria que la introduce *ex novo*. Al respecto, la **STC 21/2010, de 27 de abril** Sala Segunda (recurso de amparo), comienza por recordar su doctrina sobre la reserva de Ley en el ámbito de las sanciones administrativas:

“hemos declarado que en el ámbito administrativo sancionador esa reserva de ley en todo caso ‘determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal’, habida cuenta el carácter excepcional que presenta el *ius puniendi* en manos de la Administración. Lo que, en expresión normalizada, significa que (...) ‘la ley sancionadora ha de contener los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer’”.

Con relación a la exigencia de la reserva de ley en las normas preconstitucionales, la sentencia reitera que

“si bien ‘no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones [sancionadoras] respecto de las cuales esa exigencia formal no existía de acuerdo con el Derecho anterior’, en todo caso, ‘no es posible, a partir de la Constitución, tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté predeterminado o delimitado por otra de rango legal’, salvo que la norma reglamentaria posconstitucional se limite, ‘sin innovar el sistema de infracciones y sanciones en vigor’, a aplicar el sistema preestablecido antes de la Constitución”.

A partir de esta jurisprudencia consolidada, la sentencia, en primer lugar, descarta la alegación de la Administración de que la Ley del Notariado de 1862, la Ley 30/1992 y el artículo 681 del CC puedan prestar al artículo 352 del reglamento notarial, que prevé la sanción de postergación, la cobertura legal que exige el artículo 25.1 de la CE. En segundo término, también rechaza que la sanción de postergación en la carrera, prevista en los artículos 351 y 352 del Real Decreto 1209/1984, sea una “minoración” o, en general, una simple especificación de la sanción más grave de traslación forzosa que ya contemplaba el Reglamento Notarial de 1944. Por esta vía, explica la sentencia, siempre cabría argumentar que cualquier sanción prevista por reglamento tendría cobertura en otra más grave determinada previamente en una ley, aunque ambas tuvieran una naturaleza completamente distinta. Ni ambas sanciones son homogéneas ni tienen las mismas consecuencias en la carrera profesional de los notarios. Así que, sigue la sentencia, “la sanción de postergación en la carrera que tipificó por primera vez la citada norma reglamentaria,

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

nada o muy poco tiene que ver en rigor con la sanción de traslación forzosa prevista hasta entonces en el Reglamento Notarial”.

Y, como argumento adicional, añade que

“aun cuando se aceptara dialécticamente que la sanción de postergación en la carrera fuera simple especificación de la sanción más grave de traslación forzosa prevista en el Reglamento Notarial de 1944, dicha tesis debiera ser igualmente rechazada. En este caso porque semejante hipótesis obligaría a admitir el resultado indeseable y perverso, según este Tribunal ha advertido en repetidas ocasiones de perpetuar un cuadro sancionador preconstitucional huérfano de la necesaria cobertura legal y, por tanto, en pugna con el principio de reserva de ley en materia sancionadora. Lo que naturalmente debe ser en efecto rechazado”.

En síntesis, la sentencia confirma que la postergación en la carrera al recurrente es una sanción tipificada por primera vez en una disposición reglamentaria posterior a la CE y sin respaldo legal suficiente, por lo que la resolución impugnada vulneró la reserva de ley del artículo 25.1 de la CE, lo que determina el otorgamiento del amparo solicitado. Se anulan las sanciones impuestas.

### **B) Facilitar la grabación del vídeo “del robo del sillón del presidente del Gobierno” en el Congreso de los Diputados encaja en el tipo infractor de atentado a la dignidad de dicha institución**

La Mesa del Congreso de los Diputados impuso a Don Olegario, un funcionario del Cuerpo de Asesores Facultativos de las Cortes Generales, una sanción de cuatro meses de suspensión por falta grave del artículo 7.1.ñ) del Reglamento del Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración General del Estado, consistente en el atentado grave a la dignidad del Congreso de los Diputados y sus funcionarios. En concreto, porque facilitó, a petición del coordinador de la campaña en España, a cuatro “videoartistas” de la Agencia de Publicidad Tiempo BBDO la entrada al hemiciclo de la Cámara para grabar un vídeo publicitario de la campaña de la ONU para la lucha contra el hambre en el mundo, con el pretexto de que eran familiares suyos que iban a filmar unas imágenes cuyo destino sería de uso privado. En el curso de esas tomas, se puede apreciar cómo los protagonistas del vídeo corren desde la parte superior del hemiciclo hasta la primera fila de escaños, la correspondiente al Gobierno, cubiertos por una capucha. Cuando llegan al escaño del presidente, dejan en su pupitre un mensaje escrito en un papel, donde se puede leer “Zapatero el 16 de octubre en pie contra la pobreza”, y fingen su hurto y la salida del Congreso portando el mensaje. Durante la grabación de la escena, que se difundió luego por Internet y otros medios con el nombre “el robo del escaño del Presidente del Gobierno”, y de la que dejaron constancia las grabaciones de las cámaras fijas de seguridad situadas en el lugar, el funcionario sancionado vigiló junto a la puerta para que nadie les viera y para poder avisar, en caso contrario, a los autores de la grabación. Alega el recurrente que su actuación no encaja en el tipo infractor aplicado y que, por tanto, ha lesionado el principio de legalidad sancionadora, pues se ha limitado a facilitar la entrada en el Congreso a unos videoartistas “sin más intenciones” y “con absoluto desconocimiento” de qué era lo que iban a grabar y de cuál iba a ser la utilización posterior

de las imágenes grabadas. Pero la **STS de 20 de mayo de 2009**, Sección Octava (recurso contencioso-administrativo 201/2007), rechaza la alegación “porque de las actuaciones resulta acreditado que el imputado realizó de modo consciente y premeditado (...) las actuaciones”. Así, consta que obtuvo la autorización del Departamento de Prensa y de los servicios de control de entrada “de forma ilegal y engañosa (...). Además, las cámaras de seguridad evidencian que (...) mantenía una actitud de vigilancia en los pasillos del Salón de Plenos (...) que había sido de indudable importancia para que pudiera cobrar realidad la filmación cuya pública repercusión determinó la existencia de la infracción. Que esa conducta entraba o era encajable en el tipo infractor deriva de que el contenido del vídeo, que en sí mismo ponía en entredicho la dignidad del Congreso (por lo esperpéntico de la escena ...), también venía a suponer o multiplicar el efecto atentatorio a la dignidad de la institución, cuando se supo que los autores de la grabación habían contado con la colaboración de una persona, al servicio, como funcionario, de la Cámara afectada”. Así que, concluye la sentencia, “la conducta atentaba contra el prestigio de las Cortes y el prestigio que por la trascendencia de su función, merecen (sus funcionarios) frente a los ciudadanos, que es lo que se tipifica en el apartado 1.º) del artículo 7 del Reglamento Disciplinario (a) aplicar”. Se confirma la sanción impuesta.

### **C) Si el juez cambia el tipo infractor por el que ha sancionado la Administración vulnera el principio de tipicidad**

La **STS de 17 de septiembre de 2009**, Sección Segunda (recurso de casación 8052/2003), dice, de conformidad con la STC 218/2005, de 12 de septiembre, que “el órgano judicial no puede llevar a cabo por sí mismo la subsunción de los hechos imputados a un sujeto bajo preceptos legales seleccionados por él *ex novo* con el objeto de mantener la sanción impuesta, y que la Administración no haya identificado expresa o tácitamente. Y, por supuesto, mucho menos cuando la Administración haya excluido dicha base normativa de manera más o menos explícita”. Por tanto, si la sentencia sustenta y proporciona cobertura a la sanción impuesta por la Administración en un precepto diferente al aplicado por ésta, se vulnera el principio de legalidad sancionadora garantizado en el artículo 25.1 de la CE”. Con base en esta doctrina, y en su mismo ámbito, la Sala anula una sanción tributaria con relación al Impuesto sobre Sociedades. Repite esta jurisprudencia la **STS de 12 de noviembre de 2009**, Sección Segunda (recurso de casación 1398/2004).

## **4. ANTIJURIDICIDAD**

### **A) La tolerancia de la actividad por la Administración no excluye la antijuridicidad**

Un vecino de la localidad de Miranda de Ebro llevaba más de veinte años ejerciendo la actividad ganadera con una explotación de ganado ovino de 470 cabezas. Para ello, contaba con los preceptivos permisos sanitarios, licencia fiscal y cartilla ganadera. Sin embargo, no tenía las licencias municipales de actividad y apertura, exigidas por la Ley

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

castellano-leonesa 5/1993 de Actividades Clasificadas, razón por la cual la Dirección General de Calidad Ambiental de la Consejería de Medio Ambiente le impuso una sanción de 10.000 euros por infracción muy grave. Frente a las alegaciones del recurrente, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 8 de mayo de 2009**, Sección Primera (recurso contencioso-administrativo 29/2008), estima que la mera tolerancia municipal que ha permitido el funcionamiento de la explotación a lo largo del tiempo no permite considerar que dichas licencias se hayan obtenido implícitamente. Para ello, la sentencia se sirve de una tradicional jurisprudencia según la cual ni el transcurso del tiempo ni el pago de tributos, tasas o impuestos ni la tolerancia municipal implican acto tácito alguno de otorgamiento de licencia.

### 5. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

#### A) La falta de concurrencia de cualquiera de las causas de exclusión de la culpabilidad no implica que exista culpabilidad

Como única justificación de la concurrencia de culpabilidad en la actuación de un contribuyente, sancionado por la comisión de una infracción tributaria, la Administración indica que la claridad de la normativa aplicable imposibilitaba la existencia de cualquier otra interpretación razonable de la norma que amparase la conducta del sancionado. La **STS de 25 de junio de 2009**, Sección Segunda (recurso de casación 1917/2003), rechaza este razonamiento y recuerda que “la no concurrencia de alguno de los supuestos del artículo 77.4 de la LGT no es suficiente para fundamentar la sanción, porque el principio de presunción de inocencia garantizado en el artículo 24.2 de la 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”.

#### B) Especial extensión del deber de diligencia en función de la profesionalidad del infractor

Un guardia civil fue sancionado por haber realizado diversas actividades privadas (llevar la administración de varias fincas y comunidades de vecinos) sin contar con la preceptiva declaración de compatibilidad. Con el fin de apreciar la concurrencia del elemento de culpabilidad, la **STS de 21 de septiembre de 2009**, Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario 45/2009), extrema el deber de diligencia de estos sujetos hasta configurar una responsabilidad casi objetiva, y considera que “teniendo en cuenta la condición profesional del recurrente como miembro de la Guardia Civil desde 1991 (...) y el conocimiento de sus obligaciones que le era exigible, resulta perfectamente lógica y acorde con las reglas de la experiencia (...) la inferencia de que, al actuar en la forma en que lo hizo, tenía conciencia de lo antijurídico de su comportamiento, al incumplir las normas sobre incompatibilidades realizando la actividad privada” descrita.

**C) La confianza legítima excluye la culpabilidad**

Un atleta profesional fue sometido a una prueba *antidoping*. En la muestra obtenida se hallaron restos de la sustancia prohibida EPO. Como consecuencia, la Real Federación Española de Atletismo no sólo sancionó a dicho atleta, sino que publicó en su página web oficial los datos del atleta asociados a la sanción y a la infracción referida, todo con el fin de dar a conocer esta circunstancia a los demás deportistas. La Agencia Española de Protección de Datos sancionó, a su vez, a la mencionada Federación Deportiva por tratamiento de datos personales sin consentimiento del afectado. Sin embargo, y pese a constatar que la citada publicación no se encuentra entre las medidas previstas por la legislación deportiva aplicable al caso, la **SAN de 20 de octubre de 2009**, Sección Primera (recurso contencioso-administrativo 313/2009), anula la sanción impuesta a la Real Federación de Atletismo sobre protección de datos y da por buenas las razones aducidas, que no son otras que la confianza legítima de hacer lo correcto a la vista de la praxis administrativa seguida por el propio Consejo Superior de Deportes, que publica en el BOE ese mismo tipo de resoluciones sancionadoras para general conocimiento de los demás competidores.

**D) Interpretación razonable de la norma tributaria que excluye la culpabilidad**

Don Justo presentó en el plazo reglamentario la declaración del IRPF, con resultado a devolver, entre otras razones, por deducciones de gastos en vivienda habitual. La Administración tributaria en propuesta de liquidación denegó dicha deducción por no haber vivido el contribuyente durante al menos tres años consecutivos en el referido inmueble. En el trámite de alegaciones, el sujeto pasivo volvió a esgrimir su derecho a la citada deducción, extremo que no fue tampoco atendido en la liquidación provisional. Después de algunos meses, y tras el procedimiento oportuno, la Administración tributaria impuso a Don Justo una multa por la infracción tributaria grave consistente en dejar de ingresar dentro del plazo reglamentario parte de la deuda tributaria. Contra dicha resolución, Don Justo formuló unas alegaciones amparando su conducta en la excepción contemplada por la Ley tributaria aplicable, que considera que no se pierde la condición de vivienda habitual si el cambio de vivienda antes del plazo previsto en la norma se encuentra justificado por “circunstancias que necesariamente exijan el cambio”. En concreto, lo que alegaba y probaba Don Justo en tal sentido, era su separación matrimonial. Tras el oportuno recurso contra la resolución denegatoria de la Administración tributaria, la **STSJ de Cataluña, de 15 de mayo de 2009**, Sección Primera (recurso contencioso-administrativo 1035/2005), anula la sanción porque, en el caso, no concurre el elemento de culpabilidad requerido para su imposición; y ello debido a que el artículo de la Ley del IRPF relativo a la excepción del gasto deducible controvertido, es susceptible de discrepancias interpretativas:

“El requisito se limita, pues, mediante el empleo de un concepto jurídico indeterminado, como es 'circunstancias que necesariamente exijan el cambio de vivienda', y entendemos no sólo razonable, sino ajustado el interpretar que como tales hay que considerar el cese efectivo de la convivencia conyugal por la pérdida de la *afectio maritalis*”.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

En el mismo sentido, la **SAN de 21 de enero de 2010**, Sección Segunda (recurso contencioso-administrativo 285/2006), anula una sanción impuesta a una sociedad mercantil por no haber realizado una retención a la que estaba obligada en el momento de repartir dividendos. La complejidad de la operación silogística necesaria para afirmar la improcedencia de la deducción del impuesto y a la que se conectaba la obligación de retener excluye, según la sentencia, el elemento de la culpabilidad y determina la anulación de la sanción dictada.

### 6. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: *NON BIS IN IDEM*

#### A) El deber de la Administración de paralizar el procedimiento sancionador en tanto se tramita un proceso penal exige la identidad de hecho, sujeto y fundamento

La Administración tributaria tramitó un procedimiento de inspección, a results del cual se dictó tanto una resolución de regularización como una sanción de multa, esta última por la comisión de una infracción tributaria grave, por el incumplimiento de la obligación de contribuir en los términos legalmente exigibles. Paralelamente, y en relación con unos hechos relacionados, aunque distintos, se tramitó contra el mismo administrado un proceso penal en el que se investigaban los delitos de falsedad en documento mercantil, maquinación para alterar el precio de las cosas, apropiación indebida y otros. Ante la concurrencia de ambos procedimientos simultáneamente, la **STS de 27 de mayo de 2009**, Sección Segunda (recurso de casación 6437/2004), rechaza, en contra de otra línea jurisprudencial que entendemos más acertada, que se haya producido una vulneración del principio *non bis in idem* en su vertiente procedimental, al no concurrir “la triple identidad de sujetos, hechos y fundamentos [que] constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *non bis in idem*, sea este sustantivo o procesal”. En particular, la sentencia estima que “no existe identidad en el presupuesto de hecho desencadenante de la responsabilidad penal y de la responsabilidad tributaria”, de modo que “el procedimiento penal y el de comprobación tributaria (...) no tuvieron lugar por los mismos hechos”.

#### B) No pueden constituir agravantes aquellas circunstancias que ya sean constitutivas del tipo

Un militar fue sancionado por falta muy grave consistente en consumir drogas tóxicas con habitualidad, en concreto, por haber sido descubierto en tres ocasiones consumiendo cannabis. Dicha falta podía ser sancionada, alternativamente, con la pérdida de puestos en el escalafón, suspensión de empleo o separación del servicio, siendo esta última la sanción finalmente impuesta. Como justificación de haber seleccionado la sanción más grave de las tres posibles, la resolución sancionadora señala la circunstancia del “reiterado consumo”. Sin embargo, la **STS de 10 de septiembre de 2009**, Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario 70/2008), “rechaza como elemento valorable tal (...) (circunstancia) porque supondría utilizar dos veces el mismo concepto: para configurar la falta y para sostener que la sanción adecuada es la de separación del servicio”.

## 7. COMPETENCIA SANCIONADORA

### A) Competencia sancionadora distribuida entre diversos órganos en función de la gravedad de las sanciones

El Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid impuso en la misma resolución a Telefónica Móviles de España, SA seis sanciones de distinta gravedad por la comisión de otras tantas infracciones, todas ellas relacionadas con dos hechos: por un lado, la modificación unilateral del esquema tarifario previamente pactado con sus clientes, consistente en que la Compañía telefónica pasaba a cobrar el establecimiento de llamada, el primer minuto y en adelante por fracciones de treinta segundos; y, por otro lado, el lanzamiento de una campaña publicitaria cuyo lema era “Habla 100 minutos y paga 1”, sin que se informase con la suficiente claridad de que la oferta sólo era válida entre usuarios de la misma compañía y previo abono de una cuota de alta de 3 euros. La normativa aplicable –básicamente constituida por la Ley 11/1998, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid– distribuye la competencia para sancionar según la gravedad de las sanciones entre el Director General de Consumo, el Consejero competente en la materia y el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma. Por la cuantía de las multas impuestas en el caso concreto, tres de las sanciones correspondían al Director General, una al Consejero y dos al Consejo de Gobierno. Sin embargo, todas ellas fueron impuestas por este último órgano, al haberse tramitado en un único procedimiento y haberse resuelto por un único acto administrativo. La **STSJ de Madrid de 29 de octubre de 2009**, Sección Novena (recurso contencioso-administrativo 482/2006), acepta los argumentos de la recurrente y anula por incompetencia del Consejo de Gobierno las sanciones que debieron haber sido impuestas por el Director General y el Consejero. Según la sentencia, lo correcto hubiera sido que, concluida la instrucción, el órgano instructor hubiera remitido parcialmente las actuaciones a cada uno de los órganos competentes para resolver según la gravedad de las sanciones a imponer por cada una de las infracciones imputadas al interesado. La sentencia se aparta, por tanto, de la solución adoptada alguna vez por el Tribunal Supremo en supuestos similares, según la cual, lo lógico es mantener la unidad del procedimiento y dictar una única resolución por el órgano competente para las sanciones más graves, de manera que, en esos casos, éste ejerce las competencias que normalmente corresponderían a los órganos inferiores.

## 8. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

### A) Cuestión de ilegalidad contra el artículo 332 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico por supuesta lesión del derecho a ser informado de la acusación

El artículo 332 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril (en adelante, RDPH), dispone:

“En todo expediente sancionador, una vez contestado el pliego de cargos, realizada, en su caso, la práctica de las pruebas, completado el expediente con las alegaciones y documen-

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

tos que procedan y previa audiencia del interesado, el instructor formulará la propuesta de resolución en los términos previstos en el artículo 18 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

El organismo de cuenca dictará la resolución que proceda o remitirá el expediente a la Dirección General correspondiente para su elevación al órgano que tuviera atribuida la competencia. El plazo para resolver no excederá de un año, contado a partir de la incoación del expediente”.

Pues bien, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha planteó una cuestión de ilegalidad contra tal precepto porque omite el trámite de notificación de la propuesta de resolución al presunto infractor. Y no sólo lo omite sino que “lo veda o impide”, vulnerándose las garantías que se deducen del artículo 24.2 de la CE, en concreto, el derecho fundamental del imputado a ser informado de la acusación existente en su contra. Al respecto, la **STS de 10 de julio de 2009**, Sección Quinta (cuestión de ilegalidad 12/2008), explica que la misma cuestión de ilegalidad fue planteada y resuelta por la STS de 2 de abril de 2009, cuestión de ilegalidad 4/2008, que la desestimó, porque el artículo 332 del RDPH debe ser interpretado en concordancia con lo dispuesto en los artículos 18 y 19 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (en adelante, RPS). Y, así, deben tenerse en cuenta dos cosas. En primer lugar, dice la sentencia, que el propio artículo 332 del RDPH se remite a lo dispuesto en el artículo 18 del RPS. En segundo lugar, que, antes de eso y con carácter más general, el artículo 327.2 del RDPH establece que “el procedimiento para sancionar las infracciones previstas en el presente Reglamento será el regulado por el (...) Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes”. Así que, tal como también declaró la STS de 2 de octubre de 2007 (recurso de casación para la unificación de doctrina 231/2004), el artículo 332 del RDPH no excluye la notificación de la propuesta de resolución al interesado sino, más bien, al contrario, pues la interpretación conjunta de ese precepto con los artículos 18 y 19 del RPS lleva a concluir que la regla general es su notificación, seguida luego de un plazo para que el imputado pueda formular alegaciones. Se desestima la cuestión de ilegalidad. Exactamente igual, la **STS de 16 de julio de 2009**, Sección Quinta (cuestión de ilegalidad 14/2008).

### **B) El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas no es aplicable en el procedimiento administrativo sancionador**

Lo recuerda la **STS de 15 de julio de 2009**, Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario 53/2008), que, remitiéndose a la STC 26/1994, afirma que “el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es sólo atribuible a los procedimientos judiciales y no a los administrativos, debiendo en todo caso denunciarse el retraso en el curso del proceso y acreditar por ello la causación de un perjuicio (...), sin que sea extensible al procedimiento administrativo en el que las dilaciones (...) han de ser corregidas a través de cualesquiera de los procedimientos existentes par dilucidar la responsabilidad de los funcionarios, pudiendo dar lugar al nacimiento de la oportuna pretensión resarcitoria”.

**C) Sancionar por infracción distinta de la que se acusaba sin informar previamente al imputado vulnera su derecho fundamental a conocer la acusación**

Un guardia civil se apropió de la tarjeta de crédito de una persona fallecida, utilizándola en su propio beneficio en sesenta y nueve ocasiones. Ante tales hechos, se inició contra él un expediente disciplinario por una falta muy grave consistente en “observar conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad de la Institución, que no constituyan delito”. El procedimiento fue suspendido a causa de un proceso penal por los mismos hechos, que concluyó con la imposición de una pena privativa de libertad. Notificada dicha condena, la autoridad sancionadora decidió continuar el procedimiento disciplinario, pero imputando al acusado una nueva falta, de la que tuvo conocimiento, consistente en “haber sido condenado por sentencia firme, en aplicación de disposiciones distintas al Código Penal Militar, por un delito cometido con dolo que lleve aparejada la privación de libertad”; falta por la que finalmente fue sancionado con la separación del servicio. Aunque parece que lo que se produce, en realidad, es una modificación del hecho esencial imputado y, sólo por ello, un cambio en la calificación jurídica, la **STS de 15 de julio de 2009**, Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario militar 53/2008), niega que la actuación de la Administración sancionadora vulnerara el derecho a conocer la acusación o causara indefensión alguna. A este respecto, la Sala considera que “los hechos imputados en el expediente fueron sustantivamente los mismos en todo momento: la apropiación de la tarjeta y su utilización posterior. Es cierto (...) que el hecho de la condena es un hecho nuevo, pero, además de la relación íntima existente entre ellos, sucede que ni los hechos delictivos, ni ese hecho nuevo fueron desconocidos en ningún momento por el demandante. De todos tuvo conocimiento cuando debía tenerlo. Y de todos se defendió como creyó conveniente”. En consecuencia, “el principio acusatorio fue respetado y (...) sólo hubiera quebrado si se hubiese informado al hoy demandante exclusivamente de la primera imputación y se le hubiera sancionado por la segunda, sin darle ocasión a articular su defensa”.

**D) La agravación de la sanción propuesta sin audiencia dentro de los límites legales no vulnera el principio acusatorio ni causa indefensión**

El Pleno del CGPJ impuso a un magistrado una sanción de suspensión de siete meses por infracción muy grave del artículo 417.15 de la LOPJ, consistente en la falta absoluta y manifiesta de motivación de cuatro sentencias de las que fue ponente. Alega el sancionado que, finalmente, se le ha impuesto sin audiencia previa una sanción (de 7 de meses de suspensión que, además, conlleva la pérdida de destino) por tiempo superior al fijado en la propuesta de resolución (tres meses), lo que le ha causado indefensión material. Sin embargo, la **STS de 2 de noviembre de 2009**, Sección Octava (recurso contencioso-administrativo 611/2007), de conformidad con lo declarado previamente por la STS de 2 de marzo de 2009, no aprecia tal indefensión porque desde el pliego de cargos el recurrente conocía que entre las sanciones que se le podían imponer estaba la suspensión hasta por tres años. Conocía, igualmente, que Ministerio Fiscal no limitó a tres meses la suspensión que consideró procedente. Según la sentencia:

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

“de ahí que se haya considerado que no se infringe el artículo 24 de la CE, aplicable al procedimiento sancionador, cuando el órgano competente eleva la sanción propuesta por el instructor, siempre que lo haga dentro del margen legalmente establecido y respetando los hechos y su calificación jurídica consignados en el pliego de cargos, como ha sucedido aquí (SSTC 55/2006 y de esta Sala de 3 de noviembre de 2003)”.

Además, añade la sentencia, como confirmación de que el recurrente no ha sufrido indefensión por esta causa, está su propia actuación, pues no ha variado su línea de defensa cuando el instructor pedía tres meses de suspensión y, después, el Pleno del CGPJ le suspendió por siete.

No obstante, en el voto particular que se formula a esta sentencia se sostiene que el recurso sí debió estimarse parcialmente y reducirse la sanción a la propuesta por el instructor, pues la falta de información al imputado de esa ampliación ha vulnerado el principio acusatorio; y más aun en este caso, pues el artículo 424 de la LOPJ permite “la retroacción del expediente para formular una propuesta de sanción más elevada, garantizando así el derecho de contradicción”.

### E) Legitimación activa para exigir la responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados

La Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) archivó una queja por no apreciar “retraso en el desarrollo de las actuaciones judiciales que haya de ser corregido disciplinariamente”. En concreto, aunque reconoció que la tramitación del proceso penal había sido lenta, excluyó la posible responsabilidad disciplinaria por “la situación de sobrecarga del juzgado denunciado y la superación por éste, con exceso, de los módulos de dedicación establecidos”. La **STS de 19 de mayo de 2009**, Sección Octava (recurso contencioso-administrativo 287/2006), lo acepta y desestima el recurso, y, además, recuerda su doctrina sobre las competencias del CGPJ, conforme a la cual:

“el Consejo General del Poder Judicial carece de competencia para dictar resoluciones sobre responsabilidad patrimonial del Estado por la Administración de Justicia. Las reclamaciones dirigidas a esa finalidad aparecen reguladas en los artículos 292 y siguientes de la LOPJ, que establece que han de presentarse ante el Ministerio de Justicia y a él corresponde tramitarlas, y que será la resolución luego dictada contra la que cabrá el recurso contencioso-administrativo (...).

Los denunciantes carecen de legitimación para ejercitar pretensiones directamente dirigidas a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, y esto porque la eventual sanción que pudiera imponerse no produce ningún beneficio en el denunciante (...).

Tampoco corresponde al Consejo resolver si una determinada actuación jurisdiccional ha incurrido en vulneración de alguno de los derechos fundamentales y, entre éstos, en el de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE. Esas posibles vulneraciones, como puede ser la derivada de dilaciones indebidas, debe hacerse valer por la vía de los recursos procesales y, en su caso, por la del recurso de amparo.

Como complemento de todo lo anterior, debe igualmente aclararse que lo que corresponde al Consejo, en el ejercicio de la función constitucional de gobierno del poder judicial

que tiene encomendada, es investigar las disfunciones que le sean denunciadas sobre los órganos jurisdiccionales con estos fines: constatar la verdadera situación del juzgado para decidir, con base en ella, si en relación a él proceden medidas de apoyo o si, en su caso, son de apreciar datos que justifiquen el inicio de actuaciones disciplinarias”.

Igualmente, con relación a las pretensiones de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia y a la incompetencia del CGPJ para examinarlas, la **STS de 20 de mayo de 2009**, Sección Octava (recurso contencioso-administrativo 397/2007).

De conformidad con esta jurisprudencia, la **STS de 20 de mayo de 2009**, Sección Octava (recurso contencioso-administrativo 164/2007), inadmite el recurso interpuesto por un preso contra el archivo del CGPJ de una queja que había presentado contra dos magistrados por haber tardado más de cinco meses en dictar sentencia sobre causa penal en su contra. La Sala declara la inadmisibilidad por falta de legitimación activa del recurrente, pues lo que éste se limita a pedir es que sancione a esos dos magistrados y no que vuelvan a investigarse los hechos irregulares posiblemente acaecidos.

Por el contrario, la **STS de 20 de mayo de 2009**, Sección Octava (recurso contencioso-administrativo 578/2007), sí le reconoce esa legitimación activa, pues lo que pide el recurrente (un perito designado judicialmente al que un juzgado de lo mercantil le había denegado solicitar la provisión de fondos en el momento de la aceptación) es únicamente “que se ordene” a la Comisión Disciplinaria del CGPJ “la incoación de expediente disciplinario por los hechos objeto de la queja (...), depurando, llegado el caso, las responsabilidades a que hubiera lugar”, y “no está postulando directamente la imposición de una sanción al magistrado”. Pero, después de eso, la sentencia desestima el recurso, pues la cuestión planteada no es de índole disciplinaria sino de naturaleza jurisdiccional. Declara, asimismo, que la cuestión controvertida es de carácter jurisdiccional la **STS de 20 de mayo de 2009**, Sección Octava (recurso contencioso-administrativo 193/2008), pues la queja presentada por un preso contra la providencia de embargo de su cuenta de peculio en la cárcel, a pesar de su situación de insolvencia y de haber hecho varios pagos voluntarios por importe de quince euros en concepto de responsabilidad civil, sólo supone la mera discrepancia con el contenido de dicha resolución judicial.

También reconoce la legitimación del denunciante la **STS de 8 de julio de 2009**, Sección Octava (recurso contencioso-administrativo 409/2006), que explica que “el derecho del denunciante quedará satisfecho cuando el Consejo haya desarrollado una razonable actuación investigadora para la averiguación de los hechos denunciados”, “lo cual circunscribe el litigio a determinar si puede considerarse suficiente la actividad investigadora que desarrolló el Consejo y, consiguientemente, si es justificado el archivo acordado”. Y así es, según la sentencia, en el caso enjuiciado, por lo que también desestima el recurso.

En cambio, sí estima el recurso interpuesto la **STS de 17 de julio de 2009**, Sección Octava (recurso contencioso-administrativo 394/2007), que ordena que la Comisión Disciplinaria del CGPJ “complete la actuación inspectora tendente al esclarecimiento y determinación de las circunstancias concurrentes”. Se trataba de una denuncia interpuesta por un

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

preso contra la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, porque no había procedido a dar curso a sus solicitudes de designación de abogado y procurador de oficio. La Sala revoca el acuerdo de archivo impugnado porque “no se aprecia que la citada circunstancia haya sido objeto de investigación por parte del CGPJ”.

### F) El principio de proporcionalidad como límite a la suspensión provisional del funcionario expedientado

Un médico de familia del Servicio de Cuidados Críticos y Urgencias del Hospital Universitario Virgen del Rocío (Sevilla) realizó al programa de la cadena de televisión Telecinco “La Noria” una serie de declaraciones acerca de la atención médica que había recibido el futbolista Antonio Puerta, fallecido poco tiempo después. Según la Administración sanitaria, dichas declaraciones podían redundar en el descrédito del sistema sanitario público y en la quiebra de la confianza de los ciudadanos. Por ello, y en el curso del correspondiente expediente disciplinario instruido al efecto, adoptó la suspensión provisional de funciones del médico expedientado. La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 5 de mayo de 2009**, Sección Segunda (recurso contencioso-administrativo 61/2009), estimó desproporcionada dicha medida por cuanto que, con ella, se perseguiría –a tenor de lo motivado por la propia Administración– eliminar el riesgo de reincidencia y la alarma social generada por las declaraciones, siendo obvio que la suspensión de funciones no excluye que el suspendido pueda realizar nuevas manifestaciones sobre unos hechos de los que ya hubo tomado conocimiento. En definitiva, para la sentencia, la medida fue desproporcionada por inadecuada para el logro de los fines pretendidos.

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

### A) La garantía de contradicción sobre las pruebas de cargo se asegura dando al imputado la posibilidad de alegar y desvirtuarlas con prueba en contrario

La entidad Carsivar, SA, por exportar a Rusia 785.382 kg de carne bovina, solicitó y obtuvo unas restituciones superiores a las que efectivamente le correspondían. En las posteriores actuaciones de inspección y comprobación se detectaron esas irregularidades a partir de la documentación presentada y, en consecuencia, se declaró que la empresa no había justificado la naturaleza, calidad, cantidad y origen de gran parte de la carne acogida a los beneficios de restitución y que había de reintegrar al Fondo Español de Garantía Agrícola (en adelante, FEGA) el equivalente a las restituciones indebidamente percibidas. Además, se la sancionó por infracción del artículo 51, apartado 1, del Reglamento (CE) 800/1999, con multa equivalente a la mitad de la restitución que obtuvo ilícitamente. Se alegó la lesión de la presunción de inocencia porque las pruebas de cargo fueron esas comprobaciones administrativas practicadas fuera del expediente sancionador. Pero la **STS de 8 de julio de 2009**, Sección Cuarta (recurso de casación 5031/2007), argumenta que la circunstancia de que las pruebas de cargo para sancionar fueran las que sirvieron para la decisión del expediente de restitución previamente sustanciado “no resta validez a la decisión sancionadora ni determina que la misma se haya adoptado sin las garantías exigibles legalmente al procedimiento administrativo sancionador”. Y añade: “cuantas

comprobaciones realizó la Administración se pusieron de manifiesto al recurrente [en el procedimiento sancionador] y sobre ello realizó alegaciones pero no aportó documento alguno capaz de desvirtuar la realidad que resultaba de la comprobación (...) (ni) prueba alguna que contrarrestase las conclusiones a que había llegado la Administración tras las comprobaciones efectuadas”.

## 10. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

### A) La resolución sancionadora debe motivar la existencia de culpabilidad y las pruebas de donde se infiere

Vuelve a insistir en ello para el ámbito tributario la **STS de 16 de julio de 2009**, Sección Segunda (recurso de casación 2220/2006), de conformidad con lo que se ha expuesto en crónicas anteriores, que anula la multa impuesta a la entidad mercantil Cerestar Ibérica, SL, –por infracción consistente en no haber ingresado en plazo la totalidad de la deuda tributaria en materia de aduanas– porque la resolución no motivó su culpabilidad:

“no es posible sancionar por la mera referencia al resultado, sin motivar específicamente de dónde se colige la culpabilidad. Así lo ha puesto de manifiesto también, (...), el Tribunal Constitucional en la citada STC 164/2005, al señalar que (...) no se puede por el mero resultado y mediante razonamientos apodícticos sancionar, siendo imprescindible una motivación específica en torno a la culpabilidad o negligencia y las pruebas de que ésta se infiere”.

### B) La falta de motivación de la resolución sancionadora no puede ser subsanada por la sentencia que la confirme

Así lo recuerda, haciéndose eco de jurisprudencia y doctrina constitucional anterior, la **STS de 25 de junio de 2009**, Sección Segunda (recurso de casación 1917/2003), indicando que “no son los Tribunales Contencioso-Administrativos, sino la Administración pública quien, en uso de sus prerrogativas constitucionales, sanciona a los administrados (...) [por lo que] una ulterior sentencia que justificase la sanción en todos sus extremos nunca podría venir a sustituir o de alguna manera sanar la falta de motivación del acto administrativo”. En el caso enjuiciado, la sentencia constata que “basta leer la fundamentación de la sentencia de instancia para comprobar que añade y pretende reforzar la motivación contenida en la resolución sancionadora”, por lo que, dejando a un lado tales añadidos, y ciñéndose a la falta de motivación suficiente de la resolución sancionadora, anula la sanción. Lo mismo declara la **STS de 16 de julio de 2009**, Sección Segunda (recurso de casación 2220/2006), sobre una multa tributaria.

### C) La imposición de la sanción más grave de las posibles requiere una motivación específica

Lo confirman, una vez más, las **SSTS de 22 de junio, de 15 de julio y de 10 de septiembre de 2009**, todas de la Sala de lo Militar (recursos contencioso-disciplinarios 102, 53 y

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

70/2008, respectivamente), razonando esta última que “para que el militar sancionado pueda ejercer realmente su derecho a que la resolución sancionadora sea controlada por los Tribunales, y también para que ese control jurisdiccional pueda realizarse de forma adecuada, es preciso que la Administración motive su resolución, esto es, exponga las razones que ha tenido para dictarla”.

### 11. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

#### A) No existe caducidad en los procedimientos disciplinarios contra militares

Insisten en ello las **SSTS de 15 de julio, de 14 y de 21 de septiembre de 2009**, todas de la Sala de lo Militar (recursos contencioso-disciplinarios 53, 46 y 45/2009, respectivamente).

#### B) La notificación frustrada de la resolución no interrumpe *sine die* el plazo de caducidad del procedimiento

La Administración tributaria incoa un procedimiento sancionador el 19 de mayo de 2006 por infracción del régimen aplicable al Impuesto de Sociedades. Los días 22 y 23 de agosto de ese mismo año intenta sin éxito notificar la resolución sancionadora a su destinatario. La tercera notificación se logra realizar el día 11 de abril de 2007. El sancionado recurre alegando la caducidad del procedimiento, pues se ha superado con creces el plazo de seis meses que la Ley prevé para resolver y notificar en tales casos. La Administración tributaria se opone alegando el artículo 104 de la LGT, según el cual basta con que se acredite la realización en plazo de un intento de notificación en la que se contenga el texto íntegro de la resolución. A ello responde la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 19 de junio de 2009**, Sección Segunda (recurso contencioso-administrativo 14/2008), que la notificación personal frustrada no puede tener por efecto dejar interrumpido *sine die* el plazo máximo para resolver y notificar. Y, teniendo en cuenta que entre el último intento de notificación personal y la notificación efectiva transcurren más de seis meses y once en total desde la incoación, la sentencia le da la razón al recurrente y anula la sanción por caducidad del procedimiento sancionador.

#### C) Suspensión del plazo de caducidad debido al planteamiento de “cuestiones incidentales” por el expedientado

El Tribunal de Defensa de la Competencia impuso a Unión Fenosa Generación, SA, una sanción por abuso de posición dominante en el mercado de generación de electricidad. En el procedimiento, la compañía eléctrica recurrió el auto sobre prueba y vista, a lo que dio trámite el Tribunal mediante providencia en la que se acordaba, además, la interrupción del plazo para resolver en atención a la complejidad de las cuestiones planteadas por el interesado y que versaban sobre la confidencialidad de ciertos documentos en el seno del expediente sancionador. La resolución sancionadora fue recurrida alegando, entre otras cosas, la caducidad del procedimiento al negar que la citada providencia hubiera

tenido realmente efectos suspensivos sobre el plazo máximo exigido por la Ley para resolver y notificar. La **STS de 27 de enero de 2010**, Sección Tercera (recurso de casación 5569/2007), reconoce que de lo que se trataba era del planteamiento –no previsto por la ley– de unas “cuestiones incidentales” particularmente complejas. Por ello, confirma el efecto suspensivo de la providencia y descarta la caducidad del procedimiento, formulando al propio tiempo una regla general:

“Si la demora no obedece a la desidia administrativa sino que viene propiciada por la necesidad de resolver cuestiones complejas suscitadas por los propios expedientados, la decisión de interrumpir el plazo máximo para resolverlas (tanto más si es consentida por estos últimos) debe entenderse en principio válida a dichos efectos temporales”.

#### **D) Consecuencias de su declaración: no interrumpe el plazo de prescripción de la infracción**

La caducidad de un procedimiento sancionador por haberse agotado el plazo máximo para su tramitación sin que se haya notificado la resolución sancionadora, tiene como consecuencia que el plazo de prescripción de la infracción no se entiende interrumpido por las actuaciones llevadas a cabo en el procedimiento. En aplicación de esta doctrina, la **STS de 27 de mayo de 2009**, Sección Segunda (recurso de casación 6437/2004), anula la sanción impuesta como resultado de un procedimiento tramitado después de que hubiera caducado un procedimiento anterior, puesto que “habiendo caducado el expediente sancionador inicialmente incoado al actor el 5 de junio de 1998 (...), la notificación del acuerdo de apertura del segundo procedimiento punitivo (...) no tuvo lugar hasta el 2 de febrero de 1999, esto es, más de cinco años después (...) de que concluyera el plazo voluntario para la presentación e ingreso de la autoliquidación del IRPF correspondiente al ejercicio 1992”, lo que determinó la prescripción de la infracción.

## **12. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN**

### **A) Prescripción de las infracciones permanentes**

Dos guardias civiles constituyeron en agosto de 2003 una sociedad de responsabilidad limitada, con la finalidad de conseguir el arrendamiento de un local de negocio dedicado a la actividad de bar, asumiendo los cargos de administradores solidarios, todo ello sin solicitar en ningún momento la compatibilidad para el desempeño de actividades privadas de naturaleza mercantil. Con fecha de 1 de septiembre de 2003, la sociedad mercantil concertó el subarriendo del negocio con tercera persona, percibiendo la subarrendadora el 15% del importe mensual de la renta generada. Como resultado de tales hechos, el 2 de septiembre de 2005 (dos años y un día después de celebrar el negocio de subarriendo) se incoaron actuaciones disciplinarias. Frente a la posibilidad de que la infracción hubiera prescrito, la **STS de 14 de septiembre de 2009**, Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario 31/2009), dice que “la concertación del subarriendo en cuestión no es

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

sino el comienzo de una relación jurídica de tracto sucesivo de la que surgen derechos y obligaciones entre las partes, que se inscriben dentro del contenido de un contrato de esta clase y, en particular, del pacto del percibo por la sociedad subarrendadora de la cantidad porcentual sobre la renta mensual del local, cuyos efectos lejos de agotarse con la celebración de dicho negocio contractual se renuevan y persisten durante todo el tiempo de duración del mismo”. De este modo, la situación infractora, que parece adoptar la forma de infracción permanente, sólo se agotó, según la Sala, “cuando se puso fin a la presencia de los encartados en concepto de administradores solidarios de la entidad, lo que se produjo con la venta a tercero de las correspondientes participaciones sociales (...) en el mes de noviembre de 2005”.

### 13. EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES

#### A) Suspensión cautelar de una sanción “irreversible” por dopaje en el deporte debido a la existencia de *periculum in mora* y a que el interés público no precisa de su ejecutividad inmediata

Tras la impugnación judicial de una sanción de suspensión de licencia federativa por un período de dos años, la sentencia de instancia otorga la suspensión cautelar de la sanción solicitada por el recurrente. La Administración sancionadora impugna esta medida cautelar, al considerar que la sentencia de instancia ha interpretado de modo incorrecto el concepto jurídico indeterminado de “pérdida de la finalidad legítima del recurso”, recogido en el artículo 130.1 de la LJCA. Sin embargo, la **STS de 6 de mayo de 2009**, Sección Cuarta (recurso de casación 1388/2008), confirma la adopción de la suspensión, razonando que “su ejecución daría lugar a una situación irreversible, sólo reparable (...) mediante la correspondiente indemnización económica. Pero la obtención de ésta no es lo que persigue prioritariamente el recurso interpuesto, pues su finalidad legítima es, antes o más bien, no soportar o sufrir de modo irreversible una sanción que la parte reputa injusta”. A ello se sumaría que, si bien “el interés público exige que la sanción sea ejecutada, lo es también que en el concreto caso de autos no llega a percibirse que tal interés exija que lo sea ya, urgentemente, sin esperar el tiempo preciso para que el órgano judicial pueda pronunciarse sobre la acomodación a Derecho de la sanción impuesta”.

### 14. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA

#### A) Sustitución de la sanción impuesta por otra distinta prevista para ese tipo de infracción

Por considerar insuficiente la justificación dada por la autoridad sancionadora para imponer a un militar, autor de una falta muy grave, la sanción de separación del servicio, la **STS de 10 de septiembre de 2009**, Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario 70/2008), en lugar de retrotraer las actuaciones y encomendar a la Administración la imposición de la sanción acorde con las circunstancias, estima que “procede elegir la sanción que sustituya a la de separación del servicio” y, atendiendo a que el demandante solicita la sanción de suspensión de empleo en un extensión de seis meses, señala que

“participa de este planteamiento en cuanto a la clase de sanción, pero no respecto a su extensión, que considera ha de ser de un año”, imponiéndola por sí misma.

**B) El carácter principal o accesorio de la sanción influye para determinar si procede o no la casación**

“En los casos en que no sea admisible el recurso de casación contra la sanción principal y cualificada de multa, en cuanto respuesta sancionadora más grave pero inferior a 25 millones de pesetas, tampoco lo ha de ser el que tenga por objeto residual impugnar tan sólo amonestaciones impuestas (como sanción accesorio) junto a aquélla”; así que siendo la amonestación una sanción accesorio de otra principal “no puede modificar las reglas de recurribilidad” (STS de 4 de noviembre de 2009, Sección Tercera, recurso de casación 2368/2007).

**C) La sanción de amonestación privada, pese a calificarse de cuantía indeterminada, no es recurrible en casación si el legislador sectorial prevé una multa de cuantía inferior a la mínima legal prevista para las infracciones de igual o menor gravedad**

El Ministerio de Economía sanciona con amonestación privada a una empresa dedicada a la correduría de seguros por haber modificado de forma unilateral y sin consentimiento de su cliente la entidad aseguradora con la que tenía contratada una póliza. La sanción impuesta, que –por estar calificada como grave– impedía a la compañía mercantil citada presentarse a concursos públicos, fue objeto de recurso contencioso-administrativo. Una vez fallado éste en sentido desfavorable, la STS de 26 de enero de 2010, Sección Tercera (recurso de casación 5095/2007), inadmite el recurso de casación porque la sanción de amonestación privada no supera la cuantía de 25 millones de pesetas establecida como límite para la casación, al desprenderse de la normativa aplicable que la sanción impuesta es de “menor aflicción” que la de multa por importe de 6.010,12 euros y prevista para otras infracciones igualmente graves.

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR

ANTONIO MARÍA BUENO ARMIJO

MANUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ PORTUGUÉS

**VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA****Sumario:**

**1. Consideración preliminar.** **2. Causa expropriandi:** A) Requisitos para considerar implícita la declaración de utilidad pública en proyectos de obras hidráulicas. **3. Procedimiento expropiatorio.** A) Motivación de las expropiaciones urgentes: inaplicación del deber de motivar por aplicación de una Ley especial que exonera de dicha carga a la Administración. **4. Determinación del justiprecio.** A) Valoración del derecho de vuelo a efectos expropiatorios: inaplicación de los criterios de valoración del suelo. B) No indemnizabilidad de los frutos surgidos con posterioridad a la iniciación del expediente de justiprecio. C) Un sistema general no “crea ciudad” si no está específicamente vinculado a una determinada ciudad o área metropolitana contribuyendo al desarrollo de la malla urbana. De no ser así no procede su valoración expropiatoria como si de suelo urbanizable se tratase. **5. Garantías sustanciales.** A) Solicitud de reversión que es rechazada por tener carácter prematuro y que, tras reiterarse, vuelve a rechazarse por concurrir la excepción temporal de haber estado el bien afectado durante más de 10 años: interpretación del derecho transitorio de la Ley de Ordenación de la Edificación que introdujo dicha excepción temporal.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

Se comenta en este número la jurisprudencia en materia expropiatoria producida entre el 15 de febrero de 2010 y el 15 de mayo de 2010. No abundan, en esta ocasión, los pronunciamientos novedosos, pues la mayoría de las sentencias seleccionadas para el comentario son redundantes o se limitan a aportar algún matiz en líneas jurisprudenciales ya consolidadas. Acaso merecen destacarse preliminarmente dos sentencias sobre determinación del justiprecio: la que versa sobre la valoración del derecho de vuelo de un inmueble, que descarta el empleo de los criterios de valoración del suelo en estos casos y considera preferentes los que sirven para valorar derechos reales limitados (y, en última instancia, la libertad estimativa del artículo 43 de la LEF); y la sentencia que se pronuncia sobre la no indemnizabilidad de los frutos surgidos con posterioridad a la iniciación del expediente de justiprecio, que asienta con claridad la doctrina general sobre el particular.

## 2. CAUSA EXPROPRIANDI

### A) Requisitos para considerar implícita la declaración de utilidad pública en proyectos de obras hidráulicas

La legislación de Aguas prevé supuestos específicos en los que considerar implícita la utilidad pública de ciertas obras hidráulicas a efectos expropiatorios que abundan en la brecha abierta por el artículo 10 de la LEF (“la utilidad pública se entiende implícita, en relación con la expropiación de inmuebles, en todos los planes de obras y servicios del Estado, Provincia y Municipio”). Ésta es la orientación del artículo 44.2 del vigente Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001, según el cual “La aprobación de los planes hidrológicos de cuenca implicará la declaración de utilidad pública de los trabajos de investigación, estudios, proyectos y obras previstos en el plan”; lo que es completado por el artículo 130.1 disponiendo que “la aprobación de los proyectos de obras hidráulicas de interés general llevará implícita la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes y adquisición de derechos, a los fines de expropiación forzosa y ocupación temporal (...)”. A tenor de este último precepto, para que pueda considerarse implícita la declaración de su utilidad pública a efectos expropiatorios mediante la aprobación del proyecto en los supuestos no comprendidos en el Plan de Cuenca es clave que las obras en cuestión sean “de interés general”, concepto que es precisado en el artículo 46 del Texto Refundido de la Ley de Aguas; de modo que de no quedar comprendidas en él necesitarían que una norma *ad hoc* (con rango de Ley o, excepcionalmente, de Real Decreto –en los casos tasados en el apdo. 3º del mencionado artículo 46–) las declare de interés general, tal y como hizo –según hemos visto también en otras ocasiones– el artículo 36 de la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional para las obras relacionadas en sus Anexos II y III.

La **STS de 11 de mayo de 2010** (recurso 5898/2006), resuelve el recurso de casación deducido contra una Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 29 de septiembre de 2006, que anuló una resolución de la Confederación Hidrográfica del Norte que declaró de utilidad pública a efectos expropiatorios de los terrenos afectados por un proyecto de acondicionamiento de la margen derecha del río Avia a su paso por la localidad de Rivadavia, en el que se decía que tal declaración contaba con la cobertura legal del Anexo II de la Ley del Plan Hidrológico Nacional en su consideración de obras de interés general a los efectos de los artículos 44 del Texto refundido de la Ley de Aguas y 10 de la LEF.

El Tribunal Supremo declara que no ha lugar a la casación interesada confirmando lo dicho por la sentencia de instancia que, por su parte, desmontaba paso a paso la argumentación seguida por la Administración. En primer lugar, negando el carácter de “interés general” de la obra, concluyendo que el mero acondicionamiento de la margen de un río no es subsumible en ninguno de los supuestos del artículo 46.1 del Texto Refundido de la Ley de Aguas. En segundo término, excluyendo la aplicación al caso del Anexo II de la Ley del Plan Hidrológico Nacional, pues la referencia genérica que dicho Anexo hace al “Plan Hidrológico Forestal: protección y regeneración de espacios naturales” en la que se escudaba la Administración expropiante no designa ningún proyecto concreto ni identi-

## VIII. Expropiación Forzosa

fica, siquiera sea de manera indirecta o indiciaria, qué actuaciones estarían necesitadas de una intervención expropiatoria. Y, en tercer y último lugar, porque no puede considerarse que el citado Anexo dé cobertura al proyecto de acondicionamiento de la margen derecha del río Avia ni que tal proyecto se incluya en “un plan de obras o servicios del Estado, Provincia o Municipio” a los efectos de entender implícita la declaración de utilidad pública en los términos que prevé el artículo 10 de la LEF, lo que conduce a la desestimación del recurso de casación.

### 3. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

#### A) Motivación de las expropiaciones urgentes: inaplicación del deber de motivar por aplicación de una Ley especial que exonera de dicha carga a la Administración

Para los lectores habituales de estas crónicas es bien conocida la vigorosa y abundante línea jurisprudencial que viene exigiendo un mayor rigor en la apreciación de los requisitos que permiten a la Administración recurrir al procedimiento expropiatorio de urgencia; lo que se ha traducido en una cada vez más estricta interpretación de los presupuestos que legitiman las expropiaciones urgentes y del propio concepto de urgencia, tal y como reclama el carácter excepcional de este tipo de expropiaciones.

Frente al desmesurado abuso que la Administración hace de este procedimiento, el Tribunal Supremo sostiene que para poder declarar la urgente ocupación de los bienes a expropiar es preciso, en primer lugar, que efectivamente concurren las circunstancias de excepcionalidad que permiten acudir al procedimiento del artículo 52 de la LEF. Se trata, como manifiesta la jurisprudencia, de circunstancias de urgencia real y constatada que deben quedar suficientemente justificadas para que puedan servir de base a una excepción tan importante al sistema general de previo pago del justiprecio. Como consecuencia lógica de ello se exige, en segundo lugar, la necesidad de motivar debidamente el acuerdo que declare la urgente ocupación, con exposición de las circunstancias que lo justifican. Y, como hemos destacado dicho en otras ocasiones, es sobre todo en la motivación donde se concreta el control judicial de la discrecionalidad en estos casos, pues en ella puede apreciarse la concurrencia de los presupuestos que determinan la legalidad de la declaración de urgencia y la racionalidad de la decisión misma, permitiendo, así, detectar la ausencia de desvíos o arbitrariedades. También hemos destacado que son menos las veces en las que el Tribunal Supremo se adentra a examinar la existencia misma de las circunstancias que justifican la urgencia; consciente acaso de que esta fórmula de control, basada en el análisis fáctico del presupuesto de hecho habilitante para el ejercicio de la potestad, es mucho más dificultosa, porque *–prima facie–* parece reclamar un aparato probatorio capaz de desmontar indubitadamente la existencia de la urgencia o bien una evidente irracionalidad en la apreciación que de ella haga la Administración; terreno, en suma, más lúbil e indiciario que el de la motivación y *–sin duda–* más apto para la pervivencia de un “núcleo duro” o resistente de discrecionalidad. En uno u otro caso, tampoco cabe duda que es la Administración la que gobierna la apreciación de la urgencia y la justificación de su presupuesto último, sin que pueda el juez o Tribunal adentrarse con mejor o mayor criterio en el ejercicio de la potestad, más allá de los incumplimientos a los que acabamos

de referirnos, que implican más un control negativo de la declaración de la urgencia que una apreciación alternativa, en positivo, de ésta.

Se encontrará una prueba de esta autoconstricción judicial en la **STS de 7 de mayo de 2010** (recurso 4489/2006), que resuelve el recurso de casación formulado contra una sentencia del TSJ de Madrid estimatoria del deducido contra un acuerdo de justiprecio a resultas de anular la declaración de la urgencia en una expropiación para la construcción de un apeadero de una línea de ferrocarril de cercanías. La sentencia de instancia aprecia la inexistencia de una adecuada y suficiente motivación que justifique la utilización del procedimiento expropiatorio de urgencia y accede a la petición de nulidad del procedimiento instada por el recurrente. Tras exponer el Tribunal *a quo* la doctrina del Tribunal Supremo que antes reseñábamos, concluye que esa falta de motivación incumple la previsión del artículo 153.1 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, aplicable al caso, según el cual “la aprobación del correspondiente proyecto de establecimiento de nuevas líneas (...), así como los de obras de ampliación o mejora de líneas preexistentes que requieran la utilización de nuevos terrenos y cuya realización resulte jurídicamente procedente, supondrá la declaración de utilidad pública o interés social y la urgencia de la ocupación a efectos de expropiación forzosa, de los terrenos por los que haya de discurrir la línea o realizarse la ampliación o mejora según lo previsto en la legislación expropiatoria”, pues el automatismo del precepto no puede desconocer el deber de motivar en estos casos, de modo que

“la mera referencia de forma genérica al artículo 153 no constituye un razonamiento preciso y detallado para este caso en concreto, en que a pesar de tratarse de un proyecto constructivo consistente en la mejora de una línea ferroviaria ya existente por la construcción de un apeadero en El Casar en la Línea C-3 de Cercanías de Madrid, ninguna referencia existe en todo el expediente administrativo respecto a la necesidad de utilizar nuevos terrenos por la vía excepcional del procedimiento de urgencia, en lugar de acudir al proceso ordinario de previo pago y posterior ocupación. Es decir, no consta en modo alguno la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen el acudir a este procedimiento expropiatorio de urgencia. Por ello debe accederse a la petición de nulidad instada por el demandante, por haberse prescindido del procedimiento legalmente establecido.”

Frente a este razonamiento, el Tribunal Supremo acoge la alegación efectuada por el Abogado del Estado en sede casacional, que entendía que el citado artículo 153 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres es especial y específico frente al artículo 52 de la LEF y, a diferencia de este último, omite toda referencia al deber de motivación de la declaración de urgencia, instaurando un mecanismo automático según el cual la mera aprobación del proyecto de un proyecto de obras bajo su cobijo implica la declaración de urgencia. Con cita de algún precedente jurisprudencial de la propia Sala (SSTS de 21 de junio de 2005 y de 28 de octubre de 2008), el Tribunal Supremo admite este argumento de la prevalencia de la *lex specialis* afirmando, sin más, que

“la aprobación del correspondiente proyecto de nuevas líneas o los de obras de ampliación o mejora de líneas preexistentes, es suficiente, sin necesidad de otra justificación,

## VIII. Expropiación Forzosa

para entender adecuadamente motivada la urgencia de la ocupación. Está justificada por disposición legal”.

Creemos, no obstante, que un pronunciamiento tan formalista no debería haber rehuido una mayor argumentación que justificase la exoneración del deber de motivar, que no deriva sólo de la ley “general” expropiatoria (que podría entenderse que ha de ceder, en cuanto general, frente a la Ley especial) sino de la garantía del procedimiento “común” (y por tal carácter indesplazable) establecida por el artículo 54 de la Ley 30/1992, según el cual, todos los actos administrativos discrecionales (y la declaración de urgencia siempre lo es) requieren una oportuna motivación.

### 4. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO

#### A) Valoración del derecho de vuelo a efectos expropiatorios: inaplicación de los criterios de valoración del suelo

La **STS de 3 de mayo de 2010** (recurso 5590/2006), se pronuncia sobre la valoración de la expropiación de un derecho real limitado consistente en el vuelo de una planta de aparcamientos privados en un inmueble para construir por sobreelevación otra de uso público. El interés de la sentencia es máximo, porque además de situar dogmáticamente el derecho de vuelo como una manifestación del derecho de superficie (así lo recoge expresamente el vigente artículo 40.1 del vigente texto refundido de la Ley del Suelo), rechaza el empleo de los criterios de valoración del suelo para valorar el justiprecio en estos casos, considerando preferentes los que sirven para valorar derechos reales limitados y, en última instancia y supletoriamente, la libertad estimativa del artículo 43 de la LEF. Merece la pena transcribir el razonamiento seguido por el Tribunal Supremo:

“El objeto de la expropiación en el presente caso no es el suelo, sino (...) un derecho real en cosa ajena. Ello implica que esta Sala no puede compartir el enfoque de la sentencia impugnada, que apoya todo su razonamiento en (...) Ley del Suelo y Valoraciones (...) regulador[a] de la valoración del suelo urbano. La sentencia impugnada habría debido, más bien que contemplar la valoración de las concesiones administrativas y de los derechos reales sobre inmuebles. Dicho precepto hace una remisión a la Ley de Expropiación Forzosa y ésta, para aquellos derechos reales carentes de reglas valorativas propias, se remite a su vez a la legislación fiscal. Ésta habría sido la vía correcta para hallar el justiprecio de un derecho de vuelo.

Una vez sentado lo anterior, es evidente que no es misión de esta Sala corregir y revisar cualesquiera errores en que haya podido incurrir el tribunal *a quo*, sino que debe limitarse a examinar las infracciones que la recurrente reprocha a la sentencia impugnada. No hay que olvidar que el recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario, que sólo cabe contra determinadas sentencias y autos y, además, por motivos tasados. La relajación de estas rigurosas condiciones del recurso de casación conduciría a una desvirtuación del mismo, transformándolo en una especie de apelación universal. Esto sería gravemente perjudicial para la adecuada administración de la justicia, que requiere, entre otras cosas, respetar las reglas de división del trabajo entre los distintos grados jurisdiccionales. Y lleva-

ría, además, a esta Sala a adentrarse por una senda próxima a la arbitrariedad, pues tendría que ‘reescribir’ o ‘reinterpretar’ los recursos de casación incorrectamente articulados, con todo lo que ello comportaría de preferencia subjetiva.

Pues bien, tal como se dejó dicho más arriba, en este recurso de casación sólo se invoca infracción del artículo 43 de la LEF. Dista de ser claro que este precepto, que abre la posibilidad de acudir a la libertad estimativa cuando los criterios legales de valoración resulten inadecuados, fuera aplicable al presente caso. La redacción del artículo 43 de la LEF que *ratione temporis* debe tenerse en cuenta es la anterior a la que resulta de la modificación introducida por la Ley del Suelo de 28 de mayo de 2007 y que excluye radicalmente la aplicación de dicho precepto a las expropiaciones de bienes inmuebles. En el momento a que se refiere la expropiación aquí examinada, no regía dicha limitación. Sólo regía el mandato (...) de la Ley del Suelo y Valoraciones, según el cual ‘las valoraciones de suelo se efectuarán con arreglo a los criterios establecidos en la presente Ley’. Este inequívoco mandato legal ha servido a esta Sala, incluso antes de 2007, para afirmar que la libertad estimativa del artículo 43 de la LEF no cabe en la valoración de suelo. Véanse, entre otras, nuestras Sentencias de 28 de marzo y 4 de abril de 2000. Ahora bien, dado que en el presente caso no se trata de valorar suelo, no cabe excluir absolutamente la aplicabilidad del citado artículo 43 de la LEF, naturalmente en la medida en que lo permita el artículo 32 de la Ley del Suelo y Valoraciones sobre valoración de derechos reales sobre inmuebles y la legislación expropiatoria y fiscal a que se remite.

Cuanto se acaba de exponer sirve para verificar que el precepto que la recurrente invoca como infringido no es, al menos a primera vista, completamente ajeno al presente caso. No obstante, lo que sin duda resulta inútil para fundar el único motivo de este recurso de casación es toda la argumentación que, con apoyo en dicho artículo 43 de la LEF, desarrolla la recurrente: si el artículo 43 de la LEF tuviera alguna relevancia en el presente caso, sería porque en aplicación de la legislación a la que se remite el artículo 32 de la Ley del Suelo y Valoraciones no se pudiera llegar a ningún criterio nítido de valoración del derecho de suelo; no porque el justiprecio fijado con base en el criterio de valoración propio del suelo urbano resulte, a juicio de la recurrente, inadecuado a la realidad económica. Por esta razón, el artículo 43 de la LEF, en el sentido en que lo alega la recurrente, no ha sido infringido por la sentencia impugnada; y, en cuanto a un posible juego de dicho precepto como norma supletoria, ni ha sido alegado por la recurrente, ni se ha demostrado que lo permitieran las circunstancias del presente caso. Este recurso de casación debe ser desestimado”.

## **B) No indemnizabilidad de los frutos surgidos con posterioridad a la iniciación del expediente de justiprecio**

La **STS de 3 de mayo de 2010** (recurso 6625/2005), resuelve un recurso de casación en el que se discute la denegación de la valoración de las rentas agrícolas generadas tras la iniciación del expediente de justiprecio y con anterioridad a la ocupación del bien por la Administración expropiante. En aplicación del artículo 36 de la LEF, la sentencia de

## VIII. Expropiación Forzosa

instancia rechazó esta pretensión interpretando que el justiprecio debe tener en cuenta el valor del bien expropiado en el momento de iniciación del expediente de valoración y que, por ello mismo, no puede incluir frutos posteriores. Abundando en este argumento y rechazando este motivo casacional, el Tribunal Supremo sostiene que los frutos que el bien expropiado produzca con posterioridad al momento de iniciación del expediente de justiprecio —momento a que va referida la valoración de la finca expropiada— no pueden entenderse del expropiado. Es cierto que la legislación de expropiación forzosa no contempla expresamente este supuesto, cosa que sí hace en cambio la legislación urbanística aplicable al caso (artículo 31 de la Ley 6/1998 del Suelo y Valoraciones), que preveía que las plantaciones y sembrados existentes en el suelo habrían de valorarse con independencia de éste, salvo que por su carácter de mejoras permanentes hayan sido tenidas en cuenta en la determinación del valor del terreno. Esto quiere decir que se debe incluir en el justiprecio el valor de las cosechas pendientes en el momento a que va referida la valoración, no el valor de futuras cosechas. En palabras de la sentencia que se comenta,

“Dado que las cosechas son frutos y dado que aquí, por discutirse sólo a quién pertenecen los frutos futuros, es indiferente que se trate de frutos naturales o de otra clase, cabe afirmar que hay identidad de razón, en el sentido del artículo 4 del CC, entre el supuesto contemplado en el citado artículo 31 de la Ley del Suelo y Valoraciones y el presente caso. Ello permite, haciendo una aplicación analógica de este precepto legal, concluir que los frutos que la finca expropiada produjo después del inicio del expediente de justiprecio no pertenecen a las recurrentes”.

Al mismo resultado se llega, como precisa la propia sentencia, si en lugar de la analogía con la Ley del Suelo se utiliza el principio general en materia de derecho a los frutos, pues el artículo 1095 del CC dispone que “el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla” (momento distinto al de la entrega o *traditio* propiamente dicha). Y la obligación de entrega del bien expropiado existe desde el momento en que se acuerda la necesidad de su ocupación, sin perjuicio de que la *traditio* tenga lugar (en el procedimiento expropiatorio ordinario) una vez satisfecho el justiprecio. A decir de la sentencia:

“la obligación de entrega que pesa sobre el expropiado, al igual que la obligación de pago del justiprecio que pesa sobre la Administración expropiante o sobre el beneficiario, surgen desde el momento en que, mediante el acuerdo de necesidad de ocupación de determinado bien, se decide su expropiación forzosa. Más claro aún, siempre con respecto al principio general sobre derecho a los frutos, resulta el artículo 1468 CC cuando, en sede de compraventa, dispone que ‘todos los frutos pertenecerán al comprador desde el día en que se perfeccionó el contrato’. Aquí la posición del comprador correspondería claramente a la Administración expropiante, en su condición de acreedora del bien expropiado”.

En conclusión, los frutos del bien expropiado posteriores al momento de iniciación del expediente de justiprecio pertenecen a la Administración expropiante o, en su caso, al beneficiario. Cuestión distinta, que no se plantea en el presente caso, es si la anulación del acto administrativo que acuerda la expropiación forzosa engendraría un deber de restitución de los frutos hechos suyos por la Administración expropiante o por el beneficiario.

**C) Un sistema general no “crea ciudad” si no está específicamente vinculado a una determinada ciudad o área metropolitana contribuyendo al desarrollo de la malla urbana. De no ser así no procede su valoración expropiatoria como si de suelo urbanizable se tratase**

Como hemos tenido ocasión de comentar en números anteriores de esta Revista, en los últimos años se ha consolidado el criterio jurisprudencial según el cual el suelo destinado a dotaciones o sistemas generales ha de valorarse a los efectos de su expropiación como si de suelo urbanizable se tratase, pese a que pueda estar formalmente clasificado de no urbanizable por el Plan urbanístico correspondiente. La procedencia de tener en cuenta tales aprovechamientos a la hora de ejecutar suelo dotacional deriva de la propia lógica compensatoria del urbanismo, pues de lo contrario quedaría vulnerada la obligación de equidistribuir los beneficios y cargas derivados del planeamiento que originariamente recogieron los artículos 3.2.b) y 87.1 del TRLS de 1976 y que, desde entonces, ha estado presente en toda la normativa urbanística posterior –tanto estatal como autonómica– por ser trasunto del principio constitucional de igualdad, tanto en su dimensión formal (artículo 14 CE) como material (artículo 9.2 CE). Ciertamente, la obtención e implantación de servicios para la ciudad no debe hacerse a costa del sacrificio singularizado de unos propietarios a los que el planificador califica de rústico el suelo que se les expropia a tal fin, pues dicho suelo, al encontrarse asignado a la estructura general de ordenación urbanística del municipio, de su red dotacional, debe estimarse como una obra de infraestructura básica adscribible al suelo urbanizable a efectos de su valoración urbanística. Esta doctrina presupone, pues, que el sistema general al que sirven los terrenos no urbanizables que resultan expropiados tiene vocación de integrarse en la malla urbana, de “crear ciudad”, que es la expresión que ha hecho fortuna en la jurisprudencia.

Así, pues, aunque el Plan no contemple la ejecución de un sistema y sea cual sea su calificación jurídica en caso de que lo contemple, dicho sistema tendrá que valorarse como si de suelo urbanizable se tratase cuando efectivamente contribuye a “crear ciudad”. De este modo, la valoración como suelo urbanizable de los sistemas generales es condicionada por el Tribunal Supremo a que tales espacios o infraestructuras puedan ser subsumidos en ese concepto jurídico indeterminado (crear ciudad) de elaboración jurisprudencial, cuya concreción al caso concreto exige un esfuerzo ponderativo suplementario a la Administración actuante y, eventualmente, al órgano judicial que revise sus decisiones. En este orden de consideraciones, la casuística ha revelado la complejidad hermenéutica de esta línea jurisprudencial que ha ido afinando azarosamente la idea de que no todo sistema que “sirva” a la ciudad o tenga algún género de asociación de servicio con ella merece ser considerado un sistema “creador” de “ciudad”, sino que sólo aquel que efectivamente se integre en la estructura general y orgánica de la ciudad o contribuya claramente a la expansión de la malla urbana. Es evidente, sin embargo, la dificultad de la tarea hermenéutica; tarea nada fácil y nada previsible o apriorística, que obliga al intérprete a estar muy atento al análisis tipológico y topológico al que se ha visto abocado, por impulso propio, el Tribunal Supremo.

No está de más recordar también que, dado que esta doctrina jurisprudencial produce un encarecimiento de las obras públicas, el legislador intentó corregir sus efectos modificando el artículo 25 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, del Suelo y Valoraciones por la

## VIII. Expropiación Forzosa

Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social que, tras ratificar el criterio rector de que la valoración de los sistemas se determina, en todo caso, según la clase de suelo sobre el que se asienten o discurran, dejó claro que sólo se valorarán como suelo urbanizable si éste los hubiera expresamente adscrito o incluido por el Plan correspondiente a los efectos de su obtención a través de los mecanismos de equidistribución de beneficios y cargas. De lo contrario, se tendrían que valorar como suelo no urbanizable. De este modo, el legislador volvía al criterio tradicional que había formulado la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo con anterioridad al asentamiento del criterio extensivo de “crear ciudad”: si el Plan negaba la condición urbanizable, pese en los términos que antes señalábamos. La Ley estatal 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, dio un nuevo giro significativo a esta cuestión. De un lado, la regulación de las dos situaciones básicas del suelo (“rural” y “urbanizado”) que responden netamente al criterio de la facticidad o estado real del suelo, hace obligado considerar incluida en una de tales situaciones todo tipo de suelo (artículo 12.1), particularmente los destinados a sistemas que, con independencia de su clasificación y de su adscripción o no a los efectos de su obtención sistemática o asistemática, estarán siempre en una de esas dos situaciones (cuando hasta ahora el planificador podía excluirlos de la clasificación urbanística). De otro lado, la Ley avala la inclusión generalizada de los sistemas en la situación de suelo “rural” a los efectos de su valoración con independencia de cual sea su clasificación urbanística conforme a las distintas categorías establecidas por el legislador autonómico. Esta última circunstancia, unida a la valoración del suelo en situación rural por el método de capitalización de rentas reales o potenciales del suelo (artículo 22) va a suponer, sin duda, un abaratamiento considerable de la obtención de terrenos destinados a sistemas supramunicipales (con independencia de que contribuyan o no a “crear ciudad”) y de las obras públicas en general.

En el período analizado se han producido varios pronunciamientos en los que se trasluce un esfuerzo autoconstrictivo por parte del Tribunal Supremo que parece coherente con la evolución legal del problema que acaba de describirse. Entre todos ellos destaca muy especialmente la **STS de 9 de abril de 2010** (recurso 294/2009), sobre la expropiación de terrenos para la construcción del aeropuerto de Castellón. Se recordará, en este sentido, que la jurisprudencia “crear ciudad” se cimentó —precisamente— a partir de la ampliación del aeropuerto de Barajas con la expropiación de terrenos en el término municipal de Alcobendas que (tras los abundantes pronunciamientos que siguieron a la precursora STS de 5 de febrero de 2004) se valoraron como suelo urbanizable porque el sistema aeroportuario en cuestión contribuía a “crear ciudad”. No es ésta la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo en el caso del aeropuerto de Castellón, en la que para desestimar esta pretensión se desarrolla una argumentación muy ilustrativa del esfuerzo y la dificultad por perfilar el concepto indeterminado de “crear ciudad” que es conveniente reproducir por su carácter ilustrativo:

“(…) esta Sala ha configurado los aeropuertos como infraestructuras que ayudan a que la ciudad se expanda. Es verdad que para la localización de nuevos aeropuertos se buscan usualmente terrenos rústicos, por exigencias obvias de espacio y seguridad: no sería razonable construir un aeropuerto justo al lado del casco urbano. Sin embargo, el hecho de que una ciudad cuente con aeropuerto supone materialmente una mejora de sus comunicaciones y, por ello mismo, una mejora de su potencial económico y de las condiciones

de vida de sus habitantes. A ello hay que añadir que no es infrecuente que alrededor de un nuevo aeropuerto surja una zona de industrias y servicios, que provoca un ulterior efecto multiplicador de la expansión urbana. Es escasamente discutible, por todo ello, que un nuevo aeropuerto es un modo importante de creación de ciudad (...). Ésta es la regla general jurisprudencialmente establecida, que esta Sala continúa reputando adecuada a la realidad de las cosas y ajustada a derecho.

Dicho todo esto, no cabe ignorar que existe la posibilidad de que ciertos aeropuertos, por su ubicación y por la finalidad para la que han sido construidos, no contribuyan a crear ciudad en el sentido arriba expuesto. Puede haber aeropuertos que no estén específicamente vinculados a una determinada ciudad o área metropolitana. Si esto ocurriera, habría que concluir que, como excepción a la regla general, ese aeropuerto no es una infraestructura que ayuda a la expansión de la ciudad y, por tanto, los terrenos rústicos expropiados para su construcción no habrán de ser valorados como si de suelo urbanizable se tratase.

A la vista del material probatorio recogido en las actuaciones remitidas a esta Sala, ello es seguramente lo que sucede con el aeropuerto para el que fue expropiado el terreno de la recurrente. Así se desprende, de entrada, de la propia denominación del proyecto que legitima la expropiación como ‘Construcción de instalaciones aeroportuarias en la provincia de Castellón’: es claro que no se trata del aeropuerto de una determinada ciudad o conurbación, sino del aeropuerto llamado a servir genéricamente a toda una provincia. A esto hay que añadir su ubicación entre Villanueva de Alcolea y Benlloch, dos localidades relativamente pequeñas que evidentemente no son las destinatarias principales del aeropuerto. Éste se halla notablemente alejado de la ciudad de Castellón de la Plana, a más de una treintena de kilómetros hacia el norte; y además está separado de la costa, donde se encuentran los principales centros de población. Todo este cúmulo de factores obliga a concluir que se trata de un aeropuerto que no contribuye a la expansión de ninguna ciudad en especial.

Conviene observar, a mayor abundamiento, que precisamente por su peculiar ubicación, no existe la expectativa razonable de que la construcción del nuevo aeropuerto traiga consigo inmediatamente una transformación de su entorno en suelo urbanizable; y, siendo esto así, no hay riesgo de que se produzca una rotura del principio de equidistribución de beneficios y cargas, que es —no hay que olvidarlo— la razón de ser última de la jurisprudencia que obliga a valorar como suelo urbanizable los terrenos rústicos expropiados para la realización de sistemas generales que crean ciudad. Dicho de otra manera, la finalidad perseguida por esa jurisprudencia es evitar que personas cuyos terrenos han sido expropiados e indemnizados como suelo no urbanizable vean más tarde que, como consecuencia de la infraestructura que legitimó la expropiación, los terrenos próximos se transforman en suelo urbanizable con el consiguiente enriquecimiento de sus propietarios: si la infraestructura está llamada a modificar todo el entorno, el principio de equidistribución de beneficios y cargas derivados de la ordenación territorial exige que de dicha modificación se beneficien también los expropiados, y no sólo los propietarios de otros terrenos de la zona que no se vieron afectados por la expropiación. Dado que en el presente caso, por las razones antes expuestas, no hay riesgo de desequilibrio en la distribución de los beneficios

## VIII. Expropiación Forzosa

y cargas derivados de la construcción del nuevo aeropuerto, no hay razón para valorar el terreno expropiado como si se tratase de suelo urbanizable”.

### 5. GARANTÍAS SUSTANCIALES

#### **A) Solicitud de reversión que es rechazada por tener carácter prematuro y que, tras reiterarse, vuelve a rechazarse por concurrir la excepción temporal de haber estado el bien afectado durante más de 10 años: interpretación del derecho transitorio de la Ley de Ordenación de la Edificación que introdujo dicha excepción temporal**

La **STS de 23 de marzo de 2010** (recurso 5367/2006), conoce del recurso de casación planteado contra una sentencia del TSJ de Extremadura que inadmitió el recurso deducido contra una Resolución de la Dirección General de Infraestructuras del Ministerio de Defensa denegatoria de la reversión de unos terrenos expropiados en 1950 para la construcción de un campo de tiro militar en la Provincia de Badajoz. Con fecha 17 de diciembre de 1998, los recurrentes presentaron solicitud de reversión por abandono de las instalaciones, que no se afectaban ya al destino originario. Al no recibir respuesta, reiteraron su solicitud el 9 de marzo de 2000. La solicitud de reversión fue denegada por Resolución del Director General de Infraestructura de 25 de abril de 2000, confirmada en alzada por resolución del Ministro de Defensa de 4 de agosto de 2000. La razón en que se basó la denegación fue que la solicitud de reversión debía considerarse prematura, por no haberse producido aún la desafectación formal del terreno expropiado. Ya en vía jurisdiccional, la denegación de reversión fue confirmada por Sentencia del TJ de Madrid de 11 de junio de 2003, frente a la que se planteó un recurso de casación que fue desestimado por STS de 7 de marzo de 2007, que confirmó el carácter prematuro de la solicitud de reversión.

El 16 de septiembre de 2003, poco más de dos meses después de que la denegación de la solicitud de reversión fuera confirmada por el órgano judicial de instancia, los recurrentes formularon una nueva solicitud de reversión, que también fue denegada por Resolución del Director General de Infraestructuras de 12 de noviembre de 2003, confirmada en alzada por resolución del Ministro de Defensa de 1 de marzo de 2004. La razón en que se basó esta segunda denegación fue que, habiéndose producido la desafectación formal el 26 de abril de 2001, el terreno expropiado había estado más de diez años destinado al fin que justificó la expropiación. Por ello, de acuerdo con la nueva redacción dada al artículo 54 de la LEF por la Disposición Adicional Quinta de la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999, el derecho de reversión de los recurrentes había decaído. Disconformes con ello, éstos acudieron de nuevo a la vía jurisdiccional invocando la vulneración por la Administración del principio de buena fe proclamado en el artículo 3 de la LRJ-PAC, por considerar que, tras haber denegado la primera solicitud por prematura, la Administración deniega indebidamente la segunda aplicando una norma legal que no estaba en vigor cuando se iniciaron los trámites necesarios para obtener la reversión del terreno expropiado.

Así pues, el tema que se debate en el recurso de casación que resuelve la sentencia que se comenta es si la Administración, que ya denegó una primera solicitud de reversión por-

que no se había producido aún la desafectación formal, puede, cuando esta desafectación formal ya se ha producido, denegar una segunda solicitud de reversión porque entretanto se ha producido una reforma del artículo 54 de la LEF que establece un límite temporal al derecho de reversión. Debe recordarse, en este sentido, que la Disposición Transitoria Segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación dispone que “lo establecido en la Disposición Adicional Quinta no será de aplicación a aquellos bienes y derechos sobre los que, a la entrada en vigor de la ley, se hubiera presentado la solicitud de reversión”. Y dado que la solicitud de reversión cuya denegación da lugar a este pronunciamiento es de 16 de septiembre de 2003 (posterior a la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 54 de la LEF) el Tribunal Supremo estima que cuando presentaron dicha solicitud los recurrentes ya no tenían derecho de reversión. Además, la sentencia afirma que tal conclusión no se ve afectada por el hecho de que los recurrentes hubieran presentado anteriormente otra solicitud de reversión que fue denegada por reputarse prematura, pues se trataba de una solicitud diferente, basada en unas circunstancias distintas —no se había aún acordado la desafectación formal del terreno expropiado— y, sobre todo, era una solicitud que había dado lugar a un procedimiento administrativo ya concluido administrativa y judicialmente; por lo que no existe continuidad entre las dos solicitudes de reversión ni una puede considerarse prolongación de la otra. Tampoco encuentra el Tribunal Supremo razones para afirmar que la Administración haya actuado de mala fe, aun reconociendo que sea cierto que el establecimiento de un límite temporal al derecho de reversión le haya favorecido (en el sentido de que esta reforma legislativa le ha permitido rechazar la reversión pretendida por los recurrentes). Sin embargo, no hay prueba de que la Administración haya demorado deliberadamente la adopción del acto de desafectación expresa del terreno expropiado, con el propósito de ganar tiempo hasta que la Ley de Ordenación de la Edificación fuera aprobada y entrase en vigor. Por todo ello, la sentencia confirma las resoluciones del Director General de Infraestructuras de 12 de noviembre de 2003 y del Ministro de Defensa de 1 de marzo de 2004.

El fallo cuenta con un voto particular formulado por Don Luis María Díez-Picazo Giménez, al que se adhiere D. José Manuel Sieira Míguez, que disienten del parecer de la mayoría por considerar que el límite temporal del derecho de reversión establecido por la Ley de Ordenación de la Edificación no era aplicable a los recurrentes. En virtud de su razonamiento,

“La Disposición Transitoria Segunda de ese texto legal dice que la nueva redacción del artículo 54 de la LEF, en virtud de la cual no hay derecho de reversión cuando el bien expropiado ha estado durante más de diez años destinado al fin que justificó la expropiación, ‘no será de aplicación a aquellos bienes y derechos sobre los que, a la entrada en vigor de la ley, se hubiera presentado la solicitud de reversión’. Obsérvese bien que no habla de expedientes iniciados antes de la entrada en vigor de la nueva ley, sino significativamente de bienes cuya reversión se hubiera pedido antes de ese momento. Tal vez se trate de una mera licencia estilística y la voluntad del legislador fuera, en todo caso, excluir del nuevo régimen jurídico del derecho de reversión sólo aquellos expedientes administrativos ya iniciados cuando entró en vigor la nueva ley. Pero, sea cual fuere la voluntad del legislador, es indiscutible que literalmente el criterio de derecho transitorio empleado por la Ley de

## VIII. Expropiación Forzosa

Ordenación de la Edificación no es el de los expedientes o procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, sino el de los bienes cuya reversión estuviera solicitada en ese momento. Este dato es de crucial importancia, por dos razones.

En primer lugar, porque la expresión ‘bienes sobre los que, a la entrada en vigor de la ley, se hubiera presentado la solicitud de reversión’ es lo suficientemente amplia como para abarcar casos como el presente, en que dos solicitudes de reversión sobre un mismo bien se solapan en el tiempo: la segunda se presenta inmediatamente después de que la denegación de la primera es confirmada por el órgano judicial de instancia, contra cuya sentencia además se ha interpuesto recurso de casación. No hay solución de continuidad entre una solicitud y otra o, por decirlo con mayor precisión, se está en presencia de una única situación litigiosa –hay unas mismas partes y una misma pretensión– que no estaba definitivamente resuelta cuando intervino la reforma de 1999 del derecho de reversión. Más aun, los recurrentes nunca se aquietaron: habiendo iniciado los trámites necesarios para obtener la reversión con anterioridad a la nueva ley, no dejaron que la denegación de su primera solicitud adquiriera firmeza sin antes presentar una nueva solicitud, a la que ya no cabía reprochar el carácter prematuro determinante de la desestimación de la primera solicitud. En estas circunstancias, y dado además que es buen canon hermenéutico interpretar restrictivamente las normas limitativas de derechos, creo que los recurrentes tenían derecho a la reversión solicitada.

En segundo lugar, en conexión con cuanto se acaba de exponer, no hay que olvidar que el criterio de derecho transitorio adoptado por la Ley de Ordenación de la Edificación no es procedimental, sino sustantivo. No se refiere a los expedientes iniciados antes de la entrada en vigor de la nueva ley, sino a los bienes cuya reversión estuviese solicitada en ese momento. Lo decisivo, así, no es si el procedimiento administrativo a que dio lugar la primera solicitud de los recurrentes había ya concluido cuando entró en vigor el límite temporal del derecho de reversión, sino si en ese momento había un bien cuya reversión se pretendía. La respuesta a este último interrogante es indudablemente afirmativa, lo que constituye un argumento adicional para considerar que habría debido estimarse la demanda de los recurrentes”.

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 omisión en el caso de daños causados por un tercero.

B) Antijuridicidad. Teoría del margen de tolerancia. Reembolso de honorarios de abogados por la tramitación de asuntos en vía administrativa. **3. Daño indemnizable.**

A) Evaluación del daño moral derivado de la orden de demolición de viviendas por ilegalidad de la concesión de la licencia. B) Valoración de la pérdida de autonomía de decisión derivada de la vulneración del deber de obtener el consentimiento informado antes de realizar una operación quirúrgica. C) Evaluación y actualización del importe del perjuicio indemnizable. **4. Acción y procedimiento.** Criterio de imputación subjetiva cuando el daño deriva de un acto que es mera aplicación de una ley

inconstitucional. **5. Responsabilidad del Poder Judicial.** A) Funcionamiento anormal: dilaciones indebidas. B) Funcionamiento anormal: irregular actuación del Secretario Judicial.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

Que el sistema, legalmente objetivo, de la responsabilidad de la Administración Pública está teñido de elementos culpabilísticos en algunos aspectos y sectores, e incluso enteramente impregnado de ellos, ha dejado de ser un secreto a voces, habiéndose convertido en algo denunciado cada vez con más fuerza, de modo que esas voces han ido desplazando el silencio o la discreción que en tiempos pasados se mantenía quizá por no romper “sacrílegamente” la imagen de una garantía tan realizada precisamente por el seductor atributo de su carácter objetivo, es decir, por razón de la generosidad propia de un régimen que hace responder a la Administración tanto cuando funciona anormalmente como cuando actúa lícitamente, con arreglo a Derecho. El atento lector de estas páginas periódicas tiene aquí mismo la prueba de cómo nuestra apreciación al respecto ha ido *in crescendo*. Hoy día nadie se cura ya de admitir abiertamente que el sistema de responsabilidad objetiva hace aguas como tal e incluso algunos especialistas destacados, señaladamente iuscivilistas, propugnan resueltamente el derribo total de ese sistema “falsamente objetivo” y su sus-

titución por un retorno a los orígenes donde lógicamente el Código Civil queda situado en el centro del universo.

Es verdad que el edificio de la responsabilidad objetiva presenta grietas ciertas, y es seguro que seguirá resquebrajándose si la crisis económica, como parece previsible, sigue socavando los cimientos del modelo establecido. Si se ha dicho hasta la saciedad, incluso en los dorados tiempos de bonanza económica, que el sistema no podía ser estirado hasta el punto de convertirlo en una especie de seguro colectivo cubierto por las arcas públicas, ocioso es decir que en una situación como la actual, no ya de escasez sino de carencia de recursos, pocas instituciones como la responsabilidad patrimonial de la Administración quedan colocadas tan a contrapelo de la realidad. Es seguro que la crisis también le asestará un golpe a la garantía de la responsabilidad, ora sea por la vía de un cambio de filosofía que desemboque en la plasmación de un régimen jurídico nuevo, ora sea por su influencia en la función diaria de juzgar, pues no cabe duda de que los órganos judiciales difícilmente podrán ser insensibles ante el cierto contrasentido que supone el aplicar la garantía económica a plenitud a favor de un ciudadano determinado (o lo que es lo mismo, de condenar cumplidamente a la Administración al resarcimiento integral del afectado) en unas coordenadas de menesterosidad social en la que muchos ciudadanos han quedado atrapados en la desprotección y la pobreza sin que el Estado haga nada por ellos. Parece ocioso decir que el reconocimiento de indemnizaciones por los conceptos, por ejemplo, del lucro cesante, de daños morales, o de daños estéticos nunca será el mismo en un contexto de opulencia que en otro de supervivencia como en el que estamos y que las sentencias dictadas *pietatis causa* y los reconocimientos de generosas indemnizaciones calculadas a ojo de buen cubero o “a sentimiento”, no guardan sintonía con la economía real ni con el nivel de justicia social existente. Sencillamente no es posible ya “disparar con pólvora del rey”, porque esa pólvora habrá dejado de existir en muchos casos.

Las circunstancias son tristemente ciertas y hay que asumirlas. A lo mejor, hasta es conveniente reconvertir el sistema, por la simple razón de que no hay capacidad económica para dar lo que la norma promete al menos potencialmente, siendo por ello hasta recomendable en estas condiciones que surja una nueva conciencia en esta materia que lleve a reducir la distancia, siempre corrosiva y lacerante, entre lo que dice la Ley y lo que ocurre luego. Dicho sea de paso, sería muy trabajoso, por su enorme volumen, hacer un inventario de las normas, estatales y autonómicas, que en los últimos años han declarado del modo más solemne todo tipo de derechos y prestaciones, que han quedado con la crisis en meras palabras, sin que al propio tiempo esas normas hayan sido retiradas del ordenamiento jurídico. Como queda dicho, quizá fuera hasta conveniente que ese divorcio entre norma y realidad no ocurra en un instituto tan central como el de la responsabilidad, con el fin de que no se convierta en una fábrica de frustraciones. En suma, en una situación como la presente, quizá fuera oportuno considerar la idea de que la Constitución no prejuzga el sistema de responsabilidad a implantar por el legislador y que éste, según creemos, no viene obligado constitucionalmente a establecer un régimen jurídico unívoco o uniforme para toda suerte de daños, de modo que podría acometer la tarea de ahondar en el régimen sustantivo de la institución de la responsabilidad (es desproporcionado que un mundo tan variopinto e inmenso como el de la responsabili-

## IX. Responsabilidad Administrativa

dad administrativa esté regulado por no más de tres o cuatro reglas sustantivas, pues la mayoría son procedimentales) y con ello discriminar tipos de daños según criterios de inspiración social. Sin demagogia alguna: no debe ser la misma la protección que debe dispensarse a quien sufre inopinadamente de un daño en su persona por los avatares de la vida, la salud y la organización sanitaria (ámbito en el que, paradójicamente, se ha excluido ya del modo más resuelto todo atisbo de responsabilidad objetiva por la fuerza de los socorridos argumentos al uso, no siempre ponderados ni justos), que la empresa que opera con un riesgo que constituye precisamente un factor de su progreso. Dicho de otro modo, no cabe en un caso dispensar a la Administración de actuar con un nivel de eficacia superador de la tópica culpabilista, mientras que en otros se le hace responder por no acreditar una actuación perfecta, sin margen a la equivocación, incluso en asuntos de suma complejidad técnica. No cabe ignorar que la Administración puede verse obligada, en el fiel cumplimiento de sus funciones, a causar males necesarios, daños que deben absorber, por no ser antijurídicos, los sujetos que se encuentran en el círculo de esas actuaciones por cuanto éstas son consustanciales a la ordenación, viabilidad y existencia misma del sector. Pedirle cuentas a la Administración en estos casos, cada vez que module o restrinja poderes de maniobra o cada vez que se equivoque razonablemente, es sin duda excesivo y rompe todo equilibrio posible.

Como queda apuntado, las circunstancias económicas pueden aconsejar una posible modificación del sistema; pero cosa distinta es postular su desaparición sólo desde el prejuicio dogmático de que éste no es técnicamente posible. Ciertamente, hay que admitir que la responsabilidad objetiva de la Administración se diluye en algunas de sus manifestaciones más importantes. La primera y principal es la ya aludida del ámbito sanitario a la que hay que sumar todo el espectro, verdaderamente enorme, de la responsabilidad por omisión (en el que responder por funcionamiento normal no tiene cabida), así como la doctrina del margen de tolerancia, doctrina esta sumamente peligrosa si no queda embridada adecuadamente, pero que manejada con medida es difícilmente refutable. Pero no por ello queda hecha tabla rasa de todo, ni pese a la potencia de los ejemplos anteriores está justificado el designio dogmático de que todo se convierta al régimen de la pura responsabilidad jurídico privada de toda la vida. Hay sectores donde se justifica el mantenimiento de la responsabilidad de la Administración de acuerdo con el espíritu que animó al legislador de 1954 en la ya vieja Ley de Expropiación Forzosa.

Cuanto antecede guarda relación con algunas importantes Sentencias seleccionadas en la presente crónica, referidas precisamente a la responsabilidad por omisión y, sobre todo, las dos excelentes muestras sobre la doctrina del “margen de tolerancia” que brindan las Sentencias de 10 de noviembre y 1 de diciembre de 2009, en las que luce el esfuerzo por afirmar la necesidad de estar al caso concreto, la ponderación de la diferente posición de los sujetos e incluso de la Administración cuando se hallan ante supuestos de interpretación dificultosa y, desde luego, el visible esfuerzo dialéctico por tratar de justificar que a pesar de la aplicación de esa doctrina ello no traiciona la naturaleza objetiva del sistema. Nada puede explicarlo mejor que las propias palabras de las Sentencias a las que hay que remitirse por su gran interés.

## 2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

### A) Responsabilidad por omisión en el caso de daños causados por un tercero

Como es bien sabido, hace tiempo que la jurisprudencia viene reconociendo que las posibilidades de imputar a la Administración un daño no se ciñen a los supuestos de causalidad directa, sino también a los de causalidad indirecta, provenga el daño de forma directa de la propia víctima o de un tercero. Este último es el supuesto que subyace a las dos sentencias que traemos a este apartado.

La **STS de 10 de noviembre de 2009**, Ar. 7975, enjuicia una reclamación por el daño patrimonial padecido por una persona que suscribe un contrato de seguro con una compañía privada, que resultó insolvente a la hora de hacer frente a los pagos derivados de la actualización del riesgo. La póliza de seguro había sido contratada con posterioridad a la adopción por la Dirección General de Seguros de una medida cautelar ordenando a la compañía privada que suspendiese la contratación, que fue desconocida por dicha compañía.

Considera el Tribunal Supremo, como lo hiciera el de instancia, que la adopción de dicha medida revela que la Administración no hizo dejación de su función inspectora y supervisora y carecía de otras potestades de intervención. Tampoco podía hacer público el estado en que se hallaba la citada compañía aseguradora, disuadiendo así a futuros clientes de suscribir pólizas de seguro con ella, ya que, amén de que hubiera precipitado definitivamente a la compañía aseguradora en la insolvencia, con la legislación la Administración sólo podía hacer uso de la facultad de dar publicidad ante incumplimientos constatados de medidas cautelares ordenando la suspensión de la contratación, que hasta entonces no constaban.

Despliega en este punto su doctrina general en materia de responsabilidad por omisión que, por su interés, reproducimos:

“En efecto, como ha dicho recientemente esta Sala en sus Sentencias de 16 de mayo de 2008, 27 de enero de 2009 y 31 de marzo de 2009, la relación de causalidad no opera del mismo modo en el supuesto de comportamiento activo que en el supuesto de comportamiento omisivo. Tratándose de una acción de la Administración, basta que la lesión sea lógicamente consecuencia de aquélla. Problema distinto es si esa conexión lógica debe entenderse como equivalencia de las condiciones o como condición adecuada; pero ello es irrelevante en esta sede, pues en todo caso el problema es de atribución lógica del resultado lesivo a la acción de la Administración. En cambio, tratándose de una omisión de la Administración, no es suficiente una pura conexión lógica para establecer la relación de causalidad: si así fuera, toda lesión acaecida sin que la Administración hubiera hecho nada por evitarla sería imputable a la propia Administración; pero el buen sentido indica que a la Administración sólo se le puede reprochar no haber intervenido si, dadas las circunstancias del caso concreto, estaba obligada a hacerlo. Ello conduce necesariamente a una conclusión: en el supuesto de comportamiento omisivo, no basta que la intervención de la Administración hubiera impedido la lesión, pues esto conduciría a

## IX. Responsabilidad Administrativa

una ampliación irrazonablemente desmesurada de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Es necesario que haya algún otro dato en virtud del cual quepa objetivamente imputar la lesión a dicho comportamiento omisivo de la Administración. Y ese dato que permite hacer la imputación objetiva sólo puede ser la existencia de un deber jurídico de actuar”.

En el caso de autos, además, el demandante había llegado a un acuerdo con la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras, en virtud del cual aceptó una quita de la cantidad que le era debida como indemnización y tuvo por extinguido su crédito mediante el cobro de dicha cantidad.

La **STS de 11 de noviembre de 2009**, Ar. 2010\1725, contempla otro supuesto de responsabilidad por omisión. Se trata de un accidente de circulación en territorio español provocado por el conductor de un vehículo matriculado en un Estado que no pertenecía por aquel entonces a la Unión Europea. A resultas de dicho accidente fallece el conductor y quedan con graves lesiones tres personas de nacionalidad española que viajaban en el vehículo contra el que colisionó. El fallecido había ingresado en territorio Schengen a través de otro Estado miembro. Dentro del Espacio Schengen, como es sabido, rige la libertad de circulación de personas sin controles aduaneros. El vehículo carecía de seguro obligatorio de daños a terceros, lo que suponía un incumplimiento de la normativa española. Las reclamantes imputan el daño al Estado por falta de control de dicho requisito en el acceso del vehículo causante del daño a territorio español.

La sentencia de instancia exoneró a la Administración, al considerar que, rigiendo en territorio Schengen el principio de libre circulación de personas, el control debían haberlo realizado las autoridades del Estado por el que el vehículo ingresó en dicho territorio. El Tribunal Supremo, por el contrario, parte de la literalidad del artículo 2, apartado 3, del Convenio de Schengen, que, después de precisar en su párrafo 1 que las fronteras interiores podrán cruzarse en cualquier lugar sin que se realice control alguno de las personas, dispone en dicho apartado 3 que “la supresión del control de personas en las fronteras interiores no afectará a lo dispuesto en el artículo 22, ni al ejercicio de las competencias de policía por las autoridades competentes en virtud de la legislación de cada parte contratante sobre el conjunto de su territorio, ni a las obligaciones de poseer, llevar consigo y presentar títulos y documentos contemplados en su legislación”. Es decir, el Convenio mantiene las competencias de policía de tráfico y en ejercicio de ellas debió controlarse que el vehículo circulara con los papeles en regla. A su juicio, las autoridades aduaneras españolas debieron denegar el acceso al territorio español de un vehículo, al entrar en España por frontera terrestre, que no acreditaba la suscripción de un seguro de responsabilidad civil que reuniera, al menos, las condiciones y garantías establecidas en la regulación española para este seguro de suscripción obligatoria. Por lo demás, cabe notar que el Tribunal Supremo apela a la teoría del acto claro para evitar plantear cuestión prejudicial de interpretación ante el Tribunal de Luxemburgo.

La solución no es pacífica, en la medida en que apela a la obligación de realizar un control en aduanas cuya supresión constituye, de hecho, el principal efecto visible de la incorporación al espacio Schengen.

**B) Antijuridicidad. Teoría del margen de tolerancia. Reembolso de honorarios de abogados por la tramitación de asuntos en vía administrativa**

Dos sentencias dictadas en el período abarcado por esta Crónica abordan la misma cuestión: la de si los gastos de abogado en que se incurre para la tramitación de un recurso administrativo son o no reembolsables. Se trata de las **SSTS de 10 de noviembre de 2009**, Ar. 2010\1712, y **1 de diciembre de 2009**, Ar. 2010\368. En ambos casos se deniega la indemnización. Se resuelve, de este modo, por vía de unificación de doctrina una cuestión que había obtenido hasta ahora soluciones contradictorias: en unos casos, se había considerado que la estimación del recurso implicaba siempre la obligación de indemnizar dichos gastos; en otros, dicha obligación se condicionaba a la constatación de que la actuación administrativa no se hubiera ajustado a criterios razonables en la interpretación de las normas aplicadas. Es esta última línea la que se acoge, que no es más que la aplicación, también a los gastos de abogados, de la teoría del margen de tolerancia que aplica profusamente el Tribunal Supremo en los casos de daños derivados de actos administrativos ilegales, cuyo alcance y valoración por nuestra parte en el marco del sistema objetivo de responsabilidad tan bien conoce el lector de estas Crónicas y no es preciso por ello reiterar.

El razonamiento es el siguiente, tomando la cita de la segunda de las sentencias citadas:

“(…) la primera conclusión que se ha sentar, sobre la que también existe acuerdo, consiste en que la antijuridicidad de la lesión no desaparece por la circunstancia de que para actuar ante los órganos tributarios de gestión o de revisión no resulte preceptiva la asistencia letrada, planteamiento defendido en repetidas ocasiones por el Consejo de Estado [pueden consultarse entre los más recientes los dictámenes de 19 de junio de 2003 (expediente 971/03, punto IV.C) y 15 de julio de 2004 (expediente 958/04, punto IV)]. Pese a que en la vía económico-administrativa no sea obligada la comparecencia mediante un profesional del derecho [así se deduce del artículo 33 del Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas, aprobado por Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo (BOE de 23 de marzo); igual deducción se obtiene actualmente del artículo 3 del Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo (BOE de 27 de mayo)], la complejidad de los procedimientos tributarios, la dificultad intrínseca de las disposiciones que regulan las distintas figuras impositivas y la especialización de los órganos y de los funcionarios que intervienen en las fases administrativas de gestión y de revisión no sólo aconsejan sino que, en la mayoría de los casos, hacen materialmente imprescindible que los contribuyentes comparezcan asesorados por expertos singularmente preparados para la tarea. En otras palabras, los ciudadanos que deciden voluntariamente asistirse de un técnico cuando se enfrentan a los vericuetos de una inspección fiscal y a la liquidación en la que desemboca no siempre quedan constreñidos a soportar los gastos que comporta ese asesoramiento, a veces insoslayable para obtener la anulación pretendida. El propio Consejo de Estado ha acudido en alguna ocasión a la noción de ‘gastos necesarios’ (dictamen de 20 de mayo de 2004, expediente 957/04, punto III).

## IX. Responsabilidad Administrativa

Ahora bien, desplazándonos al otro extremo del diagrama, tampoco es certera la afirmación de que, habida cuenta de aquella complejidad y siempre que la propia Administración estime sus pretensiones, debe resarcírseles por los emolumentos de abogados, puesto que la Administración tributaria se encuentra habilitada para comprobar e investigar los hechos imposables y, si procede, integrar las bases tributarias y practicar las liquidaciones correspondientes [véanse los artículos 109, 110 y 140 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (BOE de 31 de diciembre); en la misma línea los artículos 115 y 141 de la Ley homónima 58/2003, de 17 de diciembre (BOE de 18 de diciembre)], con el fin de establecer, en defensa de los intereses generales que debe servir con objetividad y efectividad, un sistema tributario justo (artículos 103, apartado 1, y 31, apartado 1, de la Constitución). Y a esta potestad corresponde, como si fuera el envés de la misma moneda, la obligación del contribuyente de colaborar, atendiendo los requerimientos de la Administración, hoy explicitado en el artículo 142 de la Ley citada en segundo lugar. No cabe olvidar que la recepción constitucional del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos según la capacidad económica de cada uno configura un mandato que vincula tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos, incidiendo en la naturaleza misma de la relación tributaria (Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990, FJ 3º), de modo que para su efectivo cumplimiento resulta irrenunciable la actividad inspectora y de comprobación de la Administración (Sentencias del Tribunal Constitucional 110/1984, FJ 3º, y 76/1990, FJ 3º).

En resumen, y de este modo avanzamos hacia la resolución del dilema, cuando un obligado tributario, valiéndose de un asesoramiento específico y retribuido, obtiene de la Administración, bien en la vía de gestión bien en la económico-administrativa, la anulación de un acto que le afecta, ha de soportar el detrimento patrimonial que la retribución comporta si la actuación administrativa frente a la que ha reaccionado se produce dentro de los márgenes ordinarios o de los estándares esperables de una organización pública que debe servir los intereses generales, con objetividad, efectividad y pleno sometimiento a la ley y al derecho, eludiendo todo atisbo de arbitrariedad (artículos 103, apartado 1, y 9, apartado 3, de la Constitución).

Con este planteamiento no se ‘subjetiviza’ el instituto de la responsabilidad patrimonial de las organizaciones públicas, que sigue haciendo abstracción de todo elemento culpabilístico en la conducta administrativa, sino, muy al contrario, se traslada el debate a un dato de innegable talante objetivo cual es el resultado, indagando su antijuricidad, nota que viene determinada, antes que por un atributo o una condición de los sujetos que intervienen en la relación jurídica, por la posición que uno de ellos, el lesionado, ocupa frente al ordenamiento jurídico, posición en la que no influyen las características de la actuación administrativa a la que se imputa el desenlace, su ‘normalidad’ o su ‘anormalidad’.

Resulta innegable que la precisión de esa ubicación objetiva del sujeto pasivo en el sistema jurídico, que define si está obligado a soportar el daño y, por consiguiente, la condición de este último y el deber de reparación de la Administración ex artículo 106, apartado 2, de la Constitución, se perfila gracias a elementos de muy diversa factura: unos tienen que ver con la naturaleza misma de la actividad administrativa y otros con las condiciones personales del afectado.

En efecto, el panorama no es igual si se trata del ejercicio de potestades discrecionales, en las que la Administración puede optar entre diversas alternativas, indiferentes jurídicamente, sin más límite que la arbitrariedad que proscribe el artículo 9, apartado 3, de la Constitución,

que sí actúa poderes reglados, en lo que no dispone de margen de apreciación, limitándose a ejecutar los dictados del legislador. Y ya en este segundo grupo, habrá que discernir entre aquellas actuaciones en las que la predefinición agotadora alcanza todos los elementos de la proposición normativa y las que, acudiendo a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, impelen a la Administración a alcanzar en el caso concreto la única solución justa posible mediante la valoración de las circunstancias concurrentes, para comprobar si a la realidad sobre la que actúa le conviene la proposición normativa delimitada de forma imprecisa. Si la solución adoptada se produce dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada, el administrado queda compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión [véase nuestra sentencia de 5 de febrero de 1996, ya citada, FJ 3º, rememorada en la de 24 de enero de 2006 (RJ 2006, 734) (casación 536/2002), FJ 3º; en igual sentido se manifestaron las Sentencias de 13 de enero de 2000 (casación 7837/1995, FJ 2º), 12 de septiembre de 2006 (casación 2053/2002, FJ 5º), 5 de junio de 2007 (casación 9139/2003, FJ 2º), 31 de enero de 2008 (casación 4065/2003, FJ 3º) y 5 de febrero de 2008 (recurso directo 315/2006, FJ 3º)].

Ahora bien, no acaba aquí el catálogo de situaciones en las que, atendiendo al cariz de la actividad administrativa de la que emana el daño, puede concluirse que el particular afectado debe sobrellevarlo. También resulta posible que, ante actos dictados en virtud de facultades absolutamente regladas, proceda el sacrificio individual, no obstante su anulación posterior, porque se ejerciten con los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales y que, por ende, no puede quedar paralizada ante el temor de que, si revisadas y anuladas sus decisiones, tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes. Esta idea cobra especial fuerza tratándose de la Administración tributaria, a la que el constituyente y el legislador demandan una actitud activa consistente en, como ya hemos apuntado, comprobar, investigar, inspeccionar y, si procede, corregir los hechos de los administrados con trascendencia fiscal. Con esta perspectiva parece evidente la diferencia, a los efectos que nos ocupan, entre, por ejemplo, la situación de un sujeto pasivo que acude al asesoramiento legal para enfrentarse a una liquidación impositiva practicada en el ejercicio de una potestad groseramente prescrita que la del que utiliza el mismo instrumento a fin de discutir otra en la que se estiman como gastos deducibles los intereses pagados por un establecimiento en España a una sociedad matriz foránea como retribución de la financiación que recibe de ella.

En definitiva, para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado el pago del asesoramiento que ha contratado constituye una lesión antijurídica, ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de racionalidad exigibles. Esto es, si, pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para lo que se la ha atribuido la potestad que ejercita.

En la descripción de la posición del administrado frente a una lesión, al objeto de calificarla como antijurídica y, por consiguiente, de resarcible, intervienen también matices personales, que coadyuvan a perfilarla, sin que por ello se introduzca ningún 'tinte subjetivista' en la construcción de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. No

## IX. Responsabilidad Administrativa

existe 'igualitarismo' en este ámbito, pues ante una misma realidad no todos los sujetos se sitúan en igual posición.

Parece tan evidente que resulta superfluo subrayarlo: no puede equipararse a los efectos de analizar si queda jurídicamente obligado a hacer frente a la minuta de los profesionales que ha contratado para obtener la razón en la vía administrativa, un sujeto pasivo de un impuesto, persona física, que se relaciona esporádicamente con los órganos tributarios y que, ante un requerimiento, un procedimiento de inspección o una liquidación, se ve obligado a buscar un asesoramiento *ad hoc*, con una sociedad, organización compleja, habituada, por su actividad, a entrar en conflicto con la hacienda pública y que, incluso, cuenta en plantilla con profesionales que, llegada la ocasión, intervienen en su defensa o que tiene contratado, en régimen de 'igualda', un asesoramiento externo.

Estas condiciones personales, junto con las circunstancias objetivas trazadas en el fundamento anterior, deben ponderarse para inferir, en un caso concreto, si el perjuicio consistente en los tan repetidos honorarios de abogado constituye una lesión patrimonial antijurídica y, por lo tanto, resarcible en virtud del principio que proclama, al más alto nivel (artículo 106, apartado 2, de la Constitución), la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

Desde luego, a juicio de esta Sala resulta rechazable la tesis, sostenida en las sentencias de contraste y que, junto con otras anteriores, la recurrida corrige, conforme a la que, obtenida la razón en la vía administrativa, en todo caso y con abstracción de las circunstancias singulares presentes, debe resarcirse al administrado por los derechos que le giran sus abogados, socializando el riesgo y convirtiendo a la Administración pública, vía presupuestaria, en una mutua de siniestros jurídicos. No le falta razón al Abogado del Estado cuando destaca la paradoja que supone aplicar en el ámbito administrativo un principio que el legislador no ha querido para el jurisdiccional, donde la regla general consiste en que cada parte pague con sus gastos, salvo que medie temeridad o mala fe de una de ellas.

En definitiva, la sentencia impugnada responde a los parámetros que emanan de las anteriores reflexiones, por lo que contiene la doctrina correcta, cuya aplicación al caso concreto, por tratarse de la valoración de las circunstancias fácticas del litigio, rebasa los límites de un recurso de esta naturaleza, sin que la Sala tenga, por consiguiente, nada que decir sobre el particular. Procede, en suma, declarar que no ha lugar al presente recurso de casación para la unificación de doctrina”.

Otra aplicación de esta discutible teoría del margen de tolerancia, en otro contexto —denegación ilegal de una autorización de apertura de farmacia— y con los mismos efectos excluyentes del derecho a indemnización puede encontrarse, en el período considerado, en la **STS de 16 de septiembre de 2009**, Ar. 341.

### 3. DAÑO INDEMNIZABLE

#### A) Evaluación del daño moral derivado de la orden de demolición de viviendas por ilegalidad de la concesión de la licencia

La **STS de 23 de octubre de 2009**, Ar. 7644, en un supuesto de anulación de licencias de edificación y consiguiente orden de demolición de viviendas, da por buena la distinción

del Tribunal de instancia entre los daños morales que una situación tal ocasiona cuando se trata de la primera vivienda (se valoran en 12.000 euros) y de la segunda vivienda (en 9.000). Parece que valorar más el daño en la primera situación responde a una lógica psicológica que puede compartirse.

#### **B) Valoración de la pérdida de autonomía de decisión derivada de la vulneración del deber de obtener el consentimiento informado antes de realizar una operación quirúrgica**

En los casos de omisión del deber de recabar el consentimiento informado, sólo se genera la responsabilidad administrativa si, en el curso de la intervención médica, se actualizan los daños, aun sin intervenir desviación alguna de la *lex artis ad hoc*. En estos supuestos, valorar la lesión de la autonomía decisional que supone la omisión de información implica, evidentemente, una gran dosis de subjetividad.

La **STS de 22 de octubre de 2009**, Ar. 7632, ofrece una buena muestra. En ella, y a pesar del “contenido” alcance de las facultades casacionales, el Tribunal Supremo corrige la valoración llevada a cabo por el Tribunal de instancia. El demandante había sido declarado en situación de invalidez permanente absoluta, al padecer de cardiopatía isquémica, infarto de miocardio y angor postinfarto. La sentencia de instancia había valorado la pérdida de capacidad de decisión en un importe de 6.000 euros. El Tribunal Supremo multiplica por diez esta cifra y fija una indemnización de 60.000 euros actualizada a la fecha de la sentencia.

#### **C) Evaluación y actualización del importe del perjuicio indemnizable**

La **STS de 17 de noviembre de 2009**, Ar. 8045, recuerda la doctrina general en materia de actualización del importe de la indemnización. En aplicación del principio sentado en el artículo 141.3 de la LRJAP-PAC, cuando el órgano judicial no afirma expresamente que la cuantía de la indemnización otorgada está ya actualizada a la fecha de la sentencia, debe entenderse que dicha cuantía se refiere al día en que se produjo la lesión, y por tanto hay que proceder a su actualización con base en esa fecha. Ahora bien, en casos como el de autos, en que el propio demandante solicita en la demanda que los intereses se calculen desde el día en que presentó la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración (posterior, por esencia, a la de producción del daño), es necesario resolver en el límite de las pretensiones de las partes y entender que la cantidad fijada se refiere a ese día.

### **4. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO. CRITERIO DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA CUANDO EL DAÑO DERIVA DE UN ACTO QUE ES MERA APLICACIÓN DE UNA LEY INCONSTITUCIONAL**

La **STS de 16 de septiembre de 2009**, Ar. 2010\817, aclara que cuando un daño tiene su origen directo en un acto de aplicación de una Ley posteriormente declarada cons-

## IX. Responsabilidad Administrativa

titucional, no es posible imputar la responsabilidad a la Administración que se limita a aplicar la normativa en vigor, sin perjuicio de la reclamación que eventualmente pudiere formularse ante el Estado legislador. El supuesto es el de una transferencia de aprovechamiento aprobada por un Ayuntamiento en base a lo dispuesto en determinada disposición del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, posteriormente declarada inconstitucional.

### 5. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL

#### A) Funcionamiento anormal: dilaciones indebidas

En la **STS de 29 de septiembre de 2009**, Ar. 7350 (en el conocido asunto Intelhorce), el demandante trata de hacer valer un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, consistente en el padecimiento de dilaciones indebidas que se habrían producido en el juicio penal ante la Audiencia Provincial como consecuencia de la intervención de un Magistrado cuya jubilación se produjo antes de su finalización, lo que obligó a una suspensión y posteriormente determinó la anulación de parte del juicio y la repetición de trámites. Se daba la circunstancia de que dicho Magistrado había solicitado al Consejo General del Poder Judicial una prórroga para su continuación en activo hasta la finalización del juicio, que le fue denegada. Además, el mismo Consejo había informado con posterioridad favorablemente la solicitud de indemnización.

El Tribunal Supremo comienza recordando que la actuación del CGPJ al decidir sobre la prórroga en la jubilación es una actuación regida por el Derecho administrativo, cuya legalidad ya se ratificó judicialmente y que, en su caso, sólo podría exigirse responsabilidad patrimonial por la misma conforme al procedimiento establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJAP-PAC, y no apelando a los artículos de la LOPJ reguladores de la responsabilidad del poder judicial.

Ya en el marco de la posible responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración de justicia, considera que las actuaciones procesales y, por tanto, judiciales, subsiguientes a tal acuerdo son totalmente normales y sus consecuencias, entre ellas la prolongación en el tiempo del juicio oral, lógicas. No hubo pues error judicial en la anulación de actuaciones –que en todo caso habría de haberse instado por la vía oportuna de responsabilidad por error judicial–.

Finalmente, y en consecuencia, no considera que se hayan producido paralizaciones o retrasos injustificados, imputables a la propia actuación del órgano jurisdiccional, y que hayan incidido en lo que es la duración propiamente dicha del juicio oral y sin olvidar la especial complejidad del caso y el número de acusados y acusadores intervinientes. Además, no puede hablarse de imprevisión en cuanto a la jubilación del referido Magistrado Presidente del Tribunal, pues las sesiones del juicio oral se iniciaron casi un año antes de que dicho Magistrado alcanzara la edad de jubilación y la prolongación de las sesiones durante tanto tiempo no es ajena a la propia actitud procesal de las partes, como se deduce de las actuaciones, reflejadas en la resolución del CGPJ denegatoria de la prórroga solicitada, que alude a las múltiples cuestiones previas cuyo examen había consumido la

mayoría de las sesiones hasta el momento, a lo que ha de añadirse la notable complejidad del asunto por los múltiples intervinientes, como partes acusadoras y acusadas.

Finalmente, aborda la singular circunstancia de que el informe del Consejo General del Poder Judicial aprecie la existencia de funcionamiento anormal. Señala el Tribunal Supremo que dicho informe no tiene carácter vinculante para la Administración y menos aún para los Tribunales que resuelven el recurso jurisdiccional correspondiente, de manera que carece de fundamento su invocación. La alegación que se refiere a la solidaridad en la responsabilidad del Consejo General del Poder Judicial y la Administración de Justicia, se apoya y tiene como presupuesto que se establezca y reconozca la concurrencia en la producción del daño de ambas y, al menos, en aquélla frente a la que se acciona, en este caso la Administración de Justicia, por lo que, habiéndose rechazado la responsabilidad patrimonial de esta última, carece de toda virtualidad la referida alegación formulada en este motivo de casación que, por todo lo expuesto, desestima.

### **B) Funcionamiento anormal: irregular actuación del Secretario Judicial**

La **STS de 4 de noviembre de 2009**, Ar. 7936, establece la responsabilidad del Poder Judicial por funcionamiento anormal, y aborda el tema de cómo cuantificar una pérdida de oportunidades procesales derivada de dicho error.

El reclamante había obtenido en la primera instancia el reconocimiento de invalidez permanente y una indemnización 67.500.000 pesetas. La sentencia fue revocada por el Tribunal Superior de Justicia de Barcelona. Planteó recurso de casación para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, mediante escrito de interposición se presentó en el Juzgado de Guardia, y dejó constancia de ello en la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia al día siguiente hábil, conforme exige el artículo 45 de la Ley de Procedimiento Laboral. El Secretario de la Sala de lo Social del Tribunal Superior omitió el deber legal de dejar constancia del día y hora de la presentación de la copia/recibo, lo que determinó la inadmisión del recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Es en esa omisión en lo que reside su denuncia de anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, único fundamento de su reclamación indemnizatoria.

El Tribunal de instancia desestimó dicha reclamación, pese a apreciar la existencia de un funcionamiento anormal, por inexistencia de un daño real y efectivo.

El Tribunal Supremo, por el contrario, considera que si bien la de instancia acierta cuando afirma que para que un daño sea indemnizable ha de ser real y efectivo, se equivoca cuando al calificar de mera especulación o expectativa la pérdida del trámite procesal niega la existencia de un daño que reúna dichos requisitos.

“Sin duda constituye una hipótesis el resultado de fondo que podría alcanzarse caso de que el recurso de casación para unificación de doctrina hubiera sido admitido a trámite, pero lo que no es una conjetura y sí una realidad alegada por el recurrente, que reitera ahora en casación, que se ha visto privado de un recurso de casación por una irregular actuación del Secretario de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que, en

## IX. Responsabilidad Administrativa

el momento de extender la diligencia de presentación de la copia/recibo del escrito de interposición del recurso ante el Juzgado de Guardia, omitió el deber de expresar el día y hora en que se le hizo entrega de la copia/recibo.

Y también debemos discrepar de la sentencia impugnada cuando apartándose de la argumentación del recurrente, que en todo momento residencia la responsabilidad patrimonial en la irregular actuación del Secretario de Sala, observa un error judicial para concluir que la responsabilidad patrimonial que se demanda debe examinarse en el 'marco del error judicial', alusión, sin duda, al trámite previsto en el artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Admitido en el fundamento de derecho precedente que la inadmisibilidad del recurso de casación para unificación de doctrina tiene su origen en un mal funcionamiento de la Administración de Justicia y que ello constituye un daño real y efectivo indemnizable que se concreta única y exclusivamente en la pérdida de la oportunidad procesal de obtener en casación una eventual sentencia favorable, a la hora de concretar el *quantum* indemnizatorio, obviamente no cabe cifrarlo en atención a la cuantía que el recurrente hubiera podido percibir caso de que la sentencia le fuera favorable, ni tampoco en atención, tras el estudio de la acción ejercitada, a los visos de su prosperabilidad, ya que, entre otras razones, al menos de aplicación al caso enjuiciado, ni existen elementos de juicio suficientes ni se entiende procedente que un Tribunal de lo Contencioso Administrativo examine, ni siquiera a los exclusivos efectos de fijación de la indemnización, por la vía de un recurso de casación para unificación de doctrina, lo resuelto por una Sala de lo Social de un Tribunal Superior en materia que jurisdiccionalmente tiene atribuida.

La dificultad de la determinación de la cuantía indemnizatoria por medio de los criterios precedentemente expuestos, conduce a considerar que el daño originado en el caso de autos es un daño moral que debe ser indemnizado en atención a criterios prudenciales, no objetivados, y así, prudencialmente, se entiende como *quantum* indemnizatorio adecuado la cantidad actualizada de 6.000 euros”.

EMILIO GUICHOT REINA

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO



**X. FUNCIÓN PÚBLICA****Sumario:**

**1. Competencias normativas.** A) Competencia exclusiva del Estado para establecer la legislación laboral. Nulidad del Decreto autonómico que extiende el concepto de relación laboral especial (personal de alta dirección). **2. Acceso.** A) El Tribunal no puede configurar *a posteriori* nuevos requisitos de acceso no contemplados en las bases de la convocatoria. **3. Carrera administrativa.** A) Provisión de puestos de trabajo. A) Libre designación. Justificación particularizada del recurso a este sistema de provisión. b) Provisión de plazas por el turno de especialistas. Nombramientos discrecionales. Es preciso identificar con nitidez los criterios determinantes de la propuesta de provisión. **4. Derechos económicos.** A) Complemento de productividad: un Acuerdo marco no puede excluir su devengo para el funcionario interino basándose únicamente en la temporalidad de su vínculo con la Administración. B) Complemento específico: si las funciones son las mismas, no tiene justificación que éste sea distinto en razón del cuerpo funcional al que pertenezca el funcionario. **5. Derecho a la negociación colectiva.** A) Resulta menoscabado cuando la Administración extiende la aplicación de una negociación sectorial a colectivos no incluidos en ella. B) El Foro Marco para el Diálogo Social no es un “ámbito de negociación”, sino un órgano de diálogo e información de carácter laboral. **6. Derechos laborales.** A) Derecho a la movilidad funcional: La posibilidad de abrirla a funcionarios pertenecientes a otras Administraciones ha de ser establecida en las relaciones de puestos de trabajo. B) La prolongación en el servicio activo. a) Es un derecho subjetivo del funcionario que está condicionado a que las necesidades organizativas de la Administración hagan posible su ejercicio. b) El derecho a permanecer en la función pública hasta completar 35 años de cotización se integra en el derecho fundamental previsto en el artículo 23 de la Constitución. **7. Vacaciones.** A) Los policías locales que trabajan en turno de noche también tienen derecho a un mes natural continuado o veintidós días hábiles. **8. Derecho a la jubilación.** A) La jubilación parcial del personal estatutario de los

Servicios de Salud no requiere necesariamente la elaboración de un plan de ordenación de recursos humanos. **9. Extinción de la relación funcional.** A) La sentencia penal de condena de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas determina la pérdida de aptitud para el ejercicio de funciones públicas. B) Denegación de la solicitud de prórroga hasta completar 35 años de cotización: vulneración del derecho a permanecer en la función pública (artículo 23 de la CE).

## 1. COMPETENCIAS NORMATIVAS

### A) Competencia exclusiva del Estado para establecer la legislación laboral. Nulidad del Decreto autonómico que extiende el concepto de relación laboral especial (personal de alta dirección) a los Coordinadores de Área del Instituto Balear de la Naturaleza

Dado que, en virtud del artículo 149.1.7 CE, la legislación laboral es competencia del Estado, la previsión de la norma reglamentaria autonómica sobre la sumisión de los coordinadores de área del Instituto Balear de la Naturaleza a la normativa del personal de alta dirección, teniendo en cuenta las funciones que el Decreto autonómico asigna a tales coordinadores, es contradictoria con la definición del personal laboral de alta dirección a la que circunscribe su aplicación la regulación estatal contenida en el Real Decreto 1382/1985 y, por ello, la **STS de 24 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, declara la nulidad de la citada norma autonómica.

## 2. ACCESO

### A) El tribunal no puede configurar *a posteriori* nuevos requisitos de acceso no contemplados en las bases de la convocatoria. Requisitos de aptitud física, psíquica y sensorial. Índice de masa corporal. Escala de Agentes Forestales

Según señala la **STS de 8 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, entre los requisitos de aptitud física, psíquica y sensorial que establecen las bases del proceso selectivo no se refieren al índice de masa corporal, y aunque la amplitud con la que dichas bases definen las causa de exclusión permitirían comprenderlo, mucho menos cuando el aspirante pretendía ejercer como funcionario las mismas tareas que ya venía realizando adecuadamente en condición de interino durante varios años. Por ello, a juicio de la Sala, no parece corresponderse con las exigencias de seguridad jurídica permitir que el tribunal calificador configure *a posteriori* nuevas causas de exclusión. El principio de seguridad jurídica y el de interdicción de la arbitrariedad exigen que los aspirantes puedan conocer antes de someterse a las pruebas selectivas los requisitos concretos que deben reunir para superarlas.

### 3. CARRERA ADMINISTRATIVA

#### A) Provisión de puestos de trabajo

##### a) Libre designación. Justificación particularizada del recurso a este sistema de provisión

En línea de continuidad con la jurisprudencia reiterada sobre el carácter excepcional del sistema de provisión de libre designación, la **STS de 18 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, señala que ni el nivel asignado a determinados puestos de trabajo ni la posición que a ellos les corresponda en la organización administrativa son razones que sirvan para justificar, por sí mismas, la opción por el sistema de libre designación. Insiste la Sala en que la singular naturaleza de los cometidos a desempeñar y la especial responsabilidad que pueda implicar los puestos de trabajo, que son las razones que podrían justificar el recurso a este sistema excepcional de provisión, no pueden presumirse, pues la Administración debe explicar de forma suficientemente precisa y particularizada por qué considera que se dan los supuestos legalmente previstos para utilizar el sistema de libre designación.

La **STS de 12 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, se pronuncia en los mismos términos.

##### b) Provisión de plazas por el turno de especialistas. Nombramientos discrecionales. Es preciso identificar con nitidez los criterios determinantes de la propuesta de provisión. Consejo General del Poder Judicial

La **STS de 23 de noviembre de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha señalado que, cuando se trata de proveer plazas jurisdiccionales entre magistrados, el informe de la Comisión de Calificación del Consejo General del Poder Judicial debe reflejar los criterios de mérito o capacidad profesional en base a los que se va a establecer la preferencia para adjudicar las plazas; las fuentes de información utilizadas para comprobar en qué medida concurren en cada uno de los aspirantes tales méritos o capacidades profesionales, así como las singulares razones apreciadas en la labor jurisdiccional y extrajudicial por las que se estima que los magistrados incluidos en la propuesta que se eleva al Pleno del Consejo General del Poder Judicial reúnen mayores méritos y capacidades que otros aspirantes.

### 4. DERECHOS ECONÓMICOS

#### A) Complemento de productividad: un Acuerdo marco no puede excluir su devengo para el funcionario interino basándose únicamente en la temporalidad de su vínculo con la Administración

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, ha estimado el recurso planteado por los funcionarios interinos afectados por el Acuerdo Marco de la Diputación de Albacete. En dicho Acuerdo se

había acordado abonar el complemento de productividad de manera generalizada a todos los funcionarios públicos sin atender a factores propios de dicho complemento, como puede ser el especial rendimiento, la actividad extraordinaria, la iniciativa o el interés con que se desempeña el trabajo, dejando fuera a los funcionarios interinos y al personal laboral que no hubiera trabajado de manera continuada durante el año 2004.

La Sala reconoce que se ha producido una desnaturalización de dicho complemento, toda vez que se había previsto su abono generalizado sin atender a circunstancias objetivas relacionadas directamente con el desempeño de los puestos de trabajo y sin señalar los objetivos perseguidos ni su grado de cumplimiento. El complemento se había conectado directamente con la temporalidad en la prestación de servicios y con la duración de su nombramiento, al exigir únicamente un año continuado trabajado. Este comportamiento, a juicio de la Sala, debe tildarse de caprichoso o arbitrario por una doble razón: por un lado, por cuanto no se conjuga con la propia naturaleza del complemento en los términos antes aludidos subordinándolo a un factor de temporalidad que lo desvirtúa; por otro, en cuanto se perjudica de manera injusta a quien por la interinidad de su empleo no lo percibe frente a aquellos que siendo funcionarios de carrera o trabajadores fijos lo devengan sin merecerlo con arreglo a la propia literalidad del precepto del Acuerdo Marco impugnado. El resultado es una actuación que discrimina a los actores que, a igualdad de trabajo realizado con relación a los funcionarios y laborales que lo obtienen, se ven privados de ese derecho, debido a un factor extraño a la objetividad del complemento que lo desfigura.

En el ámbito de la negociación colectiva, el principio de igualdad proclamado en la Constitución impide que se puedan establecer diferencias de trato arbitrarias o irracionales entre situaciones iguales o equiparables y, muy especialmente, en caso de identidad de trabajo. El Tribunal Supremo ha considerado reiteradamente que en los convenios colectivos existe vulneración del principio de igualdad cuando se establece una peor regulación de las retribuciones de los contratados temporales respecto de los fijos sin justificación suficiente. La temporalidad no justifica ni la exclusión de los trabajadores temporales del ámbito de aplicación de los convenios colectivos, ni la determinación en la norma paccionada de condiciones de trabajo diferentes no justificadas estrictamente por la temporalidad del vínculo. En definitiva, pues, la vigencia del principio de igualdad en este ámbito lleva a afirmar que el personal que presta servicios para la Diputación demandada tendría derecho a un tratamiento salarial, no sólo que no sea desigual por aplicación de un criterio prohibido por la Constitución, sino que respete el principio general de igualdad, lo que implicaría el pago de iguales salarios por trabajos iguales. La diferencia de trato aunque esté establecida en un Convenio Colectivo o Acuerdo Marco no es suficiente para considerar que está justificada y se ajusta a las exigencias del artículo 14 del texto constitucional.

**B) Complemento específico: si las funciones son las mismas, no tiene justificación que éste sea distinto en razón del cuerpo funcional al que pertenezca el funcionario**

La **STS de 22 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha estimado el recurso de casación interpuesto por la Unión Sindical de Comisiones

## X. Función Pública

Obreras de Castilla y León contra la STSJ de Castilla y León de 31 de octubre de 2006. Ha declarado nula dicha sentencia, así como el Decreto 6/2004, de 15 de enero, en la medida en que asignaba un distinto componente singular del complemento específico para los Maestros Orientadores de los Equipos del Servicio de Orientación Educativa y Psicopedagógica frente al de los profesores de Enseñanza Secundaria que forman parte de ellos y para los maestros orientadores que ocupan el cargo de Director del Equipo frente al de los Profesores de Enseñanza Secundaria componentes de tales equipos que ocupan el cargo de Directores de éstos. La razón de todo ello, según el Tribunal, estriba fundamentalmente en que “siendo las mismas las funciones a desempeñar no tenía justificación que el complemento específico fuera distinto en razón del cuerpo funcional al que perteneciera el funcionario: de maestros o de profesores de Enseñanza Secundaria”.

### 5. DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

#### A) Resulta menoscabado cuando la Administración extiende la aplicación de una negociación sectorial a colectivos no incluidos en la misma

La **STS de 18 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha estimado el recurso de casación presentado por el Sindicato Andaluz de Funcionarios de la Junta de Andalucía y, en consecuencia, ha anulado la STSJ de Andalucía, en la medida en que ésta había considerado que la fijación de las retribuciones “no necesita más negociación que un mero intercambio de puntos de vista con los sindicatos y resolver lo que estime pertinente, ya que se trata de la capacidad de autoorganización de la Administración”.

En este caso, el objeto del recurso en la instancia es el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, por el que se aprueba el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Negociación de Administración General, sobre retribuciones del personal funcionario de la Administración General de la Junta para el período 2006-2008. El Acuerdo impugnado, que no es otro que el dimanante de una Mesa Sectorial de Negociación sobre retribuciones del personal funcionario de la Junta, había extendido su aplicación al personal eventual y al personal funcionario perteneciente al Cuerpo Superior Facultativo de Instituciones Sanitarias. Por ello, el sindicato impugnante alega un exceso del ámbito a que se refiere dicho Acuerdo y, en consecuencia, una infracción del artículo 31 de la Ley 9/1987.

Efectivamente, la Comunidad Autónoma de Andalucía había constituido una Mesa sectorial de negociación de las condiciones de trabajo, en este caso de naturaleza retributiva, referidas exclusivamente al personal funcionario e interino. Sin embargo, el apartado segundo del Acuerdo del Consejo de Gobierno impugnado extendió su aplicación a otros colectivos o sectores específicos del personal de la Administración de la Junta de Andalucía no definidos en el referido Acuerdo de la Mesa sectorial y que, como expresa el artículo 31.1 de la Ley 9/1987, hubieran exigido la constitución de sus respectivas Mesas sectoriales de negociación, singularmente en el caso del personal al servicio de las instituciones sanitarias y en el caso del personal eventual. Sin embargo, la Junta se limita a extender la aplicación de una negociación sectorial de condiciones de trabajo a

colectivos no incluidos en ella, lo que supone en definitiva un menoscabo del derecho a la negociación colectiva cuya configuración se materializa a través de un entramado institucional –mesa general y mesas sectoriales– y de reglas de funcionamiento y reparto de atribuciones, como es la determinación de que “la competencia de las mesas sectoriales se extenderá a los temas que no hayan sido objeto de decisión por parte de la mesa general” (artículo 31.1).

Este proceder no puede justificarse apelando a una pretendida facultad autoorganizativa de la Administración, tal como parece haberlo entendido la sentencia de instancia cuando, tras reconocer que la negociación es el instrumento principal para alcanzar acuerdos en materia de condiciones de trabajo de su personal, concluye afirmando que “la administración debe oír a las Centrales Sindicales, incluso negociar con ella pero en definitiva debe tomar los acuerdos que estime oportunos, lo que entra dentro de sus facultades de autoorganización”, pues en esta ocasión no consta acreditado que se haya producido negociación alguna entre la Administración y los sindicatos para fijar las retribuciones de los dos colectivos –personal eventual y personal de instituciones sanitarias– afectados.

#### **B) El Foro Marco para el Diálogo Social no es un “ámbito de negociación”, sino un órgano de diálogo e información de carácter laboral**

La **SAN de 14 de abril de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, se ha pronunciado sobre las relaciones entre las estructuras negociadoras previstas para el personal sanitario estatutario y las previstas en el Estatuto Básico del Empleado Público, afirmando la especialidad de aquéllas frente a las establecidas con carácter general para todo el empleo público. Ha rechazado la causa de inadmisibilidad invocada por la Abogacía del Estado y ha estimado el recurso interpuesto por la representación de Convergencia Estatal de Médicos y Enfermería (CEMSATSE) contra la inactividad material de la Administración por no iniciar el proceso de negociación colectiva. En este asunto concreto, se plantea si la Administración está violando el derecho a la libertad sindical del recurrente, en relación con el derecho a la negociación colectiva, mediante la inactividad material de no convocar el “ámbito de negociación” previsto en el artículo 11.4 de la Ley 55/2003 y en la Ley 7/2007.

Según dicho precepto, efectivamente, el Ministerio de Sanidad está obligado a constituir un ámbito de negociación, para lo cual convocará a las organizaciones sindicales representadas en el Foro Marco para el Diálogo Social a fin de negociar los contenidos de la normativa básica relativa al personal estatutario de los servicios de salud que dicho ministerio pudiera elaborar, en todo aquello que no afecte a las competencias de las comunidades autónomas y sin perjuicio de los asuntos atribuidos a la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado. A tales efectos, estas reuniones podrán ser convocadas por decisión del Ministerio, por acuerdo entre éste y las organizaciones sindicales, y por solicitud de todas las organizaciones sindicales presentes en el Foro Marco, realizándose, al menos, una al año.

Pues bien, en este caso, la Administración constituyó el Foro Marco para el Diálogo Social en mayo de 2005, al amparo del artículo 11.1 de la Ley 55/2003 y la demandante

## X. Función Pública

fue convocada a las reuniones celebradas entre 2005 y 2009 como organización más representativa que es. En virtud del artículo 11.4 de la citada Ley se constituyó, además, el “ámbito de negociación” (denominado Comisión Negociadora), que se reunió siete veces en 2005 y una en 2006 sin que se haya vuelto a reunir pese a que se había reclamado a los efectos del artículo 29.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA). Tal inactividad material, a juicio del sindicato recurrente, vulnera su derecho fundamental a la negociación colectiva, como contenido adicional de la libertad sindical.

La Sala aclara la naturaleza jurídica del Foro y de las Mesas de negociación, toda vez que al identificar el Foro con el citado ámbito de negociación, tal como había interpretado la Administración, se niega al sindicato capacidad negociadora, al ser el Foro una instancia de diálogo e información, de apoyo y asesoramiento. La duda se plantea porque si el “ámbito de negociación” del artículo 11.4 de la Ley 55/2003 es, en verdad, el mismo Foro, no habría inactividad material contraria al artículo 28.1 de la Constitución, pues el Foro se ha venido reuniendo. De no serlo, se plantea si el artículo 11.4 ha quedado tácitamente derogado por el EBEP, toda vez que crea una nueva estructura de negociación colectiva. A juicio de la Sala, ni el Foro ni las distintas Mesas son entes, pues carecen de personalidad jurídica, sino órganos mixtos (formados por Administración y administrados) para el desarrollo de una gestión participativa del empleo público; uno, de diálogo con la Administración —el Foro— y, otro, de negociación con ella. Al margen de la discutible ubicación del “ámbito de negociación” en la sistemática de la Ley 55/2003, su relación con el Foro es la de ser un órgano de éste, en cuyo seno se constituye, forma parte de su organigrama, pero actúa con autonomía funcional, de forma que cuando se reúne el “ámbito de negociación” no lo hace en puridad el Foro, que también goza de su propia autonomía y cometido.

Se plantea, asimismo, la cuestión relativa a la validez del sistema previsto en el artículo 11.4 de la Ley 55/2003 tras la entrada en vigor del EBEP y la instauración de una Mesa General de todas las Administraciones Públicas para la negociación de la legislación básica funcional. Frente a lo sostenido por el Ministerio Fiscal, el “ámbito de negociación” se diferencia de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas del artículo 36.1 por el ámbito subjetivo, pues mientras que en tal Mesa se negocia lo referente a todos los empleados públicos, el “ámbito de negociación” lo hace sólo respecto del personal estatutario de los Servicios de Salud. Sí coinciden en que son instancias únicas o nacionales y que su objeto es negociar normas básicas. De las Mesas Generales del artículo 34.3 se diferencia en todo, pues las Mesas se constituyen por cada Administración territorial (estatal, autonómica y local), negocian condiciones de trabajo y lo hacen sólo para sus respectivos empleados públicos. Tales diferencias se extienden, por tanto a las Mesas Sectoriales del artículo 34.4 que, al regularse en ese precepto, hay que entender que se crean y dependen de tales Mesas Generales del artículo 34.3.

Por lo tanto, la Ley 55/2003 no ha sido derogada, sino que desde el principio de especialidad normativa, lo que sí está constituido por mandato legal e imperativo es el “ámbito de negociación” en el que se negocian normas básicas referidas a todo el personal estatutario dependiente de todos los Servicios de Salud. Al no convocarse el “ámbito de negociación” hay una inactividad material contraria al artículo 28.1 de la Constitución, en relación con su artículo 37, pues la Administración no lo convoca pese a ser requerida para ello y con una

propuesta de temas que se le plantean como objeto de negociación. Se incumple así el deber legal del artículo 11.4.2 de la Ley 55/2003, de hacer la convocatoria al menos una vez al año, incumplimiento que sí tiene relevancia constitucional ya que la anualidad mínima de sus reuniones garantiza el funcionamiento de una instancia negociadora con la que se integra parte del contenido esencial de la libertad sindical de sus empleados.

Por último, resuelve la Sala la cuestión relativa a la periodicidad de la negociación. El requisito de la anualidad ciertamente viene impuesto por el artículo 11.4.2º de la Ley 55/2003, que reproduce e invoca el artículo 31.3 de la Ley 9/1987. Sin embargo, entiende la AN que el mero hecho de que este precepto haya sido derogado por la Ley 7/2007 no implica que para el “ámbito de negociación” ya no sea exigible esa anualidad mínima en las convocatorias, pues para el personal estatutario la Ley 55/2003 es la “legislación específica” a los efectos del artículo 2.3 de la Ley 7/2007. Esto significa que la Ley 55/2003 hizo de lo prevenido en esa norma una regulación específica para su ámbito, luego mantiene su vigencia tras la Ley 7/2007 por razón de su artículo 2.3.

## 6. DERECHOS LABORALES

### A) Derecho a la movilidad funcional: la posibilidad de abrirla a funcionarios pertenecientes a otras Administraciones ha de ser establecida en las relaciones de puestos de trabajo

La **STC 8/2010, de 27 de abril**, Sala Segunda, ha desestimado la cuestión de inconstitucionalidad presentada por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Zaragoza el entender que era posible un entendimiento del precepto cuestionado respetuoso con la legislación básica del Estado vigente en aquel momento, a partir de una interpretación sistemática de los artículos 17.1 y 19.2 del texto refundido de la Ley de ordenación de la función pública de Aragón.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Zaragoza, efectivamente, había planteado una cuestión de inconstitucionalidad del artículo 19.2 del Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación de la función pública de Aragón, en relación con el inciso “en que así se exprese” contenido en dicho precepto. Según dicho precepto, “A través de las oportunas convocatorias de concurso o de libre designación en que así se exprese, los funcionarios de la Administración del Estado podrán incorporarse a la de la Comunidad Autónoma para desempeñar puestos de trabajo de contenido funcional adecuado a sus Cuerpos o Escalas”. El órgano judicial considera que el inciso cuestionado modifica lo dispuesto en el artículo 17.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, que contempla la posibilidad de que se cubran plazas de una Administración por funcionarios de otra “de acuerdo con lo que establezcan las relaciones de puestos de trabajo”. Según su planteamiento, el precepto autonómico rebaja el rango normativo del instrumento que permite que puestos de trabajo de una Administración puedan ser cubiertos por funcionarios que pertenezcan a otra, pues el precepto estatal dispone que tal previsión se haga por medio de las relaciones de puestos de trabajo, lo que significa

## X. Función Pública

la remisión formal a una disposición de carácter general, que tiene un especial modo de establecerse y modificarse, y no a un acto administrativo de aplicación como son las concretas convocatorias.

En definitiva, la eventual contradicción consistiría en que en materia de movilidad de funcionarios de las distintas Administraciones públicas el artículo 17.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, remite a lo que establezcan las relaciones de puestos de trabajo, la posibilidad de que puestos de trabajo de las Administraciones públicas del Estado y de las Comunidades Autónomas puedan ser cubiertos por funcionarios que pertenezcan a cualquiera de estas Administraciones, en tanto que el precepto autonómico condiciona esta posibilidad de movilidad a que así se exprese en las oportunas convocatorias.

Una vez sentado el principio básico de la utilización racional del funcionariado existente (STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 42º), ha señalado la Sala que el carácter básico del artículo 17.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, se extiende también a la determinación del concreto instrumento de ordenación de la función pública al que se condicionaba la movilidad funcional: las relaciones de puestos de trabajo, en la medida en que éstas constituyen un instrumento que disciplina con una cierta vocación de permanencia los puestos del personal al servicio de las Administraciones públicas (STC 48/1998, de 2 de marzo, FJ 4º), de modo que el legislador estatal, al condicionar la movilidad a lo que “establezcan las relaciones de puestos de trabajo”, pretendía dotar de cierta estabilidad, permanencia y generalidad a la previsión de aquella posibilidad, dada la centralidad de las relaciones de puestos de trabajo como instrumento de ordenación de los recursos humanos, evitando que dicha posibilidad dependiese de decisiones excesivamente puntuales y coyunturales. Ahora bien, la referencia a las concretas convocatorias que realiza el precepto legal cuestionado en modo alguno excluye que sea en las relaciones de los puestos de trabajo de la Comunidad Autónoma en las que se determinen aquellos que pueden ofrecerse a funcionarios de otras Administraciones públicas, entre ellos, los funcionarios de la Administración del Estado. El precepto viene a añadir así un requisito al establecido en la legislación básica estatal entonces vigente, cual es que, además de en las relaciones de puestos de trabajo, también se prevea esa posibilidad de movilidad de los funcionarios de la Administración del Estado a la Administración de la Comunidad Autónoma en las convocatorias públicas de los puestos de cuya provisión se trate en cada caso. Requisito adicional que por sí mismo, en una interpretación sistemática de los artículos 17.1 y 19.2 del texto refundido de la Ley de ordenación de la función pública de Aragón, no desconoce la legislación básica estatal. Todo ello permite al TC concluir que el precepto aragonés cuestionado no vulnera la legislación básica del Estado entonces vigente (artículo 17.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto).

### B) La prolongación en el servicio activo

#### a) Es un derecho subjetivo del funcionario que está condicionado a que las necesidades organizativas de la Administración hagan posible su ejercicio

La STS de 10 de marzo de 2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha desestimado el recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por el Institut Català de la Salut (ICS) contra la STSJ de Cataluña de 30 de enero de 2008 (Sección Cuarta

de la Sala de lo Contencioso-Administrativo), que había estimado el derecho del funcionario recurrente a permanecer en el servicio activo hasta los setenta años. La cuestión de fondo versa sobre la interpretación que ha de darse al artículo 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, por ser éste el precepto que regula la prolongación de la permanencia en el servicio activo hasta los setenta años. De dicha norma resultan cuatro requisitos en orden a la decisión de la prolongación: la capacidad funcional del interesado para el ejercicio profesional, la intervención preceptiva de la Administración para autorizar la prórroga, la existencia de necesidades en la organización que no permitan esa prolongación y el reflejo de esas necesidades en el correspondiente Plan de Ordenación de recursos humanos.

El ICS solicita en interés de ley una interpretación contraria a la fijada en la sentencia, en el sentido de considerar que el acto denegatorio de la autorización de la prolongación en el servicio activo no exige fundarse en unas necesidades de la organización que obligatoriamente estén recogidas en un Plan de ordenación de recursos humanos que haya sido previamente aprobado. Sin embargo, considera el TS que este criterio interpretativo no puede ser compartido porque, partiendo de la propia literalidad del precepto, a lo que ésta apunta es que, ante la solicitud del interesado, la Administración debe pronunciarse sobre su concesión o denegación en función de *las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos*. Es decir, dicho artículo 26.2 establece un criterio para determinar o decidir el contenido de la concreta resolución que debe adoptarse (para establecer si tal resolución ha de ser favorable o contraria a la solicitud del funcionario), mas no faculta para decidir libremente la denegación sin necesidad de una motivación sobre ella. Ello es, por otra parte, lo que se deriva de la legislación general de la función pública, toda vez que el artículo 67.3 del Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007, de 12 de abril, al regular la jubilación forzosa permite que se pueda solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta que se cumpla setenta años de edad. En este caso, la Administración Pública competente “deberá resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la prolongación”. Este último precepto no deja ninguna duda sobre que la Administración tiene que motivar su decisión sobre la prolongación solicitada, y tanto para aceptarla como para denegarla; y sobre esta Ley 7/2007 debe recordarse, por un lado, que es también aplicable al personal estatutario de los Servicios de Salud (según dispone su artículo 2.3) y, por otro, que sus disposiciones constituyen bases del régimen estatutario de los funcionarios al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.18ª de la Constitución (así lo establece su Disposición Final Primera).

La conclusión final que se extrae de todo lo anterior es, pues, que esa prolongación en el servicio activo, regulada en el artículo 26.2 de la Ley 22/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, es un derecho subjetivo del funcionario, pero un derecho que no le es reconocido de manera absoluta sino, por el contrario, condicionado a que las necesidades organizativas de la Administración hagan posible su ejercicio; y que recaer sobre dicha Administración la carga de justificar esas necesidades organizativas que deben determinar la concesión o denegación de la prolongación.

## X. Función Pública

### b) El derecho a permanecer en la función pública hasta completar 35 años de cotización se integra en el derecho fundamental previsto en el artículo 23 de la Constitución

La **STS de 8 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por el Servicio Andaluz de Salud contra la sentencia del TSJ de Andalucía que había estimado el recurso contencioso-administrativo especial para la protección de los derechos fundamentales formulado por el funcionario recurrente, reconociéndole el derecho a ser reincorporado en su puesto de trabajo hasta que cumpliera los 35 años de cotización a la Seguridad Social.

En este caso, se aplica el régimen transitorio de jubilación fijado en la Disposición Transitoria Séptima de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, que prevé que el personal estatutario fijo, que a la entrada en vigor de esta Ley hubiera cumplido los 60 años de edad, podrá voluntariamente prolongar su edad de jubilación hasta alcanzar los 35 años de cotización a la Seguridad Social con el límite de un máximo de cinco años, siempre que quede acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las funciones correspondientes a su nombramiento. La Administración, sin embargo, entiende que dicha Disposición debe circunscribirse a que sólo procede la prórroga de la edad de jubilación cuando no se alcance el grado de optimización de los derechos sobre la pensión de jubilación, y en relación al caso concreto, el recurrente aunque no cuenta a la fecha de cumplir 65 años de edad con los 35 años de cotización, lo que le da derecho no al 100% de la pensión de jubilación, sino al 98%, recibe ya el importe máximo legalmente previsto para la jubilación, habiendo optimizado sus derechos pasivos.

A juicio de la Sala, no obstante, la norma no deja lugar a dudas en cuanto al establecimiento con carácter transitorio de un derecho subjetivo a completar 35 años de cotización, lo que afecta no sólo al porcentaje máximo sobre la base reguladora, sino también al contenido de esta misma, y desde luego supone un beneficio para quien sigue permaneciendo en el ejercicio de sus funciones en activo. En consecuencia, al establecer la ley para el recurrente un derecho a jubilarse más tarde, hasta completar 35 años de cotización, dicho derecho se integra en el derecho fundamental previsto en el artículo 23 de nuestra norma fundamental, que afecta no sólo al acceso a la función pública por un sistema que garantice los principios de igualdad, capacidad y mérito, sino también al mantenimiento en la condición de funcionario.

## 7. VACACIONES

### A) Los policías locales que trabajan en turno de noche también tienen derecho a un mes natural continuado o veintidós días hábiles

La **STS de 15 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha desestimado el recurso de casación en interés de ley presentado por el Ayuntamiento de Madrid. La sentencia recurrida se refiere a un funcionario de la Policía Local que trabaja en turno de noche y que solicitó los veintidós días hábiles como vacaciones anuales en base al Acuerdo Ayuntamiento-Sindicatos para el período 2004-2007, así como

en aplicación del artículo 68 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado. La Administración le denegó su petición al interpretar que los funcionarios de la Policía Municipal en horario de turno de noche tienen derecho a 18 jornadas o días de trabajo, equivalentes a 22 días hábiles de trabajo para los funcionarios con jornada ordinaria de lunes a viernes. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, la sentencia estima el recurso, anula el acto impugnado y reconoce el derecho a 22 días hábiles de vacaciones.

Frente a esta sentencia, el Ayuntamiento interpone el presente recurso extraordinario en interés de ley, entendiendo que dicha doctrina es errónea porque el artículo 68 de la Ley de Funcionarios citada, al igual que el EBEP, cuando reconoce a todos los funcionarios una vacación anual de un mes natural o veintidós días hábiles, está partiendo y pensando en que los funcionarios hacen su jornada de trabajo durante los cinco días a la semana, de lunes a viernes, por ello, a su elección y siempre respetando las necesidades del servicio, se les permite que elijan un mes natural continuado o veintidós días hábiles, que sumando los sábados y los domingos equivalen a un mes natural. Y este derecho es igualmente reconocido a los funcionarios de la Policía Municipal con turno de día, sea de mañana o de tarde, porque todos ellos trabajan cinco días a la semana. Sin embargo, resulta desproporcionado cuando se aplica a los funcionarios de la Policía Municipal que tienen turno de noche, toda vez que trabajan cuatro días a la semana y libran tres, frente al resto de funcionarios y a la generalidad de funcionarios que trabajan cinco días a la semana y libran dos. Para aquellos funcionarios, sus jornadas de trabajo al mes son 18 y no 22 días.

Por ello, el Ayuntamiento solicita que se declare como doctrina que a los funcionarios que realicen turnos nocturnos se les reconozcan como vacaciones “un mes natural o el mismo número de días hábiles que jornadas efectivas de trabajo les corresponda realizar”. A juicio del TS, no obstante, no concurriendo el requisito de ser la doctrina establecida gravemente dañosa para el interés general, procede la desestimación del recurso en interés de ley.

## 8. DERECHO A LA JUBILACIÓN

### A) La jubilación parcial del personal estatutario de los Servicios de Salud no requiere necesariamente la elaboración de un plan de ordenación de recursos humanos

La **STS de 9 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha desestimado el recurso de casación en interés de ley presentado por la Comunidad de Castilla y León frente a la STSJ de esta Comunidad Autónoma que había reconocido el derecho del funcionario recurrente a disfrutar de la jubilación parcial. Se trataba de un celador del Hospital Clínico Universitario de Valladolid que, en virtud de nombramiento como personal no sanitario con carácter interino en plaza vacante, había solicitado la Jubilación Voluntaria Parcial al amparo de lo previsto en la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Entre otros muchos motivos, el recurso se fundamenta en la interpretación que realiza la Administración del artículo 26.4 de la Ley 55/2003, de tal forma que la jubilación parcial para el personal estatutario de los Servicios de Salud sólo sería viable jurídicamente en el marco de lo que hubiera sido establecido en un previo plan de ordenación de recursos humanos.

## X. Función Pública

El TS desestima el recurso buscando la solución en el contenido, no sólo de lo dispuesto en el artículo 26.4 de la Ley 55/2003, sino también de lo establecido en el artículo 67 (apartados 2 y 4) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, considerando, asimismo, lo que el artículo 2 de esta última ley dispone sobre su aplicabilidad al personal estatutario de los Servicios de Salud. Según el primero de los preceptos, efectivamente, “Podrá optar a la jubilación voluntaria total o parcial, el personal estatutario que reúna los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social. 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”. Por el contrario, el artículo 67.2 de la Ley 7/2007, dispone que “Por Ley de las Cortes Generales, con carácter excepcional y en el marco de la planificación de los recursos humanos, se podrán establecer condiciones especiales de las jubilaciones voluntaria y parcial. Procederá la jubilación parcial, a solicitud del interesado, siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el Régimen de Seguridad Social que le sea aplicable”. Como es fácil de advertir, según el TS, ambos preceptos tienen un contenido muy parecido, consistente en diferenciar dos posibilidades respecto de la jubilación parcial.

Hay una primera en la que el acceso a la jubilación parcial se regula como una iniciativa del funcionario que éste decide en atención principal a sus intereses personales y que está pensada como una medida dirigida a favorecer el empleo. En este caso, lo cierto es que los preceptos legales antes transcritos únicamente remiten a lo que sobre esta modalidad de jubilación se establece en la Ley General de Seguridad Social, que condiciona la jubilación parcial a un simultáneo contrato de relevo, pero sin incluir la exigencia de la previa elaboración de un plan de ordenación de recursos humanos. Y hay una segunda posibilidad de jubilación parcial que, en ambos preceptos legales, sí es enmarcada dentro de la planificación u ordenación que de sus recursos humanos establezca la correspondiente Administración pública empleadora de la persona que accede a dicha jubilación y, por ello, demuestra que responde a una finalidad diferente a la de esa primera modalidad, toda vez que persigue dar respuesta a las necesidades de ajustes de plantilla que se puedan presentar en dicha Administración. Además, se prevé en la Ley 7/2007 que esa respuesta puede consistir en establecer para la jubilación parcial unas “condiciones especiales” (lo que sugiere unas modalidades especiales diferentes de la jubilación parcial establecida como regla general). Pues bien, a partir de esa dualidad que uno y otro precepto legal exteriorizan debe concluirse que la jubilación parcial del personal estatutario de los Servicios de Salud no necesariamente requiere en la totalidad de los casos, como preconiza el recurso de casación en interés de la ley, la elaboración de un plan de ordenación de recursos humanos.

### 9. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL

#### A) La sentencia penal de condena de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas determina la pérdida de aptitud para el ejercicio de funciones públicas

La STS de 10 de febrero de 2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, señala que la pérdida de la condición de funcionario contemplada en los artículos

37.1 y 37.2 de la LFEC, a causa de la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargo público, no constituye una sanción disciplinaria ni la ejecución por la Administración de los efectos administrativos de la condena penal, sino la ausencia sobrevenida de la aptitud para el ejercicio de funciones públicas, como consecuencia de la imposición al funcionario de dicha pena.

Por otra parte, la STS de 10 de febrero de 20101 también señala que, en cualquier caso, la Administración no tiene un plazo determinado para acordar la pérdida de la condición de funcionario público tras la firmeza de la resolución penal de condena de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo.

**B) Denegación de la solicitud de prórroga de jubilación hasta completar 35 años de cotización: vulneración del derecho a permanecer en la función pública (artículo 23 de la CE)**

La **STS de 8 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, afirma que el derecho a permanecer en la función pública, es decir, a mantener la condición de funcionario, es un derecho amparado por el artículo 23 de la Constitución, lo que permite acudir al procedimiento especial de protección de derechos fundamentales en aquellos casos en los que una resolución administrativa vulnera tal derecho. En el caso concreto al que se refiere la sentencia, la Administración había denegado la prórroga de la edad de jubilación hasta cumplir los 35 años de cotización afirmando que el solicitante había alcanzado ya el importe máximo legalmente previsto para la jubilación, optimizando sus derechos pasivos. El Tribunal Supremo considera que la resolución de la Administración vulnera la Disposición Transitoria Séptima de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, conforme a la cual si bien la jubilación opera a los 64 años, podrá instarse la prórroga de la edad de jubilación hasta cumplir 35 años de cotización. En efecto, la Sala entiende que no puede aceptarse una interpretación restrictiva de la Disposición Transitoria Séptima como la que pretende la Administración, “pues la norma no deja lugar a dudas en cuanto al establecimiento con carácter transitorio de un derecho subjetivo a completar 35 años de cotización, lo que afecta no sólo al porcentaje máximo sobre la base reguladora, sino también al contenido de esta misma, y desde luego supone un beneficio para quien sigue permaneciendo en el ejercicio de sus funciones en activo”. En consecuencia, confirma la sentencia recurrida que así lo entendía y que había reconocido la existencia de una situación individualizada en el recurrente, que “debía, por tanto, ser reintegrado en su puesto de trabajo, si fuera posible y, en su defecto, ser indemnizado en la cantidad resultante de restar a los derechos retributivos que le corresponderían de estar activo, las cantidades percibidas mensualmente por la pensión de jubilación”.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

BELÉN MARINA JALVO

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

EVA DESDENTADO DAROCA

**XI. URBANISMO****Sumario:**

1. **Ejecución del planeamiento.** A) Patrimonio municipal del suelo: destino.
2. **Momento y valoración de las expropiaciones urbanísticas.** A) La valoración del terreno expropiado con destino a sistemas generales, a pesar de estar clasificado como no urbanizable, debe hacerse como si de suelo urbanizable se tratase, salvo que, por reunir requisitos señalados por el legislador, su clasificación como urbano resulte obligada. Momento en que ha de efectuarse.

**1. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO****A) Patrimonio municipal del suelo: destino**

El TS en su **STS de 11 de mayo de 2009**, Ar. 4358, debe decidir sobre los bienes que pertenecen al patrimonio municipal del suelo y sobre el destino que se les debe dar. En el caso que nos ocupa, el TS parte de la naturaleza indiscutible de bienes pertenecientes a dicho patrimonio, tras el análisis de las aportaciones documentales presentadas en la instancia, y a pesar de los intentos del Ayuntamiento recurrido de desvirtuar dicha prueba.

En este sentido, el TS reitera la imposibilidad de que los Ayuntamientos utilicen este patrimonio como una fuente de financiación de las necesidades municipales, partiendo para ello de una pacífica línea jurisprudencial al respecto y de la propia subsistencia del artículo 276.2 del TRLS 1992, que no fue declarado inconstitucional por la Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, ni abrogado mediante la Disposición Derogatoria Única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones.

A este respecto, el TS indica la naturaleza del patrimonio municipal del suelo como un patrimonio separado que no puede servir al cumplimiento de todos los fines que se les asignan a las Entidades Locales, sino sólo los de “prevenir, encauzar y desarrollar técnica y económicamente la expansión de las poblaciones” y, por ello, la enajenación de los bienes que lo conforman no pueden servir para cualquier fin público. Dichos bienes tienen una naturaleza rotatoria, en cuanto que “su finalidad específica se realiza mediante la circulación propia del tráfico jurídico pero sin disminución o merma del propio Patrimonio, toda vez que el producto de las enajenaciones de los bienes de éste habrá de destinarse a la conservación y ampliación del propio Patrimonio (...)” (FJ 6º). La modificación de esta

característica sólo podría hacerla el propio legislador a través de una expresa previsión legislativa en contrario.

El TS indica que el fin último de la norma es el destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública u otros usos de interés social, sin que quepan en ello interpretaciones flexibles, y entendiendo que “interés social no es equivalente a mero interés urbanístico, sino que es un concepto más restringido (...) aquel que tiende a que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas o a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud o a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” (FJ 7º).

Así, la jurisprudencia del TS ha indicado que las parcelas que forman parte del patrimonio municipal de suelo no pueden enajenarse para destinarse a fines como la construcción de un centro socio-cultural, o de un archivo municipal, inversiones en centros de enseñanza, pago de deudas municipales,..., destinos elogiados pero que escapan de las finalidades propias de dicho patrimonio.

Principio de equidistribución de los beneficios y de las cargas: terrenos de Dominio Público.

En la **STS de 3 de junio de 2009**, Ar. 4527, el Alto Tribunal debe decidir si se ha vulnerado el principio de equidistribución de las cargas y beneficios derivados de la urbanización, al no incluir el Ayuntamiento recurrido unos terrenos de dominio público de titularidad del Canal de Isabel II (entidad de derecho público adscrita a la Comunidad de Madrid) en un Plan Especial, con los mismos beneficios y cargas que el resto de propietarios y en función de la superficie aportada. El Ayuntamiento entendía que los terrenos expropiados en su día a dicha entidad iban a ser sustituidos por otros también de dominio público incluso de superficie superior, como consecuencia de la gestión urbanística y, por tanto, no contaban con aprovechamiento urbanístico.

El TS entiende que el artículo 47.3 del RGU de 1978 (“... En todo caso debe tenerse en cuenta que cuando las superficies de los bienes de dominio y uso público anteriormente existentes fueran igual o inferior a la que resulte como consecuencia de la ejecución del Plan, se entenderán sustituidas unas por otras...”), en el cual se basaba la argumentación del Ayuntamiento citado, “es aplicable cuando las superficies originarias de dominio y uso público proceden de cesiones obligatorias y gratuitas urbanísticas” (FJ 4º), remitiéndose a la STS de 23 de noviembre de 1993, para declarar que “si la reparcelación, al igual que la compensación, tiene por finalidad hacer efectiva la distribución justa entre los propietarios afectados de los beneficios y cargas del planeamiento -...- obligado resulta,..., atender a la forma de obtención de los bienes de dominio y uso público que se aportan al polígono o unidad de actuación de que se trate, y así cuando los mismos no han sido obtenidos por cesión gratuita, el aprovechamiento urbanístico atribuido a su superficie pertenecerá a la Administración titular de aquéllos, mientras que si dichos bienes se obtuviesen en cumplimiento de la referida obligación operará el cuestionado artículo 47.3 del Reglamento de Gestión Urbanística” (FJ 4º).

## XI. Urbanismo

Una consecuencia distinta, es decir, la sustentada por el Ayuntamiento recurrido, llevaría, a juicio del TS, a una conculcación del principio de equidistribución de los beneficios y las cargas, porque –volviendo a citar la anterior STS– la entrega por la Administración actuante “de suelo de dominio público, no obtenido como consecuencia del deber urbanístico de ceder gratuitamente suelo que pesa sobre los propietarios, exoneraría a los afectados por el proyecto de reparcelación de su deber de ceder obligatoriamente el suelo necesario para los fines establecidos por la ley, con lo que se beneficiarían, a costa de la Administración actuante, de los bienes que ésta aporta como de dominio y uso público aunque no hubiesen sido obtenidos en virtud de las cesiones obligatorias y gratuitas impuestas legalmente a los propietarios de suelo, mientras que, –con la solución adoptada por el TS–, la Administración actuante obtendrá el aprovechamiento urbanístico atribuido a la superficie de los bienes de dominio y uso público, anteriormente existentes, que no procedan de cesiones obligatorias y gratuitas por razones urbanísticas, respetándose así el principio de equidistribución de beneficios y cargas” (FJ 4º).

Esta línea argumental determina que el TS estime el recurso de casación interpuesto, al haberse obtenido los terrenos mediante expropiación con el abono del correspondiente justiprecio.

### 2. MOMENTO Y VALORACIÓN DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS

**A) La valoración del terreno expropiado con destino a sistemas generales, a pesar de estar clasificado como no urbanizable, debe hacerse como si de suelo urbanizable se tratase, salvo que, por reunir los requisitos señalados por el legislador (esto es, cuente con los servicios que marca la Ley) su clasificación como urbano resulte obligada. Momento en que ha de efectuarse**

Con ocasión del recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 29 de septiembre de 2005 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, respecto al momento y valoración de la una finca expropiada para la “Urbanización exterior del Hospital García Orcoyen de Estella”, el TS (que estima el recurso) reitera una consolidada línea jurisprudencial en su **STS de 13 de octubre de 2009** (RJ 1054). En este sentido, en el FJ 5, puede leerse:

“(…) en aplicación del principio de efectiva distribución de beneficios y cargas del planeamiento, que se plasma, entre otras muchas, en Sentencias de 4 de octubre de 2002 (RJ 2002, 8730), justifica que ‘a pesar de estar clasificado como no urbanizable el suelo de uso dotacional o para sistemas generales, su valoración, a efectos de ejecutar éstos por el sistema de expropiación debe hacerse como si de suelo urbanizable se tratase’, razón por la que ‘el justiprecio del suelo ha de atender a la finalidad urbanística del mismo’, por lo que no cabe valorar como no urbanizable aquel cuyo destino es ser urbanizado”.(…)

Por otra parte y como señala la Sentencia de 23 de mayo de 2000 (RJ 2000, 7368), entre otras que se refieren al mismo asunto, “el suelo de sistemas generales, si cuenta con los servicios que marca la Ley, es suelo urbano. Y si no cuenta con ellos, cabe decir, como única posible alternativa contraria, que, cualquiera que sea el tipo de suelo en el que está

incluido, tendrá, a efectos de su valoración, naturaleza de suelo urbanizable, con apoyo legal en el artículo 26.2 del Reglamento de Planeamiento y su tasación ha de hacerse con arreglo al valor urbanístico...”. En el mismo sentido las citadas sentencias de 9 de diciembre de 2008 (RJ 2008, 7332), 10 (RJ 2009, 2151) y 23 de marzo de 2009 (RJ 2009, 2503), señalan que “en los casos en los que unos terrenos destinados a sistemas generales se encuentren clasificados como no urbanizables o carezcan de clasificación específica, procede valorarlos como urbanizables, salvo que, por reunir los requisitos señalados por el legislador, su clasificación como urbanos resulte obligada”.

De este pronunciamiento, además, es destacable el esfuerzo que realiza el TS para esclarecer el momento en el que se debe efectuar la valoración, pues, como es sabido, y así lo ha puesto de relieve el TS en su jurisprudencia (a ello ya dedicamos alguna de nuestras primeras crónicas) el justiprecio ha de fijarse conforme a la normativa vigente al momento del inicio del expediente expropiatorio. Concretamente en su FJ 3º advierte de la “improcedencia de aplicación al caso de las previsiones del artículo 25 de la Ley 6/1998, en la redacción dada por el artículo 104 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Política Económica”. Pues, dicho precepto, según su Disposición Final Novena entró en vigor el 1 de enero de 2003 y a juicio del TS: “los preceptos aludidos entraron en vigor con posterioridad a la fecha en que el Jurado debió haber dictado la firmeza administrativa de la valoración”.

Respecto a esto último, el TS puso de relieve:

“(…) en este caso el 30 de enero de 2002, de tal manera que ni al inicio del expediente expropiatorio, que determina la legislación aplicable, ni al inicio del expediente de justiprecio, al que ha de referirse la valoración, ni al momento en que el Jurado debió resolver sobre el justiprecio de no demorar su decisión, se hallaba en vigor el artículo 104 de la Ley 53/2002, cuya aplicación al caso resulta contraria al principio de seguridad jurídica y supondría la eficacia retroactiva en perjuicio del recurrente de la norma a una situación jurídica que debió resolverse con anterioridad a su entrada en vigor y de acuerdo con la normativa anterior. Este criterio es congruente con el que reiteradamente se ha seguido por esta Sala en relación con los supuestos en los que el retraso de la Administración en la tramitación del expediente de justiprecio supone una distinta valoración de los bienes, habiéndose declarado reiteradamente que ello no puede perjudicar al expropiado, de manera que en el supuesto de que el valor de los bienes o derechos ocupados fuese superior en el momento de la efectiva iniciación del expediente de justiprecio habría que estar a éste y en el supuesto de ser superior al tiempo en que debió iniciarse por ministerio de la ley se deberá tener en cuenta este momento para su valoración (Sentencia de 17 de junio de 1999 (RJ 1999, 5734)(...)). (FJ 3º *in fine*).

En esta misma dirección, resolviendo el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 15 de julio de 2005 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, tiene lugar la **STS de 3 de noviembre de 2009** (RJ 7930), que, a mayor abundamiento, en su FJ 2º recuerda que “como regla general, en nuestro ordenamiento jurídico los terrenos se tasan conforme a su clasificación urbanística. (...). Ahora bien, como excepción, ha precisado que, en los casos en los que unos

## XI. Urbanismo

terrenos destinados a sistemas generales se encuentren clasificados como no urbanizables o carezcan de clasificación específica, procede valorarlos como urbanizables siempre y cuando se destinen a ‘crear ciudad’, salvo que, por reunir los requisitos señalados por el legislador, su clasificación como urbanos resulte obligada (...)”.

CONSUELO ALONSO GARCÍA

FRANCISCO DELGADO PIQUERAS

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

RUBÉN SERRANO LOZANO

ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS



**XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL****Sumario:**

- 1. Bienes locales.** A) Enajenación de bienes: no cabe aplicar el trámite de subsanación previsto en el artículo 71 de la Ley 30/1992 para modificar la cuantía de la oferta presentada por el postor. B) Prerrogativas administrativas: requisitos para el ejercicio de la potestad de recuperación de oficio. **2. Aguas continentales.** A) Tránsito Tajo-Segura. B) Nulidad de concesión de aguas superficiales por no estar justificada la suficiencia de caudales. C) Inscripción de aprovechamientos en el Catálogo de aguas privadas. **3. Aguas marítimas.** A) Dominio público costero. a) Resultan nulos los actos de disposición sobre el demanio costero. b) Sólo los terrenos desecados al amparo de la legislación anterior pueden mantener su situación jurídica privada. B) Deslinde del dominio público costero. a) Finalidad: declarar dominio público los bienes que lo son por naturaleza y consecuente reconocimiento normativo. b) Efectos: declara la titularidad dominical de los bienes en favor del Estado. c) Procedimiento. a') La existencia de deslindes previos no impide la realización de otros posteriores. b') La imposibilidad de practicar la notificación no genera indefensión cuando se ha garantizado el principio de audiencia a lo largo del procedimiento de deslinde. c') La falta de práctica de un nuevo acto de apeo tras la modificación de la delimitación provisional no determina la nulidad del procedimiento. d') El plazo para notificar el deslinde es de veinticuatro meses, siempre que se haya iniciado con posterioridad al 1 de enero de 2003. d) La anulación de la Orden aprobatoria de un deslinde no determina *per se* responsabilidad patrimonial. C) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: extensión de la servidumbre de protección. D) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre. a) No cabe legalizar obras no autorizadas que pueden ubicarse fuera del demanio. b) Las obras no autorizadas realizadas antes de la entrada en vigor de la Ley de Costas serán demolidas cuando no proceda su legalización por razones de interés público. c) Caducidad de la concesión. d) Rescate concesional. E) Infracciones. F) Puertos. a) Usos privativos de espacios portuarios. b) Los Pliegos Reguladores de los servicios portuarios son actos internos de organización y funcionamiento de los Puertos

imperativos para quienes opten por la prestación del servicio. c) Competencias de los prácticos de puerto. d) Régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Autoridades Portuarias. e) Infracción grave: incumplimiento por navieros, capitanes y patronos de las normas sobre reconocimientos y certificados del buque y sus elementos. f) La falta de acreditación de los daños derivados de obras portuarias impide reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración costera. G) Pesca marítima.

a) Las ayudas a la actividad pesquera tienen carácter modal. b) Declaración de nulidad de Orden sobre pesca por incumplimiento del procedimiento normativamente establecido para su aprobación. **4. Patrimonio histórico.** A) El acto de iniciación de un procedimiento administrativo tendente a la declaración de un bien como de Interés Cultural puede considerarse acto de trámite cualificado a los efectos de poder ser impugnado autónomamente al amparo de lo dispuesto en el artículo 25 de la LJCA.

B) Concurrencia de responsabilidad patrimonial entre el Estado y una Comunidad Autónoma respecto de la reparación del daño sufrido por un particular a raíz del deficiente grado de conservación de un bien de Interés Cultural de titularidad del Estado. La titularidad estatal sobre el bien declarado de Interés Cultural no exime por sí misma la existencia de responsabilidad de la Administración autonómica en la que aquél radica. **5. Minas.** A) Ayudas al sector de la minería del carbón para el fomento de las prejubilaciones. Exégesis del artículo 9 del Real Decreto 808/2006, de 30 de junio, por el que se establece el régimen de ayudas por costes laborales mediante prejubilaciones, destinadas a cubrir cargas excepcionales vinculadas a planes de racionalización y reestructuración de la actividad de las empresas mineras del carbón. Este precepto ha de interpretarse en el sentido de considerar que si la cantidad bruta garantizada en función de las bases máxima y/o de la media de las bases normalizadas, conforme al primer párrafo del artículo 9.4, resultara que así calculada excediera en más o fuera inferior en menos del 8% del 80% del salario medio percibido por el trabajador, entran en juego los topes del párrafo segundo del artículo 9.4 y debería reducirse hasta dicha cuantía y si por el contrario fuera inferior debería incrementarse. **6. Carreteras.** A) Los terrenos expropiados con la finalidad de dedicarlos a la construcción a sistemas generales viarios, —se encuentren clasificados como no urbanizables o carezcan de clasificación específica— procede valorarlos como urbanizables siempre y cuando dichos sistemas una vez

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

construidos contribuyan a crear ciudad. **7. Propiedades públicas. Régimen económico**

**financiero.** A) Aguas continentales: cánones de regulación y tarifas de utilización del agua. a) Cuestiones generales. b) Hecho imponible. c) Imposición y ordenación.

d) Relaciones con el canon de explotación de saltos de pie de presa. e) Fijación de la base imponible, criterios de reparto y, en general, problemas de cuantificación. f) Aplicación

de las exacciones. g) Relaciones con la tasa por prestación de trabajos facultativos de vigilancia, dirección e inspección de obras. B) Aguas continentales: exacciones por

abastecimiento en baja. a) Derramas exigidas por las comunidades de regantes. C) Otro

dominio público: dominio público local. a) La cuestión de los operadores de telefonía

móvil. D) Impuesto sobre Bienes Inmuebles. a) Puertos. b) Centros de enseñanza.

### 1. BIENES LOCALES

#### **A) Enajenación de bienes: no cabe aplicar el trámite de subsanación previsto en el artículo 71 de la Ley 30/1992 para modificar la cuantía de la oferta presentada por el postor**

En la STSJ de Navarra 559/2009, de 30 de septiembre, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, se niega que resulte posible acudir al trámite de subsanación de errores previsto en la Ley 30/1992 para modificar las ofertas presentadas por los postores en un procedimiento de enajenación. En el caso concreto existían varias ofertas y una de ellas era inferior a la cantidad mínima exigida, por lo que el Secretario de un Ayuntamiento requirió al postor para que subsanara el error en aplicación de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 30/1992. Tal actuación del Secretario se considera incorrecta.

Y dicha negativa es fundamentada por el TSJ de Navarra en jurisprudencia del mismo Tribunal anterior en la que se sostiene que la subsanación de defectos o de omitidos documentos preceptivos que prevé el artículo 71 de la Ley 30/1992 se refiere a aquellos defectos o documentos que afectan al propio procedimiento instado y no al fondo (cuestión material) de la resolución que pudiera adoptarse en dicho procedimiento. Es decir, el requerimiento de subsanación es procedente y preceptivo respecto de aquellos defectos/omisión de documentación determinantes de la procedencia (deberíamos decir improcedencia que es lo que determina tales defectos) del procedimiento en sí mismo, esto es, de la iniciación y consiguiente curso procedimental hasta llegar a la resolución de fondo (obsérvese que los defectos afectan a la solicitud de iniciación). No es procedente ni preceptivo respecto de aquellos defectos u omisión de documentos que afectan a los requisitos no procedimentales, es decir, a los requisitos afectantes al derecho para cuyo reconocimiento se insta (requisitos materiales afectantes al derecho y no al procedimiento administrativo).

Es por ello que el propio artículo 71.1 in fine de la Ley 30/1992 determina como consecuencia de la no subsanación “el tener por desistido de su petición” con el consiguiente archivo y no iniciación del curso del procedimiento administrativo. Obsérvese que no se

refiere a una resolución relativa al fondo de la petición instada sino a una resolución de desistimiento de la petición.

Teniendo en cuenta dicha doctrina, el TSJ de Navarra considera que es evidente la incorrección jurídica de la subsanación de defectos otorgada por el Ayuntamiento pues no se trata de un defecto formal que afecte a la prosecución del procedimiento sino, en todo caso, ante un defecto material del ofertante cuya oferta no alcanza el mínimo legal y que afecta a la resolución de fondo de la adjudicación.

### **B) Prerogativas administrativas: requisitos para el ejercicio de la potestad de recuperación de oficio**

En la **STSJ de Murcia 1047/2009, de 23 de noviembre**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, se plantea si es procedente la prerrogativa de recuperación de oficio ejercitada por un Ayuntamiento, teniendo en cuenta los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal del Supremo. Jurisprudencia que se resume en la Sentencia y que por su interés se procede a exponer a continuación.

En concreto, en la citada STSJ se dice que constituye doctrina reiterada del Tribunal Supremo recogida entre otras en Sentencia de 13 de febrero de 2006 (con cita de otras muchas como la Sentencia de 22 de noviembre de 1988, 3 de junio de 1985, 1 de diciembre de 1987, 18 de julio de 1988), que la viabilidad de la acción administrativa de recuperación posesoria exige una acreditación de la posesión pública del bien y de la perturbación posesoria de éste. Se ha señalado que la justificación indiciaria de la posesión administrativa resulta incontrovertible (Sentencias de 25 de febrero de 2003 y 13 de enero de 2004), o que la acreditación de un efectivo estado posesorio (Sentencia de 25 de abril de 1994) es innegable salvo que la demanialidad del bien fuere incontrovertible (Sentencia de 3 de marzo de 2004).

También es preciso, sigue diciendo la STS de 13 de febrero de 2006, en el procedimiento de recuperación de oficio que los bienes municipales se encuentren perfectamente identificados sobre el terreno (Sentencias de 8 de mayo de 1986 y 23 de marzo de 1987), pues cuando no hay confusión de límites no es necesario un deslinde previo (Sentencia de 23 de noviembre de 1998). Facultad de recuperación de oficio que exige una prueba plena y acabada (Sentencias de 12 de julio de 1982, 20 de julio de 1984, 24 de abril de 1985, 3 de junio de 1985 y 1 de junio de 1988). La claridad en la posesión administrativa del bien sobre el que se ejerce aquella facultad ha de ser inequívoca (Sentencias de 22 de mayo de 1985, 12 de diciembre de 1996 y 30 de marzo de 1999).

Y, a continuación, en la STSJ de Murcia comentada se afirma que dichas condiciones son exigencias esenciales en razón a que el ejercicio de tal potestad implica un privilegio al resolver la Administración el problema por sí misma sin necesidad de acudir a la tutela judicial expresada a través de la actuación de los Tribunales de Justicia (Sentencias de 23 de marzo de 1999 y de 23 de abril de 2001). Por ello, no cabe el ejercicio de esta privilegiada acción recuperatoria o de autotutela administrativa cuando la posesión pública no aparezca como inequívoca e indudable, o su dilucidación exija complicados juicios de valor o de

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

ponderación. También es doctrina del Tribunal Supremo la de que (Sentencia de 8 de febrero de 1991) la inexistencia de calificación de los caminos existentes en el término municipal, o su no inclusión en el Inventario de Bienes no es óbice para la prosperabilidad de la acción, cuando se acredita su naturaleza pública por otros medios. Todo ello sin olvidar que todo lo que concierna al dominio y a su reivindicación compete a la jurisdicción civil ante la que se practicará la oportuna prueba acreditativa de la titularidad pública o privada objeto de controversia (entre otras, Sentencia de 25 de febrero de 2003).

Partiendo de la jurisprudencia del TS que se cita en la STSJ y que se acaba de exponer, en el caso debatido el TSJ de Murcia considera incorrecta la utilización de la prerrogativa de recuperación de oficio, al no haberse acreditado la posesión pública e inequívoca por la Entidad local, y ello sin perjuicio de que todo lo que concierna al dominio y a su reivindicación compete a la jurisdicción civil ante la que se practicará la oportuna prueba acreditativa de la titularidad pública o privada objeto de controversia. Y a tal conclusión se llega después de apreciar que la información testifical practicada no resulta suficiente por su carácter genérico y que el Ayuntamiento no aportó documentación alguna que pudiera acreditar el uso público indubitado y continuado de los terrenos que se pretendían recuperar; asimismo, se tiene presente que el particular afectado aportó diversa documentación, como escrituras públicas y diversos informes de Administraciones públicas en los que se indicaba la inexistencia de ese bien público cuya posesión se pretendía recuperar.

### 2. AGUAS CONTINENTALES

#### A) Traspase Tajo-Segura

En la **STS de 10 de febrero de 2010**, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo (recurso 161/2007), se discute el acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de febrero de 2007, por el que se autorizó el traspase de veintidós hectómetros cúbicos de agua con destino al acueducto Tajo-Segura. Contra dicho acuerdo de Consejo de Ministros se interpone recurso contencioso-administrativo por el Letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, esgrimiendo como principal motivo de impugnación del acuerdo, su falta de motivación por no razonarse en él la necesidad del traspase con destino a regadíos y mucho menos sobre el concreto destino de 11 hm<sup>3</sup>, de manera que la decisión de trasvasar agua del Tajo al Segura con destino a regadíos en una situación excepcional en los embalses de cabecera, requiere una cumplida motivación y en el acuerdo del Consejo de Ministros y en los informes que se citan en él no se consigna el destino concreto que habrían de tener los caudales trasvasados para regadío. La causa fundamental de la queja que formula la Administración autonómica demandante, está en que se desconocen las concretas explotaciones de cultivos leñosos a regar con el agua trasvasada y si una parte considerable de esa agua, en lugar de destinarse a tales cultivos se derivará a invernaderos e incluso a balsas.

El TS, después de analizar todos y cada uno de los argumentos y alegaciones también formuladas tanto por el Abogado de la Administración del Estado como por las Comunidades Autónomas emplazadas (Valencia y Murcia), llega a la conclusión de que si bien

el Acuerdo de Consejo de Ministros impugnado es muy escueto en su fundamentación al limitarse a citar una serie de preceptos sobre el carácter “excedentario” de las aguas embalsadas en el conjunto de Entrepeñas-Buendía y sobre la competencia para acordar los trasvases, no se puede negar que en el expediente tramitado al efecto obran numerosos informes de distintos órganos administrativos que justifican y explican el acuerdo a autorizar el trasvase de 11 hm<sup>3</sup> de la cabecera del Tajo con destino a regadíos en la cuenca del Segura. En concreto, el Tribunal afirma que todos esos informes fueron considerados y debatidos por todos los miembros de la Comisión Central de Explotación del Acueducto Tajo-Segura en su reunión de 1 de febrero de 2007, en la que el representante de la Administración demandante dejó patente su total y absoluta oposición al trasvase de 11 hm<sup>3</sup> con destino a regadío. Resalta asimismo el TS que obran en el expediente administrativo, informe emitido por la Dirección General del Agua en el que se realiza un análisis de la situación de la sequía al 29 de enero de 2007, y otro informe del Director General de Desarrollo Rural en el que se llega a la conclusión de que para el mantenimiento de cultivos leñosos-cítricos (antes del 28 de febrero de 2007), es necesario un volumen mínimo a trasvasar de 6 hm<sup>3</sup>, para el mantenimiento de infraestructuras de riego de 2 hm<sup>3</sup> y para el mantenimiento de la actividad de invernaderos de 2 hm<sup>3</sup>.

Por las razones expuestas el Tribunal determina que hay justificación suficiente y razonable de la decisión de destinar 11 hm<sup>3</sup> de agua trasvasada de la cabecera del Tajo con destino a un riego de socorro de las zonas regables en la cuenca del Segura. Motivo por el cual el TS desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de febrero de 2007.

En similar sentido, la **STS de 10 de marzo de 2010**, Sección Quinta, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 613/2007), en la que se trata el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha contra el acuerdo de Consejo de Ministros de 5 de octubre de 2007, por que se autoriza un trasvase para el período de 1 de octubre al 31 de diciembre de 2007, de 69 hm<sup>3</sup> de la cabecera del Tajo. El Letrado de la Comunidad Autónoma aduce que no existe en el acuerdo impugnado, ni en su expediente administrativo, indicación alguna sobre los cultivos y explotaciones agrarias que necesitarían con urgencia agua destinada para riegos, sin que asimismo el acto impugnado se sometiese a evaluación de impacto ambiental. Analizados los motivos de impugnación, considera el TS que de las actas de la reunión de la Comisión Central de Explotación del Acueducto Tajo-Segura y de la documentación obrante en el expediente administrativo se deduce la justificación y necesidad del trasvase y el destino de las aguas trasvasadas para riegos. En cuanto al segundo motivo de impugnación planteado por el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, el Tribunal concluye que el artículo 5.1, en relación con el Anexo I, Grupo 7, apartado c).1.<sup>a</sup> de la Ley autonómica 4/2007, de 8 de marzo, de Evaluación Ambiental en Castilla-La Mancha, que invoca el Letrado, no es aplicable al trasvase enjuiciado por tratarse de una cuenca intercomunitaria, que se rige exclusivamente por las normas estatales. Por todo lo anterior el TS determina desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo de Consejo de Ministros de 5 de octubre de 2007 por el que se autoriza el trasvase de 69 hm<sup>3</sup>.

### B) Nulidad de concesión de aguas superficiales por no estar justificada la suficiencia de caudales

En la **STS de 8 de febrero de 2010** (recurso de casación 555/2006), se discute la resolución de fecha 29 de octubre de 1998 del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Sur, por la que se concedió a la Mancomunidad de Municipios Costa Trópica de Granada una concesión de aguas superficiales por un caudal medio de 27 litros/segundo y 45 litros/segundo en los meses de verano. Dicha resolución de la Confederación Hidrográfica del Sur es recurrida por la Comunidad de Regantes de la Acequia Real de Cástaras, declarándose su nulidad por no ser conforme a derecho por la falta de acreditación de la suficiencia de caudales necesarios, ordenado la retroacción del expediente a la emisión de los informes de caudal necesarios y que conforme a la aplicación de la Ley de Aguas se incoase el oportuno expediente de declaración de utilidad en orden a todo o parte de las anteriores y preexistentes concesiones de agua sobre el río Trevélez otorgadas a la Comunidad de Regantes a fin de que se indemnizase a los recurrentes por la pérdida de sus derechos concesionales. Tal fue el sentido del fallo de la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, de 5 de abril de 2005 (recurso 95/1999).

Contra dicha Sentencia de 5 de abril de 2005, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, se interpone recurso de casación por la Junta de Andalucía, en el que se aduce un único motivo de casación, alegando infracción del artículo 121.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico.

Tras un exhaustivo análisis del contenido dispositivo de la sentencia de instancia, el TS entra en el análisis del artículo invocado en el principal motivo de casación planteado, artículo 121 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril. Dicho artículo determina que si la incompatibilidad de una nueva petición se comprobare en relación con una concesión ya otorgada, se suspenderá de forma definitiva la tramitación en el punto en que se halle y, previa audiencia del peticionario, se denegará la concesión solicitada, a no ser que ésta goce de los derechos de preferencia señalados en el artículo 98 del mismo Reglamento y se pueda declarar de utilidad pública a los efectos de expropiación forzosa. Es decir, constatada la incompatibilidad, la segunda concesión debe ser denegada; pero si ésta goza de los derechos de preferencia señalados en el artículo 98, la respuesta no debe ser la denegación de la segunda concesión, dado su carácter preferente, sino el inicio de las actuaciones tendentes a la declaración de utilidad pública y a la expropiación total o parcial de la concesión preexistente.

Según la Junta de Andalucía, el precepto había sido indebidamente aplicado por la Sala de instancia al entender que existían caudales suficientes, y por lo tanto no se da el supuesto de incompatibilidad a que se refiere la norma. Pero el TS afirma que, así las cosas, la sentencia de instancia ofrece una valoración suficientemente pormenorizada de los datos y elementos de prueba, llegando a la conclusión de que no está debidamente justificada la existencia de caudal de agua suficiente para atender a ambas concesiones, motivo por el cual ordena la retroacción de actuaciones del expediente hasta la emisión de los correspondientes informes de medición de caudales existentes y caudales necesarios de otros

aprovechamientos para poder considerar la incompatibilidad y en tal supuesto proceder a la declaración de utilidad, expropiación e indemnización.

Por tales motivos el TS considera que no cabe afirmar que la Sala de instancia haya aplicado indebidamente o interpretado erróneamente el artículo 121 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, y por esta razón desestima el recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía.

### C) Inscripción de aprovechamientos en el Catálogo de aguas privadas

En la **STS de 25 de marzo de 2010** (recurso de casación 1787/2006), se trata el recurso de casación planteado contra la Sentencia del Tribunal Superior de Castilla-La Mancha de 3 de febrero de 2006, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo 730/2002, promovido por la entidad mercantil “Explotaciones El Coque, SL”, contra la resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadiana de 23 de abril de 2002, por la que se denegó la inscripción en el Catálogo de aguas privadas de un aprovechamiento de captación en el término municipal de Villarrobledo, situado en la finca “El Calaverón”, polígono 47, parcela 18, riego de 3,4 hectáreas. La sentencia de instancia recurrida desestimó el recurso íntegramente al considerar, en síntesis, que no se había acreditado de manera suficiente la preexistencia del riego en la fecha de entrada en vigor de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, no resultando por ello posible su inscripción en el Catálogo de aguas privadas.

La entidad mercantil recurrente plantea como principal motivo de casación de fondo, la infracción del régimen transitorio de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, en el que se distingue la inscripción de un aprovechamiento en el “Registro” de aguas, de su inclusión en el “Catálogo” de aguas, no exigiéndose en este último supuesto la acreditación del derecho a la utilización del recurso, ni la falta de afección a otros aprovechamientos pre-existentes, bastando con la mera declaración de usuario. Entiende la mercantil recurrente una incorrecta aplicación por la Sala de instancia de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.

Por su parte el Abogado del Estado alega en síntesis que la sentencia impugnada ha aplicado correctamente el régimen transitorio de la legislación de aguas en materia de inscripción de aprovechamientos de aguas privadas, al constatar la falta de acreditación de la existencia del pretendido aprovechamiento en la fecha de entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985.

Tras el análisis de los motivos de casación planteados y las distintas alegaciones, el TS hace colación de anteriores sentencias de la misma Sala en relación con el principal motivo de casación (aplicación de la DT Cuarta de la Ley de Aguas). Afirma el TS que tal y como quedó establecido en sus pronunciamientos de fecha 18 de enero de 2010 y de 27 de abril de 2009 (sentencias ya comentadas en las crónicas XIII de los números 47 y 46, respectivamente, de la Revista *Justicia Administrativa*), no cabe duda que el régimen jurídico del Registro de Aguas y el del Catálogo es diferente y ello se deduce claramente de lo establecido en las Disposiciones Transitorias Tercera y Cuarta de la Ley de Aguas 29/1985, de 2 de

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

agosto, y artículos 189 a 197 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, siendo la más trascendental diferencia la de que, como establecen concordadamente los apartados 2 de las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera de dicha Ley de Aguas, no podrán los aprovechamientos incluidos en el Catálogo gozar de la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro de Aguas.

Mientras en las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera se exige abierta y claramente el derecho a la utilización del agua, en la Cuarta, apartado 2, se alude a la declaración del titular legítimo del aprovechamiento y al conocimiento por el Organismo de cuenca de sus características y aforo, lo que el Reglamento del Dominio Público Hidráulico traduce en su artículo 195.2 en una declaración acompañada del título que acredite su derecho al aprovechamiento haciendo constar sus características y destino de las aguas. La interpretación que se debe hacer de lo establecido en la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de Aguas 29/1985, aplicable en este caso, y en el artículo 195.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, no es otra que la necesidad de justificar la posesión del aprovechamiento de que se trata, sus características y aforo, lo que requiere acreditar el destino de las aguas y la superficie regable. Así, pues, lo que la Administración hace constar en el Catálogo no son derechos, sino situaciones de hecho, y ello justifica que no se otorgue a los aprovechamientos incluidos obligatoriamente en el Catálogo la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro.

Es cierto que en el apartado 2 de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de Aguas se alude a los titulares legítimos de aprovechamiento de aguas calificadas como privadas en la legislación anterior a la Ley, pero tal expresión es necesario interpretarla en armonía con lo establecido en las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera, apartado 2, de la propia Ley de Aguas, de cuya interpretación se deduce que, mientras para inscribir los aprovechamientos en el Registro es necesario acreditar el derecho al aprovechamiento y la no afección a otros aprovechamientos, para incluir el aprovechamiento en el Catálogo basta justificar su existencia y titularidad de hecho así como sus características y aforo y existencia de explotación.

Así delimitados los requisitos para la inscripción en el Catálogo de aguas privadas, concluye el Tribunal que es claro que dicho motivo de casación no puede prosperar, al no haberse demostrado por el recurrente en modo alguno el hecho consistente en la preexistencia del riego en la fecha de entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985. Motivo por el cual el TS declara no haber lugar al recurso de casación planteado por la mercantil recurrente con imposición de costas.

Sobre la misma materia véase la **STS de 18 de marzo de 2010** (recurso de casación 1342/2006), en la que se discute la Resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de 30 de agosto de 2001, por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra las resoluciones recaídas en los cuatro expedientes que acordaron la inscripción, a instancia de la mercantil “Explotaciones Agrícolas Hnos. Martín González”, en el Catálogo de aguas privadas de cuatro pozos situados en el término municipal de Carmona (Sevilla). En esta casación se discute la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, de fecha 27 de octubre de 2005, en relación con el recurso contencioso-administra-

tivo 837/2001. A través de dicha sentencia del TSJA se desestimó el recurso contencioso contra la Resolución de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir mencionada.

Interesa destacar que las resoluciones administrativas del organismo de cuenca, impugnadas ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, acuerdan la inscripción de los aprovechamientos de aguas subterráneas en el Catálogo de aguas privadas, cuatro pozos, tres de ellos con una dotación total de 72.100 m<sup>3</sup>/año. Además, en esas tres resoluciones se establecen una serie de “condiciones específicas” que, en lo que nos interesa sobre ellas, plantea el recurrente su discrepancia, se impone, de un lado, la carga de instalar un contador volumétrico para el control del agua extraída (condición segunda) y, de otro, establece una limitación del aprovechamiento de aguas privadas como consecuencia de la posición del recurrente como comunero de las Comunidades de Regantes del Valle Inferior del Guadalquivir y Bajo Guadalquivir (Condición quinta). La sentencia recurrida se fundamenta en síntesis en el régimen transitorio de la Ley de Aguas, interpretado a la luz de la doctrina constitucional que se extrae de la STC 227/1988, de 29 de noviembre. El principal motivo de casación planteado por la recurrente se construye sobre la infracción de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de Aguas de 1985.

Analizados los motivos de casación expuestos y la argumentación de la sentencia de la Sala de instancia, el TS concluye en sus FFJJ 3º y 4º que “el limitado ámbito de la inscripción en el Catálogo de aguas privadas, atendidos su naturaleza y efectos, resulta incompatible con la sujeción a condiciones, o con el establecimiento de limitaciones, ajenas a la finalidad que cumple el expresado Catálogo de conocimiento y constatación de los aprovechamientos de aguas privadas a la entrada en vigor de la Ley de Aguas en relación con las características y aforo de los mismos”. Por tal motivo, el TS considera que ha de estimarse en parte el recurso, debiendo de declararse la nulidad de la condición específica quinta relativa que limitaba el volumen de aguas privadas que venía utilizando en la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985 el recurrente. Si bien el TS estima parcialmente el recurso y deja en vigor la condición específica segunda impuesta en la Resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, relativa a la obligación de instalar un contador volumétrico para el control de agua extraída.

### 3. AGUAS MARÍTIMAS

#### A) Dominio público costero

##### a) Resultan nulos los actos de disposición sobre el demanio costero

La inalienabilidad e inembargabilidad del demanio costero que consagra el artículo 132 CE tiene su trasunto en el artículo 9 de la vigente Ley de Costas, que impide la existencia de terrenos de propiedad distinta de la demanial del Estado en las pertenencias del dominio público marítimo-terrestre, considerando nulos los actos administrativos que infrinjan esta disposición. La aplicación de estas determinaciones normativas al supuesto sobre el que se pronuncia la **STS de 3 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso (re-

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

curso 2174/2005), implica afirmar que la Administración Tributaria carece de facultades para operar sobre los bienes de dominio público marítimo con el fin de hacer efectivos los créditos a su favor por la vía de apremio. Por esta razón, resulta procedente la declaración de nulidad de la Resolución de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria por la que se procedió a la adjudicación directa y mediante subasta de dos fincas integrantes de aquél, llevada a cabo mediante procedimiento de revisión de oficio previsto en la LGT. La Sala entiende ajustada a la legalidad dicha declaración de nulidad, sin que considere aplicable el límite fijado a la revisión de oficio por el artículo 106 de la Ley 30/1992: no se está en el caso de prescripción de acciones o transcurso de un tiempo tan considerable que justifique el sacrificio de la legalización de la actuación administrativa en atención a razones de equidad, buena fe, derecho de los particulares u otras previsiones legales.

### **b) Sólo los terrenos desecados al amparo de la legislación anterior pueden mantener su situación jurídica privada**

La Disposición Transitoria Segunda.2 de la Ley de Costas establece que los terrenos ganados en propiedad al mar y los desecados en su ribera en virtud de concesión otorgada antes de su promulgación serán mantenidos en dicha situación jurídica, si bien sus playas y zona marítimo-terrestre continuarán siendo de dominio público. La Disposición Transitoria Sexta.3 del Reglamento de Costas clarifica esta regla, señalando que sólo será válida en relación a concesiones en cuyas cláusulas se recoja expresamente la previsión de entrega en propiedad de los terrenos afectados. El resto de concesiones a perpetuidad otorgadas bajo el amparo de la legislación anterior tendrán tiempo limitado (30 años) y un régimen transitorio en aplicación de la nueva normativa (Disposición Transitoria Decimocuarta.3 del Reglamento de Costas). De este último tipo es el título sobre el que se discute en la **STS de 25 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 5668/2005), que, además, estaba sujeto a condición: mantener el terreno constantemente saneado, conservándose en buen estado las obras de cerramiento con arreglo al proyecto. A mayor abundamiento, tampoco se ha producido en los terrenos desecados una pérdida irreversible de sus características originales que justifiquen su exclusión del dominio público y la consiguiente mutación demanial. Por estas razones, se rechaza que dicha concesión cumpliera las circunstancias requeridas para poder afirmar que se ha producido una conversión jurídica del título en titularidad dominical.

Por su parte, y de acuerdo con la misma Disposición de la Ley de Costas, los terrenos ganados al mar y los desecados en su ribera sin título administrativo continuarán siendo de dominio público, lo que sucede en el caso analizado por la **STS de 5 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 488/2006).

### **B) Deslinde del dominio público costero**

#### **a) Finalidad: declarar dominio público los bienes que lo son por naturaleza y consecuente reconocimiento normativo**

Nuevamente se reflejan en estas crónicas pronunciamientos judiciales que constatan el carácter demanial de bienes costeros que, por naturaleza, se acomodan a las determina-

ciones normativas consecuentes. Y ello con independencia de sus características urbanísticas, que no alteran dicha naturaleza. Si bien el concepto de dominio público sirve para calificar una categoría de bienes sin aislarlos de su entorno –por lo que recaerán sobre ellos las competencias que ostentan los diversos entes públicos–, no es menos cierto que las limitaciones derivadas de la Ley de Costas pueden condicionar la realización del conjunto de actuaciones anudadas a aquéllas: nada impide que una playa sea zona urbana, siempre que se respeten las limitaciones para construir en esa superficie impuestas por la legislación costera [**STS de 9 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 835/2006), FJ 5º].

Así sucede con la zona marítimo-terrestre [**SSAN de 15 de febrero, 4 (dos) y 11 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso (recursos 206/2008, 676/2008, 194/2008 y 20/2007)], con los terrenos naturalmente inundables como consecuencia del flujo y reflujo de las mareas, las olas o de la filtración del agua del mar [**SAN de 4 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 119/2008), FJ 3º], con los acantilados sensiblemente verticales, que estén en contacto con el mar o con espacios de dominio público marítimo-terrestre, hasta su coronación [**SSAN de 4 de febrero y 18 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso (recursos 128/2008 y 251/2006)], con la zona marítimo-terrestre, playas y demás bienes que tengan carácter demanial en las islas de propiedad privada formadas por causas naturales en el mar territorial o en aguas interiores o en los ríos hasta donde se hagan sensibles las mareas [**SAN de 18 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso, (recurso 257/2009)], con los terrenos deslindados como dominio público que por cualquier causa han perdido sus características naturales de playa, acantilado, o zona marítimo-terrestre, salvo lo previsto en el artículo 18 [desafectación previo informe preceptivo de Ayuntamiento y Comunidad Autónoma afectados y previa declaración de innecesariedad, **SAN de 25 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 536/2007)], y con las playas [**SSAN de 18 de febrero y 11 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso, (recursos 226/2007, FJ 3º y 317/2008)].

#### **b) Efectos: declara la titularidad dominical de los bienes en favor del Estado**

El artículo 13 de la Ley de Costas establece que el deslinde, una vez aprobado, declara a favor del Estado la posesión y la titularidad dominical de los bienes deslindados, sin que las inscripciones en el Registro de la Propiedad puedan prevalecer frente a esta naturaleza demanial [**STS de 9 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso 835/2006, FJ 4º, **SAN 4 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 204/2009, FJ 3º)].

#### **c) Procedimiento**

##### **a') La existencia de deslindes previos no impide la realización de otros posteriores**

La potestad de deslinde de costas puede ejercitarse en cualquier momento de oficio o a solicitud de los interesados [**SAN de 4 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 676/2008), FJ 3º], aunque no hayan cambiado las características morfológicas de los

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

terrenos. En ningún caso la existencia de deslindes previos imposibilita la realización de otros posteriores, si aquéllos resultan incorrectos, incompletos o inexactos [**STS de 9 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 835/2006, FFJJ 6º y 7º)].

b') La imposibilidad de practicar la notificación no genera indefensión cuando se ha garantizado el principio de audiencia a lo largo del procedimiento de deslinde

Entiende la **STS de 9 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 835/2006), que la falta de notificación del acuerdo de incoación del expediente de deslinde y de citación para el acto de apeo, cuando consta de forma suficiente su intento y es sustituida por publicación en el tablón de anuncios del Ayuntamiento, no genera indefensión al interesado. Menos cuando, cumpliendo suficientemente la exigencia del artículo 12.2 de la Ley de Costas, los principios de audiencia y defensa fueron garantizados durante todo el procedimiento, pudiendo alegar a lo largo de él lo que estimó procedente (FJ 3º). En similares términos se manifiesta el FJ 4º de la **SAN de 15 de abril de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 503/2007).

c') La falta de práctica de un nuevo acto de apeo tras la modificación de la delimitación provisional no determina la nulidad del procedimiento

El mismo artículo 12 de la Ley de Costas, en relación con el 25 del Reglamento que la desarrolla, ordena la apertura de un nuevo período de información pública y de audiencia a los propietarios colindantes afectados cuando el proyecto de deslinde modifique sustancialmente la delimitación provisional efectuada. En ningún momento se establece la obligación de practicar un nuevo apeo, por lo que la necesidad en este sentido invocada por el recurrente –determinante a su juicio de la nulidad del procedimiento ex artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992– es rechazada por la **SAN de 11 de marzo 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 317/2008).

d') El plazo para notificar el deslinde es de veinticuatro meses, siempre que se haya iniciado con posterioridad al 1 de enero de 2003

De acuerdo con lo también establecido en el artículo 12.1 de la Ley de Costas (en su redacción derivada de la reforma llevada a cabo por la Ley 53/2002), el plazo para resolver y notificar los procedimientos de deslinde iniciados con posterioridad al 1 de enero de 2003 es de veinticuatro meses. Este plazo no se excedió en los supuestos que analizan las **SSAN de 4 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 128/2008) [al haberse suspendido éste por solicitarse informes preceptivos y determinantes para el contenido de la resolución, artículo 42.5.c) Ley 30/1992] y **18 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 257/2009), por lo que no cabe apreciar la caducidad invocada por ambos recurrentes.

Por lo que se refiere a los procedimientos objeto de los pleitos que resuelven las **SSAN de 4 y 18 de febrero y 11 de marzo de 2007**, Sala de lo Contencioso (recursos 434/2008, 226/2007 y 317/2008), su iniciación antes de aquella fecha citada hace que no les

resulte aplicable el plazo de caducidad indicado. Tampoco, como se ha señalado en crónicas anteriores, se les aplicaría el plazo supletorio de 3 meses que establecía la redacción original del artículo 42.2 de la Ley 30/1992 para los casos en que la legislación sectorial aplicable (normativa de costas) no fijase un plazo máximo para dictar resolución (como ocurría antes de la reforma de 2002), ya que se trata de unos procedimientos iniciados de oficio que no pueden calificarse de limitadores o restrictivos de derechos.

#### **d) La anulación de la Orden aprobatoria de un deslinde no determina per se responsabilidad patrimonial**

Como muy bien argumenta la **STS de 23 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 2181/2008), la anulación de la Orden aprobatoria de un deslinde no determina responsabilidad patrimonial de la Administración si no se prueba antijuridicidad en su actuación. En ningún caso puede admitirse un automatismo entre anulación jurisdiccional de una disposición administrativa y responsabilidad patrimonial, porque eso supondría que toda sentencia estimatoria viniera acompañada de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, lo que resulta claramente improcedente. Sin ignorarse los perjuicios que pudieran haberse causado a la recurrente como consecuencia de la anulación del deslinde, éstos no reúnen la condición de antijurídicos, habida cuenta que los criterios valorativos utilizados por la Administración en el ejercicio de su potestad al efecto no infringieron las normas básicas mínimas de rigor exigibles a dicha actuación discrecional.

#### **C) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: extensión de la servidumbre de protección**

El régimen jurídico de los bienes demaniales entraña severas limitaciones a la propiedad privada colindante con ellos, que debe soportar las servidumbres y restricciones que se imponen al ejercicio de las facultades dominicales de los propietarios para garantizar la protección, conservación y aprovechamiento de aquéllos.

Es el caso de la servidumbre de protección, que recaerá sobre una zona de 100 metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar (artículo 23.1 de la Ley de Costas), reduciéndose esta extensión a 20 metros en el caso de terrenos calificados como suelo urbano a la entrada en vigor de esa norma o que, en su defecto, en la misma fecha se tratase de un área urbana en la que la edificación estuviese consolidada o los terrenos dispusiesen de los servicios exigidos en la legislación urbanística (acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas, suministro de energía eléctrica) y la Administración urbanística les hubiera reconocido expresamente ese carácter (Disposición Transitoria Novena.3 del Reglamento de Costas), lo que sucede en el supuesto sobre el que se pronuncia la **SAN de 25 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 148/2008) pero no en los analizados por la **STS de 15 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 1314/2006) y las **SSAN de 4, 11 y 18 de febrero y 15 de abril 2010**, Sala de lo Contencioso (recursos 367/2007, 350/2008, 226/2007 y 370/2008 respectivamente).

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Por su parte, en el supuesto enjuiciado por la **SAN de 4 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 119/2008), existía Plan Parcial aprobado previamente y los terrenos contaban con la clasificación de suelo apto para urbanizar. No obstante, dicho Plan no fue ejecutado dentro del plazo previsto para ello, sin que dicho incumplimiento fuese imputable a la Administración. Por esa razón, cabe su revisión para adaptarlo a las disposiciones de la Ley de Costas [Disposición Adicional Tercera.2.b)]; disposiciones entre las que se encuentra aquel artículo 23 y los 100 metros de extensión medidos tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar que asigna a la servidumbre de protección (FJ 4º).

### D) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre

#### a) No cabe legalizar obras no autorizadas que pueden ubicarse fuera del demanio

La utilización privativa del demanio costero requiere la previa obtención de una concesión administrativa considerando, no obstante, que únicamente se podrá permitir su ocupación para aquellas actividades o instalaciones que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación (artículo 32 de la Ley de Costas). Por esa razón, la **SAN de 25 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 666/2008), rechaza la legalización de unas obras realizadas excediendo lo permitido en la concesión y que, por su condición, pueden situarse fuera del dominio público.

#### b) Las obras no autorizadas realizadas antes de la entrada en vigor de la Ley de Costas serán demolidas cuando no proceda su legalización por razones de interés público

Atendiendo a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Cuarta.1 de la Ley de Costas, las obras e instalaciones construidas con anterioridad a su entrada en vigor sin la autorización o concesión exigible con arreglo a la legislación entonces vigente, serán demolidas cuando no proceda su legalización por razones de interés público. Éste es el supuesto al que se refiere la **SAN de 15 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 83/2008), que rechaza la revisión de oficio de la Orden denegatoria de la legalización (ninguna de las Administraciones intervinientes en el procedimiento consideraron existentes aquellas razones de interés público: se trataba de una vivienda particular) con el argumento de que no es de recibo que la actora instase el procedimiento para proceder a ella para sostener posteriormente su total inadecuación cuando el resultado le es adverso y la Administración trata de ejecutar lo resuelto. No cabe defender la improcedencia de un procedimiento que ella misma ha iniciado.

#### c) Caducidad de la concesión

De acuerdo con los apartados d), h), i) y l) del artículo 79 de la Ley de Costas, procede la declaración de caducidad de las concesiones cuando exista alteración de la finalidad del título, invasión del dominio público no otorgado, aumento de la superficie construida, volumen o altura máxima en más del 10% sobre el proyecto autorizado y, en general, incumplimiento de otras condiciones cuya inobservancia esté expresamente sancionada

con la caducidad, y de las básicas o decisorias para la adjudicación, en su caso, del concurso convocado. En base a ello, la **SAN de 4 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 374/2009), estima procedente la resolución de la Administración por la que incoa procedimiento al efecto.

#### d) Rescate concesional

El artículo 45.2 de la Ley de Costas establece que la aprobación de proyectos por parte del Estado llevará implícita la necesidad de ocupación de los bienes y derechos que, en su caso, resulte necesario expropiar, debiendo figurar en ellos la relación concreta e individualizada de los bienes y derechos afectados, con su descripción material. El apartado 3 del mismo precepto añade que la necesidad de ocupación se referirá también a los bienes y derechos comprendidos en el replanteo del proyecto y en las modificaciones de obra que puedan aprobarse posteriormente, con los mismos requisitos señalados. De manera más concreta, la aprobación por un Ayuntamiento de un proyecto para la recuperación paisajística de un determinado entorno municipal, en sustitución de otro previo, se insertaría en este orden de consideraciones, y justificaría la recuperación de una concesión afectada mediante rescate, contemplado en el artículo 78.1.i de la Ley de Costas como forma de extinción de estos títulos [**SAN de 25 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso, (recurso 132/2007)].

#### E) Infracciones

De conformidad con el artículo 91.2.b) de la Ley de Costas, la ejecución no autorizada de obras e instalaciones en el dominio público marítimo-terrestre constituye una infracción grave. Sin embargo, en el supuesto sobre el que se pronuncia la **STSJ de Baleares de 9 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 793/2006), la instalación de una verja pretendidamente sobre la servidumbre de acceso al mar no se acomoda al tipo descrito, pues queda suficientemente demostrado que se trata del acceso a la finca de la recurrente, y nunca ha sido el camino señalado en el plan indicativo de usos del dominio público y litoral para acceder a la playa y al resto de litoral. Tampoco estima la **STSJ de Baleares de 2 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 645/2006), que en la acción realizada (reparación por un particular de la rampa de acceso directo al mar ante la dejación de funciones de la Administración que, pese a conocer por el recurrente su estado y el peligro que suponía, omitió cualquier reparación) concurriesen los rasgos de culpabilidad y antijuridicidad propios del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, tratándose de una acción en defensa del interés general que, aunque errónea, venía fundamentada en el inejercicio por la Administración del deber de conservación que ostenta sobre los bienes del demanio costero.

Por su parte, las **SSTSJ de Baleares de 17 y 18 de febrero de 2010** (recursos 518/2008 y 422/2006), estiman parcialmente los recursos presentados, al entender que la ocupación del demanio marítimo por, respectivamente, sombrillas y hamacas sin autorización y por mesas, sillas, mesa de billar y máquina expendedora de refrescos no se subsume total-

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

mente en el tipo grave referido. Sí en lo que respecta a la colocación de más sombrillas de las autorizadas, pues al tratarse éstas de instalaciones desmontables conforme a la definición del concepto fijada por el artículo 51 de la Ley de Costas (elementos que requieren cierta permanencia o estabilidad, sin elaboración de materiales de obra o soldaduras pero que se monten y desmonten mediante procesos secuenciales, pudiendo levantarse sin demolición y transportarse el conjunto de sus elementos fácilmente), constituyen instalaciones no autorizadas. Pero no en el caso de las hamacas y resto de elementos que, al no configurarse como instalaciones sino como bienes muebles (sin fijación alguna al terreno), no se ajustan al tipo descrito. En estos casos nos encontraríamos ante una infracción leve a tenor los artículos 90.d) (se consideran infracciones la ejecución de trabajos, obras, instalaciones, vertidos, cultivos, plantaciones o talas en el dominio público marítimo-terrestre sin el debido título administrativo) y 91.3 (tendrán el carácter de infracciones leves las acciones u omisiones previstas en el artículo 90 que no estén comprendidas en la enumeración del apartado anterior) de la Ley de Costas. Por supuesto, la imposición de las correspondientes sanciones no excluye la obligación de entregar a la Administración la totalidad del beneficio obtenido (artículo 186 del Reglamento de Costas), ya que nadie puede resultar beneficiado de un actuar contrario de derecho. Esta obligación es confirmada por el Tribunal.

### F) Puertos

#### a) Usos privativos de espacios portuarios

La realización de usos privativos del demanio portuario requiere la pertinente concesión administrativa, constituyendo la modificación de una previa para autorizar un nuevo uso cumplimiento suficiente de esta exigencia [**STS de 15 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 1572/2007)].

Por lo que se refiere a su caducidad, debe destacarse que las concesiones de uso privativo de espacios portuarios caducan, entre otras causas, por impago de una liquidación de las tasas giradas por la Autoridad Portuaria durante el plazo de 12 meses, resultando suficiente para iniciar el expediente de caducidad que no se haya efectuado el ingreso en período voluntario (artículo 123 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general). No es preciso, pues, apercibimiento previo al interesado [**STSJ de Galicia de 18 de febrero 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 4747/2008)].

#### b) Los Pliegos Reguladores de los servicios portuarios son actos internos de organización y funcionamiento de los Puertos imperativos para quienes opten por la prestación del servicio

Sobre la naturaleza de los Pliegos Reguladores de los diversos servicios portuarios —a los que han de atenerse las prescripciones particulares de esos servicios en cada puerto— se pronuncia la **SAN de 5 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 21/2009). Y al efecto, trae a colación las distintas tendencias doctrinales sobre los Pliegos de Condiciones Generales en materia de contratación (extrapolables a aquéllos), para concluir tras

su análisis que, en la medida en que el Pliego de Condiciones es imperativo para la Administración portuaria y permisivo para quienes pretendan ejercer la actividad –que podrán o no vincularse a las condiciones, aunque si optan por ejercer el servicio quedarán sujetos al Pliego a través de la aceptación de las condiciones de la licencia–, y que su origen es un Acuerdo del Consejo Rector de Puertos del Estado –órgano de dirección de los Puertos en cuanto organización portuaria–, se trata de un acto interno relativo a la organización y funcionamiento de los Puertos, cuya imperatividad para el particular deriva de la aceptación voluntaria de las condiciones de uso del espacio portuario en la situación de sujeción especial que comporta la prestación del servicio que no constituye una actividad asumida por la Administración como servicio público, sino una actividad privada regulada. Por esa razón, se rechaza su condición de Reglamento Ejecutivo que precise dictamen del Consejo de Estado (artículo 22.3 de la Ley Reguladora del Consejo de Estado), decayendo el planteamiento en base al cual se pronunciaba la Sentencia apelada, que es revocada.

### c) Competencias de los prácticos de puerto

La **STS de 2 de febrero 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 146/2007), estima el recurso contencioso-administrativo presentado por el Colegio Oficial Nacional de Prácticos de Puerto contra el RD 639/2007, de 18 de mayo, por el que se modifica el Estatuto General de dicho Colegio en el sentido de añadir un nuevo apartado k) al artículo 16, atribuyéndole la competencia para expedir visado de las certificaciones de compensación de agujas náuticas de los buques. Como se destaca en el recurso interpuesto, esta competencia no está en consonancia con el fin esencial de la Corporación –ordenar el ejercicio de la profesión–, y excede el ámbito de las funciones propias de los prácticos, centrada en prestar servicio de asesoramiento a los capitanes de buques para facilitar su entrada y salida al puerto y las maniobras náuticas dentro de éste en condiciones de seguridad (artículo 102.1 LPMM). La actuación de compensación de agujas náuticas es propia de Titulados Superiores de Marina Mercante Civil, y en ningún caso los Estatutos Generales de un Colegio Profesional pueden ser la norma adecuada para ampliar el ámbito material de atribuciones profesionales de los colegiados, al estar limitados a la ordenación del ejercicio de dicha profesión conforme a su regulación establecida en la Ley.

### d) Régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Autoridades Portuarias

El artículo 51 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, establece en su apartado 1 que “el personal de los organismos públicos portuarios quedará vinculado, con carácter general, a su entidad respectiva por una relación sujeta a las normas de derecho laboral que le sean de aplicación, sin perjuicio de que, para las actividades en que proceda, pueda sujetarse a las normas de derecho civil o mercantil”, añadiendo en su apartado 3 que “el régimen de incompatibilidades del personal de los organismos públicos portuarios se ajustará al establecido con carácter general para el personal de los organismos públicos”. Por esa razón, la **SAN de 8 de abril de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 12/2010), confirma la

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Sentencia apelada que, en aplicación de los artículos 1.3 y 14 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, ratificó la validez de la Resolución de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Administraciones Públicas por la que se denegaba al apelante la compatibilidad entre el ejercicio de la Abogacía y el puesto de Secretario General de la Autoridad Portuaria de Tarragona.

### e) **Infracción grave: incumplimiento por navieros, capitanes y patrones de las normas sobre reconocimientos y certificados del buque y sus elementos**

Constituye una infracción grave el incumplimiento por los navieros, capitanes y patrones de las normas sobre reconocimientos y certificados del buque y de sus elementos [artículo 115.2.k) LPMM], en la medida en que afecta a la seguridad marítima. El hecho de que, ante una actuación de este tipo, la Capitanía Marítima no detenga el barco no implica la inexistencia del ilícito, sino una aplicación estricta del artículo 120.6 de la misma norma, que sólo permite acordar la retención del buque en los supuestos de infracciones muy graves [SAN de 18 de marzo de 2010, Sala de lo Contencioso, (recurso 54/2009)].

### f) **La falta de acreditación de los daños derivados de obras portuarias impide reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración costera**

Como señalan las **SSTSJ de Galicia de 4 y 17 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso (recursos 4048/2007 y 585/2005), es la falta de acreditación individualizada de los daños y perjuicios económicos causados por la realización de obras de construcción de un puerto la que determina, en ambos casos, la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por los tripulantes de unas embarcaciones pesqueras. No la determinaría, frente a lo alegado por la Administración, el hecho de que los recurrentes sean quienes tienen una relación laboral con el armador y no éste, puesto que la disminución de las capturas puede afectar a todo el que se dedica profesionalmente a la actividad; más en un ámbito como el pesquero en que es muy común que la retribución de los tripulantes de una embarcación se haga total o parcialmente “a la parte” sobre lo obtenido de la venta de las capturas. Tampoco lo haría el hecho de que el permiso de pesca sea posterior a la fecha de aprobación del proyecto de obras y al inicio de éstas, ya que el momento a tener en cuenta para determinar la responsabilidad es el de la efectiva modificación de la situación existente, y en una obra cuya realización se prolonga varios años no son ni el proyecto ni el inicio los que dan lugar al cambio, sino su desarrollo, que va ocupando progresivamente el lecho marino y reduciendo la anchura libre de la ría. Es, como se ha dicho, la falta de uno de los elementos cuya concurrencia es imprescindible para que pueda declararse la existencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración (aquel citado).

## **G) Pesca marítima**

### a) **Las ayudas a la actividad pesquera tienen carácter modal**

Como se ha indicado en crónicas previas, las subvenciones a la actividad pesquera tienen carácter modal: su carácter finalista determina el régimen de la actuación del beneficiario

y la posición de la Administración concedente, de tal modo que las cantidades otorgadas al beneficiario están vinculadas al pleno cumplimiento de los requisitos y al desarrollo de la actividad prevista al efecto. En el supuesto analizado por la **SAN de 11 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 506/2009), se trataba de una subvención a la paralización temporal de buques afectados por el plan de recuperación de la merluza del norte, fijándose en las bases reguladoras y la convocatoria para su concesión, como una de sus condiciones, la inactividad pesquera total y el amarre del buque en puerto durante todo el período de paralización, lo que debe acreditarse mediante justificación de la Capitanía Marítima de que el rol del buque ha sido depositado o, en su ausencia, a través de certificación expedida de oficio por la Dirección General competente, una vez comprobados los datos a través del sistema de localización de pesquerías vía satélite español u otros medios pertinentes. Ninguno de estos documentos consta en el expediente, por lo que el Tribunal confirma la denegación de la ayuda a la mercantil recurrente.

#### **b) Declaración de nulidad de Orden sobre pesca por incumplimiento del procedimiento normativamente establecido para su aprobación**

Por su parte, la **SAN de 18 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 365/2008), declara la nulidad de una Orden MARM por la que se regula la pesquería del atún rojo en el Atlántico Oriental y Mediterráneo. La razón estriba en el incumplimiento de las exigencias impuestas por el artículo 24 de la Ley del Gobierno para la elaboración de Reglamentos; en concreto en lo que respecta a la memoria económica estimatoria del coste a que dará lugar la norma y al informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en ella (apartados 1 y 3). Ninguno de los dos elementos fue aportado en el procedimiento de elaboración de la Orden.

### **4. PATRIMONIO HISTÓRICO**

#### **A) El acto de iniciación de un procedimiento administrativo tendente a la declaración de un bien como de Interés Cultural puede considerarse acto de trámite cualificado a los efectos de poder ser impugnado autónomamente al amparo de lo dispuesto en el artículo 25 de la LJCA**

El Tribunal Supremo en su **STS de 9 de febrero de 2010** (recurso 4255/2006), considera que el acto de iniciación de un procedimiento administrativo tendente a la declaración de un bien como de Interés Cultural puede considerarse acto de trámite cualificado a los efectos de poder ser impugnado autónomamente al amparo de lo dispuesto en el artículo 25 de la LJCA.

El recurso de casación del que damos noticia se planteó por una mercantil que explotaba una cantera, –la CANTERA GALDAMES II, SA–, incluida en el ámbito territorial afectado por un expediente abierto a los efectos de declarar como bien de Interés Cultural, calificado con la categoría de Conjunto Monumental, la “Cueva de Arenaza, I”, sita en Galdames (Vizcaya).

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Considera el Tribunal Supremo que, en tanto que, de acuerdo con la Ley estatal 16/1985 y las equivalentes autonómicas, el acto de inicio de expedientes para la calificación de Bienes como de Interés Cultural puede suponer respecto de los bienes a los que abarca, la aplicación –aún con carácter provisional hasta la resolución del expediente– del régimen de protección previsto en dichas Leyes para los bienes que ya hayan sido definitivamente así calificados; y que tal aplicación puede entrañar consecuencias de índole no menor tales como la suspensión de las correspondientes licencias municipales de parcelación, edificación o demolición en las zonas afectadas, o los efectos de las ya otorgadas, dicho acuerdo de inicio del expediente puede considerarse un acto de trámite cualificado, y, por consiguiente, ser susceptible de impugnación autónoma.

Sostiene el órgano jurisdiccional que los efectos de la iniciación de los expedientes a los que nos referimos, aun a través de un régimen cautelar, puede introducir modificaciones sustantivas en el régimen jurídico aplicable a los bienes sobre los que, concluido el procedimiento, pueda recaer de forma definitiva tal declaración, afectándose desde el momento en que se incoa dicho procedimiento el haz de derechos, deberes y obligaciones que definían su contenido.

Dicho en otros términos, a la pregunta de si puede reputarse que el acto de inicio de esta categoría de expedientes cumple alguno de los requisitos que han de concurrir para poder impugnar un acto de trámite –a saber, que decida directa o indirectamente el fondo del asunto, determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o que produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos– el Tribunal responde en sentido afirmativo.

En concreto, para el caso resuelto en el pronunciamiento de referencia, la situación de indefensión de que preconiza ser víctima el particular recurrente, derivaría de la posibilidad de que sea cerrada la cantera sin que hubiese sido oído sobre la procedencia de adoptar o no medidas de protección sobre la Cueva de Arenaza. Por lo que se refiere a los perjuicios que eventualmente le serían irrogados de materializarse el cierre de la cantera, su difícil reparabilidad vendría dada por la afección que se produciría sobre los trabajadores, sus familias y la propia sociedad.

Ésta es, por otra parte, la postura que ya ha tenido ocasión de mantener el Tribunal Supremo en otras ocasiones. Por ejemplo, en su Sentencia de 3 de noviembre de 1999, recaída en el recurso de apelación 3685/1992, dictada en el proceso referido a la incoación por la Dirección General de Patrimonio Cultural de la Comunidad de Madrid del procedimiento para la declaración como bien de interés cultural, con la categoría de zona arqueológica de la zona conocida como “Ciudad Pegaso-O’Donnell, Cantera del Trapero”. O en su Sentencia de 30 de octubre de 2007, recaída en el recurso de casación 3526/2002, en que se sometía a discusión la Orden del Consejero de Educación y Cultura del Gobierno de Navarra, por la que se delimitó provisionalmente el entorno de protección del Bien de Interés Cultural “Monasterio de Irache”.

En todos estos pronunciamientos el Tribunal Supremo considera que

“Cierto es que el pronunciamiento de inadmisibilidad es el que corresponde como regla ante la acción impugnatoria de un acto administrativo que ordena la iniciación del procedimiento. (...). Pero ello es así, tan sólo, contra los actos de iniciación pura, que se limitan,

(...) a desplegar sus efectos jurídicos en el seno mismo del procedimiento administrativo que inician. Por excepción a aquella regla, no es ése el pronunciamiento que corresponde cuando del acto de iniciación se derivan consecuencias que no son meramente procedimentales por introducir modificaciones sustantivas en el régimen jurídico de situaciones anteriores, afectando al haz de derechos, deberes y obligaciones que definían su contenido. En tales casos, el superior mandato normativo del artículo 24.1 de la Constitución, en cuanto reconoce para todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, obliga a reinterpretar aquella norma procesal para abrir el ámbito de la impugnación jurisdiccional a los fines de controlar si tales modificaciones sustantivas de las situaciones jurídicas anteriores se produce de conformidad al ordenamiento jurídico.

En consecuencia, en un supuesto como el que ahora se enjuicia, en el que ‘la incoación de expediente para la declaración de un Bien de Interés Cultural determinará, en relación al bien afectado, la aplicación provisional del mismo régimen de protección previsto para los bienes declarados de interés cultural’ (artículo 11.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español), el pronunciamiento pertinente no debe ser el de inadmisibilidad del recurso jurisdiccional, y sí el contrario”.

En definitiva, el Tribunal Supremo entiende que tras el estudio del supuesto concreto puede quedar de manifiesto, como así quedó en el caso que da origen a este comentario, la afección que el acuerdo de inicio del procedimiento de declaración del bien de interés cultural puede producir sobre el acervo patrimonial de los titulares de los bienes a los que afecta, que se ve sometido por virtud de éste a un régimen que, aunque provisionalmente impuesto, altera sustancialmente el contenido de facultades y obligaciones sobre el bien que es objeto de aquél.

**B) Concurrencia de responsabilidad patrimonial entre el Estado y una Comunidad Autónoma respecto de la reparación del daño sufrido por un particular a raíz del deficiente grado de conservación de un bien de Interés Cultural de titularidad del Estado. La titularidad estatal sobre el bien declarado de Interés Cultural no exime por sí misma la existencia de responsabilidad de la Administración autonómica en la que aquél radica**

La **STS de 17 de febrero de 2010** (recurso 3620/2005), resuelve un supuesto de responsabilidad patrimonial relacionado con un bien declarado de Interés Cultural. El supuesto de hecho fue el siguiente: El día 9 de diciembre de 1995, un ciudadano paseaba en compañía de unos familiares en las inmediaciones del Castillo de Calatañazor (Soria), cuando, de forma sorpresiva, le impactó una piedra que procedía de la explanada del Castillo, causándole lesiones graves a consecuencia de las cuales falleció unos días más tarde. Las pruebas practicadas permitieron acreditar que la piedra que impactó contra el accidentado procedía de la explanada del Castillo. Resulta que el Castillo de Calatañazor así como sus Murallas son bienes patrimoniales declarados de Interés Cultural de titularidad de la Administración del Estado.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

El Tribunal de instancia declara la responsabilidad concurrente de la Administración del Estado y de la Comunidad castellano-leonesa, ante lo cual esta última decide recurrir en casación invocando la titularidad estatal del castillo como argumento para justificar que es aquella la que ha de hacer frente a la totalidad de la indemnización correspondiente.

En efecto, la Comunidad Autónoma intenta excluir su responsabilidad arguyendo que a tenor del artículo 149.1.29ª de la Constitución sólo tiene competencia exclusiva en lo que se refiere a todos aquellos bienes sitios en su territorio y que no son de titularidad estatal, asumiendo con respecto a estos últimos únicamente funciones de mera gestión y sólo las que se derivarían de convenios de colaboración. En concreto, respecto del Castillo de Calatañazor, mantiene que no tenía competencias en relación con su conservación, mantenimiento y seguridad, en tanto que inmueble perteneciente al Estado en la condición de Patrimonio Histórico Español y, en consecuencia, deduce que no le es exigible la reparación patrimonial acordada.

Sin embargo, el Tribunal Supremo no acoge las razones esgrimidas por la CA. Descarta su postura a partir de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico, esto es, a partir de la determinación de lo que se entiende por Organismos competentes para la ejecución del contenido de la citada norma. En concreto, el precepto indicado reza que Organismos competentes para la ejecución de su contenido lo serán:

- a) Los que en cada Comunidad Autónoma tengan a su cargo la protección del patrimonio histórico.
- b) Los de la Administración del Estado, cuando así se indique de modo expreso o resulte necesaria su intervención para la defensa frente a la exportación ilícita y la expoliación de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español. Estos Organismos serán también los competentes respecto de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional.

De acuerdo con lo expuesto, se identifican, con carácter general, como órganos competentes a los efectos previstos por la Ley, en primer lugar, los correspondientes a cada Comunidad Autónoma. De manera que los Organismos de la Administración del Estado sólo lo serán en los supuestos contemplados en el segundo lugar, es decir, en relación con las previsiones del artículo 149.1.28ª de la Constitución, que reserva como competencia exclusiva del Estado la defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español, contra la exportación y la expoliación, y con el artículo 148.1.16ª de la misma Constitución, que recoge entre las competencias que pueden asumir las Comunidades Autónomas, las correspondientes en materia de Patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma.

Ahora bien, ha de tenerse muy presente que a los que en cada caso sean los organismos competentes para la ejecución de la Ley se les atribuyen las facultades esenciales para la conservación, mantenimiento y custodia de los bienes del Patrimonio Histórico, como se refleja, entre otros, en los artículos 16 (autorización de obras de carácter inaplazable), 19 (autorización de obras interiores o exteriores), 20 (control de autorizaciones y licencias

concedidas por los Ayuntamientos) y 39 (autorización para el tratamiento de los bienes, que en el caso de inmuebles se dirige a la conservación, consolidación y rehabilitación) de la LPHE.

Asimismo, el hecho de que el artículo 36 de la Ley PHE, disponga que “los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser conservados, mantenidos y custodiados por sus propietarios”, no excluye la actuación de los órganos de ejecución de la Ley, o Administración competente, que, según el número 3 de dicho precepto, cuando los propietarios no lleven a cabo las actuaciones que se indican en el número 1, podrán ordenar su ejecución subsidiaria.

Es así que el Tribunal Supremo deduce que la simple invocación de la titularidad estatal del Castillo en cuestión —que no se discute por las partes ni en la sentencia de instancia— no permite excluir las competencias que corresponden a la Comunidad Autónoma a través de sus órganos competentes para la ejecución de la Ley aun sobre bienes de titularidad estatal y, por la misma razón, la imputación de la responsabilidad patrimonial al Estado, como propietario del bien, no excluye la responsabilidad de la Comunidad Autónoma en relación con el ejercicio de las competencias de ejecución de la Ley que tiene atribuidas.

Por otra parte, el reconocimiento de la existencia de competencias concurrentes del Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia, no hace sino justificar la atribución de la responsabilidad patrimonial por la Sala de instancia a la Administración recurrente —la autonómica—, en cuanto al ejercicio de tales competencias. A tal efecto la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2001, de 31 de enero, tras indicar que estos bienes por su naturaleza forman parte de la cultura de un país y por lo tanto del genérico concepto constitucional de la “cultura”, deja claro el alcance de tales competencias concurrentes, al señalar que “(...) debe, pues, afirmarse la existencia de una competencia concurrente del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de cultura con una acción autonómica específica, pero teniéndola también el Estado ‘en el área de preservación del patrimonio cultural común, pero también en aquello que precise de tratamientos generales o que haga menester esa acción pública cuando los fines culturales no pudieran lograrse desde otras instancias’ (...) La integración de la materia relativa al patrimonio histórico-artístico en la más amplia que se refiere a la cultura permite hallar fundamento a la potestad del Estado para legislar en aquélla”. (...) “El Estado ostenta, pues, la competencia exclusiva en la defensa de dicho patrimonio contra la exportación y la expoliación, y las Comunidades Autónomas recurrentes en lo restante, según sus respectivos Estatutos; sin que ello implique que la eventual afectación de intereses generales o la concurrencia de otros títulos competenciales del Estado en materia determinada no deban también tenerse presentes como límites que habrá que ponderar en cada caso concreto (...)”.

Y es que la generalidad de las Comunidades, y en el caso de autos desde luego la castellano-leonesa, entre las funciones asumidas en materia de patrimonio histórico, artístico, monumental, arquitectónico, arqueológico, paleontológico y etnológico, así como en archivos, bibliotecas, museos y servicios de bellas artes, suelen asumir, respetando las exclusivas del Estado, todas las posibles respecto de los bienes que con independencia de la titularidad sobre él resulten de interés para la Comunidad Autónoma en cuestión. Y el

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

interés para las Comunidades se determina considerando si los bienes están ubicados en sus territorios.

Sobre la base de lo razonado, el Tribunal Supremo en la sentencia seleccionada considera que no existen dudas acerca de las competencias que tiene la Comunidad Autónoma de Castilla y León, respecto del Castillo de Calatañazor, con independencia de las que también ostenta el Estado como titular de éste. De tal suerte que, en relación con el funcionamiento del servicio de su mantenimiento y conservación, puede hablarse de una responsabilidad compartida entre ambas Administraciones.

### 5. MINAS

**A) Ayudas al sector de la minería del carbón para el fomento de las prejubilaciones. Exégesis del artículo 9 del Real Decreto 808/2006, de 30 de junio, por el que se establece el régimen de ayudas por costes laborales mediante prejubilaciones, destinadas a cubrir cargas excepcionales vinculadas a planes de racionalización y reestructuración de la actividad de las empresas mineras del carbón. Este precepto ha de interpretarse en el sentido de considerar que si la cantidad bruta garantizada en función de las bases máxima y/o de la media de las bases normalizadas, conforme al primer párrafo del artículo 9.4, resultara que así calculada excediera en más o fuera inferior en menos del 8% del 80% del salario medio percibido por el trabajador, entran en juego los topes del párrafo segundo del artículo 9.4 y debería reducirse hasta dicha cuantía y si por el contrario fuera inferior debería incrementarse**

La **STS de 23 de marzo de 2010** (recurso 2921/2009), resuelve un recurso de casación para unificación de doctrina en el que se aclara la interpretación que ha de hacerse del artículo 9 del Real Decreto 808/2006, de 30 de junio, por el que se establece el régimen de ayudas por costes laborales mediante prejubilaciones, destinadas a cubrir cargas excepcionales vinculadas a planes de racionalización y reestructuración de la actividad de las empresas mineras del carbón.

Para entender en toda su dimensión el fondo de la Sentencia conviene tener en cuenta la razón de ser de este tipo de ayudas. El punto de partida de la explicación podemos fijarlo en el momento en el que las Instituciones Comunitarias conscientes de la importante repercusión social que conlleva la reestructuración de la industria del carbón dictaron el Reglamento (CE) núm. 1407/2002 del Consejo, de 23 de julio de 2002, sobre ayudas estatales a la industria del carbón, que permite conceder a las empresas ayudas estatales no relacionadas con la producción, destinadas a cubrir los costes que se deriven de la racionalización y reestructuración de la industria; son las denominadas ayudas a la cobertura de cargas excepcionales. Entre los costes que el citado Reglamento permite cubrir con esta clase de ayudas, expresamente se señalan las prestaciones sociales derivadas de la jubilación de los trabajadores que no tengan la edad legal de jubilación.

En España, la aplicación de este Reglamento comunitario supuso la aprobación de diversos instrumentos jurídicos. Primero, de la Orden ECO/2771/2003, de 24 de septiembre, sobre ayudas destinadas a cubrir cargas excepcionales vinculadas a planes de reestructuración y racionalización de la actividad de las empresas mineras del carbón, cuyo ámbito temporal se asoció al del Plan 1998-2005 de la Minería del Carbón y Desarrollo Alter-

nativo de las Comarcas Mineras, vigente hasta el 31 de diciembre de 2005. Actualmente, superada la vigencia del anterior, se encuentra vigente el Plan Nacional de Reserva Estratégica de Carbón 2006-2012 y Nuevo Modelo de Desarrollo Integral y Sostenible de las Comarcas Mineras. Además, para adaptar las ayudas admitidas por el Reglamento europeo a la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones del Estado, se dictó el Real Decreto 808/2006, de 30 de junio, al que ya hemos aludido y respecto del que realiza el TS su interpretación en la sentencia que glosamos. Este Real Decreto se vincula al Plan de Carbón 2006-2012, por lo que regula las ayudas por costes laborales mediante prejubilaciones hasta el 31 de diciembre de 2012. No obstante, en la medida en que dicta al amparo del Reglamento (CE) núm. 1407/2002 del Consejo, que es un Reglamento que tiene limitada su vigencia temporal hasta el 31 de diciembre de 2010, las ayudas correspondientes a los ejercicios 2011-2012 deberán condicionarse al cumplimiento de la nueva normativa comunitaria que en su caso llegue a aprobarse y a la observancia de las condiciones y criterios que puedan establecerse en ella.

En cualquier caso, hoy por hoy, el régimen de ayudas previsto en el Real Decreto 808/2006, de 30 de junio, permite presentarlas como subvenciones que se conceden a las empresas que resulten beneficiarias en función del cumplimiento de un conjunto de requisitos objetivos que, una vez acreditados, generan un derecho para el trabajador, es decir, por el mero hecho de reunir las condiciones exigidas se adquiere el derecho a la subvención, sin necesidad de tener que concurrir con otras empresas para obtenerla. Esta circunstancia determina que sean procedimientos iniciados a solicitud del interesado, a diferencia del procedimiento de concurrencia competitiva que necesariamente debe iniciarse de oficio mediante convocatoria pública, de acuerdo con el artículo 23 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Pues bien, la relevancia de la sentencia seleccionada radica en la interpretación jurídica que realiza del apartado 4 del artículo 9 del Real Decreto 808/2006, de 30 de junio, precepto en el que se recogen los criterios para la “cuantificación de las ayudas”. En concreto, se centra en dilucidar la exégesis procedente de su apartado cuarto en orden a la fijación del importe final de la “cantidad bruta garantizada” en concepto de ayudas a cargo del Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras. Este apartado, recordamos, del precepto dispone que

“La cantidad bruta garantizada, excluido el importe correspondiente al vale del carbón, no podrá exceder, en ningún caso, el importe de la base máxima de cotización por contingencia por accidentes de trabajo del Régimen General de la Seguridad Social vigente en la fecha en la que se extinga la relación laboral, ni ser inferior al 80% de la media de las bases normalizadas correspondientes a las categorías en las que hubiera cotizado el trabajador en el período de los seis últimos meses anteriores a la fecha de extinción.

No obstante, la cantidad bruta garantizada, calculada conforme al procedimiento previsto en el presente artículo, no podrá desviarse, en ningún caso, al alza o a la baja, en más de un 8% del 80% del salario medio de los doce meses anteriores al período sobre el que se realiza la valoración. A estos efectos, se computarán los meses con quince o más días trabajados, incluidas vacaciones disfrutadas y los permisos retribuidos”.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

La cuestión de fondo que se plantea en el recurso de casación para unificación de la doctrina radica en esclarecer el papel que tienen los distintos topes establecidos en el artículo 9.4 del Real Decreto 808/2006, en orden a la fijación del importe final de la “cantidad bruta garantizada” en concepto de ayudas a cargo del Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras. Las referidas ayudas están encuadradas en el marco de los planes de reestructuración y racionalización de la actividad de determinadas empresas mineras de carbón, las que podrán llevar asociadas la concesión de ayudas por costes laborales, destinadas a financiar procesos de reducción de plantilla mediante prejubilaciones, estableciéndose que “estas ayudas se realizarán mediante la subrogación por parte del Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras (en adelante, Instituto), en las obligaciones indemnizatorias adquiridas por la empresa minera de carbón con sus trabajadores, como consecuencia de la extinción de los contratos de trabajo, de acuerdo con el procedimiento y sujeción a los requisitos y límites establecidos en este Real Decreto” (ex artículo 2.1 y 2 Real Decreto 808/2006).

La sentencia recurrida en casación unificadora (la STSJ de Castilla y León, sede de Valladolid, de fecha 17 de junio de 2009 –rollo 0861/2009–), interpreta el cuestionado artículo 9 del Real Decreto 808/2006 afirmando que, si bien en su apartado cuarto consta de dos párrafos aparentemente contradictorios, “no existe en realidad contradicción (...) porque el primero no establece la cuantía concreta de la cantidad bruta garantizada sino solamente los topes máximo y mínimo de la misma, y el párrafo segundo complementa el anterior al decir que ‘no obstante’ la cantidad bruta garantizada según el procedimiento establecido en el párrafo anterior ‘en todo caso’ no podrá desviarse en más o menos de un 8% del 80% del salario medio de los doce meses anteriores lo que significa que si la cantidad bruta garantizada en función de las bases máxima y normalizada conforme al primer párrafo excediera más del 8% del 80% del salario medio percibido por el trabajador habría de reducirse hasta dicha cuantía y si por el contrario fuera inferior habría de incrementarse”, concluyendo que ello no significa variar de contenido el párrafo primero sino completarlo en el sentido de que no obstante lo que resulte del cálculo conforme al párrafo primero “en todo caso” la cantidad no podrá exceder del 8% del 80% del salario medio, limitación que además tiene por objeto evitar el absurdo que supondría que el actor percibiera en situación de prejubilación una mayor cantidad que la que percibía como salario medio estando en activo.

Por su parte, la sentencia invocada como de contraste por el beneficiario recurrente en casación unificadora (la STSJ de Castilla y León, sede de Valladolid, de fecha 14 de mayo de 2008, rollo 259/2008) interpreta, en esencia, que los topes máximo y mínimo del segundo párrafo del artículo 9.4 del Real Decreto 808/2006 serán siempre los primeros topes aplicables para fijar la “cantidad bruta garantizada” por referirse a los salarios reales y que, por su parte, los topes máximo y mínimo del primer párrafo del referido artículo 9.4, por referirse a las bases de cotización, siempre se aplicarán con posterioridad. Se argumenta, en síntesis, que “la operación consistirá en fijar primero el salario promedio de los seis últimos meses y después en comprobar si dicho salario se desvía del promedio de los doce últimos meses en más de un 8% aplicando el tope correspondiente si así fuese” y que “a continuación habrán de aplicarse los topes máximo y mínimo de cotización sobre la cantidad resultante, de manera que no puede excederse la base máxima de cotización

por accidentes de trabajo ni puede bajarse respecto del 80% de la base normalizada de cotización promedio”; concluyendo que “ello quiere decir que existen dos topes concurrentes, tanto por arriba como por abajo” y que “en todo caso habrá de aplicarse el mayor de los dos topes inferiores y el menor de los dos superiores, que es la única forma lógica de coordinar la aplicación simultánea de ambos”.

Así las cosas, el TS en la Sentencia de referencia resuelve el asunto considerando –como ya señalara la misma Sala del Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de fecha 5 de octubre de 2009 (recurso 4035/2008)– que el criterio correcto es el contenido en la sentencia recurrida –la STSJ de Castilla y León, sede de Valladolid, de fecha 17 de junio de 2009, rollo 0861/2009–, dado que

a) De un lado, de la previsible finalidad normativa derivada de los topes salariales establecidos en el párrafo segundo del citado artículo 9.4 tendente a evitar que se produzcan posibles incrementos excesivos en las retribuciones de los últimos seis meses, –que es el período temporal tenido en cuenta en el artículo 9.2 para fijar la inicial “cantidad bruta garantizada” (“Estas ayudas garantizarán el reconocimiento del 80% de la media mensual de la retribución salarial ordinaria bruta, considerando los seis meses efectivamente trabajados anteriores a la incorporación a la prejubilación con el prorrateo de pagas extraordinarias...”)–, con respecto a las retribuciones de los doce últimos meses, que es tope ex párrafo segundo del artículo 9.4 (“... no podrá desviarse, en ningún caso, al alza o a la baja, en más de un 8% del 80% del salario medio de los doce meses anteriores al período sobre el que se realiza la valoración”), por lo que en tales supuestos de incremento salarial comparativo en ambos períodos, como resulta en el caso ahora enjuiciado, es de aplicación el tope del 8% sobre los doce meses, y

b) por otra parte, del expreso y terminante tenor literal de la primera frase del citado párrafo segundo del artículo 9.4, al disponer, cerrando la normativa relativa a los diversos tipos de tope que establece, que “No obstante, la cantidad bruta garantizada, calculada conforme al procedimiento previsto en el presente artículo ...”, lo que no deja margen suficiente para llegar a entender, como efectúa la sentencia de contraste, que los topes del segundo párrafo del artículo 9.4 deban ser siempre los primeros topes aplicables por referirse a los salarios reales y que los topes del primer párrafo del referido artículo 9.4, por referirse a las bases de cotización, siempre se aplicarán con posterioridad, sino que, como informa el Ministerio Fiscal, el orden de aplicación de los topes es el resultante del propio artículo 9.4, primero los del párrafo primero del artículo 9.4 y una vez establecida la cuantía conforme a ellos, se debe aplicar, en su caso, el límite que aparece en el segundo párrafo, al decir “no obstante”, y esa cantidad así calculada “no podrá desviarse en ningún caso” de la banda que al alza o a la baja con un margen de desviación del 8% del 80% del salario medio.

Lo que, en definitiva, comporta que la cantidad bruta garantizada en función de las bases máxima (“no podrá exceder, en ningún caso, el importe de la base máxima de cotización por contingencia por accidentes de trabajo del RGSS vigente en la fecha en la que se extinga la relación laboral”) y/o de la media de las bases normalizadas (“ni ser inferior al 80% de la media de las bases normalizadas correspondientes a las categorías en las que

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

hubiera cotizado el trabajador en el período de los seis últimos meses anteriores a la fecha de extinción”), conforme al primer párrafo del citado artículo 9.4. Si resultara que así calculada (“No obstante, la cantidad bruta garantizada, calculada conforme al procedimiento previsto en el presente artículo, no podrá desviarse...”) excediera en más o fuera inferior en menos del 8% del 80% del salario medio percibido por el trabajador (“no podrá desviarse, en ningún caso, al alza o a la baja, en más de un 8% del 80% del salario medio de los doce meses anteriores al período sobre el que se realiza la valoración”), entran en juego los topes del párrafo segundo del artículo 9.4 y debería reducirse hasta dicha cuantía y si por el contrario fuera inferior debería incrementarse.

### 6. CARRETERAS

#### **A) Los terrenos expropiados con la finalidad de dedicarlos a la construcción a sistemas generales viarios –se encuentren clasificados como no urbanizables o carezcan de clasificación específica– procede valorarlos como urbanizables siempre y cuando dichos sistemas una vez construidos contribuyan a crear ciudad**

En su **STS de 24 de febrero de 2010** (recurso 5412/2006), el Tribunal Supremo vuelve a recordar el criterio ya ampliamente consolidado que rige para determinar la valoración que corresponde por las expropiaciones que pueda ser necesario verificar para la construcción de sistemas generales que contribuyen a conformar ciudad, con independencia de la clasificación que dichos suelos tengan en el planeamiento.

En relación con este aspecto, debe recordarse que la jurisprudencia del TS viene reiteradamente aceptando que en los casos en que unos terrenos expropiados con la finalidad de dedicarlos a la construcción a sistemas generales viarios, –se encuentren clasificados como no urbanizables o carezcan de clasificación específica– procede valorarlos como urbanizables siempre y cuando dichos sistemas una vez construidos contribuyan a crear ciudad, salvo que, por reunir los requisitos señalados por el legislador, su clasificación como urbanos resulte obligada.

Esta doctrina se explica porque, cuando se trata de implantar servicios para la ciudad, no puede hacerse a costa del sacrificio singularizado de unos propietarios. De modo que, aunque el suelo afectado se haya considerado por el planificador como rústico, al encontrarse asignado a la estructura general de ordenación urbanística del municipio, de su red viaria y dotacional, debe estimarse como una obra de infraestructura básica adscribible al suelo urbano o al urbanizable.

El leitmotiv de esta doctrina se encuentra en el principio de equidistribución de beneficios y cargas y de los beneficios derivados del planeamiento, consagrado en los artículos 3, apartado 2, letra b), y 87, apartado 1, del Texto Refundido de 1976 y presente también en la normativa posterior tanto autonómica como estatal.

Esta línea jurisprudencial presupone que si el sistema general al que van a servir los terrenos que, clasificados como no urbanizables, se obtienen por expropiación, tiene vocación de “crear ciudad” (expresión que ha hecho fortuna en la jurisprudencia), supondría una

discriminación, *in peius* para sus propietarios, que su valoración no se realizase considerando que ese suelo es urbanizable. Pues si así fuese no verían realmente retribuido su suelo expropiado, y se estarían sacrificando a cambio de la retribución correspondiente al suelo rústico para que el resto de la sociedad se beneficiase de la expansión de la urbe y del consiguiente incremento de valor de sus predios.

Por ello, la jurisprudencia del TS, en lo que a las vías de comunicación se refiere, ha tenido mucho cuidado de comprobar si las vías que como sistemas generales se proyectan se encuentran directamente o no al servicio de la ciudad; esto es, están o no incorporadas al entramado urbano. Pues si no lo estuviesen no correspondería aplicar esta doctrina, so pena de llegar al absurdo de valorar como suelo urbanizable todo suelo sobre el que se proyectase establecer una vía de comunicación, incluidas las autopistas y las carreteras nacionales en toda su extensión.

En definitiva, para que esta clase de infraestructuras puedan beneficiarse de la aplicación de la doctrina de valoración como suelo urbanizable de los suelos expropiados para la construcción de sistemas generales de comunicación viaria se exige que éstos estén integrados en la red viaria local o como tal clasificados en el plan de ordenación del municipio.

Para las carreteras que sirven a grandes áreas metropolitanas, se ha matizado esa conclusión general, indicando que, en tales supuestos, habrá de estarse a las peculiaridades de cada caso, comprobando si responden o no a la finalidad directa de “crear ciudad”.

En todo caso, en esta sentencia apunta el Tribunal que es fácil apreciar que en esta materia resulta hartamente imposible hacer declaraciones generales de valor universal para todas las carreteras al servicio de conurbaciones urbanas, áreas metropolitanas o de importantes núcleos de población, pues no todas son iguales ni cumplen el mismo objetivo.

## 7. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO

### A) Aguas continentales: cánones de regulación y tarifas de utilización del agua

#### a) Cuestiones generales

La Audiencia Nacional, en las **SSAN de 29 de junio y 13 de julio de 2009** (NR 722/2007 y 242/2007), entiende que los cánones y tarifas responden a la naturaleza de tasas y no de contribuciones especiales.

#### b) Hecho imponible

La **SAN de 29 de junio de 2009** (NR 722/2007), considera realizado el hecho imponible del canon de regulación, a pesar de la alegación de la actora de que financió íntegramente el acueducto que le permitió la disposición del recurso en un año de sequía, como

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

era el del caso de autos. Y es que el canon de regulación recaía sobre todo el sistema, que incluye otras obras.

En la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 9 de julio de 2009** (NR 151/2008), se plantea en algún modo la exigibilidad del canon de regulación en el caso de titulares de aprovechamientos de aguas públicas en virtud de prescripción. Es cierto que en el caso de autos se demuestra que en realidad el derecho al riego lo ostenta por una concesión del año 2003 y que lo que se va a señalar no influye. Pero del texto de la sentencia se intuye que la solución para el caso de que la titularidad se hubiera adquirido por prescripción hubiera sido la de la no exigibilidad del canon de regulación.

La **STSJ de Extremadura de 20 de octubre de 2009** (NR 262/2007), rechaza una pretendida exención fundada en que la finca afectada fue propiedad del Instituto para la Reforma y Desarrollo Agrario, que lo cedió a los agricultores de la zona, previa reparcelación. Dejando aparte el plano jurídico y pasando al físico, es cierto que la finca contaba con una infraestructura interna de riego, que le permitía llevar agua a las parcelas desde la toma general, pero eso no puede afectar a la exigibilidad del canon, como mucho a la cuantía. Obsérvese cómo de manera apriorística, el TSJ admite que el coste de obras de esta naturaleza pueda integrarse en los cánones y tarifas.

### c) Imposición y ordenación

Las **SSTS de 2 y 9 de julio de 2009** (NR 9634/2003 y 2930/2003), consideran ilegal la aprobación de las exacciones con posterioridad al inicio del ejercicio al que corresponden (en el caso de autos se habían aprobado en 1991 cánones y tarifas de 1990). No añaden pues nada a su doctrina tradicional. En sentido parecido, el TSJ de Madrid entiende inaplicables las exacciones para un ejercicio aprobadas durante del propio ejercicio (**SSTS de 8 de julio de 2009**, NR 385/2007 y **dos de 9 de julio de 2009**, NR 390/2007 y NR 643/2007; **SSTS de 8 de octubre de 2009**, NR 171/2007 y **de 29 de octubre de 2009**, NR 172/2007).

Sobre estas cuestiones trata también la **STSJ de Cataluña de 15 de octubre de 2009** (NR 19/2009). Rechaza que se pueda aprobar de manera eficaz el canon para 2004 en diciembre del mismo año 2004. Según este TSJ “no estamos ante un acto de liquidación que aplica unas normas o criterios previos, sino ante una resolución que establece esos criterios con arreglo a los cuales se ha de liquidar. Si tales criterios son posteriores al devengo del tributo se produce una retroactividad no autorizada legalmente y contraria a los propios fundamentos de toda tributación”. Nótese que estas ideas sobre la naturaleza (dispositiva) de los acuerdos aprobatorios son radicalmente contrarias a las mantenidas por otros tribunales superiores. Recalca, además, la Sala de Barcelona que una norma reglamentaria como el RDPH no puede establecer la retroactividad que se patrocina por la Administración, siendo sólo la Ley quien puede hacerlo si respeta los límites constitucionales perfilados en una abundante doctrina del Tribunal Constitucional al respecto. Pero hay más: tampoco de la citada regulación reglamentaria resulta amparada la pretendida retroactividad, sino más bien lo contrario, pues se define la cuantificación del canon en términos de futuro, particularmente cuando se establece que podrán ser puestas al cobro a partir de la aplicación del precepto del ejercicio correspondiente o de la prórroga del anterior, lo que revela ya que han de estar aprobados antes de esa aplicación.

**d) Relaciones con el canon de explotación de saltos de pie de presa**

La **SAN de 13 de julio de 2009** (NR 242/2007), estima la demanda presentada por la concesionaria de un aprovechamiento hidroeléctrico contra la exacción del canon de regulación. La sentencia sigue las tesis habituales de este tribunal y considera inaplicable la exención prevista en el artículo 135 del RDPH, por constituir un exceso reglamentario. No obstante ello, estimará el recurso presentado por la compañía eléctrica por dos razones, primero, por la falta de acreditación de la condición de beneficiaria de la obra concreta por parte de la empresa hidroeléctrica, y, segundo, por la falta de motivación del cambio de criterio, dado que durante treinta años a la ahora recurrente no se le había liquidado el canon de regulación.

También trata sobre estas relaciones el TSJ de Aragón, en su **STSJ de Aragón de 10 de junio de 2009** (NR 246/2008). La Sala de Zaragoza incurre en algunos errores de concepto, derivados de citas de jurisprudencia superadas por legislación posterior (nótese que la naturaleza tributaria del canon de pie de presa queda reconocida por la Ley 25/1998, por lo que no puede justificar la compatibilidad entre los dos pagos en el diferente carácter de ambos). Trata de eludir el discurso sobre la legalidad o no del artículo 135.c) del RDPH (exención de los cánones y tarifas), explicando que en el caso de autos la obra por la que se repercute el canon de regulación no es la del aprovechamiento que origina el salto. Dejando al margen esta cuestión, la Sala se centra en la justificación de que se ha producido el hecho imponible del canon de regulación, a la vista del beneficio que le reporta la obra al titular del aprovechamiento. Las **SSTSJ de Aragón de 22 de junio de 2009** (NR 317/2007) y **23 de septiembre de 2009** (NR 245/2008), se ocupan de lo mismo, afectan a la misma actora, pero esta vez no en cuanto al canon de regulación, sino a la tarifa de utilización de agua. En igual sentido, otra **STSJ de Aragón también de 22 de junio de 2009** (NR 318/2007).

El TSJ de Madrid parte de razonamientos análogos, pero en el caso concreto estima el recurso presentado por la compañía hidroeléctrica, con la idea de que no se beneficiaba de la obra por la que se le derramaba el canon de regulación (**STSJ de Madrid de 24 de septiembre de 2009**).

**e) Fijación de la base imponible, criterios de reparto y, en general, problemas de cuantificación**

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 15 de junio de 2009** (NR 336/2007), considera que en los usos de abastecimiento a poblaciones es admisible un cálculo ponderado por habitante y año, teniendo en cuenta que los usuarios no disponen de contadores.

La **STSJ de Extremadura de 20 de octubre de 2009** (NR262/2007), estima las alegaciones del obligado tributario anulando una base imponible calculada en función de un volumen por superficie, cuando la base global no se corresponde con la realidad del caudal suministrado. En efecto, por las características de la cuenca no era posible el suministro de ese caudal.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

En la **STSJ de Extremadura de 12 de junio de 2009** (NR 1228/2007), se desestima un recurso frente a una segunda aprobación de los cánones y tarifas. La primera había sido anulada, habida cuenta de la imposibilidad de concretar los concretos consumos efectuados para el riego de las fincas. Retrotraído el expediente, se propuso un reparto superficiario, que resultará aceptado por el TSJ. Lo contrario sucedió en las **SSTSJ de Extremadura de 18 de junio de 2009** (NR 294/2007) o **29 de septiembre de 2009** (NR 1227/2007), en relación con asuntos en los que la segunda aprobación reprodujo los defectos de la primera.

Las **SSTSJ de Extremadura de 30 de junio de 2009** (NR 1044/2006) y **29 de septiembre de 2009** (NR 813/2007), tratan de un asunto que se repite: la fiabilidad de las mediciones en cánones calculados en función del suministro de agua fijado, siendo que el caudalímetro ni fue instalado por el organismo de cuenca ni por el usuario (sino por la Comunidad Autónoma). Los recursos fueron desestimados.

Más interesante es la **STSJ de Extremadura de 29 de octubre de 2009** (NR 637/2008). Dice con rotundidad, en relación con un canon volumétrico, que “ha de calcularse sobre el consumo efectivo durante la anualidad correspondiente, debiendo el Organismo de Cuenca adoptar las medidas oportunas para el cálculo de dicho caudal o, caso de no adoptarse tales medidas, proceder a su cálculo por otros medios que permiten concluirlo. Y en este sentido, hubiera sido procedente haber requerido al propio Ayuntamiento para que facilitara datos sobre ese consumo que necesariamente ha debido ser calculado por el cobro del suministro a los usuarios, de donde podría haberse obtenido ese caudal. Lo que no es de recibo es realizar el cálculo de una autorización de la que se comienza por dudar y que fija un caudal por segundo que no parece comporte una utilización permanente, que es la regla simple que se utiliza en el informe que sirve de fundamento a la liquidación practicada que ha de ser, por ello, anulada”.

### f) Aplicación de las exacciones

Mediante **STSJ de Extremadura de 14 de julio de 2009** (NR 842/2007), se anulan liquidaciones suscritas por persona que había sido cesada en el cargo de Presidente del organismo de cuenca con anterioridad a la fecha de la liquidación.

También se anulan las liquidaciones giradas por el organismo de cuenca respecto de cánones y tarifas en los que, por no contar las fincas con instalación y contador individual de medida, se han considerado volúmenes medios en cabecera de toma principal. La anulación responde a la indefensión que supuso para el obligado tributario el hecho de que no se le diera trámite de alegaciones. Es la **STSJ de Extremadura de 29 de septiembre de 2009** (NR 578/2008).

### g) Relaciones con la tasa por prestación de trabajos facultativos de vigilancia, dirección e inspección de obras

La **SAN de 29 de junio de 2009** (NR 722/2007), ratifica la compatibilidad de los cánones y tarifas con la tasa por prestación de trabajos facultativos de vigilancia, dirección e

inspección de obras. En el mismo sentido, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 15 de junio de 2009** (NR 336/2007).

## **B) Aguas continentales: exacciones por abastecimiento en baja**

### **a) Derramas exigidas por las comunidades de regantes**

No es habitual hallar sentencias del orden jurisdiccional contencioso-administrativo que resuelvan conflictos entre comunidades de regantes y sus miembros, debidos a discrepancias en los modos de liquidar las derramas, a la vista de sus estatutos y ordenanzas. Una de ellas es la **STSJ de Aragón de 10 de julio de 2009** (NR 390/2006).

## **C) Otro dominio público: dominio público local**

### **a) La cuestión de los operadores de telefonía móvil**

El TRLHL fija como alternativa para la cuantificación de las tasas por utilización del dominio público, que en principio vendría dada por el beneficio reportado al usuario del dominio público, el empleo de un porcentaje de los ingresos territorializados de la empresa. Pero eso sólo es posible cumpliendo los presupuestos legales. La aplicabilidad de fórmulas de este tipo a los operadores de telefonía móvil es una cuestión controvertida, atendiendo sobre todo a la exclusión del sistema que formaliza la ley. Vimos en números anteriores cómo el Tribunal Supremo había admitido que, en pura teoría, los operadores de telefonía móvil quedasen sometidos a tasas por utilización del dominio público, aunque advertía que no les podía ser de aplicación el sistema especial de cuantificación al 1,5% de los ingresos, previsto para otras empresas suministradoras.

Los problemas sobre la legalidad de los modos de cuantificación están siendo resueltos por los Tribunales Superiores de Justicia.

El TSJ de Cataluña (cfr. **STSJ de Cataluña de 19 de noviembre de 2009**, NR 301/2008) sigue dictando resoluciones favorables a los Ayuntamientos, admitiendo de hecho estos esquemas de cuantificación. En cambio, en las áreas de los TSJ de Extremadura (cfr. cuatro **SSTSJ de Extremadura de 26 de noviembre de 2009**, NR 283/2008, 519/2008, 371/2008 y 1623/2008) y de Madrid (cfr. **SSTSJ de Madrid de 5 y 10 de noviembre de 2009**, NR 964/2008 y 665/2008, respectivamente) las empresas de telefonía ven estimados todos sus recursos.

## **D) Impuesto sobre Bienes Inmuebles**

### **a) Puertos**

En los últimos años han proliferado los recursos en torno a los bienes inmuebles de características especiales o BICES, algunos de los cuales son de titularidad pública o for-

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

man parte de concesiones administrativas. Las **SSAN de 18 y 25 de noviembre de 2009** (NR 447/2008 y 370/2008), desestiman los recursos presentados en relación con las ponencias de valores de los puertos de Tarragona y de Bahía de Algeciras. Los argumentos empleados por la sentencia son reiterativos de los utilizados en particular por el Tribunal Supremo en sentencias anteriores, y que vienen a respaldar el régimen legal y reglamentario de estos inmuebles. Esta sentencia no es más que una más entre muchas de las que se dictan y se comentan a título ejemplificativo, pues son muy abundantes las que se refieren a presas y embalses, centrales de producción eléctrica, autopistas, etc.

### b) Centros de enseñanza

Aunque los considerandos de la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 23 de diciembre de 2009** (NR 150/2009), se ceban en aspectos procesales que no son de nuestro interés, también se debate la posible exención en el IBI de un centro de la Comunidad Autónoma de Castilla y León dedicado a residencia de estudiantes. El TSJ, como el Juzgado de Ávila, coinciden en que no procede la exención, por no tratarse de un bien directamente afecto a los servicios educativos, concluyendo que aunque la Residencia pueda tener fines educativos, ello no implica que esté directamente afecta a servicios educativos, que es lo exigido por el TRLHL. Rechaza pues la extensión de la exención a todos aquellos inmuebles que pudieran entenderse afectos a la educación genéricamente considerada. Señala el TSJ que la finalidad de tales residencias es la de proporcionar alojamiento a los alumnos, no la de impartir enseñanza, y ello con independencia que se organice la vida residencial bajo la directa dependencia del Director del Centro de enseñanza al que se vincula, y que existan Profesores de apoyo para los alumnos residentes y Educadores, pues tales circunstancias, en sí mismas consideradas, no son suficientes para transformar esos centros en docentes o educativos. Recuerda que entre el personal sólo hay uno o dos maestros, y el resto no lo son, limitándose los profesores a dar clases de apoyo, y enseñar técnicas de estudio, no contando el inmueble con aulas donde se impartan clases lectivas de alguna de las enseñanzas regladas que ofrece el sistema educativo, sino con pequeñas aulas de estudio, componiéndose el edificio fundamentalmente de habitaciones que proporcionan alojamiento a los residentes.

ELOY COLOM PIAZUELO

ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED

JOSÉ MONTOYA HIDALGO

BEATRIZ SETUAIN MENDIA

PATRICIA VALCÁRCEL

ANTONIO EMBID IRUJO



**XIII. MEDIO AMBIENTE****Sumario:**

**1. Jurisprudencia Comunitaria.** A) Fiscalidad ambiental. Impuesto especial sobre el depósito de residuos sólidos en vertederos. Directivas 1999/31/CE del Consejo, de 26 de abril de 1999, relativa al vertido de residuos y 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. B) Incumplimiento de Estado. El caso de los residuos en la región de Campania (Italia) sobre los que no existe Plan de gestión ni red integrada y adecuada de instalaciones de eliminación. Peligro para la salud y el medio ambiente. Incumplimiento por la República Italiana de la Directiva 2006/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006, relativa a los residuos. C) Incumplimiento de Estado. Zonas especiales de conservación. Efectos apreciables de un proyecto sobre el medio ambiente. Evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente. El problema de la existencia de actividades consideradas genéricamente como autorizables. Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la flora y fauna silvestres. D) Incineración de residuos. Consideración conjunta de una fábrica de gas y una central productora de energía con, entre otros, el gas producido: el resultado es una central de coincineración. Consiguiente sujeción a la Directiva 2000/76/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2000, relativa a la incineración de residuos.

**2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** A) Derecho al respeto de los bienes. Inclusión de los créditos en la noción de bienes condicionada a la esperanza legítima de obtener el disfrute efectivo de un derecho de propiedad. Protección de la naturaleza y de los bosques como parte del interés general. Carácter inaceptable de la ausencia de indemnización en relación con el valor del bien. B) Derecho al respeto de los bienes. Esperanza legítima de verse concretado un crédito actual y exigible por la regla de prescripción adquisitiva. Necesidad de base legal suficiente en Derecho interno para considerar un crédito como valor patrimonial.

Protección de la naturaleza y de los bosques como parte del interés general. Carácter inaceptable, salvo circunstancias excepcionales, de la ausencia de indemnización en relación con el valor del bien. C) Derecho al respeto de los bienes. Rechazo de la autorización para seguir ocupando parcelas situadas en dominio público y obligación de destruir las residencias que existen en éstas. Preservación del litoral y en especial de las playas, fin legítimo que se incluye en el interés general. Respeto del justo equilibrio entre los imperativos de interés general y los de la salvaguarda de los derechos fundamentales del individuo. Margen de apreciación de los Estados para decidir las medidas a adoptar para proteger el litoral. Ausencia de indemnización como factor, no exclusivo, a tomar en consideración para establecer si se ha respetado el justo equilibrio. D) Derecho al respeto de la vida privada y familiar. Relación de los daños ambientales con el perjuicio de la vida privada y familiar. La obligación positiva de los Estados de adoptar una reglamentación adaptada a las circunstancias de una actividad peligrosa, en particular al nivel de su riesgo. La preservación del justo equilibrio entre el interés general y el disfrute efectivo de los derechos individuales. **3. Residuos urbanos.** A) Aplicabilidad de las distancias mínimas del RAMINP hasta la aprobación por la Comunidad Autónoma de normas que expliciten otra cosa. Las circunstancias excepcionales que motivan la inaplicación de esta normativa no están probadas por las pruebas periciales y, en general, deben considerarse con carácter restrictivo. **4. Zonas de especial protección para las aves.** A) La delimitación de zonas de especial protección para las aves es un acto administrativo sin contenido jurídico y la ausencia de un trámite de audiencia no afecta a su validez. **5. Zonas húmedas.** A) La catalogación de una zona como húmeda no equivale a la planificación ambiental y es una actividad sujeta a un amplio grado de discrecionalidad de la Administración. No concurre la sentencia recurrida en infracción de las normas reguladoras de la sentencia ni en arbitrariedad en la valoración de la prueba. **6. Radiación no ionizante.** A) Los Ayuntamientos pueden someter la instalación de estaciones base de telefonía móvil a un régimen de distancias mínimas y a límites de emisión más estrictos que los establecidos en la normativa estatal, en razón del carácter abierto del riesgo que se afronta. **7. Aguas continentales.** A) Suspensión cautelar de instrumento urbanístico al no haberse acreditado la suficiencia de los recursos hídricos. B) Sanción por vertidos y valoración de daños a

### XIII. Medio Ambiente

Dominio Público Hidráulico. **8. Fiscalidad ambiental.** A) Tributos estatales en materia de aguas. a) Canon de control de vertido: cuantificación. B) Tributos autonómicos en materia de aguas. a) Diferencias entre las normativas de las diversas Comunidades Autónomas. b) Hecho imponible. c) Cuantificación de los tributos. d) Aplicación de los tributos. C) Tributos locales en materia de aguas. a) Tasa municipal de alcantarillado. D) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre Hidrocarburos. a) Impuesto sobre Hidrocarburos, cálculo de la base imponible. b) Utilización de gasóleo bonificado. E) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto sobre la Electricidad. F) Tributos sobre residuos. a) Tasas municipales por recogida de basuras. b) Incentivos fiscales en impuestos ordinarios. El Impuesto sobre Sociedades.

#### 1. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

**A) Fiscalidad ambiental. Impuesto especial sobre el depósito de residuos sólidos en vertederos. Directivas 1999/31/CE del Consejo, de 26 de abril de 1999, relativa al vertido de residuos y 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 **STJCE (Sala Segunda) de 25 de febrero de 2010, recaída en el asunto C-172/08**, resuelve una decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 TCE, por la Comisión tributaria provincial de Roma (Italia) en un asunto que opone a la empresa Pontina Ambiente Srl con la Región del Lazio.

El objeto de la sentencia es observar la compatibilidad entre la normativa italiana y la Directiva 1999/31/CE mencionada en el título. Ésta trata, entre otras cosas, de garantizar que todos los costes que sean ocasionados por el establecimiento y explotación de los vertederos queden cubiertos por el precio que la entidad explotadora de ellos cobre por la eliminación de cualquier tipo de residuos en ellos. Por otra parte, de la Directiva 2000/35/CE interesa el concepto de “operaciones comerciales” que, para ésta, son “las realizadas entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una prestación”.

Pues bien, la normativa italiana (una Ley de 28 de diciembre de 1995) establece un impuesto especial sobre el depósito de residuos sólidos en vertederos cuyo sujeto pasivo es la empresa explotadora de los vertederos que debe repercutirlo sobre la colectividad que deposite los residuos. Si no paga el impuesto (a la región, que sería el sujeto activo) en tiempo hábil, puede sufrir una sanción que alcance hasta el 400% del importe no pagado.

Lo que ha sucedido es que la empresa explotadora (Pontina Ambiente Srl) no ha pagado el impuesto a la región del Lazio en el tiempo hábil y ha sufrido una sanción pecuniaria impuesta por dicha región. La empresa se defiende indicando que no le habían pagado a ella el impuesto repercutido los municipios que habían depositado sus residuos sólidos y

cuestiona, en general, la Ley de 1995 indicando que debían ser los responsables del pago los municipios y ellos, en todo caso, recibir las sanciones. El asunto llegó a la Comisión tributaria provincial de Roma que es la que planteó la pregunta al Tribunal de Justicia acerca de la compatibilidad entre el derecho italiano y la normativa comunitaria.

La respuesta del Tribunal es que la Directiva 1999/31/CE deja en libertad a los Estados para el cumplimiento de su objetivo de repercusión completa de los costes por eliminación de los residuos y que, en ese marco, era legítima la introducción en Italia del impuesto mencionado que en todo caso se apoyaría en el principio “quien contamina paga”. Por otra parte, esa introducción debe llevarse a cabo de tal forma que se garantice el pago completo por parte de los poseedores de los residuos de los costes de explotación del tratamiento de éstos, pago que debe ser realizado en un breve plazo y ello lleva consigo que pueda haber sanciones pecuniarias sobre aquellos que deben pagar el impuesto (las empresas explotadoras) si no lo pagan o no lo hacen en el momento adecuado. Obviamente lo que también deberá suceder es que la entidad explotadora pueda repercutir en los municipios los costes que lleve consigo la demora en el pago del impuesto por parte de ellos. En ese sentido la Directiva 2000/35/CE es también aplicable al supuesto que tratamos pues pueden calificarse como operaciones comerciales las que se lleven a cabo entre las entidades explotadoras y los Municipios y las consecuencias del impago vinculadas a estas operaciones comerciales (intereses de demora) también pueden aplicarse.

**B) Incumplimiento de Estado. El caso de los residuos en la región de Campania (Italia) sobre los que no existe Plan de gestión ni red integrada y adecuada de instalaciones de eliminación. Peligro para la salud y el medio ambiente. Incumplimiento por la República Italiana de la Directiva 2006/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006, relativa a los residuos**

La **STJCE (Sala Cuarta) de 4 de marzo de 2010, recaída en el asunto C-297/08**, resuelve un recurso por incumplimiento planteado por la Comisión Europea contra la República Italiana a la que se reprochan diversos incumplimientos de la Directiva 2006/12/CE. El supuesto tuvo notoriedad pública en función de las múltiples informaciones publicadas en la época en diversos medios de comunicación debido a la presencia en las calles y carreteras de muchos Municipios de esta Región de miles de toneladas de residuos (55.000 toneladas se dirá en la Sentencia existiendo otras 120.000 en espera de ser tratadas en los sitios municipales de almacenamiento) y de la presencia como causante de ello de organizaciones criminales. Diversos datos aparecen en la Sentencia sobre estas cuestiones.

En concreto se van a imputar por la Comisión al Estado italiano –y la Sentencia aceptará la imputación– la violación de los artículos 4 (obligaciones de los Estados para garantizar que los residuos se valorizarán o eliminarán sin poner en peligro la salud del hombre y sin utilizar procedimientos ni métodos que puedan perjudicar el medio ambiente y obligaciones igualmente para prohibir el abandono, el vertido y la eliminación incontrolada de residuos), 5 (obligación de los Estados de crear una red integrada y adecuada de instalaciones de eliminación con la finalidad de que la Comunidad sea autosuficiente en materia de eliminación de residuos para lo que cada uno de los Estados debe tender a ese

### XIII. Medio Ambiente

objetivo eliminando residuos con el criterio de proximidad) y 7 (establecimiento de uno o varios Planes de gestión de residuos).

En la narración de los antecedentes se indica cómo hubo diversas adjudicaciones a empresas para que construyeran instalaciones de eliminación y no fue posible, por diversos motivos, el cumplimiento de dichos contratos, incluso en los casos de readjudicación. Se aduce para ello oposición de las poblaciones a la construcción y otras circunstancias; se narra también la intervención del Fiscal de Nápoles y la intervención judicial de algunas empresas. La República italiana en ese contexto señalará que aprobó legislación y planes, pero que se escapa a su responsabilidad el incumplimiento de la Directiva pudiendo hablarse en ocasiones, incluso, de la existencia de fuerza mayor.

El Tribunal de Justicia indicará la legitimidad de adoptar el plano regional (como ha hecho Italia) como el adecuado para la construcción de la red integrada de vertederos a que se refiere la Directiva 2006/12/CE. La Directiva exige también que el tratamiento tenga lugar con criterios de proximidad al lugar de producción de los residuos sobre lo que existe jurisprudencia del propio Tribunal (Sentencia de 17 de marzo de 1993, Comisión/Consejo, C-155/91). La opción italiana por la regionalización, dado el importante volumen de residuos que produce Campania, afecta al mismo cumplimiento del conjunto de la Directiva 2006/12/CE por el propio Estado, y aunque el propio artículo 5 de esta Directiva permite una cooperación interregional o entre Estados, incluso, no ha sido posible solucionar los problemas en este plano.

Interesante es que las apelaciones de Italia a la fuerza mayor no pueden aceptarse. Así, la oposición de la población local, nunca puede alegarse para justificar el incumplimiento de una Directiva; tampoco la presencia de actividades criminales o de personas que actúan “en el límite de la legalidad” puede justificar el incumplimiento por parte del Estado. De la misma forma se niega que los incumplimientos contractuales de algunas de las empresas adjudicatarias justifiquen la posición del Estado y ello porque “una Administración diligente debería haber adoptado las medidas necesarias para hacer frente a los incumplimientos contractuales en cuestión en la región de Campania o para garantizar la realización efectiva y en el plazo deseado de las infraestructuras necesarias para la eliminación de los residuos de la región a pesar de dichas deficiencias” (punto 86 de la Sentencia).

Igualmente se indica que se creó un riesgo primero para el medio ambiente y luego para la salud por la acumulación de residuos en las calles y carreteras, lo que podía afectar al agua, aire, suelo, fauna y flora, paisajes que son diversos conceptos que aparecen en el artículo 4 de la Directiva 2006/12/CE enmarcando las obligaciones del Estado.

**C) Incumplimiento de Estado. Zonas especiales de conservación. Efectos apreciables de un proyecto sobre el medio ambiente. Evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente. El problema de la existencia de actividades consideradas genéricamente como autorizables. Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la flora y fauna silvestres**

La STJCE (Sala Segunda) de 4 de marzo de 2010, recaída en el asunto C-241/08, resuelve un recurso por incumplimiento planteado por la Comisión Europea contra la Re-

pública Francesa a la que se reprochan diversos incumplimientos de la Directiva 92/43/CEE. En concreto, es el artículo 6 en sus apartados 2 a 4 el que se considera violentado por diversos preceptos del Código del medio ambiente francés. La Sentencia apreciará la mayor parte de las imputaciones de la Comisión Europea.

Pero no todas; en concreto se considera que en relación a la mención del artículo L. 414-1, apartado V, párrafo tercero, del Código del Medio Ambiente, relativa a que en los espacios Natura 2000 “no se prohibirán las actividades humanas cuando éstas no tengan efectos apreciables sobre el mantenimiento o el restablecimiento de un estado de conservación favorable de los hábitats o las especies mencionadas en el párrafo anterior” la Comisión no ha probado la existencia del incumplimiento que alega del artículo 6.2 de la Directiva pues el precepto debe entenderse en el conjunto del artículo 414-1 cuyo primer apartado ya habla de “evitar el deterioro de estos hábitats naturales” que es lo que se debe hacer, al margen de que una actividad tenga o no efectos apreciables sobre el espacio.

Cosa contraria sucede con la afirmación del mismo precepto y párrafo cuando indica que “no se considerarán actividades perturbadoras ni tendrán tales efectos las actividades piscícolas, la caza y demás actividades cinegéticas practicadas en las condiciones y en los territorios autorizados por las leyes y reglamentos en vigor”. Ello es considerado contrario a la Directiva y a la misma jurisprudencia del Tribunal (vid. Sentencia de 10 de enero de 2006, Comisión/Alemania, C-98/03). Esa afirmación generalizada de dispensa tendría que estar justificada en otros documentos y aun cuando la República Francesa ha dicho que ha elaborado un plan de objetivos para los espacios, en realidad son sólo elemento de diagnóstico y no contienen medidas normativas con las que se pueda asegurar que esas actividades, descritas genéricamente en el precepto del Código del Medio Ambiente, no vayan a producir un deterioro de los hábitats.

Igualmente se produce un incumplimiento de la normativa comunitaria señalada en lo relativo a la previsión del artículo L. 414-4, apartado I, del Código según la cual “los trabajos, obras o adaptaciones previstos en los contratos Natura 2000 estarán exentos del procedimiento de evaluación mencionado en el párrafo anterior”. Y ello aun cuando Francia afirma que estos contratos tienen el objetivo de realizar los objetivos de mantenimiento y de restablecimiento fijados para el espacio y están relacionados con la gestión del espacio. El Tribunal afirma, al contrario, que esos contratos pueden servir para la prevención de un determinado valor ambiental del espacio pero, quizá, entrar en contradicción con otro por lo que no se puede decir de forma general que puedan estar exentos de la evaluación a que se refiere el artículo 6.3 de la Directiva 92/43/CEE.

Finalmente la Comisión afirma que la evaluación a que se refiere el artículo 6.3 de la Directiva ha de examinar también soluciones alternativas al proyecto mencionado y que, por tanto, la normativa francesa, que no reza así, sería contraria a la Directiva. El Tribunal, por el contrario, indica que de la colocación en el artículo 6.4 de la Directiva de lo relativo a las soluciones alternativas se desprende que éstas sólo deberán ser examinadas cuando el proyecto haya tenido una evaluación negativa y en el supuesto de que el plan o proyecto deba realizarse por razones imperativas de interés público de primer orden. Es

### XIII. Medio Ambiente

en esa circunstancia de evaluación negativa 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 dicho artículo 6.4.

**D) Incineración de residuos. Consideración conjunta de una fábrica de gas y una central productora de energía con, entre otros, el gas producido: el resultado es una central de coincineración. Consiguiente sujeción a la Directiva 2000/76/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2000, relativa a la incineración de residuos**

La **STJCE (Sala Octava) de 25 de febrero de 2010, recaída en el asunto C-209/08**, resuelve una decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 TCE, por un tribunal finlandés en un procedimiento incoado a instancia de la empresa Lathi Energia Oy.

La Sentencia que tratamos es, de alguna forma, una prolongación de la de 4 de diciembre de 2004 que fue comentada en el número 43 de esta revista. Recuerdo que dicha Sentencia indicaba que la producción de gas purificado (a partir de la quema de residuos y llevando a cabo un proceso de filtración para conseguir un producto “puro”) debía considerarse una instalación de coincineración en el sentido del artículo 3.5 de la Directiva citada mientras que la planta de producción de energía que en sustitución de los combustibles fósiles utilizados sistemáticamente en su actividad de producción, utiliza como combustible adicional gas purificado obtenido por coincineración de residuos en una fábrica de gas, no se halla comprendida dentro del ámbito de aplicación de dicha Directiva.

Pues bien, a partir de esa Sentencia del Tribunal de Justicia, el Tribunal finlandés ofreció a las partes la posibilidad de presentar observaciones. En ese marco Lathi Energia Oy manifestó que renunciaba a la producción de gas purificado y que iba a utilizar el gas para producir energía sólo como combustible complementario, con carácter residual, y dado que la actividad de la central no estaba comprendida en el ámbito de la Directiva según había dicho el Tribunal.

Entonces, el Tribunal finlandés planteó nuevas preguntas al Tribunal de Justicia comunitario de lo que se va a derivar esta nueva Sentencia de 25 de febrero de 2010 que va a variar las conclusiones de la anterior.

En efecto, el Tribunal va a afirmar ahora que en virtud de esta nueva circunstancia deben considerarse unitariamente a la fábrica de gas y a la central productora de energía, puesto que la actividad de la fábrica es ya inequívocamente la producción de una energía y no la obtención de un producto (como era el gas purificado). Existiría una “vinculación técnico-funcional” entre ambas instalaciones y como elemento adicional hay que observar “que las sustancias contaminantes resultantes del tratamiento térmico de los residuos, tratamiento que se inicia en la fábrica de gas, sólo se liberan y eliminan, al menos en parte, una vez que el gas bruto ha sido conducido a la central productora de energía” (punto 29 de la Sentencia).

## 2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

### A) Derecho al respeto de los bienes. Inclusión de los créditos en la noción de bienes condicionada a la esperanza legítima de obtener el disfrute efectivo de un derecho de propiedad. Protección de la naturaleza y de los bosques como parte del interés general. Carácter inaceptable de la ausencia de indemnización en relación con el valor del bien

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su **STEDH de 26 de enero de 2010**, en el asunto **Keçeli y Baspınar contra Turquía**, resuelve la demanda presentada por dos ciudadanos turcos contra su propio Estado por considerar que la anulación judicial de sus títulos de propiedad sobre unos terrenos aduciendo que éstos pertenecían al dominio forestal, sin el pago de una indemnización, constituye una violación del derecho al respeto de sus bienes en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1 de la Convención europea de derechos humanos.

El Tribunal comienza recordando que la violación de dicho derecho está condicionada a que la medida contra la que se actúa se relacione con bienes del demandante. Recuerda que esa noción comprende tanto bienes actuales como valores patrimoniales, incluidos créditos, en virtud de los cuales el demandante puede pretender tener al menos una *esperanza legítima* de obtener el disfrute efectivo de un derecho de propiedad. Por el contrario, la esperanza de verse reconocido un derecho de propiedad que es imposible que pueda ejercerse efectivamente no puede ser considerada como un bien en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1 de la Convención, y lo mismo ocurre con un crédito condicionado que se agota por la no realización de la condición. Además, en cuanto a la noción de esperanza legítima el Tribunal recuerda su jurisprudencia en el sentido de que cuando el interés patrimonial concernido es un crédito, éste sólo puede considerarse como un valor patrimonial si existe base suficiente en Derecho interno, por ejemplo, cuando hubiera sido confirmado por una jurisprudencia bien establecida de los tribunales.

En relación con este asunto, el Tribunal constata que el interés patrimonial concernido no es un crédito sino un bien inmobiliario cuya propiedad estaba fundada en un título válido. El terreno había sido registrado a nombre de terceros, que lo habían utilizado durante un largo período sin problema alguno antes de venderlo a los demandantes. Así, éstos eran los propietarios legítimos del bien, con todas las consecuencias que de ello resultan en Derecho interno, hasta el momento en que la decisión interna anulando su título de propiedad y transfiriendo ésta al Tesoro Público adquirió carácter definitivo. Existe por tanto en opinión del Tribunal un atentado contra el derecho de los demandantes al respeto de sus bienes, que puede considerarse como una privación de propiedad en el sentido de la segunda frase del primer párrafo del artículo 1 del Protocolo núm. 1.

Por otra parte, el Tribunal considera que el fin de la privación impuesta a los demandantes, es decir, la protección de la naturaleza y de los bosques, entra en el marco del interés general en el sentido de la segunda frase del primer párrafo del artículo 1 del Protocolo núm. 1. En este sentido el Tribunal se remite a su jurisprudencia conforme a la cual, sin el pago de una suma razonable en relación con el valor del bien, la privación de propiedad

### XIII. Medio Ambiente

constituye normalmente un atentado excesivo y que una ausencia total de indemnización no podría justificarse en relación con el artículo 1 del Protocolo núm. 1 más que en circunstancias excepcionales. Recuerda que en este caso los demandantes no han recibido indemnización alguna y que el Gobierno del Estado demandado no ha proporcionado ningún hecho o argumento convincente para poder llegar a una conclusión diferente. Por todo ello el Tribunal de Estrasburgo concluye que existe violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 de la Convención.

**B) Derecho al respeto de los bienes. Esperanza legítima de verse concretado un crédito actual y exigible por la regla de prescripción adquisitiva. Necesidad de base legal suficiente en Derecho interno para considerar un crédito como valor patrimonial. Protección de la naturaleza y de los bosques como parte del interés general. Carácter inaceptable, salvo circunstancias excepcionales, de la ausencia de indemnización en relación con el valor del bien**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su **STEDH de 9 de febrero de 2010**, en el asunto **Bölükbas y otros contra Turquía**, resuelve la demanda de varios ciudadanos turcos en el sentido de considerar que el rechazo judicial a su solicitud de inscripción a su nombre del título de propiedad de unos terrenos vulnera el artículo 1 del Protocolo núm. 1 de la Convención europea de derechos humanos. Los demandantes habían solicitado dicha inscripción en relación con unos terrenos de 45.350 m<sup>2</sup> de extensión, aportando para ello un título de propiedad de un terreno agrícola de 17.000 m<sup>2</sup> registrado a nombre de su ascendiente y sosteniendo que ellos explotaban dicho terreno, en toda su extensión, con fines agrícolas desde hace cincuenta años.

El Tribunal examina la admisibilidad de la demanda comprobando que los demandantes tenían una esperanza legítima en concretar un crédito actual y exigible por la regla de prescripción adquisitiva. En ese sentido recuerda que un crédito sólo puede considerarse como valor patrimonial si existe base suficiente en Derecho interno y en este caso los demandantes carecían de ésta en la medida en que el artículo 169 de la Constitución turca dispone expresamente que los terrenos que forman parte del dominio forestal no pueden ser objeto de prescripción adquisitiva. En consecuencia, los demandantes no disponen de un bien en el sentido de la primera frase del artículo 1 del Protocolo núm. 1 sobre la parte del terreno respecto de la que no tienen título de propiedad. Así, por lo que respecta a esa parte de los terrenos en litigio, la demanda es incompatible *ratione materiae* con las disposiciones de la Convención conforme al artículo 35.3 de ésta y debe por tanto rechazar en aplicación del artículo 35.4. Por el contrario, respecto al terreno cubierto por el título de propiedad, el Tribunal estima que la demanda está bien fundada y debe por tanto ser declarada admisible.

El Tribunal recuerda que, conforme al artículo 599 del Código Civil turco, a la muerte del de cuius los herederos adquieren automáticamente sus derechos hereditarios sobre la sucesión. Conforme al artículo 705 del mismo Código la adquisición de la propiedad inmobiliaria se hace por la inscripción en el registro correspondiente y, en caso de sucesión, antes incluso de dicho registro, por lo que los demandantes podían esperar legítimamente que se registrase a su nombre el terreno de su ascendiente. Respecto a la alegación del Gobierno de que el ascendiente de los demandantes no hubiera formulado

objeción contra las conclusiones de la comisión catastral que integraban el terreno en el dominio forestal, el Tribunal constata que no se ha demostrado que el interesado hubiera recibido notificación en buena y debida forma de dichas conclusiones. Además, el bien en cuestión había continuado inscrito en el registro inmobiliario a nombre del *de cuius* y el título de propiedad establecido a su nombre no había sido anulado. Por último, constata que los herederos habían continuado utilizando el terreno con fines agrícolas. En consecuencia, los demandantes, en tanto que herederos, podían prevalerse legítimamente de la seguridad jurídica en cuanto a la validez del título de propiedad inscrito en el registro inmobiliario a nombre de su ascendiente, considerado como prueba incontestable del derecho de propiedad.

En esas condiciones, para el Tribunal, el rechazo a inscribir el terreno a nombre de los demandantes constituye un atentado a su derecho al respeto de sus bienes, pudiendo considerarse como una privación en el sentido de la segunda frase del primer párrafo del artículo 1 del Protocolo núm. 1. En este sentido estima que el fin de la privación impuesta a los demandantes, la protección de la naturaleza y de los bosques, entra en el marco del interés general señalado en dicho artículo. A ello añade que, en caso de privación de propiedad y para determinar si la medida litigiosa respeta el justo equilibrio, y no hace recaer sobre los demandantes una carga desproporcionada, deben tomarse en consideración las modalidades de indemnización previstas en la legislación interna. A este respecto el Tribunal recuerda su jurisprudencia en el sentido de que sin el pago de una suma razonable en relación con el valor del bien, una privación de propiedad constituye normalmente un atentado excesivo, y que una ausencia total de indemnización únicamente podría encontrar justificación en el marco del artículo 1 del Protocolo núm. 1 en circunstancias excepcionales. A todo ello añade que en este caso los demandantes no han recibido ninguna indemnización y que el Gobierno no ha invocado ninguna circunstancia excepcional que lo justifique. Por todo ello concluye que existe violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 de la Convención.

**C) Derecho al respeto de los bienes. Rechazo de la autorización para seguir ocupando parcelas situadas en dominio público y obligación de destruir las residencias que existen en éstas. Preservación del litoral y en especial de las playas, fin legítimo que se incluye en el interés general. Respeto del justo equilibrio entre los imperativos de interés general y los de la salvaguarda de los derechos fundamentales del individuo. Margen de apreciación de los Estados para decidir las medidas a adoptar para proteger el litoral. Ausencia de indemnización como factor, no exclusivo, a tomar en consideración para establecer si se ha respetado el justo equilibrio**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncia en sus **SSTEDH de 29 de marzo de 2010**, en los asuntos **Brosset-Triboulet y otros contra Francia** y **Depalle contra Francia**, en relación con las demandas planteadas por varios ciudadanos franceses para quienes el rechazo de la autorización para seguir ocupando parcelas situadas en dominio público y la obligación que se les impone de destruir las residencias que existen en éstas,

### XIII. Medio Ambiente

vulneran su derecho al respeto de sus bienes, consagrado en el artículo 1 del Protocolo núm. 1 de la Convención europea de derechos humanos.

El Tribunal comienza recordando el alcance autónomo de la noción de bien del artículo 1 del Protocolo núm. 1, que no se limita a la propiedad de bienes corpóreos y es independiente de las calificaciones formales del Derecho interno. Así, deben examinarse las circunstancias presentes en cada asunto para comprobar si los demandantes se han convertido en titulares de un interés substancial protegido por el artículo 1 del Protocolo núm. 1. Por otra parte, dicha noción no se limita a bienes actuales y puede incluir valores patrimoniales, incluidos créditos, en virtud de los cuales el demandante puede pretender tener al menos una esperanza legítima y razonable de obtener el disfrute efectivo de un derecho de propiedad, que a su vez debe descansar sobre una base suficiente en Derecho interno. A ello añade que la imprescriptibilidad e inalienabilidad del dominio público no le han impedido concluir la presencia de bienes en el sentido del artículo citado. Sin embargo, en la mayoría de los casos en que ha sido así los títulos de propiedad de los interesados no resultaban controvertidos conforme al Derecho interno, y aquéllos podían creerse legítimamente en situación de seguridad jurídica en cuanto a la validez de los títulos, antes de que éstos fueran anulados en beneficio del dominio público. En los presentes asuntos la pertenencia al dominio público de las parcelas litigiosas no es contestada por las partes y las diferencias se refieren a las consecuencias jurídicas de las autorizaciones de ocuparlas. A este respecto, señala que los tribunales nacionales, por la aplicación estricta de las reglas del dominio público, han excluido el reconocimiento a los demandantes de un derecho real y la larga duración de la ocupación no ha tenido para esas jurisdicciones ninguna incidencia sobre la pertenencia de esos lugares al dominio público marítimo. En esas condiciones el Tribunal duda que los demandantes hayan podido razonablemente esperar continuar disfrutando de esas parcelas a falta de títulos de ocupación ya que todos los decretos de la prefectura mencionan la obligación, en caso de revocación de la autorización de ocupación, de devolver esos lugares a su estado primitivo si así se requería por la Administración.

Por el contrario, el Tribunal recuerda que el hecho de que un Estado no reconozca legalmente un interés particular como derecho, incluso como derecho de propiedad, no se opone a que ese interés pueda en ciertas circunstancias pasar por un bien en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1. En estos asuntos, el tiempo transcurrido ha hecho nacer un interés patrimonial de los demandantes a disfrutar de las casas existentes en esas parcelas, derecho que estaba suficientemente reconocido y tenía suficiente importancia para constituir un bien en el sentido de la primera frase del artículo 1 del Protocolo núm. 1, que por tanto es aplicable en estos asuntos. El Tribunal recuerda su reiterada jurisprudencia en relación con la protección del derecho de propiedad que ofrece el artículo 1 del Protocolo núm. 1 y añade que, dado que la Convención sólo protege derechos concretos y efectivos, para comprobar si una injerencia en dicho derecho puede considerarse como una privación de bienes no basta con comprobar que ha existido desposesión o expropiación sino que debe analizarse la realidad de cada situación litigiosa para comprobar que equivale a una expropiación de hecho. En los asuntos que se estudian el Tribunal afirma que la pertenencia al dominio público de las parcelas en litigio no es contestada, y por ello no existe privación de propiedad; además, los demandantes no podían ignorar la posibilidad de no renovación de las autorizaciones de ocupación del dominio público, así como de la obligación de destruir las casas que en él se encuentran, pudiéndose analizar ambas incluidas en

una reglamentación del uso de los bienes con fines de interés general, sea desde el punto de vista del régimen jurídico del dominio público como afectado al uso del público, o sea, desde la perspectiva de la protección del estado natural del litoral marino.

El Tribunal rechaza la objeción de los demandantes al fin de interés general, tanto en relación con la protección de la afectación del dominio público como respecto del medio ambiente. Así señala que, aunque las jurisdicciones nacionales sólo han examinado el asunto desde la primera perspectiva, a partir de la aprobación de la ley del litoral las autorizaciones de ocupación han dejado de renovarse sobre la base del objetivo de protección de la costa marina y más en general del medio ambiente. En este sentido recuerda que en numerosas ocasiones ha sostenido que la protección del medio ambiente se ha convertido en un valor cuya defensa suscita en la opinión pública, y en consecuencia en los poderes públicos, un interés constante y sostenido. Así lo ha reconocido el Tribunal en relación con la protección de la naturaleza y de los bosques, y así lo considera también en este caso respecto de la preservación del litoral y en especial de las playas, que constituyen otro ejemplo que reclama una política de ordenación del territorio apropiada. El Tribunal estima por tanto que la injerencia en ambos casos perseguía un fin legítimo que se incluye en el interés general.

En opinión del Tribunal resta determinar si la exigencia de devolución de esos lugares al estado en el que se encontraban es una medida desproporcionada al fin perseguido. En ese sentido, señala que, según jurisprudencia bien establecida, una medida de injerencia debe respetar el justo equilibrio entre los imperativos de interés general y los de la salvaguarda de los derechos fundamentales del individuo. Es decir, que ha de existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. El Tribunal añade que, en el marco del control del respeto de esta exigencia, se reconoce al Estado un amplio margen de maniobra tanto para elegir las modalidades de aplicación como para juzgar si sus consecuencias se encuentran legitimadas, en el interés general, por el deseo de alcanzar el objetivo de la ley concernida. Ese equilibrio se rompe si la persona afectada ha tenido que sufrir una carga especial y exorbitante.

Añade el Tribunal que no cabe oponer a los demandantes la cuestión de la legalidad de la construcción de las casas, que no fueron edificadas por ellos sino que las han recibido en herencia. En ese sentido advierte que no se ha contestado que los demandantes hayan adquirido su bien de buena fe, siendo un caso diferente de aquél en que un individuo construye, con todo conocimiento de causa, un edificio sin permiso. Es decir, que las casas en litigio no son comparables con los recientes fenómenos de urbanización ilegal del litoral. En todo caso, desde la adquisición del bien, e incluso antes desde su construcción, la administración conocía la existencia de las casas, puesto que su ocupación estaba condicionada a la concesión de una autorización, cuya duración era mencionada en cada decreto de la prefectura, que señalaba también la posibilidad de que la administración modificase o retirase la autorización si lo creía útil, sin que el beneficiario pudiera reclamar una indemnización por ese hecho. Además, se precisaba que, si le era requerido, debería devolver el lugar a su estado primitivo demoliendo las instalaciones edificadas sobre el dominio público, incluidas las existentes ante de la fecha del decreto. El Tribunal

### XIII. Medio Ambiente

deduce de ello que los demandantes conocían desde siempre que las autorizaciones eran precarias y revocables y considera que no puede afirmarse que las autoridades hayan contribuido a mantener la incertidumbre sobre la situación jurídica del bien.

Por otra parte, para el Tribunal no existe negligencia de las autoridades en el hecho de que los demandantes hayan podido disfrutar del bien durante un período considerable sino que eso supone más bien una tolerancia de la continuación de la ocupación, que además se encontraba reglamentada. A ello se añade que esa ocupación se produjo en una época en la que las preocupaciones de ordenación del territorio y medioambientales no habían alcanzado el desarrollo actual. Respecto a la alegación de los demandantes de que las casas se integran perfectamente en el lugar e incluso que forman parte del patrimonio, además de no perturbar el acceso a la playa, el Tribunal recuerda el margen de apreciación que tienen los Estados para decidir las medidas a adoptar para proteger el litoral. En cuanto a la consideración de la medida de demolición como un perjuicio radical al bien de los demandantes, el Tribunal afirma que el rechazo de la continuidad de las ocupaciones y la devolución de los lugares a su estado anterior a la edificación de las casas se inscriben en el deseo de aplicación coherente y más rigurosa de la ley ante la creciente necesidad de proteger el litoral y su uso por el público. Permitir una derogación de la ley en estos asuntos no iría en el sentido buscado por la ley del litoral ni en el de una mejor organización de la relación entre usos privados y públicos. Por otra parte, los demandantes no aportan pruebas de incoherencia alguna de las autoridades en la aplicación de dicha política, bien sea de dispensa de la obligación de demolición concedida a vecinos en situación similar o bien de referencia a un eventual interés superior, arquitectónico y/o de conservación del patrimonio, en el que la casa no haya sido clasificada. Además, el Tribunal recuerda que los demandantes han rechazado la solución de compromiso y la oferta del prefecto de continuar con el disfrute de la casa pero con condiciones, que hubiera permitido conciliar los intereses en presencia.

Por último, recuerda que en casos de medidas de reglamentación del uso de los bienes, la ausencia de indemnización es uno de los factores a tomar en consideración para establecer si se ha respetado el justo equilibrio, pero no basta por sí sola para ser constitutiva de violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1. En los presentes asuntos, teniendo en cuenta las reglas del dominio público y que los demandantes no podían ignorar el principio de no indemnización claramente precisado en todas las autorizaciones de ocupación temporal que se les han concedido desde 1951, la ausencia de indemnización no puede considerarse como una medida desproporcionada a la reglamentación del uso de los bienes de los demandantes, operada desde un fin de interés general. El Tribunal estima que los demandantes no han soportado una carga especial y exorbitante por la demolición de su casa sin indemnización y no existe por tanto ruptura del equilibrio entre intereses de la comunidad y de los demandantes. Por ello concluye que no existe violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1.

La sentencia se acompaña de diversas opiniones de los jueces del Tribunal. Así el juez Casadevall emite una opinión concordante en el sentido de considerar que tras la expiración de la última autorización de ocupación temporal los demandantes no disponían de ninguna base suficiente en Derecho francés sobre la que poder basar la esperanza legítima de continuar disfrutando del bien. Por su parte, los jueces Bratza, Vajic, Björgvinsson y

Kalaydjieva emiten una opinión parcialmente disidente en la que señalan que la ordenada a los demandantes de devolver los lugares al estado anterior a la construcción de las casas debe analizarse como una injerencia desproporcionada e injustificada en sus bienes en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1. Los jueces basan ese razonamiento en cuatro argumentos: que las casas han sido construidas antes de la ley del litoral e incluso de la elaboración del Código del dominio del Estado; que la ocupación ha sido objeto de autorización renovada periódicamente durante más de medio siglo; que la principal razón que justifica para las autoridades la no renovación de las autorizaciones y la orden de demolición no está relacionada con un daño ambiental o con la no conciliación con el paisaje ambiental sino con la ocupación del dominio público; que las autoridades no parecen haber contemplado medidas menos radicales que la demolición para facilitar el acceso del público a la costa. Por último, el juez Kovler emite una opinión parcialmente disidente en la que afirma que los asuntos deberían haber sido examinados desde la óptica del artículo 8 de la Convención (derecho a la vida privada y familiar) más que desde el artículo 1 del Protocolo núm. 1 (derecho de propiedad).

**D) Derecho al respeto de la vida privada y familiar. Relación de los daños ambientales con el perjuicio de la vida privada y familiar. La obligación positiva de los Estados de adoptar una reglamentación adaptada a las circunstancias de una actividad peligrosa, en particular al nivel de su riesgo. La preservación del justo equilibrio entre el interés general y el disfrute efectivo de los derechos individuales**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su **STEDH de 30 de marzo de 2010**, en el asunto **Bacila contra Rumanía**, conoce acerca de la demanda de una ciudadana de ese Estado en la que se plantea la violación de los artículos 6 y 8 de la Convención europea de derechos humanos como consecuencia del perjuicio que para su salud y su hábitat resulta de la contaminación de una industria especializada en metales no ferrosos instalada en las cercanías de su vivienda. La demandante plantea la pasividad de las autoridades locales en cuanto a la adopción de medidas para encontrar una solución al problema. El Tribunal considera que la demanda debe examinarse bajo el ángulo del artículo 8 de la Convención relativo al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia.

Con ese fin el Tribunal comienza recordando su jurisprudencia en el sentido de que los daños ambientales graves pueden afectar al bienestar de las personas y privarles del disfrute de su domicilio de forma que se perjudique su vida privada y familiar. A eso añade que el artículo 8 no sólo contempla la obligación del Estado en sentido negativo, es decir, de abstenerse de llevar a cabo injerencias arbitrarias por parte de los poderes públicos, sino que comprende una obligación positiva, consistente en la adopción de medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos del individuo. Esa obligación se concreta, en el caso de actividades peligrosas, en la adopción de una reglamentación adaptada a las circunstancias de la actividad, en particular, al nivel de riesgo que podría resultar de ella. Esa obligación debe regular la autorización, la puesta en funcionamiento, la seguridad y control de la actividad en cuestión, y la imposición a cualquier persona relacionada con dicha actividad de la adopción de medidas prácticas que aseguren la protección efectiva

### XIII. Medio Ambiente

de los ciudadanos cuya vida corra el riesgo de ser expuesta a los daños inherentes a la actividad en cuestión. A este respecto, afirma el Tribunal que el proceso decisorio mencionado debe comportar en primer lugar la realización de las investigaciones y estudios apropiados para prevenir y evaluar anticipadamente los efectos de actividades que pueden comportar daños ambientales y a los derechos de los individuos, y permitir así un justo equilibrio entre los diversos intereses en presencia.

En el presente asunto el Tribunal recuerda que la demandante se queja de la incapacidad de las autoridades locales de obligar a la sociedad a reducir la contaminación a niveles compatibles con el bienestar de los habitantes de su población. En este sentido, se recuerda que las dos autorizaciones concedidas a la industria (1998 y 2006) iban acompañadas de diversas medidas destinadas a reducir la contaminación, sin embargo el Gobierno no ha aportado ningún elemento que demuestre que las medidas contempladas en las autorizaciones han sido efectivamente ejecutadas según el calendario previsto. Incluso, el Tribunal señala que entre el 6 de mayo de 2003 y el 12 de junio de 2006 la industria ha funcionado sin la autorización medioambiental exigida por la ley, mientras que las autoridades locales estaban al corriente de los graves problemas de contaminación que producía la continuación de esa actividad.

Por otra parte, se recuerda que no incumbe al Tribunal pronunciarse sobre la oportunidad de una eventual decisión de paralización de la actividad de la industria con el fin de que ésta se conforme a las normas de protección medioambiental. Sin embargo, resulta importante destacar que a pesar de incremento de la contaminación tras la privatización de la industria, reconocido por las autoridades locales, no resulta del *dossier* que se haya tomado medida alguna contra la sociedad antes de 2007. El Tribunal no desconoce el interés de las autoridades nacionales en mantener la actividad económica del mayor empleador de una ciudad que ya ha sufrido el cierre de varias industrias, lo que, junto a la ineficacia de las medidas a corto plazo, explica la reticencia a sancionar a la industria. Sin embargo, estima que este interés general no puede imponerse sobre el derecho de las personas concernidas a disfrutar de un medio ambiente equilibrado y respetuoso de la salud. Teniendo en cuenta todo lo señalado, así como el margen de apreciación que se reconoce al Estado demandado, el Tribunal afirma que éste no ha sabido preservar el justo equilibrio entre el interés del bienestar económico de la ciudad en la que se sitúa la industria y el disfrute efectivo por la demandante del derecho al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar, por lo que concluye que existe violación del artículo 8 de la Convención.

### 3. RESIDUOS URBANOS

**A) Aplicabilidad de las distancias mínimas del RAMINP hasta la aprobación por la Comunidad Autónoma de normas que expliciten otra cosa. Las circunstancias excepcionales que motivan la inaplicación de esta normativa no están probadas por las pruebas periciales y, en general, deben considerarse con carácter restrictivo**

En la **STS de 25 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta (recurso 135/2006), se resuelve un recurso de casación frente a la Sentencia del

TSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de noviembre de 2006, mediante la cual se resolvía un recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Consejero de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Generalidad Valenciana de 5 de junio de 2001 por el que se aprobó definitivamente el Plan Especial de Transferencias y Sección de Residuos Sólidos Urbanos del municipio de Alcoy (Alicante).

La sentencia de instancia había declarado la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo en lo relativo a la impugnación de la declaración de impacto ambiental, siguiendo la jurisprudencia conforme a la cual éste es un acto de trámite. Sin embargo, había estimado el resto de pretensiones, anulando el Plan Especial de transferencia de residuos fundamentándose en el incumplimiento de la distancia mínima de 2.000 metros establecida en el artículo 4 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961 (en adelante, RAMINP).

Dicha sentencia devino firme, al desistir el recurrente del recurso de casación, por lo que el TS limita su pronunciamiento al fondo del asunto, y no a los efectos de la sentencia recurrida (FJ 1º).

El recurso de casación alega en primer lugar la aplicabilidad al caso de la Ley valenciana 3/1989, de 2 de mayo, de Actividades Calificadas, y no del RAMINP. El TS rechaza dicho motivo porque en el momento de aprobación del Plan Especial de transferencia de residuos era aplicable el RAMINP, al establecerlo así la Ley de Actividades Calificadas en su Disposición Transitoria Primera mientras no se apruebe el nomenclátor calificador de actividades objeto de dicha ley. Dicha tarea fue acometida sólo posteriormente por la Ley valenciana 2/2006, de 5 de mayo, de Prevención de la Contaminación y Calidad Ambiental, pero en el momento del litigio era aplicable el RAMINP como normativa básica (FJ 3º).

En segundo lugar, se alega por el Ayuntamiento de Alcoy que debió aplicarse al caso concreto la excepción prevista para casos excepcionales en el artículo 15 RAMINP. El TS considera, a partir de la prueba pericial practicada en el proceso, que no concurrían en el supuesto circunstancias de carácter excepcional, añadiendo que los intereses medioambientales que protege el RAMINP al fijar distancias mínimas de emplazamiento precisan una interpretación estricta de sus excepciones, como el mismo Tribunal ha establecido en sentencias anteriores (FFJJ 6º y 7º).

En consecuencia, el TS desestima el recurso de casación e impone costas a las partes recurrentes por la cuantía de 3.000 euros, conforme al artículo 139 de la Ley 30/1992.

#### 4. ZONAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN PARA LAS AVES

##### **A) La delimitación de zonas de especial protección para las aves es un acto administrativo sin contenido jurídico y la ausencia de un trámite de audiencia no afecta a su validez**

En la **STS de 26 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta (recurso 276/2006), se resuelve un recurso de casación interpuesto contra la

### XIII. Medio Ambiente

Sentencia del TSJ de Murcia, que desestimó un recurso contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Murcia que designaba determinadas áreas geográficas como “Zonas de especial protección para las aves” (en adelante, ZEPA).

El Acuerdo recurrido daba cumplimiento a lo establecido en la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 79/409/CEE, de 2 de abril, relativa a la conservación de las aves silvestres (Directiva sobre las aves) y a la Directiva 92/43/CE, de 21 de mayo, sobre conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres (Directiva sobre los hábitats), recogiendo para cada ZEPA las especies que motivan su clasificación. La sentencia de instancia certifica que, pese a que se trataba de una fase inicial de la Red Natura 2000, en la que se trataba de recoger información previa con base a criterios científicos y técnicos sin afición a derechos o intereses, no debió haberse prescindido del trámite de audiencia previsto en el artículo 84 de la Ley 30/1992. Sin embargo, en razón de la economía procesal, considera inadecuado anular el acto por tal defecto formal, ya que era de prever que de retrotraerse las actuaciones a dicho trámite, la Administración terminaría dictando el mismo acto, suficientemente avalado por la Comisión Europea, que interpuso recurso ante el TJCE por incumplimiento del Reino de España al no haber clasificado como zonas de protección para las aves en la Comunidad de Murcia aquellas que la evidencia científica identifica como las más adecuadas (FJ 1º).

Los recurrentes, “Montesinos Agrícola, SA” y la “Asociación de propietarios afectados por el plan Red Natura 2000”, alegan en casación la omisión del deber de audiencia y la falta de motivación en el acto y la infracción de los artículos 105, 23 y 24 CE, 84 y 63 de la Ley 30/1992 y la Ley regional 4/1989 de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres. La Comunidad Autónoma recurrida alega que de no haberse realizado la designación de las ZEPAS, ésta hubiera sido impuesta por el propio TJCE, que hubiera condenado a España (FJ 2º).

El TS comienza por referirse a su Sentencia de 20 de mayo de 2008, en la que se desestimó un recurso que versaba sobre el mismo Acuerdo del Consejo de Gobierno de Murcia, y reitera lo establecido en ella: que la audiencia no viene impuesta por las normas comunitarias europeas ni por la Ley murciana 7/1995, de 21 de abril, de fauna silvestre, ya que éste se refiere a la creación de las Áreas de Protección de la Fauna Silvestre de la Región de Murcia, y no a la mera delimitación de una ZEPA (FJ 4º). Sin embargo, el TS aclara, ratificando la sentencia de instancia, que debiera haberse previsto un trámite de audiencia, al tratarse éste de un procedimiento sin regulación legal específica, lo que no impide la validez del Acuerdo, considerado adecuado a las exigencia comunitarias por la propia Comisión Europea (FJ 4º).

Respecto a la alegada falta de motivación, el TS rechaza dicho motivo al tratarse éste de un acto que no establece ningún régimen jurídico ni, por tanto, limitación alguna para los titulares de los terrenos incluidos en el perímetro de dicha delimitación. Además de ello, consta en los informes previos al acuerdo la justificación de la delimitación realizada (FJ 5º).

Tampoco juzga el TS que pueda darse desviación de poder del artículo 67 de la Ley 30/1992, ya que queda evidentemente clara que la finalidad del Acuerdo es el cumpli-

miento de la exigencia del Derecho comunitario y la respuesta al procedimiento que se sigue contra España ante el TJCE a instancia de la Comisión (FJ 6º).

En consecuencia, el TS declara no haber lugar al recurso de casación y, conforme al artículo 139.2 LJCA, impone costas a las partes recurrentes por la cuantía de 2.500 euros (FJ 7º).

## 5. ZONAS HÚMEDAS

### **A) La catalogación de una zona como húmeda no equivale a la planificación ambiental y es una actividad sujeta a un amplio grado de discrecionalidad de la Administración. No concurre la sentencia recurrida en infracción de las normas reguladoras de la sentencia ni en arbitrariedad en la valoración de la prueba**

En la **STS de 23 de marzo de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, (recurso 6404/2005), se resuelve un recurso de casación contra la Sentencia del TSJ de Valencia de 20 de julio de 2005, por la que se desestimaba un recurso frente al Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Generalidad Valenciana de 10 de septiembre de 2002, sobre aprobación del Catálogo de Zonas Húmedas de la Comunidad Valenciana.

La demanda de instancia se fundaba en la indebida inclusión en el Catálogo como Zona Húmeda núm. 3 del Marjal de Nules-Burriana, alegando la recurrente que la Administración había incurrido en arbitrariedad, al incumplir dicha inclusión los requisitos que justifican la declaración de zona húmeda, entre ellos el preceptivo Estudio de Impacto Ambiental (FJ 2º).

La Sentencia del TSJ de Valencia juzgó, a través del examen y valoración de la documentación obrante en el expediente administrativo y la incorporada en el proceso judicial, que la citada Zona 3 reunía los requisitos para su consideración como zona húmeda, al reunir valores patrimoniales y etnológicos de contención contra la intrusión y erosión, además de valores paisajísticos y turísticos. Respecto a la alegada arbitrariedad, indicó que la actividad de catalogación es una actividad discrecional de la Administración, y que la arbitrariedad o falta de racionalidad de sus soluciones ha de probarse, sin que los órganos jurisdiccionales puedan sustituir los criterios técnicos y objetivos de la Administración por otras determinaciones que no sean rigurosas, motivadas y debidamente acreditadas, como es jurisprudencia asentada del TS. Respecto a la falta de Estudio de Impacto Ambiental, la sentencia de instancia dice que un Catálogo de zonas húmedas no persigue específicamente la protección ambiental y no puede equipararse a un plan especial de conservación, por lo que, y en consonancia con la Ley valenciana 2/1989, de 3 de marzo, de Impacto Ambiental y su Reglamento de desarrollo, aprobado mediante Decreto de 5 de octubre de 1990, no contempla la necesidad de realizar dicho Estudio de Impacto Ambiental en este supuesto (FJ 3º).

### XIII. Medio Ambiente

El recurso de casación, interpuesto por el Ayuntamiento de Nules, esgrime cuatro motivos (FJ 4º):

1. Infracción de las normas reguladoras de la sentencia, al remitirse ésta a lo establecido en otras sin identidad de supuestos, por lo que habría falta de motivación.
2. Infracción de las normas reguladoras de la sentencia, al incurrir ésta en incongruencia omisiva por no dar respuesta a los principales motivos de la pretensión de nulidad del acto impugnado: la arbitrariedad de la metodología empleada al elaborar el Catálogo de zonas húmedas.
3. Infracción de la LEC y de la jurisprudencia del TS sobre valoración de la prueba, indicando que ésta ha sido arbitraria, al tomar en consideración exclusivamente las pruebas que beneficiaban las tesis de la administración.
4. Infracción del Texto Refundido de la Ley de Aguas (RD Legislativo 1/2001, de 20 de julio) y del Reglamento del Dominio Público Hidráulico (RD 846/1986, de 11 de abril, RDPH), al calificar de humedal una zona que carece de los requisitos legales para ello.

El TS rechaza los dos primeros motivos del recurso, para lo cual repasa la jurisprudencia existente respecto a ambos extremos. En relación con la incongruencia omisiva, dice que “debe distinguirse entre lo que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones”, sin que las primeras requieran “una respuesta explícita y pormenorizada”, mientras que, por el contrario, las pretensiones sí exigen “de respuesta congruente ...”. Además, dicha omisión sólo puede vulnerar la tutela judicial efectiva si provoca la indefensión de alguno de los justiciables. Y respecto a la exigencia de motivación, dice que “el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y 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 vengan 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”.

En el caso particular, el TS considera que la Sala de instancia ha dado cumplida respuesta motivada y razonada a las pretensiones de la recurrente. Indica que no puede hacerse reproche alguno a que la sentencia de instancia incluya argumentos y razones utilizados por la misma Sala en anteriores sentencias, y que la falta de motivación se hubiera producido si la sentencia se hubiera quedado en un examen general de la cuestión sin descender al examen de la cuestión concreta, cosa que no sucedió (FJ 6º).

A continuación, el TS desestima también el tercer motivo, al no hallar arbitrariedad en la valoración de la prueba, añadiendo además que el recurso de casación no es el cauce adecuado para revisar la apreciación de la prueba realizada por los jueces de instancia. La Sala de instancia realizó una valoración del testimonio pericial de la recurrente conforme a las reglas de la sana crítica, y encontrándolo contradictorio, incompleto y sesgado, con reiterados errores en la apreciación de datos, consideró que no revestía el necesario nivel de seriedad y objetividad como para tenerlo en cuenta (FJ 7º).

Finalmente, el TS desestima el último motivo, ya que las normas alegadas lo que hacen es definir las zonas húmedas en función de sus características físicas, y es precisamente la concurrencia en el terreno litigioso de dichas características físicas lo que llevó a su calificación como zona húmeda (FJ 8°).

En consecuencia, el TS procede a desestimar el recurso de casación y, conforme al artículo 139.2 LJCA, condena a la parte recurrente en costas por la cuantía de 3.000 Euros (FJ 9°).

## 6. RADIACIÓN NO IONIZANTE

### **A) Los Ayuntamientos pueden someter la instalación de estaciones base de telefonía móvil a un régimen de distancias mínimas y a límites de emisión más estrictos que los establecidos en la normativa estatal, en razón del carácter abierto del riesgo que se afronta**

En la **STS de 6 de abril de 2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta (recurso 6553/2005)**, se resuelve un recurso de casación de “VODAFONE ESPAÑA SA” contra la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de julio de 2005, que estimaba parcialmente un recurso contra la Ordenanza Municipal Reguladora de las Condiciones para la Instalación y Funcionamiento de Determinados Sistemas de Telecomunicaciones en el término municipal de Alcoy (Alicante).

La sentencia de instancia concebía las atribuciones administrativas sobre ordenación de las telecomunicaciones como una competencia concurrente, reconociendo competencias municipales en la materia conforme a la STS de 15 de diciembre de 2003. Reconoció, en concreto, la competencia para someter la instalación de antenas de telefonía móvil a un programa de implantación, pero anuló la exigencia de un seguro de responsabilidad civil a los operadores y la exigencia de licencia de actividades calificadas.

El motivo de casación de la recurrente es la prohibición, por parte de la Ordenanza, de la instalación de estaciones base de telefonía móvil a una distancia inferior a 100 metros en determinadas zonas sensibles y la imposición de límites de densidad de potencia más restrictivos que los establecidos en la normativa estatal (el RD 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas). Alega que esto infringiría los artículos 29, 43.1 y 44.1 de la Ley General de Telecomunicaciones (LGT), de los que se deduciría la competencia exclusiva del Estado para establecer los límites de densidad de potencia, cuestión que se acometió con el citado RD 1066/2001, que no señala sino una obligación de reducir la exposición a radiaciones en los lugares sensibles. Cuestiona también la recurrente, con carácter general, la posibilidad de que las Corporaciones Locales ejerzan competencias en materia de sanidad que no estén incorporadas previamente a una norma estatal o autonómica.

### XIII. Medio Ambiente

El TS comienza por recordar el marco jurisprudencial en el que se mueve el ejercicio de las competencias atribuidas a los municipios cuando afecte a la regulación de las telecomunicaciones. Así, en las SSTs de 15 de diciembre de 2003 y de 4 de julio de 2006 se dice fundamentalmente que “La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con arreglo a la legislación aplicable, incluyendo los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales”. Dicha competencia “no puede entrar en contradicción con el ordenamiento ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas” (FJ 3º).

Afirmada la competencia municipal, el TS centra el debate en la pregunta sobre si los Ayuntamientos, al establecer sus Ordenanzas reguladoras en materia de telecomunicaciones, están legitimados para establecer medidas adicionales de protección a las fijadas en la normativa estatal. Para responder a esta cuestión, el TS se remite a lo ya establecido en la Sentencia de 17 de noviembre de 2009: que en razón del carácter “no cerrado” del riesgo que los campos electromagnéticos generan sobre la población, los municipios están legitimados para establecer normas preventivas más restrictivas que la estatal, siendo ésta ya una jurisprudencia asentada (FJ 3º).

El TS no hace imposición en costas a tenor del artículo 139.2 LJCA.

## 7. AGUAS CONTINENTALES

### A) Suspensión cautelar de instrumento urbanístico al no haberse acreditado la suficiencia de los recursos hídricos

Se discute en la **STS de 1 de febrero de 2010** (recurso 5018/2008), el Auto de fecha 21 de julio de 2008, de la Sección Primera, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana –confirmatorio en súplica del Auto de 11 de junio de 2008– por el que se ratifica la suspensión cautelar del Acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Alicante de 11 de mayo de 2007, por el que se aprueba la homologación y el Plan Parcial SAU Segaria del municipio de Benimeli (Alicante), dado que durante la tramitación del instrumento urbanístico la Confederación Hidrográfica del Júcar había emitido informe desfavorable por no resultar acreditada la suficiencia de la disponibilidad de recursos hídricos para satisfacer las nuevas demandas de agua vinculadas a las actuaciones urbanísticas previstas.

Previamente la Administración General del Estado interpuso, a través de la Abogacía del Estado, recurso contencioso-administrativo contra el referido Acuerdo de aprobación del Plan Parcial SAU Segaria del municipio de Benimeli (Alicante) y contra dicho Acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Alicante.

La Generalitat Valenciana se opone a la medida cautelar alegando que el acuerdo impugnado carece aún de vigencia por estar supeditado al cumplimiento de determinadas condiciones (entre ellas obtener el informe de la Confederación). Asimismo, la Generalitat

considera que la interpretación que hace la Administración Central del artículo 25.4 de la Ley de Aguas no es correcta al considerar que el informe del Organismo de Cuenca no es vinculante.

Ante las alegaciones de la Generalitat, el TS reproduce las consideraciones efectuadas en los puntos tercero a sexto del Auto de 11 de junio de 2008 del TSJ de Valencia en el que se acordó la medida cautelar solicitada por la Abogacía del Estado, y con ello gran parte del contenido de los informes de la Confederación Hidrográfica del Júcar y del Departamento de Ciclo Hídrico de la Generalitat de Valencia, para llegar a la conclusión de que puede considerar fundado y motivado el informe negativo de la CHJ.

Finalmente, tras desestimar los diversos motivos de casación interpuestos por las partes recurrente contra los Autos de 21 de julio de 2008 y 11 de junio de 2008, de la Sección Primera, Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Valencia, el TS concluye en relación con la cuestión de fondo planteada (conflicto de intereses y competencias de la Administración General del Estado y Administración Autonómica) que la afirmación que hacen los recurrentes sobre el interés público que representa la ejecución del planeamiento urbanístico, “queda enervada en este caso por la concurrencia de un interés igualmente público y no menos relevante, cuya desatención podría acarrear graves consecuencias, como son las que pueden derivarse del desarrollo y ejecución de una actuación urbanística sin las suficientes garantías de suministro de agua en cantidad suficiente y con riesgo fundado de afectación al dominio público hidráulico y sus zonas de servidumbre y policía, y de incidencia en el régimen de corrientes” (FJ 6º).

Por todo lo anterior, y tras reiterar el TS que los actos recurridos ofrecen una detenida reseña y análisis del informe negativo emitido por la Confederación Hidrográfica del Júcar sobre la incidencia del instrumento de planeamiento controvertido en triple aspecto: afección al dominio público hidráulico o sus zonas de servidumbre o policía; incidencia en el régimen de corrientes, y disponibilidad de recursos hídricos para atender las demandas derivadas del nuevo planeamiento. El TS desestima los recursos de casación interpuestos por la Generalitat de Valencia, el Ayuntamiento de Benimeli (Alicante) y la entidad mercantil COLEFRUSE, SA.

Véase en similar sentido la **STS de 9 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 2161/2008), casación interpuesta por la representación procesal de dos particulares contra los Autos dictados en fechas 13 de diciembre de 2007 y 4 de mayo de 2008, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, por los que se desestima la suspensión cautelar del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Benicassim de 15 de diciembre de 2005, por el que se aprobó el Plan Parcial de Mejora y Proyecto de Urbanización de la actuación integrada Benicassim Golf. En dicha sentencia el TS estima el recurso de casación planteado contra dichos autos y acuerda la procedencia de suspender cautelarmente la ejecutividad del Plan Parcial e instrumento de ordenación de la actuación Benicassim Golf. El Tribunal llega a este fallo tras comprobar que de la propia sentencia de la Sala de Instancia, de la Resolución del Director General de Urbanismo de 25 de mayo de 2002 y del reconocimiento del Agente Urbanizador de la actuación urbanística, se deduce que

### XIII. Medio Ambiente

no hay informe expreso emitido por la Confederación Hidrográfica del Júcar y que no existe concesión de aguas otorgada por dicha Confederación, de lo que se puede concluir el riesgo cierto de insuficiencia de recursos hídricos para los desarrollos urbanísticos amparados por el instrumento de ordenación y programa de actuación impugnados.

Asimismo, véase la **STS de 12 de febrero de 2010**, Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 2109/2009), recurso de casación interpuesto por la Generalitat Valenciana contra el Auto de 25 de julio de 2008 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Valencia, por el que acuerda la medida cautelar de suspensión del Acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Valencia por el que se aprobó la Homologación y el Plan Parcial Área 4, Santa Apolonia, del término municipal de Torrent (Valencia). Dicho Auto de 25 de julio de 2008 acordó la suspensión cautelar ante la existencia de indicios racionales de que podrían resultar lesionados elementos medioambientales susceptibles de protección, que han sido ignorados por los instrumentos urbanísticos impugnados. En concreto, la falta de recursos hídricos puesta de manifiesto de forma expresa por la administración hidrológica (Confederación Hidrográfica del Júcar). Por tal motivo, el TS desestima el recurso de casación planteado por la Generalitat de Valencia contra el auto de constante referencia que acuerda la medida cautelar de suspensión.

#### **B) Sanción por vertidos y valoración de daños a Dominio Público Hidráulico**

En la **STS de 23 de marzo de 2010** (recurso de casación 197/2008), se trata el recurso de casación para unificación de doctrina que interpone la representación de la mercantil Agro Sevilla Aceitunas, SCA, contra la Sentencia de 22 de noviembre de 2007 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, por medio de la cual se desestimó el recurso contencioso-administrativo núm. 106/2005, interpuesto por Agro Sevilla Aceitunas, SCA, contra la resolución de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de 8 de febrero de 2005, por la que se imponía a la recurrente una sanción de 29.679,32 euros en materia de aguas por vertido no autorizado.

La cuestión de fondo que se discute en este recurso de casación para unificación de doctrina consiste en la determinación de la validez de los distintos métodos de valoración de daños ocasionados a Dominio Público Hidráulico que se emplean en la sentencia recurrida y la sentencia esgrimida por el recurrente como sentencia de contraste. En concreto se pretende por el recurrente desvirtuar el método de valoración de daños causados a Dominio Público Hidráulico que emplea la Administración como consecuencia de un vertido en función de la estimación del número de días del vertido. En este sentido la sentencia recurrida razona que la valoración de los daños efectuada por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir es correcta al determinar que “lo que hay que tener en cuenta es la cantidad estimativa de líquido vertido, y en función de ellos los costes de tratamiento. En este sentido, las operaciones estimativas realizadas por la Administración hasta llegar a determinar una cifra de valoración de daños causados es conforme al artículo 326.2 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986,

de 11 de abril”. Operaciones que son calificadas por el Tribunal de razonables, siendo las habituales en estas valoraciones.

Por tales motivos y por declarar el TS que no concurren entre la sentencia recurrida y la sentencia ofrecida de contraste (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de fecha 10 de noviembre de 2000, recurso 470/1998) identidad en la situación de los hechos, fundamentos y pretensiones, sino una distinta valoración de la prueba que no puede ser objeto de revisión en casación, el TS determina que en modo alguno existe contradicción entre las referidas sentencias que sea merecedora de unificación. Motivo por el cual se desestima el recurso de casación en unificación de doctrina planteado por la mercantil recurrente contra el método de valoración de daños empleado por la Confederación en la imposición de la correspondiente sanción e indemnización como consecuencia del vertido.

Sobre la misma materia, la **STS de 12 de febrero de 2010** en la que se trata el recurso de casación en unificación de doctrina 109/2007, interpuesto por la representación del Consorcio de Aguas de Huesna contra la Sentencia de 22 de junio de 2006, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo 114/2004 interpuesto contra la Resolución del Ministerio de Medio Ambiente, de 25 de noviembre de 2003, por la que se impuso al Consorcio de Aguas de Huesna una multa de 30.050,62 euros por infracción prevista en los artículos 97 y 116.a), f) y g) del Texto Refundido de la Ley de Aguas, junto con la indemnización de 14.183,42 euros por los daños causados a Dominio Público Hidráulico.

En dicho recurso de casación para unificación de doctrina se alega por el Consorcio de Aguas recurrente la contradicción entre la sentencia recurrida y la Sentencia de 14 de octubre de 2005, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla. En concreto alega el Consorcio recurrente que en dicha sentencia se anuló la resolución sancionadora del Organismo de Cuenca por no haber sido citado al acto de la toma de muestras ni haberse notificado el resultado del acto y que ante una misma circunstancia de ausencia de representantes del Consorcio en el acto de toma de muestras la sentencia recurrida de la Audiencia Nacional llega a una solución distinta con la desestimación del recurso planteado contra la resolución sancionadora del Ministerio de Medio Ambiente.

Al respecto el TS determina que hay identidad de situación, hechos, fundamentos y pretensiones entre la sentencia de la Audiencia Nacional recurrida en casación y la sentencia de contraste del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla. Determinando que en este supuesto sí concurren las exigencias procesales establecidas para la admisibilidad del recurso en unificación de doctrina. Pero aun con ello, el TS se acoge a la doctrina ya establecida por su Sala en materia de actos de toma de muestras de vertidos (Sentencias de 28 de febrero de 2006, de 15 de junio de 2009 y de 17 de julio de 2009) para determinar que lo relevante a estos efectos, lo relevante en el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado por vertidos contaminantes de las aguas es, según ha declarado esta Sala, que haya quedado plenamente acreditada la realidad y existencia del vertido y su naturaleza contaminante, independientemente de que en la toma de muestras y subsiguientes

análisis se haya observado o no el procedimiento establecido en las repetidas Órdenes del Ministerio de Obras Públicas de 23 de marzo de 1960 y 9 de octubre de 1962.

Finalmente, el TS concluye que en el caso ahora enjuiciado se han demostrado la recogida de muestras, así como el tiempo y lugar en que se hizo, y el resultado de los análisis, que seguidamente se comunicaron al Ayuntamiento responsable del vertido para que pudiese retirar uno de los frascos precintados, en que se habían repartido cada una de las muestras, a fin de realizar los análisis o comprobaciones que estimase oportuno, y, por consiguiente, se respetaron los principios de contradicción y defensa. De manera que no se puede entender que quede vulnerado el principio de contradicción tal y como alega el Consorcio recurrente. Motivo por el cual se desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por el Consorcio de Aguas de Huesna contra la Sentencia de 22 de junio de 2006, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

## 8. FISCALIDAD AMBIENTAL

### A) Tributos estatales en materia de aguas

#### a) Canon de control de vertido: cuantificación

Para adentrarnos en las cuestiones propias de la cuantificación de este tributo conviene explicar que su importe se calcula 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. Todo ello tal y como hemos explicado en números anteriores de la revista.

En la **SAN de 10 de noviembre de 2009** (NR 688/2007), se resuelven diversos problemas ligados a la cuantificación del tributo. La demandante, de una parte, solicita que el volumen de vertidos a computar no sea el autorizado, sino el realmente vertido en el ejercicio objeto de liquidación (se daba la circunstancia de que la actividad de la empresa había sufrido paralizaciones durante el ejercicio). Se le da la razón en este punto, a la vista de la pericial.

En la misma sentencia de la Audiencia Nacional se discrepa acerca del coeficiente de mayoración o minoración, en concreto sobre el parámetro  $k$ , determinante de éste y que depende de la naturaleza del vertido y del grado del tratamiento previo al vertido. A la actora se le había aplicado un coeficiente 3. En este caso, la Sala entiende que es el que corresponde a ese tipo de industria, sin que proceda ninguna corrección.

Finalmente, la Audiencia Nacional rechaza plantear cuestión de inconstitucionalidad contra el (ahora) artículo 113 del TRLA. Se reprochaba por la actora la vulneración del principio de reserva de ley, dadas las carencias en la fijación de los elementos esenciales de cuantificación, lo que no es acogido.

El TSJ de Murcia anula las liquidaciones giradas a dos Ayuntamientos de la Región, por la falta de motivación de éstas. Son dos **SSTSJ de Murcia de 13 de noviembre de 2009** (NR 304 y 309/2005). Dice el TSJ que “en el expediente administrativo no constan las tomas de aguas realizadas en el período (...) para calcular dicho volumen de vertido. No existe, por tanto, forma de comprobar que la liquidación impugnada ha tomado en consideración los datos correctos al no aparecer justificados en el expediente de gestión (en el que solamente consta la liquidación impugnada y su notificación)”. Añade que “no consta en el expediente administrativo que se hayan tomado muestras de aguas residuales el período referido (no consta la fecha de la toma), ni cuántas se han hecho, ni los lugares donde se realizaron para determinar el grado de contaminación del vertido. Tampoco consta, en el hipotético caso de que se hayan tomado muestras, que se hayan hecho análisis sobre las mismas, ni el laboratorio que los ha realizado, procedimiento utilizado, titulación del analista que firma, etc., para determinar el grado de contaminación de los vertidos”.

## **B) Tributos autonómicos en materia de aguas**

### **a) Diferencias entre las normativas de las diversas Comunidades Autónomas**

El TSJ de Galicia, en la **STSJ de Galicia de 9 de diciembre de 2009** (NR 16795/2009), se opone a la pretensión anulatoria deducida por la empresa recurrente (una piscifactoría), sobre la base de que otras Comunidades Autónomas otorgan un trato mejor a la referida actividad. La diferencia de trato es consecuencia lógica de la pluralidad de poderes, como reconoció el Tribunal Constitucional hace más de dos décadas.

### **b) Hecho imponible**

La **STSJ de Murcia de 20 de noviembre de 2009** (NR 290/2005), anula la liquidación por el canon de saneamiento murciano, entendiendo que no se había producido el hecho imponible. Y es que si no existe vertido no se produce el hecho imponible. Por la actora se aporta prueba de que el consumo de agua en los tres primeros períodos bimensuales del ejercicio ascendió a más de veinte veces el consumo regular. Se prueba igualmente que este consumo fue debido a una avería (fuga de agua en las conducciones interiores) por lo que no se produjo vertido a la red de saneamiento.

### **c) Cuantificación de los tributos**

La **STSJ de Galicia de 9 de diciembre de 2009** (NR 16795/2009), desestima el recurso presentado en el que se rechaza la cuantificación del canon de saneamiento de Galicia. Me remito al contenido efectuado en el comentario recogido en el núm. 45 de esta revista, pues las sentencias son coincidentes.

### **d) Aplicación de los tributos**

La **STSJ de Galicia de 18 de noviembre de 2009** (NR 4261/2008), estima la pretensión de una entidad suministradora que no había recibido las correspondientes compensa-

ciones por parte de la Comunidad Autónoma, por su colaboración en la recaudación del canon de saneamiento gallego.

#### C) Tributos locales en materia de aguas

##### a) Tasa municipal de alcantarillado

Aunque la sentencia que se comenta trata de las tasas municipales de alcantarillado, su relevancia va mucho más allá. Salvo error, el Tribunal Supremo da por primera vez una interpretación rotunda, en el sentido que se va a explicar, y que afecta al mismo concepto de tasa por servicios. Es la **STS de 12 de noviembre de 2009** (NR 9304/2003). El caso arranca de la decisión de un Ayuntamiento de atribuir a las contraprestaciones del servicio de alcantarillado, hasta entonces ingresos de derecho público, la naturaleza de tarifas o precios privados, a título de ingresos propios de la sociedad que presta dichos servicios, una Empresa Mixta, atribuyendo la modificación de su cuantía al Alcalde o al correspondiente Concejal Delegado. Desde entonces dichas tarifas han venido siendo actualizadas anualmente por Resoluciones del Concejal Delegado del ramo. Nótese que los acuerdos impugnados databan de finales de los noventa. Pues bien, al entender del Tribunal Supremo, aunque el servicio o actividad se realice por medio de empresa pública, mixta o concesionaria, tras la reordenación del régimen de las tasas llevada a cabo en 1998, la contraprestación debe ordenarse como tasa. El Alto Tribunal ubica este servicio entre aquellos en los que ni existe concurrencia en la prestación del servicio ni libre elección en la recepción del servicio. En todo este juego surge la reforma del concepto de tasa en la LGT de 2003, con el añadido de que “se entiende que los servicios se prestan o las actividades se realizan en régimen de Derecho Público cuando se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público y su titularidad corresponda a un Ente Público”. En puridad, con lo ya dicho anteriormente bastaría y la lectura de este precepto, vigente desde 1 de julio de 2004, no sería más que confirmatorio. Lo que ocurre es que el Tribunal Supremo se esfuerza en marcar su relevancia, citando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de tasas portuarias y afirma que “Esa naturaleza (de tasa) no queda alterada por el mero hecho de que el servicio o actividad de que trate no se preste o realice directamente por la Entidad Local sino que se preste o realice por cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público”.

Sobre estas sentencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo dirá algo realmente novedoso: que este precepto de la LGT tiene relevancia constitucional.

Así, hace ver que vamos a asistir, en los próximos años, a una “recalificación” de buena parte de las prestaciones que exigen las Entidades públicas empresariales, las sociedades municipales y los concesionarios a los ciudadanos.

En este sentido, debemos recordar, de nuevo, lo dispuesto en el artículo 2.2.a) de la LGT. Así, no es sólo que el Tribunal Supremo le haya otorgado relevancia constitucional –lo que es muy importante–, sino que la misma Administración lo está empleando para considerar como tasas prestaciones que hasta el momento tenían la consideración de tarifas,

exigidas en régimen de Derecho privado por concesionarios o por sociedades mercantiles públicas. “Sea cual fuere el modo de gestión del servicio, incluso a través de concesión, —enfatisa el Tribunal Supremo— la contraprestación exigida no puede tener otra naturaleza que la de tasa”. Considera el Alto Tribunal que se realiza de este modo una interpretación armónica e integradora de la legislación tributaria general y de la local, al acudir a la LGT de 2003 para complementar las disposiciones del TRLHL. Con ello, rechaza un argumento a veces empleado: que este artículo de la LGT no era de aplicación a las haciendas locales, por no haberse incorporado expresamente al TRLHL.

La consecuencia de la argumentación expuesta no es irrelevante —concluye el Tribunal Supremo—. En efecto, las tasas a recaudar, en cuanto ingreso de Derecho público de la Hacienda municipal, han de ingresarse por su importe total en las arcas municipales y ello con independencia de que se hayan utilizado sistemas de gestión directa o indirecta. En este último supuesto, la remuneración que se establezca a terceros, cuestión conceptualmente ajena a la relación tributaria que se produce entre el Ente público acreedor y usuario del servicio municipal, habrá de hacerse con cargo a los presupuestos municipales. Tendría, pues, que alterarse en muchos casos, la gestión de las tasas, ingresándose en el presupuesto público municipal, aunque se declarara su afectación al mantenimiento del servicio, con pago final de su importe a la empresa concesionaria.

Como dice el Tribunal, la repercusión es de extraordinaria importancia, sobre todo, para las Entidades locales, donde determinados servicios están en manos privadas, percibiendo los ingresos de los ciudadanos. La consecuencia inmediata es que será el Pleno de la Corporación Municipal, sin posibilidad de delegación, el competente para establecer o modificar, mediante Ordenanzas Fiscales, las tasas que los sujetos pasivos deban satisfacer como consecuencia de estos servicios o actividades.

La **STSJ de Galicia de 3 de diciembre de 2009** (NR 15056/2009), estima el recurso deducido por la autoridad portuaria frente a la tasa de alcantarillado del Ayuntamiento de Pontevedra. Tiene razón la recurrente en el sentido de que los beneficiados por la actividad son los concesionarios de las instalaciones portuarias, a los que debe dirigirse el tributo.

## **D) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre Hidrocarburos**

### **a) Impuesto sobre Hidrocarburos, cálculo de la base imponible**

El Tribunal Supremo, en las **SSTS de 17 y 18 de diciembre de 2009** (NR 9524/2004 y 9708/2004), pone de manifiesto que a la hora de determinar la base imponible ha de admitirse, como porcentaje de tolerancia en cuanto a las pérdidas, el que, *de facto*, la misma Administración ha comunicado a los contribuyentes como admisible en los sistemas de medición controvertidos. Lo contrario supondría defraudar las expectativas y la confianza legítima de los obligados tributarios.

#### b) Utilización de gasóleo bonificado

La **SAN de 2 de noviembre de 2009** (NR 393/2007), trata de los requisitos para poder aplicar tipos reducidos y de la responsabilidad que corresponde a quienes efectúan las entregas cuando esos requisitos se refieren al adquirente. Dice la Sala que “para el disfrute de un tipo reducido, no puede entenderse que sea inasumible la exigencia a los expedidores de gasóleo de que se aseguren que los destinatarios están facultados para la recepción. Por el contrario, pertenece al ámbito de su responsabilidad y está a su alcance la observancia del requisito mediante la correspondiente exhibición o acreditación documental, en los términos señalados, en definitiva, cerciorarse que el destinatario está administrativamente autorizado. No se trata de una responsabilidad objetiva al margen del ámbito de la propia actuación, sino de las consecuencias derivadas de una carga personalmente impuesta que es no expedir gasóleo con tipo reducido si no es a destinatario administrativamente autorizado (...)”.

#### E) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto sobre la Electricidad

En el caso resuelto por la **SAN de 10 de noviembre de 2009** (NR 334/2008), la empresa había producido energía eléctrica en sus instalaciones de cogeneración, sin estar inscrita en el censo de Impuestos Especiales, ya que no procedió a efectuar el alta en tal censo. Todo ello sin haber realizado las correspondientes liquidaciones con ingreso del Impuesto Especial sobre la Electricidad por la energía eléctrica producida y consumida por la empresa, ni por los suministros efectuados a Endesa. Impugnada la liquidación complementaria en lo que se refiere a ambos aspectos, el Tribunal le da la razón en cuanto a los suministros a Endesa, con el fin de evitar la doble imposición. No así en cuanto al autoconsumo.

Un asunto parecido, recaído en el TSJ de Castilla-La Mancha, en cambio, es objeto de desestimación (**STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de noviembre de 2009**, NR 568/2006).

#### F) Tributos sobre residuos

##### a) Tasas municipales por recogida de basuras

Los importantes cambios que se previeron para la fiscalidad sobre los residuos en el Ayuntamiento de Madrid generaron una importante conflictividad judicial, dado que diversas entidades plantearon recursos directos contra las nuevas Ordenanzas. Dos **SSTSJ de Madrid de 3 de diciembre de 2009** (NR 165 y 274/2009) son desestimatorias. La primera de ellas tiene su origen en el recurso directo deducido por una organización empresarial del sector de los aparcamientos y cuestiona los modos de cálculo de la cuota. Reprocha, sobre todo, la decisiva incidencia que tiene el valor catastral de cada inmueble para la determinación de la cuota tributaria, único factor para calcular la cuota de las viviendas y el más relevante respecto de los inmuebles con otro uso. Lo que, a su entender, obedece más al principio de capacidad económica que al de equivalencia y la convierte en un recargo del IBI. La Sala rechaza esa argumentación, ciñendo el principio de equivalencia a su realidad legal y jurisprudencial, esto es, en términos globales y no individuales. Hace

ver que este tipo de formas de cuantificación se utilizan con frecuencia en las tasas y han sido admitidas por el Tribunal Supremo (no deja de estar unida a la extensión, la extensión a la ocupación y ello a la producción de residuos) y, además, que hay una serie de factores correctores que limitan la progresividad (por ejemplo, una cuota máxima por vivienda). El TSJ termina desestimando ciertas impugnaciones concretas fundamentadas en el principio de igualdad, en aras a la practicabilidad de la tasa.

La segunda de las sentencias de la Sala de Madrid se centra en el análisis de la corrección de la memoria económico-financiera, desestimando la reclamación una vez justificados los capítulos relativos a costes directos, indirectos e ingresos, respecto de los que la actora había realizado impugnaciones concretas.

La siguiente sentencia que se comenta trata de la elevación que sufre en la tasa por recogida de basuras un contribuyente (unas salas de cine) que ve aumentada la cuota de un año a otro en más de un 4.000%. Es la **STSJ de Baleares de 30 de noviembre de 2009** (NR 445/2004). Se desestima el recurso, una vez acreditado que el servicio es deficitario. A partir de ahí la Sala advierte que es admisible un grado de progresividad conforme a la capacidad económica del sujeto pasivo, aunque ello suponga desproporcionar para su particular supuesto el equilibrio entre servicio recibido e importe de la tasa, siempre que no sea del todo irrazonable o arbitrario. Pues bien, a la vista de los estudios económico-financieros, la cuota actual no parece ni irrazonable ni arbitraria: ni irrazonable, en función de los residuos generados por el sector, ni arbitraria, en función de las cuotas exigidas a otros sectores.

#### **b) Incentivos fiscales en impuestos ordinarios: El Impuesto sobre Sociedades**

La **STSJ de Aragón de 4 de noviembre de 2009** (NR 338/2007), desestima la reclamación planteada en relación con la denegación por la Comunidad Autónoma de la solicitud de convalidación de inversiones medioambientales en orden a la obtención de las deducciones propias del Impuesto sobre Sociedades. Se trataba de una planta de transformación de subproductos cárnicos en grasas y harinas, que, al entender de la Sala, no tiene como fin exclusivo o primordial la protección medioambiental, sino que obedece a razones productivas, no pudiendo afirmarse, en consecuencia, que todas las inversiones realizadas en ella sean estrictamente medioambientales, que es lo que exige la normativa.

JAVIER DOMPER FERRANDO

ANTONIO EDUARDO EMBID TELLO

ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED

JOSÉ MONTOYA HIDALGO

SERGIO SALINAS ALCEGA

BEATRIZ SETUAIN MENDIA

PATRICIA VALCÁRCEL

ANTONIO EMBID IRUJO

**XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO****Sumario:**

**1. Nota preliminar. 2. Comercio.** A) Horarios comerciales. B) Licencia comercial de gran superficie. Procedimiento aplicable. **3. Crédito: Cajas de Ahorro. Regulación por parte de una comunidad autónoma. 4. Fomento.** A) Denegación. B) Incumplimiento de las condiciones. **5. Telecomunicaciones.** A) Servicio de atención de llamadas de emergencia “112”. Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y derechos económicos de los operadores de red. **6. Transportes terrestres.**

**1. NOTA PRELIMINAR**

En este número se recogen las sentencias del Tribunal Supremo incluidas en los cuadernos Aranzadi números 22 de 2009 y 1 y 2 de 2010.

**2. COMERCIO****A) Horarios comerciales**

La Asociación Nacional de Grandes Empresas de la Distribución, ANGED, impugnó la Orden de la Consejería de Economía y Empleo de la Junta de la Comunidad de Castilla y León por la que se determinaron los domingos y días festivos del año 2006 en que podrían abrir los comercios de las Comunidades Autónomas (se fijaron 8 días festivos en total).

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, desestimó el recurso. Recurrida la sentencia en casación, el Tribunal Supremo, en su **STS de 30 de junio de 2009** (recurso 608/2007), confirmó la sentencia impugnada.

El recurso casacional se centra en la falta de motivación de la Orden impugnada, lo que supondría la vulneración del artículo 4 de la ley 1/2004 de Horarios Comerciales en relación con el artículo 9.3 de la Constitución.

El Tribunal Supremo, para desestimar el recurso, se remite a la doctrina de su sentencia de 28 de mayo de 2009, rec. 5495/2006. En dicha sentencia, dictada en un caso similar, el Tribunal Supremo entendió que la justificación del contenido de la Orden por la que

se fijan los horarios se encuentra en la institución de una “mesa de horarios comerciales” en cuyo seno se alcanzó la solución que refleja la norma impugnada. Sin negar la conveniencia de otros estudios que hubieran podido servir de motivación, el Tribunal afirma que “... su omisión no debe determinar la rigurosa consecuencia de nulidad de la Orden por motivos formales. Cuando la apreciación de las necesidades comerciales de la Comunidad Autónoma se ha llevado a cabo en el seno de un proceso de participación e intento de consenso entre todos los sectores afectados, que son quienes mejor conocen aquéllas (proceso que no sólo se limitó a la ‘mesa’ ya citada, sino a todas las convocatorias y reuniones de las que da cuenta el informe que consta al folio 14 del expediente), la disconformidad de una asociación de comerciantes con la Orden en que se precisan los días que corresponden a las citadas necesidades requiere que sea precisamente el demandante quien pruebe en el proceso la inadecuación de lo finalmente acordado a las que, en su opinión, sean las necesidades comerciales de la Comunidad Autónoma distintas de las apreciadas por ésta. La adición de estudios o informes de uno u otro signo puede, sin duda, contribuir a la toma de postura y a la formación del acuerdo pero no es una exigencia ineludible cuya falta determine la nulidad del resultado final”.

### **B) Licencia comercial de gran superficie. Procedimiento aplicable**

La **STS de 18 de enero de 2010** (recurso 6378/2005), tiene como objeto dilucidar si la licencia comercial para la ampliación de una gran superficie comercial puede obtenerse por silencio, para lo cual debe determinarse qué normativa ha de aplicarse desde el punto de vista temporal.

La Sala de instancia, cuya sentencia se impugna en casación por la Administración que en su día denegó la licencia, partió del principio, según el cual, cuando la norma por la que ha de regirse una determinada solicitud de licencia sufre modificaciones durante la sustanciación del procedimiento administrativo para su otorgamiento la petición debe resolverse con arreglo a la normativa aplicable en el momento de presentar la solicitud. Añade que no debe aplicarse el criterio de las licencias urbanísticas, según el cual, es precedente aplicar la norma vigente al tiempo de la resolución si ésta se adopta dentro del plazo establecido para resolver.

Frente a este argumento el Tribunal Supremo recuerda la doctrina contenida en su Sentencia de 30 de noviembre de 2004 en la que se dio un valor general a la doctrina establecida en materia urbanística en relación al ordenamiento aplicable para otorgar o denegar una licencia. Esta doctrina estableció que en los casos de modificación del ordenamiento durante el procedimiento de concesión de una licencia debían tratar de conjugarse y armonizarse las exigencias del interés público, de un lado, y las garantías del ciudadano, de otro. Por ello, la solución consistió en determinar que se aplicase el derecho vigente en el momento de la solicitud.

Aplicando la doctrina al caso examinado se concluye que “la Administración actuó correctamente al resolver la solicitud atendiendo a las determinaciones del Plan General para el Equipamiento Comercial de Aragón aprobado por Decreto 112/2001, de 22 de

mayo; y ello, no sólo por el hecho de que dicha norma entró en vigor cuando aún no había transcurrido el plazo para resolver de acuerdo con la norma procedimental bajo la que se había iniciado el expediente, sino atendiendo también a otras consideraciones: de un lado, las contenidas en la sentencia antes citada de 30 de noviembre de 2004 (recurso de casación 3200/2002) en el sentido de que, lógicamente, es la nueva norma la que mejor refleja y da respuesta más certera a las necesidades actuales; de otra parte, la circunstancia de que en este caso el cambio de ordenación procedimental y sustantiva viene además acompañado de la atribución de la competencia para resolver a un órgano distinto. De esta manera, si hubiese de prevalecer la normativa anterior la decisión la adoptaría un órgano carente ya de competencia para resolver sobre esa clase de solicitudes”.

### 3. CRÉDITO: CAJAS DE AHORRO. REGULACIÓN POR PARTE DE UNA COMUNIDAD AUTÓNOMA

El Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de examinar, en estas últimas fechas, y por medio de dos resoluciones judiciales, la regulación efectuada por el Gobierno vasco de las Cajas de Ahorros. Se trata de las Sentencias de 19 de enero de 2010 y de 20 de enero del mismo año.

La **STS de 19 de enero de 2010**, resuelve el recurso de casación 5086/2005 (RJ 2010/211), interpuesto por el Gobierno vasco contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 18 de mayo de 2005, que estimó en parte el recurso contencioso-administrativo presentado por una caja de ahorros contra el Decreto del Gobierno vasco 240/2003, de 14 de octubre, de Caja de Ahorros, y que declaró la nulidad de los artículos 5.2.e) y f); 14.1.b); 15.4; 17; 25.3; 27; 28.1 y 3; 29.2; 39.3; 40.2, y 55 de dicha disposición normativa.

Cabe estructurar la sentencia del Tribunal Supremo en tres apartados. En primer lugar, en los antecedentes de hecho reproduce ampliamente la sentencia de instancia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de modo que pueden constatar los motivos que condujeron a la caja de ahorros recurrente a impugnar el Decreto 240/2003, de 14 de octubre, del Gobierno vasco, así como la argumentación y resolución de dicho tribunal de instancia. En segundo lugar, y ya en los fundamentos de derecho, el Tribunal Supremo expone el objeto y planteamiento del recurso de casación y los límites al examen de fondo de tal recurso extraordinario. Finalmente, en tercer lugar, la Sala del Tribunal Supremo analiza los motivos de casación alegados por el Gobierno Vasco, y que son los dos siguientes.

Por una parte, y como primer motivo de casación, la parte recurrente se fundamenta en el artículo 88.1.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la medida que la sentencia de instancia habría incurrido en incongruencia y en déficit de motivación, al declarar la nulidad de los artículos 5.2. e) y f); 14.1.b); 15.4; 25.3; 27; 29.2; 39.3, y 40.2 del Decreto del Gobierno vasco.

Por otra parte, y como segundo motivo de casación, la recurrente se funda en el artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, puesto que la sentencia recurrida habría infringido el Derecho estatal contenido en la Ley de Ordenación Bancaria, de 31 de diciembre de 1946, en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y en la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros, respecto a la declaración de nulidad de los artículos 5.2.e) y f); 28.1 y 3, y 55 del Decreto 240/2003, de 14 de octubre, de Cajas de Ahorros.

En lo que se refiere al examen del primer motivo de casación, la Sala del Tribunal Supremo empieza recordando su jurisprudencia en torno al alcance del vicio de incongruencia omisiva y de la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, y avanza que no pueden acogerse las pretensiones del Gobierno vasco.

En particular, y en cuanto a la declaración de nulidad del artículo 5.2, letras e) y f), del Decreto impugnado del Gobierno vasco 240/2003, el Tribunal Supremo no aprecia que la sentencia de instancia haya incurrido en incongruencia omisiva, ya que ofrece una respuesta razonada al fundamento formulado por la representación del Gobierno vasco. La Ley de Cajas de Ahorros de Euskadi, señala el Tribunal Supremo, sólo tipifica como infracciones muy graves sancionables con revocación determinados incumplimientos cualificados. En cambio, el Decreto recurrido habría previsto la revocación de la autorización, que se requiere para el desarrollo de la actividad de las Cajas de Ahorros, como sanción por la comisión de infracciones muy graves. La sentencia de instancia constató que el Decreto impugnado se extralimitaba y vulneraba el principio de jerarquía normativa, por lo que no cabe apreciar incongruencia o déficit manifiesto de motivación.

Por lo que se refiere a la declaración de nulidad del artículo 14.1.b) del Decreto 240/2003, preveía las operaciones que estaban sometidas a autorización previa del Departamento de Hacienda, y las ampliaba respecto a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Cajas de Ahorros de Euskadi. Por ello, la Sala de instancia concluyó que el precepto impugnado reglamentario carecía de base legal y, en este sentido, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco se remitía al Informe de la Comisión Jurídica Asesora. Conclusión que el Tribunal Supremo comparte.

El artículo 15.4 del Decreto 240/2003 establecía entre otras prescripciones, que el cierre de oficinas requería informe del Departamento competente del Gobierno vasco y la aprobación expresa de la Asamblea General. La Sala de instancia señaló que se producía un exceso reglamentario respecto a lo previsto en la Ley de Cajas de Ahorros de Euskadi (artículo 14), que sólo exigía que se comunicara el cierre de oficinas al Departamento correspondiente del Gobierno autonómico. Se trataba de una nueva limitación administrativa no prevista en la Ley, por lo que procedía su nulidad. Así lo acepta el Tribunal Supremo, que añade que el Gobierno recurrente pretende que se interprete una cuestión del Derecho del País Vasco, lo que está vedado al recurso de casación. Por otra parte, el Alto Tribunal señala que la sentencia de instancia no ha incurrido en vicio de incongruencia.

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

El Tribunal Supremo también rechaza la falta de motivación e incongruencia que alega el Gobierno vasco en relación con la declaración de nulidad del artículo 25.3 del Decreto 240/2003, y vuelve a añadir que la parte recurrente pretende la interpretación del artículo 16.1 de la Ley de Cajas de Ahorros de Euskadi, que resulta improcedente en casación.

En relación con la declaración de nulidad del artículo 27 del Decreto 240/2003, que regulaba la iniciación de los procesos electorales, el Tribunal Supremo indica que la sentencia de instancia no incurre en incongruencia o falta de motivación, ya que expuso con claridad que el desarrollo reglamentario enjuiciado extendía las facultades de tutela de la administración autonómica con tanta exhaustividad, que dejaba escaso margen a la determinación de los Estatutos o Reglamentos de las Cajas de Ahorros, en contraposición con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de Cajas de Ahorros de Euskadi.

En cuanto al artículo 29.2 del Decreto 240/2003, regulaba el modo de confeccionar la relación de impositores, necesaria para una correcta ejecución del proceso electoral. El Tribunal de instancia lo anuló al apreciar que el titular de la potestad reglamentaria carecía de habilitación para excluir a aquellos impositores que no cumplían los requisitos de elegibilidad o estaban incurso en causas de incompatibilidad. Conclusión que también es compartida por el Tribunal Supremo, que considera que no se puede tachar la sentencia de instancia de falta de motivación.

Por lo que respecta a la declaración de nulidad del artículo 39.3 del Decreto 240/2003, la sentencia de instancia se fundamentó en que el requisito adicional concerniente a la determinación de la residencia habitual en la circunscripción exigida a los impositores para poder presentarse a la elección de Consejeros Generales, vulneraba los artículos 39 y 40 de la Ley de Cajas de Ahorros de Euskadi. El Tribunal Supremo rechaza igualmente las alegaciones planteadas por la parte recurrente y concluye que la Sala de instancia no incurrió en incongruencia.

En cuanto a la queja casacional por la declaración de nulidad del artículo 40.2 del Decreto 240/2003, se refería a que la sentencia de instancia se habría limitado a citar el artículo 41 de la Ley de Cajas de Ahorros de Euskadi, sin realizar ningún análisis del exceso reglamentario. El Tribunal Supremo rechaza esta alegación del Gobierno vasco, puesto que el citado artículo 41 atribuye expresamente a toda Caja de Ahorros la regulación del procedimiento para la renovación, reelección y provisión de vocales de Consejeros Generales. Por lo tanto, el Alto Tribunal concluye que la pretensión de la parte recurrente carece de justificación.

En definitiva, el Tribunal Supremo entiende que el primer motivo de casación alegado por el Gobierno vasco ha de ser rechazado, puesto que la Sala de instancia no ha incurrido ni en incongruencia ni en falta de motivación, y porque dicha Sala dio una respuesta razonada a las pretensiones de la Caja de Ahorros recurrente en instancia.

Una vez que el Tribunal Supremo ha examinado los diversos preceptos anulados por la sentencia de instancia desde la perspectiva del primer motivo de casación y, constatado el acierto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, procede a analizar el segundo motivo de casación.

Cabe recordar que el Gobierno vasco considera en su recurso que el Tribunal de instancia, al declarar la nulidad de diversos preceptos del Decreto 240/2003, de 14 de octubre [y, en concreto, los artículos 5.2.e) y f); 28.1 y 3, y 55], habría vulnerado varias leyes estatales. Para este segundo motivo de casación, el Gobierno vasco se fundamenta en el artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción.

Desde este segundo motivo casacional, pues, el Tribunal Supremo vuelve a examinar la declaración de nulidad que la sentencia de instancia efectuó del artículo 5.2, en sus letras e) y f), del Decreto 240/2003 y, en esta ocasión, el Alto Tribunal pone de manifiesto que el Tribunal de instancia infringió, por inaplicación, el artículo 57 bis de la Ley de Ordenación Bancaria, de 31 de diciembre de 1946, en la redacción dada por el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de julio, por el que se adaptan las normas legales en materia de establecimientos de crédito al ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea. El Tribunal Supremo añade que la sentencia de instancia también vulneró el artículo 39 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Dicha conclusión requiere una mayor atención.

El artículo 39 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, establece como causas de revocación de la autorización concedida a un establecimiento de crédito y, entre otras, las dos siguientes: en primer lugar, que la entidad carezca de fondos propios suficientes o no ofrezca garantía de poder cumplir sus obligaciones, con relación a sus acreedores y, en particular, que no garantice la seguridad de los fondos que le hayan sido confiados; y, en segundo lugar, haber sido sancionada según lo previsto en la Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

El Decreto vasco 240/2003, de 14 de octubre, recogió tales supuestos en el mencionado artículo 5.2.e) y f). Tras ser impugnado por la Caja de Ahorros recurrente, el Tribunal de instancia lo anuló porque vulneraba el principio de jerarquía normativa, y en especial la Ley de Cajas de Ahorros de Euskadi. Dicha decisión de la Sala de instancia estaba motivada correctamente y, por ello, desde la perspectiva del artículo 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción, el Tribunal Supremo concluyó que el Tribunal de instancia había actuado de forma ajustada al derecho, tal como hemos expuesto anteriormente.

Sin embargo, cuando el Tribunal Supremo analiza la declaración de nulidad del artículo 5.2.e) y f), desde la óptica del artículo 88.1.d) de la misma Ley Jurisdiccional, declara haber lugar al recurso de casación, en tanto que dicho artículo 5.2, letras e) y f), acata el carácter de norma básica del artículo 57 bis de la Ley estatal de Ordenación Bancaria, de 1946, y del correspondiente precepto de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 149.1.11 de la Constitución, según se infiere de la Sentencia del Tribunal Constitucional 48/1988, de 22 de marzo, y de la decisión de este mismo órgano judicial adoptada en la Sentencia de 28 de septiembre de 2005, que declaró la adecuación a derecho de esta disposición reglamentaria.

En cuanto a la declaración de nulidad del artículo 28.1 del Decreto del Gobierno vasco 240/2003, el Tribunal Supremo recuerda que dicho precepto contemplaba la facultad del Departamento de Hacienda y Administración Pública de verificar la correcta elaboración

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

de la documentación básica del proceso electoral. La conclusión a la que llega la Sala del Tribunal Supremo es que tal disposición reglamentaria no tiene cobertura legal, por lo que la anulación adoptada por la sentencia de instancia es correcta.

Por lo que respecta a la declaración de nulidad del artículo 28.3 del Decreto vasco 240/2003, efectuada por el Tribunal de instancia, el Tribunal Supremo constata que el precepto en cuestión establecía que, anualmente, las Cajas de Ahorros deberían realizar un informe de gobierno de la Caja, que sería comunicado al Departamento competente. Tal informe debería ofrecer una explicación detallada de la estructura del sistema de gobierno de la Caja y de su funcionamiento en la práctica, entre otros aspectos. Para el Tribunal Supremo, la anulación del precepto practicada en instancia no infringe el precepto estatal reclamado por el representante del Gobierno vasco, por lo que en este aspecto el recurso de casación también es desestimado.

Finalmente, el Tribunal Supremo analiza la declaración de nulidad del artículo 55 del Decreto vasco 240/2003, en el apartado relativo a los límites que puede establecer el Departamento competente en el régimen de dietas. La anulación del precepto en la sentencia de instancia es compartida por el Tribunal Supremo, que pone de manifiesto que el Gobierno vasco pretende una interpretación de la Ley del Parlamento Vasco 3/1991, de 8 de noviembre, de Cajas de Ahorros de Euskadi, lo que está vetado en el recurso de casación, incluso en aquellos casos en que el contenido material del precepto autonómico coincida con el derecho estatal. El Tribunal Supremo se remite a su jurisprudencia anterior adoptada en este sentido.

En conclusión, el Tribunal Supremo sólo estima el recurso de casación interpuesto por el Gobierno vasco en lo que se refiere a la declaración de nulidad del artículo 5.2, letras e) y f), del Decreto vasco 240/2003, de Cajas de Ahorros, en materia de supuestos de revocación de la autorización concedida a un establecimiento de crédito.

La **STS de 20 de enero de 2010**, resuelve el recurso de casación 6930/2005 (RJ 2010/35), formulado por el Gobierno vasco contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 28 de septiembre de 2005, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo presentado por una caja de ahorros, respecto al Decreto del Gobierno vasco 240/2003, de 14 de octubre, de Cajas de Ahorros.

En particular, el Tribunal vasco de instancia declaró la disconformidad a derecho y consiguiente nulidad de diversos preceptos del citado Decreto autonómico. Así pues, la citada norma reglamentaria aprobada por el Gobierno vasco vuelve a ser examinada por el Tribunal Supremo. Para ello, la Sentencia de este Alto Tribunal de 20 de enero de 2010 recuerda el sistema de distribución de competencias en materia de cajas de ahorros y reproduce en parte los fundamentos jurídicos de la sentencia impugnada de instancia.

En cuanto al primer motivo de casación alegado por el Gobierno vasco, toma como base legal el artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional. A estos efectos, la parte recurrente considera o bien incongruente o bien motivada de forma insuficiente la sentencia, en lo que se refiere a la declaración de nulidad de determinados artículos del Decreto.

El Tribunal Supremo destaca que las consideraciones efectuadas por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28 de septiembre de 2005, son en parte traídas de la Sentencia dictada por la propia Sala de instancia, el 18 de mayo de 2005, la cual también fue recurrida por el Gobierno vasco, y el recurso de casación consecuente fue resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2010, a la cual ya nos hemos referido anteriormente.

Hechas estas precisiones previas, el Tribunal Supremo procede a examinar las alegaciones concretas planteadas por el Gobierno vasco.

En relación con el artículo 14 del Decreto 240/2003, afirma el Gobierno recurrente que la Sala de instancia no habría realizado un mínimo análisis de los argumentos utilizados por el propio Gobierno autonómico. La Sala del Tribunal Supremo rechaza este primer alegato de la parte recurrente: el Tribunal de instancia consideró, siguiendo lo que ya había expresado la Comisión Jurídica Asesora en la fase de elaboración del reglamento, que lo previsto en el mencionado artículo 14, acerca de los supuestos para los que se requiere la autorización administrativa previa, era contrario a la Ley autonómica; por ello, declaró su nulidad y así lo comparte el Tribunal Supremo.

En lo que se refiere a la nulidad del artículo 15.4 del Decreto vasco 240/2003, declarada por la Sala de instancia, el Gobierno recurrente plantea dos cuestiones. Por una parte, alega que en la sentencia de instancia no existe un razonamiento suficiente y razonable de los motivos que sirven para rechazar la contestación a la demanda elaborada por el mismo Gobierno vasco. Por otra parte, expone que la Sala de instancia habría anulado en su integridad el artículo 15.4 del Decreto citado, cuando en otro punto de la sentencia habría admitido la legalidad del segundo párrafo de dicho precepto.

El Tribunal Supremo desestima ambos extremos. Ante todo, señala que el juicio del Tribunal de instancia no resulta ni incongruente ni inmotivado. En cuanto a la segunda cuestión, señala el Tribunal Supremo que no se aprecia contradicción en la sentencia de instancia, puesto que se trata de ámbitos distintos del razonamiento del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Respecto a la declaración de nulidad del artículo 34.2 del Decreto 240/2003, el Gobierno recurrente sostiene que se debe a un “razonamiento erróneo”, en la medida que la Ley autonómica no establece las diferencias entre grupos (de impositores y otros) que la Sala de instancia recoge en la sentencia, a los efectos de la elección o designación de suplentes. También esta pretensión de la parte actora es desestimada por el Tribunal Supremo, ya que no encuentra amparo en el artículo 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción, sino que eventualmente podría incluirse como una interpretación errónea de las previstas en el artículo 88.1.d) del propio texto jurisdiccional. Añade que, en todo caso, no corresponde al Tribunal Supremo analizar la adecuación de los reglamentos autonómicos a las leyes autonómicas.

Por último, la Sala de instancia declaró la nulidad del artículo 48.7 del Decreto 240/2003, lo que habría hecho a partir de una mera afirmación genérica y no motivada según el Gobierno vasco. El Tribunal Supremo rechaza el argumento del recurrente, señalando que

éste podrá discrepar o no del fondo de la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, pero lo cierto es que la sentencia de instancia estaba plenamente motivada.

El Tribunal Supremo prosigue con su análisis de las alegaciones del Gobierno vasco y, ya por razones de fondo, se centra en la declaración de nulidad efectuada por la Sala de instancia respecto al artículo 28.3 del Decreto 240/2003. Indica el Gobierno autonómico que esta nulidad habría sido adoptada con infracción del artículo 24.1.5 de la Ley estatal 31/1985, de 2 de agosto, de Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros. Tal precepto se refiere a una de las funciones de la Comisión de Control, consistente en proponer a la administración de tutela la suspensión de los acuerdos aprobados por el Consejo de Administración. Para resolver este otro motivo, el Tribunal Supremo se remite a la sentencia de instancia, que a su vez citó la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 18 de mayo de 2005. Señaló en síntesis la Sala de instancia que la regulación reglamentaria constituía una intervención en ámbitos regidos por la autonomía, sin tener amparo legal para ello.

Todavía en relación con el artículo 28.3 del Decreto 240/2003, expone el Tribunal Supremo que lo previsto en el citado precepto había sido expresamente rechazado por el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, que había subrayado la falta de respaldo legal. Añade la Sala del Tribunal Supremo que el artículo 24.1.5 de la Ley estatal 31/1985 no puede proporcionar cobertura a la actuación de las autoridades administrativas sobre los procesos electorales de las Cajas de Ahorros en los términos que dispone el reglamento recurrido.

### 4. FOMENTO

#### A) Denegación

El Ministro de Economía y Hacienda denegó a una entidad mercantil la ayuda solicitada para un proyecto de hotel de cuatro estrellas y campo de golf, ayuda solicitada al amparo del Real Decreto 652/1988 de delimitación de la zona de promoción económica de Andalucía. Recurrída la denegación ante la Audiencia Nacional el Tribunal desestimó el recurso. Interpuesto recurso de casación el Tribunal Supremo, en la **STS de 19 de enero de 2010** (recurso 1136/2007), lo estimó.

La Audiencia Nacional desestimó el recurso de primera instancia al entender que al estar domiciliado gran parte del accionariado de la empresa promotora en un paraíso fiscal (Islas Bermudas) los beneficios empresariales del proyecto subvencionado no revertían, en su mayoría, en la promoción de la zona elegida para dicho proyecto y, por lo tanto, no contribuían al refuerzo e impulso de la zona de promoción turística de Andalucía. Este criterio estaría respaldado por lo dispuesto en el artículo 13.2 de la Ley 38/2003, general de subvenciones.

Frente al criterio de la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo, en la sentencia antes citada, estimó el recurso de casación al entender que en el momento de realizar la petición

de ayuda no existía ningún impedimento legal para que se concediera la subvención a una sociedad mercantil por el hecho de que algunos de sus socios tuvieran su residencia en un paraíso fiscal, prohibición que sólo aparece con la Ley 38/2003. En este sentido se recuerda la doctrina de la propia Audiencia Nacional en su Sentencia de 25 de febrero de 2004. A mayor abundamiento el Tribunal Supremo recuerda que la empresa demandante tiene su domicilio legal en España, donde ejerce su actividad y cumple sus obligaciones tributarias, fiscales y sociales, estando al corriente de todas ellas.

La sentencia cuenta con un voto particular del magistrado Sr. Bandrés Sánchez-Cruzat. Para este Magistrado el argumento utilizado por la Audiencia Nacional para confirmar la denegación de la ayuda era ajustado a derecho y a la Ley 50/1985 de incentivos regionales. En este sentido entiende que, teniendo en cuenta la naturaleza y finalidad de las subvenciones, las personas que pretenden ser beneficiarias y, por tanto, parte de la relación jurídica pública que se establece con la Administración, deben reunir todos aquellos requisitos que constituyan una garantía administrativa de cumplimiento de las obligaciones públicas, y esta garantía no se tiene si la entidad beneficiaria tiene el domicilio fiscal de gran parte de su accionariado en un paraíso fiscal.

### **B) Incumplimiento de las condiciones**

Uno de los supuestos recurrentes en la litigiosidad en materia de subvenciones es la declaración por parte de la Administración del incumplimiento de las condiciones establecidas para el disfrute de la ayuda.

La **STS de 30 de junio de 2009** (recurso 289/2007), incide de nuevo en esta cuestión. En este caso el supuesto de hecho es la Orden del Ministerio de Economía que declaró el incumplimiento total de las condiciones impuestas a una subvención y la subsiguiente pérdida del beneficio económico otorgado. Las condiciones incumplidas se referían al mantenimiento de los puestos de trabajo y a la realización de una determinada cifra de inversiones.

Rechazado el recurso frente a la citada Orden por la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo estima en parte el recurso casacional.

El Tribunal Supremo aprecia la existencia de incongruencia omisiva de la sentencia de la Audiencia Nacional al no haber llevado a cabo un examen completo de todas las alegaciones relativas a las inversiones realizadas por la entidad recurrente. No obstante, estimado el recurso casacional por este motivo, el Tribunal Supremo entra en del fondo del asunto y termina por confirmar la Orden Ministerial impugnada ya que, una vez examinado en profundidad el cumplimiento o no de la condición relativo a las inversiones exigidas, concluye que éstas fueron insuficientes. En definitiva, el Tribunal Supremo confirma la declaración de incumplimiento de las condiciones establecidas en su día para el otorgamiento de la ayuda solicitada en base a la normativa de incentivos regionales.

### 5. TELECOMUNICACIONES

#### A) Servicio de atención de llamadas de emergencia “112”. Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y derechos económicos de los operadores de red

El Acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 18 de septiembre de 2003, resolvió el conflicto entre las entidades prestatarias del servicio de atención de llamadas de emergencia “112” y la operadora de red del servicio (“Telefónica Móviles, SA”), determinando el “coste estricto” que dicha operadora podía cobrar en su conjunto a dichas entidades. Son varios ya los diferentes pronunciamientos del Tribunal Supremo a los que ha dado lugar este conflicto, todos desestimatorios de las pretensiones de otras tantas comunidades autónomas, de las que depende la prestación de tal servicio, y que ya han sido comentadas también en esta revista (recursos de casación 1613/2006; 5177/2006 y 5580/2006). A ellos, se suma ahora la **STS de 29 de junio de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera (recurso 575/2007), que declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Islas Baleares, contra la sentencia de 17 de octubre de 2006, dictada por la Audiencia Nacional, sobre el mismo conflicto.

Puesto que tanto los motivos de casación aducidos por la recurrente como la argumentación y el fallo de la Sala tienen como resultado la confirmación de la doctrina del Tribunal en la materia, nos limitamos simplemente a recordar sus elementos fundamentales. Primero, la CMT tiene competencia para dictar tal resolución, al amparo de lo dispuesto en la Orden de 14 de octubre de 1999, ya que existe un conflicto entre las entidades prestadoras del servicio de emergencias y la operadora de red y no constituye impedimento alguno para ello que se hubiese elevado una consulta a la CMT o que una de las partes hubiese preferido prolongar más tiempo la negociación. En segundo lugar, de acuerdo con el Real Decreto 903/1997, de 16 de junio, la obligación de abono por parte de los operadores se restringe al “coste del tráfico”, es decir, al “coste de encaminamiento de la llamada”, corriendo a cargo de la Comunidad Autónoma que asuma la prestación del servicio de atención el resto de costes derivados de dicho suministro, incluido el de localización geográfica de la llamada. No cabe tampoco en este caso alegar la vulneración del principio de lealtad entre administraciones públicas, ya que la CMT actúa con total amparo legal.

### 6. TRANSPORTES TERRESTRES

La **STS de 1 de julio de 2009** (recurso de casación 381/2007), tiene por objeto el examen de determinados trámites del procedimiento administrativo, en particular la información pública y la declaración del impacto ambiental.

En el caso planteado, la Sala recuerda que no existen objeciones legales que impidan reiterar el trámite de información pública o el estudio de impacto ambiental cuando se pretendan introducir modificaciones sustanciales en un determinado proyecto de infraes-

estructuras. En este sentido, desestima el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado y, ante los cambios debidamente calificados como modificaciones sustanciales que querían introducirse en el proyecto de corredor del Mediterráneo del tren de alta velocidad, en el tramo Murcia-Almería, ordena que se proceda a la redacción de un nuevo estudio informativo, aunque sea de carácter parcial, sujeto a los procedimientos de publicidad previstos en la legislación de carreteras.

RICARD GRACIA RETORTILLO

JOSEP MOLLEVI I BORTOLO

JOAQUÍN TORNOS MAS

MARC VILALTA REIXACH

**XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD****Sumario:**

**1. Consumo.** A) En los contratos celebrados a distancia no cabe imputar los gastos de envío de los bienes al consumidor en caso de que éste ejerza su derecho de rescisión. B) Cantidades máximas de vitaminas y de minerales que pueden utilizarse en la fabricación de complementos alimenticios. **2. Deporte.** A) Jugadores profesionales de fútbol: obligación de firmar el primer contrato como jugador profesional con el club formador. **3. Educación.** A) No universitaria. a) Nulidad de Decreto autonómico por no respetar reglamento estatal básico. B) Universitaria. a) Nulidad de Estatutos de Universidad. **4. Extranjeros.** A) Permiso de residencia y trabajo. B) Denegación de entrada y expulsión. C) Asilo y condición de refugiado. D) Nacionalidad. **5. Juego.** A) Apuestas en Internet en régimen de exclusividad por un único operador y régimen de concesión sin transparencia ni publicidad. B) Lucha contra la ludopatía y publicidad de juegos en régimen de exclusividad por un único operador. **6. Sanidad.** A) Límites a las actividades promocionales de los medicamentos.

**1. CONSUMO****A) En los contratos celebrados a distancia no cabe imputar los gastos de envío de los bienes al consumidor en caso de que éste ejerza su derecho de rescisión**

La **STJ de 15 de abril de 2010, As. C-511/08**, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Bundesgerichtshof (Alemania). Al efecto determina que el artículo 6, apartados 1, párrafo primero, segunda frase, y 2, segunda frase, de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la **protección de los consumidores en materia de contratos a distancia**, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al proveedor, en un contrato celebrado a distancia, imputar los gastos de envío de los bienes al consumidor en caso de que éste ejerza su derecho de rescisión.

**B) Cantidades máximas de vitaminas y de minerales que pueden utilizarse en la fabricación de complementos alimenticios**

La **STJ de 29 de abril de 2010, As. C-446/08**, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Conseil d'État (Francia), en relación con la Directiva 2002/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de junio de 2002, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de complementos alimenticios. El Tribunal de Justicia interpreta que los Estados miembros son competentes para adoptar una normativa relativa a las cantidades máximas de vitaminas y de minerales que pueden utilizarse en la fabricación de complementos alimenticios hasta que la Comisión Europea establezca esas cantidades, con arreglo al artículo 5, apartado 4, de dicha Directiva. Además de respetar los artículos 28 y 30 CE, los Estados miembros están obligados también a basarse en los elementos que figuran en el artículo 5, apartados 1 y 2, de la Directiva 2002/46, incluida la exigencia de una evaluación de los riesgos que se apoya en datos científicos reconocidos, para fijar las cantidades máximas de vitaminas y de minerales que pueden utilizarse en la fabricación de complementos alimenticios hasta que la Comisión Europea establezca esas cantidades.

Asimismo, la Directiva 2002/46 debe interpretarse en el sentido de que al fijar la cantidad máxima de un mineral que puede utilizarse en la fabricación de complementos alimenticios, resulta imposible determinar con precisión las aportaciones de ese mineral procedentes de otras fuentes alimenticias, y hasta que la Comisión Europea establezca las cantidades máximas de vitaminas y de minerales que pueden utilizarse en la fabricación de complementos alimenticios, un Estado miembro puede, si existe un riesgo comprobado de que esas aportaciones alcancen el nivel máximo de seguridad establecido para el mineral en cuestión y siempre que se respeten los artículos 28 y 30 CE, fijar dicha cantidad máxima en un valor cero sin recurrir al procedimiento previsto en el artículo 12 de la Directiva. La consideración de la diferencia de los niveles de sensibilidad de distintas categorías de consumidores sólo puede permitir a un Estado aplicar a toda la población una cantidad máxima adaptada a un grupo de consumidores específico, como el de los niños, si esa medida se limita a lo necesario para garantizar la protección de la salud de las personas pertenecientes a ese grupo y siempre que dicha medida sea proporcionada al objetivo que persigue, el cual no puede ser alcanzado por medidas menos restrictivas de los intercambios en el interior de la Unión Europea, extremo que deberá comprobar el órgano jurisdiccional remitente.

Por último, la Directiva 2002/46 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la fijación de las cantidades máximas de vitaminas y de minerales que pueden utilizarse en la fabricación de complementos alimenticios cuando, en ausencia de riesgo demostrado para la salud de las personas, no se hayan establecido niveles máximos de seguridad para esas vitaminas y esos minerales, salvo que dicha medida esté justificada por el principio de cautela, si un análisis científico del riesgo revela que persiste una incertidumbre científica acerca de la existencia o el alcance de riesgos reales para la salud pública. Una vez que se hayan establecido niveles máximos de seguridad, no cabe excluir la posibilidad de fijar cantidades máximas de vitaminas y de minerales que pueden utilizarse en la fabricación

de complementos alimenticios a un nivel sensiblemente inferior al de tales límites, dado que la fijación de esas cantidades máximas puede justificarse por la consideración de los elementos que figuran en el artículo 5, apartados 1 y 2, de la Directiva 2002/46 y que es conforme al principio de proporcionalidad. Esta apreciación corresponde al órgano jurisdiccional remitente y debe realizarse caso por caso.

### 2. DEPORTE

#### A) Jugadores profesionales de fútbol: obligación de firmar el primer contrato como jugador profesional con el club formador

La **STJ de 16 de marzo de 2010, As. C-325/08**, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por la Cour de cassation (Francia), presentada en el marco de un litigio entre el club “Olympique Lyonnais” y el Sr. Bernard, jugador de fútbol profesional, así como el Newcastle, club inglés, respecto al pago por estos últimos de una indemnización a causa de la infracción unilateral por el Sr. Bernard de sus compromisos derivados del artículo 23 de la Charte du football professionnel para la temporada 1997-1998 de la Fédération française de football.

Mediante sus cuestiones, el Tribunal remitente pregunta en resumen si un régimen conforme al que un jugador “promesa” se expone a una condena al pago de una indemnización cuando al término de su período de formación no firma un contrato como jugador profesional con el club que le ha formado, sino con un club de otro Estado miembro, constituye una restricción en el sentido del artículo 45 TFUE, y en su caso si ésta se justifica por la necesidad de fomentar la contratación y la formación de jóvenes jugadores.

Es preciso observar que un régimen en el que un jugador “promesa” está obligado al término de su período de formación a celebrar su primer contrato como jugador profesional con el club que le ha formado, bajo obligación de indemnización, puede disuadir a ese jugador de ejercer su derecho a la libre circulación. Aunque sea cierto, como señala el club Olympique Lyonnais, que tal régimen no impide formalmente que ese jugador firme un contrato como jugador profesional con un club de otro Estado miembro, pero es claro que tal régimen constituye una restricción de la libre circulación de los trabajadores garantizada dentro de la Unión en virtud del artículo 45 TFUE.

No obstante, en lo que atañe al deporte profesional, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de afirmar que, habida cuenta de la considerable importancia social que reviste dentro de la Unión la actividad deportiva y, más especialmente, el fútbol, ha de reconocerse que el objetivo consistente en alentar la contratación y la formación de los nuevos jugadores es legítimo (Sentencia Bosman, apartado 106). Por consiguiente, para examinar si un sistema que restringe el derecho a la libre circulación de esos jugadores puede garantizar la realización de ese objetivo y no va más allá de lo necesario para lograrlo, es preciso tener en cuenta, como la Abogado General ha señalado en los puntos 30 y 47 de sus conclusiones, las características especiales del deporte en general, y del fútbol en

particular, así como sus funciones social y educativa. La pertinencia de esos elementos se confirma además por su mención en el artículo 165 TFUE, apartado 1, párrafo segundo.

Como el Tribunal de Justicia ya ha afirmado, hay que reconocer al respecto que la perspectiva de percibir compensaciones por formación es efectivamente idónea para alentar a los clubes de fútbol a buscar jugadores con talento y llevar a cabo la formación de los jóvenes jugadores (Sentencia Bosman, apartado 108). En efecto, los beneficios derivados de las inversiones realizadas por los clubes formadores con ese fin se caracterizan por su naturaleza aleatoria, dado que esos clubes soportan los gastos correspondientes al conjunto de los jóvenes jugadores a los que contratan y forman, en su caso durante varios años, en tanto que sólo una parte de esos jugadores desarrolla al término de su formación una carrera profesional, bien en el club formador, bien en otro club (Sentencia Bosman, apartado 109). Por otra parte, los gastos causados por la formación de jóvenes jugadores sólo se compensan parcialmente, como regla general, por los beneficios que el club formador puede obtener de esos jugadores durante el período de formación. En esas circunstancias, los clubes formadores podrían desalentarse de invertir en la formación de los jóvenes jugadores si no pudieran recuperar las cantidades gastadas a tal efecto en el caso de que un jugador celebrara al término de su formación un contrato como jugador profesional con otro club. Ése es en especial el supuesto de los pequeños clubes formadores cuyas inversiones realizadas en el ámbito local en la contratación y formación de los jóvenes jugadores revisten una importancia considerable para la realización de la función social y educativa del deporte.

De ello resulta que un sistema que prevé el pago de una compensación por formación en el caso de que un joven jugador celebre al término de su formación un contrato como jugador profesional con un club distinto del que le ha formado puede, en principio, justificarse por el objetivo consistente en fomentar la contratación y la formación de jóvenes jugadores. No obstante, dicho sistema tiene que ser efectivamente apto para lograr ese objetivo, y proporcionado, teniendo debidamente en cuenta los gastos soportados por los clubes para formar tanto a los futuros jugadores profesionales como a los que jamás llegarán a serlo (Sentencia Bosman, apartado 109).

Respecto a un régimen como el analizado en el presente litigio, resulta que no se caracterizaba por el pago al club formador de una compensación por formación, sino de una indemnización a la que se exponía el jugador interesado a causa del incumplimiento de sus compromisos contractuales y cuyo importe era independiente de los gastos reales de formación soportados por ese club. En efecto, como ha expuesto el Gobierno francés, en virtud del artículo L. 122-3-8 del *Code du travail* francés esa indemnización no se calculaba en relación con los costes de formación que el club formador había soportado, sino en relación con la totalidad del perjuicio sufrido por ese club. Además, como ha señalado el club Newcastle, el importe de ese perjuicio se determinaba sobre la base de una evaluación fundada en criterios no precisados por adelantado. En esas circunstancias la perspectiva de percibir tal indemnización iba más allá de lo necesario para fomentar la contratación y la formación de los jóvenes jugadores y para financiar esas actividades.

## XV. Bienestar, Deporte, Consumo, Educación, Extranjería y Sanidad

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, a las cuestiones planteadas se responde partiendo de que el artículo 45 TFUE no se opone a un sistema que, para realizar el objetivo consistente en fomentar la contratación y la formación de los jóvenes jugadores, garantiza la indemnización del club formador en el caso de que un joven jugador firme al término de su período de formación un contrato como jugador profesional con un club de otro Estado miembro, siempre que ese sistema sea apto para garantizar la realización de ese objetivo y no vaya más allá de lo necesario para lograrlo. Pero para garantizar tal objetivo no cabe establecer un régimen que exponga al jugador promesa a la condena al pago de una indemnización cuyo importe no guarda relación con los costes reales de formación.

### 3. EDUCACIÓN

#### A) No universitaria

##### a) Nulidad de Decreto autonómico por no respetar reglamento estatal básico

La **STS de 17 de abril 2009**, Ar. 5118, declara la nulidad de algunos preceptos de un Decreto de la Generalitat de Cataluña, que establece la ordenación de las enseñanzas de bachillerato, por vulnerar un reglamento estatal de carácter básico. Tenemos, así, un supuesto de disputa estrictamente competencial dilucidada, no por el Tribunal Constitucional, sino por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

#### B) Universitaria

##### a) Unlidad de Estatutos de Universidad

La **STS de 20 de mayo de 2009**, Ar. 5331, ratifica la Sentencia dictada por el TSJ de Madrid que había anulado sendos artículos de los Estatutos de la Universidad Politécnica de Madrid. El recurso originario había sido interpuesto por un sindicato, su objeto había sido el Decreto autonómico de aprobación de tales Estatutos y la anulación se refiere a un precepto que otorgaba (indebidamente) al Consejo de Gobierno la competencia para aprobar el Reglamento de la Junta de PAS y el Reglamento del Comité de Empresa.

### 4. EXTRANJEROS

#### A) Permiso de residencia y trabajo

En este apartado debemos prestar atención especial a dos pronunciamientos interpretativos del Tribunal de Luxemburgo. En primer lugar, tenemos su **STJ de 23 de febrero de 2010, As. Ibrahim, C-310/08**, que perfila un poco más los derechos de residencia de los

familiares –en el caso, del hijo (por razones de estudio)– de un nacional de un Estado miembro en otro.

Por su parte, la **STJ de 13 de abril de 2010, As. Bressol, C-73/08**, dictada en cuestión prejudicial planteada por la Corte Constitucional de Bélgica, también precisa un poco más –partiendo de su conocida construcción de la discriminación indirecta– las posibilidades (muy limitadas, por lo demás) de establecer restricciones para el acceso de estudiantes de otros Estados miembros a sus enseñanzas universitarias.

En fin, la **STS de 27 de abril de 2009**, Ar. 5135, frente a la inicial denegación administrativa, concede el visado de reagrupación familiar solicitado en favor del cónyuge y del hijo de un ciudadano senegalés, residente legalmente en España, porque, en definitiva, la razón aducida para la denegación (la no presencia física del cónyuge en el acto de contraer el matrimonio) no desmiente la existencia de tal matrimonio, ya que el rito coránico (al parecer) así lo permite.

### **B) Denegación de entrada y expulsión**

La **STJ de 11 de febrero de 2010, As. Comisión c. España, C-523/08**, declara el incumplimiento de España por no haber adoptado en su ordenamiento la Directiva 2005/71/CE, del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica.

### **C) Asilo y condición de refugiado**

Tiene destacada importancia la **STJ (Gran Sala) de 2 de marzo de 2010, As. Salahadin Abdulla, C- 175, 176, 178 y 179/08**, acumulados, porque se refiere a la interpretación de la Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. Sin perjuicio de la conveniencia de su lectura íntegra, merece recogerse aquí lo dicho por el Tribunal de Luxemburgo a este respecto:

“1) El artículo 11, apartado 1, letra e), de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, debe interpretarse en el sentido de que:

– una persona pierde su condición de refugiado cuando, debido a un cambio de circunstancias significativo y que no sea de carácter provisional, producido en el país tercero de que se trate, hayan desaparecido las circunstancias que justificaron el temor de esa persona a ser perseguida por alguno de los motivos contemplados en el artículo 2, letra c), de la Directiva 2004/83 –en virtud de las cuales fue reconocida en su día como refugiado– y

tampoco tiene otros motivos para temer ser ‘perseguida’, en el sentido de esta misma disposición;

– a efectos de determinar si existe un cambio de circunstancias, las autoridades competentes deberán verificar, en relación con la situación individual del refugiado, que el agente o agentes de protección contemplados en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2004/83 han tomado medidas razonables para impedir la persecución; que, de este modo, disponen, en particular, de un sistema judicial eficaz para la investigación, el procesamiento y la sanción de acciones constitutivas de persecución, y que el nacional interesado tendrá acceso a dicha protección en caso de que cese su estatuto de refugiado;

– entre los agentes de protección a que se refiere el artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/83 pueden incluirse las organizaciones internacionales que controlan el Estado o una parte considerable de su territorio, incluso a través de la presencia de una fuerza multinacional en el territorio del país tercero.

2) En el supuesto de que hayan desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales se reconoció el estatuto de refugiado y de que las autoridades competentes del Estado miembro comprueben que no existen otras circunstancias que justifiquen el temor de la persona afectada a ser perseguida, ya sea por el mismo motivo que concurrió en un primer momento o por cualquier otro de los motivos enumerados en el artículo 2, letra c), de la Directiva 2004/83, el criterio de probabilidad que ha de aplicarse para valorar el riesgo resultante de esas otras circunstancias es el mismo que el criterio utilizado en el momento en que se reconoció el estatuto de refugiado.

3) El artículo 4, apartado 4, de la Directiva 2004/83, en la medida en que proporciona indicaciones sobre el alcance, en términos probatorios, de actos o amenazas de persecución anteriores, puede resultar aplicable cuando las autoridades competentes contemplen la posibilidad de revocar el estatuto de refugiado con arreglo al artículo 11, apartado 1, letra e), de la Directiva 2004/83 y el interesado, para justificar la persistencia de un temor de persecución fundado, invoque circunstancias distintas de aquellas en cuya virtud se reconoció su condición de refugiado. Sin embargo, normalmente sólo sucederá así cuando el motivo de persecución sea distinto del que se tuvo en cuenta en el momento de conceder el estatuto de refugiado y siempre que existan actos o amenazas de persecución anteriores que estén relacionados con el motivo de persecución examinado en esta fase”.

### D) Nacionalidad

También en este apartado tenemos que comenzar por una **STJ (Gran Sala) de 2 de marzo de 2010, As. Rottmann, C-135/08**, referente a la ciudadanía de la Unión Europea y a su relación con la nacionalidad (mejor, con su revocación). Así, el Tribunal de Luxemburgo interpretará que “el Derecho de la Unión, en particular el artículo 17 CE, no se opone a que un Estado miembro le revoque a un ciudadano de la Unión la nacionalidad de dicho Estado miembro adquirida mediante naturalización cuando ésta se ha obtenido de modo fraudulento, a condición de que esta decisión revocatoria respete el principio de proporcionalidad”.

El Tribunal Supremo también ha dictado varias sentencias en esta materia. Así, la **STS de 27 de abril de 2009**, Ar. 5134, concede la nacionalidad, al no considerar suficiente para descartar la buena conducta cívica una única condena en un vasto lapso temporal y la mera tramitación de unas diligencias por una estafa de ínfima cuantía que acabaron archivadas por prescripción. En similar sentido, la **STS de 19 de mayo de 2009**, Ar. 5204, donde podemos leer: “no resulta convincente afirmar que el recurrente adolecía de falta de buena conducta cívica: había aportado elementos tendentes a acreditar la buena conducta cívica, hasta el punto de recibir informe positivo del encargado del Registro Civil; el único dato de signo negativo –consistente en el robo en el vehículo de su mujer, que en ningún caso sería punible dado lo dispuesto por el artículo 268 CP– no provino de la directamente afectada, sino de la llamada a la policía de unos vecinos que consideraron alarmante que un hombre de color forzase la puerta de un automóvil; y, en fin, la actitud posterior de la mujer del recurrente fue siempre favorable a éste y a su solicitud de nacionalidad española, sin que haya base para pensar que la relación entre ellos estuviera marcada por la violencia u otros comportamientos graves. En suma, no hay nada salvo unos vecinos asustados, una disputa conyugal y la iniciación de un procedimiento penal por robo que es archivado inmediatamente. Nada de esto permite pensar en falta de buena conducta cívica: forzar la puerta de un automóvil, aunque pertenezca al propio cónyuge, sin duda no está bien; pero la buena conducta cívica no consiste en no haber nunca hecho algo reprochable. Si así fuera, el listón estaría demasiado alto para la inmensa mayoría de los seres humanos. Lo decisivo a la hora de interpretar el concepto jurídico indeterminado ‘buena conducta cívica’ en supuestos como éste, en que se ha producido un hecho penalmente relevante, es –con independencia del resultado del procedimiento penal– determinar si ha habido un comportamiento gravemente antisocial; lo que no puede predicarse del lamentable episodio en que se vio envuelto el recurrente”. Y en la misma línea la **STS de 26 de mayo de 2009**, Ar. 5343.

Sin embargo, en sentido contrario (esto es, ratificando la legalidad de la denegación) tenemos la **STS de 5 de mayo de 2009**, Ar. 5168, donde se sostiene: “Es jurisprudencia constante de esta Sala, que la sentencia impugnada expone con precisión, que el mero hecho de haber sido objeto de una condena penal no es automáticamente prueba de ausencia de buena conducta cívica. Antes al contrario, este dato debe valorarse conjuntamente con las demás circunstancias de cada caso, teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho ilícito desde la perspectiva de lo que cabe esperar de un buen ciudadano. Lo decisivo es la información que el hecho ilícito de que se trate proporciona acerca de la interiorización de los valores cívicos por parte del solicitante. Tan es así que la existencia o inexistencia de antecedentes penales no es decisiva: es posible que, aun habiendo sido ya cancelados los antecedentes penales, un hecho ilícito sea tan elocuente acerca de la falta de civismo del solicitante que pueda ser utilizado para tener por no satisfecho el requisito del artículo 22.4 CC; y, viceversa, cabe que determinados antecedentes penales todavía no cancelados resulten, habida cuenta de su significado, insuficientes para formular un juicio negativo sobre el civismo del solicitante”. Y continúa: “Aclarado esto, dos extremos están claros en el presente caso. Por un lado, la falsificación de documentos constituye un atentado contra uno de los valores en que debe apoyarse la convivencia cívica en nuestro

país, como es la veracidad de las personas y la credibilidad de los documentos. Nuestra vida colectiva sería muy distinta y, sin duda alguna, infinitamente más difícil si no pudiéramos confiar en que normalmente las personas dicen la verdad y los documentos son creíbles. El hecho ilícito por el que el recurrente fue condenado es, así, muy significativo a efectos de afirmar que no satisface el requisito de la buena conducta cívica. Por otro lado, como recuerda la sentencia impugnada, desde que el recurrente fue condenado por falsedad hasta que presentó la solicitud de concesión de la nacionalidad española, no había transcurrido suficiente tiempo como para considerar purgada esa inequívoca tacha de falta de civismo. Ello quiere decir que ese dato no podía ser aún compensado por otros que pusieran de manifiesto una actitud cívica más positiva y, sobre todo, sostenida a lo largo del tiempo. La circunstancia de que los antecedentes penales fuesen posteriormente cancelados es irrelevante, pues los requisitos para la adquisición de la nacionalidad española deben cumplirse en el momento en que es solicitada”. También las **SSTS de 2 y 30 de junio de 2009**, Ar. 5370 y 5803.

A diferentes circunstancias se refiere la **STS de 11 de mayo de 2009**, Ar. 5292, por cuanto que se trata del elemento “integración en la sociedad española”, y que ratifica la denegación de la nacionalidad teniendo en cuenta que, pese a residir en España desde hace 23 años, apenas conoce el español (sin leerlo ni escribirlo). En cambio, la **STS de 12 de mayo de 2009**, Ar. 5193, sí otorga la nacionalidad porque, aunque no sabe leer y escribir en castellano, sí que lo habla perfectamente y está asistiendo a clases de alfabetización.

### 5. JUEGO

#### A) Apuestas en Internet en régimen de exclusividad por un único operador y régimen de concesión sin transparencia ni publicidad

La **STJ de 3 de junio de 2010, As. C-203/08**, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Raad van State (Países Bajos). La normativa neerlandesa relativa a los juegos de azar se basa en un sistema de autorizaciones exclusivas, según el cual, por una parte, se prohíbe organizar o promover juegos de azar, a menos que se esté en posesión de una autorización administrativa y, por otra parte, las autoridades nacionales sólo conceden una licencia para cada uno de los juegos de azar autorizados.

El órgano jurisdiccional remitente pregunta, en primer lugar, si el artículo 49 CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, que somete la organización y la promoción de los juegos de azar a un régimen de exclusividad en favor de un único operador y que prohíbe a cualquier otro operador, incluido un operador establecido en otro Estado miembro, ofrecer, a través de Internet, en el territorio del primer Estado miembro, servicios comprendidos en el ámbito del citado régimen. Y, en segundo lugar, si la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia sobre la interpretación del artículo 49 CE así como sobre el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que se deriva de éste, en el ámbito de las concesiones de servicios, es aplicable al procedimiento de concesión de una licencia a un operador único en el ámbito

de los juegos de azar; así como, si la renovación de dicha licencia, sin licitación, puede constituir un medio apropiado y proporcionado de alcanzar objetivos basados en razones imperiosas de interés general.

Respecto a la primera cuestión el Tribunal de Justicia recuerda que los Estados miembros son libres para determinar, según su propia escala de valores, los objetivos de su política en materia de juegos de azar y, en su caso, para definir con precisión el grado de protección perseguido. Sin embargo, las restricciones que impongan deben cumplir los requisitos que se derivan de la jurisprudencia en relación con su proporcionalidad. El órgano jurisdiccional nacional por lo que respecta específicamente a la proporcionalidad, subraya que autorizar a un único operador simplifica no sólo su control, de modo que la vigilancia de las normas ligadas a la licencia puede ser más efectiva, sino que impide también que haya una mayor competencia entre varios titulares de licencias que pudiera provocar un aumento de la ludopatía. El mismo órgano jurisdiccional añade que la prohibición de ofrecer juegos de azar aplicable a toda persona que no sea titular de la licencia se aplica indistintamente a las empresas establecidas en los Países Bajos y a las que tienen su domicilio social en otros Estados miembros.

La duda del órgano jurisdiccional remitente se suscita porque, en el litigio principal se alega que no se necesita ser titular de una licencia expedida por las autoridades holandesas para ofrecer sus servicios de apuestas deportivas a través de Internet a los apostantes que residan en los Países Bajos. A este respecto, procede observar que el sector de los juegos de azar ofrecidos por Internet no ha sido objeto de armonización en el seno de la Unión Europea. Por lo tanto, un Estado miembro puede considerar que el solo hecho de que un operador proponga legalmente por Internet servicios incluidos en este sector en otro Estado miembro, en el que se encuentre establecido y en el que, en principio, debe cumplir requisitos legales y superar los controles ejercidos por las autoridades competentes de este último Estado, no es una garantía suficiente para la protección de los consumidores nacionales contra los riesgos de fraude y criminalidad, habida cuenta de las dificultades a las que, en este contexto, pueden verse confrontadas las autoridades del Estado miembro de establecimiento a la hora de evaluar la honradez y cualidades profesionales de los operadores. Por otro lado, dada la falta de contacto directo entre el consumidor y el operador, los juegos de azar accesibles por Internet suponen, en lo que atañe a los eventuales fraudes cometidos por los operadores contra los consumidores, riesgos diferentes y de mayor envergadura en comparación con los mercados tradicionales de estos juegos. Por tanto, procede responder a la primera cuestión que el artículo 49 CE debe interpretarse en el sentido de que permite someter la organización y la promoción de los juegos de azar a un régimen de exclusividad en favor de un único operador y que prohíbe a cualquier otro operador, incluido un operador establecido en otro Estado miembro, ofrecer, a través de Internet, en el territorio del primer Estado miembro, servicios que entren en el ámbito del citado régimen.

En relación con la segunda cuestión planteada, la obligación de transparencia exige que la autoridad concedente garantice, en beneficio de todo concesionario potencial, sin implicar necesariamente la obligación de convocar una licitación, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad

de los procedimientos de adjudicación. La obligación de transparencia es un requisito previo obligatorio del derecho de un Estado miembro a adjudicar a un operador el derecho exclusivo a ejercer una actividad económica, cualquiera que sea la forma de selección de dicho operador. Tal obligación se aplica en un régimen de licencia otorgada a un operador único por las autoridades de un Estado miembro en ejercicio de facultades de policía, ya que los efectos de tal licencia respecto a empresas establecidas en otros Estados miembros y que puedan estar interesadas en el ejercicio de esta actividad son los mismos que los de un contrato de concesión de servicios.

Los Estados miembros disponen de una facultad de apreciación suficiente para definir el grado de protección buscado en materia de juegos de azar y, por consiguiente, un régimen de licencia en beneficio de un operador único. No obstante, tal régimen no puede legitimar un comportamiento arbitrario por parte de las autoridades nacionales, que pueda privar de eficacia a las disposiciones del Derecho de la Unión, en particular, a las que regulan una libertad fundamental como la libre prestación de servicios.

Consta que, mediante las decisiones adoptadas, el Ministro renovó las licencias temporales sin haber seguido ningún procedimiento de licitación. Un procedimiento de renovación de licencias que no cumple los requisitos de igualdad y transparencia en la licitación, impide que otros operadores puedan manifestar su interés por el ejercicio de la actividad y, de esa forma, impide que éstos puedan disfrutar de los derechos que se derivan para ellos del Derecho de la Unión, en particular, de la libre prestación de servicios consagrada en el artículo 49 CE. Por consiguiente, es preciso diferenciar los efectos de la apertura a la competencia en el mercado de los juegos de azar, cuya naturaleza perjudicial puede justificar una restricción a la actividad de los operadores económicos, de los de la apertura a la competencia para la adjudicación del contrato de que se trate. El carácter perjudicial del establecimiento de una competencia en el mercado, es decir, entre varios operadores que estarían autorizados a explotar un mismo juego de azar, proviene del hecho de que estos últimos rivalizarían en inventiva para hacer su oferta más atrayente y, aumentar, de ese modo, los gastos de los consumidores ligados al juego así como los riesgos de ludopatía de éstos. En cambio, no cabe temer tales consecuencias en la fase de expedición de la licencia.

Por lo tanto, el artículo 49 CE debe interpretarse en el sentido de que el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia son aplicables a los procedimientos de concesión y renovación de una licencia en favor de un operador único en el ámbito de los juegos de azar, siempre que no se trate de un operador público cuya gestión esté sometida a la vigilancia directa del Estado o de un operador privado sobre cuyas actividades los poderes públicos puedan ejercer un estrecho control.

### **B) Lucha contra la ludopatía y publicidad de juegos en régimen de exclusividad por un único operador**

La **STJ de 3 de junio de 2010, As. C-258/08**, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos). Con su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si puede considerarse que una normativa nacional, que pretende luchar contra la ludopatía y combatir el fraude, y que limita las actividades de apuestas, con un sistema

de autorización exclusiva puede hacer atractiva su oferta introduciendo nuevos juegos de azar y recurriendo a la publicidad. El Tribunal de Justicia responde que la determinación de si se contribuye efectivamente a la lucha contra la ludopatía y combatir el fraude, cuando el titular o los titulares de una autorización exclusiva están habilitados para hacer su oferta atractiva en el mercado introduciendo nuevos juegos de azar recurriendo a la publicidad, corresponde al órgano jurisdiccional remitente. Por lo tanto, las propias autoridades deben comprobar si las actividades de juego ilegales pueden constituir un problema en el Estado miembro de que se trate, y que la expansión de las actividades autorizadas y reguladas puedan resolver, y si dicha expansión no es de una magnitud que le haga irreconciliable con el objetivo de luchar contra la ludopatía.

Mediante su segunda cuestión, el tribunal remitente pregunta en esencia si, para la aplicación de una normativa de un Estado miembro relativa a los juegos de azar compatible con el artículo 49 CE, el juez nacional está obligado a comprobar, en cada caso concreto, si la medida de ejecución dirigida a garantizar el cumplimiento de dicha normativa es adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y es conforme con el principio de proporcionalidad. Asimismo, el citado órgano jurisdiccional pregunta si debe darse una respuesta diferente a esta cuestión cuando la medida que debe adoptarse es reclamada no por las autoridades públicas, sino por un particular en un procedimiento civil. El Tribunal de Justicia responde que para la aplicación de una normativa de un Estado miembro relativa a los juegos de azar compatible con el artículo 49 CE, el juez nacional no está obligado a comprobar, en cada caso concreto, si la medida de ejecución dirigida a garantizar el cumplimiento de dicha normativa es adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido, así como si es conforme con el principio de proporcionalidad, siempre que dicha medida sea necesaria para garantizar el efecto útil de la normativa y no implique ninguna restricción adicional en relación con la que resulta de la propia normativa. La circunstancia de que la medida de ejecución se haya adoptado a raíz de una intervención de las autoridades públicas destinada a garantizar el cumplimiento de la normativa o a raíz de una solicitud de un particular en un procedimiento civil con el fin de proteger los derechos de que disfruta carece de incidencia sobre la solución del litigio.

## 6. SANIDAD

### A) Límites a las actividades promocionales de los medicamentos

Tiene interés la **STJ de 22 de abril de 2010, As. British Pharmaceutical Industry, C-62/09**, dictada en interpretación de la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001 (pero modificada el 31 de marzo de 2004), por la que se establece un Código comunitario sobre medicamentos para uso humano. En efecto, esta Directiva prohíbe ofrecer o prometer a las personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos primas, ventajas pecuniarias o ventajas en especie, con excepción de aquellas que tengan un valor insignificante y que sean irrelevantes para la práctica de la medicina o la farmacia; prohibición aplicable “en el marco de la promoción” de

los medicamentos en relación con los médicos o los farmacéuticos. Esto trae importantes consecuencias para el Tribunal de Luxemburgo, que conviene recoger aquí:

“29. Por consiguiente, como se deduce del sistema de la Directiva 2001/83, esa prohibición, que afecta en primer lugar a la industria farmacéutica cuando realiza actividades de promoción de los medicamentos que comercializa, intenta impedir prácticas promocionales que puedan alentar a los profesionales de la salud con un interés económico al prescribir o despachar medicamentos. Esa disposición tiende así a favorecer una práctica médica y farmacológica conforme con las reglas deontológicas.

30. En relación con la publicidad de los medicamentos el Tribunal de Justicia ya ha manifestado que, aunque sea realizada por un tercero independiente al margen de una actividad comercial o industrial, dicha publicidad puede perjudicar a la salud pública, cuya salvaguardia es el objetivo esencial de la Directiva 2001/83, y que, por consiguiente, la difusión por un tercero de información relativa a un medicamento, en particular a sus propiedades curativas o preventivas, puede considerarse publicidad en el sentido del artículo 86, apartado 1, de la Directiva 2001/83, aun cuando ese tercero actúe por cuenta propia y de forma totalmente independiente, de hecho y de Derecho, del fabricante o del vendedor de ese medicamento (Sentencia de 2 de abril de 2009, Damgaard, C-421/07, Rec. p. I-0000, apartados 22 y 29).

31. Sin embargo, ese razonamiento no puede extrapolarse al caso de las informaciones relativas a un medicamento difundidas por las propias autoridades públicas, por ejemplo al sobrevenir una epidemia o una pandemia. En efecto, resulta en particular del artículo 88, apartado 4, de la Directiva 2001/83 que la prohibición de la publicidad de los medicamentos destinada al público, prevista por el apartado 1 del mismo artículo 88, no es aplicable a las campañas de vacunación ‘realizadas por la industria’ cuando las aprueban las autoridades competentes de los Estados miembros.

32. De igual forma, respecto a los incentivos económicos para la prescripción de medicamentos, si bien la prohibición contenida en el artículo 94, apartado 1, de la Directiva 2001/83 puede aplicarse ciertamente a terceros independientes que actúen al margen de una actividad comercial o industrial o incluso al margen de una actividad lucrativa, dicha prohibición no puede afectar a las autoridades nacionales responsables de la salud pública, que están encargadas en especial de velar por la aplicación de la normativa existente, en la que se incluye en particular esa Directiva, por una parte, y, por otra parte, de definir las prioridades de acción de la política de salud pública, en especial en lo que atañe a la racionalización de los gastos públicos asignados a esa política, de la que son responsables precisamente las citadas autoridades.

33. De manera general, la política de salud definida por un Estado miembro y los gastos públicos que dedica a ésta no persiguen ningún fin lucrativo ni comercial. Un sistema de incentivos económicos como el controvertido en el litigio principal, que forma parte de dicha política, no puede pues considerarse incluido en el marco de la promoción comercial de los medicamentos”.

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA

EDORTA COBREROS



**XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES****Sumario:**

**Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo.** A) Competencia: el fuero electivo del artículo 14.1.segundo LJCA se refiere a Juzgados dentro de la circunscripción del mismo Tribunal Superior de Justicia. B) Objeto. a) La declaración de impacto ambiental es un acto de trámite a pesar de su esencialidad. b) Son recurribles los actos relativos a fondos públicos cuya gestión se encomienda a grupos de acción local con formas propias de Derecho Privado. c) Pierde su objeto el recurso contra una disposición transitoria que suprime una tarifa que después es prorrogada. C) Legitimación. a) Doctrina sobre la legitimación de las UTE. b) Debe comunicarse a los colegios profesionales la tramitación de los procedimientos de homologación de títulos. c) El Consejo General de Colegios Oficiales de Procuradores de los Tribunales tiene interés directo en los procedimientos de otorgamiento de títulos de procurador. d) Carece de legitimación una asociación de sociedades de externalización de procesos para recurrir una norma que modifica el Reglamento notarial. D) Procedimiento. a) Plazos: la fecha en que el titulado solicitó el alta en la corporación corporativa es cuando se tuvo conocimiento de la homologación que se combate. b) La posibilidad de rehabilitación de plazos no rige para preparar o interponer recursos. c) Notificaciones: el TEAC viene obligado a respetar el domicilio fijado por el reclamante. d) Cuando se alega la falta de presentación del acuerdo para litigar y de los poderes de representación sólo es exigible el requerimiento de subsanación si se produce indefensión. e) Se proscriben las decisiones de inadmisión rigoristas que supongan una clara desproporción entre sus fines y los intereses sacrificados. f) No hay obligación de contestar a una petición planteada por primera vez en el trámite de conclusiones. E) Sentencias: ante la apreciación por el juez de motivos susceptibles de fundar el recurso o su oposición, debe someterlos a la consideración de las partes. F) Allanamiento: el Tribunal no viene obligado a instruir a los letrados sobre la oposición al allanamiento. G) Ejecución de sentencias. a) Un nuevo procedimiento de deslinde después de que una resolución judicial anulase el anterior de idéntico objeto contraviene la sentencia. b) Legitimación: la cualidad de favorecido se predica sólo de quien ha sido

parte y excluye a los que han sufrido un perjuicio o menoscabo. H) Medidas cautelares.

a) Para pedir la suspensión no basta alegar la trascendencia social de la potestad sancionadora en materia de dopaje. b) La protección de dominio público resulta prevalente en los pleitos sobre servidumbres de protección de la Ley de Costas. c) Procede mantener el *status quo* cuando se pueda afectar al modelo de representación internacional.

## INTRODUCCIÓN

La presente Crónica recoge los pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos desde el número 15 (noviembre de 2009) al número 22 (marzo de 2010) en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, entre los que merecen ser destacados los relativos a la legitimación, la ejecución de sentencias y las medidas cautelares.

### 1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

#### A) Competencia: el fuero electivo del artículo 14.1.segundo LJCA se refiere a Juzgados dentro de la circunscripción del mismo Tribunal Superior de Justicia

La **STS de 22 de mayo de 2009**, Ar. 4393, nos recuerda que es jurisprudencia reiterada, dictada en relación con el fuero electivo que regula el artículo 14.1, regla segunda, de la Ley de esta Jurisdicción, que cuando se trata de recursos contra actos de las Entidades Locales o de las Comunidades Autónomas, el expresado fuero electivo debe entenderse referido a los órganos jurisdiccionales sitos en la circunscripción del Tribunal Superior de Justicia en la que se halle también la sede del órgano autor del acto originariamente impugnado. Ello es así, tal y como ha declarado (por todas, Sentencia de 12 de junio de 2003 –cuestión de competencia núm. 43/2002–), “aunque en la demanda se invoquen sólo normas estatales, pues cuando el órgano que dictó el acto impugnado se incardina en una Comunidad Autónoma hay siempre aspectos reglados por la normativa autonómica, señaladamente los referentes a la competencia y posiblemente otros procedimentales, que potencialmente pueden ser objeto del pleito”.

Ahora bien, esta doctrina jurisprudencial no es aplicable al supuesto resuelto por la resolución que ahora nos ocupa, pues en éste no se impugnan actos dictados por órganos integrados en la Administración de una Comunidad Autónoma o de una Entidad local, sino actos emanados de órganos territoriales, la Delegación del Gobierno, de la Administración General del Estado. Siendo esto así, y al aplicarse la regla segunda del artículo 14.1 de la Ley de esta Jurisdicción al caso que se enjuicia, sin la limitación a la que antes se ha aludido, la competencia discutida corresponde al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo ante el que la entidad recurrente interpuso el recurso, ejercitando, así, la opción prevenida en la regla antes citada de la propia Ley.

### B) Objeto

#### a) La declaración de impacto ambiental es un acto de trámite a pesar de su esencialidad

Es reiterada y consolidada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, oportunamente recordada por la **STS de 29 de mayo de 2009**, Ar. 5645, que considera las Declaraciones de Impacto Ambiental como actos de trámite no susceptibles de recurso autónomo o independiente de la resolución final del procedimiento de autorización de la obra o actividad. Podemos así citar, a modo de ejemplo, las Sentencias de esta Sala de 14 de noviembre de 2008 (recurso de casación 7748/2004), 21 de enero de 2004 (recurso de casación 7021/2004), 13 de octubre de 2003 (recurso de casación 4269/1998), 11 de diciembre de 2002 (recurso de casación 3320/2001) y 17 de noviembre de 1998 (recurso de casación 7742/1997), entre otras muchas. En la última de ellas precisamente incide en que: "(...) nuestro Legislador optó por configurar la DIA como un acto administrativo que, no obstante su esencialidad, participa de la naturaleza jurídica propia de los actos de trámite, o no definitivos, pues su funcionalidad es la de integrarse en el procedimiento sustantivo, como parte de él, para que sea tomado en consideración en el acto que le ponga fin, el cual sin embargo no queda necesariamente determinado —ni en el sentido de la decisión, autorizatoria o denegatoria, ni en el del contenido de las condiciones de protección medioambiental— por la conclusión o juicio que en aquélla se haya alcanzado. Su carácter instrumental o medial con respecto a la decisión final, y su eficacia jurídica, no permiten conceptualarla como una resolución definitiva, directamente impugnabile en sede jurisdiccional. Ni tampoco conduce a ello el que la DIA sea el precipitado de unos trámites precedentes (iniciación, consultas, información al titular del proyecto, estudio de impacto ambiental, información pública, informes) ordenados procedimentalmente, pues todo ello constituye meras secuencias lógicamente necesarias o convenientes para la formación del juicio en que la DIA consiste, que no transforma su naturaleza jurídica. Ni su enorme transcendencia, también predicable de otros dictámenes, como es obvio. Ni la especialización del órgano que la emite, por la misma razón. Ni su carácter de órgano no consultivo, pues esta nota o elemento no determina por sí sola la naturaleza jurídica de la totalidad de los actos que de él puedan emanar.

Pero la obligada prevención con que ha de contemplarse todo razonamiento que conduzca a un pronunciamiento de inadmisibilidad y, por ello, al no enjuiciamiento de las cuestiones de fondo suscitadas en el proceso, demanda también una reflexión sobre la razonabilidad y compatibilidad constitucional de la conclusión alcanzada.

Nada de ello parece dudoso; lo primero, porque el control jurisdiccional directo de la DIA, no suscitado a través de la impugnación del acto final autorizatorio del proyecto, podría desenvolverse en vano, inútilmente, si tal acto final hubiera tenido un sentido denegatorio; o versar sobre unas hipotéticas ilegalidades que, sin embargo, hayan sido corregidas en la posterior actuación administrativa; o realizarse desde un prisma no necesario, si las condiciones mediambientales a las que en definitiva se sujetara el proyecto no fueran coincidentes con las que la DIA entendió que debían establecerse; y lo segundo, porque las previsiones de nuestro Ordenamiento Jurídico, entre ellas las atinentes a la tutela cautelar, no hacen necesario, pese a lo argumentado en el proceso, que el control jurisdiccional se anticipe al acto final autorizatorio, y porque siendo así que la revisión

jurisdiccional de este último es extensible a todas las partes que lo integren, y por tanto también a las determinaciones medioambientales que en definitiva hubieran resultado, claro es que ninguna situación de indefensión cabe derivar en buena lógica de la conclusión obtenida; en este sentido, no está de más señalar que esa situación de indefensión constitucionalmente proscrita no deriva en el caso de autos, para la parte recurrida, del pronunciamiento que, como ya se intuye, ha de ser alcanzado en este recurso, pues pudo en el recurso contencioso-administrativo que interpuso contra la resolución aprobatoria del proyecto de la presa deducir cualquier motivo de impugnación relacionado con la EIA y con la DIA, y pudo combatir cualquier decisión jurisdiccional que sin razón jurídica hubiera cercenado o desconocido esa facultad”.

En la citada Sentencia de 11 de diciembre de 2002 se añade, interpretando ya lo dispuesto en el artículo 25 de la actual Ley Jurisdiccional 29/98, que “(...) Aunque, efectivamente, se ha producido un cambio en relación con los actos de trámite en la anterior y nueva normativa, sin embargo, ello no influye en las consecuencias que la Ley de la Jurisdicción liga a su especial naturaleza. El artículo 37.1 de la anterior Ley de 27 de diciembre de 1956, sustraía de la declaración de inadmisibilidad a aquellos actos de trámite que ‘deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de tal forma que pongan término a aquélla (vía administrativa) o hagan imposible o suspendan su continuación’. El artículo 25 de la nueva Ley de 13 de julio de 1998, cambia la redacción y, a aquel primer supuesto de recurribilidad de los actos de trámite, agrega ‘los que producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos’, adaptándose de esta forma a los que contempla con tal naturaleza el artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. No obstante, en el supuesto aquí enjuiciado, el cambio normativo no afecta a la declaración de inadmisibilidad del recurso contra la DIA, pues ni la indefensión, ni el perjuicio irreparable, se producen desde el momento en que los titulares de derechos e intereses legítimos lesionados con la Declaración de Impacto Ambiental van a tener oportunidad de defenderlos cuando se dicte el acto aprobatorio del proyecto de obras, produciéndose la reparación de los daños sufridos en el caso de que su pretensión anulatoria prosperase. No hay indefensión ni irreparabilidad de perjuicios, aunque se retrase la defensa y reparación al momento de ese acto posterior (...)”.

Sólo como excepción se han considerado impugnables autónoma y separadamente de la resolución final del procedimiento autorizatorio de la obra o actividad, las resoluciones en las que se decide no someter a evaluación de impacto ambiental un determinado proyecto, al producir un efecto inmediato (la ausencia de evaluación), y al adoptarse con criterios propios e independientes, no integrándose en la decisión aprobatoria del proyecto (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2008 –recurso de casación 7567/2005– y 13 y 27 de marzo de 2007 –recursos de casación 1717/2005 y 8704/2004–, supuesto por tanto distinto al ahora examinado.

### **b) Son recurribles los actos relativos a fondos públicos cuya gestión se encomienda a grupos de acción local con formas propias de Derecho Privado**

Según la **STS de 22 de mayo de 2009**, Ar. 4508, tratándose de fondos públicos de naturaleza subvencional, fondos cuya gestión, si bien puede ser encomendada a determinadas

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

entidades, los Grupos de Acción Local que pueden adoptar las formas propias de Derecho Privado, tal gestión queda disciplinada por normas de Derecho Público de modo que las decisiones adoptadas al respecto son susceptibles de ser impugnadas ante las Administraciones Públicas, por lo que no cabe duda que tratamos de que la decisión cuestionada en la presente litis, en última instancia, debió traducirse en un acto de la Administración sujeto a Derecho Administrativo, cuya revisión jurisdiccional está encomendada a los órganos de este Orden Jurisdiccional (artículos 1 LJCA y 9.4 LOPJ).

### c) Pierde su objeto el recurso contra una disposición transitoria que suprime una tarifa que después es prorrogada

La **STS de 17 de abril de 2009**, Ar. 5606, analiza un supuesto en el que el recurso ha perdido en realidad su objeto. En efecto, de estimarse que concurre el defecto procedimental que se le imputa a la disposición impugnada, la falta de audiencia a los interesados en la supresión de la tarifa especial de riego mediante la Disposición Transitoria Única, la nulidad afectaría tan sólo a esta disposición transitoria. Esto sería así en la medida en que el contenido de la Disposición Transitoria Única, por su carácter concreto y específico, no afecta al del resto de la norma, como lo demuestra palmariamente el posterior aplazamiento en exclusiva de la supresión tarifaria acordada en la referida disposición transitoria.

Pues bien, tal como pone de relieve la entidad recurrente en sus alegaciones, la tarifa de riego suprimida por la Disposición Transitoria Única del Real Decreto impugnado fue prorrogada en dos ocasiones por sendas normas posteriores. Quiere esto decir que, en realidad, lo estipulado por la disposición transitoria impugnada (la supresión de las referidas tarifas de riego a partir del 1 de enero de 2007) quedó en realidad privado de eficacia después. En consecuencia, no subsiste en sus propios términos la regulación que se impugna.

## C) Legitimación

### a) Doctrina sobre la legitimación de las UTE

Las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto no constituye cuestión nueva en nuestro ordenamiento ni tampoco en nuestra jurisprudencia. Actualmente se encuentran reguladas en el artículo 48 de la Ley de Contratos del Sector Público, 30/2007, de 30 de octubre, y antes en el artículo 24 del Real Decreto Legislativo 2/2000, TRLACP, con origen en el mismo artículo de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, LCAP, más las modificaciones operadas por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre.

Coinciden en lo esencial todos los textos, al referirse a que deberán nombrar un representante o apoderado único de la unión con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta su extinción. La Ley 18/1982, de 26 de mayo, relativa al Régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de sociedades de desarrollo regional, exigía que las actuaciones se realizarán a través del Gerente, nombrado al efecto, reconociéndole una capacidad procesal que fue aceptada en la Sentencia de 26 de marzo de 1999, recurso de apelación 9533/1992,

en razón de que actuaba a través del Gerente, conforme a la letra d) del artículo 8 de la mencionada Ley 18/1982.

Es significativo que nuestro ordenamiento presenta un carácter más amplio en cuanto a la accesibilidad a los recursos jurisdiccionales que el belga, supuesto examinado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Espace Trianon y Sobibail, Asunto 129/2004. Entendió el antedicho Tribunal que una norma nacional que exija que la totalidad de los miembros de una unión temporal de empresas sin personalidad jurídica que haya participado, como tal, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público y a la que no se haya adjudicado ese contrato pueda interponer un recurso contra la decisión de adjudicación, y no sólo de sus miembros a título individual, no se opone al artículo 1 de la Directiva 89/6665/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1989, modificada por la 92/50 CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992.

Respecto a las situaciones en que impugnan actuaciones administrativas alguno de los componentes de Uniones Temporales de Empresas, existe una jurisprudencia reiterada por la **STS de 22 de junio de 2009**, Ar. 5865, que acepta la legitimación atendiendo a las circunstancias concurrentes en los distintos supuestos examinados.

El Alto Tribunal en su Sentencia de 28 de febrero de 2005 (recurso de casación 161/2002), reconoció legitimación a un empresario individual para actuar en defensa de cualquiera de los partícipes en una comunidad de bienes, en una impugnación de un acuerdo adjudicando un contrato de colaboración en la gestión tributaria municipal. Se trataba de un supuesto en que aquél comparecía en nombre de la Unión Temporal de Empresas constituida por el empresario individual más una Sociedad Limitada. Entendió la Sala que había que acoger la argumentación de que “cualquiera de los partícipes puede actuar en defensa de los derechos de una comunidad de bienes, por lo que no está justificado que se declarase por la Sentencia que no se había acreditado la legitimación de quien actuaba en interés de la UTE”.

En la STS de 11 de julio de 2006 (recurso de casación 410/2004) en su FJ 3º expresaba este Tribunal que ha reconocido legitimación para impugnar un acto que declara desierta una subasta, tras un recurso administrativo que anuló una adjudicación definitiva, a uno de sus postores (STS de 2 de enero de 2001, recurso de casación 6732/1996). También se ha ido expandiendo el concepto de interés legítimo, conforme a la doctrina contenida en la Sentencia de 1 de febrero de 2000 (recurso contencioso-administrativo 468/1997). La precitada sentencia ponía de relieve que “el supuesto de autos presenta una particularidad distinta como es que la recurrente ostentaba el 70% de una Unión Temporal de Empresas a constituir con otra sociedad.”

En las Sentencias de 13 de mayo de 2008, dictada en el recurso de casación 1827/2006, y 23 de julio de 2008, pronunciada en el recurso de casación 1826/2006, se reitera el anterior criterio. Ponien de relieve las sentencias del Tribunal Supremo, en su FJ 4º, que la demandante en instancia había insistido en que “la referida agrupación empresarial, aunque no constituida aún como persona jurídica, sí constituye una comunidad de bienes, derechos e intereses, dada la cotitularidad que ostentan sus miembros sobre los derivados del hecho de la presentación al concurso; y que la jurisprudencia reconoce legitimación activa

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

a cualquiera de los partícipes o comuneros, con la única consecuencia de que la sentencia dictada en su favor aprovecha a los demás, sin que les perjudique la adversa o contraria (en cuyo momento hizo cita de las Sentencias de este Tribunal Supremo de fechas 31 de enero de 1973, 3 de julio de 1981, 21 de enero, 23 de septiembre y 28 de octubre de 1991, 22 de mayo de 1993 y 8 de febrero y 14 de marzo de 1994); alegaciones a las que también acompañó copia notarial de la escritura pública de ‘ratificación de actuaciones’ de fecha 11 de junio de 2004, en la que las tres mercantiles agrupadas, tras relatar que cada una de ellas había interpuesto individualmente y en interés de la Agrupación su propio recurso contencioso-administrativo contra aquella resolución de 19 de abril de 2002, acordaban, en lo que ahora importa, ‘ratificar en todos sus extremos las actuaciones llevadas a cabo por ... [la actora] en el recurso ... [por ella interpuesto]’. Y remacha en el FJ 5º que ‘nuestra jurisprudencia, tanto la dictada en interpretación del artículo 394 del Código Civil, en la que cabe ver la afirmación constante de que cualquiera de los partícipes puede actuar en juicio cuando lo haga en beneficio de la comunidad y sin oposición de los restantes, como la recaída en asuntos que guardan similitud con el ahora enjuiciado, de la que son muestra, entre otras, las recientes Sentencias de fechas 28 de febrero de 2005 (recurso de casación número 161 de 2002), 11 de julio de 2006 (recurso de casación 410 de 2004) y 13 de marzo de 2007 (recurso de casación 7406 de 2004), conduce a reconocer la legitimación activa que se niega en la sentencia recurrida y, por tanto, a estimar el primero de los motivos de casación que se formulan contra ella’. La rotundidad y claridad de la jurisprudencia que acabamos de citar excusa de mayores argumentos; y más aún si la unimos a una doctrina constitucional igual de reiterada y conocida que reclama una interpretación de las normas procesales que regulan las causas de inadmisibilidad que, en lo posible, sea proclive a la mayor efectividad del derecho fundamental a la obtención de tutela judicial y que huya, así o por ello, de toda apreciación de las mismas que pueda calificarse de rigorista, o de excesivamente formalista, o que implique una clara desproporción entre los fines que esas causas preservan y los intereses que sacrifican”.

En paralelo con la citada línea, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se ha pronunciado en contra de la legitimación cuando no actúan al unísono todos los componentes de una agrupación empresarial.

La STS de 27 de septiembre de 2006 (recurso de casación 5070/2002), ha negado legitimación para recurrir la adjudicación de una concesión a dos empresas que formaron parte de una agrupación de empresas más amplia. Ambas accionan en solitario indicando que el resto de las empresas integrantes de la agrupación no han manifestado su voluntad contraria a la interposición del recurso o no han renunciado a su voluntad de concursar bajo la forma de agrupación empresarial. Ha considerado que “las empresas que integran la asociación no poseen a título individual relevancia jurídica, puesto que no han concurrido como tales al concurso” y será “la entidad colectiva la que, por libre decisión de sus integrantes, ostentará jurídicamente un interés legítimo para recurrir cualquier decisión de la administración sobre el concurso, empezando por la propia adjudicación”. Añade que se puede argumentar que “la decisión favorable o desfavorable para la agrupación de empresas afecta a sus propios intereses individuales. Pero siendo ello cierto, no basta para otorgarles la correspondiente legitimación, puesto que tal interés económico y empresarial es meramente derivado del común de la agrupación de empresas, única que ha participado en el concurso y que resulta directamente afectada por la adjudicación”.

En supuestos como los examinados en las SSTs de 28 de febrero de 2005, 11 de julio de 2006 y 13 de mayo y 23 de julio de 2008 se entiende procedente el ejercicio de acciones por uno de los miembros que componen la asociación empresarial. Presentan la particularidad de evidenciar una voluntad común de los integrantes aunque la interposición del recurso jurisdiccional fuere individual.

Sin embargo, en el supuesto objeto analizado por la sentencia que se comenta no cabe aceptar la pretensión de la recurrente respecto a que el caso concernido fuere similar al enjuiciado en la STS de 28 de febrero de 2005. Todo lo contrario. De los hechos reflejados en la antedicha sentencia no se colige la existencia de disidencia alguna entre los componentes de la agrupación temporal como aquí sí sucede. Y tales hechos no pueden ser desgajados de la sentencia cuyo quebranto se invoca.

### **b) Debe comunicarse a los colegios profesionales la tramitación de los procedimientos de homologación de títulos**

La **STS de 9 de junio de 2009**, Ar. 5771, reitera la doctrina de su Sentencia de 20 de julio de 2006 que reconoció que el Consejo recurrente tenía en el procedimiento de homologación del título un interés indirecto. La Sentencia a la que nos referimos cuando examinamos el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se refiere a la letra c) de dicho precepto y apartado y dice que la Ley considera interesados a aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva, y concluye, en ese sentido, afirmando que el Consejo no se personó, por lo que no había que notificarle la resolución que en el procedimiento recayera. En igual sentido se pronuncia el artículo 34 de la Ley 30/1992, que se refiere a la identificación de interesados cuando dispone que “Si durante la instrucción de un procedimiento que no haya tenido publicidad en forma legal, se advierte la existencia de personas que sean titulares de derechos o intereses legítimos y directos cuya identificación resulte del expediente y que puedan resultar afectados por la resolución que se dicte, se comunicará a dichas personas la tramitación del procedimiento”.

La conclusión aparentemente en este supuesto sería idéntica en principio a la que allí alcanzamos, en tanto que podríamos entender que el Colegio o el Consejo respectivo que pudiera resultar afectado por la resolución que se dicte no sería titular de un interés legítimo directo sino indirecto, y por ello no tendría que ser llamado al proceso. Sin embargo, esa conclusión es errónea porque los Consejos o los Colegios de acuerdo con lo dispuesto por el núm. 2 del artículo 31 de la Ley 30/1992 son titulares en cuanto organizaciones representativas de intereses económicos y sociales de intereses legítimos colectivos en los términos que la ley reconozca y en el caso de las Corporaciones Profesionales la Ley de Colegios Profesionales, Ley 2/1974, de 13 de febrero, considera en su artículo 1.3 que “son fines esenciales de estas Corporaciones la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación exclusiva de las mismas y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados” y entre sus funciones el artículo 5.g) les otorga la de “ostentar en su ámbito la representación y defensa de la profesión ante la Administración... Tribunales... y particulares, con legitimación para ser parte en cuantos litigios afecten a los intereses profesionales”.

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

Como es lógico en supuestos como el presente se trata de defender por el Consejo intereses colectivos que trascienden al individual de cada profesional, y que interesan a todos, como son los intereses propios de una profesión como tal, en cuyo caso ese interés no es un interés indirecto sino directo del Colegio o Consejo, lo que obligaría a la Administración de acuerdo con el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común a comunicar a dichas personas jurídicas la tramitación del procedimiento, puesto que es obvio que pueden resultar afectados por la resolución que se dicte. Esta solución no pugna con el principio de seguridad jurídica sino que lo refuerza porque la intervención en el expediente de quienes son titulares de ese interés legítimo y directo evitaría situaciones no deseadas como las detectadas en los supuestos que hemos examinado en las Sentencias anteriores referidas y en esta misma. En consecuencia es claro que los Colegios o Consejos son interesados directos en estos procedimientos y deben ser emplazados en ellos cuando se trate de homologar títulos que afecten a la profesión regulada y titulada que cada uno represente.

### **c) El Consejo General de Colegios Oficiales de Procuradores de los Tribunales tiene interés directo en los procedimientos de otorgamiento de títulos de procurador**

La **STS de 7 de mayo de 2009**, Ar. 5610, nos recuerda una cuestión que ya fue resuelta en sentencias de esta Sala y Sección, de fecha 5 de marzo de 2009, dictadas en los recursos de casación núms. 3251/2008 y 3228/2008, cuyo objeto coincide con el del recurso que ahora nos ocupa y en las que se declaraba que “El criterio del Consejo recurrente, en cuanto defiende su interés legítimo y directo, coincide, no con el criterio jurisprudencial vigente al tiempo de la interposición del recurso y que se aplica en la sentencia recurrida, pero sí con el que se desprende de sentencias de esta Sala posteriores al dictado de aquélla, que revelan un cambio jurisprudencial significativo, y ya consolidado, en la consideración como interesados de los Consejos y Colegios profesionales en los procedimientos administrativos de concesión y homologación de títulos, que condiciona de manera determinante el juicio sobre la corrección del procedimiento administrativo cuestionada en la instancia.

Nos referimos a las Sentencias de esta Sala de 20, 21, 22 y 23 de mayo, en los recursos de casación 797, 2044, 3084, 4374 de 2007, interpuestos el primero por el Colegio de Caminos, Canales y Puertos, y los tres restantes por el Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, que casaron las Sentencias de instancia, dictadas por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que declararon inadmisibles los recursos interpuestos por las Corporaciones citadas, apoyándose para ello en las mismas Sentencias de esta Sala de 20 de julio y 27 de septiembre de 2006 que aplica la sentencia recurrida. El cambio jurisprudencial está basado en una reconsideración del interés de dichos Consejos y Colegios en los procedimientos que afecten a los intereses profesionales, cambio que la Sentencia de 23 de mayo de 2008 (recurso de casación 4374/2007) expresa con claridad, explicando las razones que lo justifican.

En consecuencia, la sentencia reconoce que el Consejo General de Colegios Oficiales de Procuradores de los Tribunales de España tiene un interés no sólo legítimo sino también directo, en los procedimientos de otorgamiento de títulos de Procurador, en los que la Administración, de acuerdo con el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico de las Ad-

ministraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, debió comunicar a dicha entidad la tramitación del procedimiento y debió cumplir con ella el trámite de audiencia y notificarle su resolución.

**d) Carece de legitimación una asociación de sociedades de externalización de procesos para recurrir una norma que modifica el Reglamento notarial**

La legitimación en el orden contencioso-administrativo, superando el concepto de interés directo a que se refería el artículo 28 de la LJCA de 1956, viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo [artículo 24.1 CE y artículo 19.1.a) de la Ley 29/1998] que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (S. 29 de junio de 2004). Como indica la Sentencia de 19 de mayo de 2000, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión “interés legítimo”, utilizada en el artículo 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de “interés directo, ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (Sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (Sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992 y 143/1994 y ATC 327/1997).

En tal sentido y como recoge la Sentencia de 23 de mayo de 2003, “la amplitud con la que la jurisprudencia viene interpretando el artículo 28.1.a) de nuestra Ley Jurisdiccional [la referencia debe entenderse ahora hecha al artículo 19.1.a) de la nueva Ley de la Jurisdicción 29/1998] por exigencias del artículo 24.1 CE, y la sustitución del concepto de interés directo por el de interés legítimo, no llega hasta el extremo de que no se condicione en todo caso la legitimación a la existencia de un interés real. Por decirlo con palabras del Tribunal Constitucional (STC 143/1987) el interés legítimo, al que se refiere el artículo 24.1, ‘equivale a titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta’ (SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988 y 97/1991, entre otras)”.

Pues bien, tratándose de la impugnación de disposiciones generales que afectan a intereses profesionales, como señala la Sentencia de 4 de febrero de 2004 y reitera ahora la STS

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

**de 19 de mayo de 2009**, Ar. 4628, la jurisprudencia reconoce legitimación a los profesionales y a las entidades asociativas cuya finalidad estatutaria sea atender y promover tales intereses, pero “exige, sin embargo, que tengan carácter de afectados, en el sentido de que su ejercicio profesional resulte afectado por el reglamento impugnado (Sentencias, entre otras, de 24 de febrero de 2000, 22 de mayo de 2000, 31 de enero de 2001, 12 de marzo de 2001 y 12 de febrero de 2002)”. Añadiendo la misma sentencia, con referencia a la de 12 de marzo de 2001 que “cuando se impugna la totalidad o varios preceptos de un reglamento, la legitimación debe entenderse restringida a la impugnación de aquellos preceptos de la disposición general que afecten directamente al profesional recurrente o a los intereses profesionales representados por la asociación que ejercita la acción”.

Desde estas consideraciones, si se tiene en cuenta el objeto de Real Decreto 45/2007 que se impugna en la resolución que aquí se comenta, que se refleja en la exposición de motivos cuando señala que las modificaciones se pueden agrupar en tres bloques: estatuto del notario; formas documentales y prestación de la función pública notarial, y organización corporativa del Notariado, no resulta fácil establecer una relación general entre el contenido de la norma y los intereses empresariales que la Asociación recurrente señala como cometido principal, “externalización de procesos del circuito hipotecario en las entidades financieras”, objeto o fin de la Asociación que resulta más amplio y genérico en sus estatutos, en los que se habla de representación y defensa de los intereses de los propietarios societarios y, en general, defensa de los legítimos intereses de los asociados, coordinar las actividades de las Sociedades miembros, servir de nexo de unión entre ellas, para mantener contactos e intercambios de información, asumir su representación para la consecución de sus objetivos ante las entidades públicas y privadas, establecer contactos con Sociedades y entidades afines, toda clase de informes que mejoren la prestación de los procesos y servicios externos para una mayor eficacia y desarrollo de la actividad empresarial; señalando como actividades para el cumplimiento de estos fines: promover las actuaciones de sus asociados, la representación ante los organismos del Estado y las autoridades que procedan, de los intereses de las sociedades de externalización de procesos y servicios, especialmente referidos a la manifestación colectiva de su significado empresarial y de las repercusiones sociales que dicha actividad conlleva, colaborar en la mejor organización y realización de actividades de las Sociedades miembros, ofertar al mercado empresarial toda clase de estudios sobre la externalización de procesos y servicios vinculados a su actividad específica y promover campañas de información pública de servicios externos para la defensa de las situaciones de controversia que incidan en el desarrollo de su actividad. Por ello no puede hablarse de una legitimación general para la impugnación del Real Decreto 45/2007, sino que habrá de examinarse si ésta concurre respecto de concretos preceptos que afecten a los intereses empresariales a que se refiere la recurrente y que trata de defender en el pleito.

### D) Procedimiento

#### a) Plazos: la fecha en que el titulado solicitó el alta en la corporación corporativa es cuando se tuvo conocimiento de la homologación que se combate

La **STS de 9 de junio de 2009**, Ar. 5771, analiza un supuesto en el que se impugna una Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 1 de julio de 1991 que homologó el títu-

lo argentino de Técnico Constructor obtenido por el recurrente en una Escuela Industrial de una Universidad Argentina al título español de Arquitecto Técnico.

Lo primero es determinar cuándo se inicia el cómputo de los plazos de impugnación para el Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España. Al respecto y a falta de la notificación formal de la Orden de homologación en el momento en que se produjo, ha de estarse a las previsiones del artículo 58 de la Ley 30/1992 que, para el caso de las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto no reúnan los requisitos establecidos al efecto, dispone que surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto de que se trate.

En este caso, el Consejo recurrente entiende que tal momento ha de identificarse con el acuerdo relativo a la interposición del recurso de reposición, sin embargo, consta en las actuaciones que el interesado presentó su solicitud de colegiación ante el correspondiente Colegio en otra fecha, con la que acompañó, entre otros documentos, la referida Orden de homologación y el título de Arquitecto obtenido en la Universidad extranjera, y que dicha solicitud y la documentación que la acompañaba se remitió por el citado Colegio al Consejo Superior el mismo día, e incluso documentación complementaria el día siguiente, reconociéndose por dicho Consejo que se recibió el expediente de solicitud en el mismo día, lo que significa que en tal fecha ya tenía conocimiento de la Orden de homologación en su totalidad y del título homologado y sus circunstancias, por lo que ha de entenderse que el plazo para formular la correspondiente impugnación ha de computarse, al menos, desde tal fecha, en cuanto estaba en disposición de fundamentar el recurso en las mismas condiciones que lo hizo posteriormente, con suficiente conocimiento del acto impugnado y sus circunstancias.

La doctrina *pro actione* no puede conducir a que se eludan el cumplimiento de los plazos procesales. Y, como expresa la Sentencia de 16 de enero de 2006 (recurso de casación 1871/2000), en que la parte recurrente era la misma que aquí recurre “nos encontramos en un proceso en el que se discute la legalidad de una actuación administrativa por quien no fue parte en el procedimiento que condujo a ella. Ciertamente, no se niega la legitimación que le asiste al Colegio en la medida en que defiende los intereses que la ley le confía. Pero que el ordenamiento jurídico le habilite para impugnar aquellos actos que considere contrarios a Derecho y lesionen esos intereses profesionales tan pronto tenga conocimiento de ellos si es que no se le han notificado, no significa que pueda hacerlo en cualquier momento. Al contrario, tal singularidad obliga a comprobar con especial cuidado la concurrencia de los requisitos a los que está sometido el recurso. Entre ellos, el cumplimiento de los plazos y de los hechos que determinan su cómputo”. En el caso de autos el plazo corre desde que se toma conocimiento de la homologación mediante la solicitud de colegiación. Pretender que se inicie desde el momento en que se reúne el pleno de la Corporación colegial significaría quebrar la garantía y seguridad jurídica que comporta el establecimiento de plazos para recurrir marcados por la ley.

### b) La posibilidad de rehabilitación de plazos no rige para preparar o interponer recursos

Nos recuerda la **STS de 22 de junio de 2009**, Ar. 4669, que es doctrina del Tribunal Supremo (expresada, entre otras, en Sentencia de 24 de marzo de 1997, recurso de casación 7517/1995 y en Autos de 30 de abril de 2001, recurso de casación 5177/2000; de 20 de marzo de 2003, recurso de queja 308/2002; de 19 de febrero de 2004, recurso de queja 277/2002) que la posibilidad de rehabilitación de plazos que, por excepción al principio de su improrrogabilidad establece el artículo 128.1 de la LJCA 29/1998, no rige, como expresamente consigna, en los plazos “para preparar o interponer recursos”, y que participan en esta última naturaleza los plazos concedidos para subsanar los defectos de los escritos de interposición de los recursos, cosa que ocurre en el caso de autos, en que se dio el de 10 días a la parte recurrente para que subsanara el defecto de representación del Procurador, sin que lo hiciera en ese tiempo, por lo que la Sala obró ajustadamente a Derecho al decretar el archivo del recurso y al no tener por presentado el poder cuando lo fue al notificársele el auto de archivo, es decir, extemporáneamente.

### c) Notificaciones: el TEAC viene obligado a respetar el domicilio fijado por el reclamante

Según la **STS de 30 de junio de 2009**, Ar. 5811, señalado un domicilio ante el Tribunal Económico-Administrativo Central para notificaciones, el intento infructuoso en él, por resultar desconocido según un empleado de la Oficina de Correos, que no firma ni se identifica en el aviso de recibo, no permitía dirigir el segundo intento de notificación a otro domicilio distinto en el que resultó ser también desconocido, dando lugar a la notificación edictal.

El artículo 48 del Reglamento de procedimiento de las reclamaciones económico-administrativas de 1996, ahora derogado por el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, disponía que “en el primer escrito que se presente en cada reclamación económico-administrativa, en cualquiera de sus instancias, habrá de expresarse necesariamente el domicilio en que deban hacerse las notificaciones, teniéndose por bien practicadas las que se verifiquen en dicho domicilio mientras no se haya acreditado en el expediente la sustitución de aquél por medio de escrito o de comparecencia personal suscrita por el interesado o apoderado”. Por su parte, el artículo 83 del citado Reglamento, al regular la forma de las comunicaciones, disponía que “Las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos se realizarán en algunas de las formas siguientes, enumeradas por orden de prelación: a) En las oficinas del órgano que haya dictado el acto correspondiente, si el interesado o su representante comparecieren al efecto en dichas oficinas. b) En el domicilio designado para notificaciones conforme al artículo 48 de este Reglamento. c) En el domicilio del interesado, de su representante legal o de su apoderado que de otro modo constare en el expediente o fuera conocido. d) Por medio de anuncios, cuando el interesado sea desconocido o no se sepa su domicilio, por haber dejado el que conste en el expediente o se ignore su paradero por cualquier motivo. También se hará la notificación por medio de anuncios cuando por cualquier causa justificada no se hubiese podido practicar en alguna de las formas previstas en los apartados anteriores”. Este orden de prelación de las distintas formas de notificación no suponía que tuviera que seguirse

una tras otra hasta llegar a la notificación edictal, sino que el Reglamento confería a los reclamantes la posibilidad de optar por las distintas formas.

En este caso, al haber elegido el reclamante un determinado domicilio, el TEAC venía obligado a respetar ese domicilio, en tanto no le fuera comunicado otro distinto. Así lo entendió el propio TEAC, en un primer momento, al dirigir el primer intento de notificación al domicilio designado por el interesado en la reclamación, pero al ser devuelta por desconocido, decidió hacerlo en el domicilio que figuraba en el documento de pago, a pesar de que en el acuse de recibo no constaba la firma ni el número de identificación del empleado del operador postal, con claro incumplimiento de lo que disponía el Reglamento regulador de la prestación de los servicios postales, aprobado por el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, cuyo artículo 43 establecía que en los supuestos de notificaciones con un intento de entrega, entre los que figuraba que el destinatario de la notificación fuera desconocido, “el empleado del operador postal hará constar en la documentación correspondiente la causa de la no entrega, fecha y hora de la misma, circunstancias que se habrán de indicar en el aviso de recibo que, en su caso, acompañe a la notificación, aviso en el que dicho empleado del operador postal hará constar su firma y número de identificación”.

Al modificar el domicilio el TEAC, a efectos de notificaciones, incurrió en un vicio de procedimiento, dado el carácter imperativo del artículo 48 del Reglamento de procedimiento, máxime cuando el primer intento de notificación no podía surtir efectos por los defectos en que incurrió el empleado de la Oficina Postal, lo que hacía necesaria una nueva notificación, al objeto de agotar las posibilidades de comprobar si efectivamente el destinatario resultaba desconocido en el domicilio designado, antes de efectuar la notificación edictal. En contra no cabe alegar que la normativa no obligaba a un segundo intento en el mismo domicilio designado cuando el destinatario resulta desconocido y, que pese a ello, y sin estar expresamente establecido, el TEAC intentó por segunda vez la notificación, siguiendo el orden de prelación que señalaba el artículo 83 del Real Decreto 391/1996, pues siendo incorrecta la primera notificación resultaba preciso estar al domicilio designado en la reclamación.

#### **d) Cuando se alega la falta de presentación del acuerdo para litigar y de los poderes de representación sólo es exigible el requerimiento de subsanación si se produce indefensión**

El artículo 45.3 de la LJCA 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. Como señala la **STS de 13 de mayo de 2009**, Ar. 4363, de él no cabe derivar como efecto jurídico una de presunción de validez de la comparecencia cuando el Juzgado o la Sala no hacen aquel

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

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 LJCA, 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.

Sin desconocer que el 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), la sentencia comentada señala que el 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 la 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 proscri-

ta en el artículo 24.1 de la Constitución. Situación que debe ser descartada en un supuesto como éste 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.

**e) Se proscriben las decisiones de inadmisión rigoristas que supongan una clara desproporción entre sus fines y los intereses sacrificados**

La **STS de 9 de junio de 2009**, Ar. 4537, reitera una vez más, con cita de la reciente que “Es jurisprudencia reiterada de este Tribunal que ‘el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el de obtener una resolución fundada en Derecho sobre el fondo de las cuestiones planteadas, sea o no favorable a las pretensiones formuladas, si concurren todos los requisitos para ello. De ahí que sea también respetuosa con este derecho fundamental una resolución judicial de inadmisión o de desestimación por algún motivo formal, cuando concurra alguna causa de inadmisibilidad y así lo acuerde el Juez o Tribunal en aplicación razonada de la misma (SSTC 71/2002, de 8 de abril, FJ 1º; 59/2003, de 24 de marzo, FJ 2º; 114/2004, de 12 de julio, FJ 3º; 79/2005, de 4 de abril, FJ 2º; 221/2005, entre otras muchas)’ (STC 33/2008, de 25 de febrero, FJ 2º). También hemos afirmado de forma constante que ‘si bien el derecho a obtener una resolución de fondo se extiende tanto al ámbito del acceso a la jurisdicción como al del acceso al recurso, el alcance de este derecho no es el mismo en la fase inicial del proceso, una vez conseguida una primera respuesta judicial a la pretensión, que ‘es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial para acceder al sistema judicial’ (STC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5º), que en las sucesivas fases de recursos que puedan interponerse contra esa decisión (STC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5º)’ (SSTC 221/2005, de 12 de septiembre, FJ 2º; 33/2008, de 25 de febrero, FJ 2º). Por ello, en el acceso a la jurisdicción, se proscriben no sólo la arbitrariedad, irrazonabilidad o el error patente, sino también ‘aquellas decisiones de inadmisión –o de no pronunciamiento sobre el fondo– que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas de inadmisión –o no pronunciamiento sobre el fondo– preservan y los intereses que sacrifican (entre otras muchas, SSTC 27/2003, de 10 de febrero, FJ 4º; 3/2004, 14 de enero, FJ 3º; 79/2005, de 2 de abril, FJ 2º)’ (SSTC 133/2005, de 21 de mayo, FJ 2º; 33/2008, de 25 de febrero, FJ 2º)”.

**f) No hay obligación de contestar a una petición planteada por primera vez en el trámite de conclusiones**

La **STS de 27 de abril de 2009**, Ar. 4502, reconoce que no había obligación de contestar a una petición planteada por primera vez en el trámite de conclusiones, sin que resulte aplicable aquí y ahora la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 85/2006. Allí el silencio judicial se produjo en relación con una cuestión oportunamente esgrimida por los demandantes al ampliar la demanda a la vista de un expediente administrativo del que no se les había dado traslado al tiempo de formularla, pretensión que después fue reiterada en conclusiones (véase su fundamento 6º). Claramente se observa la diferencia

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

entrambos supuestos, ya que en el analizado por la mencionada sentencia la pretensión que no obtuvo respuesta fue articulada en el momento adecuado en la fase alegatoria del proceso, mientras que en el actual lo fue indebidamente, cuando ya la delimitación del debate estaba clausurada, planteándose en conclusiones una cuestión que, además, no derivaba de los términos en los que el diálogo procesal se suscitó.

### **E) Sentencias: ante la apreciación por el juez de motivos susceptibles de fundar el recurso o su oposición, debe someterlos a la consideración de las partes**

Desde la STC 20/1982, de 5 de mayo, el Tribunal Constitucional ha declarado que si se produce una completa modificación de los términos del debate procesal puede darse una vulneración del principio de contradicción y por ende del fundamental derecho de la defensa, pues la sentencia ha de ser dictada tras la existencia de un debate y de una contradicción, y sólo en esos términos dialécticos es justo el proceso y justa la decisión que en él recae (FFJJ 1º y 2º). En la STC 177/1985, de 18 de diciembre, el Tribunal Constitucional precisó que se debe atender a los términos en que las partes han formulado sus pretensiones en la demanda y en los escritos esenciales del proceso, configurando las acciones y excepciones ejercitadas, constituyendo la desviación que suponga una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal que represente por su contenido una vulneración del principio de contradicción y, por lo tanto, del fundamental derecho de defensa, una lesión del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva sin indefensión (FJ 4º).

No quiere ello decir que el Juez o Tribunal tenga vedado utilizar su potestad, expresada tradicionalmente en los axiomas *iura novit curia* y *narra mihi factum, dabo tibi ius*, que le permiten no ajustarse estrictamente a los argumentos jurídicos utilizados por las partes al motivar las sentencias, pudiendo apoyarse en razones de carácter jurídico distintas pero que conduzcan a la propia decisión de aceptar o rechazar las pretensiones cuestionadas, y que el principio procesal plasmado en los indicados aforismos permite al Juez fundar el fallo en las normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocadas por los litigantes, pudiendo así recurrir a argumentaciones jurídicas propias distintas de las empleadas por ellos, si conducen a aceptar o rechazar las pretensiones deducidas o los motivos planteados (desde la inicial STC 20/1982, de 5 de mayo, FJ 2º, STC 116/2006, de 24 de abril, FJ 8º y STC 44/2008, de 10 de marzo, FJ 2º).

La anterior reflexión cobra especial relevancia en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la cual es su propia norma reguladora (artículo 43 LJCA de 1956) la que ordena a los Tribunales de esta jurisdicción que fallen “dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición”, mandato este redactado en términos semejantes en el artículo 33 LJCA de 1998, al ordenar que el enjuiciamiento se produzca “dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición”.

Constituye doctrina de esta Sala expresada en la Sentencia de 3 de diciembre de 2004 dictada en el recurso de casación 3506/2001 y reiterada ahora por la **STS de 16 de junio de 2009**, Ar. 4643, que los artículos 33.2 y 65.2 LJCA tienden a conceder una cierta

libertad al juzgador para motivar su decisión siempre que someta previamente a la consideración de las partes los nuevos motivos o cuestiones para salvaguardar los principios de contradicción y congruencia. Pues, como recuerda en una Sentencia de este Tribunal de fecha 27 de marzo de 1992, para que los Tribunales de este orden jurisdiccional puedan tomar en consideración nuevos motivos, no alegados por las partes, es preciso, so pena de incurrir en incongruencia, que los introduzcan en el debate, ya en el trámite de vista o conclusiones –artículo 79.1 y 2 de la Ley Jurisdiccional–, ya en el momento inmediatamente anterior a la Sentencia, siendo indiferente a estos efectos la naturaleza de tales motivos, de mera anulabilidad o de nulidad absoluta, pues sólo así queda debidamente garantizado el principio de contradicción.

Los artículos 43 de la Ley Jurisdiccional de 1956 y 33 de la nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esta Jurisdicción, refuerzan la exigencia de congruencia en este orden jurisdiccional al exigir no sólo que los Tribunales juzguen dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes sino de las alegaciones o motivos que fundamentan el recurso y la oposición conformando así la necesidad de que la Sentencia en su *ratio decidendi* se mantenga dentro de los términos en que el debate se ha planteado por las partes, sin que en su fundamentación se introduzcan motivos que, no habiendo sido alegados por las partes, resulten determinantes del pronunciamiento de la Sentencia, privándolas de formular las alegaciones y ejercitar su defensa respecto de aspectos fundamentales que quedan así al margen del necesario debate procesal que exige el principio de contradicción. Como consecuencia de tal previsión, los mismos artículos 43 y 33 citados, establecen seguidamente que, ante la apreciación por el Juez o Tribunal, al dictar Sentencia, de la existencia de posibles motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, debe someterlos a la consideración de las partes a fin de que puedan formular las alegaciones que estimen convenientes, restableciendo así el debate procesal en salvaguarda de la necesaria contradicción. Y se manifiesta que la resolución del proceso, con fundamento en tales motivos no invocados por las partes, sin someterlos previamente a la consideración de éstas, constituye una infracción procesal cuya apreciación en casación supone la retroacción de actuaciones para su subsanación.

#### **F) Allanamiento: el Tribunal no viene obligado a instruir a los letrados sobre la oposición al allanamiento**

La **STS de 17 de junio de 2009**, Ar. 4649, recuerda que el Tribunal no viene obligado, ni en la Ley de 1956 ni en la de 1998, a instruir a los letrados de los codemandados sobre qué infracciones manifiestas del ordenamiento jurídico pueden alegar si quieren oponerse al allanamiento de la Administración demandada. No existe tal obligación y mucho menos procederá aquel trámite cuando el propio Tribunal no aprecia por su parte que exista ninguna de ellas. Los letrados podrán, obviamente, hacer las alegaciones que estimen oportunas sobre la ilegalidad del acto al que se allana la Administración, pero no pueden exigir del Tribunal que se las sugiera o indique, para suplir su actuación profesional.

### G) Ejecución de sentencias

#### a) Un nuevo procedimiento de deslinde después de que una resolución judicial anulase el anterior de idéntico objeto contraviene la sentencia

En la **STS de 17 de junio de 2009**, Ar. 4656, se plantea que el Tribunal *a quo* contradice los términos del fallo por cuya ejecución debe velar [artículo 87.1.c) de la Ley Jurisdiccional], al persistir en el archivo de las actuaciones, a pesar de que la Administración de Costas ha resuelto incoar un procedimiento de deslinde de las salinas, que en la sentencia firme la misma Sala declaró que no pertenecían al demanio marítimo-terrestre, decisión que la recurrente considera encaminada exclusivamente a eludir el cumplimiento de dicha sentencia y, por tanto, tacha de nula de pleno derecho esta resolución, según lo dispuesto en el artículo 103.4 de la LJCA, atribuyendo a la Sala de instancia la vulneración no sólo de este precepto sino también del artículo 24 de la Constitución, por demorar la ejecución definitiva de la sentencia, y del artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial porque, en contra de lo declarado por el Tribunal *a quo*, la petición formulada por la recurrente no persigue un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él sino evitar que se eluda el cumplimiento de una sentencia firme.

La decisión de la Administración de Costas de iniciar un nuevo procedimiento de deslinde de las salinas, después de haber dejado sin efecto expresamente el anulado por dicha sentencia en cumplimiento de ésta, hay que admitir que razonablemente haga entender a la entidad mercantil, favorecida por aquella sentencia anulatoria, que la decisión administrativa pretende eludir su cumplimiento, cuya pretensión no cabe acallar con el argumento de que no se pidió en tiempo la revisión de la diligencia de ordenación que tuvo por archivadas las actuaciones al entender que había sido completamente ejecutada la sentencia.

Lo planteado por la entidad recurrente ante la Sala de instancia, cualquiera que fuese el estado de la ejecutoria, se contempla en el apartado 5 del artículo 103 de la LJCA, que impone al órgano jurisdiccional, a quien corresponda la ejecución, incoar el procedimiento previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 109 de la LJCA para, después de haberse sustanciado éste por sus trámites, decidir si los actos de la Administración van encaminados a eludir el cumplimiento de la sentencia, por lo que deben ser declarados nulos de pleno derecho.

#### b) Legitimación: la cualidad de favorecido se predica sólo de quien ha sido parte y excluye a los que han sufrido un perjuicio o menoscabo

La **STS de 11 de mayo de 2009**, Ar. 4359, aborda la cuestión medular sobre la legitimación para promover el incidente de ejecución provisional. La ejecución provisional de las sentencias comporta anteponer su ejecución a su firmeza, es decir, alterar el orden secuencial lógico que vendría dado por la firmeza de la sentencia primero y tras la misma ejecutar la decisión en sus propios términos, después. Evitando, de este modo, que pudieran producirse situaciones irreversibles que pudieran comprometer la ejecución definitiva. En atención a la finalidad expuesta, esta alteración del orden en la ejecución –cumpliendo el fallo de modo anticipado a su firmeza– se sujeta a una serie de exigen-

cias, que ponen de manifiesto las garantías y prevenciones que han de observarse en esta materia y que se relacionan en el artículo 91 de la LJCA. Entre otros requisitos que no hacen al caso, la ejecución provisional ha de instarse por aquellos legalmente legitimados. Y se encuentran legitimados, a tenor de lo dispuesto en el artículo 91.2 de la LJCA “las partes favorecidas por la sentencia”, pues sólo ellas “podrán instar su ejecución provisional”. La cuestión, por tanto, se traslada a resolver qué debemos entender por “partes favorecidas por la sentencia”. La expresión de “partes favorecidas” hace referencia a una doble cualidad. De un lado, que forzosamente ha de tratarse de quien ha sido una “parte” en el proceso. Y, de otro, que esa parte procesal ha resultado “favorecida” o beneficiada, por lo decidido en la sentencia. Por “parte” procesal entendemos aquellos que discuten acerca de la conformidad de una pretensión con el ordenamiento jurídico, es decir, los que formulan y frente a los que se formula la pretensión objeto del proceso.

Pues bien, si esto es así, la resolución comentada concluye que la parte ahora recurrente no tiene la cualidad que exige nuestra Ley Jurisdiccional para instar la ejecución provisional, pues no fue parte en el proceso en el que se dicta la sentencia cuya ejecución provisional pretende. La recurrente, por tanto, no tiene la cualidad de parte en el recurso contencioso-administrativo en el que recae la sentencia cuya ejecución provisional pretende, por lo que no podemos examinar si, además, resulta favorecida. Baste con señalar que la cualidad de “favorecida”, que se predica sólo de quien ha sido “parte”, excluye a los que han sufrido un perjuicio o menoscabo, para centrarse en los que han experimentado un beneficio o favor del que carecían antes de la sentencia.

La referencia al artículo 72.2 de la LJCA tampoco puede servir de base para apartarnos de cuanto hemos expuesto en el fundamento anterior, pues su aplicación se encuentra limitada a la ejecución definitiva, por su conexión con el artículo 104 de la citada Ley Jurisdiccional, pero no a los casos de ejecución provisional que encuentran en el artículo 91 de tanta cita una regulación propia y singular. Obsérvese que el artículo 72 que regula los efectos de las sentencias, cuando se refiere, en el apartado 2, a las que anulen una disposición o acto nos indica que producirán efectos para “todas las personas afectadas”. La expresión “personas afectadas” no puede ser asimilada a la de “parte favorecida”. Así es, la segunda expresión contenida en el artículo 91.2 de la LJCA alude a una cualidad de la que carece la primera, pues la persona no se identifica con la “parte” que suma a aquella su posición concreta en el proceso. Además, la persona “afectada” o concernida del artículo 72.2 alude a un término neutro que comporta que los efectos de la sentencia le alcanzan, ignorándose en qué sentido le afectan, mientras que el artículo 91.2 de la LJCA es sustancialmente diferente, porque nos pone de relieve el beneficio que experimenta la parte, al indicarnos que ha sido “favorecida” por la sentencia.

Las diferencias que acabamos de exponer ponen de relieve que el caso examinado versa únicamente sobre el alcance del artículo 91.2 de la LJCA, y, por tanto, resulta ajeno a lo resuelto por la Sala en Sentencia del Pleno de 7 de junio de 2005 (recurso de casación 2492/2003) que comparaba los incisos primeros de los números 2 y 3 del artículo 72 de la LJCA a los efectos de la ejecución definitiva. Téngase en cuenta que la legitimación en tales casos es más amplia, por aplicación de los artículos 72 y 104 de la LJCA, pues se trata

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

de garantizar que la decisión judicial se cumpla...”. Pues bien, es claro que las consideraciones que acabamos de transcribir son enteramente trasladables al caso que nos ocupa.

### H) Medidas cautelares

#### a) Para pedir la suspensión no basta alegar la trascendencia social de la potestad sancionadora en materia de dopaje

Tratándose de una sanción que suspende o priva al actor de la licencia federativa por un período de dos años, claro es que su ejecución daría lugar a una situación irreversible, sólo reparable, si la sentencia futura fuera estimatoria, mediante la correspondiente indemnización económica. Pero la obtención de ésta no es lo que persigue prioritariamente el recurso interpuesto en el caso de la **STS de 6 de mayo de 2009**, Ar. 5609, pues su finalidad legítima es, antes o más bien, no soportar o sufrir de modo irreversible una sanción que la parte reputa injusta. Por tanto, no comparte la Sala el argumento de aquel primer motivo de casación de que el requisito expresado a través del concepto “pérdida de la finalidad legítima del recurso” sea de difícil apreciación “si cabe la reparación económica que sustituya al bien lesionado y su pérdida”.

A su vez, siendo cierto que el interés público exige que la sanción sea ejecutada, lo es también que en el concreto caso de autos no llega a percibirse que tal interés exija que lo sea ya, urgentemente, sin esperar el tiempo preciso para que el órgano judicial pueda pronunciarse sobre la acomodación a Derecho de la sanción impuesta. De ahí que la valoración o ponderación de los intereses en conflicto que trasluce la decisión de la Sala de instancia no pueda reputarse infundada o irrazonable. En este orden de ideas, acierta dicha Sala al transcribir como de aplicación al caso el razonamiento que expresó el Tribunal Supremo cuando dijo en su Sentencia de 28 de junio de 2000, dictada en el recurso de casación 9843/1998, que “(...) para impedir la suspensión no basta alegar la trascendencia social que tiene la potestad sancionadora en materia de dopaje en el deporte. Si esto fuera suficiente, quebraría en este ámbito el derecho a la tutela cautelar, que es una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva. Como se señala con acierto en el auto recurrido, es precisa una lesión más específica al interés general, que derive de la aplicación de la sanción en este caso concreto (...)”.

#### b) La protección de dominio público resulta prevalente en los pleitos sobre servidumbres de protección de la Ley de Costas

La **STS de 10 de junio de 2009**, Ar. 5772, analiza un supuesto cuyo objeto es decidir si la superficie, a la que se extiende la servidumbre de protección de cien metros, era ya urbana a la entrada en vigor de la Ley de Costas, como afirma dicha Administración recurrente con la finalidad de que se reduzca dicha servidumbre a veinte metros, o no lo era, como sostiene la Administración del Estado que solicitó la medida cautelar de suspensión, por lo que la extensión de la superficie de servidumbre de protección han de ser los cien metros que señaló el deslinde del demanio marítimo-terrestre.

De no suspenderse provisionalmente, mientras se sustancia el pleito, la declaración de áreas urbanas de los asentamientos, las Administraciones urbanísticas competentes estarían facultadas para ejercer sus atribuciones en atención al carácter urbano del suelo con consecuencias irreversibles para la protección del demanio marítimo-terrestre que con la servidumbre de protección en esa extensión superficial se busca, y, por consiguiente, acierta la Sala de instancia cuando insiste en que, de lo contrario, la franja de costa de 80 metros, a partir de los 20 metros de servidumbre, quedaría desprotegida permitiéndose actuaciones contrarias a la finalidad perseguida con ella.

Tampoco tiene razón la Administración recurrente cuando imputa a la Sala de instancia haber llevado a cabo un incorrecto juicio de ponderación de los intereses en conflicto por entender dicha recurrente que resultan prevalentes los intereses de los propietarios y vecinos de los mencionados núcleos de población, que tienen derecho a la seguridad jurídica de que sus viviendas no van a ser demolidas. No se está ante un conflicto singular entre los propietarios de suelo y la Administración del Estado sino entre el interés en la protección del dominio público marítimo-terrestre a través de la servidumbre de protección fijada por la ley, cuando el suelo no estaba declarado como urbano a la entrada en vigor de la Ley de Costas, y el de una declaración con efectos retroactivos de la Administración urbanística sobre el carácter urbano del suelo cuanto entró en vigor dicha Ley de Costas. El Tribunal Supremo viene declarando de forma reiterada que resulta prevalente la protección del dominio público en evitación de situaciones irreversibles (Sentencias de fechas 3 de octubre de 2007 –recurso de casación 1546/2005–, 25 de octubre de 2007 –recurso de casación 3825/2005–, 12 de diciembre de 2007 –recurso de casación 3827/2005–, 30 de enero de 2008 –recurso de casación 3058/2006–, 13 de febrero de 2008 –recurso de casación 3070/2006– y 19 de marzo de 2008 –recurso de casación 4668/2006–).

### c) **Procede mantener el status quo cuando se pueda afectar al modelo de representación internacional**

La **STS de 1 de julio de 2009**, Ar. 5889, señala que no es posible que exista una duplicidad de representaciones al no estar reconocida una federación de ámbito nacional en la que se inscriban esos juegos y deportes vascos que tampoco han sido reconocidos a través de su federación por el Consejo Superior de Deportes. Motivo que el Tribunal Supremo no reputó suficiente para conjurar el daño que para el interés general de la imagen internacional de España puede suponer la presencia de una federación deportiva en el exterior que en España posee únicamente un ámbito territorial propio, el de su Comunidad Autónoma, representando un deporte en el ámbito internacional y produciendo una indudable confusión al poder presentarse como representante internacional de sus deportes superando su ámbito territorial y arrogándose una representación que en principio puede no poseer.

# Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

**S. MARTÍNEZ-VARES GARCÍA** (coord.)

**Contencioso-Administrativo.  
Comentarios y Jurisprudencia (Adaptado  
Reforma Nueva Oficina Judicial)**

[Sepín, Madrid, 2010]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Varios son los comentarios o libros que se hacen eco de una de las reformas recientes más interesantes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, es decir, la operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial. Entre ellos, se encuentra éste, realizado desde la visión práctica por juristas de enorme prestigio, en su mayoría Magistrados de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, coordinados por Don Santiago MARTÍNEZ-VARES, Magistrado de dicha Sala.

Como señala su coordinador, los once años de aplicación de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), unidos a la importante reforma procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, que ha entrado en vigor el 4 de mayo de 2010, hacían imprescindible una obra como ésta.

En esta obra colectiva cada uno de los preceptos es objeto de un comentario exhaustivo que permite superar las controversias que su aplicación e interpretación han generado y, además, poner de manifiesto los aspectos más destacados de las últimas modificaciones.

**J.A. SANTAMARÍA PASTOR**

**La Ley reguladora de la Jurisdicción  
Contencioso-administrativa. Comentario**

[Iustel, Madrid, 2010, 1400 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

En línea con lo señalado con anterioridad, es evidente que uno de los temas que ha despertado más curiosidad científica en esta disciplina en los últimos momentos es la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no en vano se trata de una de las instituciones primordiales del Derecho Administrativo, la garantía por antonomasia del administrado frente a las prerrogativas de la Administración.

Pues bien, en esta obra se realiza un estudio completo de esta norma, bien conocida por el autor, tanto desde la perspectiva teórica como práctica, fruto de su experiencia, tanto como profesor universitario como abogado en ejercicio. Esta experiencia le sirve para poner de relieve las lagunas y problemas que la Ley, o más bien, su aplicación, suscita. Sin embargo, y lo que es más importante, ofrece soluciones a dichos inconvenientes.

Además, junto al comentario, ya de por sí útil, de cada precepto, se une una selección de la principal doctrina jurisprudencial dictada en los últimos diez años, expuesta mediante resúmenes significativos de lo esencial de sus pronunciamientos.

Finalmente advertir que esta obra incorpora las últimas e importantes modificaciones introducidas por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre,

de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, y por la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero.

publicado en los boletines oficiales correspondientes hasta el pasado 1 de abril, lo que sin duda será de gran utilidad no sólo a estudiosos del tema sino también y principalmente a las Administraciones.

**J. GONZÁLEZ GARCÍA**

**Directiva de Servicios y Normativa de Transposición**

[Aranzadi, Navarra, 2010, 892 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Entre los temas de más actualidad se encuentra la entrada en vigor de 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 provocado un aluvión de disposiciones para su transposición en el ordenamiento jurídico español.

Disposiciones que regulan tanto aspectos generales de funcionamiento de las Administraciones públicas como aspectos concretos que han modificado la ordenación sectorial, destacando especialmente las denominadas “Ley Ómnibus” y “Ley Paraguas”.

De tal manera que prácticamente toda la actividad económica en el sector servicios se ha visto afectada, aunque sea por el hecho de que se proporciona una nueva ordenación a los títulos habilitantes; pasando de las viejas autorizaciones a las nuevas declaraciones responsables y comunicaciones previas.

En este volumen se recogen más de cincuenta disposiciones que modifican la ordenación de las actividades de servicios, que recaen en la competencia del Estado y las Comunidades Autónomas para lograr una correcta transposición de la Directiva de servicios, cuyo plazo concluía el pasado 28 de diciembre. No obstante, se han incluido todas las disposiciones que se han

**V. ESCARTÍN ESCUDÉ**

**El periurbanismo estatal: La ordenación urbanística del dominio público del Estado**

[Marcial Pons, Madrid, 2009, 368 páginas, Prólogo del profesor Martín-Retortillo Baquer]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

En esta obra se nos presenta una parte importante de la tesis doctoral del autor, dirigida por el Profesor LÓPEZ RAMÓN, experto reputado en materia de urbanismo.

Tema este que no cesa en su interés y actualidad pero que, sin embargo, ello no ha impedido al autor ofrecer una visión particular que, como bien advierte el Profesor L. MARTÍN-RETORTILLO en su prólogo, ensamblando cuidadosamente los numerosos datos normativos a utilizar con las soluciones que ha ido ofreciendo la jurisprudencia, el estudio va pasando revista a los problemas más significativos, que van hallando así cumplida respuesta, lo que lleva a un resultado óptimo, dado que no sólo da un enfoque acertado a la utilización de los conceptos sino que al tiempo resulta muy útil por la convicción de las soluciones sugeridas.

Detrás del sugerente y sugestivo título, se encuentra un estudio amplio del tema dividido en cuatro capítulos y unas reflexiones finales, a lo que une la bibliografía manejada y de referencia en la materia. En particular, el primero de los capítulos lo dedica a lo sectorial y lo patrimonial en el régimen urbanístico de los bienes públicos, señalando las distintas vías sectoriales de confluencia con el urbanismo y la colisión entre el periurbanismo estatal

y el urbanismo autonómico, así como los aspectos urbanísticos de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

El segundo de los capítulos está destinado al dominio público marítimo-terrestre y el urbanismo; el tercero, a la incidencia del dominio público portuario en la ordenación urbanística y territorial; y, finalmente, el cuarto, al dominio público viario y el urbanismo.

**I. BRUNET ICARTI Y E. ALTABA DOLZ**

**Reformas educativas y sociedad de mercado**

[Alertes, Barcelona, 2010, 335 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

En esta obra se exponen los factores, de naturaleza política e ideológica, que están detrás de las nuevas leyes educativas. Además, se plantea cómo la apuesta por una educación bajo los principios de inclusividad y la eliminación de prácticas escolares excluyentes supone reconocer la influencia de las desigualdades sociales en las desigualdades escolares, e interrogarse bajo qué mejores condiciones la escuela es más neutral y objetiva.

En otras palabras, si se puede creer que la competencia escolar es justa e imparcial en un mundo injusto e imperfecto. Asimismo, el libro pone en evidencia lo paradójico que es que al hacerse realidad el ejercicio del derecho a la educación en una escolaridad obligatoria prolongada, el sistema público pierda fuerza de movilización, y es que cuando se tienen puestos en la escuela, ya no se piden éstos, sino que se lucha por una educación en unas determinadas condiciones.

**A. GARCÍA URETA**

**Derecho Europeo de la Biodiversidad. Aves silvestres, hábitats y especies de flora y fauna**

[Iustel, Madrid, 2010, 760 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Como señala el autor de esta obra, gran especialista en la materia, en la actualidad, existe una mayor conciencia sobre el evidente retroceso que sufre la biodiversidad. La necesidad de proteger las especies, a pesar de desconocerse su número aproximado, los hábitats y, en general, los ecosistemas, es común en numerosos instrumentos jurídicos, tanto internacionales como regionales o locales.

No obstante, la realidad pone de manifiesto las dificultades que tiene la tutela de la biodiversidad para lograr una voz propia en el entramado complejo de actuaciones de los poderes públicos, a pesar de que 2010 se haya declarado por Naciones Unidas como año internacional de la biodiversidad.

Las instituciones europeas se han embarcado en un esfuerzo por la defensa de los hábitats y de las especies, concretado hace ya treinta años con la aprobación de la Directiva 79/409, relativa a las aves silvestres (actual Directiva 2009/147, tras su codificación), y diecisiete con la adopción de la Directiva 92/43, relativa a los hábitats y especies de fauna y flora, que constituyen el objeto principal, aunque no único, de este libro. La creación de la red Natura 2000 con la Directiva 92/43 acarrea un cambio de perspectiva en esta materia que, sin embargo, no se ha calibrado adecuadamente.

En efecto, la biodiversidad implica que se esté ante un patrimonio “común” europeo. Esto supone que las decisiones que afectan a aquélla no

se pueden concebir desde una mera perspectiva local, regional o estatal, porque tienen trascendencia para toda la red. Existe una amplia y elaborada jurisprudencia derivada de ambas normas, que es examinada de manera exhaustiva en este libro, y que establece con claridad el marco jurídico en que deben moverse los Estados miembros de la Unión Europea (autoridades administrativas pero también judiciales).

Sin embargo, las obligaciones esenciales de designación de zonas protegidas como de tutela de las especies siguen siendo todavía desconocidas, cuando no ignoradas, por aquéllos. De ahí que este estudio resulte de gran interés para comprender las claves del

ordenamiento jurídico relativo a la biodiversidad, en el plano internacional como europeo, y conocer sus implicaciones.

Este libro se divide en cinco capítulos, dedicados respectivamente a las siguientes cuestiones: convenios internacionales en materia de biodiversidad de relevancia para la Unión Europea; competencia ambiental de la Unión Europea y su aplicación en el caso de la biodiversidad; la Directiva 2009/147, relativa a la protección de las aves silvestres, la Directiva 92/43, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, y, finalmente, unas conclusiones sobre las Directivas 2009/147 y 92/43.

## NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS

1. **Contenido.** La Revista *Justicia Administrativa* publica exclusivamente artículos originales que versen sobre materias de Derecho Administrativo y Derecho Público, ya sea español o comunitario o de Derecho vigente y de la jurisprudencia.
2. **Lengua y formato.** Los artículos deberán estar redactados en castellano y escritos en Word u otro formato compatible. Deberán escribirse a espacio y medio, a cuerpo 12 y su extensión no deberá superar, salvo excepción aprobada por el Comité de Evaluación de la Revista, las 30 páginas, incluidas notas, bibliografía y anexos, en su caso. En el encabezamiento del artículo debe incluirse, junto al título, el nombre del autor o autores y su filiación académica o profesional o cargo.
3. **Resúmenes en español e inglés.** Los artículos deben acompañarse de un breve resumen de entre 100 y 150 palabras en español e inglés. Si el resumen se presenta sólo en castellano, la Revista lo traducirá al inglés para su publicación.
4. **Dirección de envío.** Los originales se deben enviar, preferentemente, en soporte informático o por correo electrónico a Editorial Lex Nova, calle General Solchaga núm. 3, 47008 Valladolid, Tlf.: 983 457 038, Fax: 983 457 224, e-mail: [redac@lexnova.es](mailto:redac@lexnova.es), con indicación de su destino a la Revista *Justicia Administrativa*. También pueden remitirse en papel a la misma dirección postal. Se hará constar expresamente en el envío el teléfono de contacto y la dirección de correo electrónico del autor.
5. **Evaluación.** Los originales serán evaluados por el Comité de Evaluación de la Revista, a efectos de su publicación. El Comité podrá requerir el informe de evaluadores externos, si lo considerara necesario. La Revista comunicará a los autores el resultado de la evaluación y la fecha aproximada de publicación, en su caso.
6. **Pruebas de imprenta.** Si así ha sido solicitado por el autor, antes de la publicación se le remitirán las pruebas de imprenta, para su corrección en un plazo máximo de 10 días. No se admitirá la introducción de correcciones sustanciales sobre el texto original aprobado.
7. **Obligación de cumplimiento de las normas.** El incumplimiento de estas normas será causa de rechazo de los originales enviados.

